

nº 87

Tercer Trimestre. Año 2023



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Regulación jurídica sobre los efectos de la colisión de baja intensidad y el tratamiento por parte del legislador. “Whiplash” o síndrome de latigazo cervical

La responsabilidad civil de los agentes de la edificación en el marco de la LOE

Responsabilidad civil de las personas con diversidad intelectual

asociacionabogadosrcs.org

Te cuidamos mucho, muchos.

NUEVO

Seguro de Salud

15.000 centros médicos.

40.000 profesionales.

Videoconsultas y chat médico 24h.

Salud bucodental.

LOS SEGUROS
COMO TÚ LOS HUBIERAS HECHO

//**ABANCA** Seguros



nº87

Tercer Trimestre. Año 2023



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA N° 87

EDITORIAL

Coruña y la Torre de Hércules

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

DOCTRINA

- Regulación jurídica sobre los efectos de la colisión de baja intensidad y el tratamiento por parte del legislador. “Whiplash” o síndrome de latigazo cervical

María Ruiz Manso.....11

- La responsabilidad civil de los agentes de la edificación en el marco de la LOE

Manuel Salcedo Artigot.....41

- Responsabilidad civil de las personas con diversidad intelectual

Yvonne Aguirre González.....63

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 5 de julio de 2023.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Accidente de trabajo. El TS estima parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina sobre reclamación de daños y perjuicios. La compañía aseguradora debe abonar la cantidad incrementada con los intereses de demora del art. 20 de la LCS desde la firmeza de la sentencia por la que se declaró que el siniestro fue un accidente laboral, y no desde el mismo accidente. El retraso en el abono de la cuantía está justificado porque se debía resolver judicialmente la naturaleza común o profesional del siniestro.99

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 11 de septiembre de 2023.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Reclamación de indemnización por los daños causados por unas obras de excavación en una línea eléctrica enterrada. Se estima parcialmente el recurso interpuesto por las demandantes, al considerar que la interrupción de la prescripción llevada a efecto contra la constructora causante del daño -asegurada- produce eficacia con respecto a su aseguradora. En cambio, entiende la Sala, que la reclamación extrajudicial dirigida exclusivamente contra la compañía de seguros no interrumpe la prescripción de la acción del perjudicado contra el asegurado causante del daño.113

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 14 de septiembre de 2023.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Se desestima la acción interpuesta por el perjudicado frente al Consorcio de Compensación de Seguros, en la que reclamaba el coste del tratamiento con la hormona del crecimiento a consecuencia del déficit de HG que padece, como resultado del daño cerebral que le ocasionó el accidente que trae causa y que no quedó determinado en el momento de consolidación de las secuelas. La Sala entiende que no debe ser sufragado dicho gasto por aplicación del número 6 del apartado primero del anexo LRCSCVM, según redacción dada por la Ley 21/2007, de 11 de julio, vigente a la fecha del siniestro.123

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 27 de septiembre de 2023.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Seguro de Vida. Recurso de casación por infracción del artículo 3 de la LCS sobre los requisitos exigidos para estimar válidas las condiciones limitativas de los derechos de los asegurados, y concretamente, el presupuesto de validez de que sea específicamente aceptada por escrito. Se concluye que no se cumplieron con las exigencias cumulativas del art. 3 de la LCS, dado que las condiciones particulares -ni en documento aparte debidamente suscrito- no recogen transcrita la cláusula en la que basa la compañía demandada la exclusión de la cobertura, y las condiciones generales, en las que sí se encuentra recogida y destacada en negrilla, carecen de la firma del tomador del seguro.139

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José María Hernández-Carrillo Fuentes.....151

PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

A vueltas con los patinetes eléctricos. Regulación legal en los países de la Unión Europea

Por Ubaldo González Garrote171

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 Moratinos, 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

CORUÑA Y LA TORRE DE HÉRCULES

por Javier López y García de la Serrana
Director

Cuenta la leyenda, que Hércules vino a la Península Ibérica para cumplir uno de sus doce trabajos, que consistía en derrotar al Rey Gerión e incautarse de su ganado de bueyes. Una labor harto difícil pues éste personaje mitológico era un formidable gigante con tres cuerpos (o tres cabezas, según las versiones) que mantenía a resguardo su rebaño pastando en el valle del Guadalquivir. Nuestro héroe que ya estaba curtido en hazañas, no se retrajo lo más mínimo y se trabó en singular lucha con el gigante, que poseía una fuerza descomunal. Después de larga contienda, Gerión va viendo que Hércules le gana por la mano y se da a la fuga para reponer sus fuerzas, pero no era Hércules de los que dejan algo a la mitad y persiguiendo a Gerión llega hasta la Coruña, donde se da la batalla final, matando Hércules al gigante, y allí donde lo entierra corona esta gesta con un túmulo, donde se erige la primera Torre de Hércules.

No puedo imaginar un mejor vestigio de civilización que un faro, esta luminaria es muchas

cosas, es ingeniería, es ciencia, es resguardo, guía del tránsito y del comercio, es derecho, es arte, es en definitiva, un compendio de la cultura que lo erigió. Desde finales del siglo I de nuestra era, lleva este faro iluminando los caminos del mar y advirtiendo los peligros de la costa, es el único ejemplar en su categoría, de un faro romano que sigue en funcionamiento.

Su luz no es solamente la que se ve desde la linterna de su cima, sino que es un testimonio vivo del brillante legado político y cultural que nos dejó Roma, tan profunda es la identificación, que hoy día podemos decir que nosotros mismos somos romanos. La sabia grecolatina que llegó a los pueblos celtibéricos, nos conformó en su mayor parte como actualmente somos, dándonos una lengua común, se consiguió unificar el territorio y que todos sus habitantes pudieran comunicarse. Se fijaron las ciudades, se crearon otras nuevas, se tendieron los caminos que abrieron las vías de la tierra y del mar, por donde no sólo penetró el comercio sino el arte, la cultura, la ciencia, la filosofía, la política y la religión.

Pero, si hay algo que nos ha marcado tan profundamente como la lengua, ha sido el derecho que nos legó Roma, el impresionante

edificio del Derecho Romano es la base jurídica del desarrollo de las leyes en los estados actuales.

La división del ordenamiento jurídico por Roma en Derecho público, que regulaba la acción del Estado en áreas del interés general y su relación con el ciudadano, y en Derecho privado, que regulaba las relaciones entre los ciudadanos y sus intereses particulares, supuso un gran avance de la ciencia jurídica y constituyó el germen de la separación de las ramas del derecho en cuerpos normativos. A su vez, el Derecho Romano nos ha legado una serie de instituciones jurídicas que siguen plenamente vigentes, como lo son los conceptos de persona física, capacidad jurídica y de obrar, obligación, derecho real, negocio jurídico, garantía, proceso, sucesión hereditaria o de propiedad privada, por ejemplo.

El estudio del Derecho Romano en las universidades, sigue siendo una fuente esencial del conocimiento del sistema jurídico y la lógica que lo estructura, fundamento esencial en la formación para el futuro abogado. Así pues, podemos decir que tras un largo camino histórico el Derecho Romano sigue vivo en el ordenamiento jurídico actual, estando presente en los regímenes legales contemporáneos de occidente y en concreto en nuestra Constitución, piedra angular del desarrollo de la sociedad, la economía y la política. La lengua y el derecho que nos legara Roma, siguen siendo faros tan vivos y funcionales como la Torre de Hércules, que se asoma al océano Atlántico, orgullosa y sólida para recordarnos que las profundas raíces de nuestro pasado común en Europa siguen alumbrando nuestro presente.

La Coruña, hermosa ciudad que es balcón del Atlántico y cruce de caminos, mítica y monumental, llena de belleza y de historia, sigue su devenir vital aunando su historia y su proyección al futuro como una pequeña Alejandría en la “finis terrae” galaica. Y es en esta bella tierra, donde este año celebraremos nuestro XXIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, disfrutando tanto de la estancia a través del programa social preparado, como con el estudio y reflexión de los temas más actuales de nuestra materia que conforman el programa científico, lleno de interesantes ponencias, recogidas en este manual.

El Congreso comenzará su contenido académico con la participación de **PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ**, magistrado de la Sección 4ª de la Au-

dencia Provincial de A Coruña, quien se encargará de impartir la primera ponencia, titulada “*Responsabilidad de los administradores por deudas sociales y su cobertura por las pólizas de D&O*”. Y es que en esta materia aún siguen surgiendo muchas dudas y cuestiones a resolver, máxime cuando cada vez nos encontramos con más demandas frente a administradores de sociedades que ven peligrar su patrimonio personal por actos cometidos en el desarrollo de sus funciones de dirección o administración. El ponente nos ofrecerá una visión general para después centrarse en el supuesto de la responsabilidad solidaria por deudas sociales y su cobertura en las pólizas de D&O.

En segundo lugar, la ponencia titulada “*Estructura del nuevo sistema de Responsabilidad Civil por daños derivados del uso de la Inteligencia Artificial*”, correrá a cargo de **FERNANDO PEÑA LÓPEZ**, catedrático de Derecho Civil de la



Universidad de A Coruña, quién ya nos ha acompañado en otras ocasiones. En esta ocasión el tema a tratar no puede ser de más actualidad, siendo necesario sin duda alguna, que dediquemos muchos encuentros y jornadas a analizar cuáles son los riesgos que presenta esta nueva herramienta, que empieza a estar presente en tantos ámbitos de nuestra sociedad, y ante la cual se van a generar distintos supuestos de responsabilidad a los que deberá darse respuesta legislativa y jurisprudencial. El ponente nos ilustrará sobre los posibles criterios de imputación aplicables a esta materia y nos dará las claves de cómo superar el, tan siempre complicado, asunto de la prueba del error o defecto en este tipo de supuestos.

La tercera ponencia corresponde a **ABEL B. VEIGA COPO**, profesor ordinario de Derecho Mercantil y actual decano de la Facultad de Dere-

cho (ICADE) de la Universidad Pontificia de Comillas, que está titulada en el programa del congreso como *“Responsabilidad ante los Ciberriesgos: regulación, impacto, gestión y aseguramiento”*, aunque en el correspondiente capítulo del manual se denominará *“Seguros cibernéticos. Perimetrando un riesgo ignoto e inabarcable”*. En ambos casos, un tema que interesa y preocupa gravemente a empresas y particulares, y es que no podemos pensar que quizás no le tocará a nuestra empresa, si no que hay que preguntarse cuándo le tocará, pues parece un riesgo del que muy difícilmente se logra escapar. El aseguramiento en este caso, como en la mayoría, se hace esencial para proteger el patrimonio, por eso es tan importante conocer cuáles son las líneas que definen y marcan este tipo de supuestos. Sus causas, medidas de prevención y protección y las responsabilidades que se generan son algunos de los aspectos que se abordarán en esta ponencia.

La primera mesa redonda de este Congreso se dedica a un tema tan interesante como inacabable como es la *“Responsabilidad patronal derivada de accidente de trabajo”* en la que intervendrán **PILAR CARREIRA VIDAL**, Magistrada-Juez de lo Social nº5 de A Coruña, **DEMETRIO ANGEL FERNÁNDEZ LÓPEZ**, Director Territorial de Galicia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y doña **MARTA CHECA GARCÍA**, abogada especialista en accidentes laborales, siendo moderada por nuestro compañero **JUAN MANUEL ROZAS BRAVO**. Se tratarán aspectos tan decisivos en esta materia como los motivos de responsabilidad del empresario, las causas de culpabilidad del trabajador, la importancia del informe de la Inspección de Trabajo o la valoración del daño corporal; asuntos sobre los que aún seguimos discutiendo cada día en el que abordamos un accidente laboral y donde las líneas de interpretación aún no son tan uniformes o unánimes como deseamos.

Como cuarta ponencia, contaremos con el trabajo de **IVÁN GONZÁLEZ BARRIOS**, abogado y profesor contratado doctor en la Universidad de La Laguna, cuyo título elegido para su ponencia es *“Responsabilidad civil de centros de estética y estudios de tatuaje”*. Nuevamente se afronta un asunto de máxima actualidad, pues no podemos negar que el cuidado del cuerpo y la imagen está de moda en nuestra sociedad y son muchos los tratamientos más o menos invasivos a los que los consumidores y usuarios se someten para mejorar su físico. Las responsabilidades que se generan respecto de los riesgos que pueden suponer este tipo de tratamientos son de diversa índole, así como los sujetos res-



ponsables ante las mismas, motivos por los que en esta ponencia se analizan estas circunstancias, al objeto de dar luz sobre el panorama jurisprudencial presente en este tipo de litigios.

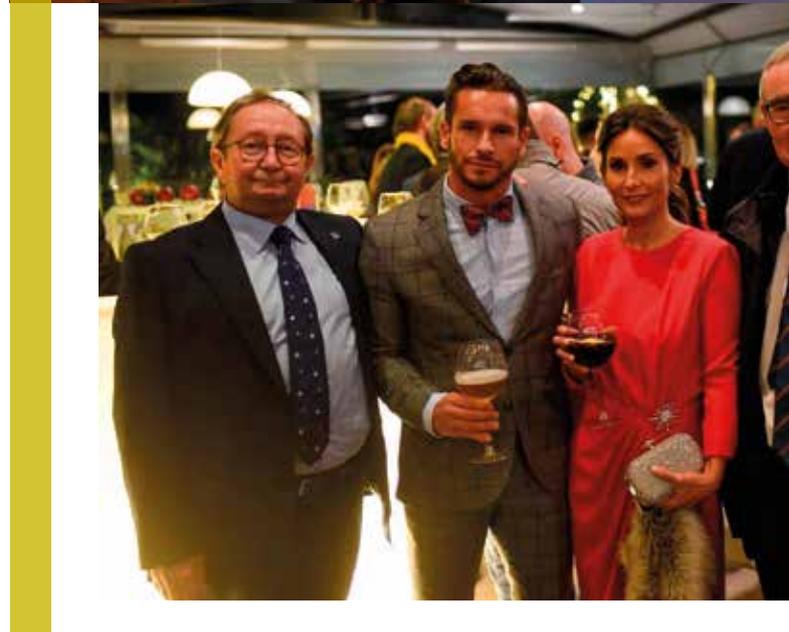
La quinta ponencia correrá a cargo de **MARTA CANALES GANTES**, quien desde su gran experiencia práctica como magistrada de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, nos trasladará sus conocimientos en materia de transparencia en el derecho bancario aplicable a los contratos de seguros. De esta forma, bajo el título *“Cuestiones controvertidas en materia de seguros y la transparencia en las cláusulas de las pólizas”*, realizará un estudio sobre la relevancia en esta materia de la legislación sobre consumidores y usuarios, la inminencia de la transparencia y las distintas posibilidades de actuación, para después analizar la situación actual a nivel jurisprudencial, tanto desde la perspectiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como de nuestro Tribunal Supremo.

En la sexta ponencia, nuestro querido **MARIANO MEDINA CRESPO**, presidente de honor de nuestra Asociación, nos acompañará un año más para disertar sobre los entresijos de la responsabilidad civil por el riesgo circulatorio, la fuerza mayor como causa exonerante de responsabilidad, entre otras muchas cuestiones relacionadas, sin olvidar hacer un análisis sobre la atribución de la responsabilidad civil automovilística por daños corporales, partiendo para ello de algunos de los supuestos de riesgo que nos encontramos de forma cotidiana, y que más controversia suscita en los tribunales. Y todo ello, en una ponencia denominada *“De nuevo, sobre la fuerza mayor en el tránsito motorizado. Persistencia de las dudas 60 años después”*, que nos aportará grandes conocimientos sobre esta materia tan interesante.

A continuación, tendrá lugar la segunda mesa redonda del congreso, que orquestrará el compañero **JUAN ANTONIO ARMENTEROS CUETOS**, y en la que se analizará uno de los temas que más expectación genera como es *“La valoración del daño corporal. Límites de la pericia médica en la interpretación del Sistema, el nexo causal y la estabilización lesional”*. Para ello contaremos con dos grandes expertos en la materia, cada uno en un ámbito, como son **CARLOS REPESAS VÁZQUEZ**, médico especialista en medicina legal y forense, y **JOSÉ PÉREZ TIRADO**, abogado, ex miembro de la comisión de expertos y de la comisión de seguimiento del baremo. Seguro que arrojarán luz sobre cuestiones de gran relevancia

práctica para una correcta valoración del daño corporal, como el alcance y contenido del informe pericial, entre otras.

A continuación, como séptima ponencia tenemos el privilegio de contar con un ilustre ponente como es **JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA**, magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que nos ilustrará sobre un tema de gran complejidad como es *“La valoración y cuantificación del daño moral en el ámbito contencioso administrativo”*. En ella abordará tanto el concepto de daño moral, como las distintas modalidades en las que se representa en función de la actuación pública de la que derive, así como otras cuestiones siempre controvertidas, como es determinar quién es el titular del daño



moral, así como su acreditación u objetivación. Para finalizar con su estudio, el ponente profundiza en el daño moral derivado de algunos ámbitos específicos de actuación de la administración, como son el empleo público o el ámbito sanitario.

Desde el ámbito penal, pero dentro de la especialidad del derecho de circulación, se impartirá la octava ponencia que versa sobre *“Los delitos de Omisión del deber de Socorro y el Abandono del lugar del accidente: características, concurso con otros delitos y sus penas”*. Para ello, contaremos con un gran experto en la materia como es **LUIS DEL RÍO MONTESDEOCA**, fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial de la Fiscalía General del Estado, quien realiza un exhaustivo análisis del delito de fuga del art.

382 bis del CP, introducido por la LO 2/2019, que reforma el CP, y que da lugar a novedades que afectan tanto a los delitos de homicidio y lesiones imprudentes relacionados con la conducción de vehículos a motor y ciclomotores, como a los delitos contra la seguridad vial. Asimismo, abordará los diferentes elementos del delito, así como la relación concursal con el delito de omisión del deber de socorro.

Continuando en la esfera del derecho penal, en la novena ponencia tendremos el lujo de contar con un ponente de excepción, como lo es **ANTONIO DEL MORAL GARCÍA**, magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que nos arrojará luz sobre una de las cuestiones que más controversia suscita en los tribunales y más dudas plantea a los juristas. Bajo el título



**IN MEMORIAM DE NUESTRO
QUERIDO VOCAL DE ASTURIAS,
JOSÉ LUIS NAVA MEANA**

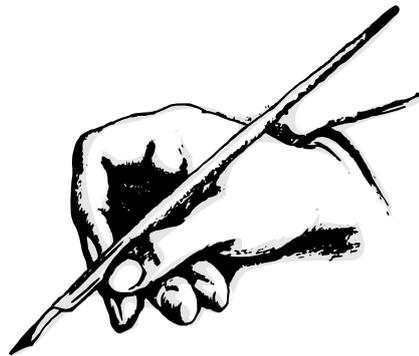
“Responsabilidad civil nacida de delito. Tendencias y novedades jurisprudenciales”, el ponente expondrá algunas de las líneas interpretativas que vienen abriéndose paso en los últimos años en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en torno a cuestiones vinculadas al ejercicio de acciones civiles asociadas a la comisión de un delito, ahondando en aquellos temas en que, o se han producido cambios, o se han introducido matices novedosos, o en los que insiste más la más reciente jurisprudencia.

Como broche de oro a nuestro congreso, tendremos la oportunidad, otro año más, de contar con uno de los ponentes que más admiración genera entre los miembros de nuestra Asociación, como es **JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**, quien en esta ocasión nos ofrecerá un estudio sobre un tema muy de actualidad, *“La culpa exclusiva de la víctima como causa de exoneración de responsabilidad”*. En esta interesantísima ponencia aborda, además de la intervención de la víctima en el daño sufrido, la mal llamada compensación de culpas o el concurso de la competencia de la víctima como criterio de la imputación objetiva del daño. Por último, realizará un análisis de la

reciente casuística del Tribunal Supremo en que se apreció el concurso de culpas, o bien, casos en los que se consideró concurrente culpa exclusiva de la víctima, sin olvidar hacer una mención especial a las víctimas inimputables.

No quisiera acabar este editorial, sin agradecer una vez más a la EDITORIAL SEPÍN la edición del libro de ponencias del congreso, que se convertirá, como cada año, en un instrumento de trabajo imprescindible para poder recordar en cualquier momento las consideraciones y reflexiones expresadas por los distintos ponentes en la exposición de sus trabajos. Seguro que este XXIII Congreso Nacional que celebraremos en A Coruña, será recordado con el mismo cariño que los veintidós anteriores, aunque en este caso nos falte un ser de luz, como era nuestro queridísimo compañero y vocal asturiano, **JOSE LUIS NAVA MEANA**, que fue el organizador en 2018 del maravilloso XVIII congreso nacional que celebramos en Gijón y al que tanto echaremos de menos.

Octubre 2023





doctrina

Regulación jurídica sobre los efectos de la colisión de baja intensidad y el tratamiento por parte del legislador. “Whiplash” o síndrome de latigazo cervical

María Ruiz Manso
Abogada

SUMARIO

- I. CONCEPTOS GENERALES
 - 1.1. CONSIDERACIONES INICIALES
 - 1.2. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS “WHIPLASH” O SÍNDROME DE LATIGAZO CERVICAL. COLISIÓN A BAJA VELOCIDAD. BIOMECÁNICA. PARÁMETROS FÍSICOS: G, DELTA-V, DELTA-T
- II. REGULACIÓN JURÍDICA SOBRE LOS EFECTOS DE LA COLISIÓN DE BAJA INTENSIDAD Y EL TRATAMIENTO POR PARTE DEL LEGISLADOR
- III. EL TRAUMATISMO MENOR REFLEJADO EN EL ARTÍCULO 135 LRCSCVM Y SUS DISTINTOS ELEMENTOS
 - 3.1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 135 EN LA LRCSCVM
- IV. DELTA-V. CONCEPTO Y SIGNIFICADO COMO POTENCIAL LESIVO
 - 4.1. CONSIDERACIONES GENERALES
 - 4.2. PREGUNTAS BÁSICAS SOBRE EL DELTA-V
- V. ASPECTOS TÉCNICOS Y PERICIALES. LA PRUEBA BIOMECÁNICA EN COLISIONES DE BAJA INTENSIDAD
 - 5.1. INTRODUCCIÓN A LA PRUEBA BIOMECÁNICA
 - 5.2. CIRCUNSTANCIAS QUE INFLUYEN EN EL SINIESTRO DEPENDIENDO DEL SUPUESTO CONCRETO
 - 5.3. LA INFLUENCIA DEL COSTE DE REPARACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES DEL VEHÍCULO
 - 5.4. RECONSTRUCCIÓN E INFLUENCIA SOBRE EL MECANISMO LESIONAL
- VI. EL REQUISITO DE LA OBJETIVACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA MÉDICO
- VII. LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL
 - 7.1. LA CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL NEXO CAUSAL ENTRE LAS LESIONES Y EL ACCIDENTE PRUEBA DEL NEXO CAUSAL
 - 7.2. LA PRUEBA EN EL PROCESO
- VIII. CONCLUSIONES
- IX. BIBLIOGRAFÍA

I. CONCEPTOS GENERALES

1. Consideraciones iniciales

Cuando tiene lugar una colisión de bajo alcance en la que sus ocupantes resultan lesionados, nos encontramos con un inconveniente que, en la mayoría de los casos, resulta ser el detonante utilizado como argumento fundamental para justificar la falta de nexo causal entre las lesiones padecidas y la ocurrencia del accidente de vehículo a motor. Tal afirmación, empleada de manera reiterada y categórica, es: *la escasez o ausencia de daños materiales en los vehículos, no puede producir lesiones cervicales*.

Antes de tratar si tal afirmación es cierta o no, debemos partir de la base de que nos vamos a encontrar con terminología muy diversa y que, habitualmente, va a ir más allá de nuestro campo de experiencia como operadores jurídicos. Y es que, dicha terminología, introduce conceptos técnicos, periciales, médicos e, incluso, físicos que conviene identificar para comprender con claridad a qué nos enfrentamos cuando nos encontramos ante un asunto de traumatismo cervical menor en colisión por alcance en el que se alega la falta de nexo causal entre las supuestas lesiones y el accidente.

1.2. Definición de conceptos

“Whiplash” o síndrome de latigazo cervical

El *whiplash* o latigazo cervical, ha sido definido en la literatura científica por autores como WALTER Q. SPITZER como un “mecanismo de transferencia de energía al cuello, por aceleración/deceleración, que puede resultar de un impacto trasero o lateral, sobre todo de las colisiones de vehículos a motor, pero también de zambullidas. La transferencia de energía puede provocar heridas óseas o heridas de los tejidos blandos (esguince cervical), que a su vez pueden implicar una gran variedad de manifestaciones clínicas (trastornos asociados al esguince cervical)”¹. Con posterioridad, se han propuesto nuevos conceptos como el de “traumatismo cervical leve” que se ha definido como “lesión traumática cerrada de la columna cervical, sin lesión ósea discal o neurológica reconocida, biomecánicamente producida por un mecanismo típico, y usualmente como resultado de un accidente de circulación”².

1 Cfr. SPITZER, WALTER Q., y otros, *Monographie Scientifique du Groupe de Travail Québécoise Sur*.

2 Cfr. REPRESAS VÁZQUEZ, C., *Estudios críticos*:

Este término cuenta con numerosos sinónimos que son empleados indistintamente por los médicos de asistencia en los informes médicos, tales como: esguince cervical, distensión cervical, síndrome cervical postraumático, latigazo cervical, entre otros. Su manifestación clínica es muy amplia y puede manifestarse mediante dolor en el cuello, dolor en el cuello irradiado a hombros y/o brazos, dolor de cabeza, dolor en la parte baja de la espalda, síndrome del estrecho torácico superior, dificultad para tragar, vértigo, acúfenos, sordera, alteraciones de memoria, alteraciones visuales o disfunción de la articulación temporomaxilar³, aunque no cuente con un diagnóstico anatomopatológico preciso. Además, dependiendo de la ubicación de la lesión y su sintomatología, se clasifica en diferentes categorías reconocidas como “síndrome” cervical, cérico-braquial, cérico-medular o cérico-cefálico.

Colisión a baja velocidad

La definición de colisión a baja velocidad no parte de un concepto estricto, sino que depende de la causalidad jurídica que, según su evolución, va marcando lo que debe entenderse por “baja velocidad”. No obstante, y sin perjuicio de que este término sea desarrollado con mayor detenimiento en apartados posteriores, podemos afirmar que colisión a baja velocidad es aquella que sucede a una velocidad igual o inferior a 16 km/h, aunque, la investigación científica ya ha concluido que a partir de 8 km/h se pueden producir lesiones en los ocupantes⁴ y, algunos estudios recientes, han reducido el límite a 4 km/h.

Biomecánica

La biomecánica es “la ciencia que trata de describir los mecanismos lesivos, explicando las lesiones producidas en el organismo humano, mediante la integración de diferentes disciplinas, que incluyen la medicina, la epidemiología, la física y la ingeniería”⁵. Por tanto, es correcto entender que la “biomecánica” no deja de ser

traumatismos cervicales leves. Criterios de causalidad. Aplicación de los estudios biomecánicos, Revista RC INESE.

3 Vid. JOUVENCEL, M. R., *Latigazo cervical y colisiones a baja velocidad*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid 2003, p. 13.

4 Vid. LARROSA AMANTE, M. A., *El nexo de causalidad en las colisiones por alcance a baja velocidad*, *Revista de responsabilidad civil y seguro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* N.º 47, 2013, p.15.

5 Vid. LARROSA AMANTE, M. A., *Op. cit.* p. 12.

un término científico que examina los efectos lesivos que experimenta un cuerpo humano como consecuencia de un impacto con la finalidad de descubrir medidas que permitan la prevención de las lesiones.

En la jurisprudencia podemos encontrarnos definiciones como la expresada en la **SAP de Burgos de 22 de julio de 2010** que ha recogido que “(...) *la biomecánica de lesiones trata de explicar los mecanismos de producción de las lesiones corporales en el ser humano mediante la aplicación de los conocimientos de diversas ciencias (física, ingeniería, medicina, psicología, etc.) que determinando los factores humanos y físicos que han podido intervenir en la producción del accidente, la dirección principal de la fuerza, la intensidad de las fuerzas que se han liberado en la determinada colisión, la resistencia de los diversos tejidos del cuerpo humano y la protección determinada por dispositivos de seguridad pasiva orientan a la aparición de un tipo u otro de lesiones*”.

Parámetros físicos: g, Delta-V, Delta-t

Estos parámetros físicos forman parte de las conocidas como fuerzas de la gravedad o “fuerzas G” que se generan sobre un ocupante en caso de impacto e interfieren en su potencial lesivo y en la variación de la velocidad que se pueda ejercer. Dentro de dichas “fuerzas G”, podemos reseñar el término “Delta-V” como el parámetro clave sobre el que se fundamenta cualquier discusión relativa a la existencia del nexo causal en colisiones de baja intensidad, definiéndolo como la variación de velocidad existente entre la diferencia de velocidad en el impacto y la velocidad después del choque o, de una forma más sencilla, como el cambio de velocidad que puede experimentar un vehículo como ocasión del impacto sufrido. Si bien, si nuestra intención es ser rigurosos, su definición será la de “incremento de velocidad”. El mismo, se diferencia del término “Delta-t”, que alude a la duración de la colisión y que se relaciona con el “Delta-V” para determinar el valor de aceleración.

II. REGULACIÓN JURÍDICA SOBRE LOS EFECTOS DE LA COLISIÓN DE BAJA INTENSIDAD Y EL TRATAMIENTO POR PARTE DEL LEGISLADOR

Desde la existencia del seguro obligatorio, y como consecuencia intrínseca de la evolución del Derecho, tanto las víctimas de accidentes

de circulación como las entidades aseguradoras han tenido un gran interés en que este tipo de asuntos sean solventados, ya que, si bien no suelen ser siniestros que conlleven una gran relevancia económica de manera individualizada, en su conjunto producen uno de los daños personales más costosos para las compañías de seguros debido a la frecuencia con la que se producen⁶. En consecuencia, no es de extrañar que las colisiones por bajo alcance sean reconocidas como el gran caballo de batalla que ha puesto en pie al sector asegurador, llevándolo a promover importantes iniciativas que cuestionen las consecuencias de este tipo de siniestros. Sin duda, la más contundente ha sido que nuestra legislación cuente con una regulación jurídica específica en este ámbito. Y es que, la dificultad para diagnosticar una cervicgia, la idea de un cierto abuso en este tipo de reclamaciones, así como el alto coste que suponen para los seguros, ha llevado al legislador a introducir el artículo 135 LRCSCVM preceptuando que los traumatismos cervicales menores que “se diagnostican con base en la manifestación del lesionado sobre la existencia de dolor, y que no son susceptibles de verificación mediante pruebas médicas complementarias” se indemnizan siempre que se cumplan los criterios de causalidad: exclusión, cronológico, topográfico y de intensidad.

Podemos afirmar que la conformación de esta regulación jurídica ha sido cuanto menos controvertida ya desde su redacción en relación con este aspecto. Tal es así que, el propio legislador, durante la tramitación del proyecto de Ley, ya mostró sin tapujos su desconfianza sobre las denominadas “pruebas biomecánicas”. Como antecedentes concretos, la **SAP de A Coruña 288/2020 de 22 de septiembre de 2020** indica que en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados de 17 de abril de 2015 que publicaba el Proyecto de Ley de Reforma del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, se proponía un texto en el artículo 135.1.d (página 27 del Boletín citado) redactado de la siguiente manera: “de intensidad, que consiste en la adecuación biomecánica entre la lesión sufrida y el mecanismo de producción, teniendo en cuenta la intensidad del accidente y las demás variables que afectan a la probabilidad de su existencia”.

Fue durante la tramitación en el Congreso de los Diputados cuando el Grupo Parlamentario Socialista formuló la enmienda número 207

6 Vid. LARROSA AMANTE, M. A., Op. cit. p. 10.

(BOCG de 29 de junio de 2015, página 110), proponiendo la modificación del epígrafe d), a fin de que se diese la redacción siguiente: “d) De intensidad, que consiste en la adecuación entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción, teniendo en cuenta la intensidad del accidente y las demás variables que afectan a la probabilidad de su existencia”. Es decir, la enmienda suprimía ya el vocablo “biomecánica”, y la motivación de la misma era que “debe bastar la adecuación entre la lesión y el mecanismo de producción ya que, un mismo accidente puede producir lesiones dispares o no producir ninguna en función de variables muy difíciles de objetivar”. Enmienda que, con gran esfuerzo, finalmente fue aprobada, consiguiendo que el término “biomecánica” no aparezca en el texto legal. No obstante, y a pesar de ser conocedores de la desconfianza que el legislador, en la actualidad nos enfrentamos a una práctica jurídica totalmente alejada de esta idea.

III. EL TRAUMATISMO MENOR REFLEJADO EN EL ARTÍCULO 135 LRCSCVM Y SUS DISTINTOS ELEMENTOS

3.1. Análisis del artículo 135 en la LRCSCVM

a) Significado de los conocidos como “traumatismos cervicales menores”

Antes de profundizar en los requisitos simultáneos que han de concurrir para que resul-

ten indemnizables las lesiones temporales de los “traumatismos cervicales menores” a los que se refiere el artículo 135.1 LRCSCVM, cabe aclarar qué es un traumatismo cervical menor. Y es que, por el contrario de lo que se suele afirmar, cuando tomamos contacto con la redacción de este artículo en profundidad podemos comprobar que el precepto no alude a una definición concreta sobre un tipo de lesión, sino que limita la intensidad del hecho traumático derivada del mecanismo de producción del siniestro⁷.

Aunque el texto normativo no lo defina, la jurisprudencia se ha manifestado de un modo unánime al interpretar que los “traumatismos cervicales menores” y las lesiones que generan, nacen de colisiones por alcance de baja o escasa entidad a baja velocidad, aunque también sean habituales las colisiones frontales, laterales e, incluso, las causadas marchas atrás⁸. En este sentido, podemos mencionar sentencias, tales como la **SAP de Murcia de 15 de octubre de 2018** que afirma que “no cabe duda alguna de que dicho tipo de lesión -la derivada de los “traumatismos cervicales menores”- es común

7 Vid. DE LAS HERAS, S., *El artículo 135 de la LRCSCVM introducido por la Ley 35/2015*, *Revista de responsabilidad civil y seguro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, p. 30.

8 Vid. RAMOS BLANCO, J. L., *Indemnización de las lesiones temporales derivadas de “traumatismos menores de la columna vertebral”*, *Revista Xurídica Xeral de Galicia Foro Galego Núm. 209, enero-junio 2021*, pp. 187-211.



en lo que se han denominado colisiones por alcance a baja velocidad, colisiones en las que se suele discutir el nexo causal y la propia inexistencia de las lesiones en atención a la levedad de la intensidad del choque producido y la transmisión de energía al interior del vehículo con la intensidad suficiente para producir daños personales a los ocupantes del turismo”, o la **SAP de Barcelona de 13 de junio de 2019** que indica que el artículo 135.1 LRCSCVM “se refiere sin duda a las colisiones, generalmente por alcance, a baja intensidad. Y se refiere exclusivamente a traumatismos cervicales menores, no a la lesión cervical en general, porque lo que contempla es aquella lesión cuya fuente de diagnóstico es únicamente la manifestación del lesionado sobre la existencia de dolor, cuyo origen no es verificable o comprobable por ningún medio ni prueba médica”.

b) Ámbito de aplicación recogido en el artículo 135 LRCSCVM

b.1.) Diagnóstico basado en la manifestación del lesionado sobre la existencia de dolor y que no es susceptible de ser verificado mediante pruebas médicas complementarias

Esta primera conclusión está sometida a un doble condicionante que tiene que concurrir necesariamente para que el artículo 135 LRCSCVM sea de aplicación ante lesiones producidas por “traumatismos cervicales menores”, ya que no se va a extender indistintamente a todas aquellas lesiones derivadas de dichos traumatismos, sino solo a aquellas que se fundamenten en la manifestación del lesionado sobre el dolor y que no se puedan verificar con pruebas médicas complementarias.

La redacción de este apartado es, cuanto menos compleja, ya que, si atendemos a su literalidad, podemos pensar que la referencia sobre el dolor del lesionado únicamente puede enfocarse sobre el dolor de columna vertebral y que, por tanto, todos aquellos perjudicados que contasen con síntomas compatibles con una lesión de columna vertebral pero que no sufriesen dolor en dicha zona, quedarían excluidos del ámbito del artículo 135 LRCSCVM. Una vez más, nuestros Tribunales ya se han pronunciado sobre esta cuestión y entre otras la **SAP de Baleares de 30 de mayo de 2018** ha señalado que “según el Baremo del 2017 y 2018, los traumatismos cervicales menores (como se denomina ahora a un “latigazo cervical”) que se diagnostican con base en la manifestación del lesionado sobre la existencia de dolor (mareos, cefaleas, dolor en el cuello...), y que no son susceptibles

de comprobación mediante pruebas médicas complementarias (...)”. Sin embargo, esta postura no deja de ser cuestionable. Y es que, aunque el dolor en la región de la columna vertebral no es único ni excluyente, sí que es la manifestación principal que el legislador ha decidido marcar como pieza fundamental para la aplicación de este artículo.

A mayor abundamiento, la redacción de este primer apartado hace referencia a un nuevo concepto que no define. Por ello, llegados a este punto, tenemos que resolver el siguiente interrogante:

b.1.1) ¿Qué es “una prueba médica complementaria”?

Conforme al criterio defendido por las aseguradoras, una prueba o exploración médica complementaria es únicamente aquella que se realiza con la ayuda de maquinaria técnica a través de pruebas por imagen (radiografía simple, TAC, resonancia magnética, gammagrafía, mielografía, discografía y termografía) o exploraciones neurofisiológicas (electromiografía o potenciales evocados)⁹.

Pero, aunque contemos con esa interpretación más rigurosa, hay juzgadores que ya han considerado que también debe entenderse como prueba médica complementaria la palpación realizada por el profesional médico en el momento más próximo tras la producción del accidente en la que objetiva contractura en la región cervical. Motivo por el cual se pauta tratamiento médico o farmacológico, apoyado habitualmente de medidas de protección como el uso de collarín¹⁰.

Si atendemos a la abundante literatura médica con la que contamos en este campo, podemos afirmar que ampliar el significado de lo que se debe entender como “prueba médica complementaria” no es descabellado. Y es que, en múltiples ocasiones, se ha concluido que estas pruebas no son útiles para fijar un diagnóstico de traumatismo menor de columna vertebral. Tal y como ha afirmado SAN SALVADOR, las exploraciones radiológicas son útiles para diagnosticar lesiones de mayor entidad como luxaciones o fracturas vertebrales, pero aportan escasa formación en los traumatismos menores. La ecografía arroja información sobre los tejidos blandos cervicales, pero es una prueba poco

9 Vid. JUVENCEL, M. R., Op. cit. p. 124-137.

10 Vid. Sentencia N.º 115/2017 del Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Móstoles.

utilizada por ser inespecífica. EL TAC es empleado para establecer patologías óseas, insertable en estos casos. La resonancia magnética da gran información sobre los tejidos blandos y óseos de la columna vertebral, pero en lesiones de mayor entidad que los traumatismos menores y las pruebas de electromiografía sirven para diagnosticar afectaciones nerviosas que producen irradiación a las extremidades o comprensión medular¹¹.

La conclusión es que, si el traumatismo cervical menor se diagnostica mediante un dato que médicamente puede considerarse como objetivo, la aplicación del artículo 135 LRCSCVM y todos sus requisitos no deberán ser tenidos en cuenta. Hablamos aquí del supuesto tratado en la **SAP de A Coruña 207/2020, de 15 de septiembre de 2020**: *“(…) el motivo debe ser admitido, la propia médico que depuso a instancia de la Cía. Aseguradora demandada estimó que una mecánica de siniestro como la que nos ocupa – colisión por alcance – puede producir lesiones cervicales, no lumbares. Estamos ante un informe basado en hipótesis que ha prescindido de las circunstancias concretas en que se produjo el siniestro. Las demandantes fueron atendidas de forma inmediata de dolor lumbar y musculatura paravertebral/cervical en Centro de Urgencias, siendo diagnosticadas de lumbalgia sin radiación y de esguince cervical, con rectificación lordosis cervical en la RX, estando sometidas a tratamiento con fisioterapia en el Juan Cardona. No consta que tuvieran ningún padecimiento previo. La “contractura lumbar” de Dña. XXX es objetivable y así se diagnosticó. Existió en ambas, también en Dña. XXX un seguimiento médico y de fisioterapia. Ciertamente la cuestión de la baja intensidad del accidente como el que nos ocupa resulta polémica en el ámbito científico-médico, por lo que habrá que buscar soluciones en cada caso concreto. El art. 135.1 LRCSCVM muestra su desconfianza ante las reclamaciones de “traumatismos cervicales menores” que se diagnostican en base exclusivamente a manifestaciones del lesionado, que no son susceptibles de verificación mediante pruebas médicas complementarias, pero aquí tenemos una “contractura lumbar” no incluida en el precepto aludido, y un esguince cervical objetivado a través de la rectificación de la lordosis cervical vista en RX. La experiencia nos enseña que no siempre la levedad del impacto de dos vehículos (en nuestro caso el Peugeot 206, tuvo*

desperfectos por importe de 162, 32 €), nos conduce a la inexistencia de lesiones, son múltiples los factores concurrentes”.

En otras palabras, quedaría fuera de este artículo todo aquel juicio clínico que, mediante pruebas como la palpación y exploración del lesionado, enuncie haber objetivado por el facultativo algún tipo de lesión aparte de la referencia de dolor por parte del lesionado¹².

Otro problema añadido en la práctica, es en aquellos casos en los que los facultativos médicos no realizan pruebas médicas complementarias o, si las realizan, no son las adecuadas para fijar un diagnóstico sobre la lesión que en verdad padece la víctima.

b.2) Indemnizables como lesiones temporales

Para recordar que es una “lesión temporal” tenemos que remitirnos al artículo 134.1 LRCSCVM que indica que serán aquellas lesiones que “sufre el lesionado desde el momento del accidente hasta el final de su proceso curativo o hasta la estabilización de la lesión y su conversión en secuela”, sin perjuicio de que dicha indemnización de lesiones temporales sea compatible con la que “proceda por secuelas o, en su caso, por muerte y se cuantifica conforme a las disposiciones y reglas que se establecen en este Capítulo y que se reflejan en los distintos apartados de la tabla 3 que figura como Anexo” según el artículo 134.2 LRCSCVM.

b.3) Concurrencia de los criterios de causalidad genérica

Una vez que se cumplen los factores del primer apartado del artículo 135 LRCSCVM, es necesario que el hecho lesivo pueda producir el daño objeto de reclamación según unos criterios denominados de “causalidad genérica” que no son orientativos, sino que es obligatorio que se acredite la concurrencia de todos y cada uno de ellos:

b.3.1) Criterio de exclusión

El primer criterio consiste en que “no medie otra causa que justifique totalmente la patología”. El término clave de este criterio es la palabra “totalmente”, ya que habrá que verificar a través de una correcta anamnesis o exploración física por parte de los servicios médicos tras el siniestro al acceder a la historia clínica del pa-

¹¹ Vid. GALLARDO SAN SALVADOR, G., *El informe médico concluyente*, Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguros N.º 57, año 2016, Cit. p. 51.

¹² Cfr. DE LAS HERAS, S., Op. cit., p. 31.

ciente si el lesionado sufría o no patologías previas en la misma zona corporal lesionada para saber la causa.

Esto no significa bajo ningún concepto que el hecho de que exista una patología previa constituya una exclusión, sino que debe ser dicha patología previa causa “total” de la lesión para que pueda ser excluida la reclamación. Pueden darse dos situaciones reales: el lesionado que cuenta con patologías previas pero que eran asintomáticas hasta el momento del accidente en cuestión, o aquel que cuenta con patologías previas que ya le causaban dolor con anterioridad al siniestro pero que dicho cuadro de dolor se ve agravado a consecuencia del accidente.

Por tales motivos es tan importante atender a si en el momento del siniestro el lesionado presentaba o no dolor por causa de la patología previa, si se hallaba o no bajo tratamiento médico o fisioterápico o si se encontraba de baja laboral, por ejemplo¹³.

Es habitual que se emplee el argumento de que como la víctima cuenta con patologías previas ya queda acreditado el criterio de exclusión. Si bien, todo parece indicar que el enfoque más lógico es, precisamente, el contrario. Es decir, que lo que ocurra sea que las lesiones se produzcan con mayor probabilidad dado que son personas que se encuentran más expuestas a sufrir dolor en la zona corporal afectada por la patología previa pese a la escasa intensidad o gravedad del siniestro.

Podemos mencionar aquí la sentencia **SAP de Asturias de 6 de noviembre de 2017** que señala que *“es cierto que el criterio de exclusión podría ofrecer dudas dada la presencia de importantes patologías precedentes en la misma zona corporal. Ahora bien, la ausencia de un tratamiento médico específico anterior al siniestro, salvo lo dicho sobre la fisioterapia, y la inmediateza presencia del demandante en un centro hospitalario tras producirse el mismo, manifestando los dolores que sufría a partir de ese momento así como la presencia de contracturas y la posterior mejora progresiva, avalan la conclusión de que se está ante un agravamiento o agudización de dolencias preexistentes (...)”* o la **SAP de Madrid de 28 de enero de 2019** que dice que *“aun cuando la actora presente como antecedente un accidente por colisión trasera de hace dos años con lesiones, tal como se recoge en su propio informe pericial y se subraya en el dictamen*

pericial médico que a su vez aporta la demandada, estima la Sala que ello no quiere decir, frente a lo que sostienen la demandada, apoyada en dos informes periciales, uno biomecánico y el otro médico, que el dolor que presenta en esa zona no guarde relación con el impacto del accidente, o el movimiento producido por el mismo, pues no hay constancia documental de que viniera padeciendo dolores en la zona lumbar, esto es lumbalgia, ni en la cervical, de modo que hay que admitir la relación de las lesiones que nos ocupan con el accidente”.

b.3.2) Criterio cronológico

El segundo criterio determina que “la sintomatología aparezca en tiempo médicamente explicable. En particular, tiene especial relevancia a efectos de este criterio que se hayan manifestado los síntomas dentro de las setenta y dos horas posteriores al accidente o que el lesionado haya sido objeto de atención médica en este plazo”.

Suele interpretarse de forma equivocada que la intención del legislador en la redacción de este apartado es fijar un plazo máximo a partir del cual se entienda que no existe nexo causal entre el siniestro y la sintomatología lesional si el lesionado manifiesta los mismo con posterioridad o que, de manera indefectible, sea obligatorio contar con un informe médico o parte de urgencias dentro de dicho plazo. Sin duda, tal parte médico es una prueba objetiva de que el siniestro ha ocasionado lesiones al perjudicado, pero esto no significa que haya que ser riguroso con ese periodo temporal, ya que este criterio es meramente orientativo y flexible.

Constituye un acierto que, desde el inicio, el legislador se refiera a un “tiempo médicamente explicable” sin entrar en definiciones capciosas en lo que a la medicina se refiere, lo que va en consonancia con el hecho de que, como ciencia inexacta, no tenga sentido fijar un plazo fijo en relación con la manifestación de las lesiones.

No debemos pasar por alto que el hecho de que haya transcurrido un periodo temporal superior a 72 horas tras el siniestro, no implica de forma inamovible que toda sintomatología que se manifieste con posterioridad rompa el nexo causal. Una vez más, habrá que prestar atención al conjunto de circunstancias del caso concreto. En esta misma línea, podemos mencionar la **SAP de Madrid de 17 de septiembre de 2019** o la **SAP de Tarragona de 30 de enero de 2020** que defienden este razonamiento y afirman que

¹³ Vid. RAMOS BLANCO, J. L., Op. cit., p. 200.

“se desprende del propio tenor literal del artículo 135 b) que el lapso temporal de 72 horas es indicativo. No se fija un límite temporal al partir del cual de forma inexorable deba entenderse roto el nexo causal. El que los síntomas de la lesión se hayan manifestado dentro de dicho plazo se considera un dato de “especial relevancia”, es decir, un dato a tener en especial consideración a la hora de evaluar el conjunto de circunstancias que concurren al objeto de determinar si queda debidamente acreditada la existencia de la relación causa-efecto entre el siniestro y las lesiones, pero obviamente no impide que, apreciando las circunstancias concurrentes, se llegue a la conclusión de que existe nexo causal aunque la primera atención médica por causa de las lesiones se produzca cuando hayan transcurrido las 72 horas”.

Un ejemplo de lo que implica el criterio cronológico, siempre que el encaje causal de los hechos no se vea condicionado, lo podemos ver en la **SAP de Valladolid de 11 de mayo de 2018** en la se explica un supuesto en la que la parte demandada niega la existencia de nexo causal por no manifestarse la cervicalgia en el plazo de las 72 horas al no haberse producido la baja laboral hasta 23 días después del accidente. En consecuencia, el tribunal concluye que *“(…) no resulta ilógico que la actora hubiera seguido el tratamiento pautado por el servicio de urgencias (antinflamatorios y calor seco local) y que, ante el resultado poco satisfactorio, la apelante haya precisado nuevamente asistencia sanitaria*

por la misma lesión y padecimientos (en este caso de su médico de cabecera), que finalmente le extendió el parte de baja laboral. (...) se cuestiona por la entidad demandada el nexo causal de la lesión con el accidente por el hecho de que el parte de baja laboral fuese emitido 23 días después del siniestro, sin embargo, no constando la ruptura del nexo por ningún otro hecho generador del daño, y siendo los síntomas los mismos a los referidos en el informe de urgencias, no parece que pueda desconectarse la baja laboral de la lesión generadas por el accidente de tráfico acaecido, debiendo imputarse a una mala evolución de la lesión y a la escasa eficacia del tratamiento pautado inicialmente”.

También la **SAP de Pontevedra de 14 de diciembre de 2016** cuando afirma: *“Téngase además en cuenta por lo que a criterio cronológico atañe, que la circunstancia de que la lesionada hubiera sido objeto de atención médica más allá de las 72 horas posteriores al accidente, no quiere decir que no se hubieran manifestado los síntomas dentro de ese lapso de tiempo, sobre todo si se pondera que el día 12 de junio fue viernes y la demandante no tuvo que volver a su actividad laboral el lunes 15, momento en que la sintomatología se reveló en toda su extensión”.*

b.3.3) Criterio topográfico

Este criterio reconocido como el menos problemático, requiere que “haya una relación entre la zona corporal afectada por el accidente



y la lesión sufrida, salvo que una explicación patogénica justifique lo contrario”. Es decir, que la zona corporal afectada sea la columna vertebral, sobre todo la cervical, por el tipo de colisión que se producen en este tipo de colisiones de carácter leve.

b.3.4) Criterio de intensidad

Identificado de manera unánime como el criterio más conflictivo, y el único que no es de naturaleza clínica o médica, sobre el que se centra la gran parte de este trabajo y que consiste en “la adecuación entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción, teniendo en cuenta la intensidad del accidente y las demás variables que afectan a la probabilidad de su existencia”.

Tal y como ya se ha mencionado en el segundo punto de este trabajo, y aunque la palabra “biomecánica” se ha eliminado en la tramitación del Proyecto de Ley por la falta de consenso científico del valor real de estos estudios realizados por ingenieros, la inclusión de este criterio ha servido desde sus inicios para que las compañías aseguradoras rehúsen las reclamaciones indemnizatorias producidas en colisiones de baja intensidad sirviéndose, igualmente, del apoyo probatorio de los informes conocidos como “biomecánicos” y, más recientemente, llamados también como “informes de reconstrucción del accidente”. Y es que, aunque se comparta la hipótesis de que estos informes no acrediten que el siniestro ha sido de tan baja intensidad y que no pueden existir lesiones en los ocupantes de un vehículo perjudicado, son reiteradamente empleados para alegar la falta del criterio de intensidad a pesar de que, en la mayoría de las ocasiones, son realizados sin tener en cuenta factores de gran relevancia para esclarecer de forma directa si el impacto a baja velocidad que se ha producido puede o no ocasionar las lesiones, o se elaboran sin tener constancia de la morfología de los ocupantes o su posición en el interior del vehículo, haciéndolo con fotografías¹⁴.

A día de hoy contamos con una amplia jurisprudencia de nuestras Audiencias Provincia-

les que tratan este criterio cada vez con mayor detalle, y no por ello este tema está exento de polémica. Siguiendo la línea de los aspectos comentados anteriormente, como primera toma de contacto podemos traer a colación la **SAP de Alicante de 17 de julio de 2017**: “(...) los informes biomecánicos deben ser valorados con gran prudencia porque no contemplan todos los factores que pueden tener influencia en el mecanismo lesional, así el que la resistencia de los paragolpes cada vez es mayor, y que a menor deformación del paragolpes se produce una mayor transmisión de energía al interior del vehículo. Tampoco se consideran factores tales como el peso de los vehículos, el de los ocupantes o el de la carga, la posición de los ocupantes o las características técnicas de los reposacabezas. El principio general de que parten de que en colisiones producidas a menos de 8 km/h no se pueden producir lesiones, es cuestionado, no se trata de una verdad absoluta existiendo estudios que fijan este umbral en velocidades muy inferiores. En cualquier caso, es el criterio médico más que el técnico el que puede pericialmente auxiliar al Juez, junto con el resto de la prueba, también la pericia biomecánica, a fijar el nexo causal”.

Asimismo, la ya mencionada **SAP de A Coruña 288/2020 de 22 de septiembre** también se pronuncia de manera tajante criticando el prestigio de este tipo de informes, diciendo: “La prueba pericial que incorrectamente se venía denominando como “biomecánica” - cuando lo analizado no es un ser vivo, sino los daños de los vehículos, por lo que no tiene sentido el uso de la partícula “bio” - y que ahora se suele conocer como de “reconstrucción mecánica”, no pueden tenerse como elemento probatorio determinante, por cuanto no pasa de ser una evaluación estadística del mínimo rigor exigible a toda prueba pericial que se presenta ante un tribunal de justicia”.

Con la lectura de estas resoluciones judiciales, podemos hacernos ya una idea de la gran polémica que gira sobre este tipo de estudios o informes que son empleados cada día con más asiduidad en sede judicial a pesar de las contundentes conclusiones con las que ya contamos.

b.4) La necesidad de un “informe médico concluyente”

Cumpliendo con lo ya indicado en el artículo 37.2 LRCSCVM que dice que “la determinación y medición de las secuelas y de las lesiones temporales ha de realizarse mediante informe

14 Vid. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA (Dir.), J./BADILLO ARIAS, J.A./ GALLARDO SAN SALVADOR. N./ GARCÍA GÁRNICA, M. C./ GÁZQUEZ SERRANO, L./ HERNÁNDEZ-CARRILLO FUENTES, J. A./ MEDINA CRESPO, M./ MIR RUIZ, A./ OLIVARES ESPIGARES, A./ ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R./ RUIZ-MATAS ROLDÁN, M. C., *Responsabilidad civil y valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*, Atelier, Barcelona 2021, p. 531.

médico ajustado a las reglas de este sistema”, el apartado segundo del artículo 135 LRCSCVM exige un “informe médico concluyente” para que se pueda reconocer la existencia de secuela tras el periodo de incapacidad temporal.

Llegados a este punto, surgen tres interrogantes. Primero, qué se puede interpretar por “informe médico concluyente”. Segundo, si es necesario en todos los casos en los que se plante una reclamación por un traumatismo cervical menor aportar un informe médico de estas características para que la misma sea estimada, aunque en ella no se reclame partida alguna en concepto de secuela y, tercero, si la exigencia legal de aportar tal informe va dirigida a la aseguradora, o también a la parte actora.

b.4.1) ¿Qué es un “informe médico concluyente”?

Por regla general, nos encontramos con documentos e informes médicos que describen el tratamiento que ha seguido el lesionado durante su periodo evolutivo desde que sufre el padecimiento de las lesiones ocasionadas por la producción del accidente. No obstante, todo parece indicar que, la inclusión específica de este concepto, busca que se aporte al litigio en cuestión un informe más detallado que tiene que “adaptarse a las reglas del sistema”, es decir, que cumpla con los precedentes exigidos por el Baremo de Tráfico a la hora de determinar y concretar la valoración sobre la incapacidad temporal y/o lesiones permanentes recogido en el artículo 37 de la Ley tratada.

De un modo didáctico, la **SAP de Cádiz de 12 de septiembre de 2019** nos disipa las dudas al decir que este precepto “(...) reclama la imprescindible presencia de un informe médico, que no prueba pericial, que valore conforme al sistema de indemnizaciones de secuelas y lesiones temporales diseñado en la Ley, es decir, a partir de sus conceptos, categorías y criterios, las que puedan concurrir en el supuesto litigioso. (...) A la vista de los citados preceptos, si bien es cierto, como queda dicho, que no será imprescindible la presencia de un informe pericial, tampoco será de ordinario suficiente la mera aportación de los documentos e informes puramente médicos que describan el tratamiento seguido por el lesionado. No se trataría, como exige la norma, de informes ajustados a las reglas del sistema, pues su finalidad es de estricta documentación clínica instrumental a la función puramente médica. Sin descartar que en ocasiones puedan extraerse de tales informes de seguimiento datos para valorar la presencia de

lesiones temporales y secuelas, no parece que ello pueda hacerse sin el apoyo legalmente ineludible de un informe médico que traduzca, adapte y concrete los padecimientos descritos en los documentos asistenciales (inclusive el informe de alta) a los requerimientos propios del sistema indemnizatorio previsto en la tan citada Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículo a Motor”.

En contraposición a esta postura, para autores como SAN SALVADOR un informe médico concluyente es aquel que es un informe médico pericial completo, adaptado a las normas para la valoración del daño corporal que figuran en el capítulo II del capítulo IV de la Ley y emitido por un profesional con formación adecuada a la pericia realizada¹⁵.

Sin discutir la idoneidad de este tipo de dictamen, surge aquí la cuestión de si los llamados como simples documentos médicos no arrojan datos objetivos suficientes y certeros sobre las lesiones que puedan justificar la reclamación, ya que resulta conveniente tener presente que, en gran infinidad de supuestos, nos encontramos ante asuntos de escasa entidad reclamatoria en los que, el hecho de someter al perjudicado a un desembolso económico para hacerse cargo del pago de honorarios de un profesional especializado en Valoración del Daño Corporal que elabore un informe médico que determine las lesiones temporales, hace que éste decaiga respecto a su legitimación activa como sujeto con derecho a reclamar.

Una vez hechas las anteriores valoraciones, conviene no olvidar el riesgo que podemos correr al no aportar junto con el escrito de demanda tal informe médico cuando reclamamos unas lesiones temporales por traumatismo menor en caso de que el Juez a quo haga una interpretación rigorista del mencionado artículo 37.2 LRCSCVM sin tener en cuenta otros aspectos. También será importante valorar si el informe médico concluyente deberá ser aportado sólo cuando existan lesiones temporales o cuando, a su vez, se reclame alguna partida en concepto de secuela.

Como ejemplo jurisprudencial, podemos mencionar la **SAP de A Coruña 370/2018, de 13 de diciembre de 2018** en la que, una vez que en primera instancia la actora vio desestimada íntegramente su reclamación indemnizatoria por lesiones temporales de 143 días en concepto de perjuicio personal básico y por una secuela de

15 Vid. DE LAS HERAS, S., Op. cit. p. 40.

agravación de artrosis previa, el Ponente de segunda instancia razona: *“La sentencia recurrida se apoya fundamentalmente en los dos únicos informes periciales aportados al proceso, que han sido presentados por la parte demandada, tanto de carácter biomecánico como médico, cuyas conclusiones acerca del hecho sometido a controversia recoge fielmente, en el sentido de que no es posible establecer un nexo causal entre las lesiones que dice haber padecido el demandante y el siniestro, sin apartarse injustificadamente de la mismas ni extraer de ella deducciones ilógicas o absurdas, haciendo una ponderada valoración de estos dictámenes, en relación con las demás pruebas practicadas e informes médicos emitidos. (...) sobre la inexistencia de la relación causal discutida no coincide con el planteamiento fáctico de la actora apelante, máxime cuando no existe ningún dictamen pericial que las contradiga o desvirtúe. En este sentido, coincidimos con la sentencia apelada al considerar que la actora apelante ha incumplido la exigencia contemplada en los arts. 37.1 y 135.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en su vigente redacción tras la modificación operada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, por no presentar el preceptivo informe médico, ajustado a las reglas del sistema para la valoración de los daños personales causados, que realice, de forma concluyente, la determinación y medición de las secuelas y de las lesiones temporales cuya indemnización se pretende, haciendo una interpretación integradora de ambos conceptos”.*

Más recientemente, la **SAP de A Coruña 284/2020, de 15 de septiembre de 2020** afirma: *“Por lo demás, nótese que no reclamándose secuela alguna no son preceptivos los informes médicos ajustados a las normas del sistema. El art. 135.2 del Texto Refundido de la LRCSCVM prevé únicamente su aportación cuando se pida como secuela”.*

Finalmente, y en relación con el último interrogante planteado, cabe razonar que es cierto que el precepto señalado no realiza distinción alguna sobre el deber de aportar un informe médico adecuado a las reglas del sistema, dependiendo de si es la entidad aseguradora que rehúsa la reclamación o el perjudicado reclamante. En este sentido, encontramos criterios jurisprudenciales estrictos como el de la **SAP de Vizcaya de 7 de noviembre de 2019** que indica que *“la Sala a la que pertenece esta Juzgadora ha adoptado como criterio al respecto a partir de su sentencia de 17 de mayo de 2018, reiterada a sus sentencias posteriores de 15 de junio y*

de 19 de octubre de 2018, el de la exigencia legal de que no solo debe entenderse dirigida a la aseguradora sino también a la parte actora, “no cabe entender dirigida exclusivamente a la aseguradora como pretende esta parte apelante pues el precepto no establece distinción alguna y que no ha sido atendida pues sólo ha aportado informes médicos que, como reconoce su propio emisor en el acto de juicio, son meramente clínicos, de la terapia rehabilitadora realizada, y que puede observarse y así se destaca en la resolución apelada ni aluden al perjuicio personal ni especifican las razones médicas por las que ha de ser considerado moderado como pretende la parte recurrente (...). Compartimos ante la carencia de que se trata el criterio de la sentencia apelada, con cita de SAP de Badajoz, Secc. 2ª, de 23 de marzo de 2017 y SAP Cádiz, Secc. 2ª de 17 de mayo de 2017, línea en que también se pronuncia la SAP de Palma de Mallorca, Secc. 4ª de 6 de febrero de 2018, pues no se ha atendido por quien recurre a la carga probatoria que sobre esta parte pesa”.

Una gran herramienta que explica de manera clara controversias que se plantean en nuestro día a día como profesionales del Derecho, es la Guía de Buenas Prácticas para la aplicación del Baremo de Autos. La misma, en su apartado 2.3.3.-2 Informe médico en los casos de oferta motivada relativa a las secuelas dice que *“No obstante, en el caso de secuelas que deriven de un traumatismo menor de columna vertebral, solo será necesario que la entidad aporte informe médico definitivo si el lesionado aporta informe médico pericial concluyente que acredite la existencia de la secuela, de acuerdo con lo que establece el art. 135.2 LRCSCVM. De acuerdo con lo indicado en el apartado 2:2:2-2, a) en este caso la buena práctica permite que los puntos asignados a cada una de las secuelas y la codificación que les corresponda consten en la oferta motivada o en el informe médico definitivo que se adjunte a ella. En los casos de traumatismos menores de columna vertebral sin secuelas, la buena práctica permite que la entidad base su oferta motivada en la documentación médica aportada por el lesionado”.*

Por ello, todo parece indicar que podemos encontrar ante un obstáculo sobre la necesidad o no de aportar un *“informe médico concluyente”* cuando la reclamación que planteamos deriva de un traumatismo menor. Y es que, si prestamos solo atención a la literalidad del artículo 135.2 LRCSCVM, es factible interpretar que solo tendremos que aportar un *“informe médico concluyente”* si se reclaman secuelas derivadas de ese tipo de siniestro. Si atendemos

a la jurisprudencia señalada, que debemos de aportar siempre un “informe médico” que debe ser “pericial” con independencia de que la reclamación verse en concepto de lesiones temporales o secuelas y, para finalizar, si atendemos a la Guía de Buenas Prácticas, que cabe la posibilidad de eximir a la aseguradora de aportar el informe médico legal que se les exige en caso de estar ante un traumatismo menor sin secuela cuando el reclamante sólo aporte documentación médica y que, en caso de secuelas, sólo tendrá que aportar informe médico definitivo si el reclamante aporta informe médico pericial. Es decir, se baraja la posibilidad de que dicho informe no tenga que aportarse, aunque sea en el plano extrajudicial.

Aunque no se trate de un supuesto de daños personales derivados de una colisión de baja intensidad, apreciamos que es muy interesante extrapolar lo dicho en la **SAP de Pontevedra 529/2022, de 24 de octubre de 2022** en la que se afirma que la falta de aportación de un informe médico no puede justificar sin más la desestimación de una demanda: *“La falta de aportación de un informe médico no puede justificar sin más la desestimación de una demanda. Es verdad que el artículo 37 dispone que la determinación y medición de las secuelas y de las lesiones temporales ha de realizarse mediante informe médico ajustado a las reglas del sistema de valoración. El artículo 33 de la propia LRCSCVM establece que los dos principios fundamentales de valoración son la reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada. Hay que asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos. Evidentemente, el informe médico es medio para determinar y medir las secuelas y lesiones temporales. Y más cuando se hacen valer perjuicios estéticos por valor de 5.677, 78 euros. Pero, en todo caso, la necesidad del informe médico ha de conjugarse con los propios fines del sistema de valoración. Dicho con otras palabras, el informe será necesario solo con carácter contingente. El informe es un medio para alcanzar un fin, no una condición. Tendrá relevancia cuando exista una discrepancia fundada. No puede pretenderse que en todo momento y ocasión sea preceptivo el informe médico. Su aunamos el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la reparación íntegra que sanciona la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, debemos interpretar el artículo 37.1 no como un requisito de probabilidad sino como una regla de la carga de la prueba. Una reclamación de este tipo no se puede desestimar de plano por el solo hecho de que falte el informe médico. No es requisito de la demanda, es solo un medio*

para el buen fin de la demanda. Los efectos de su omisión se desplegarán, en su caso, al resolver sobre el fondo del asunto. En efecto, la sola ausencia del informe no comporta la mecánica desestimación de la demanda. Sería una sanción desproporcionada, difícilmente compatible con el artículo 24 de la Constitución. En consecuencia, la falta del informe médico no hace claudicar la actual reclamación”.

b.5) Aplicación de los criterios ante los demás traumatismos menores

Como colofón, el artículo 135.3 LRCSCVM explica que “los criterios previstos en los apartados anteriores se aplicarán a los demás traumatismos menores de la columna vertebral referidos en el baremo médico de secuelas”. Dicho de otro modo, los criterios analizados no se aplicarán sólo ante un traumatismo cervical menor, sino también a aquellas lesiones “menores” que correspondan a la zona lumbar, dorso-lumbar o sacro.

IV. DELTA-V. CONCEPTO Y SIGNIFICADO COMO POTENCIAL LESIVO

4.1. Consideraciones generales

El Delta-V (ΔV) es un parámetro físico perteneciente a las fuerzas de la gravedad o fuerzas G que resulta de gran interés en el estudio de la accidentología automovilística, ya que su cálculo indica el cambio de velocidad que puede experimentar un vehículo con ocasión del impacto sufrido.

Partimos de la premisa básica popularmente conocida de que “la energía no se crea ni se destruye, sólo se transforma” y, por tanto, de que todo cuerpo en movimiento continúa en estado de movimiento, salvo que éste se vea variado por el concurso de una fuerza exterior. Así, la velocidad junto con el peso de los vehículos que intervienen en una colisión, determina la energía cinética que se ejerce y, en consecuencia, y sin ahondar aún si son los únicos o no, se reconocen como factores que influyen en el efecto dañoso de la estructura orgánica del vehículo y el potencial lesivo de sus ocupantes.

De este modo, y para determinar el cálculo del Delta-V, los técnicos emplean fórmulas matemáticas como $V^2 E = \frac{1}{2} mv^2$ o, lo que es lo mismo, la energía de un cuerpo en movimiento, está ligada a la masa por el cuadrado de la velocidad.

No obstante, no sólo depende de esto, sino que el potencial lesivo se ve influenciado de manera importante a las estructuras impactantes, geometría, masa, volumen, duración del impacto, resistencias de choque, etcétera.

Con el transcurso del tiempo en el que este tema se ha encontrado en auge hasta la actualidad, se ha creado abundante literatura clínica que gira entorno este concepto y que no pretende más que aportar claridad sobre el potencial lesivo en las colisiones por alcance de baja velocidad. Si bien, es una realidad que, a pesar de los diversos estudios a los que podemos hacer referencia hoy en día, en la mayoría de los casos su contenido es limitado. Principalmente, porque suelen centrarse en afecciones cervicales severas, tomando como prueba aquellas realizadas en cadáveres o animales que nada tienen que ver con un cuerpo vivo o, incluso, en aquellos casos que son realizados con humanos, ofrecen datos ciertamente sesgados por el hecho de que la persona en cuestión es conocedora del impacto que va a recibir y, por consiguiente, su predisposición corporal ante el mismo no es igual que recibir un impacto por sorpresa estando desprevenido. A su vez, y en esos estudios que son realizados con seres humanos vivos, no se obtienen datos fiables acordes con la realidad de nuestra sociedad, ya que, con asiduidad, se realizan en hombres con un rango de edad temprana y una complexión física atlética, lo que genera un muestreo difuso.

4.2. Preguntas básicas sobre el Delta-V

Primera: ¿Es cierto que, a menor intensidad de daño de los vehículos, hay menor transmisión de energía a los ocupantes del habitáculo y, por tanto, menores lesiones en los usuarios?

Esta pregunta resulta cuanto menos capciosa, ya que todo cabe indicar que su respuesta es cierta desde el punto de vista general, pero falsa desde un punto de vista particular. No podemos obviar que la práctica diaria nos muestra con datos objetivos que sí se pueden producir lesiones cervicales a pesar de que sea menos probable cuanto menor sea la transmisión de energía entre los vehículos impactados. Y es que, el hecho de que contemos con estadísticas o macro estudios que condicionen la relación entre ambos valores, no puede ser suficiente para negar de manera rotunda la posibilidad de existencia del estado lesional, sin entrar en su mayor o menor severidad. Simplemente, es un aspecto más a tener en cuenta con sus virtudes y defectos, y que hay que tratar con rigor y cuidado teniendo en cuenta siempre las

propias deficiencias que señalan los mismos creadores de dichos estudios. Mencionando un ejemplo muy simple traído a colación por Ilmo. Sr. Magistrado FERNÁNDEZ-PORTO GARCÍA: Que los infartos se produzcan mayoritariamente a partir de una determinada edad, no excluye que puedan aparecer en personas jóvenes.

Segunda: ¿Si la energía transmitida no supera cierto umbral, no es posible que se produzcan lesiones?

Falso. Primero, porque es de gran dificultad obtener un dato certero sobre la energía que en verdad se ejerce en el vehículo con los datos que normalmente se pueden contar para realizar los cálculos necesarios. Segundo, porque la obtención de este dato no es la panacea para llegar a una conclusión así, sino un factor más a tener en cuenta que puede influir en el caso concreto junto con más factores de igual o mayor relevancia y, tercero y último, y como ya se ha señalado en la anterior pregunta, la excepción no confirma la regla y sólo puede indicar una posible menor probabilidad (o no).

Tercera: ¿Se obtiene un dato certero de Delta-V (ΔV) por el hecho de que la colisión no genere una cierta deformación en los vehículos?

No, todo lo contrario. Cada vez es más habitual que contemos con otra serie de estudios técnicos relacionados con la ingeniería y fabricación automovilística que se centra en conseguir un menor daño estético, pero dejando de lado las consecuencias que eso puede tener para el ocupante cuando, físicamente, se va demostrando que esto lo que origina es que sean los ocupantes y no el vehículo quien absorbe en gran parte la energía producida por el impacto. De esta forma se determina que la posición o altura de los roces en los paragolpes de los vehículos poco pueden influir a la hora de justificar la existencia o no de lesiones de los ocupantes perjudicados y fijar así una variación de velocidad conocida como Delta-V.

Cuarta: ¿Es suficiente con que la aceleración de los vehículos sea conocida en términos de valores medios?

El análisis completo de todos los estudios realizados a los que podemos tener acceso, nos lleva a afirmar que la aceleración de los vehículos debe ser conocida en términos de valores máximos y determinados, no a través de resultados expresados en horquillas de velocidad que no ofrecen un dato exacto. Ahora bien, desde el punto de vista médico-legal, expertos en

la materia como el Dr. REPRESAS VÁZQUEZ han afirmado que, aunque el Delta-V tiene poca fiabilidad como predictor de la severidad y pronóstico de la lesión cervical, y que los umbrales para la aparición de síntomas son inferiores en colisiones reales, ha mostrado mayor especificidad cuando sus valores arrojan resultados bajos o muy bajos. Es decir, aunque no sirve para excluir la ocurrencia de lesiones cervicales con aceptable sensibilidad, sí que puede predecirlas con aceptable especialidad.

Quinta: ¿La aceleración máxima debe referirse a los vehículos o a los ocupantes?

Lo importante es saber qué le ocurre al ocupante que se encuentra en el vehículo durante el siniestro. Por ello, la velocidad de impacto y su cambio de velocidad conocido como Delta-V ha de referirse al ocupante en sus valores máximos, y no a la del vehículo que, además, este último, resulta ser inferior que el del ocupante. Esto se debe a que todo apunta a que los cambios de velocidad no son directamente proporcionales a la aceleración de la cabeza de los ocupantes. En conclusión, para que se pueda estimar la aceleración como un factor clave para

fijar el potencial lesivo del impacto de una manera fiable, es fundamental que la aceleración se conozca en su valor máximo y que ésta se refiera al ocupante.

V. ASPECTOS TÉCNICOS Y PERICIALES. LA PRUEBA BIOMECÁNICA EN COLISIONES DE BAJA INTENSIDAD

5.1. Introducción a la prueba biomecánica

A menudo tenemos conocimiento de dictámenes realizados por profesionales en su posición de ingenieros técnicos industriales, que son reconocidos como especialistas en el campo de la biomecánica, en los que se dice que el objeto del informe es realizar un análisis objetivo de los daños que presentan los vehículos implicados en un presunto accidente de circulación, las lesiones de los ocupantes y la correspondencia de estos con la mecánica del accidente, así como la forma de ocurrencia del mismo, para así determinar si las lesiones declaradas por los implicados en el siniestro concuerdan o no con los daños de los vehículos.



Así, los ingenieros técnicos no solo manifiestan sus conocimientos sobre la mecánica de la colisión, sino que se adentran en el campo médico, estableciendo o no una relación de causalidad sobre el caso concreto de un accidente de tráfico en cuestión y un lesionado en particular. Un ejemplo, puede ser aquel informe que se centra en estimar la energía absorbida en la deformación de los daños del vehículo y, partiendo de estos datos, calcula una horquilla o valor medio de la aceleración o deceleración de velocidad de los vehículos como consecuencia de la colisión. En muchas ocasiones, el profesional no llega a ver directamente los vehículos. Sólo analiza los daños a través de fotografías que van acompañadas de un documento de valoración donde se indican los importes a los que asciende la reparación de daños materiales. Finalmente, sin analizar a los lesionados por superar su capacitación como ingeniero técnico, y sin tener en cuenta características concretas de elementos del vehículo y de cada sujeto perjudicado dada su laboriosidad, concluye que dado el resultado de Delta-V no es posible que se hayan producido lesiones en los ocupantes. Tal conclusión aparece fundamentada en la literatura especializada sobre la materia realizada en laboratorios y mencionando un amplio repertorio bibliográfico como el ya estudiado que alude a cuestiones médicas sobre el traumatismo cervical menor y su mecánica en el accidente.

5.2. Circunstancias que influyen en el siniestro dependiendo del supuesto concreto

a) Tipos de colisión

En el caso de las lesiones cervicales con ocasión de un impacto a baja velocidad, una de las preguntas básicas que nos debemos plantear primero es qué tipo de colisión o choque ha tenido lugar: frontal, lateral o posterior.

Sobre ese tipo de colisiones, ya constan también estudios recientes que establecen un posible umbral de lesiones dependiendo del cambio de velocidad y tipo de impacto, es decir, dependiendo de si es frontal, lateral o trasero.

b) Más factores que interfieren en el potencial lesivo del ocupante

Hasta este momento nos hemos quedado con la idea de que el Delta-V influye en las lesiones de los ocupantes de los vehículos. Si bien, ya podemos afirmar que este no es el único elemento relevante.

Estos factores a los que hacemos referencia pueden clasificarse como:

b.1) Elementos relacionados con el sujeto

Características físicas del ocupante

Hacen referencia al peso, estatura, complejión, edad y sexo, como datos que aparecen interrelacionados con la envergadura del sujeto. Generan una gran influencia sobre la resolución del impacto, dado que cuanto menor sea el cuerpo, mayor es la probabilidad de padecer lesiones crónicas y, también, porque es un hecho objetivo que, por ejemplo, una mujer de 70 años tiene más riesgo de sufrir una lesión de este calibre que un hombre de 26 años debido a su complejión fisiológica.

Condiciones médicas del ocupante antes del impacto

Desde el punto de vista de los antecedentes lesionales previos, como los referentes al estado psicológico del ocupante relacionados con el cansancio, la tensión o relajación.

Posición del ocupante dentro del vehículo

Hace alusión a la posición del cuello y demás articulaciones del cuerpo a la hora de recibir el impacto, ya que no será igual que el cuello esté girado y/o adelantado que si se encuentra posicionado en un plano recto.

b.2) Elementos relacionados con las características del vehículo

Tipo de vehículo

No solo hablamos de la masa de los vehículos, sino de otros aspectos como si se trata de un vehículo pesado, con o sin motor, de dos ruedas o de cuatro, o de diferente cilindrada. Y es que las consecuencias no son las mismas si el individuo puede sufrir movimientos aleatorios o no.

Estructura y carrocería de vehículos

Se generan consecuencias distintas dependiendo de si el paragolpes es de acero, aluminio, o de espumas como el poliuretano o polietileno, caucho o derivados del plástico.

Compatibilidad de alturas de los vehículos

La altura relativa a los paragolpes es otro factor importante por razón de que no siempre

el vector de fuerza entre ambos tiene que ser paralelo al suelo, sino que se puede ejercer con cierto componente vertical. Por ejemplo, si el vehículo impactado es más alto que el vehículo impactante, es usual que los daños de la defensa del vehículo perjudicado no sean tan visibles como cabría esperar.

Diseño del asiento

La regulación, diseño y material con el que están elaborados los asientos de los vehículos es de gran importancia. Actualmente está probado que aquellos que tienen elementos de absorción de energía son mejores para el caso de un choque posterior a baja velocidad y los asientos elásticos son los que mayor rebote sufren.

Distancia y forma del reposacabezas

Científicamente ya se ha comprobado que hay un aumento significativo en la duración de lesiones cervicales cuando la cabeza del ocupante se encuentra a más de 10, 16 cm de distancia del reposacabezas¹⁶. Por tanto, es primordial que se encuentre correctamente colocado y a la debida distancia. También influirá si el respaldo y asiento están fabricados con materiales distintos, ya que tronco y cuello absorberán la energía de un modo diverso.

Uso del cinturón como elemento de seguridad

En contra de la lógica común, se ha probado que el cinturón de seguridad es un factor de riesgo para el esguince traumático y sus trastornos asociados. Esto se debe a que el anclaje solo se realiza sobre un hombro, lo que hace que el tronco rote, y el hombro y parte del cuello no inmovilizados se desplace hacia delante¹⁷.

Circulación del vehículo con el enganche de remolque

Existe la creencia popular de que instalar una “bola” de remolque para así evitar que la defensa sufra daños materiales en caso de colisión

es una buena idea. Sin embargo, utilizar este accesorio para un fin distinto al de su uso propio dota al vehículo de una rigidez nada recomendable. Tanto, que tal rigidez lo que hará es trasladar una mayor cantidad de energía al interior del vehículo golpeado y, por tanto, será el ocupante el que reciba toda la energía.

b.3) Influencia de elementos externos

Hablamos de factores como el estado de la vía o tipo de calzada (presencia de aceite en la superficie, material antideslizante o tipo de asfalto) en el que tenga lugar el siniestro o la influencia de elementos meteorológicos (balsa de agua en la calzada debido a grandes precipitaciones, entre otras circunstancias).

Una vez que ya han sido desglosados todos estos elementos, podemos comprobar la relevancia que se les ha dado en muchos casos en el ámbito jurisprudencial. La **SAP de Burgos 15/2017, de 24 de enero de 2017** ya decía: *“debe tenerse en cuenta que un accidente de “poca intensidad”, puede causar graves daños en función de múltiples factores de los que se ha hecho eco la literatura médica en la materia (ver, por ejemplo, el estudio realizado por Hipólito, Septiembre de 2012, para el que el Delta-V (o sea, el cambio de velocidad que experimenta un vehículo tras ser alcanzado por otro) es tan sólo un factor entre muchos más que se precisan para la reconstrucción del accidente y la determinación /predicción biomecánica del potencial lesivo en el ocupante. De esta forma, con carácter meramente demostrativo cabe enumerar otros factores (hay autores que citan más de trece) que tienen un carácter esencial, como: 1. Dirección del vector de impacto, 2. Tipo de asiento, 3. Posición de la cabeza y del cuerpo, 4. Envergadura/peso del ocupante, 5. Antecedentes médicos de la víctima, 6. Preparación del sujeto cuando recibe el impacto, 7. Estado de tensión de músculos estabilizadores del cuello, 8. Posición relativa a las articulaciones, 9. Circunstancia del cuello/ diámetro del canal medular, 10. Resistencia de los ligamentos a las fuerzas de tracción. “Hay múltiples aspectos que afectan al síndrome de Whiplash o latigazo cervical. Diversos estudios realizados sobre casos reales y ensayos controlados de laboratorio demuestran que los siguientes factores tienen una importancia marcada en las consecuencias sobre el ocupante de un vehículo que sufre un impacto posterior: características físicas del ocupante, estado psicológico, posición dentro del vehículo, diseño del asiento, estructura y carrocería, uso del cinturón, (...)” – Conferencia pronunciada el Jueves 23 de enero de 2003 en la Sala de*

16 Vid. OLSSON, I., *International Conference on Biomechanics of Impacts*, Lyon-Francia 1990 – Ref. *Reposacabezas y evidencias científicas de su efectividad*, Fundación Instituto Tecnológico para la Seguridad del Automóvil (FITSA), Centro Zaragoza, Instituto de Investigación sobre reparación de vehículos S.A., 2005.

17 Vid. JOUVENCEL, M. R., *Repercusión del proceso de frenado con cinturón de banda cruzada única, y sus posibles efectos sobre el plexo braquial*, *Revista Española del Daño Corporal*, N.º. 8, Ediciones Díaz de Santos, Madrid 1988.

Actos de la Escuela Técnica Superior de Ingeniería Industrial de Barcelona. Y a todos estos factores habría que añadir otro decisivo según los más modernos estudios cual es el factor de la aceleración que experimente la cabeza del sujeto tras un impacto trasero y que no es directamente proporcional al DELTA-V y depende de múltiples factores como los ya descritos, entre ellos el peso de la cabeza. Esa misma literatura científica apunta, además que los estudios que fijaban en un DELTA-V de 8 km/h como el umbral de las lesiones han quedado superados. Las generalidades no sirven para el análisis concreto de la realidad de la víctima. No sirven para imputar o no un hecho traumático específico ante unas lesiones concretas, que no está establecido un umbral mecánico mínimo para la producción de lesiones espinales en accidentes, sino que influye grandemente la variabilidad individual, que no se puede predecir la probabilidad o la gravedad de una lesión solo calculando el DELTA-V”.

Resoluciones como la **SAP de Málaga 203/2023, de 27 de abril de 2023** es de gran utilidad debido al desglose que realiza sobre la valoración del informe de biomecánica según los distintos pronunciamientos jurisprudenciales:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 9, con sede en Elche de fecha 19 de septiembre de 2017 mantiene:

“...respecto de la alegada inexistencia de nexo causal entre el accidente que motiva la reclamación de la actora y las lesiones cuya indemnización se reclama, una vez probado el impacto de ambos vehículos y las lesiones de las que fue asistida la demandante después del mismo, previamente haberse quejado de dolor en el lugar de los hechos, quepa excluir la relación de causalidad entre éstas y aquel con base en el informe biomecánico que ha sido correctamente valorado en la sentencia apelada, cuyas conclusiones partiendo de planteamientos generales de recreación de una colisión real con vehículos diferentes a los siniestrados y de una diferencia de velocidad de éstos en relación con la escasa entidad de los daños, no pueden prevalecer sobre las restantes circunstancias concretas concurrentes en la colisión”. “el único dato de la intensidad de la colisión no es suficiente para excluir la relación de causalidad, pues influyen en ese resultado otros datos que aquí no se han valorado por dicho informe, como son la edad del lesionado, su estado previo de salud, lo inesperado del golpe, la posición en la que se encontrara en dicho momento, etc.”

La **Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada Sección 3 de fecha 23 de Diciembre de 2022** argumenta que “El criterio de intensidad a que se refiere el artículo 135 de la LRCSCVM no puede basarse exclusivamente en un informe de biomecánica que toma en consideración unos parámetros preestablecidos y aceptados por la técnica como objetivos, y que, sin embargo, no pueden, por sí solos, acreditar si una persona, atendidas sus circunstancias personales concurrentes en el momento del accidente, ha podido sufrir o no una lesión cervical.

La **SAP de Madrid (Sec. 10ª) de 30 de junio de 2014**, tras recordar que la **SAP de Murcia (Sec. 5ª) de 12 de febrero de 2013** ya dejó señalado respecto a la frecuencia en que se asegura en este tipo de informes la inexistencia de lesiones en todas las colisiones por alcance con escasos daños materiales en los vehículos que “en modo alguno dicha afirmación se corresponde con un axioma ni está médicamente acreditado la imposibilidad de que se produzcan lesiones de tipo cervical y no toman en cuenta ni la forma en la que se produce el golpe, lo esperado del mismo por los lesionados, la edad o estado de salud antecedente...”.

A estas presunciones la Sentencia de la A.P. de Madrid citada vino a añadir que “la bibliografía especializada sobre biocinemática en los accidentes del tránsito motorizado permiten concluir que tomando en consideración que el latigazo cervical es un mecanismo de transferencia de energía al cuello, por aceleración/deceleración, se debe precisar que no existen bases científicas para afirmar que las lesiones agudas del latigazo cervical no conducen a dolor crónico, ni tampoco que las colisiones por alcance, que no provocan daños en los vehículos no puedan causar tales lesiones. Sin olvidar que la colisión no se individualiza por la zona o área de impacto, sino por su dirección y sentido, esto es, por el vector del impacto”.

Siguiendo el mismo sentido, recomendar la lectura completa de la reciente **SAP de Granada 158/2023 de fecha 28 de abril de 2023** que analiza la evolución de relación de causalidad del Delta-V de los informes biomecánicos y todos los demás factores que influyen en esa relación de causalidad, incluso los elementos útiles para determinar la patología postraumática.

En sentido contrario, jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Cádiz como la **SAP de Cádiz 69/2022 de 21 de marzo de 2022** son mucha más críticas y ponen en valor la ausencia de

daños materiales, el diagnóstico lesional en base a las manifestaciones del lesionado o la tardanza en acudir al médico, y la falta de un informe elaborado por un Médico-Forense como condicionantes que no se deben pasar por alto a la hora de estimar lo defendido por un informe pericial biomecánico que niega la existencia de nexo causal. Al respecto, dice: *“Tomando en consideración tales premisas se ha entendido por la Sección 8ª de esta misma Audiencia Provincial de Cádiz, en Sentencia de 28 de abril de 2014, que procedía acoger la tesis de la aseguradora -similar a la aquí planteada-, por los siguientes razonamientos: “Nos parece que son lógicas las conclusiones del informe biomecánico sobre la insuficiencia de la energía liberada en la colisión para producir en las dos ocupantes del vehículo unas lesiones como las que afirman haber sufrido”, si bien en ese caso en la primera asistencia sólo se hace referencia a “dolores (concretamente cervicobraquialgia)”, acudiendo las demandantes al médico pasadas ya dos semanas después del accidente, y, además no existían daños materiales, lo que conducía a concluir que “la colisión tuvo que ser forzosamente de muy pequeña entidad y que la cantidad de energía que repercutió sobre el cuerpo de los demandantes tuvo que ser pequeña, pareciendo lógica la conclusión de que ese accidente no podría haber producido lesiones con la entidad reclamada. [...] Con tales antecedentes parece claro que la valoración de este tipo de informes periciales, muy de moda en la actualidad, se ha de hacer de una forma muy cuidadosa, y siempre ejerciendo sobre los mismos, como sobre cualquier otro, la sana crítica el Juez a quo y también esta Sala, de tal forma que se deben rechazar demandas que se considere demostrado se basan en una exageración notable de las pretensiones económicas a que en justicia pudiera dar lugar un accidente no demasiado importante -colisiones a escasa velocidad, por alcance normalmente-, pero sin que, por el contrario, se deban dejar sin la indemnización correspondiente aquellos casos en que, por más que el accidente no fuera a gran velocidad, ni produjera excesivos daños materiales, sí que ha producido a los ocupantes del vehículo unos daños personales que han de ser resarcidos.*

En esta tesitura, nos parece fundamental atender a diversos datos, que permitan concluir la existencia del nexo de causalidad entre el accidente de tráfico y el resultado lesivo, como la existencia o no de tardanza en acudir los demandantes al médico, y lo que en ese momento se les apreciara.

También puede resultar interesante constatar si ha existido una atención médica continua-

da, o si tras acudir al médico, al poco del accidente, el perjudicado no volvió, o tardó mucho en recibir una nueva asistencia.

Además, no habrán de tratarse, en términos generales, de la misma forma los supuestos en que existe un informe de sanidad, emitido por un Médico Forense, que viene a reconocer la existencia de unas determinadas lesiones, que aquellos litigios en que las lesiones se basarían exclusivamente en informes de parte”.

5.3. La influencia del coste de reparación de los daños materiales del vehículo

Habitualmente en las sedes judiciales las aseguradoras defienden la falta de nexo causal entre la colisión y las lesiones de la persona perjudicada y, en consecuencia, el incumplimiento del criterio de intensidad, alegando que, como la factura de reparación del vehículo es de bajo importe, las lesiones en el ocupante han de ser mínimas o no existir. De hecho, suele ser uno de los argumentos que más suele convencer a la hora de dar a entender que la reclamación sobre los supuestos daños personales ocasionados en el siniestro en cuestión se constituye en su afán fraudulento y recaudatorio por parte del reclamante. En contrapartida, las aseguradoras también sacan provecho del importe total fijado por la reparación de un vehículo por ser de cuantía menor. Sin embargo, no desvelan que en infinidad de ocasiones tal importe se ve influenciado a la baja a causa del irrisorio precio/hora que se estipula sobre el coste de mano de obra de los talleres concertados de las propias entidades aseguradoras.

No negaremos que el hecho de que, aunque sea a simple vista, no se aprecien daños en los vehículos y que se aporte un documento a un procedimiento indicando que la reparación es de escasa cuantía, y más en los tiempos que corren, no es una alegación que le ponga las cosas fáciles al que reclama. No obstante, lo que es innegable, es que hay algo que se escapa de nuestro raciocinio cuando contamos con el dato objetivo de que hoy en día son más frecuentes las lesiones de traumatismo cervical menor que antaño, cuando los vehículos eran más antiguos y contaban con un diseño menos avanzado e innovador.

En relación con los factores relacionados con el riesgo de lesión, autores como FREEMAN ya reconocían la gran dificultad que suponía estimar un riesgo de lesión ante los vehículos modernos, toda vez que por simple apariencia puede parecer que no existen daños materiales

debido a la elasticidad de los materiales de los paragolpes modernos. Por eso suele recomendarse efectuar una peritación con desmontaje para realizar una valoración lo más ajustada posible, así como que los médicos no deban tener en cuenta este tipo de datos por no arrojar la formación biomecánica suficiente¹⁸.

Si ahondamos en la evolución que ha experimentado la ingeniería automovilística, podremos comprobar como la fabricación de automóviles ha variado considerablemente en los últimos tiempos. Y es que se ha pasado de emplear materiales en la construcción de los parachoques de gran resistencia como puede ser el acero o aluminio, a utilizar componentes de características más moldeables como los derivados del plástico.

Es cierto que la seguridad es importante y los fabricantes de vehículos han puesto, tal y como cabía esperar, el foco en fabricar automóviles más seguros que reduzcan los niveles de

mortalidad, y así cumplir con el fin del consumidor. Pero: ¿esos cambios en la fabricación de vehículos y, en concreto, en el material de los parachoques, han sido implantados con la intención de evitar lesiones en las colisiones de bajo alcance?

Mientras que en términos generales los autos han empezado a fabricarse centrados en evitar la mortalidad, los mismos técnicos también se han centrado en otros aspectos distintos a la salud y han intentado, a su vez, reducir el coste de reparación de los parachoques o defensas. Dado que toda decisión tiene una consecuencia, así no solo se han abaratado costes, sino que también se ha conseguido que los vehículos respondan al impacto con una deformación programada y progresiva para soportar con mayor facilidad los efectos de los golpes. De manera indefectible se obvia la premisa física de que la absorción de energía por parte del ocupante es tanto menor cuanto mayor sea el grado de deformación de la estructura externa del vehículo. Esto explica porqué en la actualidad hay más casos de traumatismo cervical menor por colisiones de baja velocidad a pesar de que las defensas no cuenten con daños notables y aparentes.

¹⁸ Cfr. Vid. REPRESAS VÁZQUEZ, R., MUÑOZ BARÚS, J. I., LUNA MALDONADO, A., *Importancia de la biomecánica del impacto en la valoración pericial del síndrome de latigazo cervical*, *Revista Española de Medicina Legal*, año 2016. 42 (2): 72-80, p. 76.



Los argumentos que defienden este razonamiento son rotundos y pueden clasificarse tal y como se recoge a continuación¹⁹: Primero, porque de manera general, los vehículos son construidos con el estándar de que puedan soportar impactos entre 4 y 8 km/h sin sufrir daños aparentes dependiendo del modelo de vehículo de cada fabricante. Segundo, porque ya se ha concluido mediante fuentes como las normas de la NHTSA de Estados Unidos, que las defensas delanteras y traseras deben evitar daños a velocidades de barrera de 4 km/h en todo el ancho y de 2, 5 km/h en las esquinas, lo que equivale a un choque de 8 km/h en un vehículo estacionado del mismo peso. Tercero, porque su fabricación está enfocada al que impacto a soportar sea de un rango entre 12, 8 y 14, 4 km/h sin que el vehículo padezca deformaciones. Y cuarto, porque desde el ámbito físico ya se ha fijado que el parachoques idóneo sería aquel que fuese capaz de absorber todo el impacto por ser la única manera de que no se traslade la energía generada por el vehículo impactante al ocupante. Si bien, esta no es la realidad, ya que las defensas cuentan con una parte elástica que disipa el impacto y lo absorbe dentro del parachoques, y plástico y/o inelástico que genera rebote para que vuelvan a su posición inicial.

Jurisprudencia como la **SAP de Las Palmas 166/2023, de 8 de marzo de 2023** se hace eco de la *“diferente perspectiva que ofrecen las colisiones a baja velocidad en los vehículos nuevos frente a los antiguos, señalando que los primeros están diseñados atendiendo a criterios puramente económicos de abaratamiento de costes de reparación, de modo que el resultado del impacto a bajas velocidades resulta sin deformación, lo que consecuentemente conlleva que el Delta V, o cambio de velocidad experimentado por el vehículo que sufre la colisión, se traslade con mayor fuerza a sus ocupantes, lo que en cambio acontecería con mucha menor relevancia en colisiones a mayores velocidades, en que este tipo de vehículos están diseñados para que el choque sea con deformación, absorbiendo el vehículo la mayor parte del impacto, y por tanto trasladando a sus ocupantes una menor aceleración con proyección en sus consecuencias lesivas”*.

Tal es así, que ya en el BOE de fecha de 3 de febrero de 1981 (N.º. 29 - Anexo III) se estipulaba la homologación de los paragolpes afirmando que la carrocería debe estar protegida por delante y por detrás de forma que no perjudi-

quen al vehículo. Son los ensayos prescritos para los paragolpes nombrados como US-Part 581 y ECE-R 42 los que dan las especificaciones mínimas de la capacidad de absorción de energía, así como la altura de montaje del paragolpes, fijando el rebote contra una barrera y un ensayo de péndulo de 4 km/h. En definitiva, todo apunta a que el hecho de que la estructura de un vehículo sea indeformable, hace que la colisión de impacto sea más violenta y que los vehículos sufran una aceleración mayor, aunque con menores daños materiales.

A colación, tratar aquí el **Auto de la AP de la Sec. 5ª de la AP de A Coruña de fecha 26 de febrero de 2015** donde le propio Ponente recalca la falta de argumento para acreditar la inexistencia de daños personales cuando la colisión haya producido desperfectos mínimos en los automóviles de la siguiente forma basándose en su propia experiencia: *“(…) No se trata ya de que una colisión con mínimos desperfectos en los automóviles origine daños corporales (de hecho el ponente de esta resolución tiene un antecedente histórico familiar de persona fallecida por desnucamiento sin concurrir ningún daño material). Es un conocimiento de física elemental que la fuerza viva aplicada en el impacto puede transformarse en deformación o en desplazamiento (la experiencia procesal permitió conocer incluso supuestos de efecto bola de billar: el que golpea se queda en el lugar la colisión y el otro se desplaza) o en ambas. Por eso no aporta ninguna seguridad extraer conclusiones sobre velocidad basadas en la ausencia o escasa entidad de los daños, sin consideración de ninguna otra circunstancia, y con real desconocimiento de como sucedió el percance”*.

5.4. Reconstrucción e influencia sobre el mecanismo lesional

a) La utilidad práctica de la reconstrucción y simulación de accidentes

La labor técnica desempeñada en la reconstrucción y simulación de accidentes juega un papel clave a la hora de relacionar el criterio médico-legal sobre la producción de la mecánica del siniestro. Es innegable que en los últimos tiempos se cuenta con programas informáticos cada vez más innovadores en este ámbito e, incluso, ya existen sistemas digitalizados de recogida de datos que se instalan en los vehículos de un modo imperceptible y que no hacen más que almacenar la información real sobre los cambios en la conducción que experimenta un vehículo como si de una caja negra de un avión

19

Vid. JOUVENCEL, M. R., Op. cit. pp. 85-93.



se tratase²⁰. Con base en su función didáctica cada vez más avanzada, contamos con diferentes centros de ingeniería enfocados en este ámbito. Centros que son popularmente conocidos y mencionados con asiduidad en el campo del estudio de la accidentología del vehículo a motor debido a las expectativas que ocasionan sobre este asunto, aunque en ocasiones se cuestiona la credibilidad de sus informes por estar firmados por técnicos que no se encargan de inspeccionar los vehículos. Un ejemplo, puede ser el afamado “Centro Zaragoza”.

b) Dispositivos de obtención de datos para el estudio de la colisión

Hablamos aquí de los nuevos componentes de vehículos conocidos como “Event Data Recorder” (EDR) ampliamente utilizado en EE.UU., y el “Crash Pulse Recorder” (CPR) mayormente instaurado en Suecia, Alemania y, cada vez más, en el resto de Europa.

Podemos definirlos como aquellos sistemas digitalizados que almacenan información. Dicho de otra forma, miden y registran directamente los pulsos de aceleración que experimenta el vehículo en el que van montados los ocupantes. Detalle importante, ya que se ha reconocido que la forma del pulso de la colisión es relevante

para la evaluación del riesgo de lesiones cervicales y que estos pueden ser diferentes con un mismo vehículo y un mismo Delta-V²¹. En consecuencia, su función es pionera, ya que detectan valores de aceleración máxima con aceleraciones medias muy bajas.

A pesar de que ya se empiecen a ver casos que emplean la información del pulso de aceleración registrado (duración de la colisión, aceleración media del vehículo y pico de aceleración) por estar el vehículo equipado con este dispositivo, la pericia biomecánica sigue centrándose en la referencia del valor de Delta-V al afirmar que, aunque el Delta-V y/o aceleración media tienen muy poca fiabilidad como predictores de severidad y pronóstico lesional, son suficientes para tratar resultados bajos o muy bajos.

VI. EL REQUISITO DE LA OBJETIVACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA MÉDICO

Influenciados por la complejidad a la hora de establecer un diagnóstico patológico provocado por la inespecificidad de los síntomas, los médicos especialistas tienden a servirse de los conocimientos físicos y de otras ciencias como apoyo en la Medicina Legal y Forense, fomenta-

20 Cfr. REPRESAS VÁZQUEZ, C., Op. cit., pp. 39-40.

21 Vid. REPRESAS VÁZQUEZ, R., MUÑOZ BARÚS, J. I., LUNA MALDONADO, A., Op. cit., p. 74.

do por el amplio estudio epidemiológico con el que se cuenta al respecto. El servirse de estos medios puede ser comprensible en cierto modo porque el diagnóstico puede deberse en parte a las manifestaciones de dolor que realiza el paciente al no contar con pruebas objetivas que permitan un estudio fisiopatológico certero. También porque los síntomas relacionados con el dolor pueden ser comunes a diferentes patologías o porque, aunque haya signos de exploración, estos no son tan fuertes como superar los test estadísticos de consistencia o cuadros médicos que son empleados médicamente para catalogar el estado de dolor²² derivado de la lesión del paciente en su vida diaria, sin perjuicio de que no dejan de ser reconocidos como apreciaciones subjetivas y que pueden aludir a simulaciones o exageraciones del sujeto.

Se aprecia oportuno remarcar aquí que el no contar con esa objetividad médica que tantas veces se reclama a falta de una ciencia pura y exacta, no es justificación para defender que el dolor no sea suficiente o no signifique nada. Menos aún, es razón bastante para que desde el punto de vista médico-legal se fije únicamente en el criterio de intensidad con un determinado resultado ya identificado como orientativo para reconocer o no la existencia de una lesión. Hablamos de aquellos supuestos en los que los profesionales médicos especialistas en Valoración del Daño Corporal se ven abocados a condicionar el resultado de su informe dependiendo de, por ejemplo, si el Delta-V es de 4,6 km/h o de 8 km/h.

Contamos con la reciente **SAP A Coruña 474/2022 de 14 de diciembre de 2022** que explica de una manera sencilla y directa cuál es la situación a la que nos referimos en este apartado: “3.º) El informante admitió en el juicio que ambos lesionados “tenían molestias” cuando él los reconoció el 10 de septiembre de 2018. Pero insistió en que no se cumplía el criterio del delta uve, pero puntualizando que en ningún momento estaba afirmando que los lesionados fuesen unos simuladores, ni que no tuviesen patología cervical. Es decir, admite la patología, de ignorado origen, simultánea en ambos a las pocas horas de la colisión, pero rechaza que tenga nexo causal con el alcance por no cumplirse “su” criterio de intensidad. Pese a esa postura, a preguntas de la parte demandante reconoció que todo su argumento y

conclusiones se basa en el delta uve y aceleración que figuraban en el informe pericial del ingeniero técnico; y que si se alteraba el valor del delta uve todo su argumentario variaría. Todo radica en un cálculo sobre deformaciones de un ingeniero técnico. En conclusión, el Doctor (...) no afirma que no pudiera existir el nexo causal. Lo que sostiene es que no existe si el delta uve es el que menciona el ingeniero técnico. Pero si ese informe no fuese exacto, si no fuese correcto, entonces sí podría existir”.

Por consiguiente, cabe aquí que nos planteemos hasta que punto es apropiado que médicamente se niegue la existencia de nexo causal por el hecho de que exista un informe técnico que arroja un resultado determinado sobre el Delta-V cuando no se niega bajo ningún concepto la existencia de unas lesiones y, sin el conocimiento de ese dato, no se negaría que las mismas se han producido a consecuencia del accidente de circulación.

Al final, la realidad a la que nos enfrentamos sobre la objetivación médica ligada a los informes sobre la mecánica del accidente se explica en la **SAP de León de 23 de junio de 2014**: “La prueba sobre el nexo causal entre el accidente y las lesiones corresponde a quien reclama indemnización por ellas. Las lesiones que comportan algún tipo de alteración orgánica se pueden diagnosticar de manera objetiva por la exploración o por cualquier medio electro-mecánico o químico de diagnóstico. Sin embargo, algunas lesiones comportan dolor sin que exista una lesión orgánica objetivada o se manifiestan después de haberse corregido esta. Este tipo de secuelas no susceptibles de diagnóstico por medios electro-mecánicos o químicos que comportan una especial dificultad que justifica atenuar las exigencias probatorias, pero también, por supuesto, a extremar la cautela. Y todo ello se traduce en la evaluación de los datos clínicos e informes periciales sobre daño corporal, y no tanto en la evaluación de los denominados informes biomecánicos, que más bien deberíamos de calificar como mecánicos porque estudian comportamientos cinéticos y de masas. La alta reputación de un ingeniero no justifica añadir su reputada competencia la de determinar la incidencia de la colisión de vehículos en la salud humana más allá de ofrecer referencias para una correcta evaluación que, en algunos casos, serán muy relevantes y en otros casos menos. Cuando se producen impactos de gran intensidad tales informes – en relación con posibles lesiones- no son relevantes porque los resultados traumáticos que se producen son evidentes y se objetivan clíni-

22 Cfr. IRIGROYEN ALBA, J., RAPÚN ARA, A., *Bases anatómicas y fisiopatológicas de las lesiones cervicales traumáticas*, Revista de responsabilidad civil y seguro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, pp. 25-26.

camente, y no es preciso salir del ámbito estrictamente médico para su valoración. Pero cuando el impacto es de menor intensidad estos informes pueden tener relevancia, pero sólo para poner de manifiesto el comportamiento de móviles (velocidad y reconstrucción del accidente, en general) y materiales (deformación de materiales, transferencia de la intensidad del impacto al desplazamiento de personas y objetos...). Sin embargo, más allá de tales conclusiones, cualquier intento de establecer conclusiones sobre la existencia o inexistencia de una lesión resulta, cuando menos, incierto y escaso de eficacia probatoria. No podemos admitir, a partir de criterios técnicos ajenos a la medicina, que exista un "umbral para posibles lesiones", porque es notorio que en el plano de la salud no existen lesiones sino lesionados, y que la respuesta del cuerpo humano a un impacto es variable y, en cierto modo, impredecible, sometida a un sinfín de circunstancias aleatorias que dan lugar a diferentes resultados; hasta un estornudo sorpresivo y forzado puede dar lugar a una contractura que puede generar algias cervicales. Cualquier estudio teórico sobre lo que se da en denominar "estudios de biomecánica" responden a estudios estadísticos cuyas bases de estudio - por cierto - tampoco conocemos, lo que no nos permite determinar la fiabilidad de las consecuencias extraídas y su adecuada valoración. La respuesta del cuerpo humano

ante desplazamientos bruscos sólo puede ser medida en cada caso concreto".

Asimismo, la **SAP de Lugo de 10 de marzo de 2022** dice: "No podemos admitir, como ya ha sido reconocido por otras audiencias provinciales, a partir de criterios técnicos ajenos a la medicina, que exista un "umbral para posibles lesiones", porque es notorio que en el plano de la salud no existen lesiones sino lesionados, y que la respuesta del cuerpo humano a un impacto es variable y, en cierto modo, impredecible, sometida a un sinfín de circunstancias aleatorias que dan lugar a diferentes resultados; hasta un estornudo sorpresivo y forzado puede dar lugar a una contractura que puede generar algias cervicales. Cualquier estudio teórico sobre lo que se da en denominar "estudios de biomecánica" responden a estudios estadísticos cuyas bases de estudio -por cierto- tampoco conocemos, lo que no nos permite determinar la fiabilidad de las consecuencias extraídas y su adecuada valoración. La respuesta del cuerpo humano ante desplazamientos bruscos solo puede ser medida en cada caso concreto. No responde igual una persona prevenida, que ya está alerta para afrontar el impacto, que a otra desprevenida. No es lo mismo la respuesta de una persona en posición centrada y bien asentada que la de otra en posición de escorzo y algo girada. Y no es lo mismo la respuesta de una persona que la de otra ante im-

Umbral para el criterio de intensidad en el estudio de la causalidad médico-legal del SPC		
Delta-V (ΔV)	Aceleración media (\bar{a})	Significación
< 4 km/h	< 2 g	Deberían representar un valor absoluto para la inexistencia de lesiones.
4 - 6 km/h	< 3 g	Como norma general no se justifica la existencia de lesiones/síntomas, pero no se puede descartar la existencia de molestias pasajeras (unas horas/2-3 días) fundamentalmente como consecuencia de factores psicológicos. Podría estar justificada la diferencia por sexos, teniendo más riesgo las mujeres de sufrir síntomas.
6 a 10 km/h	3 a 5 g	No deberían existir lesiones estructurales y los síntomas serían pasajeros, menos de un mes. No obstante, deben valorarse los factores de riesgo, sistemas de seguridad, y otros que se han visto relacionados con la disminución del riesgo de lesiones.

Umbral para el criterio de intensidad en el estudio de la causalidad médico-legal por el Dr. REPRESAS VÁZQUEZ

pactos de igual intensidad. Podríamos seguir indicando variables, pero lo que es difícil admitir -por no decir que es inadmisibile- es considerar que la baja intensidad de un impacto excluye la existencia de lesiones o como incluso ha indicado el médico de la demandada que con un delta v entre seis y diez no se pueden producir lesiones estructurales y solamente sería admisible una sintomatología dolorosa cuyo plazo de curación no exceda de treinta (30) días”.

Sin perjuicio de que según el criterio propio de cada uno se confíe en la existencia de un umbral lesional o no, a día de hoy es habitual que sean apreciados los valores recogidos en la tabla de umbrales recomendados para el criterio de intensidad en el estudio de la causalidad médico-legal mencionada por el Dr. REPRESAS VÁZQUEZ²³:

VII. LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL

7.1. La carga de la prueba sobre el nexo causal entre las lesiones y el accidente

a) Sobre el régimen general de la carga probatoria

La transcripción del artículo 217.2 LEC establece que “corresponde al actor al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”. Incardina el régimen general sobre la distribución de la carga de la prueba, el cual será de aplicación en este tipo de supuestos, aunque se reconozca como una responsabilidad objetiva conforme al riesgo creado por la conducción para el caso de los daños ocasionados a las personas según el artículo 1.1 LRCSCVM.

La particularidad con la que nos encontramos es que, según el artículo 217.3 LEC, para el caso de que concurra alguna causa de exoneración de la responsabilidad como la culpa exclusiva del perjudicado, fuerza mayor o concurrencia de culpas, la carga de la prueba será trasladada a aquel que las alega y que será, como regla general, la parte demandada. En definitiva, nos encontramos ante un tipo de responsabilidad de carácter objetivo y extracontractual cuyo régimen de causalidad tendrá que ser probado por

aquel que reclama a pesar de constituir la posición de parte perjudicada, sin que se pueda presumir ninguna causa de exoneración o moderación de la responsabilidad si de adverso no se manifiesta y se prueba dicho extremo. Por consiguiente, en lo que a las colisiones de baja velocidad se refiere, es imprescindible tener presente la premisa infranqueable de que, quien alega tal hecho, debe probar tal circunstancia. Esa es la razón por la que las entidades aseguradoras, ocupando la posición del conductor responsable de los hechos, ponen énfasis en aportar pruebas que pretendan demostrar que el siniestro se produjo a una velocidad tan irrisoria que es imposible que se originen lesiones.

b) Aplicación del criterio de causalidad adecuada y la necesidad de la prueba del nexo causal

La posición dentro del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual que parece hacer responsable al sujeto negligente de todos los daños de los que su acción haya sido causa si prestamos atención a la literalidad del artículo 1.902 CC ha hecho necesario que desde el campo doctrinal se generen nuevos conceptos jurídicos y teorías que maticen con exactitud la responsabilidad del agente en relación con los daños producidos. Si bien las teorías sobre el nexo de causalidad han sido diversas, nuestro Derecho Civil ha ido evolucionado hasta posicionarse en favor de conocido “criterio de causalidad adecuada” en relación con la imputación objetiva, cuya finalidad no es otra que centrarse en las circunstancias del caso concreto y las verdaderas causas que han producido el daño a través de una valoración objetiva de las consecuencias y no el grado de culpa del causante.

A colación sobre este tema²⁴, la **STS, Sala 1ª, N.º 905/2011, de 30 de noviembre de 2011** señala que *“la adopción de criterios objetivos o cuasi objetivos tendentes a presumir la culpa, no eliminan sin embargo el deber del perjudicado de acreditar el daño y el nexo causal. Y para la determinación del vínculo causal entre acción u omisión culposa. - causa. - y daño. - efecto. - la jurisprudencia viene aplicando el principio de causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad (...)”.*

23 Cfr. REPRESAS VÁZQUEZ, R., MUÑOZ BARÚS, J. I., LUNA MALDONADO, A., Op. cit. p. 78.

24 Vid. PEÑA RODRÍGUEZ, M., *El nexo causal en accidentes de tráfico. Aspectos jurídicos y biomecánicos*, Revista de responsabilidad civil y seguro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, p. 20.



En un sentido similar, la **SAP de Asturias N.º. 160/2018, Sección 6ª de 20 de abril de 2018** indica que *“la existencia de “nexo causal” (...) no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación en la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, pues el “cómo y por qué se produjo el accidente”, constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso. Es por ello, que la existencia misma del accidente y la relación de causalidad entre el mismo y el daño que se reclama, incumbe acreditarlo a quien demanda, de acuerdo con el sistema de carga de la prueba establecido en el art. 217 LEC (...)”*.

En consecuencia, podemos afirmar que, al aplicar la teoría del riesgo, existirá la obligatoriedad de probar la existencia de nexo causal pero de una forma amplia, admitiendo como únicos elementos de rotura la culpa exclusiva de la víctima o la fuerza mayor ajena a la conducción y, como elemento de interferencia, la compensación de culpas²⁵.

7.2. La prueba en el proceso

a) Prueba pericial

a.1) Contenido y requisitos de la prueba pericial

La jurisprudencia ya ha definido en reiteradas ocasiones como en la **STS de 13 de diciembre de 2001** a la prueba pericial como aquella prueba de naturaleza personal que *“constituye una declaración de conocimiento del perito tendente a suministrar al Juzgador una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos (artículos 456 LE-Crim y 335 LEC) cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez (a diferencia de la testifical) que no es ningún caso vinculante para aquel. El perito, frente al testigo, posee conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos, anteriores e indiferentes al proceso, siendo por ello sustituible, y lo que justifica su intervención es precisamente la razón de su ciencia, ocupando una posición activa en relación con el examen de lo que constituye el objeto de la pericia (...)”*.

25 Cfr. LARROSA AMANTE, M. A., Op. cit. Pp. 20-27.

Uno de los requisitos más destacados y que suele ser puesto en tela de juicio es el señalado por el artículo 335.2 LEC, que establece que los informes deberán contener juramento o promesa de objetividad. También será necesario que el dictamen sea lo suficientemente descriptivo y no sobrepase los cauces correctos para su elaboración. En alusión al informe pericial médico, el autor CASAS ESTÉVEZ ha afirmado que ha de determinar, no solo cuál sea la lesión o lesiones, sino también ha de expresar cuáles han sido sus consecuencias, tales como duración o tiempo de curación e incapacidad, secuelas en caso de incapacidad, precisando si ésta es para todo trabajo, solo para el habitual, o para toda actividad y si dicha incapacidad es debida a la naturaleza de las lesiones y a otros factores de riesgo existentes en el lesionado. Todo ello, indicando el método seguido para su valoración²⁶.

Pero afirmamos que un dictamen no puede sobrepasar ciertos límites porque el informe pericial no vincula al Juez. Y es que mientras que el perito expone, el Juez dispone. Por ello, el dictamen pericial ha de transcribirse al terreno profesional específico que trate, siendo el perito el que ilustre sobre aquellos hechos en los que posee conocimientos de naturaleza científica, pero siempre en materia de hechos y sin caer en el vicio de realizar apreciaciones de índole jurídica²⁷.

Si necesitamos saber si la redacción de un informe pericial es completo y acorde con las exigencias de la Ley, éste tendrá que identificar al profesional que lo emite, así como recoger los datos de la persona de quien se emite en caso de tratarse de un informe médico. Se tendrá que señalar cuál es el objeto del informe, quién lo solicita y cuál es su finalidad. Otro pilar básico será expresar la documentación de la que se ha nutrido el perito para elaborar dicho dictamen. En caso de que sea médico, convendrá señalar cuándo y en cuántas ocasiones se ha explorado al lesionado. Si la forma en la que se ha producido el accidente es objeto de debate, se tendrán que incluir todos aquellos datos y documentos que proporcionen información sobre su modo de ocurrencia (atestado policial, declaraciones amistosas, etcétera). Desde el ámbi-

to clínico, deberán recogerse todos aquellos datos testados documentalmente que abarquen desde el diagnóstico inicial hasta el estado final de la víctima, junto con una valoración proporcional que ayude a determinar el nexo causal. A su vez, todo informe pericial debe gozar de unas conclusiones que sea concretas y fáciles de comprender, que deberán acompañarse de la fecha de emisión del informe debidamente firmado por el profesional o profesionales que se han encargado al detalle de elaborarlo²⁸. Por último, dadas las exigencias que se contemplan, la idoneidad y prestigio del perito firmante no será irrelevante, sino que éste deberá tener una formación adecuada acorde con la pericia que realiza y estando formado en el tema que expone en la mayor medida de lo posible, pudiendo acreditar con titulación oficial que así es.

a.2) Momento de aportación en el proceso

El momento de aportación de los informes periciales que son realizados a petición de las partes viene determinado por el contenido del artículo 336.1 LEC, lo que implica que el informe pericial que se pretende aportar como prueba a un procedimiento judicial vaya junto la presentación del escrito de demanda o, en su caso, la contestación a la misma.

En el caso de imposibilidad a la hora de obtener el informe pericial en el plazo legal de veinte días conferido para contestar a la demanda, el artículo 337.4 LEC concede la excepción de que dicho dictamen sea aportado en momento posterior, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa del juicio ordinario o la vista del juicio verbal, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: Primero, que concurra una imposibilidad fehaciente de aportar el dictamen junto con el escrito pertinente. Segundo, que dicha causa de imposibilidad pueda ser justificada por la parte que pretende alegarla. Y tercero, que, en todo caso, en el escrito correspondiente se anuncie que se va a realizar la aportación posterior de dicho informe lo antes posible y siempre antes del plazo legalmente fijado tal y como se recoge en el propio artículo 337.1 LEC.

A modo particular, resulta muy interesante mencionar aquí el razonamiento que ha expuesto la Ilma. Sra. Magistrada MONSERRAT PEÑA

26 Vid. CASAS ESTÉVEZ, J., *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994, p. 139.

27 Cfr. FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *Apuntes sobre la valoración y resarcimiento del daño corporal. La Reforma del sistema resarcitorio en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre*, Revista Española del Daño Corporal, Vol. II N.º 3, Ediciones Díaz de Santos S.A., Madrid 1996.

28 Cfr. GALLARDO SAN SALVADOR, N., *El informe médico concluyente*, Revista de responsabilidad civil y seguro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, pp. 53-56.

RODRÍGUEZ²⁹ sobre esta cuestión, ya que la misma entiende que cuando una compañía aseguradora recibe una reclamación de oferta motivada conforme el artículo 7 LRCSCVM en fase de tramitación extrajudicial, y ésta emite una respuesta motivada negando la existencia de relación causal por no concurrir criterio de intensidad y, en consecuencia, rehusando la reclamación, difícilmente podrá justificar no haber podido obtener el informe pericial en plazo para contestar a su demanda pues, se presupone que para poder emitir una respuesta motivada con dicha alegación, ésta ha debido de valerse de determinada información fundamentada con la que la aseguradora ya contaba en fase extrajudicial.

Si bien es cierto que, en virtud del principio constitucional de igualdad entre las partes enmarcado en el artículo 24 CE respecto la tutela judicial efectiva, con frecuencia se admiten informes sobre la mecánica del accidente que cuestionan el criterio de intensidad que son aportados con posterioridad a la presentación de la contestación a la demanda sin cuestionamiento alguno.

a.3) La posibilidad de designación de perito judicial

A pesar de que habitualmente cada parte intente valerse de su prueba pericial de parte, no debemos desechar la posibilidad que nos proporciona el artículo 339.2 LEC de solicitar la designación judicial de un perito. Dicho precepto también indica la línea de actuación en el procedimiento una vez que se solicita el nombramiento de un perito judicial

a.4) Valoración probatoria del dictamen pericial: Máxima de experiencia y sana crítica

Es un criterio unánime y asentado tanto por la Doctrina como por la jurisprudencia que la prueba pericial sobre los conocidos como informes biomecánicos no es vinculante y es de libre valoración por parte del juzgador. Y es que simplemente es un medio que nutre al juzgador aportándole conocimientos sobre materias científicas concretas que no conoce ni tiene la obligación de conocer. De este modo, consigue información técnica y específica que tendrá que ponderar en conjunto.

El pilar sobre el que se sustenta la forma en la que debe valorarse la prueba pericial se encuentra en el artículo 348 LEC cuando anuncia

que “el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica”, otorgándole la facultad de elegir qué criterio de todos los que se le plantea le aporta una mayor cercanía a la realidad de los hechos pudiendo, incluso, dar por válido determinadas partes de diferentes informes, rechazarlos de plano o tener en cuenta todo su contenido. Según resalta jurisprudencia, como la **STS 471/2018, de 19 de julio de 2018** o **STS 471/2016 de 3 de noviembre de 2016** para valorar la prueba el Juez deberá ponderar: Primero, los razonamientos que contengan los dictámenes y los que se hayan vertido en el acto de juicio o vista por los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro. Segundo, las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten de los dictámenes emitidos tanto por peritos designados por las partes como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes. Tercero, las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes. Y cuarto, la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido, así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar en el sistema de la nueva LEC a que dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes.

Solo mediante este proceder se puede cumplir con el interés social que no debe ser sesgado bajo ningún concepto de conseguir un arbitrio judicial, es decir, que un juzgador tenga la facultad de resolver un conflicto no regulado por la Ley o que esté regulado de una manera confusa o insuficiente, y de hacer valer la tutela judicial efectiva sin que su función se vea desnaturalizada.

b) La prueba testifical

Aunque pueda ser en menor medida, la prueba testifical también tiene cierta importancia en lo que accidentes de escasa entidad se refiere. Prestamos atención en este punto a la declaración de un profesional determinado que tiene lugar en acto de juicio en calidad de testigo-perito. Al igual que ocurre con la prueba pericial, en este caso el juzgador también valorará la prueba siguiendo las directrices de la sana crítica.

29 Vid. PEÑA RODRÍGUEZ, M., Op. cit., p. 24.

c) Prueba documental

Sobre aquellos documentos que son de carácter privado, el artículo 326 LEC les otorga la cualidad de prueba plena con la libre valoración del juez, siempre que su autenticidad no sea cuestionada de adverso mediante impugnación. De este modo, el juzgador no se va a encontrar sujeto a unas normas de valoración tasadas aunque tendrá que desempeñar su labor de una forma objetiva, que no sea arbitraria, motivada, que no confronte con el sentido común y que le sirva para analizar la totalidad de la prueba en su conjunto³⁰.

VIII. CONCLUSIONES

I. El artículo 135 LRCSCVM se introduce como novedad en el sistema legislativo para in-

tentar que el Juzgador obtenga unos datos objetivos a la hora de valorar todos los requisitos de este precepto y así, llegar a la conclusión de si procede o no establecer la causalidad entre el accidente y las lesiones.

II. Aunque las reclamaciones por traumatismo cervical ocasionados en accidente de circulación suelen ser de escasa cuantía, su estudio es fundamental debido al gran volumen de demandas que son interpuestas en nuestro Juzgados. El problema es que la imposibilidad de interponer recursos de apelación cuando el importe reclamado no supera los 3.000 € hace que contemos con sentencias de primera instancia contradictorias que impiden profundizar en esta cuestión.

III. Lo que las aseguradoras aportan como informes biomecánicos no son tales, sino que son informes mecánicos que se limitan a analizar el Delta-V de los vehículos en lugar de atender a las peculiaridades de cada caso concreto, tales como las circunstancias perso-

³⁰ Cfr. HURTADO YELO, J. J., *Dificultades probatorias en las colisiones de baja intensidad*, *Revista de Derecho de Circulación de 1 de febrero de 2018*.



nales de cada ocupante, elementos particulares del vehículo o influencia de condicionantes externos.

IV. El gran coste que supone realizar informes periciales de reconstrucción específicos para un determinado siniestro, provoca que se utilicen programas y estudios estadísticos que no dejan de ser simulaciones.

V. La escasa entidad de daños materiales o la escasa cuantía de su reparación no debe vincularse con la inexistencia de lesiones, ya que no hay evidencia que permita relacionarlos entre sí.

VI. Debe ser significativo que el dolor se tenga en cuenta a la hora de diagnosticar el traumatismo cervical menor de la misma forma que se valora para diagnosticar otras patologías diferentes.

VII. Ningún informe pericial médico debe entrar a valorar cuestiones jurídicas que le

competen en exclusiva al Juzgador, pronunciándose sólo sobre la relación de causalidad médica.

VIII. El informe técnico pericial debe valorarse junto con los demás medios probatorios, conforme las reglas de la sana crítica el principio de libre valoración de la prueba.

IX. BIBLIOGRAFÍA

BRAULT, J./ WHEELER, J./ SIEGMUND, G./ BRAULT E., en Clinical response of human subjects to rear-end automobile collisions, Arch Phys Med Rehabil, 1998.

CASAS ESTÉBEZ, J., en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

CROFT, A., en Spine research Institute of San Diego (EE. UU.), Practical Auto Crash Reconstruction in LOSRIC, Part. I, 1999-2000.

DAVIS, C. H., en Rear-end impacts: Vehicle and occupant response, J. Manipulative Physiol Ther, 1998.

DE LAS HERAS, S., en El artículo 135 de la LRCSCVM introducido por la Ley 35/2015, Revista de responsabilidad civil y seguro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., Apuntes sobre la valoración y resarcimiento del daño corporal. La Reforma del sistema resarcitorio en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, Revista Española del Daño Corporal, Vol. II N.º 3, Ediciones Díaz de Santos S.A., Madrid, 1996.

GALLARDO SAN SALVADOR, N., El informe médico concluyente, Revista de responsabilidad civil y seguro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. N.º 57.

HURTADO YELO, J. J., Dificultades probatorias en las colisiones de baja intensidad, Revista de Derecho de Circulación de 1 de febrero de 2018.

IRIGOYEN ALBA, J./ RAPÚN ARA, A., en Bases anatómicas y fisiopatológicas de las lesiones cervicales traumáticas, Revista de responsabilidad civil y seguro de la Asociación Es-



pañola de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

JOUVENCEL, M. R., en *Latigazo cervical y colisiones a baja velocidad*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2003.

JOUVENCEL, M. R., en *Repercusión del proceso de frenado con cinturón de banda cruzada única, y sus posibles efectos sobre el plexo braquial*, Revista Española del Daño Corporal, N.º. 8, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1988.

LARROSA AMANTE, M. A., en *El nexo de causalidad en las colisiones por alcance a baja velocidad*, Revista de responsabilidad civil y seguro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro N.º. 47, 2013.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA (Dir.), J./ BADILLO ARIAS, J. A./ GALLARDO SAN SALVADOR, N./ GARCÍA GÁRNICA, M. C./ GÁZQUEZ SERRANO, L./ HERNÁNDEZ-CARRILLO FUENTES, J. A./ MEDINA CRESPO, M./ MIR RUIZ, A./ OLIVARES ESPIGARES, A./ ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R./ RUIZ-MATAS ROLDÁN, M. C., en *Responsabilidad civil y valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*, Atelier, Barcelona, 2021.

MCCONELL, W./ HOWARD, R./ VAN POPPEL, J./ KRAUSE, R./ GUZMAN, H./ BOMAR, J., en *Human head and neck kinematics alter low velocity rear-end impacts-Understanding whiplash*. En: Pike J., editor. *Neck injury biomechanics*. Warrendale: SAE International, 2009.

MENDELSON, R. A./ HUELKE D. F., en *Anatomy, injury and biomechanics of the cervical spine*, en American Association for Automotive Medicine and International Research Council on Biomechanics of Impacts, 1987.

NIEHOFF, P./ GABLER, H., en *The accuracy of winsmash delta-v estimates: the influence of vehicle type, stiffness, and impact mode*. Annu Prc Assoc Adv Autonomot Med., 2006.

OLSSON, I., en *International Conference on Biomechanics of Impacts, Lyon-Francia 1990* -

Ref. *Reposacabezas y evidencias científicas de su efectividad*, Fundación Instituto Tecnológico para la Seguridad del Automóvil (FITSA), Centro Zaragoza, Instituto de Investigación sobre reparación de vehículos S.A., 2005.

PEÑA RODRÍGUEZ, M., en *El nexo causal en accidentes de tráfico. Aspectos jurídicos y biomecánicos*, Revista de responsabilidad civil y seguro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

PERALES PUERTAS, J., en *Artículo 135.d) de la LRCSCVM. A vueltas con el criterio de intensidad*, Revista de responsabilidad civil y seguro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

RAMOS BLANCO, J. L., en *Indemnización de las lesiones temporales derivadas de "traumatismos menores de la columna vertebral"*, Revista Xurídica Xeral de Galicia Foro Galego Núm. 209, enero-junio 2021.

REPRESAS VÁZQUEZ, C., en *Estudios críticos: traumatismos cervicales leves. Criterios de causalidad. Aplicación de los estudios biomecánicos*, Revista RC INESE.

REPRESAS VÁZQUEZ, R./ MUÑOZ BARÚS, J. I./ LUNA MALDONADO, A., en *Importancia de la biomecánica del impacto en la valoración pericial del síndrome de latigazo cervical*, Revista Española de Medicina Legal, año 2016. 42 (2).

SPITZER, WALTER Q., y otros, en *Monographie Scientifique du Groupe de Travail Québécoise Sur*.

TENCER, A./ MIRZA, S., Cummings P. Do. "whiplash" victims with neck pain differ from those with neck pain and other symptoms, Annu Proc Assoc Adv Automot Med., 2001.

WALTER, Q./ SPITZER/ RACHID SALMI/ SKOVRON, M. R./ DURANCEAU, J./ DAVID, A./ CASSID/ SAMY, S./ ELLEM, Z., en *Monographic Scientifique du troupe de Travail Québécoise Sur. Les Troubles associés a l'entorse cervicale (TAEC). Redefinir le whiplash et sa prise en charge*.



La responsabilidad civil de los agentes de la edificación en el marco de la LOE

Manuel Salcedo Artigot
Juez Sustituto de Castellón

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. NORMATIVA APLICABLE
 - 2.1 ANTES Y DESPUÉS DE LA LOE
 - 2.2 MATERIA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS
- III. LOS SUJETOS DEL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN
 - 3.1 EL PROMOTOR
 - 3.2 EL CONSTRUCTOR
 - 3.3 EL PROYECTISTA
 - 3.4 EL DIRECTOR DE OBRA Y DE EJECUCIÓN DE OBRA
 - 3.5 OTROS SUJETOS IMPLICADOS
- IV. LAS GARANTÍAS EXISTENTES EN EL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN
- V. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LA EDIFICACIÓN
 - 5.1 EL PROMOTOR
 - 5.2 EL CONSTRUCTOR
 - 5.3 EL PROYECTISTA
 - 5.4 EL DIRECTOR DE OBRA Y DE EJECUCIÓN DE OBRA
 - 5.5 OTROS SUJETOS RESPONSABLES
 - 5.6 CAUSAS DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
 - 5.6.1 CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR
 - 5.6.2 CULPA DEL PERJUDICADO Y DE TERCEROS
 - 5.7 LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS
- IV. CUESTIONES PROCESALES
 - 6.1 LEGITIMACIÓN ACTIVA.
 - 6.2 ACUMULACIÓN DE PROCESOS. ACCIÓN DE REPETICIÓN
 - 6.3 INTERVENCIÓN PROCESAL. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO
- IIV. CONCLUSIONES
- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. INTRODUCCIÓN

En el proceso de la edificación concurren muchos sujetos, por ello es importante determinar la función que realiza cada uno, así como la responsabilidad que cada sujeto tiene sobre el trabajo que realiza. Esta cuestión es sumamente importante en los casos en los que se producen daños al adquirente del inmueble como consecuencia de deficiencias o negligencias en las funciones que cada agente de la edificación realiza. Para determinar la responsabilidad, es esencial atender a la normativa aplicable. Es en dicha normativa donde se viene a determinar las funciones de cada sujeto, así como la responsabilidad y las garantías exigibles.

Los sujetos en el proceso edificatorio suelen ser múltiples utilizándose de forma habitual subcontratas para poder realizar determinados cometidos. Debido a ello es imprescindible cerciorarse de la responsabilidad que tiene cada sujeto respecto del proceso constructivo. Todo ello adquiere una mayor complejidad si se tiene en consideración que además de los sujetos que intervienen directamente en la construcción, existen otros sujetos que sin participar en la edificación pueden llegar a ser responsables como por ejemplo las compañías aseguradoras, que vienen a cubrir la correspondiente responsabilidad ocasionada por la falta de diligencia de cada sujeto en su cometido.

Al existir distintos sujetos con diversas funciones en el proceso de la edificación es necesario determinar el cometido de cada sujeto, así como la responsabilidad de cada sujeto cuando se ha producido un daño, que es consecuencia de una falta de diligencia en el ejercicio de la función. A su vez, también es importante determinar la clase o tipo de responsabilidad que asume cada sujeto. Teniendo en cuenta que la LOE lleva en vigor más de 20 años es necesario determinar si se debe dar respuesta a necesidades imperantes y como se debe realizar esta respuesta, así como intentar solventar algunos problemas que puede plantear la aplicación de la ley.

II. NORMATIVA APLICABLE

Es fundamental esclarecer la normativa aplicable para resolver todos los conflictos que pueden producirse en el ámbito de la edificación. Para ello, una ley que marcó un hito importante en la materia es la Ley 38 /1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la edificación, pu-

blicada en el BOE el 6 de noviembre de 1999¹. Esta ley da claridad a la existencia de los sujetos intervinientes en la edificación, a sus obligaciones, así como a las responsabilidades que asumen los mismos, todo ello completado con un sistema de garantías.

2.1 Antes y después de la LOE

En esta materia, la responsabilidad civil existente tenía una íntima vinculación a contratos como: el contrato de compraventa regulado en el art. 1445 del código civil, el contrato de obra regulado en el art. 1544 del código civil y el contrato de arrendamiento de servicios destacado también en el artículo anterior.

En el contrato de compraventa, existen dos partes vendedor y comprador donde el vendedor se obliga a entregar una cosa concreta y determinada y el otro a entregar a cambio de ella un precio cierto y determinado o signo que lo represente. Por tanto, el comprador posee acciones contra el vendedor si este no cumple con dicha obligación y viceversa.

Por otra parte, en el contrato de obra, el contratista se obliga a realizar un cometido en favor de la persona que lo contrató a cambio de un precio cierto. Al igual que en el caso anterior, si cualquiera de las partes incumple sus obligaciones, el perjudicado puede interponer sus acciones frente al otro.

También podemos destacar el contrato de arrendamiento de servicios donde se busca obtener un resultado.

Debemos manifestar que hasta el año 1999, el art. 1591 cc era el régimen jurídico aplicable hasta que entró en vigor la Ley 38/1999 de ordenación de la edificación, el día 6 de mayo de 2000.

Actualmente existe controversia sobre si la LOE derogó el art. 1591 cc., debido a que esta ley no derogó de forma expresa el art. 1591 cc. Hay disparidad en la propia doctrina sobre ello, ya que autores como Almagro Nosete² expresan la no derogación del art.1591 cc por la LOE, considerando que esta ley es más restrictiva que el propio artículo mencionado del código civil, aplicándose este artículo a las obras de

1 https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/138-1999.html

2 ALMAGRO NOSETE, J. *Algunas cuestiones procesales. En Derecho de la edificación*, 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 2001, pág. 261



edificación excluidas por la LOE, a los daños que no están comprendidos por la LOE como morales o personales y regulándose a diferencia de la LOE la responsabilidad contractual del contratista. También a contrario, existen autores de la doctrina como Seijas Quintana³ que entienden que el art. 1591 cc ha quedado tácitamente derogado debido a que ambas regulaciones son incompatibles. Esta última postura es acorde con la doctrina jurisprudencial⁴ que considera que el régimen normativo fijado por la LOE es incompatible e incluso distinto por lo que debe de entenderse derogado.

Antes de la entrada en vigor de la LOE, la cuestión relativa a la responsabilidad por vicios en la construcción se regía por el art. 1591 cc que establece:

«El contratista de un edificio que se arruina-se por vicios de la construcción, responde de

³ SEIJAS QUINTANA, J.A. « Aplicación de la Ley de ordenación de la edificación y Jurisprudencia», *Estudios de derecho judicial nº 108 CGPJ, 2006*, pág. 25

⁴ STS 195/2010 de 22 de marzo de 2010, STS 554/13 de 4 de octubre de 2013, STS 633/18 de 14 de noviembre de 2018, entre otras.

los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección.

Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años.»

Este artículo recoge la denominada «responsabilidad decenal» por ruina de un edificio debido a vicios en la construcción. Para la aplicación de esta normativa, se requiere la existencia de dos presupuestos: a) que se lleve a cabo la ruina del edificio, b) que la misma se produzca en el plazo de 10 años desde la finalización de la edificación salvo si se tratare de un incumplimiento contractual entonces el plazo sería de 15 años y c) que la ruina del edificio se deba a defectos o vicios de la construcción.

El art.1591 cc ha sido objeto de un destacado desarrollo jurisprudencial que permitió la ampliación del concepto de ruina a conceptos



como el de ruina funcional⁵ y ruina potencial⁶, entre otros factores (STS de 4 de noviembre de 2002 RJ 2002/9630).

La entrada en vigor de la LOE, supone la aplicación de este marco normativo con la exclusión del art. 1591 cc , por ello es necesario atender al objeto y al ámbito de aplicación de esta ley.

En cuanto al objeto, se trata de regular los elementos fundamentales del proceso constructivo fijando las responsabilidades y obligaciones de los sujetos que forman parte de tal proceso, así como las garantías asociadas. Todo ello, con la finalidad de asegurar la protección de los usuarios.

El art. 2 de la LOE destaca su ámbito de aplicación afectando la normativa a todo proceso de la edificación, que tiene por objeto la

5 Existe en todos los casos en los que, no produciendo la destrucción total del edificio, se dan defectos que imposibilitan la utilización del edificio para el cumplimiento de su finalidad.

6 Se produce cuando el edificio tiene deficiencias graves que si no se corregidos puede ocasionar la pérdida del mismo.

construcción de un edificio público o privado, pero de carácter permanente. Quedando excluidas las obras menores, entendiéndose por tales aquellas construcciones que tienen una escasa entidad constructiva y sencillez técnica, que no tengan carácter residencial ni público de forma eventual o permanente y se vengán a desarrollar en una sola planta.

Otra cuestión que podemos analizar es la ausencia en la LOE de un precepto donde recoja el carácter imperativo de la ley o de determinados preceptos de la ley. Esta es una cuestión que se debería de abordar por el legislador ya que cuando el legislador quiere remarcar la imperatividad de expresas disposiciones lo hace como en el caso de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

2.2 Materia de consumidores y usuarios

Es imposible aquí no hacer alusión al Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y usuarios. Donde en su art.149 establece:

«Será aplicable el régimen de responsabilidad establecido en el artículo anterior a quienes construyan o comercialicen viviendas, en el

marco de una actividad empresarial, por los daños ocasionados por defectos de la vivienda que no estén cubiertos por un régimen legal específico»

En relación a ello, autores como Carrasco Perera⁷ han mencionado que este art. 149 TRLGCU estaría tratando de daños secuenciales es decir aquellos que se ven afectados por la ruina de un inmueble y que son diferentes a la vivienda dando lugar a daños colaterales que son el resultado de un defecto constructivo. Por lo que, este sistema fijado en el TRLGCU, tiene un marcado carácter residual al no determinar su ámbito de aplicación, limitándose a decir que será aplicable cuando los daños no están cubiertos por un régimen específico.

III. LOS SUJETOS DEL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN

Son sujetos del proceso de la edificación aquellos que intervienen en dicho proceso constructivo y que la LOE denomina en su art.8 como «agentes de la edificación». En la LOE se hace mención a una gran variedad de sujetos que intervienen, estableciendo en la ley sus propias obligaciones, con lo que viene a fijar de una forma implícita las funciones de cada sujeto. Todas las exigencias destacadas deben de ser completadas, con las fijadas en el Código Técnico de la Edificación⁸.

Como se explicará posteriormente, la LOE asocia a cada sujeto o agente de la edificación unas respectivas obligaciones, pero la propia LOE no establece ningún régimen sancionador ante el posible incumplimiento de este tipo de obligaciones. Además de la correspondiente responsabilidad contractual, administrativa o incluso penal consideramos que la LOE debería fijar un régimen de sanciones que actúen como respuesta a un posible incumplimiento por parte de los agentes de la edificación, así como también sería importante dar respuesta a aquellos incumplimientos producidos por los agentes de la edificación que no tengan relación con defectos constructivos. Por ejemplo, podemos mencionar que el hecho de que el certificado de obra carezca de veracidad o exactitud es una cuestión que, si no va acompañado de los da-

ños del art. 17, no genera responsabilidad frente al propietario.

Cabría también preguntarse qué ocurriría en el caso de que sean responsables de determinados defectos o daños, sujetos que no estén catalogados en la ley como agentes de la edificación como sería el caso a modo de ejemplo del redactor del estudio geotérmico. En este caso es la ley la que introduce la posibilidad de ejercitar acciones de repetición para poder satisfacer el culpable dicha responsabilidad. Si que pueden existir problemas cuando se ejercita por el responsable directo la posibilidad de llamar al proceso a este tercero mediante «la llamada en garantía», ya que se corre el riesgo de no ser admitida por la autoridad judicial esta figura, al no ser agente de la edificación el responsable.

3.1 El promotor

La doctrina⁹ valora de forma positiva que la LOE haya definido a los agentes de la edificación, estableciendo sus obligaciones ya que ello posibilita la determinación de sus funciones.

La figura del promotor está contenida en el art.9 LOE donde expresa:

«Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título».

Conforme al mismo, podemos analizar que el promotor puede ser tanto una persona física como jurídica, pudiendo ser pública o privada englobando las sociedades civiles, industriales o mercantiles, las fundaciones, las asociaciones y las corporaciones. No es necesario que exista un ánimo de lucro para poder adquirir la condición de promotor, ello posibilita la existencia del conocido como autopromotor¹⁰. Tampoco fija la necesidad de que en el ámbito inmobiliario se exija el carácter de profesionalidad por lo que se extiende la posibilidad de ser considerado como promotor las cooperativas de viviendas.

7 CARRASCO PERERA, A, « Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios. Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», *Revista Doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, 2008, pág. 5-6

8 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-5515>

9 ROCHA GARCIA, E; ARCO TORRES, M.A, *Ley de Ordenación de la edificación*, ed. Granada, Comares, Granada, 2007, pág. 83

10 Es aquel que construye una vivienda para sí mismo y para su propio uso.

El concepto de promotor del art. 9 LOE viene extendido en la propia disposición adicional 1ª de la LOE, al fijar:

«Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción». Lo expresado ayuda a que autores de la doctrina como Fernández Romero manifiesten que «promotor es todo dueño del suelo que construye para sí o no tenga o no carácter profesionalizado»¹¹.

Con lo expuesto podemos decir que los criterios básicos para considerar a un sujeto como promotor son: a) la realización de la edificación coordinando las actividades que son propias del proceso de la edificación y b) la intención de comercializar los pisos o locales construidos, a su riesgo y ventura con la intención de lucrarse en las operaciones.

Debemos destacar que el legislador olvida en el propio art. 9 de la LOE la referencia al ánimo de lucro que debe de existir en el promotor. Este ánimo de lucro ha sido puesto de manifiesto reiteradamente por la propia jurisprudencia en Sentencias como STS de 20 de diciembre de 2007 RJ 2007/8664 o la STS de 13 de diciembre de 2007 RJ 2008/329. Esta falta de ánimo de lucro es producto de aglutinar las figuras de promotor y autopromotor. A nuestro modo de ver, si sería aconsejable introducir el ánimo de lucro en el precepto y regular de forma separada las figuras de promotor y autopromotor, dando a este último un desarrollo específico que actualmente la LOE no recoge

En el estudio del promotor, podemos destacar varias modalidades de promoción:

- a) El promotor que después de la construcción del inmueble se dedica a la enajenación de cada uno de los pisos o locales. Esta figura es la más habitual.
- b) El promotor-constructor, cuando concurren en un mismo sujeto las cualidades de promotor y constructor.
- c) Autopromotor, es el sujeto que financia, impulsa y decide sobre las obras del pro-

ceso constructivo mediante recursos ajenos o propios. Algunos miembros de la doctrina han criticado duramente que en la LOE se introduzca la figura del autopromotor al estar realmente más próximo al concepto de consumidor que del promotor¹². A diferencia del resto de agentes de la edificación, conforme a la Disposición adicional 2ª de la LOE¹³, al autopromotor no se le exige el establecimiento de un seguro decenal siempre que sea para usarla por él mismo sin intención de transmitirla. Si que sería deseable que la LOE analizara y desarrollara más en profundidad la figura del autopromotor ya que se equipara en la ley en su regulación al promotor, existiendo muchas diferencias entre ambos. También en la regulación del autopromotor sería deseable que se diferenciara atendiendo a la finalidad concreta que persigue el mismo con la obra, adoptando según la finalidad querida determinadas medidas.

- d) El gestor de comunidades de propietarios; se produce cuando por parte de una comunidad de propietarios se contrata a un sujeto-gestor para que decida sobre cuestiones referentes al desarrollo de la edificación. Este gestor no utiliza elementos económicos derivados de la financiación de la edificación únicamente interviene en el proceso de la edificación tomando decisiones. Este sujeto está incluido expresamente en el art. 17.4 LOE tratando de evitar supuestos donde un gestor al encontrar un solar intentaba poder lograr una opción de compra sobre él formando al mismo tiempo una comunidad en la que se iban añadiendo interesados en adquirir los pisos o locales realizando una aportación económica.

¹² MARTINEZ ESCRIBANO, C, *Responsabilidad y garantías de los agentes de la edificación*, 3 ed. Valladolid, Lex nova, 2007, pág. 181-9

¹³ Disposición adicional 2ª LOE: «...esta garantía no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión "inter vivos" dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión "inter vivos" sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma.

¹¹ FERNANDEZ ROMERO, F, J, *Responsabilidad del promotor frente al subcontratista en el contrato de obra. Textos Jurídicos*, ed. Sevilla, Hispalex, 2006, pág. 83



Así el gestor comenzaba la edificación después de adquirir el solar y al no aparecer como promotor de la obra, no asumía el riesgo de ella, sino que este era asumido por la comunidad, eludiendo así su responsabilidad decenal¹⁴

- e) Las cooperativas de viviendas; esta técnica produce importantes beneficios al reducir el coste económico del inmueble y evitar que se produzcan supuestos de especulación. En la Disposición Adicional 1ª LOE se establece que el gestor de dicha cooperativa tiene como obligación, la de otorgar garantías a los socios para el caso de que se produzca un incumplimiento de sus obligaciones, asegurando las cantidades que se dan de forma anticipada.
- f) La figura del gestor de proyectos o Project manager; se trata de un sujeto que actúa en interés del promotor con la finalidad de hacer más efectivo y óptimo el proceso constructivo realizándose las contrataciones que él mismo considere pertinentes.

Por otra parte, también es necesario destacar las siguientes obligaciones que debe de

asumir el promotor en relación a lo establecido en el art. 9.2 LOE:

- a) Tener la titularidad de un derecho que le permita construir sobre el solar que adquiere,
- b) Para la redacción del proyecto debe facilitar la documentación y demás información imprescindible.
- c) Autorizar las modificaciones que puedan darse en la obra por propio director de obra.
- d) Contratar los seguros previstos en el art. 19 LOE.
- e) Entregar al adquirente los documentos relativos a la obra ejecutada o cualquier otro elemento que exija por la autoridad pertinente en relación a la obra.
- f) Obtener y gestionar las correspondientes licencias administrativas.
- g) Suscribir el acta de recepción de la obra.

Cabe mencionar, que la LOE no establece expresamente que se produce en el caso de incumplimiento de este tipo de obligaciones salvo en el caso de la no suscripción de los seguros pertinentes, donde en la ley se destaca que no

¹⁴ MARTINEZ ESCRIBANO, C, *Responsabilidad y garantías de los agentes de la edificación*, 3 ed. Valladolid, Lex nova, 2007, pág. 182

se producirá la inscripción en el registro de la propiedad de la declaración de obra nueva, produciéndose una responsabilidad personal.

También sería importante que se adecuaran los preceptos de la LOE a la directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 en materia de medio ambiente, exigiendo de forma expresa al promotor que traslade a la autoridad pertinente la información concreta para poder realizar una evaluación de impacto ambiental. Información que como destacada la directiva debe de ser completa y de buena calidad.

3.2 El constructor

El constructor generalmente denominado como maestro de obras es el sujeto que lleva a cabo la ejecución de la obra. Según el art. 11 LOE, el constructor es aquel sujeto de la edificación que suscribe ante el propio promotor la obligación de ejecutar las obras conforme a lo establecido en el proyecto o contrato, contratando para ello los correspondientes recursos materiales y humanos ya bien sean propios o

no. Este concepto viene completado en la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción en cuyo artículo 3 define al contratista como la persona ya bien sea física o jurídica que ante el promotor asume de forma contractual la obligación de ejecutar parte o la totalidad de una obra con los respectivos medios materiales y humanos, todo ello con sujeción al contrato.

En el constructor al igual que con el promotor existen varias modalidades de actuación:

- a) La ejecución directa; se produce cuando es el propio constructor el que realiza el desarrollo de la obra produciéndose las correspondientes contrataciones si son necesarias.
- b) La ejecución mediante el promotor; se realiza este hecho cuando promotor y constructor son la misma persona.
- c) La ejecución mediante contratistas; aquí se realiza la obra por un profesional de la construcción con arreglo a lo establecido en el



proyecto y dentro del plazo fijado, abonándole el precio que se haya estipulado.

También debemos de atender a las obligaciones del constructor. Las mismas vienen establecidas en el art. 11.2 LOE donde fija las siguientes:

- Realizar y ejecutar la obra dando cumplimiento a los dictados establecidos en el proyecto y a las órdenes del director de obra y ejecución de obra.
- Poseer la titulación requerida para la realización de las condiciones pertinentes para desarrollar su función.
- Designar al jefe de obra que será el encargado de asumir la representación del constructor en la obra
- Recabar los medios materiales y humanos que sean necesarios para la obra, así como realizar las subcontrataciones que sean pertinentes.
- Otorgar las garantías del art. 19 LOE.
- Rubricar el acta de comienzo y de recepción de la obra.
- Dar al director de obra toda la información necesaria para realizar la documentación pertinente de la obra realizada.

En el caso de incumplimiento de tales obligaciones en los contratos se suele establecer una cláusula penal en la que el constructor tiene que abonar una cantidad económica por el cumplimiento defectuosos o por el propio incumplimiento.

3.3 El proyectista

La definición de proyectista se contiene en el art.10.1 LOE donde menciona que es aquel redacta el proyecto conforme a la normativa aplicable y por petición del promotor. Por tanto, son 3 los caracteres que definen al proyectista: a) es el que hace el proyecto, b) con aplicación de la normativa pertinente y c) por encargo del promotor.

Sus obligaciones están fijadas en el art. 10.2 LOE son:

- Tener la titulación pertinente.
- Hacer el proyecto con arreglo a la normativa vigente.

- Controlar la realización del proyecto es decir visar el mismo.

Podemos mencionar también otras obligaciones desde el ámbito teleológico¹⁵ que atenderían a dar cumplimiento a obligaciones relacionadas con la seguridad como sería controlar la seguridad estructural o en caso de cometerse un incendio, las relacionadas con la habitabilidad como la higiene, salud, ahorro de energía y las que atienden a la funcionalidad como sean las cuestiones relativas a la accesibilidad, servicios de comunicación, etc.

3.4 El director de obra y de ejecución de obra

Comenzando por el análisis del director de obra decir que del art.12.1 LOE se interpreta que el director de obra es el sujeto que dirige el desarrollo de la obra de acuerdo con las determinaciones fijadas por el proyecto velando por la adecuación de los aspectos estéticos, urbanísticos y técnicos.

Es la propia jurisprudencia la que se encarga de desarrollar el concepto de director de obra señalando tres funciones importantes: a) la vigilancia de las tareas de construcción¹⁶, b) dar las soluciones pertinentes a los problemas que puedan surgir y c) conseguir que la obra se ejecute conforme la ley y el propio proyecto.

Las obligaciones del director de obra tal y como se desprende del art. 12.3 LOE son las siguientes:

- Estar en posesión de titulación profesional adecuada.
- Verificar la adecuación de la cimentación, del replanteo y de la estructura a los elementos geotécnicos del terreno.
- Resolución de todas las incidencias que puedan surgir en la realización de la obra.
- Producir las modificaciones que sean necesarias en el proyecto de obra.
- Establecer la conformidad de lo realizado mediante certificaciones parciales, la liqui-

¹⁵ IÑIGO FUSTER, A. *La responsabilidad civil del arquitecto e ingeniero proyectista en la edificación*, Ed. Barcelona, Bosch, 2007 pág. 61

¹⁶ STS de 19 de mayo de 2006 RJ 2006/2371, STS de 10 de octubre de 2005 RJ 2005/8577 entre otras.

dación de los elementos de la obra y la certificación final.

- Realizar la documentación de la obra para dársela al promotor con los visados oportunos.
- Conseguir que la obra se ejecute conforme la ley y el propio proyecto.

También debemos prestar atención al director de la ejecución de la obra, cuya definición está contenida en el art.13 de la LOE destacando que es el sujeto que tiene atribuida la función de ejecución material de la obra, así como la de fiscalizar tanto cuantitativa como cualitativamente la calidad y construcción de dicha obra. Este agente de la edificación actualmente se corresponde con la profesión de aparejador.

Del art.13.2 de la LOE se desprenden sus obligaciones que son las siguientes: a) poseer la titulación adecuada, b) revisar los productos de construcción, pruebas de ensayo y otro tipo de pruebas, c) consignar las instrucciones pertinentes en el libro de órdenes, d) participar con el resto de agentes de la edificación en la realización de la obra aportando cuáles han sido los resultados del control efectuado, e) rubricar el acta de replanteo, el certificado final y realizar la liquidación final y certificaciones parciales y por último, f) encaminar la ejecución material de la obra conforme a las directrices establecidas por el director de obra.

3.5 Otros sujetos implicados

Cuando hacemos referencia a otros sujetos implicados nos estamos refiriendo a las entidades de control de calidad y a los suministradores.

La LOE en su art. 14 menciona a los laboratorios de calidad como aquellas entidades que tienen como finalidad comprobar la calidad de los materiales, instalaciones y en definitiva del conjunto del proyecto.

La aparición de estos sujetos es una cuestión nueva destacada en la LOE ya que estos sujetos no están mencionados en el art.1591 cc. Sus obligaciones consisten según el art. 14.2, en: a) dar asistencia y entregar las resultas de su actividad al responsable designado y b) demostrar que tiene establecido un sistema de gestión de calidad contando con los medios materiales y personales adecuados.

Por otra parte, el art. 15 de la LOE define a los suministradores como los que fabrican un

elemento para su incorporación permanente en una obra. Sus obligaciones también se comprenden en el artículo anterior matizado haciendo mención a las siguientes: a) entregar los pedidos de productos de acuerdo con lo solicitado, haciéndose responsable de su calidad, origen...etc y b) proporcionar las instrucciones de los productos solicitados junto con la garantía de calidad.

IV. LAS GARANTÍAS EXISTENTES EN EL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN

Como establece la jurisprudencia, es necesario no confundir los plazos de garantía con los de prescripción ya que son elementos distintos¹⁷. En cuanto a los plazos de garantía, los mismos se establecen en el art. 17.1 de la LOE donde fija distintos plazos atendiendo a la gravedad de los defectos. Si se trata de defectos de acabado el plazo es de un año, si son defectos de habitabilidad es de tres años y si hacen referencia a defectos estructurales el plazo es de diez años.

El plazo de garantía es el periodo de tiempo en el que debe de manifestarse el defecto o daño, correspondiendo la carga de la prueba a la persona que reclama según el art.217 de la LEC.

Corbal Fernández, en alusión a dichos plazos menciona que no podemos entender que se trate de plazos de caducidad, aunque funcionen de forma pareja al no permitirse la posibilidad de interrupción o suspensión¹⁸. Dichas manifestaciones se expresan también en la STS 77/2016 de 18 de febrero de 2016, RC 2839/2013.

En el plazo de garantía es fundamental determinar su computo es decir su dies ad quo, fijándose como fecha inicial la relativa a la recepción de la obra sin reservas o desde que estas se subsanaron. Este hecho también ha sido destacado por la jurisprudencia en múltiples sentencias¹⁹.

¹⁷ STS 517/2010 de 19 de junio RJ 2010/6559, STS de 4 de octubre de 1989 RJ 1989/6881, STS de 15 de octubre de 1990 RJ 1990/7867, STS de 18 de febrero de 2016 RJ 2016/577, entre otras.

¹⁸ CORBAL FERNANDEZ, J.E, *El tiempo en la responsabilidad por vicios o defectos en la edificación*, Ed. Barcelona, Bosch, 2001 pág. 339-43

¹⁹ STS 860/2011 de 5 de diciembre RJ 2012/29, SAP 261/2021 de Asturias de 1 de julio entre otras.

Es el art.6 de la LOE el que denomina que debe de entenderse por recepción de la obra expresando que: «es el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste». Este artículo debe ponerse en relación con el art. 17 de la LOE de donde se deduce, que los plazos empiezan a contar: a) a partir de la suscripción del acta de recepción si la recepción es pura y sin reservas, b) desde la subsanación de las reservas si la recepción es con reservas, c) desde el transcurso de 30 días después que se notifique al promotor que la obra ha terminado con certificado final en el caso de que la recepción sea tacita.

Los plazos de garantía no se inician si la recepción de la obra es rechazada de forma motivada por entender que la misma no es idónea con lo pedido.

La recepción de la obra puede ser total o parcial. En el caso de que la recepción sea total el plazo comienza desde la recepción mientras que si la recepción es parcial el plazo dependerá de las fases que se hallan establecido y recepcionado.

En el art.6 mencionado sucede una cuestión que consideramos que es necesario corregir. En este artículo se menciona que en el caso de que se fije la recepción de la obra con reservas si el promotor no queda satisfecho, se podrá fijar otro plazo para subsanar. Aquí no se hace referencia a ningún límite de plazos para subsanar con lo que se posibilita que se dé plazos para subsanar de forma ilimitada hasta que se produzca la subsanación. Creemos que la LOE debería acotar los plazos para subsanar y no permitir que se pueda dar una reiteración indefinida en dichos plazos.

Quizás analizando los plazos de garantía sí que conveniente establecer plazos más largos para así dotar de una completa protección a los adquirentes. Los plazos por defectos relativos al acabado podrían establecerse en 2 años, los referentes a defectos de habitabilidad 5 años y los defectos estructurales 15 años.

En el estudio de los plazos de prescripción es imprescindible nombrar al art.18.1 de la LOE donde expresa: «Las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños»

El plazo de 2 años es totalmente indiferente respecto a la clase de daño producido y al sujeto frente al que se ejerce la responsabilidad.

El plazo comienza, no cuando el perjudicado tiene conocimiento del mismo sino desde la aparición del daño. En el caso de que los daños sean de forma continuada la STS de 13 de octubre de 2015 RJ 2013/2070 establece que el dies ad quo atiende a la fecha del resultado definitivo. También podemos destacar la STS de 25 de febrero de 2010 RJ 2010/775 donde indica que hasta que los daños no se estabilicen no empieza a contarse el plazo.

Cabe mencionar que la prescripción es una vicisitud no apreciable de oficio que debe de ponerse de manifestó por la propia parte como excepción.

El plazo de prescripción es un plazo que puede ser interrumpido pero esta interrupción opera únicamente de forma individual respecto del sujeto implicado, no extendiéndose al resto de agentes de la edificación salvo al promotor, es decir se fija en la jurisprudencia que la reclamación efectuada por el propietario frente al promotor no interrumpe el plazo de prescripción para poder ejercitar la acción frente a los demás agentes de la edificación. Por el contrario, la reclamación efectuada por el propietario frente a cualquiera de los demás sujetos si interrumpe el plazo de prescripción para ejercitar la acción frente al promotor. Ello viene destacado en varias Sentencias del tribunal Supremo como la STS 86/2018 de 15 de febrero de 2018, la STS 274/2015 de 16 de enero de 2015, STS 2553/2015 de 20 de mayo de 2015, STS 223/2003 de 14 de marzo de 2003 entre otras. Por otra parte, también es destacable la STS 1200/2023 de 21 de julio de 2023, donde destaca que el dies ad quo del plazo de prescripción no empieza hasta que el propietario/acrededor conozca la identidad del deudor causante del daño.

En el análisis de las garantías existentes en el proceso de edificación no debemos olvidar el establecimiento de garantías legales como son las fijadas en el art.19 de la LOE, donde hace alusión a un seguro de daños o seguro de caución de una duración de 1,3 y 10 años atendiendo a si el defecto es un defecto de acabado o terminación, un defecto de un elemento constructivo o un defecto que tengan su origen en las vigas, soportes o cimentación.

De los seguros matizados solo el seguro decenal es obligatorio con la entrada en vigor de la LOE y solo para las que tengan el destino de viviendas.

V. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LA EDIFICACIÓN

Habiéndose determinado con anterioridad cuales son los sujetos o agentes de la edificación que intervienen en un proceso constructivo es ahora el momento de preguntarse sobre las clases de responsabilidad que pueden recaer sobre cada uno de los sujetos que intervienen. En la regulación que establece la LOE se echa en falta una mayor profundidad en la figura del contratista depurando sus propias responsabilidades consideramos que atribuir únicamente la acción de repetición al constructor es insuficiente.

Por otra parte, cabe mencionar que, aunque la naturaleza de la LOE marca una responsabilidad de carácter objetivo, el hecho de incluir en sus preceptos causas de exoneración de la responsabilidad hace que más que un carácter objetivo tenga un carácter cuasi objetivo a lo sumo.

5.1 El promotor

La LOE solo permite la reclamación de daños materiales excluyendo otros daños como los morales o personales²⁰. La responsabilidad civil de los agentes de la edificación parte de que la misma se debe de exigir personalmente y de forma individualizada, siendo solidaria cuando no pueda individualizarse.

Adentrándose en la responsabilidad del promotor podemos decir que puede ser de distintas clases diferenciándose la responsabilidad contractual, la extracontractual, la responsabilidad del art.17.1 de la LOE y la responsabilidad objetiva ex lege del art.17.3 de la LOE.

La responsabilidad contractual deriva del contrato de compraventa en el que el comprador puede ejercitar frente al vendedor las acciones pertinentes a su derecho si se produce un incumplimiento del contrato. Distinta de esta responsabilidad es la extracontractual que se produce cuando personas diferentes a los compradores sufren perjuicios a consecuencia de defectos de la vivienda. Este tipo de responsabilidad se regirá por los art.1902 y ss del código civil. Esta acción, el perjudicado debe de ejercerla en el plazo de 1 año.

Distinta a las anteriores es la responsabilidad del art. 17 de la LOE que trae causa de la

existencia de daños materiales causados en la vivienda por defectos que están relacionados con los elementos constructivos, estableciendo distintos plazos de garantía en referencia al tipo de defecto como se ha mencionado anteriormente. De este art. 17 se desprenden 2 tipos de responsabilidades:

- Una responsabilidad individual sobre las funciones que debe de ejercer el promotor como son la de impulsar, programar y decidir sobre el proceso constructivo es decir cuando se produce un incumplimiento de sus obligaciones fijadas en el art.9.2 de la LOE. Esta responsabilidad individual también se produce cuando se hace una reforma en el proyecto a instancia del promotor.
- Una responsabilidad solidaria cuando no pueda concretarse la causa del daño o cuando el daño se ha delimitado concretamente pero no se ha podido fijar la participación de cada sujeto que ha intervenido en la obra²¹.

Otra responsabilidad destacable es la responsabilidad objetiva ex lege del art. 17. 3 de la LOE, es la responsabilidad que tiene el promotor «en todo caso» por los defectos de la construcción, cumpliendo una función de garantía y no respondiendo por sus propias acciones. A diferencia del caso anterior el promotor responde por hechos de otros no por su propia actuación. Esta responsabilidad es objetiva donde responde por hechos en los que no ha participado.

Existen dudas sobre si esta responsabilidad objetiva se aplica también al que actúa como autopromotor. Según la doctrina como García López todo depende si la promoción se ha hecho con finalidad comercial o no²². Un elemento que nos puede orientar sobre si existe una actividad empresarial es si se ha establecido el impuesto de Valor añadido (IVA) ya que dicho impuesto grava la mercantilización del empresario.

Estudiando más en profundidad la solidaridad de la LOE debemos decir que la solidaridad

20 ESTRUCH ESTRUCH, J. *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 4ª Ed. Madrid, Civitas, 2011, pág. 538

21 MAESO CABALLERO, J. «Responsabilidad y solidaridad de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación», *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro* num.10, 2004, pág. 16-24

22 GARCIA LOPEZ, P. «Construcciones efectuadas en régimen de autopromoción individual en la Ley de ordenación de la edificación», *boletín del colegio de registradores de España* num.122, 2006, pág. 355-70



que deriva de la LOE es una solidaridad distinta a la establecida en el art.1137 y ss del código civil. La solidaridad fijada en los art.1137 y ss del código civil llamada como « solidaridad propia» requiere que se establezca por ley o pacto entre los afectados.

La solidaridad del art. 17 de la LOE es una solidaridad legal ya que trae causa de la ley pero que difiere de la del art.1137 cc porque surge de la determinación de un tribunal cuando se produce una falta de individualización de la responsabilidad, por esta razón se la llama por la doctrina como «solidaridad ex post facto»²³.

También hay que mencionar brevemente la solidaridad establecida en el art.1591 cc que fue desarrollada de forma jurisprudencial denominándose «solidaridad impropia» al no venir establecida en la ley.

En el ámbito de la responsabilidad del promotor, nos podemos preguntar quién sería el responsable en unas viviendas de protección oficial realizadas con promoción pública y privada. En el caso de que la promoción fuera pública entendemos que se produciría la corres-

pondiente responsabilidad patrimonial de la administración. Pero, ¿qué ocurriría en el caso de una promoción privada? Lo primero que habría que aclarar en el caso de controversia sería la competencia de los tribunales. En relación a la competencia, la Sentencia del TSJ de Galicia 6826/2017 de 26 de octubre de 2017 menciona que la competencia es del orden civil si se realiza una reclamación civil por vicios en la construcción contra los intervinientes. Después de determinar la competencia, habría que depurar la responsabilidad en el defecto de la construcción. Lo más fácil es hacer responsable únicamente al promotor. Pero teniendo en cuenta la actividad de fiscalización y control que realiza la administración respecto del promotor en el proceso de construcción, sería deseable que la LOE fijara respecto de los entes públicos, o la responsabilidad solidaria de la administración junto con el promotor o un tipo de garantía adicional. Sobre todo, teniendo en consideración que el establecimiento de la calificación definitiva en viviendas de protección pública con promoción privada habiéndose realizado previamente la actividad inspectora de la administración, no subsana los defectos existentes en las obras como mencionan las STS de 30 de enero de 1990 RJ 565/90, STS de 3 de marzo de 1984 RJ 1748/84 y STS de 28 de septiembre de 1988 RJ 7278/88 entre otras.

23 REVILLA TORRES, J.M, « La solidaridad impropia en el ámbito de la edificación. Situación pre y post LOE», *Revista de Derecho de la UNED NUM15*, 2014, pág. 493-520

5.2 El constructor

Al igual que en el caso anterior del promotor existen para el constructor diferentes clases de responsabilidad:

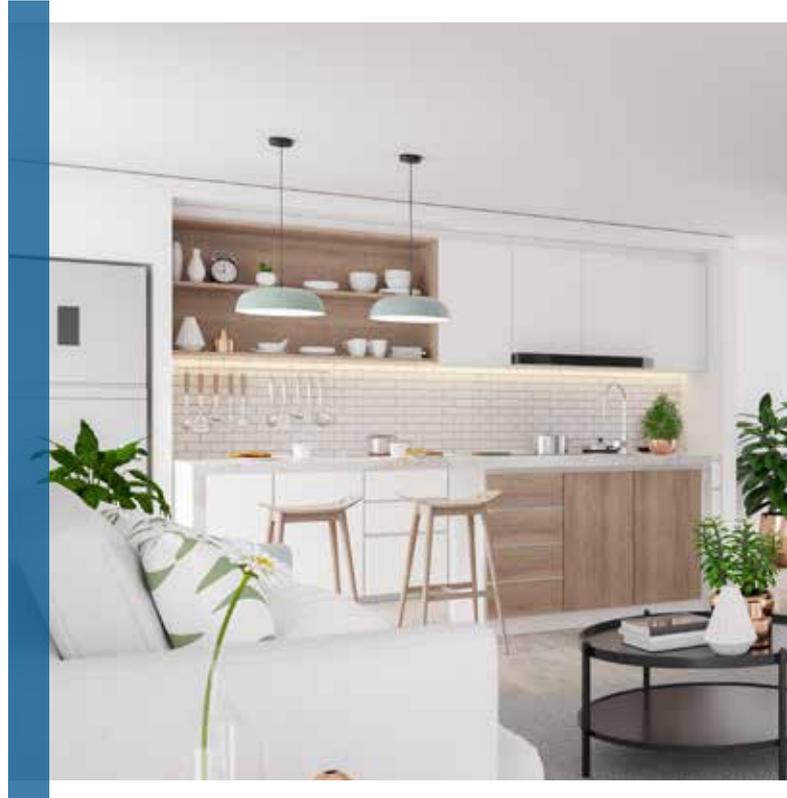
- La responsabilidad contractual; que se rige por las disposiciones del contrato de obra pactado.
- La responsabilidad extracontractual; cuando se produzcan daños que no deriven del propio contrato de obra.
- La responsabilidad fijada en la LOE; donde el constructor responde de forma exclusiva respecto de los defectos de acabado, responde de forma exclusiva o compartida de los defectos que atiendan a la habitabilidad y también es responsable de los defectos que incidan en los elementos constructivos como las vigas o forjados pudiendo ser tal responsabilidad compartida. Al igual que ocurre con el promotor la responsabilidad es individual convirtiéndose en solidaria solo cuando no pueda individualizarse.

Aquí también podemos hacer referencia a la responsabilidad que tiene el constructor respecto: a) a sus empleados, por las faltas de diligencia cometidas por ellos, b) a las personas con las que subcontrate, sin perjuicio de la posible acción de repetición que pueda efectuar y c) a los sujetos que le suministren productos de construcción por las deficiencias en los mismos.

La responsabilidad que asume el constructor en este tipo de caso es una responsabilidad directa.

5.3 El proyectista

Como en los casos anteriores el proyectista también asume una responsabilidad contractual y extracontractual. Respecto de la responsabilidad fijada en la LOE, responde de las deficiencias o defectos que puedan producirse en el proyecto que realiza, esta clase de responsabilidad es individualizada por acto propio. Pero también asume una responsabilidad por hechos ajenos ya que el art.17.5 de la LOE destaca que el proyectista solicitará un estudio geotécnico para redactar el proyecto, por lo que él será también responsable de las deficiencias que pueda tener dicho informe, aunque no lo haya elaborado él. Esto se destaca expresamente en la STS de 31 de marzo de 2005.



Si no fuera posible individualizar la responsabilidad la misma se convertirá en solidaria. Esta clase de responsabilidad también se aplica cuando exista una pluralidad de proyectistas salvo que pueda determinarse la parte que ha realizado cada uno. Esta solidaridad se aplicaría únicamente en las relaciones entre los proyectistas y el perjudicado mientras que entre los proyectistas es decir en las relaciones internas la responsabilidad es mancomunada.

5.4 El director de obra y de ejecución de obra

Tanto el director de obra como el director de ejecución de obra asumen una responsabilidad contractual y extracontractual por el incumplimiento contractual y daños que hayan podido cometer.

Conforme a la LOE, en los dos agentes de la edificación se debe de considerar primeramente una responsabilidad individual, que viene expresada en el art.17.2 de la LOE. Esta responsabilidad puede ser por hecho propio, como menciona el art.17.7 de la LOE al destacar que ambos responden de la exactitud y veracidad del certificado final de la obra o por hecho ajeno debido a que al aceptar la dirección de la obra asume la responsabilidad del proyectista sin perjuicio de poder repetir contra él.



Si la responsabilidad no puede individualizarse será solidaria siendo también solidaria en el caso de responsabilidad conjunta de directores, este sería un caso de responsabilidad solidaria ex lege al igual que sucede con el promotor.

5.5 Otros sujetos responsables

Los otros sujetos que pueden ser responsables son los laboratorios de control de calidad y los suministradores de productos.

Respecto a los laboratorios, decir que el art.17 de la LOE no hace referencia a ellos de forma expresa, pero ello no significa que no sean responsables, si se produce un daño que es consecuencia de la mala calidad o deficiencias de los materiales o instalaciones que fueron revisados. Del art. 17 de la LOE se podría deducir la responsabilidad de estos agentes cuando menciona que la responsabilidad alcanzará también a las personas que colaboran en el proceso de la construcción. Se puede deducir una clase de responsabilidad conjunta con el resto de agentes de la edificación, mancomunada y solidaria. Además de una responsabilidad indirecta en los casos en los que el responsable directo sea el constructor, pero él pueda repetir contra estos agentes de la edificación.

Por otra parte, atendiendo a la responsabilidad de los suministradores de productos, estos asumen responsabilidad desde el momento que los productos de suministran sean defectuosos o se comercialicen infringiendo alguna de las obligaciones estipuladas. En este caso de los suministradores, entendemos que sería también de aplicación TRLGDCU en lo que respecta a la regulación de productos defectuosos. Esta ley establece una responsabilidad objetiva para el fabricante o productor que se extendía al suministrador. Cabe aquí diferenciar entre la aplicación de la LOE y la del TRLGDCU, dándose la aplicación de la LOE cuando concurriera un defecto del art.17.6. 3º y la aplicación del TRLGDCU cuando el defecto afectara a la seguridad que cabría esperar. Estas dos normas también establecen diferentes plazos de prescripción, de garantía y de daños resarcibles puesto que TRLGDCU alcanza a los menoscabos personales incluida la muerte, cuestión que queda excluida en la LOE.

5.6 Causas de exoneración de la responsabilidad

Es reiterada la jurisprudencia que establece que en el caso de que se produzcan defectos acogidos por la LOE, la responsabilidad establecida respecto a los agentes de la edificación es de carácter objetivo²⁴. Pese a ello, la LOE en su art.17.8 fija unas causas de exoneración de la responsabilidad con lo que podían afirmar que la responsabilidad no es totalmente objetiva sino como mucho cuasi objetiva. Así como posteriormente se analizará pueden ocurrir supuestos en los que concurriendo no solo la culpa de los agentes de la edificación concorra la culpa del propio perjudicado o de un tercero produciéndose en consecuencia una aminoración de la responsabilidad por la concurrencia de culpas.

5.6.1 Caso fortuito y fuerza mayor

Por la propia doctrina se matiza una diferenciación entre la fuerza mayor y el caso fortuito²⁵. La fuerza mayor se produce cuando acontece un suceso previsible pero que no se podría evitar mientras que el caso fortuito imprevisible pero que si se hubiera podido prever será evitable.

24 STS de 5 de noviembre de 2001 (RJ 2002/235), STS de 2 de junio de 2005 (RJ 5308), STS de 31 de octubre de 2002 (RJ 9736), STS de 29 de noviembre de 1985 (RJ 5916), STS de 27 de junio de 1994 (RJ 6505), entre otras.

25 MESA MARENO, C.« Incidencia del caso fortuito en la responsabilidad del promotor según la Ley de ordenación de la edificación», *Revista Aranzadi civil numero13*, 2001

Es destacable que la jurisprudencia responde de forma negativa a que se pueda exonerar de responsabilidad en supuestos de fenómenos de la meteorología debido a que son sucesos que se pueden prever dadas las actuales técnicas científicas²⁶. Por ello, existe alguna sentencia que establece que tales causas de exoneración deben de interpretarse de forma restrictiva como es la SAP de Castellón de 29 de marzo de 2000 RJ2001/106353 o la STS de 8 de junio de 1984 RJ 1984/3222.

Si los agentes de la edificación causan con su actuación un perjuicio que se suma al producido por causas de fuerza mayor o caso fortuito, responderán por el daño ocasionado²⁷.

Las causas de exoneración mencionadas son un tipo de causas que deben de ser probadas por los agentes de la edificación con lo que se produce una inversión de la carga de la prueba²⁸.

5.6.2 La culpa del perjudicado y de terceros

El art.16 de la LOE establece la obligación de los propietarios de realizar las consiguientes obligaciones de conservación y mantenimiento de las viviendas de forma que se exonera de responsabilidad a los agentes de la edificación cuando se produce un incumplimiento de este tipo de obligaciones. Si el daño es producto de la concurrencia de la falta de diligencia del perjudicado como del agente de la construcción ocurrirá una concurrencia de culpas que producirá una aminoración de la cuantía indemnizatoria.

También puede ser un acto que exonere de responsabilidad a los agentes de la edificación, el acto de un tercero. Por tercero debemos entender todo sujeto que no está considerado como agente de la edificación por la LOE y aquel que siendo agente de la edificación haya realizado alguna de las obras que la LOE excluye.

5.7 Las compañías de seguros

Si atendemos al art. 19 de la LOE, se establecen las siguientes garantías de cumplimiento:

to obligatorio: a) un seguro de daños materiales o de caución durante 1 año para atender a los defectos de acabado o terminación de las obras, b) un seguro de daños materiales o de caución durante 3 años para atender a los defectos referentes a elementos constructivos y c) un seguro de daños materiales o de caución durante 10 años para atender a los defectos que tengan su causa en la cimentación, vigas soportes,..etc.

De los seguros mencionados solo el seguro decenal es obligado con la entrada en vigor de la LOE y solo cuando su objeto recaiga sobre una vivienda según destaca la disposición adicional segunda de la LOE.

Lo establecido no imposibilita que las propias partes puedan atendiendo a su autonomía de la voluntad contratar otros seguros.

Como caracteres a tener en cuenta en dichos seguros podemos mencionar los siguientes:

- En el momento de la recepción de la obra la prima del seguro debe de estar abonada.
- Una vez acaecido el siniestro asegurado no podrá resolverse el contrato antes de que transcurra el plazo previsto en la ley para cada tipo de seguro.
- Atendiendo a las acciones que se deducen del sistema de garantías debe de acudir a la Ley de contrato de seguro ya que la LOE no establece un régimen de prescripción en cuanto a las mismas. El art. 23 de la Ley de contrato de seguro menciona que a los dos años de producirse los daños prescribirán las acciones fijándose el dies ad quo conforme el art.1969 cc.
- El pago de la indemnización puede ser in natura o en metálico.
- La obligatoriedad de las garantías tiene carácter relativo. Es destacable que, aunque se matice el carácter obligatorio de las garantías en el art.19 de la LOE, es decir, aunque las mismas vengán fijadas en la ley se las configura como una especie de deber contractual pudiendo ejercitar la acción pertinente en caso de incumplimiento²⁹.

26 MONTES PENADES,V.L. *Derecho civil, Derecho de obligaciones y contratos*, ed. Valencia, Tirant lo blanc, 2001,pag 147

27 STS de 10 de noviembre de 1999 RJ 1999/8862

28 OROZCO PARDO, G. «La responsabilidad civil de los técnicos: un ejemplo de tendencia unificadora», *Revista Aranzadi civil núm. 2/2006*, 2006

29 CARRASCO PERERA, A. *Comentarios a la Ley de ordenación de la edificación*, 5ed.Pamplona, Aranzadi,2011 pág. 614-615



En el análisis de los seguros mencionados debemos diferenciar entre elementos objetivos, subjetivos o personales y temporales.

Los elementos objetivos atienden a los daños ocasionados. Siendo los daños objeto de cobertura los daños materiales producidos en un proceso constructivo. El art. 19.9 de la LOE excluye una serie de daños que son los siguientes:

- «a) Los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la Ley.
- b) Los daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio.
- c) Los daños causados a bienes muebles situados en el edificio.
- d) Los daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de la recepción, salvo las de subsanación de los defectos observados en la misma.
- e) Los daños ocasionados por mal uso o falta de mantenimiento adecuado del edificio.
- f) Los gastos necesarios para el mantenimiento del edificio del que ya se ha hecho la recepción.

- g) Los daños que tengan su origen en un incendio o explosión, salvo por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio.
- h) Los daños que fueran ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.
- i) Los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de recepción.»

Aquí consideramos que daños como los corporales o morales no deberían de ser excluidos de la LOE produciendo así una total protección al perjudicado.

Es importante hacer una diferenciación entre el seguro de caución y el de daños. En el seguro de caución se viene a garantizar el cumplimiento de una obligación asumida por el tomador, pudiendo siempre el asegurador ejercitar la acción de reembolso frente al tomador mientras que en los seguros de daños el asegurador únicamente se limita a indemnizar los daños acaecidos, teniendo acción de reembolso

contra terceros responsables, pero no contra el asegurado. Quizás si la finalidad de la LOE era establecer una protección integral a los adquirentes podría también establecido la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil.

En cuanto a los elementos subjetivos o personales los mismos están comprendidos por la entidad aseguradora, el tomador y el asegurado.

En el establecimiento del seguro anual del art.19.1 de la LOE, el tomador tiene que ser el constructor, siendo los asegurados el promotor y los sucesivos adquirentes que se puedan producir.

En relación al seguro trienal, el promotor es el obligado a suscribirlo pudiendo pactar con el constructor que sea él el tomador por cuenta del promotor.

El seguro decenal como el anterior tiene que ser suscrito también por el promotor. Este seguro es el único que se extiende a todas las edificaciones del art. 2 de la LOE, están excluidos de su constitución: a) la administración pública que actúe como promotor, b) el autopromotor con la excepción que prevé la disposición adicional segunda de la LOE, c) los supuestos de inobservancia de normas sobre prevención de riesgos laborales y d) los casos de rehabilitación de viviendas cuya licencia de edificación fuera anterior a la LOE.

El último elemento es el temporal, aquí hay que destacar que la duración de esta clase de seguros está supeditada como mínimo a los plazos fijados en el art.17 y 19 de la LOE.

Por último, en el análisis de las pólizas realizadas por compañías de seguro también podemos destacar la existencia de cláusulas que excluyen o no una posible responsabilidad cruzada. Por responsabilidad cruzada debemos entender la cobertura que se produce sobre los daños que han producido los propios subcontratados. No hay que confundir esta responsabilidad cruzada con la responsabilidad civil que cubriría los daños que se causen a terceros por parte de la empresa o personal subcontratado.

VI. CUESTIONES PROCESALES

En los procedimientos relativos a defectos en el ámbito constructivo a nivel procesal pueden ocurrir una serie de acontecimientos que es necesario esclarecer partiendo de la legitimación activa para entablar ante los órganos jurisdiccionales una pretensión que se funde en algunas de las acciones destacadas en la LOE e incluso produciendo la incorporación al proceso de terceros, todo ello sin dejar de lado la acumulación de acciones que pueden producirse en un mismo proceso y las posteriores acciones de repetición que pueden ejercitarse contra sujetos responsables en los defectos del proceso constructivo.

Según el art.17 de la LOE se reconoce legitimación activa para interponer ante los tribunales una pretensión fundada en defectos constructivos a los propietarios y a los terceros adquirentes.

6.1 Legitimación activa

Por propietario debemos entender al dueño de la obra, al promotor que es propietario de la obra realizada. Él podrá dirigirse contra el resto de sujetos de la edificación con los que hubiera realizado un contrato de obra al producirse un defecto o un incumplimiento contractual.

Mientras que por terceros adquirentes podemos mencionar a aquellos que tienen un vínculo contractual con el promotor y a consecuencia del mismo adquieren una vivienda. Esta cuestión consideramos que es bastante problemática ya que deja fuera del ámbito de la legitimación a sujetos como los usufructuarios y los arrendatarios, posibilitando la extensión de legitimación por vía jurisprudencia como destaca la STS de 27 de diciembre de 2013 RJ 2014/1021 donde se le atribuye legitimación activa al arrendatario financiero incluso aunque este sea el propietario de la entidad leasing y la STS de 28 de febrero de 2014 RJ 2014/1160 que atribuye legitimación activa a las cooperativas, aunque posteriormente queden disueltas.

En la noción de terceros adquirentes se tiene que tener en cuenta que solo son objeto de transmisión las acciones de carácter real y no las que tienen un carácter personal por lo que el adquirente no adquirirá las mismas.

Una cuestión a determinar sería la relativa a esclarecer quien tiene legitimación activa en edificios sometidos a propiedad horizontal. No existe duda en cuanto a la legitimación del presidente siempre que exista un previo acuerdo de la junta de Propietarios como destaca la STS 622/2015 de 15 de noviembre de 2015. Jurisprudencialmente existe una diferenciación entre elementos comunes o privativos ya que conforme a la STS de 30 de abril de 2008 RJ 2008/2690 o la STS de 14 de fe-

brero de 2013 RJ 2014/1516, en el caso de elementos privativos sería necesaria una autorización expresa del propietario. Si no pueden separarse los elementos privativos de los comunes, el presidente también tendría legitimación si viene autorizado por la Junta de Propietarios.

También existen sentencias como la STS de 14 de marzo de 2018 RJ 2018/980 que atribuye legitimación a las Uniones Temporales de Empresas.

6.2 Acumulación de procesos. Acción de repetición

En este tipo de procesos es conveniente cuando sea posible lo que se conoce como acumulación de procesos para evitar que se puedan llegar a dictar sentencias contradictorias siempre que se cumplan los requisitos fijados en la LEC. Distinto a lo anterior es la acumulación de acciones. Tal y como se ha analizado anteriormente la LOE no prevé acción para reclamar daños de carácter personal o moral que puedan producirse por eso si se producen estos daños y se quieren reclamar es imprescindible junto a las acciones establecidas en la LOE acumular una acción de daños y perjuicios.

La LOE sí que establece la posibilidad de ejercitar una acción de repetición en el art.18. 2. Esta acción de repetición puede ser de dos clases: a) una que se produce cuando existiendo una responsabilidad solidaria, el sujeto de la edificación que ha soportado la responsabilidad repercute en el resto de sujetos responsables su parte respectiva y b) cuando se produce una responsabilidad por hecho ajeno fijada en el art. 17.5,6 y 7 de la LOE en relación a la responsabilidad del constructor, proyectista o director de obra que puede repercutir la misma sobre los sujetos dependientes que sean los culpables directos del defecto o daño producido. También en esta clase se puede incluir la acción de subrogación que tiene la aseguradora para que se le reembolse lo que ha pagado.

La jurisprudencia respecto a la acción de repetición o regreso en la STS de 29 de octubre de 2012 RJ 2013/2272 menciona que se debe de evitar una aplicación ipso iure del derecho de regreso, teniendo que darse una argumentación que justifique dicha acción.

La acción de repetición como establece la LOE tiene un plazo de prescripción de 2 años que empiezan a contarse desde que la senten-

cia que condene al que sea responsable a indemnizar los daños sea firme o si se hubiera producido una satisfacción extraprocesal a partir de la fecha en la que proceda la indemnización.

6.3 Intervención procesal. Litisconsorcio pasivo necesario

Se produce la intervención provocada en los casos en los que cualquiera de los agentes de la edificación demandados solicita que sea llamado al procedimiento a otro agente o sujeto que ha participado en la construcción. Esta circunstancia viene establecida en la Disposición adicional 7ª de la LOE³⁰.

Esta disposición adicional 7ª de la LOE debe de completarse con los dictados del art. 14.2 LEC.

La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieran, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos.»

La doctrina ha mencionado 3 hipótesis sobre la intervención provocada³¹.

En la primera, el llamado al proceso obtiene la condición de demandado pudiendo condenarlo o absolverlo la sentencia. Esta hipótesis es minoritaria en la doctrina³², sus defensores consideran que el objetivo de la Disposición Adicional 7ª de la LOE es ocasionar una acumulación forzosa y subjetiva de acciones.

En la segunda, el llamado no consigue la condición de demandado ya que la misma depende de la posición que adopte la parte actora. Por esta razón no se le puede condenar ni absorber si la parte actora no amplía la deman-

30 Disp. Adicional 7ª de la LOE: «Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso.

31 MILA RAJEL, R. «Comentarios a la Sentencia T.S de 26 de septiembre de 2012», *Cuadernos Civitas Jurisprudencia civil num.9*, 2013 pág. 113-135

32 ALMAGRO NOSETE, J. «Sobre la intervención provocada que admite la Disposición Adicional 7ª de la LOE», *Diario La Ley num.7982*, 2012 pág. 6



da al tercero. Esta hipótesis es la defendida por el T.S.³³.

La tercera hipótesis plantea una acumulación objetiva-subjetiva de acciones posibilitando que en un mismo proceso se ejercite la acción de repetición al tercero.

Hay que plantearse también la posibilidad de la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario. La jurisprudencia considera que no se da un litisconsorcio pasivo necesario cuando el origen de la responsabilidad solidaria es la norma, como en el caso del art.17.3 y 19 de la LOE, mientras que en el resto de circunstancias o casos si existiría cuando sea necesario que se produzcan ciertos pronunciamientos sobre el nexo o unión solidaria contra todos los participantes³⁴.

VII. CONCLUSIONES

Habiendo analizado en profundidad el dictado de la LOE en referencia a la responsabilidad civil de los agentes de la edificación, en relación a ello debemos destacar las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Sería más que interesante que la LOE estableciera de forma expresa la imperatividad de sus preceptos o de parte de los mis-

mos convirtiéndolos en normas de ius cogens ya que parece que la LOE fue dictada más que para proteger los derechos de los usuarios/perjudicados, para aquietar cierta incertidumbre de constructores y promotores.

De la naturaleza de la LOE, así como de la jurisprudencia se destaca una responsabilidad objetiva pero el propio texto contiene causas de exoneración de la responsabilidad como son los actos del perjudicado o incluso de terceros. Por ello entendemos, que la responsabilidad marcada en la LOE debe de ser de carácter cuasi-objetiva.

SEGUNDA.- En los art.9 a 15 de la LOE se destacan a los agentes de la edificación con sus respectivas obligaciones. Se echa en falta que la LOE adopte el establecimiento de algún tipo de sanciones o consecuencias ante el incumplimiento de tales obligaciones. Sanciones independientemente de la responsabilidad contractual, administrativa o penal que pueda establecerse o fijarse. Así como también consideramos pertinente que se establezca una relación entre el incumplimiento de obligaciones y la responsabilidad que ello conlleva, no fijando únicamente responsabilidad en el caso de defectos de construcción. Hay incumplimientos que también deben de obtener respuesta en la LOE como podría ser realizar un proyecto sin poseer el título acreditativo. En casos como esté el propio propietario debería de poder accionar contra el autor de dicho hecho sin tener en cuenta otro tipo de responsabilidad como la penal. Por ello debe de fijarse en la LOE dichas consecuencias al incumplimiento.

33 STS de 26 de septiembre de 2012 RJ 2012/9337, STS de 28 de junio de 2012 RJ 2012/8602, STS de 20 de diciembre de 2011 RJ 2011/7329, STS de 25 de enero de 2012 RJ 2012/1902 entre otras.

34 STS de 3 de noviembre de 1999 RJ 1999/9043

TERCERA.- Consideramos que existen deficiencias en el ámbito de la legitimación activa y pasiva para ejercitar las acciones LOE. En el ámbito de la legitimación activa se menciona solo a los propietarios y terceros adquirentes, pero no se dice nada respecto a los posibles arrendatarios o usufructuarios que pudieran existir. Respecto de este hecho sería conveniente una mayor amplitud para la legitimación activa y no depender como en el caso del art.1591 cc del desarrollo jurisprudencial.

Analizando la legitimación pasiva, el art.17 de la LOE destaca la responsabilidad del constructor y la posible acción de repetición que puede ejercitar contra sus dependientes. En este caso sería deseable una mayor concreción respecto de la figura del contratista en el ámbito de la responsabilidad.

También podemos destacar la ausencia de regulación que se produce en cuanto al autopromotor. La LOE equipara el promotor al autopromotor, pero sí que sería deseable que la ley estableciera una diferenciación, así como que también se diferenciara respecto a las distintas finalidades que puede buscar el autopromotor con la obra. Diferenciar únicamente respecto del establecimiento o no del seguro decenal es decir muy poco del autopromotor.

CUARTA.- Consideramos que se podría otorgar una protección integral al propietario y a terceros adquirentes si se adoptaran las siguientes medidas:

- Se ampliarán los plazos de garantía, estableciendo para los defectos de acabado el plazo de 2 años, para los defectos de habitabilidad, el plazo de 5 años y para los defectos de estructura, el plazo de 15 años.
- Se estableciera la responsabilidad solidaria de los entes públicos en el caso de que se realicen viviendas de protección pública de promoción privada.
- Abrir el ámbito de aplicación de la LOE permitiendo también la reclamación de daños personales derivados de defectos constructivos. Produciéndose también la derogación del apartado a) del art. 19.9 a) donde excluye que el seguro de daños se extienda a los daños personales o morales. No tiene sentido que se excluyan esta clase de daños cuando son producto de un proceso constructivo. Es cierto que los daños materiales en la construcción suelen ser los daños de mayor cuantía, pero ello no nos tiene que

hacer olvidar la existencia de daños personales y la necesidad de garantizarlos también.

- Que junto al seguro de daños o de caución se establezca un seguro de responsabilidad civil lo que produciría una plena cobertura al perjudicado/adquirente.

QUINTA.- El art.3 de la LOE destaca como unas de las finalidades de la ley, el bienestar de la sociedad, la seguridad de las personas y la protección al medio ambiente. Es necesario que una ley con más de 20 años de vigencia sea puesta al día sobre todo en materia de medioambiente, donde no se recogen obligaciones de forma expresa para los agentes que intervienen en el proceso constructivo en aras de la protección del medio ambiente, produciéndose un incumplimiento de la Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014.

SEXTA.- En el art.6.2 d) de la LOE es imperante que el legislador efectúe una mayor concreción. Este artículo hace referencia a un aspecto muy importante como es la recepción de la obra. En el caso de que la misma se produzca con reservas no quedando el promotor satisfecho, se puede fijar un nuevo plazo para subsanar el defecto dando la posibilidad de que de forma sucesiva se vayan produciendo el establecimiento de plazos con la finalidad de subsanar y poder dar un cumplimiento exacto al contrato. Creemos que sería importante establecer un plazo concreto o una limitación en los plazos para la subsanación y así poder evitar la reiteración que puede producirse en los plazos quedando insubsanada a perpetuo la recepción de la obra.

SEPTIMA.- Por último, debemos mencionar que en base a todo lo dispuesto anteriormente en esta obra, podemos decir que sería cuanto menos recomendable una puesta a punto de la LOE ya que desde su vigencia han pasado más de 20 años produciéndose únicamente reformas meramente estéticas. Todo ello sin perder las finalidades propias de la LOE como son el bienestar de la sociedad, la seguridad de las personas y la protección al medio ambiente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMAGRO NOSETE, J. «Sobre la intervención provocada que admite la Disposición Adicional 7ª de la LOE», *Diario La Ley num.7982*, 2012 pág. 6

ALMAGRO NOSETE, J. *Algunas cuestiones procesales. En Derecho de la edificación*, 2º Ed. Barcelona: Bosch, 2001, pág. 261

CARRASCO PERERA, A, «Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios. Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», *Revista Doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, 2008, pág. 5-6

CARRASCO PERERA, A. *Comentarios a la Ley de ordenación de la edificación*, 5ed. Pamplona, Aranzadi, 2011 pág. 614-615

CORBAL FERNANDEZ, J.E, *El tiempo en la responsabilidad por vicios o defectos en la edificación*, Ed. Barcelona, Bosch, 2001 pág. 339-43

ESTRUCH ESTRUCH, J. *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 4º Ed. Madrid, Civitas, 2011, pág. 538

FERNANDEZ ROMERO, F, J, *Responsabilidad del promotor frente al subcontratista en el contrato de obra. Textos Jurídicos*, ed. Sevilla, Hispalex, 2006, pág. 83

GARCIA LOPEZ, P. «Construcciones efectuadas en régimen de autopromoción individual en la Ley de ordenación de la edificación», *Boletín del colegio de registradores de España num.122*, 2006, pág. 355-70

IÑIGO FUSTER, A. *La responsabilidad civil del arquitecto e ingeniero proyectista en la edificación*, Ed. Barcelona, Bosch, 2007 pág. 61

MAESO CABALLERO, J. «Responsabilidad y solidaridad de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación», *Revista de Res-*

ponsabilidad civil, circulación y seguro num.10, 2004, pág. 16-24

MARTINEZ ESCRIBANO, C, *Responsabilidad y garantías de los agentes de la edificación*, 3 ed. Valladolid, Lex nova, 2007, pág. 181-9

MESA MARENO, C. «Incidencia del caso fortuito en la responsabilidad del promotor según la Ley de ordenación de la edificación», *Revista Aranzadi civil numero13*, 2001

MILA RAJEL, R. «Comentarios a la Sentencia T.S de 26 de septiembre de 2012», *Cuadernos Civitas Jurisprudencia civil num.9*, 2013 pág. 113-135

MONTES PENADES, V. L. *Derecho civil, Derecho de obligaciones y contratos*, ed. Valencia, Tirant lo blanc, 2001, pág. 147

OROZCO PARDO, G. «La responsabilidad civil de los técnicos: un ejemplo de tendencia unificadora», *Revista Aranzadi civil núm. 2/2006*, 2006

REVILLA TORRES, J.M, «La solidaridad impropia en el ámbito de la edificación. Situación pre y post LOE», *Revista de Derecho de la UNED NUM15*, 2014, pág. 493-520

ROCHA GARCIA, E; ARCO TORRES, M.A, *Ley de Ordenación de la edificación*, ed. Granada, Comares, Granada, 2007, pág. 83

SEIJAS QUINTANA, J.A. «Aplicación de la Ley de ordenación de la edificación y Jurisprudencia», *Estudios de derecho judicial nº 108 CGPJ*, 2006, pág. 25

Responsabilidad civil de las personas con diversidad intelectual

Yvonne Aguirre González
Abogada

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

1.1 BREVE INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

1.2 EVOLUCIÓN MODERNA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN ESPAÑA. EL NUEVO PARADIGMA

II. DE QUE HABLAMOS CUÁNDO HABLAMOS DE DISCAPACIDAD

2.1 DEFINICIÓN DE DISCAPACIDAD Y SUS DISTINTOS MaticES

2.2 LOS DISTINTOS ENFOQUES NORMATIVOS EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA

III. EVOLUCIÓN DE LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA RESPECTO A LA DISCAPACIDAD Y SU TRATAMIENTO EN LA R.C

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A) LA LEY 13/1982 DE 7 DE ABRIL

B) LA LEY 1/2013, DE 29 DE NOVIEMBRE

C) LEY 8/2021 DE 2 DE JULIO

3.2 EL ARTICULO 299 CC

IV. LA CULPA DE LA VÍCTIMA INIMPUTABLE EN LA JURISPRUDENCIA

V. DIFERENTES SOLUCIONES QUE ENCONTRAMOS EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA

5.1 EL CASO PORTUGUÉS

5.2 EL MÉTODO ALEMÁN

5.3 EL SISTEMA ITALIANO

VI. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

OTRAS FUENTES

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Breve introducción histórica

La capacidad de relación de los hombres no es sólo una ventaja evolutiva sino una característica definitoria de los mismos, es decir, está dentro de nuestra esencia misma, de nuestra enorme capacidad intersubjetiva que es lo que llamamos vida social y, por lo tanto, está íntimamente conectada con la génesis de la sociedad y, por ende, del Derecho.

Esta intersocialidad extrema lleva aparejada el concepto mismo de responsabilidad, en cuanto en tanto, la relación social/humana de cualquier tipo debe llevar aparejada una serie de reglas que transformen a ésta en la obligación de indemnizar por el daño sufrido

Así, la responsabilidad en general y la responsabilidad por actos ajenos no es un tema nuevo en el mundo del derecho. De hecho, se trata de una de las categorías jurídicas más antiguas que podemos encontrar.

El Código de Hammurabi que data de 1.750 años antes de Cristo, es casi en su totalidad un conjunto de normas sobre responsabilidad civil, con la estructura repetitiva de “si alguien hace algo...entonces recibirá tal o cual respuesta”. A lo largo de 282 artículos regula con detalle las relaciones entre arrendadores, el derecho matrimonial, los salarios de los artesanos, las normas de adopción, etc., pero también regula la responsabilidad civil, como por ejemplo el art. 232, que regula la responsabilidad en caso de que un arquitecto haga una casa que no resulte sólida y se derrumbe, lo que supondrá que éste vuelva a construir la casa a sus expensas. (y más le vale que el derrumbe no haya matado al propietario pues de ser así, según el artículo 229, el arquitecto correrá la misma suerte.)

El derecho romano ya es mucho más específico (y en general menos drástico!) y ya se puede reconocer una responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno.

En un el derecho arcaico todavía no estaba desligada de la responsabilidad general y se contemplaba como una responsabilidad objetiva¹, pudiendo imputarse tanto a los enajenados como a los menores. El infante y el loco eran responsables de los actos que hubieran come-

tido y respondían de ello sin importar su edad ni su grado de capacidad. Sin embargo, pronto se advirtió que para que existiera responsabilidad verdaderamente justa no era necesario solo la concurrencia de la *iniuria* y del *damnum*, sino que éste además debía realizarse en sus dos vertientes, la objetiva, es decir que el daño sea contrario a derecho, y la subjetiva, que atendía a que ese daño fuera causado median-do la culpa del causante. De este modo, podemos ver como se abandona la responsabilidad objetiva -usando terminología actual- y se adopta un sistema donde la culpa modula las consecuencias de los actos, con lo que, por ende, se limita un poco más la venganza privada². Se da paso a un derecho donde tanto el enajenado como el menor tienen una responsabilidad atenuada³

Según Cristina López Santos:

“El Derecho romano no se limitó a constatar la irresponsabilidad del loco y del menor de corta edad, sino que en ciertos casos reconoció la responsabilidad de las personas que tenían bajo su potestad a quien cometía el acto ilícito, atendiendo fundamentalmente a los vínculos familiares y a la edad concreta de ese menor.”⁴

La responsabilidad por acciones ajenas sobre el paterfamilias dio como resultado la implicación de este por los delitos cometidos por sus *alieni iuris*⁵ y generó una figura jurídica -*noxalidad*- que podía ejercitar el agraviado contra este. En estos casos el denunciante ejercía la *actio noxaliter* contra el paterfamilias y este podía elegir entre resarcir el daño o entregar al responsable a la víctima del daño. Lo importante aquí para nosotros es que esa responsabilidad no se hacía en virtud de la obligación de guarda y custodia, sino como una consecuencia lógica de la potestad, que también obligaba al sometido a entregar los posibles beneficios de un negocio, y en consecuencia dejaba sin posibilidad de compensación al sometido, ya que al

1 La Responsabilidad civil del menor por Cristina López Sánchez Editorial Dykinson, 2001 publicado en 2003. ISBN: 8481558664

2 Por paradójico que pueda resultar, la aplicación de la ley del Talión - que como hemos visto ya estaba en el código de Hammurabi- en realidad es un avance para la modulación de la versión anterior de la responsabilidad que atendía a la venganza privada sin limitaciones.

3 Gayo asimilaba el loco al infante; vid. Inst. 3, 109, «(...) infans et qui infanti proximus est non multum a furioso difert, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent»

4 Op.Cit. La responsabilidad Civil del menor. Ed. Dykinson

5 En derecho romano: en contraposición de *sui iuris*, significaba persona sometida al mandato ajeno.

no tener patrimonio no podían hacer frente a ninguna responsabilidad patrimonial.

Pero la verdadera innovación de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho romano viene representada por la *lex Aquilia*, de hecho, hoy se sigue denominando responsabilidad aquiliana a este tipo de obligación.

La *lex aquilia* es un plebiscito que se votó a propuesta del tribuno Aquilio aproximadamente en el S.III a.C. y que tenía como propósito llenar un vacío legal respecto al daño causado injustamente que en derecho romano denominaban "*damnum iniuria datum*", que hasta ese momento en las XII tablas solo se contemplaba para algunos daños determinados. Sin embargo, esta ley no configuraba un delito cometido por un inimputable (loco o infante) o si sucedía por fuerza mayor o fuera cometido con causa legítima, por ejemplo, defensa propia.

La mayor innovación de esta ley es dotar de un fundamento "subjetivo" a la responsabilidad civil alejándose de la vieja tradición de responsabilidad objetiva, y por otro lado inaugura una justificación racional de la imputación exigiendo que se haga con un título de culpabilidad/causalidad y dolo ⁶

Para resumir, podemos ver que el derecho Romano no realizó propiamente una teoría general de responsabilidad por hecho ajeno, sino más bien regula casos aislados, pudiendo interpretar -aquí hay divergencia de opiniones-, que representa el germen de la responsabilidad indirecta.

Para concluir este breve repaso sobre los precedentes de la responsabilidad por actos ajenos podemos ver la adaptación que en el año del señor de 1265 los juristas de Alfonso X el sabio realizaron sobre ella, concretamente cuando dicen:

«si fuesse menor de diez años e medio, estonce non le pueden acusar de ningún yerro que fiziesse. Esso mismo dezimos que seria del loco, o del furioso, o del desmemoriado, que non lo pueden acusar de coas que fiziesse mentra que le durare la locura. Pero no son sin culpa los parientes dellos, quando no les fazen guardar; de guisa que non pueden fazer mal a otri» (Partida VII, título I, Ley IX)⁷

6 AEDO BARRENA, Cristian. Los requisitos de la *lex aquilia*, con especial referencia al daño: lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero. *Ius et Praxis* [online]. 2009, vol.15, n.1, pp.311-337. ISSN 0718-0012.

7 Las Siete Partidas del rey don Alfonso El Sabio. Por

Esto lo razona y amplía en la misma partida VII, título IX Ley VIII:

«LEY VIII. :Quién puede facer deshonra.

Deshonra ó tuerto puede facer á otro todo home ó muger que hobiere de diez años et medio arriba⁸, porque tovieron los sabios antiguos que deste tiempo adelante debe haber cada uno entendimiento para entender si face deshonra á otro ó non, fueras ende si aquel que la ficiese fuese loco ó desmemoriado; ca estonce non seria tenuto de facer emienda de ninguna cosa que ficiese ó dixiese, porque non entiende lo que face mientras está en la locura. Pero los parientes mas cercanos que hobieren estos atales, ó los que los hobiesen en guarda, débenlos guardar de manera que non fagan tuerto nin deshonra á otro, asi como en muchas leyes deste libro diximos que lo deben facer: et si asi non lo ficiesen, bien se podrie facer demanda á ellos del tuerto que estos atales hobiesen fecho.»

Así vemos como en la legislación de la edad media, ya se incluían cláusulas de discriminación de la responsabilidad- inimputabilidad- y se establecía una protección para los niños hasta los diez años, así como de los "*locos ó desmemoriados*". A la vez, se establece una imputabilidad de sus familiares o cuidadores -*parientes más cercanos*- con lo que vemos ya tipificada la responsabilidad vicaria en el siglo XIII.

A partir de este momento en nuestro país ya se regula en mayor o menor medida este tipo de responsabilidad civil y penal hasta llegar a la época actual, que es precisamente el tema que nos ocupa en el siguiente punto

1.2 Evolución moderna de la responsabilidad civil en España. El nuevo paradigma.

Según el estudio histórico que realiza DIAZ ALABART ⁹ sobre la evolución de la responsabilidad civil de padres y guardadores en el código civil y penal desde 1821 hasta 1888 concluye que:

"Cabe observar la siguiente evolución hasta el sistema vigente en la actualidad: de una responsabilidad objetiva (como parecía ser

la Real Academia de La Historia. Madrid en la Imprenta Real 1807. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

8 Mayor de diez años. (n.t.)

9 "La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela" Silvia Díaz Alabart. *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 40, N.º 3, 1987, págs. 795-894. Pág. 819.

la contemplada en el artículo 28 del Proyecto de Código penal de 1821, y la del artículo 27 del Código penal de 1822) a una responsabilidad por culpa, y de una responsabilidad subsidiaria para padres y guardadores de los menores (como la establecida en el artículo 27 del Código penal de 1822, en el 16 del Código penal e 1848, y en el artículo 1901 (54) del Proyecto de Código civil de 1851) a una responsabilidad directa.”

Javier López y García de la Serrana, en su artículo “La Responsabilidad civil de las personas con discapacidad psíquica”¹⁰, explica de forma impecable la distinción entre un enfermo con capacidad para diferenciar el conocimiento de causación de perjuicio para ser declarado imputable civil, y en consecuencia responderá de los perjuicios ocasionados, de los enfermos en los que su enajenación es total, en cuyo caso no se le imputará responsabilidad alguna.

De esta manera podemos distinguir varias situaciones legales:

¹⁰ López y García de la Serrana, J. “La Responsabilidad civil de las personas con discapacidad psíquica”

1. El imputable civilmente

La doctrina mayoritaria parte de que el imputable civilmente responde con sus propios bienes de los daños causados (art. 1.902 CC), así como con los bienes de sus tutores o progenitores.

En este caso concreto, el incapaz natural imputable civilmente, además de su responsabilidad al ser el causante del daño, no será el único garante del resarcimiento del daño, ya que comparte la responsabilidad con el guardador de hecho, y en el caso de sustanciarse, por las opciones mencionadas, las responsabilidades de las partes serían solidarias.

2. El inimputable civilmente

El inimputable civilmente, tal y como hemos mencionado con anterioridad, no está obligado legalmente a indemnizar, pero ello puede dar lugar a situaciones injustas cuando sus tutores o familiares sean insolventes dejando a la víctima sin indemnización alguna. Sin que se le repare el daño causado.



Es por ello, que muchos autores defienden que, si bien el inimputable civil no debe indemnizar, sí que debería responder de los daños y perjuicios ocasionados siquiera de forma subsidiaria con la finalidad de proteger a la víctima a fin de que obtenga la reparación del daño que legalmente le corresponda, de conformidad con el art. 20.1 IICP 1973, art.32.3 Código Civil anterior, etc.

Otros autores se mantienen inmutables defendiendo la inimputabilidad, así como la inexigencia de responsabilidad patrimonial frente al daño originado, pese a que ello conlleve graves daños y perjuicios a un tercero. Defensor de esta actitud es el Jurista Albadalejo indicando que, en nuestro sistema jurídico español de responsabilidad por culpa, no cabe atribuir la responsabilidad al inimputable bajo ningún concepto. Equipara, así, el daño causado por el inimputable a una catástrofe natural.

3. El Quantum indemnizatorio en el supuesto de autor incapaz

En cuanto al importe de la indemnización que debe abonar el inimputable también es objeto de debate. Hay autores que indican que debe reducirse atendiendo a la graduación de la imputabilidad del autor, entre ellos los alemanes son los mayores defensores de esta tesis, sobre todo, cuando son los menores de edad los que provocan daños superiores a la acción cometida.

Nuestra legislación civil tiende a defender **el principio de reparación íntegra**, sin tener muy en cuenta la conducta y/o intencionalidad.

No obstante, sí que se tiene en cuenta la graduación de la cuantía a indemnizar dependiendo de la imputabilidad o no del incapaz, como autor del daño para exigir la responsabilidad civil. El actual enfoque del tema ha tenido el efecto de reducir el área de inimputabilidad, basándose en la nueva perspectiva que dota al incapaz de una mayor libertad de elección, pero como reverso de la moneda se amplía su responsabilidad, y en consecuencia la de sus tutores/curadores.

Observamos así que el enfoque del ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidad sufrió una alteración fundamental a raíz de la promulgación de la ley 8/2021 de 2 de junio (LAPDECJ)¹¹. Esta ley declara en su preámbulo:

¹¹ Ley de Apoyo a las Personas con Discapacidad en el ejercicio de su Capacidad Jurídica: Ley 8/2021 de 2 de julio por la que se reforma la legislación civil y procesal para

“La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.”

Es decir, el legislador ,con esta ley, realiza un esfuerzo por adaptar la norma a las lógicas exigencias del respeto a la dignidad de las personas, respeto que debe de tener una versión agravada y minuciosa para acoger los derechos de este colectivo, que por su propia naturaleza está más expuesto que ningún otro a la erosión de su dignidad y por consiguiente a la vulneración a sus más elementales derechos, empeorado por el frecuente hecho de que en ocasiones no pueden hacer valer sus prerrogativas por sí mismos.

Como vemos, la nueva ley sustituye la anterior versión de “capacidad modificada judicialmente” o “incapacitación” por un entorno donde la voluntad de la persona con diversidad adquiere un papel central en las decisiones que les afectan. Recordemos que técnicamente no existen discapacitados, ya que todas las personas poseen capacidades en mayor o menor medida y esta realidad, obviada durante muchos años por la sociedad y el legislador, es el motor que impulsa este cambio de perspectiva en la protección y tratamiento legal de las personas que conforman este colectivo, aunque a falta de una mejor y más precisa denominación, y en aras de una comunicación más efectiva, nos veremos obligados a utilizar este término en algunas partes de este estudio¹².

el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se publica en BOE N. 132 de 3 de junio de 2021.

¹² Dice Torres Costas, M.E. en su obra La capacidad Jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Na-

Según GARCIA RUBIO, M.P.¹³:

“el Proyecto de ley español no define la discapacidad ni a las personas con discapacidad. Esta falta de definición se hace de manera consciente, puesto que según la propia CDPD la discapacidad es un concepto social, que deriva del trato que las personas con deficiencias psíquicas, físicas o de otra índole reciben de su entorno. Se trata, por consiguiente, de un concepto dinámico que no admite una definición apriorística. No obstante, puesto que la reforma se dirige, principalmente, a asegurar la igualdad en el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de estas personas en la titularidad y el ejercicio de sus derechos, es evidente que su repercusión fundamental se produce con relación a quienes en los regímenes anteriores a la reforma han visto comprometida su capacidad de obrar, esto es, las personas con dificultades para tomar decisiones o para comprender el alcance de las que toman.”

No obstante, el objeto de este trabajo es la defensa de que ésta es la dirección adecuada y correcta en el tratamiento de este tema, adoptando el enfoque conveniente dentro de los valores y actuaciones que deben regir una sociedad moderna y comprometida con la dignidad de todos sus miembros, pero creemos que el camino no se ha recorrido por completo, ya que hemos avanzado en el respeto debido a la voluntad de las personas, pero no hemos adopta-

ciones Unidas sobre personas con discapacidad. año 2020. Ed. BOE: “Términos que pueden ser considerados discriminatorios o estigmatizantes como: «incapacitado», «incapaz», «presunto incapaz», «procedimiento de incapacitación», pero también la actual denominación del procedimiento de «modificación de la capacidad» -puesto que esta no se modifica- por la de «procedimiento de protección», etc., algo en lo que, en general, está de acuerdo la mayor parte de la doctrina. El

Instituto Bartolomé de las Casas propone incluso la sustitución del término «persona con discapacidad» por el de «persona que requiere apoyo», como término general y no referido exclusivamente a las personas con discapacidad. El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad presentado por la Sección Primera CGC dedica el apartado diez relativo a la modificación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, precisamente a la sustitución de términos y a lo largo de todo el anteproyecto elimina toda la terminología relativa a «incapaces», «incapacitados», etc., para sustituir estos términos por otros relativos a las personas con discapacidad. Pag 211.

13 García Rubio, M. P. en su artículo “Apuntes comparativos Hispanoportugueses sobre responsabilidad civil de las personas con discapacidad”. Catedrática de Derecho civil. Universidad de Santiago de Compostela. Orcid. org/0000-0002-9368-5066.

do las medida complementarias que acotarían la defensa integral de las consecuencias de sus acciones. En otras palabras, les damos el *derecho a equivocarse* pero no los protegemos de las posibles consecuencias de esos errores. Concretamente no existe una adecuada protección ante la responsabilidad civil de esas mismas personas a las que se les da el protagonismo para que adopten sus decisiones, y veremos el recorrido que tiene y ha tenido la llamada responsabilidad vicaria o la responsabilidad por hecho ajeno.

En este camino, intentaremos aclarar los requerimientos de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), como medio para conocer las circunstancias actuales sobre las que se asienta la cuestión y de este modo asentar las bases sobre las que construir nuestros argumentos. Esta tarea será relativamente fácil ya que, a pesar de lo reciente de la reforma existe ya una abundante literatura doctrinal que la acompaña, dando fe de la importancia que se concede a la misma.

En este proceso no podemos obviar la importancia de establecer una comparativa con las respuestas que otros sistemas socio/legales aportan a esta problemática ya que en este análisis encontraremos respuestas e ideas que bien pueden servir para reinterpretar nuestra legislación, o cuando menos para acentuar los puntos adecuados de la misma y arrojar luz sobre las partes que con su ayuda puedan ser revisadas.

No podemos obviar la importancia de hacer una “fotografía” previa de la situación y de enmarcar la casuística tan dispar que puede encontrarse en un mundo tan heterodoxo como es el estudio de la diversidad humana y su consiguiente categorización. Nos encontramos ante un entorno tan complejo que acoge desde casos de puro impedimento físico-una tetraplejía, que es incapacitante pero no resta un ápice la volición jurídica- hasta casos donde los sujetos no son capaces de realizar por sí mismos ninguna acción física y mucho menos están capacitados para integrarse por sí mismos en el tráfico jurídico.

Esta heterodoxia queda patente en la propia definición que hace la OMS de este colectivo:

“Son aquellas personas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con el entorno, encuentran diversas barre-

ras, que pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos”¹⁴

En la legislación española la definición equivalente la podemos encontrar en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo art. 4 define a las personas con discapacidad en los siguientes términos:

“1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.”

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”

Estas definiciones tan generales, basadas únicamente en las consecuencias y no en los orígenes que las propician, nos hace preguntarnos si hemos acotado convenientemente la enorme y poliédrica casuística que pretendemos abarcar, ya que en el planteamiento de la cuestión esta gran parte de la solución, pues como proclamó Sócrates, las preguntas son más importantes que las respuestas.

Si tenemos en cuenta que una de las funciones del derecho es la creación de un marco regulatorio general que incluya las diversas situaciones posibles, entenderemos fácilmente que en este caso, al igual que en otros muchos, la tarea no es sencilla y tal vez por ello la obligación del Legislador y de la sociedad en su conjunto es la de regular con precisión y cautela

este universo de situaciones, que afecta fundamentalmente a un colectivo dispar y heterogéneo, pero sobre todo frágil y desprotegido en la mayoría de ocasiones, y por ello digno de una especial atención tuitiva.

En este sentido, entiendo que el primer gran paso para abordar el estudio de la legislación que abarca a este colectivo debe ser precisamente la definición del mismo, es decir la respuesta a la pregunta: ¿de que hablamos cuándo hablamos de discapacidad?

II. ¿DE QUE HABLAMOS CUÁNDO HABLAMOS DE DISCAPACIDAD?

2.1 Definición de discapacidad y sus distintos matices

Nos parece conveniente llegados a este punto hacer una breve recapitulación sobre la identidad misma del colectivo al que nos estamos refiriendo, a la vez de una pequeña semblanza del tratamiento que en las codificaciones europeas ha dejado la actuación de los mismos, sobre todo en cuanto a las diferentes versiones de la responsabilidad civil y sus peculiaridades

Respecto a la cuestión de la definición del colectivo de la discapacidad hemos de convenir que no es una tarea simple, que como hemos visto, es generalmente solucionada por el legislador aludiendo a las consecuencias, es decir a la imposibilidad de interactuar en la sociedad de una manera equivalente a sus congéneres, sin tener en cuenta la causa de esas dificultades, o lo que es lo mismo, intentando realizar una actividad legislativa general para un grupo tan heterogéneo que a veces resuelve situaciones antitéticas.

Si nuestra tradición jurídica estuviera próxima a la Common Law inglesa, este enfoque posiblemente sería válido ya que dejaría en manos del estamento judicial la resolución de estas antinomias, pero en nuestra tradición positivista esa es una opción que no se contempla y, de hecho, en la gran mayoría de los grandes grupos de intervención normativa la tendencia es dar una respuesta pormenorizada, que se adapte lo más fielmente a las diversas situaciones posibles, y de esta manera dé respuestas más precisas y adecuadas a cada una de las posibles situaciones que pueden y pudieran plantearse.

14 Convención de la ONU, 2006, y Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, OMS, 2002

A modo de ejemplo podríamos imaginar que la legislación laboral solo tuviera como respuesta normativa el estatuto de los trabajadores, y la totalidad de las situaciones laborales fuesen interpretadas a la luz de ese texto. Esta situación otorgaría, como decimos, un gran margen de interpretación judicial ya que despreciaría todas las particularidades y matices laborales, y precisamente por ello el poder legislativo ha ido ampliando la regulación laboral hasta prácticamente el infinito. (En el año 2000 había más de 9.000 convenios colectivos. Hoy en día hay una cifra cercana a los 5.000 en España)¹⁵

Veamos pues algunos datos que nos ayuden a definir el panorama al que nos enfrentamos.

A grandes rasgos los datos de la discapacidad en España dibujan una realidad que afecta, en mayor o menor medida, prácticamente al 10% de la población.¹⁶

Este gráfico refleja su evolución

Personas de 6 y más años con discapacidad. Valor absoluto



(Datos en miles de personas)

15 Datos INE Estudio: Marta Martínez Matute Departamento de Fundamentos del Análisis Económico, Historia e Instituciones Económicas Universidad de Valladolid

<https://www.bing.com/ck/a?!&p=d0f26ea0fd68-2873JmItHM9MTY5MTk3MTIwMCZpZ3VpZD0wYTQ4N2IYiImYTVmLTU5MmItMjMwZi02OTNiZmJmNzY4OGemaW5zaWQ9NTM3NQ&ptn=3&hsh=3&fclid=0a487b5b-fa5f-692b-230f-693bfbf7688a&psq=estadistica+cuantos+convenios+sectoriales+hay+en+espa%c3%b1a+segun+el+ministerio+de+trabajo&u=a1aHR0cHM6Ly9pbmUuZXMv&ntb=1>

16 Cf. Para este estudio nos guiaremos fundamentalmente por la Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de dependencia (EDAD) que publica el INE, en el caso que nos ocupa la más reciente que es del año 2020 (aunque actualiza datos con fechas posteriores)

Podemos comprobar que la evolución es claramente creciente, tendencia que se mantiene prácticamente en todos los grupos de discapacidad.

No es este un estudio donde profundizar en estas peculiaridades, así que nos fijaremos únicamente en nuestro “colectivo objetivo”, que no es otro que las personas susceptibles de regulación de su capacidad de obrar, ya que como sabemos la capacidad jurídica de las personas es consustancial a las mismas y no admite ningún tipo de graduación.

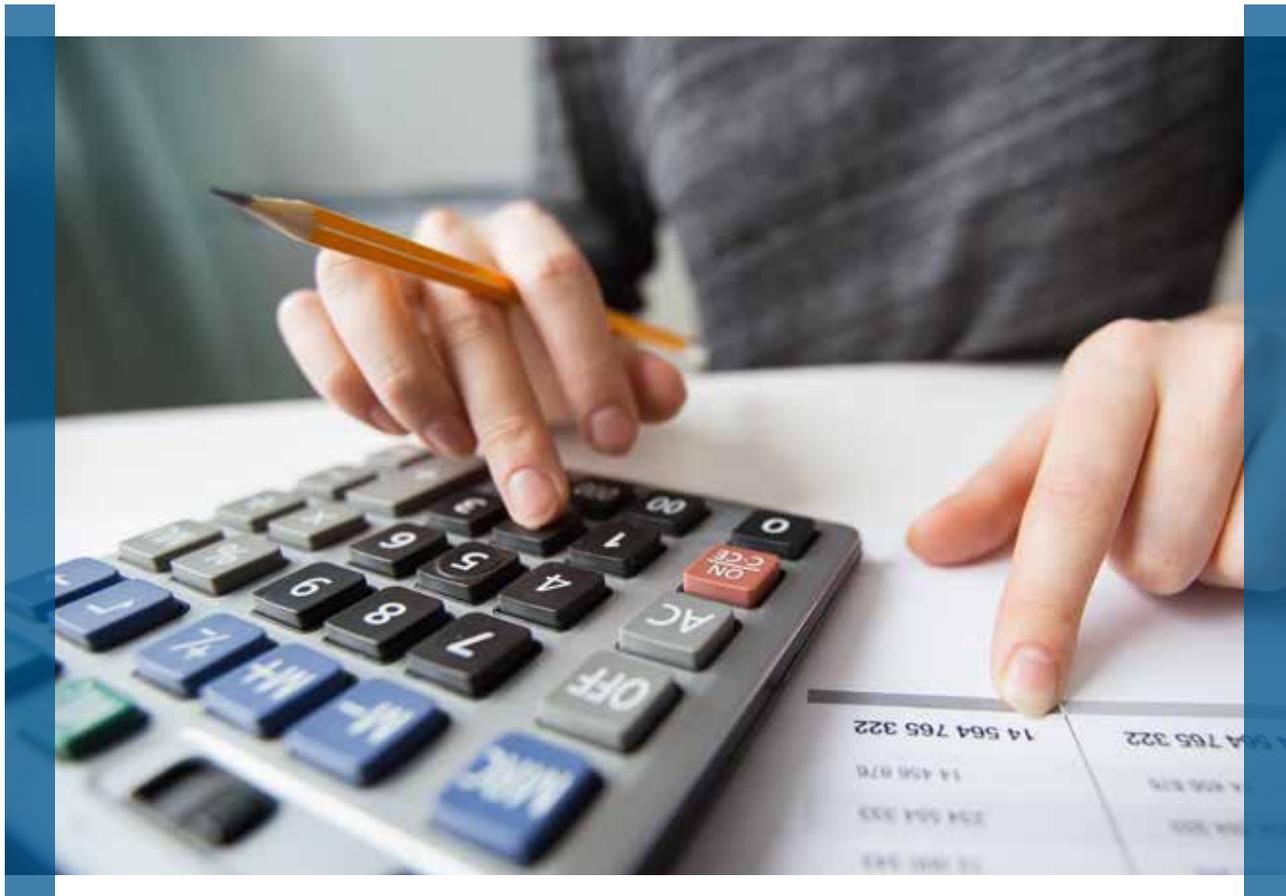
Hay que recordar que según la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 la reforma de la legislación civil y procesal en el ejercicio de su capacidad jurídica:

“Se refiere a la discapacidad que influye en la capacidad de autogobierno de la persona debido a la alteración intelectual que padece, impidiéndole la formación de una voluntad plenamente consciente y libre –pues la física o sensorial no afecta a dicha capacidad–, es decir a la discapacidad intelectual o psíquica producida tanto por factores genéticos, por lesiones prenatales, por problemas en el parto, por enfermedades infantiles, accidentes de tráfico o por diversos trastornos mentales como la depresión mayor, esquizofrenia o trastorno bipolar, entre otras.”¹⁷

La producción estadística no contempla específicamente este colectivo que queremos analizar, de hecho, ha sido imposible encontrar el número de personas sometidas a curatela o tutela en España (algo significativo respecto a la falta de concienciación institucional sobre el asunto), así que debemos aproximar sus contornos haciendo una trasposición de datos (cosa siempre arriesgada)¹⁸ y la cifra que obtenemos es de 55.280 personas, o lo que es lo mismo el 1,2% del total de discapacitados (aproximadamente)

17 SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A. “Consideraciones sobre la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad: de la incapacitación al apoyo”, REDUR 19, diciembre 2021, págs. 23-55. ISSN 1695-078X. <http://doi.org/10.18172/redur.5318>

18 Hemos realizado el cálculo cuantificando grupo de discapacidad total (3.420.000) la prevalencia de retraso mental profundo (1,05 por mil) y demencia (0,23 por mil) que figuran el censo del año 2000 y lo hemos aplicado a los datos de 2020 (4.361.000 en total), ya que en esta encuesta no figuran esas categorías (imaginamos que en aras de la “corrección política”)



Cierto es que con nuestro tosco mecanismo de cálculo hemos dejado fuera todas las personas que podrían estar en el grupo de incapacitados por otras causas (ej. Alzheimer o demencia senil), pero no es objeto de este trabajo tanto su cuantificación exacta cuanto la de acotar su contorno aproximado que nos dé una idea de la escala del problema.

En definitiva, para no ser iterativo nos haremos eco de las palabras de DÍAZ ALABART, S.,¹⁹ que entiende que *“homogeneizar el tratamiento jurídico de una y otras discapacidades puede provocar distorsiones, y sobre todo falta de adecuación de ese tratamiento a las peculiaridades de algún tipo concreto de discapacidad”*, realidad que se hace patente si analizamos la corriente jurisprudencial cuyo recorrido está plagado, por las razones que aludimos, de una gran cantidad peculiaridades y excepciones.

¹⁹ Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal, en “La voluntad de la persona protegida. Oportunidades riesgos y salvaguardias”, (Dir. Pereña Vicente, M.) Dykinson, Madrid, 2019, pp. 163 a 197, en concreto en la p. 167.

Como podemos ver, la definición del asunto es, en sí misma, un tema complejo y exigente, pero la dificultad aumenta cuando ampliamos nuestro campo de análisis para abarcar las situaciones equivalentes en las diferentes codificaciones de la UE.

2.2. Los distintos enfoques normativos en la legislación europea

Como hemos dicho la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de 2006, entro en vigor el 3 de mayo de 2008, después de ser ratificada por el vigésimo país. Para 2017 la convención había sido firmada por 140 países, pero eso no ha hecho que se reduzcan las amplias diferencias nacionales a la hora de definir la discapacidad. Algunos países han adoptado un enfoque totalmente social, mientras que otros se centran casi exclusivamente en los aspectos médico-asistenciales, existiendo, por supuesto algunas posiciones intermedias²⁰. Estas diferencias se ven reflejadas en los dife-

²⁰ Informe European disability policy. European Parliamentary Research Service Author Marie Lecerf ISBN 978-92-846-1155-3

rentes corpus jurídicos europeos, si bien hay algunos marcos jurídicos que sirven de referencia para otras legislaciones, como por ejemplo el caso alemán, cuya definición de discapacidad aparece en el libro 9 del Código Social Alemán (SGB IX) y entró en vigor el 1 de julio de 2001:

“Una persona está «discapacitada» cuando sus funciones corporales, capacidades o salud mentales se desvían, durante más de seis meses, de la condición típica de una edad determinada, de modo que la participación en la sociedad se ve afectada”²¹

En España la definición figuraba en la ley 13/1982 de integración social de Personas con Discapacidad (LISMI), pero otros estados miembros, como Bélgica, la República Checa, Dinamarca, Grecia, Polonia, Eslovaquia y el Reino Unido ni siquiera tienen un marco jurídico general para la definición de discapacidad²²

Toda esa disparidad en el tratamiento de la discapacidad no puede sino generar una disimilitud equivalente en el tratamiento de la responsabilidad civil y la responsabilidad por hecho ajeno en la codificación de los distintos países, lo que genera una diversidad de modelos europeos de lo que en derecho anglosajón se denomina “liability for others” (responsabilidad por otros).

Para completar el encaje de las personas con “discapacidad psíquica” y su relación con la culpa deberíamos ver con algo más de detalle el intento de unificación doctrinal que fue presentado en Viena en mayo de 2005 por el European Group on Tort Law (Grupo Europeo sobre derecho de daños), el cual mencionaremos con frecuencia en las páginas posteriores.

Este grupo presentó lo que se llamó Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL)²³, que no tienen fuerza ejecutiva, pues como vemos cada país realiza su propia versión normativa sobre el asunto, pero que tienen importancia como inspirador de las legislaciones europeas sobre este tema, y de hecho podemos encontrar su impronta en la legisla-

ción nacional y europea, así como en el desarrollo de las actuaciones judiciales de los diversos países. Podríamos decir que sirve como principio conductor para jueces y legisladores europeos.

El artículo 4:101 PETL establece la definición de la culpa²⁴ y el 4:102 establece el estándar de conducta exigible indicando que es el que pudiera tener una “*persona razonable que se halle en las mismas circunstancias (...)*” y en el punto segundo aclara:

“(2) El estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla.”

Después de estas definiciones dedica un capítulo (el 6) a la “Liability for others” (responsabilidad por otros) y, con la intención de ser lo más exhaustivos posible (a pesar de tener tan solo dos artículos), describen la responsabilidad de los menores y los discapacitados basada en la culpa presunta (Art. 6:101 PETL):

“La persona que tiene a su cargo otra persona que es menor o sufre discapacidad psíquica responde por el daño causado por esa otra persona a menos que demuestre que ella misma cumplió con el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión.”

y contempla la responsabilidad de los auxiliares (art. 6:102) cuando dice:

“(1) Una persona responde por el daño causado por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de conducta exigible.”

A pesar de la claridad de estos fundamentos como era de esperar la legislación europea sobre la responsabilidad civil del colectivo de discapacitados refleja una enorme gama de casos y matices, abarcando desde la inimputabilidad hasta la culpa objetiva de los curadores/tutores.

Así que en el esfuerzo por desbrozar esa jungla podemos agrupar las diferentes codificaciones en tres grandes modelos de regulación

21 artículo 2, apartado 1, del SGB IX (traducción propia)

22 Óp. Cit. Informe European disability policy. European Parliamentary Research Service

23 <http://www.egtl.org/PETLspanish.html#:~:text=Principios%20de%20derecho%20europeo%20de%20la%20responsabilidad%20civil>

24 Art. 4:101. Culpa: Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible.

siguiendo la clasificación que expone Miguel Martín Casals ²⁵:

- A. El primer grupo se caracteriza por la ausencia de regla específica que ligue la responsabilidad de los padres/curadores a los hechos de sus hijos/representados. Hay que aclarar que la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos aplican las mismas reglas y criterios para la representación paterna y la curatela o tutela de discapacitados psíquicos.²⁶

En este primer grupo de regulaciones no se trata tan solo de que la víctima del daño causado debe probar la culpa de los padres/curadores, sino que este modelo se caracteriza por carecer de una regla general que establezca la responsabilidad de estos, de manera que la guarda y custodia no lleva aparejada la responsabilidad civil por los daños que causaren los representados, y solamente, llegado el caso, los tutores solamente responderán por hecho propio (es decir, no por hecho ajeno) que resultaría de la falta de vigilancia o la vigilancia negligente de los mismos, quedando fuera de esta fórmula, por las razones que aducimos la responsabilidad por hecho ajeno.

Este modelo se da en varios países, pero en Europa lo encontramos en Inglaterra, donde la responsabilidad es únicamente por hecho propio, por no actuar en el caso concreto para prevenir el daño. ²⁷ Además, en este caso, los tribunales suelen aplicar criterios limitativos de la responsabilidad como aplicar el criterio más favorable a los cuidadores para limitar su compromiso con la culpa “in vigilando”, o tener en cuenta si conocían la participación de su pupilo en las actividades ilícitas que dieran origen a la responsabilidad civil, como atenuante de la misma.

²⁵ Cf. La responsabilidad por hecho ajeno en los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” (PETL) Miquel Martín-Casals - Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Girona. © Copyright 2023, vLex

²⁶ En su Comentario, los Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad Civil (PETL) consideran que “[N]o existe ninguna razón de política jurídica o de tipo práctico para tratar de modo distinto las personas que tienen a su cargo menores y las que tienen a su cargo discapacitados psíquicos. MORÉTEAU, Comentario al Capítulo 6 PETL, p. 114, nm. 3.

²⁷ Cf. Ken OLIPHANT, Children as Tortfeasors under the Law of England and Wales, en Miquel MARTÍN-CASALS (Ed.), Children in Tort Law. Part I: Children as Tortfeasors, Wien / New York, Springer, 2006, p. 161, nm. 31.

En definitiva, el Derecho Ingles es reacio a la imposición de reproche jurídico por responsabilidad por hecho ajeno, lo que no deja de ser paradójico en un sistema tan “paternalista” como el inglés, que se construye sobre unas bases normativas difusas (Common Law) y otorga una gran importancia a los juicios en equidad lo que equivale someterse a una de una figura de autoridad.

- B. El segundo modelo, y el más común, es en el que se imputa la responsabilidad por culpa por los hechos ajenos, aunque como veremos esta versión tiene diferentes variantes en función de la carga de la prueba, que puede asignarse a los curadores o no, o lo que es lo mismo, si estos pueden exonerarse de su responsabilidad probando su actuación diligente o no.

Esta modalidad la podemos encontrar en varios países, entre los que se encuentran Alemania, Austria, Bélgica, Italia, Portugal, la república Checa y Suecia, y por supuesto también en España.

En Austria y Suecia la culpa no se presume y la carga de la prueba corresponde al demandante.

A sensu contrario, la culpa se presume iuris tantum en Alemania (§ 832 BGB), Bélgica (art. 1345.5 CC), Portugal (Art. 491 CC), República Checa (arts.420 a 422 OZ), y con menos claridad, aunque siguiendo la misma línea en Italia (art. 2047 y 2048 C.C.)²⁸

En el caso español como sabemos el tema está incluido en el art. 1903 CC que concretamente dice:

“La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

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

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

Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios

causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella

(...)

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”

Como podemos ver en nuestra legislación existe la posibilidad de exonerarse de la carga probando una actuación diligente de “buen padre de familia”. Esta característica de la inversión de la carga de la prueba es, un elemento axial en este modelo, pues lleva aparejada la situación opuesta, donde los curadores no puedan probar en la práctica una buena praxis de comportamiento diligente y por lo tanto entramos de lleno en lo que venimos denominando responsabilidad vicaria. Esta situación es más probable en la estructura normativa italiana y, sobre todo, en la española, donde se requiere una actividad culposa del menor o incapacitado (objetivamente negligente) y ésta se traslada a los padres/curadores prescindiendo de toda consideración de la intervención de estos en la misma, aduciendo una culpa in vigilando o in eligendo como mecanismo jurídico para trasponer la responsabilidad, lo cual no deja de ser incoherente con el nuevo enfoque sobre el tema, que precisamente disminuye la intervención de las instituciones de apoyo o representación, en favor de la autonomía y capacidad de decisión de las personas con discapacidad. Con certeza, parece realmente pobre como único argumento jurídico de transmisión de la culpa, ya que aplica un sencillo mecanismo de imputación a una enorme tipología de casos, muchos de ellos con cuestionable rigor²⁹. De este modo, como veremos, la modificación principal de nuestro Código Civil derivada de la reforma de la ley 8/2021(LAPDECJ) y la que activa este mecanismo de conexión axiológica se plas-

29 Dice Eugenio Llamas Pombo: “Por ello, venimos sosteniendo que el ordenamiento viene a decir al responsable: prepárese, porque va a soportar la obligación de reparar un daño que ha provocado otra persona, y no porque la ley lo diga, sino porque existe la presunción de que Vd. no ha sido suficientemente diligente cuando «eligió» o mientras «vigiló» o «educó» a esa persona, y por tanto su conducta merece un reproche jurídico. Vamos, además de responsable es Vd. un negligente. Todo con tal de encajar, aunque sea a martillazos, cualquier imputación de responsabilidad civil dentro del dogma de la responsabilidad por culpa”

ma en el art. 297, que tendrá un análisis pormenorizado más adelante.

- C. El tercer agrupamiento siguiendo esta clasificación en función de la sistematización de la imputación por culpa ajena, es el que corresponde al modelo que propugna la responsabilidad objetiva de los responsables, que es el modelo francés por excelencia.³⁰

El paso hacia un modelo de responsabilidad objetiva de los padres (y curadores) se dio en una sentencia dictada por el Cour de Cassation el 19 de febrero de 1997. Hasta entonces la jurisprudencia francesa había sido más parecida a las que analizamos en el segundo grupo, es decir, un sistema de “culpa presunta” que se desarrolla asignando un papel activo a la falta de negligencia como eximente de la culpa.

El caso en cuestión (el arrêt Bertrand) analizaba la actuación de un menor de 12 años que irrumpió con su bicicleta en una carretera principal y causó un choque en el que

Práctica de Derecho de Daños, N.º 149, octubre de 2021, Editorial Wolters Kluwer

30 Laurence FRANCOZ TERMINAL/ Fabien LAFAY / Olivier MORÉTEAU / Caroline PELLERIN-RUGLIANO, *Children as Tortfeasors under French Law*, ibidem, p. 193 y ss., nm. 94 y ss.



se vio involucrado un ciclomotor. El conductor de la motocicleta interpuso una reclamación por daños contra el padre y su compañía de seguros. El tribunal de instancia condenó al padre y este interpuso un recurso de apelación alegando que el tribunal no había valorado si este había infringido o no su deber de vigilancia sobre el menor, y por lo tanto o había podido invertir la presunción de culpa que pesaba sobre él.

La Court de Cassation resolvió, desmarcándose de la corriente jurisprudencial vigente hasta ese momento, que la cuestión de si el padre había sido negligente o no en la custodia de su hijo, era irrelevante y concluyó que: “sólo la fuerza mayor o la culpa de la víctima podían exonerar al Sr. J. C. Bertrand de la responsabilidad objetiva (responsabilité de plein droit) en la que había incurrido como consecuencia de los daños causados por el hijo menor que vivía en su compañía”³¹.

Esto, como vemos, abrió la puerta a la responsabilidad objetiva de los padres (y por analogía de los curadores) y la jurisdic-

cia francesa no dudó entrar por ese camino y a la postre determinó una verdadera responsabilidad objetiva de ellos en sentencias posteriores, donde la Court de Cassation sostuvo que esta *responsabilité de plein droit* de los padres por el daño causado por los hijos menores, no estaba “subordinada a la existencia de una *faute* del menor” (segunda cámara de la Court de Cassation, 10 mayo 2001), esto es, ignora completamente si el comportamiento del menor/discapacitado, es negligente o no, quedando el daño como prácticamente único parámetro de la gradación de la culpa.

La segunda cámara de la Court de Cassation lo volvió a dejar meridianamente claro en otra sentencia de julio de 2003 donde declaró que la responsabilidad de los padres a tenor del art. 1384.4 C.C. “no se halla subordinada a la existencia de un acto *faute* del menor”³².

De este modo podemos ver que la interpretación judicial francesa ignora por completo la culpa como presupuesto de responsabilidad de los padres, e incluso, también de la de los hijos, por lo que este sistema de “culpa objetiva” se parecería más a la responsabilidad de los poseedores de animales o de los responsables de mercancías o instalaciones peligrosas, pues ignorar la actuación diligente o culpable de los protagonistas y sus responsables, los sitúa en los mismos términos que una mascota o una mercancía peligrosa, realizando su emplazamiento judicial solamente como una fuente de riesgo, y una vez producido este, ignorar toda modulación o grado de responsabilidad, cosificando así a los menores o discapacitados.

Existen múltiples razones para rechazar esta responsabilidad objetiva, entre ellas destacan las de carácter ético, por ejemplo, la mutilación de la propia responsabilidad de los menores o discapacitados, que en muchas ocasiones deberían asumir el fruto sus propios errores como parte de su aprendizaje responsable y equilibrado, cosa que no casa con la imputación directa a sus cuidadores. Recordemos que, en la legislación española, ese es uno de los paradigmas que impulsan la reforma plasmada en la ley

31 Cf. Cass. Civ. 2ème, 19 février 1997: Bull. civ., II, No. 56; D. 1997, 265, note Jourdain; D. 1997, somm., 290 obs. D. Mazeaud; J.C.P. G 1997, II, 22848, concl. Kessous, note Viney; Resp. civ. et assur. 1997, chron., 9 par Leduc; Gaz. Pal. 1997, 2, 572, note Chabas; Dr. fam 1997, No.83 note Murat,

(Ire espèce); Petites Affiches 29 octobre 1997 note Galliou-Scanvion Apud. Miquel Martín-Casals. La responsabilidad por hecho ajeno en los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” (PETL). Pag.7/26

32 Op. Cit Martin Casals, M.



8/2021, siguiendo los dictados de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad

Resulta curioso el caso de la codificación holandesa, pues en el intento de resolver esas contradicciones en su tratamiento de la responsabilidad civil, parece que mezcla de todos los modelos que acabamos de mencionar, utilizando como vector de diferenciación la edad de los hijos.

La legislación holandesa ha intentado conciliar las contradicciones que se derivan de los intereses contrapuestos entre padres e hijos introduciendo en su código civil una gradación por edades. Así, la responsabilidad será objetiva para los padres de menores de 14 años (aunque no se trata propiamente de un caso de responsabilidad objetiva pues se limita a que la actuación del menor sea fruto de un ilícito) y entre los 14 y 16 años se aplica un régimen que podíamos denominar de culpa presunta, donde para que exista responsabilidad de los padres es necesario que el menor haya incurrido en culpa, pero hay una inversión de la carga de

la prueba, ya que una vez demostrado ésta serán los padres los que deberán demostrar su conducta diligente. Y entre los 16 y 18 años no se fija ningún régimen específico de responsabilidad paterna, de modo que se aplica la presunción de inocencia para estos, lo que significa que resulta responsable el menor.³³

Podemos comprobar la caótica situación de este tema en las diversas legislaciones nacionales, comprobando que la española ha hecho un esfuerzo mayor que otras por adaptar su codificación a las modernas exigencias de la dignidad del colectivo, aunque ese camino no ha sido todo lo liso que podíamos imaginar como veremos en el siguiente punto.

III. EVOLUCIÓN DE LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA RESPECTO A LA DISCAPACIDAD Y SU TRATAMIENTO EN LA R.C.

Antes del cambio de paradigma en el tratamiento jurídico de la discapacidad (ley 8/2021)

33 arts. 6:164 y 6:160 BW



la doctrina jurisprudencial ya apuntaba en algunos casos en la misma dirección basándose en la interpretación restrictiva de la privación de los derechos fundamentales y en la aplicación del convenio de Nueva York. Así podemos extraer varios conceptos en este sentido de la STS EDJ 2015/187094 STS (CIVIL) DE 20 OCTUBRE DE 2015:

“Se citan las sentencias del Tribunal Supremo de 29 abril 2009 y 24 junio 2013, que sostienen el criterio restrictivo que debe imperar en las limitaciones de los derechos fundamentales y comporta, adoptando la medida que sea más favorable al interés del incapaz, evitando una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, **que tenga en cuenta de forma fundamental la importancia que para las personas con discapacidad revisite su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto del ámbito personal y familiar, que le permita sobrevivir independiente para cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los errores jurídicos y administrativos**, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando que se dé una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la convención. Procede instaurar los **apoyos** personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a efectos de proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiendo el ejercicio de la capacidad obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12 de la convención.”

En esta misma sentencia el alto tribunal también introduce un tema axial en el tratamiento de esta materia:

“La justificación de la citada doctrina la ofrece la STS de 29 de septiembre de 2009 (Rc. 1259/2006), de Pleno, que reitera la de 11 de octubre de 2012 (Rc. 617/2012), que en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmado en Nueva York el 13 de diciembre 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, señala lo siguiente: “ la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio.

Es por ello por lo que no se puede regular sin concretar el caso concreto y tampoco se debe regular de forma rígida la situación legal del discapacitado.”

Vemos, pues, que ya antes de la intervención del legislador con la ley 8/2021, la actividad jurisprudencial ya anticipaba el camino a seguir, que a su vez es una consecuencia lógica del encauzamiento normativo iniciado por la convención de Nueva York, y al cambio de modelo que debe acompañar en una sociedad moderna para el tratamiento equitativo de un colectivo humano, que, no lo olvidemos, necesita una especial consideración para conservar sus derechos y sobre todo su dignidad, que en innumerables ocasiones en la historia ha sido vulnerada por el único motivo de pertenecer a un grupo humano diferente y con dificultades para defender sus libertades.

En este trabajo, como vemos, nos enfrentamos a un problema con múltiples facetas legales, humanas, sociales, ... pero sobre todo estamos ante la aplicación de una de las primeras funciones que debe cumplir el derecho, que es la tuitiva, que, siguiendo la definición de la RAE, significa *el que guarda, ampara y defiende*. Para entender la situación actual de esta materia me parece relevante hacer una breve recapitulación de los antecedentes históricos que nos han traído hasta aquí, para después entrar en más detalle en la evolución legislativa que deriva en la situación actual, analizando la vigente legislación para definir su ámbito y virtudes y, en su caso posibles áreas de mejora, sobre todo en el concreto caso del papel del curador y su posible responsabilidad civil.

3.1. Antecedentes históricos

No entraremos en este trabajo en la evolución remota de la historia de la relación de nuestra sociedad con la discapacidad, que como podemos imaginar, es larga y en muchos casos penosa. Basta para el propósito que nos ocupa, con hacer un repaso del tema desde la instauración democrática hasta hoy, periodo de grandes cambios e importantes iniciativas que han permitido la evolución jurídica y social del tratamiento de esta realidad.

a) La Ley 13/1982 de 7 de abril

La primera ley que trata esta cuestión es la ley 13/1982 de 7 de abril, Ley de Integración Social de Personas con Discapacidad, que ha fue conocida como coloquialmente como “LISMI”.

Esta ley, que entró en vigor el 20 de mayo de 1982, pretendía según su artículo primero desarrollar los derechos que recoge el artículo 49 de la Constitución Española reconociendo “en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias.”

Como metáfora del cambio operado por la sociedad y el legislador en este tema bastara con leer el artículo dos, que habla literalmente de “derechos del deficiente mental”, terminología que hoy en día provocaría, con razón, airadas protestas y consecuencias negativas para el redactor de la ley.³⁴

No obstante, el espíritu de la ley inaugura un cambio de perspectiva y una ambición de

cuidado para este colectivo de “minusválidos” (sic) a los que define como “toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia”. En este texto el legislador se compromete a presentar en las Cortes Generales un Proyecto de Ley en el que “se fijarán los principios y normas básicas de ordenación y coordinación en materia de prevención de las minusvalías. “, sin perjuicio de la elaboración de un Plan Nacional de Prevención de las Minusvalías que se presentará igualmente las Cortes Generales y de cuyo desarrollo se informará anualmente³⁵. Pero estas beatíficas intenciones no se ven refrendadas por la realidad, ya que el I Plan Nacional para el Bienestar Saluda-

“subnormal” a un discapacitado era políticamente correcto en España. <https://www.elindependiente.com/politica/2020/09/17/cuando-llamar-subnormal-a-un-discapacitado-era-politicamente-correcto-en-espana/>

³⁵ Art. 9 Ley 13/1982 de 7 de abril, Ley de Integración Social de Personas con Discapacidad,

³⁴ Ejemplo artículo periodístico: Cuando llamar



ble de las Personas con Discapacidad se establece en el marco de la agenda 2030 para el periodo 2022-2026 (es decir, cuarenta años después)³⁶

Esta ley incluye un catálogo de prestaciones sociales y económicas (Título V), de rehabilitación (título VI), de integración laboral (título VII), de los servicios sociales (título VIII) y otros aspectos como la movilidad, pero no entra en un tema clave como es la incapacidad y sistema tutelar de las “personas deficientes” (sic), aunque sí que afirma en sus disposiciones finales (concretamente en la primera) que en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la ley el Gobierno someterá a las Cortes un proyecto de ley que modifique los títulos IX y X del Libro I del Vigente código civil (en ese momento) en “relación con la incapacidad y sistema tutelar de las personas deficientes.” (siento volver sobre el tema, pero hoy en día, esa denominación se consideraría un insulto, aunque para contextualizar el periodo, debemos pensar que el texto está firmado por Leopoldo Calvo-Sotelo como presidente hace más de 40 años)

En esta ley vemos reflejado el enfoque inicial del tratamiento legal que la sociedad otorgaba a este colectivo, enfoque que sufre múltiples variaciones a medida que la sociedad, y por consiguiente el legislador, va adoptando nuevos puntos de vista que se sustancian en un tratamiento cada vez más justo y lógico de la realidad de la discapacidad. Así, vemos como en septiembre de 1994³⁷, se modifican aspectos de la cotización a la seguridad social de este colectivo, en enero de 2002 se modifica el artículo 38.1 para que en empresas públicas y privadas de más de 50 trabajadores deba emplearse al menos un 2% de trabajadores minusválidos, aunque esta obligación puede ser eximida de forma parcial o total a través de los acuerdos de negociación colectiva de ámbito nacional o en su defecto de ámbito inferior, o en su caso por voluntad del empresario- eso sí, debidamente comunicada a la autoridad laboral- por lo que la supuesta reforma quedó “descafeinada” en su propia génesis.

La siguiente reforma importante fue la del artículo 37 en la Ley 62/2003³⁸, donde el legis-

lador se centra en la aplicación del principio de igualdad en la política de empleo para trabajadores con discapacidad, con la definición de la discriminación directa e indirecta³⁹

En los años 2008 y 2009 se siguen produciendo reformas relativas a la revalorización de pensiones y prestaciones sociales, pero el hecho más relevante, que a la postre va a cambiar todo el panorama legislativo sobre esta cuestión, se publicó en el BOE 096 de 21/04/2008 donde el Estado Español ratifica **la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad** que se celebró en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

La ratificación de España de esta convención inicia, como veremos, un camino de transformación de nuestra legislación sobre la discapacidad que no culminará hasta la promulgación de la citada ley 8/2021 que ha supuesto una auténtica revolución en el paradigma normativo español ya que las personas con diversidad pasan de ser *objeto* de derecho a *sujeto* de derecho, con todo lo que ello conlleva.

El motor de este cambio debemos buscarlo sobre todo en el art. 12 de esta Convención que dice literalmente:

Artículo 12

“Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

y del orden social.

³⁶ https://www.mdsocialesa2030.gob.es/eu/derechos/sociales/discapacidad/docs/Plan_Bienestar_Saludable_PcDdef.pdf

³⁷ Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social

³⁸ Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas

³⁹ “Existirá discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima” Ley 62/2003.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”

A la luz de esta nueva legislación- recordemos que los tratados válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno⁴⁰- las leyes posteriores deben cumplir los dictados que allí se proclaman, lo que da lugar a nuevas y profundas transformaciones que se plasman en la reforma de la ley que nos ocupa por la ley 26/2011⁴¹, para acabar su vigencia siendo derogada globalmente por el R. D. Legislativo 1/2013 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.

b) La ley 1/2013, de 29 de noviembre

Esta ley según su disposición derogatoria única refunde y deroga las siguientes leyes:

- a. La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad.

40 Artículo 96 Constitución Española de 1978.

41 Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Donde se modifica el art. 57.1 relativo a la construcción de viviendas adaptadas.

- b. La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- c. La Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

El objeto de esta normativa según su propio texto es:

- a. Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.
- b. Establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Vemos que esta ley supone un avance en el tratamiento de la diversidad ya que se detallan con mayor profundidad medidas de fomento y defensa de este colectivo, incorporando prestaciones sociales y económicas, de protección de la salud, atención integral, educación, derecho a una vida independiente, accesibilidad, derecho al trabajo y a la participación en asuntos públicos, e incluso arbitra un régimen de sanciones e infracciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad.

Sin embargo, esta ley ignora un punto importante como es una regulación más favorable de los cargos tuitivos, ya que mantiene preeminencia de la figura de la tutela frente a la curatela (como veremos más adelante) omisión que dará , precisamente la razón de la reforma que se produce en la ley 8/2021 para completar el

cumplimiento estricto del texto de La Convención de Nueva York (sobre todo en su artículo 12 y su tratamiento de la capacidad jurídica de los discapacitados, como veíamos anteriormente)

c) Ley 8/2021 de 2 de julio ⁴²

Esta ley ha sido toda una revolución en el sistema jurídico, modificando el enfoque del ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidad realizando una alteración fundamental a raíz de su promulgación el 2 de junio de 2021. Esta ley declara en su preámbulo: *“La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.”*

Es decir, el legislador, con esta ley, realiza un esfuerzo por adaptar la norma a las lógicas exigencias del respeto a la dignidad de las personas, respeto que debe de tener una versión agravada y minuciosa para acoger los derechos de este colectivo, que por su propia naturaleza está más expuesto que ningún otro a la erosión de su dignidad y por consiguiente a la vulneración a sus más elementales derechos, agravado por el frecuente hecho de que en ocasiones no pueden hacer valer sus prerrogativas por sí mismos.

Como vemos, la nueva ley sustituye la anterior versión de “capacidad modificada judicialmente” o “incapacitación” por un entorno donde la voluntad de la persona con diversidad adquiere un papel central en las decisiones que les afectan. Recordemos que técnicamente no

⁴² **Ley de Apoyo a las Personas con Discapacidad en el ejercicio de su Capacidad Jurídica:** Ley 8/2021 de 2 de julio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se publica en BOE N. 132 de 3 de junio de 2021.

existen discapacitados, ya que todas las personas poseen capacidades en mayor o menor medida y esta realidad, obviada durante muchos años por la sociedad y el legislador, es el motor que impulsa este cambio de perspectiva en la protección y tratamiento legal de las personas que conforman este colectivo.

3.2. El Artículo 299 del Código Civil

La nueva redacción del este artículo es la piedra de toque del modelo que podemos denominar de “plena responsabilidad” que propugna la nueva ley 8/2021 de 2 de junio y su texto íntegro reza:

“La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI de Libro Cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables”.

La consecuencia de la reforma de la ley 8/21 en nuestro CC es la aparición de este artículo redactado de esta manera tan criptica.

Realmente podemos preguntarnos si era necesario esta modificación por parte del legislador, ya que, por un lado, remite a la codificación tradicional de las obligaciones que nacen de la culpa o la negligencia (artículos 1902-1910) y en la segunda parte hace una enigmática referencia a “otros posibles responsables”, que, a su vez, nos lleva a un necesario trabajo de exégesis para su interpretación.

La idea central de esta nueva interpretación reside, como hemos visto, en la intención de que los discapacitados asuman la responsabilidad por los “daños causados” en función de la nueva perspectiva que pretende dar la responsabilidad sobre sus propios asuntos, lo que era contrario a la jurisprudencia anterior a esta ley ⁴³. Desde ese punto de vista, la redacción de este artículo no hace sino remarcar ese cambio, cosa que podemos entender como una consecuencia lógica del cambio de paradigma.

Sin embargo, como vemos, la redacción de este nuevo artículo no supone un cambio radi-

⁴³ Apud. op. Cit. Eugenio Llamas Pombo: SAP Barcelona 11 octubre 2012 (Rec. 717/2011) afirma que «la existencia de enfermedades, también las psíquicas, es algo inevitable para el ser humano. Si un daño deriva directamente de una enfermedad participa del grado de inevitabilidad que afecta a la propia dolencia». Y la SAP Málaga 19 enero 2017 (Rec. 378/2014) proclama que «no puede exigirse responsabilidad a quien causa un daño debido, únicamente,

cal como se podía suponer de su propio planteamiento-al menos en el punto que nos ocupasino más bien un simple recordatorio de que la situación de la responsabilidad de las personas con discapacidad ha cambiado su enfoque. Pero, entonces podemos preguntarnos: ¿a quién se refiere cuando habla de “otros posibles responsables?”

Según leemos en el art. 1903 CC la única otra responsabilidad extracontractual que se puede apreciar es la del curador en el caso que nos ocupa ⁴⁴, así que ¿por qué menciona el art. 299CC “otros” posibles responsables?, ¿Quiénes son?

Responde a esto Llamas Pombo⁴⁵ diciendo:

“En consecuencia, la referencia a esos «otros posibles responsables» hay que entenderla referida a todos ellos, es decir, no sólo al curador, sino también a los designados voluntariamente, al guardador de hecho y al defensor judicial. Y, además, fuera de toda idea de *numerus clausus*, todos aquellos otros que, por hecho propio, iha-yan podido contribuir causalmente a la producción del daño; pero para esto no haría falta que lo señale el art. 299, pues ya queda bastante claro en el art. 1902 CC.”

Además de la resolución de este enigma, el art. 299 CC plantea también una antinomia en su mismo seno, pues en su redacción presente, mediante su vinculación al art. 1903 CC ⁴⁶ (y también al 61 LORPM⁴⁷), la responsabilidad por hecho ajeno que dibuja es de carácter directo, solidario o subsidiario, esto es, cualquier persona que se determine como responsable puede ser demandada de manera directa por los daños causados por las personas a las que representan - sin que ello libere de responsabilidad a

a una enfermedad que padece y de la cual no es responsable en ningún grado».

44 Art. 1903 CC:

La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. (...)

Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien prestan apoyo, siempre que convivan con ella. (...)

45 Eugenio Llamas Pombo Op. Cit. La responsabilidad civil de las personas con discapacidad.

46 Art. 1902 CC: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

47 Art.61.3 L.O. Responsabilidad Penal del Menor:” Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un me-

las mismas- y además lo deben hacer con inversión de la carga de la prueba- deben demostrar que no han sido negligentes- todo lo cual es incompatible con la misma responsabilidad por hecho ajeno que describe el art. 120 CP.

La responsabilidad por hecho ajeno en su versión penal tiene carácter subsidiario, es decir, solo tiene lugar en caso de que se demuestre la insolvencia del condenado por el delito y además en este caso no existe inversión de la carga de la prueba.⁴⁸

Este problema, conocido por el legislador ⁴⁹ le ha obligado a modificar también el código penal al albur del nuevo enfoque de la ley 8/2021, como reconoce en la exposición de motivos:

«para mantener la coherencia del sistema, la reforma hace también necesaria la modificación de dos preceptos del Código Penal en materia de responsabilidad civil derivada del ilícito penal cuando dicha responsabilidad recae sobre persona distinta del autor del hecho delictivo, y la disposición adicional primera para adaptarla a la nueva regu-

nor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.”

48 Art. 118.1.1 CP: “En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal, quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables.”

49 Según Díaz Alabart explica: “Siendo así que solamente hay una responsabilidad civil, la primera pregunta a hacerse es el porqué de la existencia de una doble regulación de la materia en nuestro ordenamiento jurídico.

La razón es histórica. Durante el período codificador español, desde el célebre *desiderátum* recogido en el artículo 258 de la Constitución de 1812: «El Código civil y criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la monarquía...», hasta 1889, fecha de promulgación de nuestro Código civil, fueron muchos e infructuosos los intentos de codificar la legislación civil. En cambio, la codificación de la legislación penal siguió caminos muy diferentes, pues ya en 1822 se promulgó el primer Código de esa materia. Ello explica seguramente que la responsabilidad civil por daños derivados de delitos o faltas se contemplara en textos legales penales, en lugar de regular toda la responsabilidad civil (sin que importe que los daños a resarcir los causara un ilícito penal o civil), en el código civil, como ocurre en casi todas las legislaciones europeas”. **La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela.** Silvia Díaz Alabart. Anuario de derecho civil, ISSN 0210-301X, Vol. 40, N.º 3, 1987, págs. 795-894:

lación. Se aprovecha la reforma para corregir el error que implicaba la referencia a los imputables».

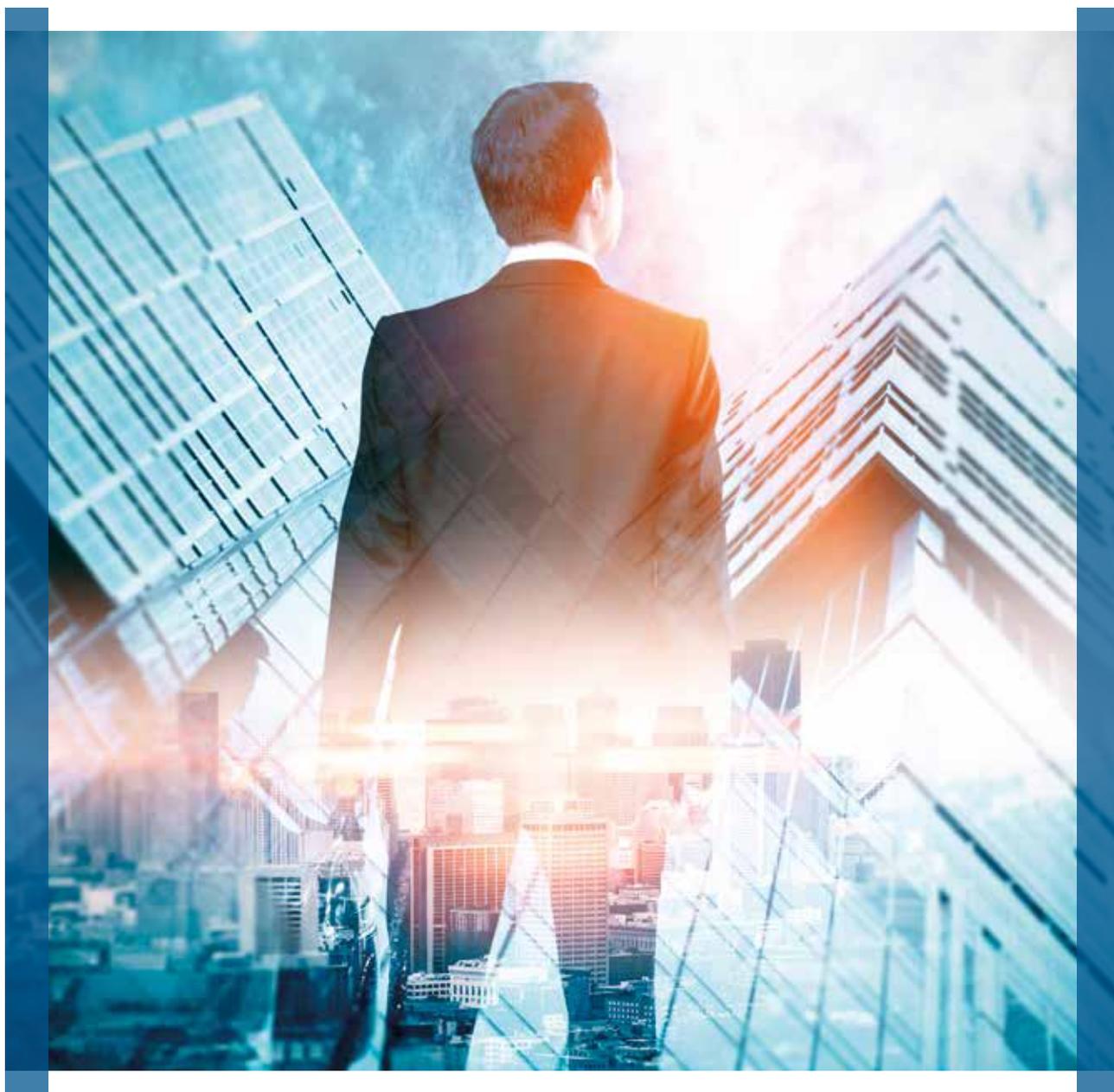
El problema es que la nueva reforma no soluciona el asunto y nuestra legislación sigue manteniendo esa disfunción que representan dos visiones diferentes sobre una misma realidad jurídica, y se mantiene el establecimiento de consecuencias “civiles” establecidas por el Código Penal que tienen un tratamiento diferente de las propias consecuencias “civiles” establecidas por el Código Civil

La comisión General de Codificación (CGC) que redactó el anteproyecto de ley que originó

la ley 8/2021 ya era consciente de la debilidad de esta reforma. Según escribe Torres Costas ⁵⁰:

“la CGC comisionada para establecer una nueva regulación de la discapacidad adaptada a la Convención de Nueva York actuó con prudencia y prefirió no alterar las vetustas reglas contenidas en los artículos 1902 y siguientes, en espera de una futura modernización global de las mismas, sin duda, muy necesaria “

50 Torres Costas M.E, op. Cit. La capacidad Jurídica a la luz del art. 12 de la Convención De la Naciones Unidas Sobre la Discapacidad. 2020. Ed. BOE. Pág. 327.



Y continúa con una anotación que dice:

“Efectivamente, el informe consultivo emitido por el Consejo Fiscal considera que el precepto debiera ubicarse no en el Libro I del CC, sino en el Capítulo II del Título XVI del Libro IV, al tratarse de una regla de responsabilidad civil extracontractual. García Rubio, 2018-I:192, llama la atención sobre el hecho de que el artículo 489-2 del Code civil francés también se encuentra situado entre las normas destinadas a la protección jurídica de los mayores”

Las implicaciones ontológicas de este problema nos llevarían más allá de los límites de este texto, así pues, baste decir que el legislador ha perdido una oportunidad de unificar este “sistema dual” que tenemos en la actualidad y, evidentemente se ha quedado muy corto con la redacción de este artículo 299 CC y la mencionada modificación de los artículos del código Penal.

María Dolores Moreno Marín, Profesora Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba, indica en su trabajo “nueva visión crítica” que la Nueva redacción de la Ley lo que pretende es que las personas con discapacidad tengan más autonomía en su vida diaria.⁵¹

En nuestra opinión ,como hemos dicho anteriormente, esta vía de “empoderamiento” -si se me permite la expresión- de las personas con discapacidad es correcta y permite esa mayor libertad, pero no responde con el mismo criterio a la nueva responsabilidad que emerge de esa nueva visión, lo que coloca en riesgo sobre todo la responsabilidad patrimonial del curador.

Tomás Rubio Garrido, Profesor de la Universidad de Sevilla¹, no ve sino una gran complicación la modificación de “persona incapacitada” por la persona que precisa medidas “de apoyo”, dado que hay que describir perfectamente en qué consisten, como si de cláusulas generales se tratara.

Sin duda, la fórmula legal abierta realizada por Doña Marta López Valverde⁵², en su artículo sobre “la nueva visión de la incapacidad” indica que la reforma normativa conlleva algunas ventajas: poder abordar problemas objetivos que, de forma científica, no entran en el cuadro tradicional de la demencia (toxicomanías; ludopa-

tías; trastornos alimentarios graves, psicopatías en conexión con redes sociales, *fashion-victims*, etc.). Pero también evidencia riesgos graves: no se determina de forma exacta qué se ha de entender por persona que requiere medidas de apoyo, con cauces muy holgados de auto provisión y/o de tránsito a través de la jurisdicción voluntaria. Riesgos que hacen palidecer si se observa atentamente en cómo fueron utilizadas, en algunos ordenamientos con pulsiones totalitarias, diferentes cláusulas generales en esta materia.

Doña Marta López Valverde (2021) opina que desde el siglo XIX el art. 1.902 del Código Civil ha sido la base jurídica para resolver los supuestos que acontecían conforme a la realidad social, actualmente también ha de ser acorde a la realidad fáctica de las personas con discapacidad y obtener todos los recursos para que el Derecho de Daños reconozca a la persona con diversidad en igualdad de condiciones con las demás.

El Derecho de Daños y el Derecho de la Discapacidad han de fundirse para ofrecer conjuntamente a las personas con diversidad todas las garantías, recursos, mecanismos y fundamentos jurídicos que necesiten para que sean personas con igualdad de oportunidades, sin discriminación, con participación e inclusiones plenas y efectivas en la sociedad, con el ejercicio pleno de TODOS sus derechos.

De forma colateral, me parece discutible la equiparación, bajo la mencionada cláusula general, de personas que tienen problemas de autogobierno con aquellas que sencillamente pueden precisar ayuda para expresar su libre voluntad en actos concretos (ciego, sordo, en su caso, entendidos en términos funcionales, etc.). Tengo el temor que, de manera ingenua, se hayan mezclado churras con merinas, en un extremo que siempre cuidadosamente separaron todos los legisladores históricos. A mi juicio, aun en contra de los pronunciamientos de la ley, la praxis deberá seguir enfocando esta materia desde la óptica estricta de las circunstancias que inciden en el autogobierno personal libre de manera estable o duradera.

Coincido plenamente con Doña Esperanza Alcaín Martínez⁵³, Profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Granada y Patrona de la Fundación Derecho y Discapacidad, cuando indica que desde el siglo XIX el art. 1.902 del Có-

51 Moreno Marín, M.D. Diario La Ley, Nº 10107, Sección Tribuna, 11 de Julio de 2022, Wolters Kluwer ,LA LEY 6496/2022.

52 Marta López Valverde , en su artículo sobre “la nueva visión de la incapacidad “

53 Alcaín Martínez.E. “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el derecho de

digo Civil ha sido la base jurídica para dar respuesta a los supuestos que se iban planteando conforme a la realidad social, actualmente también ha de responder a la realidad de las personas con discapacidad y desplegar todos los recursos para que el Derecho de Daños incorpore a la persona con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Para ello el Derecho de Daños y el Derecho de la Discapacidad han de conectar para ofrecer conjuntamente a las personas con discapa-

daños y el derecho de la discapacidad”.

cidad todas las garantías, recursos, mecanismos y argumentos jurídicos necesarios para que sean sujetos de pleno derecho conforme a los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación, participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, autonomía personal, accesibilidad universal y el respeto de la dignidad inherente, incluida la libertad de tomar la propias decisiones.

En conclusión, creo que es positiva la creación del Capítulo VI con la rúbrica “Responsabilidad por daños causados a otros” porque sitúa a la persona con discapacidad en el marco del



Derecho de Daños, como un sujeto más, al que habrá que aplicar las normas, los criterios jurisprudenciales, y la doctrina que de forma continua se van elaborando con cada caso en concreto, aunque falte por recorrer, como decimos, una parte del camino.

En la propia Exposición de Motivos de la Ley queda expresamente reflejada esta concepción cuando indica :“la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad, lo que ha de conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno.”

Tal es la línea seguida, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de octubre de 2012 (15), en la que un señor se precipitó desde un edificio de 9 plantas sobre el local almacén sito en los bajos del inmueble ocasionando daños en la cubierta y altillo de dicho local-almacén. Su propietaria, reclama el coste de la reparación valorada en 6.815,42 euros.

En este caso, el factor principal es la cordura del imputado, pues es cierto que el hombre saltó desde el techo de un edificio de nueve pisos, pero lo hizo debido a un brote de la enfermedad mental que padecía: “esquizofrenia paranoide”.

La resolución estipula que “el Art. 1902 CC impone el deber de responsabilidad por los daños causados por una persona a otra “por culpa o negligencia”.

Por lo tanto, la ley exige que el daño haya ocurrido por negligencia y aunque ahora existe una tendencia para objetivar la responsabilidad, todavía existe el requisito legal de que si se prueba que el daño ocurrió sin su participación entonces se debe satisfacer cualquier reclamación. Se desestimó.

En definitiva, la responsabilidad por negligencia requiere que el autor del daño sea negligente, es decir, capaz de actuar con diligencia.

Esta capacidad sólo la poseen personas que pueden comprender que su comportamiento puede causar daño y ajustar su comportamiento en consecuencia a este conocimiento.



IV. LA CULPA DE LA VÍCTIMA INIMPUTABLE EN LA JURISPRUDENCIA.

La tesis que defiendo en este trabajo es, como ya he dicho, que la reforma actual es un gran paso en la adecuación del trato a este colectivo, pero como vemos hay determinados aspectos que pueden ser mejorados. Estas áreas de mejora, de las cuales hemos mencionado alguna en el trascurso de este trabajo, exigen diferentes niveles de dificultad para su resolución. Por ejemplo, la reforma de la disfunción que comentábamos anteriormente -el problema de la doble versión de la responsabilidad civil y penal- requiere un enorme grado de esfuerzo, ya que como si se tratara de un cesto de cerezas (si se me permite la metáfora), cuando sacamos una vemos que lleva aparejada otra diferente que a su vez arrastra otra más... En mi caso, y en el del reformador de la ley, es muy posible que acabe con todo el cesto.

Sin embargo, hay otras reformas que no implican una dificultad de semejante calado y podrían resultar claves para determinadas situaciones en las que se ve implicada la responsabilidad civil por hecho ajeno y la consiguiente indemnización por la misma.

Un ejemplo claro de ello es la derivación de la responsabilidad por acciones del discapacitado/menor que acaben con una importante erosión del patrimonio del curador/tutor (o incluso en algunos casos de la institución tutelar o centro de servicios de discapacitados)

Estamos hablando de un caso específico en el cual los tutores y curadores se ven abocados a grandes problemas económicos, cuando habiendo demostrado ausencia de culpa o negligencia, no obstante, son responsables y acaban asumiendo las consecuencias que las pueden llevar a tener graves problemas económicos.

En otras áreas de la responsabilidad civil quizá con más importancia numérica o visibilidad social, como por ejemplo tráfico, empleo, accidentes laborales, etc., el estado asume el abono de las indemnizaciones a estos terceros que han sufrido el perjuicio dotándoles de una protección o garantía que no existe en los casos que estamos analizando. Por si ello no fuera suficiente agravio comparativo, las aseguradoras atienden todo tipo de responsabilidad civil-incluso la de una mascota- pero no hay ningún seguro específico para la responsabilidad proveniente de un discapacitado.

Incluso la empresa vinculada a la ONCE-Illunion- que se autodenomina como seguros para

personas con discapacidad, carece de ese tipo de aseguramiento, mientras tiene uno específico para cubrir la responsabilidad civil y daños de personas que utilizan una silla de ruedas, pero nada para ocasiones fuera de esta circunstancia o para personas que no las utilicen, es decir, se parece más a un seguro de responsabilidad civil de tráfico.

Todo esto propicia una situación de riesgo sobre ciertas personas, sobre todo para aquellas personas con poca capacidad económica a las que se les sitúa al filo del abismo por el mero hecho de ser tutores o curadores de terceros. (recordemos que muchas veces lo hacen voluntariamente cuando no obligados por la relación de parentesco).

La Jurisprudencia sobre la culpa de la víctima inimputable encierra en si misma una "contradictio in terminis" ya que se trata de determinar la culpa de alguien a quien por definición no se puede culpar. El supremo se resiste a declarar culpa exclusiva de la víctima, así en una sentencia del STS de 1 de febrero de 1989, donde un niño es atropellado por irrumpir inesperadamente en la calzada, el alto tribunal declara que no existe culpa de la víctima y se atribuye una actitud culposa al conductor, lo cual parece una interpretación cuando menos curiosa.

Siguiendo el mismo camino en una sentencia del 8 de noviembre de 1995, sobre la responsabilidad de un niño que se amputa un brazo con una máquina cosechadora autopropulsada, el tribunal afirma que no se puede declarar la culpa exclusiva de la víctima porque "a los niños de cuatro años nunca se les puede declarar culpables de sus propios daños", de modo que se declara culpable al propietario de la máquina.

Este mismo patrón podemos ver en el caso de un menor de quince años "imprudente e irreflexivo" que, para recoger una bola perdida en un partido de pelota, salta por un murete en vez de utilizar el pasillo que estaba cercano, y como consecuencia sufre un accidente, siendo declarado en concurrencia de culpa el ayuntamiento que había organizado el evento. (STS 28 mayo de 1981).

Pero si hay una sentencia que reconoce la irresolubilidad de este problema es la STS de 14 de febrero de 2000. En este caso una alumna de un colegio sufre graves heridas cuando intenta suicidarse arrojándose desde una ventana del aula y estableciendo la culpa del colegio, diciendo la propia sentencia que si hubiera sido mayor de edad no se hubiera apreciado la culpa de la institución.

Vemos pues que no existe una fácil resolución de este oxímoron, pues para evitar que el menor/incapacitado se quede sin indemnización se crea artificialmente una derivación hacia un agente que en muchas ocasiones no incurre en ninguna culpa.

Esta teoría de "desviación" que desnaturaliza la culpa exclusiva de la víctima tiene como consecuencia en muchos casos la reparación defectuosa del daño ya que en estos casos de inimputables (incapaces de culpa civil) la jurisprudencia suele admitir una reducción del *quantum* indemnizatorio basándose en esta transferencia artificial de la culpa, intentando conciliar la sobreprotección del menor y el derecho de los afectados a recibir una compensación por el daño.

Podíamos preguntarnos por los motivos reales de esta conducta aparentemente errática, pero en mi opinión tiene mucho que ver con la anuencia del juzgador para imputar todas las consecuencias de esos actos a los inimputables y su consecuente traslación de responsabilidades patrimoniales a sus tutores/curadores, en el entendimiento de la creación de una posible carga injusta y muchas veces inasumible para estos, lo que les obliga a seguir un camino ciertamente paradójico. Es, posiblemente, el amparo estatal de esta responsabilidad lo que evitaría esos titubeos del poder judicial y garantizaría con mayor eficacia los derechos de todas las partes.

Las soluciones "*de lege ferenda*" que se han propuesto en este campo se pueden dividir en dos grupos. La primera solución propuesta sería la plena objetivación de la responsabilidad civil (como hemos visto en la jurisprudencia francesa), aunque este camino, ciertamente, parece extrema y nos llevaría a la desaparición de la responsabilidad subjetiva, con lo que la culpa dejaría de tener la relevancia que tiene actualmente como título de imputación y el riesgo como título de atribución, con lo que únicamente quedaría la producción del daño como sustantivador de la causa. Este sistema recuerda ciertamente a la aplicación del criterio de los pueblos primitivos que veíamos en los antecedentes históricos.

Otra vía de solución, más razonable y moderna consistiría en aplicar un mecanismo de solidaridad social que en palabras de ⁵⁴María Medina que no "individualice en el agente dañado su responsabilidad en consonancia con el art. 11.2 de la Ley del Protección jurídica del Menor."

Este mecanismo según Medina Crespo, M⁵⁵. no es otro que la instauración de un seguro obligatorio de responsabilidad civil que deberían contratar aquellos agentes dañados que desplieguen actividades específicas de riesgo, de manera que actuase como protector de la responsabilidad del agente dañoso y a la vez, como seguro de accidentes en aquellos casos en los que los daños sufridos por los menores/incapacitados no dieran lugar a la responsabilidad del del agente dañoso responsable en consonancia con lo dispuesto en el artículo 11.2 de la LPJM ⁵⁶

daño extracontractual". Medina Alcoz, M. Editorial Dykinson. Año 2012. Pags 321-323

⁵⁵ Ver Medina Alcoz op cit. "la culpa de la víctima..." nota 143: "En este sentido, Medina Crespo, M. (Responsabilidad civil..., cit., p. 149) afirma que la clave es que «si se considera progresivamente justo que la víctima auto causante sea resarcida [...] la solución ha de hallarse extramuros de la responsabilidad civil, insertándola en un seguro obligatorio que garantice esta restauración». También dice PROENÇA, J. C. B. (ob. cit., pp. 555-556) que la tutela que requieren los menores encuentra un apoyo importante en la existencia del mecanismo del seguro, como forma de diluir el posible exceso de una responsabilidad individual."

⁵⁶ Art. 11.2 LPJM: Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores:

- a. La supremacía de su interés superior.
- b. El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional.
- c. Su integración familiar y social.
- d. La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.
- e. La sensibilización de la población ante situaciones de desprotección.
- f. El carácter educativo de todas las medidas que se adopten.
- g. La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social.
- h. La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten.
- i. La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso.
- j. La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia.
- k. La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas.
- l. El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual.

⁵⁴ Ver "La culpa de la víctima en la producción del

(ley de protección Jurídica del menor)”⁵⁷

La implantación de este seguro equipararía esta área con otras actividades generadoras de riesgos específicos como automóviles, ferrocarriles, parques de atracciones, teleféricos, piscinas públicas, etc.

En palabras de Medina Alcoz:

“Se trata de una perspectiva de “iure condendo” que, en principio, parece trastocar los fundamentos del sistema, pero, en la medida en que, confirmado el criterio de la irresponsabilidad del agente, se introdujera la obligación del asegurador, como cobertura de accidentes, se daría una solución cualitativamente idéntica a la aportada por la legislación para los accidentes laborales, insertándose dentro del más amplio Derecho de daños” ⁵⁸

Pero esta solución en nuestra opinión es de solo teórica, ya que obliga a incluir a todos los menores/discapacitados en este sistema de protección sin que se demuestre *per se* su peligrosidad, haciendo prácticamente inviable su aplicación, pues la instauración de un seguro generalizado carecería de justificación social, aparte de estigmatizar a todos los menores incluyéndolos en un grupo de riesgo por el mero hecho de serlo.

La resolución de este problema, a nuestro juicio, no puede venir de nuevo sino de la solidaridad social, mediante ayudas estatales y es precisamente en este punto donde nos encontramos con uno de los ejes discursivos de este trabajo, que trata precisamente de la modulación del excesivo daño individual que puede suponer en determinadas ocasiones la asunción de las funciones de curatela para el causante del daño y, sobre todo, para el mismo curador.

No parece, pues, inadecuado pedir esa solidaridad institucional que en otros casos sí que se aplica sin que cree disfunciones sociales- por ejemplo, víctimas de terrorismo o violencia de género- teniendo, además, el tema que nos ocupa una repercusión numérica menor y un impacto económico más limitado (quizá esa misma modestia está en la génesis de la menor

atención jurídica y económica que produce este contexto).

El problema que nos ocupa se ve agravado por la reticencia jurisprudencial a aplicar la difusa cláusula de exclusión que define el art. 1903 en su párrafo séptimo, la que invierte la carga de la prueba demostrando que el afectado empleó toda la diligencia del “buen padre de familia” para prevenir el daño, cosa que en numerosas ocasiones es prácticamente imposible. Es decir, la jurisprudencia cercena, de facto, la única vía de escape que proporciona la ley para demostrar que su actuación no fue negligente.

La elasticidad y el carácter inespecífico del concepto abre un camino a la interpretación jurisprudencial que, como decimos, tiene el efecto de transformar su responsabilidad de los tutores/curadores en objetiva, sin dejar espacio a la posibilidad de que el vigilante pueda ser exonerado al demostrar que actuó con la debida diligencia.

En palabras de DIAZ ALABART:

“Se exige, pues, a los padres y tutores, a tenor de esta postura jurisprudencial, lo que éstos no pueden realizar: una vigilancia y educación de tal tipo que dé como resultado la imposibilidad material de que se produzca ningún hecho dañoso. Porque si se produce, según nuestros Tribunales, es porque no ha existido la diligencia debida. Dicha vigilancia supondría excederse en las potestades que padres y tutores tienen sobre menores e incapacitados, negando a éstos el ámbito de la libertad personal que les corresponde por su edad de acuerdo con el sentir social.” ⁵⁹

Así se reconoce en la STS de 11 de marzo de 2000 (FD 2º) ⁶⁰ que resolvió un caso de un niño que con un tirachinas causa lesiones oculares a otro niño y el alto tribunal declara la responsabilidad de los padres que ostentan la patria potestad: *“Los hechos probados conforman culpa del artículo 1902 del Código Civil y según la jurisprudencia de esta Sala resultan responsables los padres que ostentan la patria potestad, al ser el causante menor de edad y vivir en su compañía,*

m. El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.

57 Medina Alcoz, M. Op. Cit. “la Culpa de la víctima...” pág. 324

58 Medina Alcoz, M. Op. Cit. “la Culpa de la víctima...” pág.343

59 Op. Cit. “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela” Silvia Díaz Alabart. Anuario de derecho civil, ISSN 0210-301X, Vol. 40, N.º 3, 1987, págs. 795-894

60 STS 234/2000, 11 de marzo Sala 1ª Civil: en primera instancia se les condena a los padres al pago de 4.173.000 pesetas (aprox. 25.000€). En la apelación se les condena

tratándose de una responsabilidad por semiriesgo, con proyección de cuasi-objetiva que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho (Ss. de 10-3-1983, 22-1-1991 y 7-1-1992). Se trata de culpa propia de los progenitores por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores de edad (Sentencias de 24-3-1979, 1-6-1980, 10-3-1983, 7-1-1994 y 29-5-1996)".

La profesora DIAZ ALABART en su estudio sobre la responsabilidad de los actos ilícitos de los sometidos a patria potestad o tutela ⁶¹ entiende que esta objetivación de la responsabilidad de padres y tutores (ahora curadores), supone equipararla a la de los empleados/patronos, en cuya base hay una relación de lucro, con la del guardador/custodiado que se establece con base en un servicio a la parte más vulnerable que es el menor o el incapacitado. (Con la desventaja que en este caso el imputado no está claro que tenga derecho de repetición)

También debemos tener en cuenta que según la redacción que veíamos en el art. 299 CC que se refería a "otros responsables" hace que tampoco se libre de este compromiso el guardador de hecho, como indica SANTOS BRIZ⁶² :

"Los guardadores de hecho, si bien jurídicamente no son tutores, creo que han de equipararse a éstos en cuanto a la responsabilidad por los actos sometido a esta tutela fáctica, dado que el defecto de vigilancia crea un riesgo para terceros, suficiente para imponerles la responsabilidad, en defecto de bienes del menor (arg.; art. 32, párrafo 2 del Código civil y artículo 20 del Código penal)⁶³"

Comprobamos, que no existen escapatorias a esta objetivación de facto de la responsabilidad, pues ni la situación provisional de guardador de hecho es suficiente para subjetivar la misma, añadiendo, además, como lógica consecuencia, que todos los responsables que hemos detallado, lo son también en el caso de autolesiones de los inimputables, es decir sin que se realice un acto culposo contra un tercero.

únicamente a 81.180 pesetas (unos 490 €), y el supremo les condena a 3.626.000 (22.000 € aprox.)

61 Op. Cit. "La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela" Silvia Díaz Alabart

62 SANTOS BRIZ La responsabilidad Civil. 4ª edición 1986. Pág 571. Nota 13

63 Hay que aclarar que se refiere a la redacción del Código Civil del año 1985.

De mi recorrido por la jurisprudencia sobre responsabilidad por hecho ajeno he visto que la única situación en la que el alto tribunal modula la responsabilidad es cuando la transferencia de la responsabilidad se realiza mediante un contrato de obra. En ese caso el supremo mitiga la responsabilidad pues según ellos no se puede atribuir al comitente la responsabilidad del contratista ni por culpa *invigilando*, ni por culpa *in eligendo*.⁶⁴. De este modo la jurisprudencia no ve responsabilidad *in eligendo* cuando un comitente **elige** un contratista (que además dispone de una cobertura de seguro), **pero si la ve en la de un curador o tutor** que en la mayoría de los casos no ha elegido voluntariamente su función (por ejemplo, con los curadores de hecho) o lo hacen muchas veces obligados por su situación de parentesco o proximidad afectiva.

Todo esto dibuja un panorama para el tutor/curador francamente desolador, pues parece que la legislación y la jurisprudencia les obliga a desplegar habilidades sobrehumanas para vigilar y proteger a sus pupilos durante las veinticuatro horas del día, ya que en caso de que ocurra una desgracia no solo van a ser responsables directos, tengan culpa o no, sino que se les va a tratar de negligentes o descuidados , y lo que es más grave van a sufrir una erosión patrimonial que en algunos casos puede ser empobrecedora. Conviene recordar, como decimos, que ser tutor no suele ser optativo, pero en muchos casos la curatela es voluntaria o cuasi voluntaria- como la de los familiares- y tal vez no la harían si supieran todo esto que estamos analizando.

Así dicho, entiendo que en el sombrío horizonte que dibuja la legislación española en cuanto a la derivación de responsabilidad de la que estamos hablando, se repite en muchas legislaciones europeas (incluso peores como hemos visto), pero hay algunos casos entre ellas que intentan solucionar este despropósito mediante diferentes propuestas, y de ellas nos ocuparemos en el siguiente punto.

64 La SAP Lleida 515/2019 sec. 2, 8 de noviembre de 2019 indica como ejemplos jurisprudenciales de esto las siguientes sentencias: doctrina jurisprudencial de esta Sala, entre otras, SSTS de 12 de enero de 2001 #, 28 de noviembre de 2002 #, 26 de septiembre de 2007, 17 de septiembre de 2008 y 1 de octubre de 2008.

Encontramos los mismos argumentos (literalmente copiados) en otras muchas sentencias: SAP Barcelona 28/2020, SAP Vizcaya 108/2018, SAP Barcelona 148/2018, SAP Barcelona 446/2013, SAP Barcelona 108/2009, SAP Albacete 2/2021, SAP Barcelona 202/2020, (SAP Valladolid 489/2018,etc.

V. DIFERENTES SOLUCIONES QUE ENCONTRAMOS EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA.

5.1. El caso Portugués

El código civil portugués recoge, el igual que el español la responsabilidad de las personas encargadas de la custodia o asistencia de las personas incapacitadas, y también se prevé una inversión de la carga de la prueba de la culpa, de manera que son ellos los que tienen que demostrar que actuaron con diligencia o que los daños se hubieran producido de igual manera, aunque hubieran intervenido. Concretamente esto se dispone en el art. 491 CC:

“As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido”.

“Personas que, por ley o por negocios legales, están obligadas a vigilar otros, en virtud de su incapacidad natural, son responsables por el daño que causen a un tercero, a menos que de-

*muestren que han cumplido con su deber de vigilancia o que el daño se habría producido incluso si lo hubieran hecho”*⁶⁵

Aunque no existe unanimidad en la interpretación del término “incapacidad natural” ya que algunos autores lo identifican con el inimputable y otros amplían más su significado apuntando que incapaz natural no tiene por qué ser siempre inimputable⁶⁶. No obstante, existe el consenso de que este artículo debe ser aplicado a los vigilantes de los menores y/o incapacitados.

Vemos pues que el sistema portugués se parece al español y se aleja de los modelos francés, neerlandés o de la Comon Law, donde las personas con dificultades mentales que realicen un acto dañoso son declarados responsables civiles y obligados *prima facie* a indemnizar a los dañados.

⁶⁵ Traducción con Word

⁶⁶ Op. Cit. GARCIA RUBIO, M. P. en su artículo “Apuntes comparativos Hispano-Portugueses sobre responsabilidad civil de las personas con discapacidad” cita: “Menezes Leitão, p. 326, quien entiende que la responsabilidad del vigilante no presupone la inimputabilidad del vigilado, sino solo su incapacidad natural, con lo que el vigilado puede ser considerado imputable (ex. artículo 488) y responder soli-



El sistema portugués también coincide con el español en la derivación de la responsabilidad a la persona encargada de la vigilancia y asistencia del discapacitado- con la figura de incapacidad natural en Portugal y de sometido a tutela en España- pero a partir de este punto el sistema portugués va más allá y establece una indemnización por equidad, mediante la cual, a pesar de que el autor carece de capacidad de culpa, el perjudicado puede reclamar una compensación cuando no pueda obtenerla de su cuidador. Para este proceso se tendrán en cuenta algunos factores como las condiciones económicas de agente y víctima y se imponen ciertas limitaciones como podemos ver en el art. 489 CC que lo regula:

- “1. Si el hecho causante del daño fue cometido por una persona que no es imputable, puede esta, por razones de equidad, se le podrá condenar a reparar total, o parcialmente, esta última persona, siempre que no sea posible obtener la debida reparación de las personas a quien incumba su vigilancia.”
- “2. No obstante, la indemnización se calculará de forma que no prive a la persona que no sea responsable del mantenimiento necesario, según su estado ni de los medios necesarios para llevar a cabo sus obligaciones legales de mantenimiento”.⁶⁷

Resumiendo, en el caso portugués las similitudes con el sistema español son notables, con la única excepción de mantener a los discapacitados en algunas ocasiones como inimputables, no siguiendo así el concepto establecido en la CDPD, y la variante de la indemnización por equidad que curiosamente va en sentido contrario pues acentúa la responsabilidad de los discapacitados

5.2. El Modelo Alemán

La nueva regulación en la legislación alemana corre en paralelo a la española, impulsada como estamos comentando por la CDPD. La ley equivalente a la 8/21 de 2 de junio, que como hemos visto, establece la nueva regulación en España, es la Ley para la reforma del Derecho tutelar y asistencial del 4 de mayo de 2021 (Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungrechts), para la cuestión que nos ocupa esta es la ley más importante desde enero de 1900, fecha de entrada en vigor del BGB (código civil alemán). Sin olvidar, por supuesto, el

cambio que introdujo con la promulgación en septiembre de 1990⁶⁸ la ley para la reforma del derecho de la tutela y la curatela para mayores de edad (Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige). Esta norma expulsó del ordenamiento alemán la incapacitación (Entmündigung) y sustituyó la tutela y la curatela de los mayores de edad por una nueva institución de apoyo o asistencia (Betreuung), aduciendo que este apoyo no puede tener como objeto la exclusión de la persona discapacitada del tráfico jurídico, subrayando así la importancia de su autodeterminación

En 2005 se efectúa un cambio de perspectiva en el BGB introduciendo una reforma en el § 1896 BGB con el siguiente tenor literal: “contra la libre voluntad del mayor de edad no se puede proveer un prestador de apoyos”.⁶⁹ Pasando así del concepto de autodeterminación a la prevalencia de la voluntad del discapacitado.

Este camino normativo fue refrendado por la jurisprudencia, destacando el auto del BVerfG (tribunal constitucional federal de Alemania) de 23 de marzo de 2011 que reconoció la fuerza de ley del CDPD y su importancia en la interpretación del “contenido y extensión de los derechos fundamentales” (parágrafo 52). Este camino Jurisprudencial y doctrinal -aunque al parecer no de forma unánime por parte de esta última- desemboca en la ley de mayo del 2021 que antes comentábamos.

No vamos a entrar en un análisis exhaustivo de la legislación alemana, que en muchas situaciones es homóloga a la española, pero si nos centraremos en las diferencias y sobre todo en la mejor cobertura que, a nuestro juicio, hace de los derechos de los curadores/tutores.

Uno de esos aspectos diferenciales que introduce esta ley, está en la reforma del régimen de remuneración de los proveedores de apoyo voluntarios o ad honorem (ehrenamtliche) que figura en §§ 1875 y ss. BGB. En principio, la remuneración corre a cargo del patrimonio de la persona que provea el apoyo, pero si la situación económica del mismo no lo permite, esta es asumida por el estado. (§ 16.I VBVG ⁷⁰)

dariamente con el vigilante.” Págs. 325-326

67 Traducción del portugués.

68 La norma entró en vigor el 1 de enero de 1992.

69 Buchhaalter-Montero, Brian. La nueva legislación alemana de apoyo a las personas con discapacidad intelectual: aspectos sustantivos, procesales y administrativos. Actualidad jurídica Iberoamericana. N.º 17. ISSN 2.368-4567, pp. 150-171.

70 Ley de remuneración de tutores y proveedores de

Además de esta medida, la legislación alemana incluye una serie de previsiones sobre inscripción en un registro administrativo como proveedor de apoyo profesional, de manera que las personas con discapacidad- y sus allegados- puedan tener una manera reglada y confiable para encontrar personas preparadas y provistos de los seguros de responsabilidad civil pertinentes.⁷¹

Para entender este sistema en su integridad hay que decir que la legislación alemana establece una obligación para todas las personas de tener un seguro de responsabilidad civil que incluye una cobertura básica para daños personales y materiales causados a terceros, la falta de este seguro puede desembocar en sanciones legales y financieras. Esto mitiga la importancia que tiene en otros sistemas normativos – como el español – el hecho de establecer una cobertura por parte del estado de las actividades y responsabilidades del curador.

Comprobamos, pues, que la legislación alemana protege los derechos de los discapacitados de una manera similar a la española, pero va más allá en la protección de los curadores y personas que prestan apoyo, y a su vez, avanza un paso más sobre la indemnización en equidad que veíamos en otras legislaciones (y que también se puede aplicar en esta), con lo que vemos como nos aproxima algo más a la deseable protección física y patrimonial del curador que entendemos se merece.

5.3. El Sistema Italiano

El ordenamiento italiano prevé tres instrumentos para la protección de las personas con discapacidad: la *interdizione*- que se realiza mediante la tutela, la *inabilitazione* - que se materializa en la curatela - y la *amministratozione di sostegno* - administración de apoyo en español.⁷² Esta última figura que fue introducida en enero de 2004 supuso una gran novedad en el

apoyo o Vormund und Betreuervergütungsgesetz

71 BUCHHAALTER-MONTERO, Brian Así, los presupuestos para la inscripción en el registro como proveedor profesional de apoyos son: 1) la adecuación personal y la fiabilidad del proveedor de apoyos; 2) una cualificación suficiente para el ejercicio del apoyo; y 3) un seguro de responsabilidad civil de como mínimo doscientos cincuenta mil euros, para hacer frente a los daños que pudieran producirse por la actividad. Op. Cit. LA NUEVA LEGISLACIÓN ALEMANA... pág. 166

72 Martínez, J. (2020). "La protección de las personas con discapacidad en el derecho italiano: interdizione, inabilitazione y amministratozione di sostegno". Revista Española de Discapacidad, 8(1), pp. 43-61.

derecho europeo y adelantó los preceptos que se impondrían en posteriormente en la CPCD de 2006.

La introducción de la última institución de la administración de apoyo hizo pensar a gran parte de la doctrina que producía un efecto de derogación tácita de las otras dos (*interdizione* e *inabilitazione*), pero la *Corte Costituzionale* italiana en la primera resolución en la que se pronunció sobre esta cuestión dejó claro que las instituciones seguían vigentes y podían ser objeto de establecimiento por parte de los tribunales (Corte Costituzionale , 9 de diciembre de 2005) y de este modo configuró un sistema de protección de los discapacitados articulado con tres elementos diferentes.

Pero esta situación planteó un problema evidente. ¿Cuál es la diferencia entre las distintas figuras?, y, sobre todo, ¿Cuándo procede la aplicación de cada una?

Este asunto ha ocupado largo y tendido a la doctrina y la jurisprudencia italiana con el consiguiente aluvión de producción argumental y documental, que no reproduciremos aquí. Baste con decir a modo de resumen que la principal diferencia entre las dos figuras tradicionales y la nueva administración de apoyo es que esta última se configura con una enorme flexibilidad con objeto de acoger con el menor sacrificio la capacidad jurídica autónoma del beneficiario, de manera que pueda actuar con la mayor libertad en el medio jurídico. A sensu contrario las otras dos instituciones tiene un carácter más rígido derivado de la aplicación de las reglas previstas para la tutela de los menores de edad no emancipados (*interdizione*) y de la curatela de los menores emancipados (*inabilitazione*).

Los presupuestos de la *amministratozione di sostegno* están regulados en el artículo 404 del *Codice Civile Italiano*, y articula dos condiciones que deben cumplir los que se sometan a este apoyo: tener una enfermedad o discapacidad física o psíquica y que esa limitación afecte a la autonomía de la persona de forma parcial o completa para la gestión de sus propios intereses. El problema de esta definición es, que, al ser tan genérica, daba cabida en su seno a supuestos casi antagónicos, haciendo dudar a los aplicadores del derecho. Esta cuestión fue resuelta por la *Corte Costituzionale* definiendo sus parámetros, pero dejando aun así un gran margen para la interpretación del juez. (que no obstante han aplicado convirtiendo la fórmula de la *amministratozione di sostegno* como forma prioritaria convirtiendo las otras dos en residuales)

La legislación española en este tema contempla con atención el desarrollo legislativo italiano que le sirvió de inspiración. En palabras de MARTINEZ CALVO ⁷³:

“es probable que el legislador español se haya inspirado en la normativa italiana para establecer este nuevo sistema de protección, puesto que existen importantes puntos de conexión con dicho ordenamiento. El aspecto en el que resulta más evidente la influencia del derecho italiano en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad es el relativo a la nueva configuración con la que pretende dotar a la curatela, y que parece claramente inspirada en la amministrazione di sostegno italiana. No es vano, al igual que ocurre con la amministrazione di sostegno, la nueva configuración de la curatela tiene el propósito de sacrificar lo menos posible la capacidad del beneficiario para actuar en el tráfico jurídico”

No obstante, existen diferencias entre las dos propuestas normativas, como por ejemplo

la mayor flexibilidad italiana en cuanto a la modulación de la capacidad de obrar, pues admite que presuponer que todas las personas poseen idéntica capacidad de obrar en igualdad de condiciones contradice en algunas ocasiones la realidad física, psicológica, jurídica y social, cosa que la mayor rigidez de la legislación española impide.

Esto se ve reflejado en la ausencia de responsabilidad civil del incapaz en el CC italiano y la presencia de la *equa indennità* subsidiaria (como veíamos en la legislación portuguesa).

El ordenamiento italiano en esta materia tiene tres principios rectores siguiendo la exposición de la Profesora YAÑEZ VIVERO ⁷⁴:

1) La ausencia de responsabilidad del sujeto que carece de capacidad de entender y querer (incapaz natural). *Art. 2046 CC imputabilità del fatto dannoso: “Non risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi non aveva la capacità d’ intendere o di volere al momento in cui lo ha*

⁷³ Op. Cit. Martínez, J. (2020). “La protección de las personas con discapacidad en el derecho italiano”

⁷⁴ Yañez Vivero, F., (2011). La experiencia del civil law y del common law en el ámbito de la responsabilidad civil de las personas incapaces. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, XLIV (132), 1293-1317.



*commesso, a meno che lo stato di incapacità derivi da sua colpa*⁷⁵

2) Responsabilidad de su guardador: Art. 2047 CC, primer inciso: *Danno cagionato dall'incapace: "In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o divolere, il risarcimento e' dovuto da chi e' tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto."*⁷⁶

3) La responsabilidad subsidiaria del incapaz en el caso de que el guardador no responda. Art. 2047, segundo inciso.: *"Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi e' tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, puo' condannare l'autore del danno a un'equa indennita"*⁷⁷

Vemos pues que el camino de protección de la víctima sigue un recorrido similar al de la legislación portuguesa, quedando, sin embargo, en una estación anterior respecto al caso alemán, en el cual la protección alcanza un mayor nivel de compromiso al involucrar la responsabilidad solidaria del estado.

La doctrina italiana, al igual que la francesa, se ha preguntado si como solución alternativa a la responsabilidad personal del enfermo, puede establecerse la posibilidad de que este o su guardador contraten un seguro obligatorio o se cree un fondo de garantía para cubrir los daños provocados por estos. Pero en el caso italiano se ha descartado esta vía por dos razones: la dificultad de encontrar una técnica aseguradora adecuada, y la escasa importancia de los daños provocados por estas personas.

En nuestra conclusión hablaremos de la falta de empatía social y el impudor que suponen la adopción de estas dos opiniones como principio rector de la actuación social en esta materia, comparable a la que se realiza por la

⁷⁵ No es responsable de las consecuencias del acto lesivo quien no tenía la capacidad de comprender o querer en el momento en que lo cometió, a menos que el estado de incapacidad derive de su culpa.

⁷⁶ "Daños causados por los incapacitados: En caso de daño causado por una persona incapaz de comprender o querer, la persona que está obligada a supervisar al incapaz debe indemnizar a menos que demuestre que no pudo evitar el hecho."

⁷⁷ "En caso de que el perjudicado no haya podido obtener una indemnización de la persona encargada de la supervisión, el juez, en consideración de las condiciones económicas de las partes, podrá ordenar al autor del daño una indemnización equitativa." (Traducción Word)

sociedad cuando se niega la financiación y el estudio de enfermedades raras por el mero hecho de que resulta antieconómico su desarrollo, olvidando que detrás existen verdaderos dramas humanos (pero claro, no con la entidad suficiente como para que merezcan la atención de la sociedad ni de sus representantes estatales.

VI. CONCLUSIONES

Como hemos visto la evolución en este campo no ha sido siempre lineal y homogénea, y todavía hoy queda camino para llegar al estándar del tratamiento integral de la dignidad y protección que merece el colectivo que nos ocupa y que debiera de ser la norma dentro del tratamiento que les debería otorgar una sociedad equilibrada basada en los valores de justicia, dignidad y tolerancia.

El trayecto que falta por recorrer es afortunadamente menor al ya hemos realizado, baste con recordar las circunstancias en las que se encontraba este colectivo hace pocas décadas, y en este sentido hay que agradecer el esfuerzo de la Convención de las Naciones Unidas (CDPD) para visibilizar este problema y para realizar una doctrina que como una lluvia suave ha ido permeando en las producciones normativas de muchos países.

No obstante, respecto la influencia de esta visión basada en el respeto a la dignidad y capacidad de decisión de todos los individuos, hay que huir de la autocomplacencia y no olvidar que las soluciones aquí analizadas solo están disponibles para aproximadamente un tercio de la humanidad quedando, pues, más de 4.000 millones de personas excluidas de la protección y garantías de las que gozamos en el lado afortunado del mundo.

Pero continuando con nuestro análisis en la normativa española, hemos de concluir que a pesar de la correcta dirección del esfuerzo falta aún recorrido para llegar al nivel de desarrollo que muestran las legislaciones más completas, aunque como vemos, en el desarrollo de las soluciones posibles para este colectivo, nos encontramos con dos grupos de dificultades que posiblemente hagan inviable el esfuerzo. Por un lado, la dificultad técnica de asegurar toda conducta de riesgo y por otro lado la escasa incidencia social que representa el problema, y en consecuencia, su poca relevancia fáctica en relación la totalidad de casos.

Estos dos factores lastran cualquier intento de sistematización de la codificación, pues como veíamos antes la relación coste- beneficio no es muy favorable, aunque en realidad para una pequeña parte de la población es de vital importancia y puede suponer la diferencia entre vivir y sobre vivir.

Precisamente, para proteger adecuadamente a las víctimas y actores de estas acciones habría que completar la búsqueda que reclama MEDINA ALCOZ de la "solución cualitativamente idéntica a la aportada por la legislación para los accidentes laborales, insertándose dentro del más amplio Derecho de daños"⁷⁸

María José Alonso Parreño ⁷⁹ nos dice que por muy exigentes que nos pongamos, la prueba de descargo ha de ser posible: el padre más atento y cuidadoso no puede impedir que su hijo de corta edad se comporte imprevisible y repentinamente de forma peligrosa; ni que su hijo adolescente en un arranque de rebeldía se comporte de forma desacostumbradamente arriesgada y cause daños. Lógicamente ante

78 Medina Alcoz, M. "La Culpa de la víctima" pág.343.

79 Alonso Parreño, M.J. "Los derechos del niño con discapacidad en España" pág 326.

discapacidades que conllevan graves problemas de conducta los padres se debaten entre ser muy precavidos para evitar daños y tener a su hijo prácticamente encerrado (lo que a la larga agrava mucho más las conductas del niño) y el darle una formación adecuada lo que implica permitirle participar en la vida de la comunidad asumiendo riesgos.

Mi conclusión es que esta solución pasaría por la asunción, en último término, de la responsabilidad por parte del estado, como garante de los derechos de la víctima y protector patrimonial del discapacitado incapaz como agente dañoso.

Esta propuesta se nos antoja como más fácil e inmediata, pues no hay que realizar grandes cambios doctrinales, ni revisar la normativa genérica de la responsabilidad por daños ajenos, bastaría con la voluntad del legislador para realizar ese cambio, cuya implementación se nos presenta sencilla precisamente por la utilización a sensu contrario de uno de los argumentos esgrimidos para la inacción en este terreno. Su escasa cuantía numérica.

Precisamente por ello, el esfuerzo material y económico para realizarlo sería más que asu-



mible y otorgaría una protección que nos parece más adecuada para este colectivo, y además otorga una garantía superior para las víctimas.

La responsabilidad de las personas con diversidad no es individualizada, el Estado debería de asumir su parte de responsabilidad, máxime al ser ésta ínfima en comparación a otras como lo son las derivadas de accidentes de vehículos a motor o derivadas de accidentes laborales (Consortio de Compensación de Seguros, FOGASA ...)

A lo largo de mi carrera profesional como Letrada (29 años) he podido observar ,como asesora jurídica de la Asociación ARSIDO (Asociación Síndromes de Down) ,que los antiguos tutores ,ahora curadores tanto de menores como mayores de edad ,son los progenitores que con el tiempo trasladan como herencia dicha responsabilidad a sus hijos, hermanos de las personas con diversidad . Esta “herencia “no es sino una desgracia malograda en la vida de una familia que no hace más que empeorar las relaciones personales perjudicando siempre al que no tiene la culpa de tener un cromosoma de más...

El verdadero espíritu de este trabajo, la protección íntegra de curadores y víctimas quedaría resumida en una angustiosa pregunta que me hizo recientemente la madre de un menor de 10 años ,víctima de una agresión sexual por parte de otro menor de 11 años del mismo pueblo, inimputable y de familia desestructurada e insolvente (cuyos únicos ingresos es una ayuda de 400 euros mensuales):

¿quién va a ayudarme con los gastos que me va a suponer un tratamiento psicológico, prácticamente de por vida, para mi hijo y para el resto mi familia ?

De esta manera vemos que el actual sistema expone deficiencias por los dos extremos de la cadena reparativa: puede crear una asunción injusta de culpa en el representante del inimputable, y a su vez, puede derivar en una carga ominosa para la víctima en el caso que se declare insolvente el responsable.

BIBLIOGRAFÍA

AEDO BARRENA, C. “Los requisitos de la Lex Aquilia, con especial referencia al daño: lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero” 2009, vol.15, n.1, pp.311-337. ISSN

ALCAIN MARTINEZ, E. “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el derecho de daños y el derecho de la discapacidad”, ISSN 0213-7100, N° 6, 2021.

ALONSO PARREÑO, MJ. “Los derechos del niño con discapacidad en España” 2008.

BUCHHAALTER-MONTERO, B. “La nueva legislación alemana de apoyo a las personas con discapacidad intelectual. Aspectos sustantivos, procesales y administrativos”. Actualidad jurídica Iberoamericana. N.º 17. ISSN 2.368-4567,

DIAZ ALABART, S. “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela” Anuario de derecho civil, ISSN 0210-301X, Vol. 40, N.º 3, 1987, págs. 795-894. Pág. 819.

FRANCOZ TERMINAL, L./ LAFAY F. / MORÉTEAU,O./ PELLERIN-RUGLIANO, C. “Children as Tortfeasors under French Law, ibidem.”

GARCIA RUBIO, M. P. artículo “Apuntes comparativos Hispanoportugueses sobre responsabilidad civil de las personas con discapacidad”. Orcid.org/0000-0002-9368-5066.

LECERF, M. “Informe European disability policy. European Parliamentary Research” Service ISBN 978-92-846-1155-3.

LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. “La Responsabilidad civil de las personas con discapacidad psíquica” .sp/doct/3721.Junio 2008.

LOPEZ SANCHEZ, C. “La Responsabilidad civil del menor”. Editorial Dykinso 2001 , segunda edición en 2003.

LOPEZ VALERDE, M. “Nueva visión de la incapacidad”.

LLAMAS POMBO, E. “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad” Práctica de Derecho de Daños, N.º 149, octubre de 2021, Editorial Wolters Kluwer.

MARTIN-CASALS, M. “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” 2023 VLex.

MARTÍN-CASALS, M. (Ed.), Children in Tort Law. Part I: Children as Tortfeasors, Wien / New York, Springer, 2006

MARTINEZ, J. (2020). “La protección de las personas con discapacidad en el derecho italia-

no: interdizione, inabilitazione y amministrazione di sostegno”. Revista Española de Discapacidad, 8(1),

MEDINA ALCOZ, M. “La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual”. Editorial Dykinson. Año 2012

MEDINA CRESPO, M. “La Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas”. Granada, 1996.

MORENO MARIN, M.D. Diario La Ley, Nº 10107, Sección Tribuna, 11 de Julio de 2022, Wolters Kluwer.

PEREÑA VICENTE, M. (Dir.). “La voluntad de la persona protegida. Oportunidades riesgos y salvaguardias”, Dykinson, Madrid, 2019.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. “La responsabilidad civil de las personas mayores”. En «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: Análisis de su alcance y límites actuales y futuros», PID 2019. (Ministerio de Ciencia e Innovación)

RUBIO GARRIDO, T. “Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos?” Indret 2-2022.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A. “Consideraciones sobre la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad: de la incapacitación al apoyo”, REDUR 19, diciembre 2021.

SANTOS BRIZ. “La responsabilidad Civil”. 4ª edición 1986.

TORRES COSTAS, M.E. “La capacidad Jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre personas con discapacidad” año 2020. Ed. BOE.

YÁÑEZ VIVERO, F. “La experiencia del civil Law y del Common Law en el ámbito de la responsabilidad civil de las personas incapaces”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, XLIV (132), 1293-1317.

OTRAS FUENTES

Convención de la ONU, 2006, y Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, OMS, 2002.

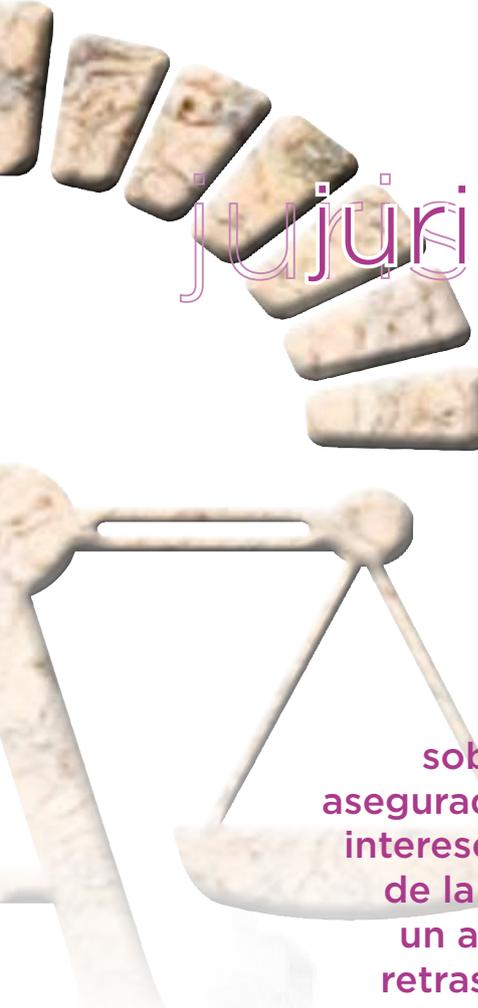
Datos INE Estudio: Marta Martínez Matute Departamento de Fundamentos del Análisis Económico, Historia e Instituciones Económicas Universidad de Valladolid.

Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de dependencia (EDAD) que publica el INE. 2020.

Las Siete Partidas del rey don Alfonso X El Sabio. Por la Real Academia de La Historia. Madrid en la Imprenta Real 1807. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

(Footnotes)

1 Rubio Garrido, T. “Ley 8/2021, de 2 de junio , sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos ?” Indret 2-2022.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Accidente de trabajo. El TS estima parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina sobre reclamación de daños y perjuicios. La compañía aseguradora debe abonar la cantidad incrementada con los intereses de demora del art. 20 de la LCS desde la firmeza de la sentencia por la que se declaró que el siniestro fue un accidente laboral, y no desde el mismo accidente. El retraso en el abono de la cuantía está justificado porque se debía resolver judicialmente la naturaleza común o profesional del siniestro.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª)
de 5 de julio de 2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones planteadas y la sentencia recurrida

1. De mediar la identidad y la contradicción que exige el artículo 219.1 LRJS y reunir los demás requisitos legalmente requeridos, las cuestiones planteadas por los recursos de casación unificadora interpuestos por el Gobierno Vasco y la compañía aseguradora son, en primer lugar, la existencia de responsabilidad empresarial por accidente de trabajo declarada por la sentencia recurrida. Y, en segundo término, si la aplicación de los intereses del artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS) debe hacerse desde la fecha del siniestro o desde la fecha que se declaró judicialmente que dicho siniestro fue un accidente de trabajo.

Por su parte, y de haberse cumplido los requisitos legalmente exigidos para interponerlo,

el recurso de casación del trabajador plantea las cuestiones que se mencionarán más adelante.

2. El actor prestaba servicios como ert-zaintza en la comisaría de Galdácano para el Departamento de Interior del Gobierno Vasco. El 19 de noviembre de 2013 el actor manifestó sentir dolor porque le golpeó la puerta del coche que tenía aparcado en las parcelas del aparcamiento de la comisaría; el actor estaba en su turno de mañana en el trabajo, bajó del coche y cogió un documento de dentro que había en el asiento del copiloto y se golpeó la espalda con la puerta del conductor ocasionándole un tirón en la zona lumbar. Inició un proceso de incapacidad temporal ese mismo día por contingencias comunes que se prolongó hasta el 21 de mayo de 2014; por resolución administrativa de 9 de junio de 2014 se declaró que la contingencia rectora era accidente de trabajo.

El 30 de mayo de 2014 el actor estando en su domicilio sufre un tirón lumbar al realizar flexión del tronco; tirón que vuelve a notar el 5 de junio de 2014. Inicia un proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes el 30 de mayo de 2014 que se prolonga hasta el 31 de mayo de 2016. Por resolución administrativa de 31 de mayo de 2016 el actor es declarado afecto de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común.

Por sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco de 24 de octubre de 2017 (rec. 1842/2017), se declaró que la incapacidad permanente total derivaba de la contingencia de accidente de trabajo.

Por la aseguradora Caser se abonó el 22 de diciembre de 2017 al actor una indemnización de 102.786,96 euros en concepto de mejora convenio por el reconocimiento de una incapacidad profesional accidental, más la suma de 67.000 euros en fecha 12 de enero de 2018.

El Departamento de Interior del Gobierno Vasco tiene suscrita póliza de responsabilidad civil patronal con la aseguradora Zurich.

3. El actor interpuso demanda contra el Departamento de Interior del Gobierno Vasco y contra la aseguradora Zurich, solicitando que fueran condenados a abonarle una indemnización de 1.500.292,12 euros más intereses, por responsabilidad empresarial en infracción de medidas de seguridad y salud laboral.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao 256/2019, 2 de octubre de 2019 (autos18/2019), desestimó la demanda, absolviendo a los demandados. La sentencia no apreció infracción de medidas de seguridad en el accidente.

4. El actor interpuso recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social.

La sentencia de la sala de lo social del TSJ del País Vasco de 28 de enero de 2020 (rec. 2264/2019), aclarada por el auto de 4 de febrero de 2020, estimó parcialmente el recurso de suplicación y condenó solidariamente al Gobierno Vasco y a la aseguradora Zurich, al pago de una indemnización de daños y perjuicios en cuantía de 88.422,68 euros, con las actualizaciones correspondientes y que se cifraron en un 19,5 por ciento al momento del dictado de la sentencia, cantidades que se verían incrementadas conforme a lo establecido en artículo 20 LCS y a computar desde la fecha del accidente de trabajo que tuvo lugar el 19 de noviembre de 2013, pago este último exclusivo para la aseguradora.

En lo que ahora importa señalar, la sentencia del TSJ del País Vasco consideró que las plazas de aparcamiento de la comisaría no cumplían con los requisitos exigibles.

SEGUNDO.- Los recursos de casación para la unificación de doctrina, sus impugnaciones y el informe del Ministerio Fiscal

1. El Gobierno Vasco, el actor y la aseguradora Zurich han recurrido en casación para la unificación de doctrina la sentencia de la sala de lo social del TSJ del País Vasco de 28 de enero de 2020 (rec. 2264/2019), aclarada por el auto de 4 de febrero de 2020.

a) El recurso del Gobierno Vasco invoca de contraste la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Andalucía, sede de Málaga, 7 de noviembre de 2018 (rec. 884/2018), y denuncia la infracción de los artículos 1101 y 1902 del Código Civil (CC) y del artículo 96.2 LRJS. El recurso solicita la casación y anulación de la sentencia recurrida y que se declare la inexistencia de responsabilidad civil empresarial generadora de indemnización de daños y perjuicios.

b) El recurso del actor invoca de contraste las sentencias de la sala de lo social del TS de 30 de junio de 2010 (rcud 4123/2008), 23 de junio de 2014 (rcud 1257/2013) y de 17 de julio de 2007 (rcud 513/2006). El recurso solicita la

casación y anulación de la sentencia recurrida, que se declare que dicha sentencia quebranta la unidad de doctrina y que se resuelva el recurso de casación unificadora en unidad de doctrina.

c) El recurso de la compañía aseguradora invoca de contraste, para el motivo primero, la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Castilla-La Mancha de 14 de marzo de 2014 (rec. 1355/2013) y, para el motivo segundo, la sentencia de la sala de lo social del TS de 14 de noviembre de 2000 (rcud 3857/1999), y denuncia la infracción de los artículos 1101 y 1105 CC y de las reglas 6 y 8 del artículo 20 LCS, respectivamente. El recurso solicita la casación y anulación de la sentencia recurrida y que se declare, con carácter principal, que en el accidente no concurrió responsabilidad empresarial, desestimando el recurso de suplicación del actor; y, con carácter subsidiario, que el *dies a quo* para el cálculo de los intereses del artículo 20 LCS ha de ser el 29 de marzo de 2019 o, subsidiariamente, el día de la firmeza de la sentencia de la sala de lo social del TSJ del País Vasco de 24 de octubre de 2017 (rec. 1842/2017), revocando la sentencia recurrida en este punto.

2. Los recursos de casación unificadora han sido impugnados.

a) El actor ha impugnado el recurso del Gobierno Vasco, solicitando su inadmisión y/o desestimación.

b) El Gobierno Vasco ha impugnado el recurso del actor, solicitando su inadmisión y/o desestimación.

También la compañía aseguradora ha impugnado el recurso del actor, solicitando su desestimación.

c) El actor ha impugnado el recurso de la compañía aseguradora, solicitando su inadmisión o, en su caso, su desestimación.

3. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la estimación del segundo motivo del recurso de la compañía aseguradora.

TERCERO.- El examen del cumplimiento por parte de los recursos de los requisitos legalmente exigidos para recurrir

1. Procede examinar, con carácter previo, si los recursos cumplen los requisitos legalmente exigidos para recurrir y si entre la sentencia recurrida y las sentencias invocadas de contraste

existen la identidad y la contradicción que requiere el artículo 219.1 LRJS.

2. Según se ha avanzado, el recurso del Gobierno Vasco invoca de contraste la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Andalucía, sede de Málaga, 7 de noviembre de 2018 (rec. 884/2018).

La sentencia de la sala de Málaga se dictó también en un procedimiento de reclamación de indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo. Previamente, la sala de Málaga había dictado sentencia dejando sin efecto la resolución del INSS sobre recargo en las prestaciones y consideró acreditado que el actor, con categoría profesional de repartidor, acudió un determinado día a los servicios médicos de la mutua refiriendo que tres días antes al bajar de su vehículo había sufrido dolor lumbar que se irradiaba a la pierna, presentando antecedentes de lumbalgia desde hacía cinco años y de hernia lumbar sin tratamiento. La sentencia de contraste descarta la existencia de responsabilidad empresarial en ese incidente porque la previa resolución sobre el recargo así lo apreció tras probarse que dicho incidente no se debió a la asignación de tareas de carga al trabajador, sino a un movimiento realizado al bajar del vehículo.

No hay contradicción entre las sentencias comparadas porque los supuestos de hecho, y en concreto la forma de producción de los accidentes, son diferentes. En la sentencia recurrida hay debate sobre el tamaño de las plazas de aparcamiento, considerando la sentencia que no cumplen los requisitos exigidos, y el accidente ocurre cuando el actor se golpea con la puerta del conductor al coger un documento que estaba en el asiento del copiloto. Mientras que en la sentencia de contraste queda probado que el trabajador sufrió un dolor lumbar al bajar de su vehículo, sin que existiera ningún obstáculo u objeto con el que golpeará por las reducidas dimensiones de la plaza de aparcamiento.

En consecuencia, el recurso del Gobierno Vasco debe ser, en la actual fase procesal, desestimado.

3. Por lo que se refiere al recurso de casación unificadora que interpone el actor, debe indicarse en primer lugar que adolece de la falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada que exige el artículo 224.1 a) LRJS.

En efecto, el recurso se limita a contraponer selectivamente párrafos de la sentencia recurri-

da y las citadas de contraste, identificando los fundamentos jurídicos que contienen doctrina contradictoria, para luego afirmar que se cumple el requisito del artículo 219 LRJS. Pero esa técnica no solo es incorrecta e incumple las previsiones del artículo 224.1 a) LRJS, sino que además hace muy difícil conocer el núcleo de la contradicción planteado por la parte. Se trata en definitiva de un defecto insubsanable determinante de la inadmisión del recurso y así lo viene declarando reiteradamente esta sala 4ª.

Pero, en fin, apurando la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, cabría deducir del recurso que el actor pretende, en primer lugar, que se aplique el coeficiente corrector a las lesiones permanentes; en segundo lugar, que se aplique el lucro cesante por la incapacidad temporal y la incapacidad permanente; y, por último, que se aplique un coeficiente multiplicador que sobrepase el máximo tarifado por el baremo, modificándose así al alza la indemnización para que sea adecuada.

El fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida precisa que el actor reclama un total de 24.959,37 euros más la actualización a la fecha de la sentencia, fijada en un 16,5 por ciento para 2019, resultado de aplicar 18 puntos por el perjuicio fisiológico y 4 por el estético, y a su vez con un incremento porcentual del 17,01 por ciento por perjuicios económicos todo ello en relación con la resolución de 5 de marzo de 2014. La sentencia recurrida también precisa que en la demanda se pedía por esos perjuicios la suma de 21.330,79 euros y ahora la petición es la indicada resultado de aplicar el citado incremento del 17,01 por ciento establecido en la Tabla IV, lo cual es una cuestión nueva suscitada

por primera vez en suplicación y sobre la que no se pronuncia. Además, señala que Zurich solo asume 14 y 3 puntos respectivamente y así lo aceptó el actor al ratificar su demanda en el juicio. En el fundamento jurídico séptimo la sala del País Vasco fija la indemnización de 20.000 euros conforme a la Tabla IV incrementada con las correspondientes actualizaciones, razonando al respecto que el actor solo se refiere a su edad, pero nada arguye para defender que le corresponden 95.862,67 euros.

En cuanto a la denunciada vulneración de la Tabla V con base en los 917 días de incapacidad temporal, de los cuales 52 fueron de hospitalización y que por ello deben abonarse como improductivos sin perjuicio de los hospitalarios y la suma resultante incrementarse con el factor de corrección de perjuicios económicos cifrado en un 17,01 por ciento, lo que hace un total de 63.491,03 euros, la sentencia recurrida asume únicamente 50.524,65 euros por incapacidad temporal y 3.735,68 euros por hospitalización, sin aceptar el perjuicio económico porque se desconocen los ingresos del actor y además el factor "perjuicios económicos" de la Tabla V no se aplica en el ámbito de la responsabilidad civil empresarial, en el que el lucro cesante es la diferencia, si la hay, entre el salario que le correspondería al trabajador de no haber causado baja médica y la suma del subsidio de incapacidad temporal y mejoras voluntarias.

Respecto del lucro cesante de la incapacidad temporal y la incapacidad permanente, por el que se reclaman 422.454,84 euros y subsidiariamente 153.043 euros, la sentencia recurrida puntualiza que supone una suma superior a la reclamada en la demanda y por tanto una varia-



ción sustancial de dicha demanda; en la que por otra parte tampoco se desglosan las operaciones aritméticas necesarias para obtener esas cantidades, y además el actor se refiere a unos ingresos anuales netos y al salario real pero sin prueba alguna de tales importes.

Finalmente, el actor considera vulnerada la STS de 17 de julio de 2007 (rcud 513/2006), porque no se aplica un coeficiente multiplicador del 300 por cien o del 50 por cien con carácter subsidiario para compensar el daño moral, lo que se rechaza por la sala porque la culpa del Gobierno Vasco está muy atenuada y en todo caso el demandante tampoco fija las específicas cantidades que solicita ya que solo habla de porcentajes.

El recurso invoca varias sentencias de contraste, todas de esta sala 4ª.

La primera es la STS de 30 de junio de 2010 (rcud 4123/2008), con la cual establece la contradicción concretamente en los fundamentos de derecho séptimo y octavo referidos a la aplicación de la Tabla V del baremo y en los que atribuye a las lesiones permanente el valor del punto previsto en la resolución de 20/1/03, lo que se incrementa con el factor de corrección denominado “perjuicios económicos”, es decir hipotéticos o futuros en función de los ingresos netos de la víctima por trabajo personal según la Tabla V.

En este punto no puede apreciarse contradicción porque la sentencia recurrida no asume el incremento pretendido de la Tabla IV por tratarse de una cuestión nueva suscitada por primera vez en suplicación. Y tampoco acepta el denominado perjuicio económico por ingresos netos anuales al no constar el importe de dichos ingresos del actor.

La segunda sentencia de contraste es de esta sala 4ª de 23 de junio de 2014 (rcud 1257/2013), cuyo fundamento jurídico sexto se contrapondría con la tesis de la sentencia impugnada. En concreto, la sala 4ª establece los criterios para cuantificar el lucro cesante por la incapacidad permanente destacando que cuando se acredita el lucro cesante en una cuantía superior el déficit de ingresos debe capitalizarse para resarcir la pérdida económica vitalicia que supone la incapacidad, y si las prestaciones de Seguridad Social (incluidas mejoras en su caso) están capitalizadas, también debe capitalizarse la pérdida de ingresos, de modo que el lucro cesante, de existir, será la diferencia entre ambas capitalizaciones. La sentencia recurrida,

como se ha dicho, destaca la diferencia entre la suma pretendida por lucro cesante en la demanda y la superior solicitada en suplicación, lo que determina su rechazo por suponer una modificación sustancial de la demanda. Reprocha al demandante la falta de operaciones aritméticas y un mínimo desglose para delimitar la pertinencia de la cantidad reclamada, así como la falta de prueba sobre los ingresos anuales netos y el salario real percibido caso de no estar en incapacidad temporal, lo cual impide concretar las sumas que se reclaman. Con esos razonamientos tampoco puede apreciarse contradicción con la sentencia de contraste.

Finalmente, el recurrente plantea el motivo de la aplicación de un coeficiente multiplicador que supere el máximo tarifado en el texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor con fundamento en la inexistencia de medidas preventivas. Cita para este motivo la STS de 17 de julio de 2007 (rcud 531/2006), que no descartó la posibilidad de superar el máximo tarifado por el factor particular de la culpabilidad, pues tales supuestos son ajenos al plus de protección que representa la responsabilidad objetiva en materia de accidentes de circulación y que justifica que la víctima soporte parte del daño. La sentencia recurrida desestima el motivo por la primera razón de que la responsabilidad del Gobierno Vasco está atenuada hasta el punto de exonerarse de lo ahora reclamado, no existiendo base fáctica para afirmar que la responsabilidad es “muy agravada”.

Tampoco puede haber contradicción en este punto porque la sentencia de contraste no aplica el coeficiente multiplicador del punto por una razón de congruencia al no haberse debatido el problema y ni siquiera planteado en el trámite del recurso. Por lo cual reconoce una indemnización inferior a la que realmente hubiera correspondido. La sentencia recurrida tampoco lo aplica por la razón expuesta, de modo que no hay divergencia doctrinal alguna entre las sentencias comparadas.

En consecuencia, el recurso del actor debe ser, en la actual fase procesal, desestimado.

CUARTO.- Le desestimación del primer motivo del recurso de la compañía aseguradora y la estimación del segundo motivo del recurso de dicha compañía

1. Queda por examinar el recurso de casación unificadora de la compañía aseguradora, Zurich.

2. El recurso de la aseguradora plantea un primer punto de contradicción rechazando que hubiera responsabilidad empresarial en el accidente del actor. Como ha anticipado, alega de contraste la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Castilla-La Mancha de 14 de marzo de 2014 (rec. 1355/2013), dictada en un procedimiento sobre reclamación de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo. El demandante en este caso, con categoría profesional de oficial de segunda, sufrió un accidente de trabajo cuando al bajarse del vehículo de la empresa y apoyar el pie izquierdo se torció la rodilla izquierda y cayó de costado. A resultados del accidente se le reconoció una incapacidad permanente total derivada de tal contingencia. La sentencia de contraste confirma la de instancia que desestimó la demanda por indemnización de daños y perjuicios, argumentando que los hechos probados ponen de relieve que claramente se trató de un caso fortuito en el que no es posible apreciar nexo causal alguno entre la conducta de la empresa y el resultado dañoso.

Debe apreciarse falta de contradicción porque son distintos los hechos probados de las sentencias comparadas. En la sentencia recurrida hay debate sobre el tamaño de las plazas de aparcamiento, considerando la sentencia que las plazas no se adecúan a los requisitos exigidos y el accidente ocurre cuando el demandante se golpea con la puerta del conductor al coger un documento que estaba en el asiento del copiloto. Mientras que en la sentencia de contraste solo consta que el trabajador cae de costado al bajarse del vehículo de la empresa apoyando el pie izquierdo. Las diferentes circunstancias en que ocurren los respectivos accidentes pueden justificar que la sentencia recurrida aprecie relación de causalidad entre el comportamiento de la empresa y el resultado lesivo, y no se acredite esa relación de causalidad para la sentencia de contraste, en la que no quedan acreditados incumplimientos empresariales.

3. La compañía aseguradora trae a casación para la unificación de doctrina un segundo motivo, en el que denuncia la indebida aplicación del artículo 20 LCS, en particular porque la sentencia impugnada le condena al pago de intereses desde la fecha del siniestro, el 19 de noviembre de 2013, y, sin embargo, la contingencia de accidente de trabajo no se declaró hasta la sentencia de la sala de lo social del TSJ del País Vasco de 24 de octubre de 2017 (rec. 1842/2017).

A este respecto debe precisarse que tras el accidente el actor inició un proceso de incapacidad temporal que duró hasta el 21 de mayo de

2014 y que se declaró posteriormente por resolución administrativa de 9 de junio de 2014 derivado de accidente de trabajo. El 30 de mayo de 2014 el actor sufrió un tirón lumbar en su domicilio, causando nueva baja médica hasta el 31 de mayo de 2016. Por resolución de esa fecha se reconoció una incapacidad permanente total derivada de enfermedad común. Finalmente, la citada sentencia de la sala de lo social del TSJ del País Vasco de 24 de octubre de 2017 (rec. 1842/2017) declaró que la incapacidad permanente total deriva la contingencia de accidente de trabajo.

El actor alegó en suplicación que debía aplicarse el interés del 20 por ciento anual desde la fecha del accidente (19 de noviembre de 2013), lo que ha estimado la sentencia recurrida con cita expresa de la STS 847/2019, de 5 de diciembre (rcud 2706/2017), que incluye como una de las causas de exoneración o moderación del pago de intereses la discusión sobre la naturaleza común o profesional de la enfermedad resultante. La sala del País Vasco llega a la conclusión de que no se dan ninguna de las excepciones y condena a Zurich al pago del incremento conforme a lo establecido en el artículo 20 LCS y a computar desde la fecha del accidente.

La sentencia aportada como contradictoria para este motivo es de esta sala 4ª de 14 de noviembre de 2000 (rcud 3857/1999), en la que se debate si los intereses previstos en el artículo 20 LCS deben imponerse, en todo caso, desde la fecha del accidente laboral o, por el contrario, esa obligación debe atemperarse en determinados casos. En el supuesto de la sentencia de contraste el actor había sido declarado en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común e impugnada esa resolución el juzgado de lo social dictó sentencia el 7 de septiembre de 1994 declarando la invalidez permanente absoluta derivada de enfermedad profesional. La sentencia fue confirmada por sentencia del tribunal superior de justicia de 30 de octubre de 1996. En el procedimiento sobre indemnización por daños y perjuicios la sala de suplicación condenó a la compañía aseguradora al pago de los intereses del 20 por ciento anual desde la fecha de efectos económicos de la incapacidad permanente total reconocida por el INSS, es decir desde el 13 de abril de 1993. La STS 14 de noviembre de 2000 (rcud 3857/1999) reitera la doctrina unificada que venía atemperando y ponderando la condena al pago de esos intereses, en casos tales como en el que hace falta un procedimiento judicial para concretar la aseguradora responsable o la naturaleza de la contingencia deter-

minante de la responsabilidad, supuestos en los que el retraso en el pago de la indemnización se entiende justificado. En consecuencia, la STS 14 de noviembre de 2000 (rcud 3857/1999) consideró justificado el retraso de la aseguradora porque “el procedimiento laboral que se siguió para decidir si la hipoacusia del actor tenía su causa en una enfermedad común o en un accidente de trabajo debe de calificarse de necesario a estos efectos, desde el momento en que el INSS había declarado al demandante afecto de una invalidez permanente absoluta derivada de enfermedad común, y fue precisamente en la sentencia judicial que atendió la demanda del trabajador en donde se declaró que la indicada enfermedad merecía la condición de accidente de trabajo por tratarse de una enfermedad profesional no listada; y tanto más necesario el juicio cuanto que hubo de ser instado por el propio beneficiario de la prestación y no por la Compañía Aseguradora”. El fallo condena a la compañía al abono de intereses desde la fecha de la sentencia que declaró el origen profesional de la enfermedad causante de la invalidez.

En coincidencia con lo informado por el Ministerio Fiscal, apreciamos que existe contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste invocada en este segundo motivo de casación. En efecto, ante supuestos de hecho sustancialmente iguales, en los que es necesario un pronunciamiento judicial para determinar si la incapacidad permanente deriva de contingencia común o de contingencia profesional, las sentencias llegan a pronunciamientos contradictorios: la sentencia recurrida condena al abono de los cantidades del artículo 20 LCS desde la fecha del accidente y no desde la fecha de la sentencia en la que se declaró que la incapacidad derivaba de contingencia profesional, mientras que, por el contrario, la sentencia de contraste condena al abono de las cantidades del artículo 20 LCS desde la fecha de la sentencia que declaró el origen profesional de la invalidez.

4. El artículo 20 LCS establece que, si el asegurador incurre en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios se ajustará a las reglas que el propio precepto dispone.

Entre tales reglas está la núm. 8, de conformidad con la cual “no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable.”

La doctrina correcta es la de la sentencia de contraste.

La propia sentencia del TSJ del País Vasco recurrida, por lo demás muy razonada y argumentada, menciona expresamente en su fundamento de derecho duodécimo la STS 847/2019, de 5 de diciembre (rcud 2706/2017).

Y lo que sucede es que esta última sentencia, citando de forma expresa la STS 14 de noviembre de 2000 (rcud 3857/1999), que es precisamente la sentencia aportada como referencial, incluye entre los casos de exclusión de la indemnización por mora de la regla núm. 8 del artículo 20 LCS la discusión de “la naturaleza común o profesional” de la contingencia.

En efecto, la STS 14 de noviembre de 2000 (rcud 3857/1999) señala que el retraso de la compañía aseguradora en el abono de la prestación aparece justificado a los efectos del artículo 20 LCS, “puesto que no se le podía exigir el abono de la prestación y por consiguiente del recargo hasta tanto no se resolviera sobre la naturaleza común o profesional del hecho causante del siniestro del que había de responder, (r) azón por la cual habrá de ser desde la firmeza de aquella resolución que resolvió sobre tal punto desde cuando habrá que exigir de la aseguradora el abono del recargo.”

Este criterio es reafirmado por la STS 384/2017, de 3 de mayo (rcud 3452/2015), por la ya mencionada STS 847/2019, de 5 de diciembre (rcud 2706/2017), y por las SSTS 404/2022, de 10 de mayo (rcud 224/2019), y 851/2022, de 26 de octubre (rcud 1108/2019), si bien en los supuestos resueltos por estas sentencias no se considera aplicable, porque en ellos no se discutía la naturaleza común o profesional de la contingencia, sino otras cuestiones que no son causa justificada de exención a los efectos de la regla núm. 8 del artículo 20 LCS. También puede ser de interés el supuesto examinado por la STS 153/2023, de 22 de febrero (rcud 1407/2020), si bien en esta sentencia de apreció falta de contradicción. Y mencionamos, finalmente, la reciente STS 399/2023, de 6 de junio (rcud 1060/2020).

En el presente caso, la resolución administrativa de 31 de mayo de 2016 declaró que la incapacidad permanente total derivaba de enfermedad común y fue la sentencia de la sala de lo social del TSJ del País Vasco de 24 de octubre de 2017 (rec. 1842/2017) la que finalmente determinó que la incapacidad permanente total derivaba de contingencia profesional. Por lo que es plenamente apli-

cable la doctrina de la STS 14 de noviembre de 2000 (rcud 3857/1999) que señala que, a los efectos del artículo 20 LCS, a la compañía aseguradora no se le podía exigir responsabilidad hasta tanto no se resolviera sobre la naturaleza común o profesional del hecho causante del siniestro del que había de responder, razón por la cual habrá de ser desde la firmeza de la resolución que resolvió sobre tal punto desde cuando habrá que exigir la responsabilidad de la aseguradora. Ha de reiterarse que, en el actual supuesto, fue la sentencia de la sala de lo social del TSJ del País Vasco de 24 de octubre de 2017 (rec. 1842/2017) la que determinó que la incapacidad permanente total derivaba de contingencia profesional.

5. En consecuencia, debemos casar y anular parcialmente la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de enero de 2020 (rec. 2264/2019), aclarada por el auto de 4 de febrero de 2020, eliminando de su fallo la expresión “desde la fecha del accidente de trabajo que tuvo lugar el 19 de noviembre de 2013”, que queda sustituida por la expresión “desde la firmeza de la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de octubre de 2017 (rec. 1842/2017)”, y confirmando el resto de sus pronunciamientos.

QUINTO.- La desestimación de los recursos del Gobierno Vasco y del trabajador y la estimación parcial del recurso de la compañía aseguradora

1. De acuerdo con lo razonado, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede: la desestimación, en la actual fase procesal, de los recursos de casación del Gobierno Vasco y del trabajador y la estimación del segundo motivo del recurso de la compañía aseguradora. Se casa y anula parcialmente la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de enero de 2020 (rec. 2264/2019), aclarada por el auto de 4 de febrero de 2020, eliminando de su fallo la expresión “desde la fecha del accidente de trabajo que tuvo lugar el 19 de noviembre de 2013”, que queda sustituida por la expresión “desde la firmeza de la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de octubre de 2017 (rec. 1842/2017)”, y confirmando el resto de sus pronunciamientos.

2. En el recurso interpuesto por el Gobierno Vasco procede la imposición de costas a dicho

Gobierno en la cuantía de 1.500 euros (artículo 235.1 LRJS).

Sin imposición de costas en el recurso interpuesto por el trabajador ni en el recurso interpuesto por la compañía aseguradora, acordándose, en este último recurso, la devolución de los depósitos y debiendo darse el destino legal a la consignación en su caso efectuada (artículos 228.2 y 235.1 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 los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el Gobierno Vasco y por don Rogelio.

2. Estimar parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Zurich Insurance Public Limited Company, Sucursal en España.

3. Casar y anular parcialmente la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de enero de 2020 (rec. 2264/2019), aclarada por el auto de 4 de febrero de 2020, eliminando de su fallo la expresión “desde la fecha del accidente de trabajo que tuvo lugar el 19 de noviembre de 2013”, que queda sustituida por la expresión “desde la firmeza de la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de octubre de 2017 (rec. 1842/2017)”, y confirmando el resto de sus pronunciamientos.

4. En el recurso interpuesto por el Gobierno Vasco procede la imposición de costas a dicho Gobierno en la cuantía de 1.500 euros. Sin imposición de costas en el recurso interpuesto por don Rogelio ni en el recurso interpuesto por la compañía aseguradora, acordándose, en este último recurso, la devolución del depósito y debiendo darse el destino legal a la consignación en su caso efectuada.

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

Así se acuerda y firma.

Por **Jose Manuel Villar Calabuig**
Abogado

INTERESES MORATORIOS ART. 20 L.C.S. IMPOSICIÓN DESDE LA FIRMEZA DE LA SENTENCIA QUE RECONOCE LA CONTINGENCIA LABORAL Y NO DESDE LA FECHA DEL ACCIDENTE

Sentencia laboral que bien podía haber resuelto un accidente de tráfico, de tantos que hay, donde se discute el efecto de un accidente de baja entidad/intensidad que agrava un estado previo importante, de años de evolución, y la contingencia laboral del proceso de baja laboral y la posterior declaración de incapacidad permanente total. Como suele ser habitual, se reconoce inicialmente la contingencia laboral del accidente hasta que, por las pruebas médicas, se comprueba un estado previo importante y la mutua patronal revoca la baja como laboral, remitiendo al lesionado a su médico de atención primaria para seguir la baja como enfermedad común. También suele ser habitual que, en una primera impugnación, la inspección médica confirme la postura de la mutua patronal y deba ser en los juzgados de lo social donde se acabe recuperando la contingencia. Así ocurrió en este caso, y la Sala acaba determinando que será la fecha de la firmeza de la previa sentencia laboral, en este caso, del TSJ del País Vasco la que determinará el *dies a quo* de los intereses punitivos en pleito distinto, donde se discutía, y se estima, la responsabilidad civil del empleador y su aseguradora.

Desestimada la demanda en primera instancia, recurre en Suplicación y el Tribunal Superior de Justicia dicta sentencia estimando parcialmente la demanda, con una importantísima reducción de la cuantía reclamada (se reconoce solo la cantidad final de 88.422,68€ incrementado en un 19,5% por las actualizaciones del Sistema de Valoración), imponiendo intereses del art. 20 de la LCS a la aseguradora desde la fecha del accidente, 19.11.2013.

A su vez, también hay que anticiparlo, el supuesto es muy particular y el fallo de la sentencia casada bien podía haber sido contrario, tal como pasó con la sentencia del juzgado de lo social, y por ello, para comentar esta sentencia, donde lo relevante es la aplicación de los intereses moratorios, es necesario, como haremos, estudiar previamente la sentencia del TSJ del País Vasco, STSJ PV 234/2020 de 28.01.2020.

Supuesto de hecho

Se trata de un accidente laboral al golpearse el trabajador, agente de la policía autonómica vasca, con la puerta del vehículo oficial cuando iba a coger unos documentos que se encontraban en el asiento del copiloto, se entiende desde el lado del conductor, sufriendo un "tirón" en la zona lumbar y estando el vehículo estacionado en el aparcamiento de la comisaría.

COMENTARIO

El trabajador había sido diagnosticado hacía más de diez años (accidente 2013, antecedentes diagnosticados en 2001) de importantes lesiones degenerativas de columna vertebral. La mutua patronal, al comprobar en las pruebas diagnósticas dicha evolución degenerativa, denegó la contingencia, estando de baja laboral por enfermedad común durante un periodo de seis meses. Coincidiendo con el alta laboral, se le reconoce al trabajador por resolución administrativa la contingencia laboral del accidente. Tras un mes de alta, con dos recaídas, vuelve a iniciar un proceso de baja que la inspección médica, se supone, determina como enfermedad común. Está en proceso de incapacidad temporal durante dos años, con dos intervenciones durante ese tiempo, y el proceso acaba con el reconocimiento de la Incapacidad Permanente Total para su profesión, declarado como derivado de enfermedad común. Formuló demanda ante el juzgado de lo social solicitando el reconocimiento de dicha incapacidad como derivada de accidente laboral. Inicialmente es desestimada la demanda, manteniéndose la contingencia de la incapacidad, recurriendo en suplicación y obteniendo el fallo favorable del TSJ, que estima la demanda con fecha 24.10.2017 (fecha que, posteriormente, el TS tomará como inicio del devengo de los intereses punitivos del art. 20 de la LCS) y se le reconoce que la IPT deriva de accidente de trabajo.

Inicia, tras este reconocimiento laboral de su incapacidad y del proceso curativo, nueva reclamación contra el Departamento de Interior del País Vasco y contra la entidad Zu-



rich Insurance PLC Sucursal en España, con quien la primera tenía suscrito seguro de responsabilidad patronal. Este será el pleito que resuelve finalmente la sentencia que comentamos ahora.

Sentencias de instancia tras reclamación por RC.

El trabajador, vencedor en el reconocimiento de que sus lesiones e incapacidad eran consecuencia de un accidente laboral, demandó por responsabilidad patronal derivada de accidente laboral por importe de 1.500.292,12 euros, subsidiariamente a 1.237.667,97 euros, incrementada con el 20% anual derivado del seguro de responsabilidad civil, más los de demora del 10% anual, o del art. 1108, del Código Civil, y desde la fecha del accidente de trabajo.

Desestimada la demanda en primera instancia, recurre en Suplicación y el Tribunal Superior de Justicia dicta sentencia estimando parcialmente la demanda, con una importantísima reducción de la cuantía reclamada (se reconoce solo la cantidad final de 88.422,68€ incrementado en un 19,5% por las actualizaciones del Sistema de Valoración), imponiendo intereses del art. 20 de la LCS a la aseguradora desde la fecha del accidente, 19.11.2013.

El recurso del Gobierno Vasco se resuelve muy rápido, desgraciadamente, pues se utiliza una sentencia de contraste para unificación de doctrina de un supuesto con una forma de producirse el accidente (algo) diferente

La Responsabilidad se pide como consecuencia de entender que hay infracción de riesgos laborales por la insuficiencia del espacio para aparcar el vehículo y efectuar todos los movimientos que requiere su uso. Así lo va a entender también el TSJ que determina: *“Resulta indiscutible que a consecuencia de lo acaecido el 19 de noviembre de 2013 y que fue reconocido como accidente de trabajo por el propio GV y desde un primer momento, se ha producido el daño que ha culminado con la declaración de una IPT. La siguiente cuestión por delimitar es si el GV y que es el deudor de seguridad en este supuesto, adoptó en su momento las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo y a su vez generador del susodicho daño. Prueba que le incumbe por mor de lo establecido en el art. 96.2, de la LRJS. Y a través de la cual es necesario acreditar que agotó toda la diligencia que le era exigible, incluso más allá, de la establecida reglamentariamente”*. El TSJ consideró que las plazas de aparcamiento de la comisaría no cumplían con los requisitos exigibles, basándose en la ausencia de prueba del demandado y su obligación de probar, conforme establece el art. 96.2 de la LRJS, que agotó toda la diligencia que le era exigible, incluso mas allá de la establecida reglamentariamente.

Tras dedicar un amplio debate a la cuantía discutida, con desestimación de la mayor parte de las pretensión del demandante respecto de conceptos como el lucro cesante, tanto por lesiones temporales como por la incapacidad permanente, especialmente por falta de prueba, o de la cuantía reclamada por el daño moral derivado de la incapacidad permanente, o incluso el incremento que solicita de los daños morales del 300%, o subsidiariamente del 50% por el grado de culpa del Gobierno Vasco (que considera muy agravada), entra a reconocer la aplicación de intereses moratorios contra la entidad aseguradora desde la fecha del accidente, pese a que el carácter laboral de dicho accidente no es reconocido hasta cuatro años después.

Haciendo referencia a la Sentencia del TS (Social) de 5-12-2019, rec. 2706/17, entiende que la exoneración de intereses debe hacerse de forma restrictiva y que su moderación dependería de:

“a) cuando era controvertida la inclusión del actor en la póliza (STS/4a de 15 marzo 1999 -rcud. 1134/1998-);

b) cuando la postura inicial de la aseguradora estaba avalada por la interpretación jurisprudencial entonces vigente (STS/4a de 18 abril 2000 -rcud. 3112/1999-);

c) cuando se discutía la naturaleza común o profesional de la enfermedad resultante (STS/4a de 14 noviembre 2000 -rcud. 3857/1999);

d) cuando estaba en discusión la fecha del hecho causante que determinaba la vigencia de la póliza, la cual no quedó fijada hasta que se dictó, la sentencia recurrida (STS/4a de 26 junio 2001 -rcud. 3054/2000-, 10 noviembre 2006 -rcud. 3744/2005 y 30 abril 2007 -rcud. 618/2006 -);

e) cuando estaba en discusión el salario que servía de base para el cálculo...”.

Entiende el TSJ, pese al punto c) de su argumento, que no se da ninguna de estas excepciones y que *“...no puede apreciarse ninguna dificultad para que la aseguradora hubiera avanzado una cuantificación económica mínima del daño, sabedora, como era, de su obligación desde la fecha del siniestro. En consecuencia, no cabía aceptar la excusa que sí fue admitida en sede de suplicación y, en definitiva, debió, partirse en todo caso de la indicada fecha del siniestro en los términos prescritos por el art. 20.6 LCS.”.*

Recurso de Casación

Recurren en casación para la unificación de doctrina las tres partes. El recurso del Gobierno Vasco y de la aseguradora se centran en la existencia (o no) de responsabilidad empresarial declarada por accidente de trabajo que impone el TSJ y si los intereses moratorios del Art. 20 de la LCS deben ser impuestos desde la fecha del siniestro o desde que se declaración judicialmente su origen laboral. Por la peculiaridad del procedimiento social, su análisis se centrará en el estudio de la posible contradicción de la sentencia con las sentencias alegadas por las partes.

El recurso del Gobierno Vasco se resuelve muy rápido, desgraciadamente, pues se utiliza una sentencia de contraste para unificación de doctrina de un supuesto con una forma de producirse el accidente (algo) diferente. Precisamente, el debate sobre la responsabilidad hubiera sido el mas interesante de ver como lo argumentaba el Alto Tribunal. La sentencia recurrida incluye un voto particular de uno de los magistrados que muestra su desacuerdo con establecer la responsabilidad de la parte empleadora y que argumenta, posi-

blemente con acierto, con: “La circunstancia de que la incapacidad permanente total fuera declarada derivada de accidente de trabajo no es otra que la presunción contenida en el art. 156.3 de la Ley General de la Seguridad Social, puesto que el accidente se produjo en el lugar y tiempo de trabajo. Ello no significa que de todo accidente deba derivarse responsabilidad civil para la parte empleadora, puesto que la existencia de un accidente no significa necesariamente que existan faltas de medidas de seguridad”... “Debiera concluirse por todo ello que no ha quedado acreditado que la parte empleadora hubiera infringido norma alguna en materia de seguridad y salud, que la que se hubiera derivado del accidente. Este último acaeció de una forma casual o, en cualquier caso, por negligencia no temeraria del trabajador. Así lo apreció la sentencia de instancia, que debió ser confirmada.”. Es evidente la dificultad de encontrar una sentencia de contraste con unos hechos muy parecidos, pero que el tamaño de una plaza de aparcamiento (no se menciona el tamaño del coche ni si estaba mal estacionado otro de los vehículos), que se utiliza diariamente, sea la base para que si el trabajador indica que se ha golpeado con la puerta al coger unos documentos del asiento del copiloto se establezca la responsabilidad empresarial, cuanto menos, es muy complejo de entender. El TSJ se basa principalmente en la carga de la prueba, pero no se trata la carga de la prueba de la existencia del daño derivado de esa posible falta de medidas, pues solo se menciona el tamaño de las plazas. No había denuncias ni quejas previas, no queda clara la lesión que sufre por el golpe con la puerta, pues un tirón (o contractura) no justifica el periodo de IT y menos las intervenciones, que solo se explican por el estado previo.



El recurso del actor, previa llamada de atención del tribunal por adolecer de la falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción como exige el art. 224.1 a) de la LRJS, entra a conocer del mismo *apurando a satisfacción de la tutela judicial efectiva*. No entraremos en detalle de los dos primeros motivos, que se aplique el coeficiente corrector a las lesiones permanentes y el lucro cesante por incapacidad temporal y la incapacidad permanente, pues se resuelven por insuficiencia de prueba. Sí destacamos el tercer motivo, aplicar un coeficiente multiplicador (300% o subsidiariamente del 50%) que sobrepase el máximo tarifado en el baremo para que sea adecuada, pero mas por lo estrambótico de la solicitud que por la argumentación de la sentencia, que podríamos reducir a: *“La sentencia recurrida desestima el motivo por la primera razón de que la responsabilidad del Gobierno Vasco está atenuada hasta el punto de exonerarse de lo ahora reclamado, no existiendo base fáctica para afirmar que la responsabilidad es “muy agravada”*.

El recurso de la aseguradora, que finalmente es el único que va a ser estimado, respecto de la imposición de intereses moratorios desde la fecha del accidente, también impugnaba la responsabilidad patronal apreciada por el TSJ del País vasco, utilizando para ello la contradicción con una sentencia de TSJ de Castilla La Mancha donde el origen era una torcedura al salir del vehículo de la empresa. Así, se considera que hay falta de contradicción, precisamente, porque en la sentencia recurrida se discute si la causa del daño es el tamaño de las plazas, que finalmente se ha considerado que no se adecuaban a los requisitos exigidos y que el accidente es causa, al golpearse con la puerta por ir a sacar unos documentos, de ello.

Respecto de la imposición de intereses moratorios, fijados desde la fecha del accidente, la sentencia contradictoria es la STS 14 de noviembre de 2000, sala 4ª y recurso 3857/1999, que *reitera la doctrina unificada que venía atemperando y ponderando la condena al pago de esos intereses, en casos tales como en el que hace falta un procedimiento judicial para concretar la aseguradora responsable o la naturaleza de la contingencia determinante de la responsabilidad, supuestos en los que el retraso en el pago de la indemnización se entiende justificado*.

Apreciada la contradicción entre ambas sentencias, con mención a diversas sentencias donde se mantiene el mismo criterio, el Alto Tribunal va a casar la sentencia con base en que *“es plenamente aplicable la doctrina de la STS 14 de noviembre de 2000 (rcud 3857/1999) que señala que, a los efectos del artículo 20 LCS, a la compañía aseguradora no se le podía exigir responsabilidad hasta tanto no se resolviera sobre la naturaleza común o profesional del hecho causante del siniestro del que había de responder, razón por la cual habrá de ser desde la firmeza de la resolución que resolvió sobre tal punto desde cuando habrá que exigir la responsabilidad de la aseguradora. Ha de reiterarse que, en el actual supuesto, fue la sentencia de la sala de lo social del TSJ del País Vasco de 24 de octubre de 2017 (rec. 1842/2017) la que determinó que la incapacidad permanente total derivaba de contingencia profesional. “*.

Será, por tanto, el momento de la determinación de la naturaleza común o profesional del hecho causante la base para determinar el inicio del devengo de intereses, siendo esto, seguramente, lo mas correcto.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Reclamación de indemnización por los daños causados por unas obras de excavación en una línea eléctrica enterrada. Se estima parcialmente el recurso interpuesto por las demandantes, al considerar que la interrupción de la prescripción llevada a efecto contra la constructora causante del daño -asegurada- produce eficacia con respecto a su aseguradora. En cambio, entiende la Sala, que la reclamación extrajudicial dirigida exclusivamente contra la compañía de seguros no interrumpe la prescripción de la acción del perjudicado contra el asegurado causante del daño.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 11 de septiembre de 2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos resolutorios del presente recurso de casación hemos de partir de los antecedentes siguientes:

1.1 *La pretensión ejercitada en la demanda y la oposición de las codemandadas*

Las entidades actoras Mapfre Global Risks y Red Eléctrica de España, S.A. interpusieron demanda contra Ferrovial Agromán, S.A., Azvi, S.A., y la compañía aseguradora de esta última Caser Seguros, S.A., con el fin de que se les condenase al abono del importe de la reparación de los daños ocasionados, el 3 de septiembre de 2010, en una de las fases de la línea trifásica soterrada, propiedad de Red Eléctrica, perforada por un diente de una pala excavadora, en el tramo que estaba llevando a cabo la UTE Chamartín T4, constituida por las mercantiles demandadas, de conexión del

ferrocarril desde la estación de Chamartín a la T4.

Las demandadas Caser y Ferrovial opusieron, entre otras, la excepción de prescripción de la acción ejercitada; mientras que Azvi, S.A., fue declarada en rebeldía en primera instancia.

1.2 El proceso de primera instancia

Seguido el proceso, ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 96 de Madrid, por lo cauces del juicio ordinario 118/2017, finalizó el procedimiento por sentencia desestimatoria de la demanda al acogerse la excepción de prescripción opuesta.

En tal sentido se razonó que, al ejercitarse una acción civil de responsabilidad extracontractual al amparo del art. 1902 CC, estaba sujeta al plazo de un año establecido en el art. 1968.2 de dicho texto legal. El día inicial del plazo prescriptivo coincide con la fecha del siniestro, esto es el 3 de septiembre de 2010, y como quiera que la demanda se presentó el día 1 de febrero de 2017, la acción se hallaba prescrita. El documento n.º 7 de los aportados por la actora consistente en un acuse de recibo de un burofax enviado a la UTE Chamartín T4, el día 29 de noviembre de 2010, y posterior de 8 de noviembre de 2011 (documento n.º 8), no podían interrumpir la prescripción como reclamación extrajudicial, dado que el primero de ellos no contiene el texto de lo enviado a la parte demandada.

1.3 La sentencia de segunda instancia

Contra dicha sentencia se interpuso por las demandantes recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección novena de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el juzgado.

El tribunal partió de la base de que la cuestión de si ha prescrito la acción debe examinarse distinguiendo las reclamaciones a la UTE Chamartín T4 de las dirigidas a la aseguradora Caser. La razón para ello es la consideración de que nos encontramos ante un caso de solidaridad impropia en función de la cual la interrupción de la prescripción frente a las sociedades integrantes de la UTE no interrumpe la prescripción frente a la aseguradora, y las reclamaciones dirigidas a la compañía Caser no interrumpen, tampoco, la prescripción de la acción contra las integrantes de la UTE (Ferrovial Agromán, S.A., y Azvi, S.A.), como así resulta, se ra-

zonó, de la interpretación jurisprudencial de los artículos 1973 y 1974 del Código civil y de la doctrina de la STS 709/2016, de 25 de noviembre. Y tras transcribir la fundamentación de tal resolución añade:

“1) En relación con Ferrovial Agromán, SA y Azvi, SA, las únicas reclamaciones extrajudiciales que les dirigió la parte actora son las que constan en los documentos 7, 8 y 9 de la demanda. Son burofaxes dirigidos a la UTE Chamartín T4 en fechas respectivas 29/11/2010, 8/11/2011 y 5/11/2012. Aunque se admitiera el efecto interruptivo de la prescripción de tales burofaxes, es claro que desde el último de ellos hasta la presentación de la demanda el 1 de febrero de 2017 han transcurrido más de cuatro años, luego la acción está prescrita (artículo 1968.2º del Código civil).

“2) Respecto de la aseguradora Caser, las reclamaciones extrajudiciales que alega la parte actora son los correos intercambiados entre empleados de Mapfre y empleados de Caser que se aportaron como documento 10 de la demanda (con diversos apartados), que abarcan desde el 23 de octubre de 2013 (folio 136) al 3 de febrero de 2016 (folio 144). Desde que ocurrió el siniestro el 3 de septiembre de 2010 hasta esa primera reclamación a Caser el 23 de octubre de 2013 ha transcurrido igualmente plazo muy superior al año, luego esta acción también está prescrita, conforme al mismo artículo 1968.2º del Código civil”.

1.4 Recurso de casación

Contra dicha sentencia las demandantes interpusieron el recurso de casación cuya decisión nos corresponde, en el que cuestionan la prescripción de la acción apreciada por la resolución del tribunal provincial.

SEGUNDO.- El motivo del recurso de casación

El motivo de casación se fundamenta en la inexistencia de prescripción de la acción, se cita como infringido el art. 1974 CC, y como doctrina jurisprudencial vulnerada la de las sentencias 865/2008, de 1 de octubre y 161/2019, de 14 de marzo.

El recurso no hace supuesto de la cuestión, pues, en su fundamento de derecho tercero en su apartado 1), la Audiencia señala que “son burofaxes dirigidos a la UTE Chamartín T4, en fechas respectivas 29/11/2010, 8/11/2011 y

5/11/2012” y añade “aunque se admitiera el efecto interruptivo de tales burofaxes”, por lo tanto, no lo niega, “es claro que desde este último de ellos hasta la presentación de la demanda el 1 de febrero de 2017 han transcurrido más de cuatro años, luego la acción está prescrita”

En definitiva, el recurso plantea a esta sala un problema de derecho material o sustantivo, cita el precepto que se considera infringido, así como una jurisprudencia sobre la solidaridad en las reclamaciones de responsabilidad civil extracontractual y los efectos que desencadenan las reclamaciones extrajudiciales formuladas al asegurado con respecto a su compañía aseguradora.

Este tribunal ha elaborado la doctrina de las causas absolutas y relativas de inadmisibilidad, fijada en el auto del pleno de esta Sala 1ª de 6 de noviembre de 2013 (recurso 485/2012), asumida en resoluciones posteriores como las sentencias 577/2015, de 5 de noviembre; 667/2016, de 14 de noviembre; 292/2017, de 12 de mayo; o más recientemente 142/2021, de 15 de marzo; 629/2021, de 27 de septiembre; 658/2021, de 4 de octubre; 843/2021, de 9 de diciembre; 283/2022, de 4 de abril, o 1032/2022, de 23 de diciembre, entre otras muchas. Según tal doctrina:

“[...] puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo del recurso, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la ex-

posición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia (sentencias 667/2016, de 14 de noviembre, con cita de la 439/2013, de 25 de junio; 2/2017, de 10 de enero y 149/2017, de 2 de marzo)”.

No concurren pues los motivos de inadmisión alegados.

TERCERO.- Estimación del recurso

El recurso debe ser estimado, toda vez que la sentencia del tribunal provincial hace una interpretación de la solidaridad y de los vínculos existentes entre la compañía de seguros demandada y el asegurado causante del daño, que no coincide con la jurisprudencia de esta Sala en tanto en cuanto considera que la interrupción de la prescripción llevada a efecto contra Azvi S.A., como integrante de la UTE Chamartín T4, no produce efectos con respecto a su compañía aseguradora Caser.

En efecto, para la decisión del recurso es necesario distinguir sendos planos. El primero de ellos, es el que deriva de la existencia de un contrato de seguro, conforme al cual la interrupción de la prescripción mediante reclama-



ción extrajudicial contra el asegurado afecta directamente a la aseguradora, puesto que ésta debe hacer honor al compromiso adquirido con su cliente de garantizarle la indemnidad patrimonial por mor de los daños causados a terceros dentro de los límites del contrato suscrito (arts. 73 y 76 LCS). El otro nace de las reclamaciones extrajudiciales practicadas, exclusivamente, contra la compañía de seguros, y su efecto de interrupción de la prescripción de la acción que compete a la víctima frente a los causantes del siniestro.

Con respecto a este segundo plano de la cuestión controvertida, hemos señalado en la sentencia de pleno 332/2022, de 27 de abril, que las reclamaciones extrajudiciales dirigidas únicamente contra la compañía de seguros no producían los efectos de interrumpir la prescripción de la acción contra el asegurado dada la opción elegida por el perjudicado. Y así en la precitada resolución señalamos que:

“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”.

En consecuencia, es correcta la sentencia de la audiencia provincial cuando considera prescrita la acción contra Ferrovial Agroman, máxime cuando entre esta entidad y la compañía de seguros Caser no existen vínculos contractuales de clase alguna, por lo que las reclamaciones dirigidas a la aseguradora no pueden afectar a dicha codemandada, como tampoco interrumpen la prescripción de la acción contra Azvi, S.A., en virtud de la doctrina jurisprudencial antes citada. En consecuencia, la acción se encuentra prescrita en relación con ambas demandadas.

Por el contrario, debemos dar la razón a las recurrentes en lo que concierne a la acción directa entablada contra Caser, S.A., puesto que los burofaxes dirigidos a la UTE, en la que se encontraba integrada Azvi, asegurada en dicha compañía, sí interrumpen la prescripción con respecto a Caser, S.A., como así lo declaramos en las sentencias 865/2008, de 1 de octubre y 161/2019, de 14 de marzo, citadas en el recurso de casación, así como, posteriormente, en las sentencias 171/2021, de 26 de marzo, 129/2022, de 11 de febrero y 294/2022, de 6 de abril.

Y así, en esta última sentencia, dijimos que:

“1.- Tradicionalmente, la jurisprudencia consideraba que la reclamación hecha a un deudor solidario interrumpía la prescripción respecto a todos, sin necesidad de que hubiera existido un requerimiento específico a cada deudor solidario, pues se entendía que la obligación es solidaria desde que existe, desde que se produce el daño, siendo la sentencia declarativa y no constitutiva de la obligación. No obstante, a partir del Acuerdo del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003, se distinguió, a estos efectos, entre solidaridad propia e impropia, en los siguientes términos:

““El párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal, sin que pueda extenderse al ámbito a la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente”.

“2.- Conforme a la jurisprudencia dictada con posterioridad a ese Acuerdo de Pleno, como la solidaridad no nace de un vínculo preexistente, sino del acto ilícito productor del daño, en virtud de la sentencia que así lo declara, los actos interruptivos operan individualmente respecto a las personas frente a quienes se han ejercitado y no respecto a las demás, por lo que no es aplicable el art. 1974.I CC.

“3.- Sin embargo, esta jurisprudencia, que es en la que parece basarse la sentencia recurrida, no es aplicable al caso, puesto que no es predicable respecto de las relaciones entre asegurado y asegurador, como han declarado las sentencias 161/2019, de 14 de marzo, y 171/2021, de 26 de marzo.

“La entidad aseguradora no concurre con su conducta a la producción del daño, sino que asegura su cobertura merced al contrato de seguro, hasta el punto de que el perjudicado, conforme al art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), puede demandar solamente a la aseguradora y no al asegurado, causante y origen del daño.

“4.- Como recuerda la sentencia 129/2022, de 21 de febrero:

““En esta clase de seguros [de responsabilidad civil], si no existe responsabilidad civil en el asegurado, de manera tal que su patrimonio pueda verse afectado en virtud de un título de imputación jurídica que implique deba hacerse cargo de un daño (art. 1911 CC), no puede haber responsabilidad de la compañía aseguradora; pues declararlo así implicaría que el daño discursiera por derroteros distintos a los contemplados por las partes a la hora de contratar el seguro. No puede existir una responsabilidad por la mera asegurabilidad, de forma que la existencia de una póliza de seguro dé amparo a reclamaciones de daños fuera de la órbita de la ley y del contrato, como exige el art. 73 de la LCS para la operatividad de la cobertura objeto del proceso”.

“En consecuencia, si la responsabilidad de la aseguradora, que se exige mediante la acción directa, tiene como presupuesto la responsabilidad del asegurado, la reclamación extrajudicial a éste también interrumpe la prescripción respecto de la aseguradora, conforme a la previsión contenida en el art. 1974.I CC”.

CUARTO.- Asunción de la instancia y estimación del motivo

No podemos aceptar, por lo tanto, la tesis sustentada por la sentencia del tribunal provincial, en tanto en cuanto priva de eficacia a las reclamaciones extrajudiciales practicadas mediante los burofaxes dirigidos contra la code mandada Azvi, S.A., al entrar en colisión con la doctrina jurisprudencial antes transcrita.

Hemos de partir de la consideración previa de que la prescripción es una institución que, no fundada en principios de estricta justicia sino en la presunción de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho, determina que su aplicación por los tribunales deba ser cautelosa y restrictiva (SSTS 877/2005, de 2 de noviembre; 134/2012, de 27 de febrero; 623/2016, de 20 de octubre; 708/2016, de 25 de noviembre, 721/2016, de 5 de diciembre; 326/2019, de 6 de junio; 279/2020, de 10 de junio, y 751/2021, de 2 de noviembre, entre otras muchas).

En el caso que nos ocupa, producido el siniestro el 3 de septiembre de 2010, la prescripción es interrumpida, sucesivamente, por los burofaxes de 29/11/2010, 8/11/2011 y 5/11/2012, dirigidos contra la UTE, en la que está integrada la asegurada Azvi, S.A., bajo un régimen de responsabilidad solidaria, como consta en la cláusula cuarta de la escritura de constitución de la UTE de 20 de febrero de 2007, en la que se establece, bajo el epígrafe participación:, que “Los comparecientes aceptan, según intervienen para sus respectivas representaciones la responsabilidad solidaria e ilimitada de todas y cada una las obligaciones que asuma la Unión Temporal de Empresas”, y en el artículo 15, intitulado solidaridad, consta que: “Las empresas de la Unión Temporal responderán solidaria e ilimitadamente por los actos y operaciones en beneficio común”.

Es el juzgado de primera instancia quien rechaza otorgar efectos interruptivos a la reclamación por medio del burofax de fecha 29 de noviembre de 2010, mientras que la sentencia de la audiencia no le niega expresamente tal eficacia.

Como se señala por las demandantes dicho burofax debe considerarse como reclamación de la presente deuda extracontractual.

En efecto, en el aviso del servicio de Correos consta que fue dirigido a la UTE T4 (Ferroviario Agromán y Azvi), que se envió a las 12:23:09 horas del indicado día, y que se recibió a las 17:01 horas siguientes.

Es cierto que, por error, la carta remitida por tal vía se dirigía a la UTE T4 Cercanías, pero en ella se reseña el lugar y el concreto tramo en que se produjo el siniestro, con lo que fácil les resultaba a las demandadas deducir que se trataba de las obras por ellas ejecutadas y que, por lo tanto, de las que debían responder, no en vano el burofax se les envió a su dirección y a su nombre, con la finalidad transcrita de que sirviese como reclamación a los efectos del art. 1973 del CC.

En las ulteriores reclamaciones efectuadas ya se suple dicha equivocación, con referencia al mismo tramo de la línea de transporte de energía eléctrica en que supuestamente se causó el daño.

El documento número cuatro aportado en la audiencia previa explica dicho error y como, tras la contestación de la UTE Cercanías T4, se dirigió la reclamación contra la UTE T4 (Ferrovial Agromán y Azvi), formada por las demandadas, mediante el burofax de 29 de noviembre de 2010, al tomar constancia de la entidad res-

ponsable, aunque se remitió, con dicho burofax, la carta en que se hacía referencia a aquella otra unión temporal.

Las otras reclamaciones posteriores ya contenían carta referente a la UTE Chamartín. Los burofaxes se enviaron a la dirección facilitada por la UTE Cercanías, y, además, el primero de ellos fue entregado y aceptado por la UTE Chamartín T4 constituida por las demandadas, con lo que difícilmente cabe cuestionar dicha dirección. Con respecto a los otros burofaxes se optó por no recogerlos, lo que no puede perjudicar a las demandantes (sentencias 1172/1994, de 24 de diciembre y 142/2020, de 2 de marzo, entre otras).

Por lo tanto, las reclamaciones extrajudiciales de 29/11/2010, 8/11/2011 y 5/11/2012, dirigidas a la UTE de la que forma parte Azvi, S.A., interrumpen el plazo de prescripción de la acción formulada contra la compañía aseguradora de ésta última Caser Seguros, S.A., y las otras reclamaciones extrajudiciales dirigidas ya directamente contra Caser producen tales efectos ex-



clusivamente contra la precitada compañía de seguros en virtud del conjunto argumental antes expuesto.

Hemos manifestado, por ejemplo, en la sentencia 972/2011, de 10 de enero de 2012, cuya doctrina reproduce la más reciente sentencia 541/2021, de 15 de julio, 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, RC n.º 2177/1991, 27 de septiembre de 2005, RC n.º 433/1999, 12 de noviembre de 2007, RC n.º 2059/2000, 6 de mayo de 2010, RC n.º 1020/2005), y su acreditación es carga de quien lo alega”.

Pues bien, el burofax de 29 de noviembre de 2010 iba dirigido a las demandadas y fue recibido por éstas, aportaba datos de la reclamación que se efectuaba e identificaba claramente el concreto tramo en que se produjeron los daños y en qué consistieron, por lo que no podían albergar dudas de que la reclamación se realizaba contra ellas, aunque por error figurarse en la carta UTE T4, Cercanías; por último, también se reseñaba que se enviaba el burofax para interrumpir la prescripción.

El mencionado artículo 1973 del CC no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción, por lo que cualquiera de ellos puede servir para tal fin; con lo que se puede afirmar que esta cuestión puede plantear un problema de prueba de la existencia de la reclamación y de su fecha, en este caso inexistente, pero no un problema de forma (sentencias 97/2015, de 24 de febrero y 541/2021, de 15 de julio, entre otras).

La validez del burofax como medio de interrupción de la prescripción fue reconocida, por ejemplo, en la sentencia 647/2023, de 3 de mayo, entre otras, como también “el intercambio de correspondencia por cartas” (SSTS

877/2005, de 2 de noviembre y 142/2020, de 2 de marzo, las cuales citan a su vez las sentencias de 16 de marzo de 1961, 22 de septiembre de 1984, 12 de julio de 1990, 21 de noviembre de 1997 y 21 de marzo de 2000), y, por lo tanto, también mediante correo electrónico (STS 704/2016, de 25 de noviembre).

Por lo tanto, la acción no está prescrita contra la aseguradora, aunque sí con respecto a las otras mercantiles demandadas.

QUINTO.- Consecuencias de la estimación del recurso

Procede la devolución de las actuaciones a la Audiencia para que dicte la sentencia correspondiente, como así hemos resuelto en casos similares al presente, como en la STS 62/2018, de 5 de febrero, en que indicamos:

“Al considerar esta Sala que no existe la prescripción que ha sido apreciada por la sentencia impugnada, procede casar la sentencia recurrida y devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que, teniéndose por interpuesta la demanda en tiempo, se resuelva sobre las pretensiones formuladas en la misma. Así se ha acordado en sentencias como la 285/2009, de 29 abril (dictada por la sala en pleno al resolver Recurso 325/2006 por considerar procedente en tal caso “devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por extinguida ni caducada, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas (...)),” teniendo en cuenta que “otra solución distinta traería consigo que la casi totalidad del asunto quedara privada de la segunda instancia y esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado a la revisión total de los problemas procesales y probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba”.

En el mismo sentido, SSTS 899/2011, de 30 de noviembre; 721/2014, de 17 de diciembre; 97/2015, de 24 de febrero; 623/2016, de 20 de octubre; 710/2018, de 18 de diciembre, 161/2019, de 16 de marzo o más recientemente 985/2023, de 20 de junio, entre otras.

Lógicamente la sentencia de la audiencia ha de partir de la base de que la acción ha prescrito con respecto a las demandadas Ferrovial Agromán, S.A., y Azvi, S.A.

SEXTO.- Costas y depósito

De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.2 LEC, no se impone a la parte recurrente las costas del recurso de casación referentes a la entidad Caser, pero sí las concernientes a las otras codemandadas con respecto a las cuales el recurso no se estima.

Procede la devolución del depósito constituido para recurrir conforme a la disposición adicional quince, apartado 8, de la 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- Estimar, en parte, el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Mapfre Global Risks y Red Eléctrica de España, S.A., contra la sentencia de 7 de marzo de 2019, dictada por la sección novena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación 946/2018, ratificando dicha resolución por lo que respecta a la estimación de la prescripción de la acción con relación a las codemandadas Ferrovial Agromán, S.A., y Azvi, S.A.

2.º- Casar la sentencia recurrida, que se deja sin efecto, en lo concerniente a la apreciación

de la excepción de prescripción con respecto a la demanda dirigida contra la compañía aseguradora Caser Seguros, S.A.

3.º- Devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que, con carácter preferente, resuelva sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, si bien con sujeción a lo ya decidido por esta Sala 1.ª sobre la desestimación de la prescripción exclusivamente en relación con dicha compañía aseguradora, con respecto a la cual la acción ejercitada no se encuentra prescrita.

4.º- No se impone a la parte recurrente las costas del recurso de casación referentes a la entidad Caser Seguros, S.A., pero sí las concernientes a las otras codemandadas con respecto a las cuales el recurso de casación no se estima.

5.º- Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir.

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 **Juan Antonio Armenteros Cuetos**
Abogado

Me veo en la obligación de empezar por poner de manifiesto lo complicado que me resulta comentar una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de la que ha sido ponente Don José Luis Seoane Spiegelber, y ello por cuanto ha sido mi profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña de las dos asignaturas de Derecho Procesal y posteriormente desde que empecé a ejercer, magistrado de la Audiencia Provincial de A Coruña, hasta su marcha al Tribunal Supremo. Es decir, primero durante la carrera y posteriormente en todos los años que llevo de ejercicio profesional, ha sido un absoluto referente profesional y de conocimiento.

Dejando al margen este comentario introductorio y entrando a comentar la referida sentencia, la misma aborda un supuesto que a menudo se nos presenta a todos los abogados que nos dedicamos al mundo del seguro y en concreto a los abogados de Compañías de Seguros que llevamos lo que vulgarmente se conoce como “recobros” es decir, la reclamación extrajudicial o en su caso judicial, al tercero responsable, de la indemnización abonada por la aseguradora a su asegurado y ello de conformidad con el artículo 43 LCS. No deja de ser curioso que en el ámbito del seguro de daños, el asegurado dispone de un plazo de dos años para reclamar a su propia compañía de seguros conforme al artículo 23 LCS y sin embargo sólo uno, tanto el asegurado, como la aseguradora que se subroga en

Resulta evidente que el plazo de un año que establece el artículo 1968 CC es un plazo extremadamente corto, que quizás conviniese armonizar con otros plazos de prescripción como los de la LCS o la LOE y de ahí que en dicho ámbito exista una gran problemática.

sus derechos conforme al contrato de seguro y el artículo 43 LCS, para reclamar al responsable con base en el artículo 1902 CC, es decir, con base en una responsabilidad civil extracontractual, lo cual supone que en muchos casos los abogados nos veamos en la obligación de agotar los plazos e interrumpir la prescripción, en tanto en cuanto no se liquida el siniestro, se conoce quién o quienes son los responsables, etc...

Resulta evidente que el plazo de un año que establece el artículo 1968 CC es un plazo extremadamente corto, que quizás conviniese armonizar con otros plazos de prescripción como los de la LCS o la LOE y de ahí que en dicho ámbito exista una gran problemática, y tanta necesidad de interrumpir la prescripción, tanta incertidumbre, tanta litigiosidad y jurisprudencia enfrentada, como viene a reconocer la sentencia comentada, que casa las dictadas por el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial que había estimado la prescripción de la acción frente a todos los demandados, dictando nueva

COMENTARIO

sentencia que considera no existe prescripción frente a la aseguradora pero sí frente a los asegurados.

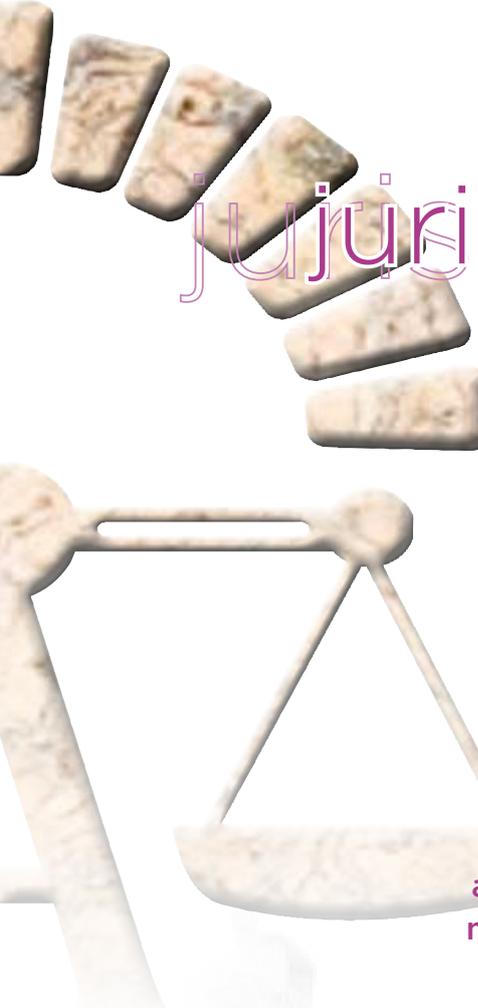
La misma resuelve, en mi opinión, de forma acertada, los efectos de la interrupción de la prescripción cuando la misma se realiza en el ámbito de la solidaridad y en atención a los artículos 73 y 76 LCS, considerando que la interrupción de la prescripción frente al asegurado interrumpe también la prescripción frente a la aseguradora y no al revés, es decir, la interrupción de la prescripción frente a la aseguradora no tiene efectos frente al asegurado.

Se citan en la sentencia, otras dos antecedentes de 15 de septiembre de 2017 y 5 de junio de 2019, en cuyas resoluciones se concluye que las acciones contra asegurado y su aseguradora son acciones, derechos y obligaciones distintos, la primera con base en el artículo 1902 y la segunda con base en el artículo 76 LCS, por lo que las reclamaciones extra-judiciales dirigidas sólo frente a la aseguradora, cuya responsabilidad es directa, no tienen virtualidad para interrumpir la prescripción frente al asegurado, pues no opera la regla de la solidaridad prevista en el artículo 1974.1 CC

Por el contrario, citando también como antecedentes las sentencias de 26 de marzo de 2021 y 6 de abril de 2022, la responsabilidad que se exige a la aseguradora mediante la acción directa tiene como presupuesto la responsabilidad de su asegurado, por lo que las reclamaciones extracontractuales frente al asegurado, interrumpen la acción también frente a la aseguradora, con base en la solidaridad que recoge el artículo 1974.1 CC.

Para terminar, simplemente decir, que resulta muy conveniente, siempre que conozcamos los datos, interrumpir la prescripción siempre frente asegurado y aseguradora, y ello al objeto de evitar problemas como los que aborda la resolución comentada, y que podrían suponer una derivación de responsabilidad civil contra el letrado director del asunto.





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Se desestima la acción interpuesta por el perjudicado frente al Consorcio de Compensación de Seguros, en la que reclamaba el coste del tratamiento con la hormona del crecimiento a consecuencia del déficit de HG que padece, como resultado del daño cerebral que le ocasionó el accidente que trae causa y que no quedó determinado en el momento de consolidación de las secuelas. La Sala entiende que no debe ser sufragado dicho gasto por aplicación del número 6 del apartado primero del anexo LRCSCVM, según redacción dada por la Ley 21/2007, de 11 de julio, vigente a la fecha del siniestro.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 14 de septiembre de 2023
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

Los antecedentes relevantes del caso, en lo que ahora interesa, son los siguientes:

i) D. Nicanor interpuso una demanda contra el Consorcio de Compensación de Seguros en la que solicitó su condena a pagarle la cantidad de 43.742,04 euros, más los intereses legales correspondientes, y las costas.

Alegó que:

“[s]ufrió un terrible accidente de circulación [...] el 12 de octubre de 2008 que evidentemente tuvo, tiene y seguirá teniendo unas secuelas y consecuencias que no se pueden objetivar ni cuantificar de ninguna manera ya que son irreversibles, imprevisibles y para siempre [...]

“[...]

“En el año 2.008 y de acuerdo con la regla 5 (sic) del Baremo de esa época, sólo eran indemnizables para la valoración del daño corporal en accidentes de tráfico los gastos de asistencia médica, hospitalaria y farmacéuticos en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de las secuelas.

“Sin embargo, el médico forense del Juzgado que en su día informo (sic) en el procedimiento penal, indicó que los tratamientos que iba a necesitar [...] serían por el resto de su vida. Y, efectivamente, dichos tratamientos se han venido aplicando desde el alta forense, y tienen como objetivo no ya [... su] mejora [...], que también, sino que no sufra un deterioro progresivo con el paso del tiempo. Dicho deterioro lo motiva (sic) las secuelas derivadas del daño cerebral que padece [...], cuyas consecuencias nunca fueron valoradas como tal, ni por supuesto tenidas en cuenta las consecuencias y gastos que iba a tener en el futuro.

“En concreto es el tratamiento que se le aplica con HORMONA DEL CRECIMIENTO (HG) el que viene evitando el progresivo deterioro de unas funciones motoras y psíquicas que nunca fueron contempladas. Dicho tratamiento podría decirse que estabiliza y paraliza en parte [... su] deterioro progresivo [...], y que por tanto sus secuelas no han consolidado, estando [...] en un estado constante de baja lesional. Realmente podría deducirse perfectamente que [...] nunca ha recibido el alta médica desde el día del accidente.

“Lo que reclama [...] no es la secuela, ya que en su momento se dio el máximo de valoración por este concepto, sino los gastos que se han venido generando por los distintos tratamientos que está llevando que seguirán generándose de por vida (según indicaba el forense), y cuyo objeto ya no es [... su] mejora [...], sino evitar su progresiva degeneración y pérdida de calidad de vida.

“[...] nos encontramos ante un supuesto de daño patrimonial emergente, ya que todos



los gastos que se reclaman se generan tiempo después por la aplicación de los tratamientos médicos que han sido y son necesarios para que [...] pueda llevar una vida más o menos normal: dichos gastos [...] no han querido ser ni asumidos ni indemnizados [...] por el Consorcio de Compensación de Seguros.”.

ii) El Consorcio de Compensación de Seguros se opuso a la demanda.

Alegó, entre otras cosas, que había indemnizado al demandante con la suma de 763 904,72 euros, más otros 107 162,01 euros en concepto de gastos médicos hasta la consolidación de las lesiones, y que aquel no reclamaba por una nueva secuela, sino por unos gastos de rehabilitación de terapia de suministro de la hormona del crecimiento y otros que no estaba obligado a satisfacer por ser posteriores a la fecha de estabilización lesional.

iii) La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas causadas.

El juzgado admite que el tratamiento del demandante con hormona del crecimiento no solo evita su progresiva degeneración, sino que ha supuesto para él una clara mejoría. Pero entiende, atendida la fecha del siniestro, y con arreglo a la norma que resulta de aplicación (la contenida en el núm. 6, del apartado primero, del anexo LRCSCVM en la redacción dada por la Ley 21/2007, de 11 de julio), que no cabe reconocer al actor la cantidad exigida, ya que no se está reclamando por un daño sobrevenido o una agravación de la lesión, sino por unos gastos de asistencia sanitaria y tratamiento cuya indemnización queda al margen de la norma mencionada al resultar posteriores a la fecha de consolidación de las lesiones.

Dice el juzgado, en este sentido, que:

“[n]i la Ley contempla esta indemnización, ni cabría la misma en virtud de los principios de indemnidad, reparación íntegra y el derecho a la salud del actor, reiteradamente invocados por la dirección jurídica del actor, que ya fueron atendidos en su momento, porque entonces, como se razonó por el Letrado del Consorcio y dictaminó su perito, Dra. Benita, alteraría sustancialmente la calificación de las lesiones permanentes y el alta médica llevada a cabo en el informe médico forense de 2 de marzo de 2011.”.

iii) Interpuesto por el demandante un recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó en parte y condenó al Consorcio de Compensación de Seguros a pagar a aquel la cantidad de 27 912,64 euros.

El tribunal de apelación reconoce que el demandante reclama por gastos derivados de un tratamiento médico con hormona del crecimiento llevado a cabo para evitar su progresiva degeneración y pérdida de calidad de vida. Y es consciente de que el órgano de primera instancia desestima la demanda a consecuencia de lo establecido por el apartado 1.6 del anexo LRCSCVM conforme a la redacción dada por la Ley 21/2007 y con apoyo en la sentencia de esta sala 13/2017, de 13 de enero, porque, como la misma Audiencia Provincial admite:

“en el presente caso de accidente ocurrido en 2008, la redacción del anexo p 6 puede limitar la reclamación de gastos hasta la consolidación de secuelas.”.

Sin embargo, de forma diferente al órgano de primera instancia, la Audiencia Provincial estima que procede atender (aunque sea en parte) la reclamación, porque: (i) en el informe de alta quedó fijada la necesidad de futuros tratamientos, si bien sin concretar cuáles pudieran ser; (ii) es en la demanda que ahora se interpone cuando se identifica ese tratamiento; (iii) por lo tanto, se trata de un gasto médico sobrevenido para paliar una realidad física constatada a la fecha del alta si bien sin más definición; (iv) en tanto se trata de un daño sobrevenido puede ser objeto de cobertura tal y como indica la sentencia de esta sala de 17 de enero de 2019; (v) por otra parte, cabe considerar el apartado 7 del anexo LRCSCVM, así como los principios del derecho europeo de la responsabilidad civil (arts. 10. 101, 10. 202 y 2102).

SEGUNDO. Recursos de casación y por infracción procesal interpuestos por el Consorcio de Compensación de Seguros. Oposición de la parte recurrida

1. El Consorcio de Compensación de Seguros ha formulado un recurso de casación por interés casacional y un recurso extraordinario por infracción procesal fundados, en ambos casos, en un motivo único .

1.1 En el motivo único del recurso de casación denuncia la infracción de la regla sexta, del apartado primero, del anexo LRCSCVM, modificado por la Ley 21/2007, así como la conculcación por la sentencia recurrida de la doctrina

jurisprudencial contenida en las sentencias 28/2017, de 13 de enero; 786/2010, de 22 de noviembre; 383/2011, de 8 de junio; 931/2011, de 29 de diciembre; 5838/2011, de 19 de diciembre; 262/2015, de 27 de mayo; y 713/2018, de 19 de diciembre.

Alega que:

“[I]a Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial contraviene la doctrina jurisprudencial señalada por el Tribunal Supremo en tanto en cuanto infringe de forma clara y tajante la citada doctrina al ordenar la indemnización sobre lo que son claramente -y así expresamente viene determinado y reclamado por el actor en su demanda- unos gastos de rehabilitación sobre secuelas; gastos que como tales vienen excluidos expresamente por la norma legal aplicable al momento de los hechos y todo ello de acuerdo al principio de la seguridad jurídica y la irretroactividad de las normas”.

1.2 En el motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal denuncia, con base en el art. 469.1.2º LEC, la infracción del art. 218 LEC.

Alega que la sentencia recurrida declara probado que la reclamación del actor se conceptúa como un daño sobrevenido y como tal puede ser objeto de cobertura, pero que esta tesis obvia y contradice el propio planteamiento que realiza el actor con su demanda, puesto que lo que se reclama son gastos de rehabilitación por las secuelas derivadas del daño cerebral que sufrió a consecuencia del accidente, por lo que la declaración de la Audiencia Provincial aludiendo a la existencia de daños sobrevenidos “es ciertamente errónea e incongruente”.

2. La parte recurrida se opone tanto al recurso por infracción procesal como al recurso de casación.

2.1 Dice que el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser inadmitido por carencia de fundamento. Dice también que los gastos por tratamiento de GH no son gastos de rehabilitación, ya que ha quedado claramente probado que el déficit de GH es consecuencia directa y única del tremendo daño cerebral que sufrió, y que dicho daño sí se valoró como secuela, pero sin contemplar dentro de ella y llegar a valorar específicamente las consecuencias del déficit de la hormona del crecimiento, que se constató posteriormente y que no estaba verificado al momento del alta fo-

rense, por lo que tiene el carácter de daño sobrevenido.

2.2 En relación con el recurso de casación alega la falta de interés casacional, arguyendo que la sentencia recurrida no contradice en nada la doctrina jurisprudencial. Reitera que el déficit de HG, aunque no se identificara específicamente, quedó contemplado por el forense al momento de emitir su informe de alta como un posible daño sobrevenido. De ahí que la sentencia concluya, fijada dicha posibilidad por el forense y una vez constatada médicamente, que se trata de “[u]n gasto médico sobrevenido para paliar una realidad física constatada a la fecha del alta, si bien sin más definición (necesidad de tratamiento de por vida según el forense). En tanto que se trata de un daño sobrevenido, puede ser objeto de cobertura como indica la ST TS de 17-1-2019 [...]”.

TERCERO. Procedencia del examen previo del recurso de casación sobre el recurso extraordinario por infracción procesal

En la reciente sentencia 989/2023, de 20 de junio, hemos vuelto a recordar la posibilidad de alterar el orden legal en el que, en principio, deberían resolverse los recursos (disposición final 16.ª 1. regla 6.ª LEC) y examinar en primer lugar el recurso de casación, porque una eventual estimación del mismo determinaría la carencia de efecto útil del recurso por infracción procesal igualmente interpuesto, “[...] toda vez que las denuncias sobre infracción de normas procesales, en cuanto instrumentales de la controversia sustantiva objeto del recurso de casación, habrían perdido relevancia (sentencias 910/2011, de 21 de diciembre; 641/2012, de 6 de noviembre; 223/2014, de 28 de abril; 71/2016, de 17 de febrero; 634/2017, de 23 de noviembre; 170/2019, de 20 de marzo; 531/2021, de 14 de julio, 130/2022, de 21 de febrero)”.

CUARTO. Examen del recurso de casación. Decisión de la sala. Estimación del recurso

1. Lo que plantea el recurso de casación en definitiva es si el gasto por el tratamiento del recurrente con la hormona del crecimiento a consecuencia del déficit de HG que padece como resultado del daño cerebral que le ocasionó el accidente debe ser sufragado o no por la entidad recurrente atendido el contenido del número 6 del apartado primero del anexo LRCSCVM, pero, considerada la fecha del accidente, en la redacción dada por la Ley 21/2007, de 11 de julio, que decía, en lo que ahora interesa:

“Además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas, siempre que el gasto esté debidamente justificado atendiendo a la naturaleza de la asistencia prestada”.

2. En la sentencia 84/2020, de 6 de febrero, dijimos, refiriéndonos a la doctrina de la sentencia de 22 de noviembre de 2010 (reproducida por la sentencia 383/2011, de 8 de junio) sobre la interpretación de los apartados 6 y 7 de la regla primera del anexo, relativo al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que incorporó a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que:

“[...] “este marco normativo ampara la posibilidad de indemnizar como perjuicio patrimonial los gastos sanitarios que traigan causa del accidente, entendidos en sentido amplio, ya se trate de gastos derivados de actos médicos curativos, paliativos del dolor, de rehabilitación, etc.; bien estén encaminados al restablecimiento del derecho a la salud o al menos, dirigidos a asegurar a la víctima un mínimo de calidad de vida en atención a la pérdida de salud que conlleva el menoscabo psicofísico sufrido”, y sin limitación temporal alguna hasta la reforma introducida por la Ley 21/2007 de 11 de julio (a partir de entonces, solo los gastos ya devengados en el momento de la “sanación o consolidación de secuelas”)”.

En la sentencia 659/2017, de 12 de diciembre, declaramos que:

“[d]e igual forma que el ejercicio de la acción de repetición queda condicionado al presupuesto de causalidad e imputación del daño ocasionado, esto es, a que la cobertura sanitaria sea debida a la culpa del tercero causante del accidente de tráfico y del daño producido, también la cuantía de la reclamación objeto de la acción de repetición puede venir condicionada por los límites que el legislador establezca para las indemnizaciones derivadas de accidentes de circulación. Supuesto del presente caso, en aplicación del citado Anexo Primero, apartado 6, de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, tras la redacción dada a dicho apartado por la Ley 21/2007, de 11 de

julio. Condicionante lógico, pues resulta razonable que no se pueda reclamar al tercero causante del daño ni, por tanto, a su aseguradora, más que el cumplimiento de aquello a lo que están obligados como responsables civiles del daño ocasionado”.

Añadiendo que:

“[c]omo señala la sentencia de esta sala 13/2017, de 13 de enero, hay que precisar que la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, que acoge el principio de la total indemnidad del perjudicado, ha suprimido, con carácter general, la limitación temporal contemplada por el derogado apartado 1.6 del Anexo.”.

Y en la sentencia ya mencionada, la 13/2017, de 13 de enero, señalamos (aun reconociendo que la reforma no había sido afortunada, siendo por ello modificada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, que, acogiendo el principio de la total indemnidad del perjudicado, estableció que esta debe conllevar la indemnización por los gastos médicos, farmacéuticos y de ortopedia invertidos en la curación o rehabilitación de las heridas y secuelas derivadas del siniestro sin el límite temporal de la sanación o consolidación de las secuelas anteriormente vigente) que:

“La doctrina de esta Sala (sentencias 786/2011, de 22 de noviembre; 383/2011, de 8 de junio; 931/2011, 29 de diciembre y 642/2014, 6 de noviembre) es reiterada en el sentido de que durante la vigencia del régimen contenido en el texto refundido y hasta la reforma introducida por la Ley 21/2007, de 11 de julio, se indemnizaba por la totalidad de los gastos médicos y derivados. Mientras que, por el contrario, a partir de la entrada en vigor de esta reforma, y respecto de los siniestros ocurridos durante su vigencia, solo se iban a indemnizar: “los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas, siempre que el gasto esté debidamente justificado atendiendo a la naturaleza de la asistencia prestada””.

3. La sentencia recurrida desconoce la limitación temporal establecida por el régimen normativo que resulta de aplicación y la doctrina de esta sala que lo interpreta y acaba de ser mencionada, e impone a la entidad recurrente, a partir de una calificación jurídica incorrecta como daño sobrevenido y en base a una sen-

tencia, la 29/2019, de 17 de enero, cuya doctrina no cabe proyectar sobre el presente caso (ya que en ella la cantidad concedida en la sentencia que se recurría lo era “[s]in ir más allá de la fecha de la “sanación o consolidación” de las secuelas, sino que se parte de la situación existente en la fecha de la “consolidación”, momento en que puede evaluarse el perjuicio y obtenerse la indemnidad), el pago de lo que en realidad constituyen gastos de tratamiento con la hormona del crecimiento a consecuencia del déficit de HG que el recurrente padece como resultado del daño cerebral que le ocasionó el accidente. Gastos estos que la entidad recurrente no está obligada a indemnizar, ya que están más allá del límite temporal determinado por la sanación o consolidación de las secuelas, razón por la que el recurso debe ser estimado.

En definitiva, procede casar la sentencia recurrida, desestimar el recurso de apelación interpuesto por el demandante y confirmar la sentencia de primera instancia.

QUINTO. Costas y depósitos

1. Al estimarse el recurso de casación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes (art. 398.2 LEC).

2. Al desestimarse el recurso de apelación interpuesto por D. Nicanor se imponen al apelante las costas de dicho recurso (arts. 398.1 y 394.1 LEC).

3. No se hace pronunciamiento sobre las costas del recurso extraordinario por infracción procesal al no entrarse en su examen por resultar innecesario.

4. Se dispone la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso de apelación (disposición adicional 15.^a, apartado 9).

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por el Consorcio de Compensación de Seguros contra la sentencia dictada por la Sección N.º 4 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, con el N.º 177/2019, el 25 de junio de 2019, en el recurso de apelación 26/2019, y casarla.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Nicanor contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N.º 17 de Zaragoza, con el N.º 246/2018, el 9 de noviembre de 2018, en el procedimiento ordinario 346/2018, que confirmamos.

3.º- No examinar el recurso extraordinario por infracción procesal.

4.º- No imponer a ninguno de los litigantes las costas del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal.

5.º- Imponer al apelante las costas del recurso de apelación.

6.º- Disponer la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso de apelación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

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

Así se acuerda y firma.

Por **Mariano Medina Crespo**

Abogado

Doctor en Derecho

COMENTARIO A LA STS (SALA 1ª) DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2023. CONFIRMACIÓN DE LA IRRESARCIBILIDAD DE LOS GASTOS ASISTENCIALES MÉDICOS GENERADOS CON POSTERIORIDAD A LA FECHA FIJADA COMO DE CONSOLIDACIÓN DE LAS LESIONES CULMINADAS CON SECUELAS CUANDO SE TRATA DE DAÑOS CORPORALES CIRCULATORIOS, POR APLICACIÓN DE LA REGLA GENERAL SEXTA DEL APARTADO 1º DEL BAREMO DEL 1995, DE ACUERDO CON SU MODIFICACIÓN DE 2007. RADICAL DESCONOCIMIENTO POR TODOS LOS INTERVINIENTES EN EL CASO DE LA DOCTRINA SENTADA SOBRE EL RESARCIMIENTO DE LOS GASTOS CONSTITUTIVOS DEL CUMPLIMIENTO DEL DEBER (CARGA) DE EVITAR; MITIGAR Y NO AGRAVAR LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE CUALQUIER TIPO DE DAÑOS Y, EN CONCRETO, DE LOS CORPORALES

1.- El marco normativo en el que se cuece el asunto litigioso.

1.1.- Antes de instaurarse el Baremo de Tráfico de 1995, la estricta jurisprudencia nacional, interpretando la hética disciplina común de la responsabilidad civil extracontractual, declaró la resarcibilidad de los gastos asistenciales médicos afrontados por el lesionado después de haberse fijado su alta médico-legal y ello, en su caso, mediante el pertinente cálculo prospectivo.

Lo verdaderamente pintoresco fue que la explicación dada a la preterición del resarcimiento de los gastos asistenciales futuros se produjo en resoluciones dictadas desde 2007 cuando ya se había efectuado la reforma, lo que implicaba una virtual aplicación retroactiva de ella.

1.2.- El Baremo de Tráfico consagró legalmente el indicado criterio jurisprudencial, para el concreto ámbito de los accidentes de circulación, a través de la regla general 6ª de su apartado primero.

1.3.- Por siniestros producidos bajo la vigencia de dicha regla general, las SSTS (Sala 1ª) de 22 de noviembre de 2010 (Juan-Antonio Xiol Ríos), 8 de junio de 2011 (Juan-Antonio Xiol Ríos), 29 de diciembre de 2011 (Francisco-Javier Arroyo Fiestas), 6 de noviembre de 2014 (Francisco-Javier Arroyo Fiestas) y 27 de mayo de 2015 (Eduardo Baena Ruiz) reconocieron el resarcimiento de los gastos de asistencia médica futura.

1.4.- Unos años después de instaurarse el Baremo, el *lobby* asegurador consiguió que el art. 12 del Reglamento del Seguro Obligatorio, aprobado por el RD de 12 de enero de 2001, estableciera que los gastos médicos futuros, es decir, los posteriores a la fijación del alta médico-legal del lesionado, quedaban fuera de la cobertura de dicho seguro. Se trataba de una exclusión que, naturalmente, afectaba en exclusiva al alcance de la indicada cobertura, pero que no afectaba al alcance cualitativo y cuantitativo de la responsabilidad civil automovilística por daños corporales.

1.5.- Se trataba de un descubierto resarcitorio que estaba llamado a ser declarado contrario al Derecho Europeo Derivado por restringir el diseño de la efectividad del socorro que proporciona el expresado seguro.

1.6.- Para sustraerse a esa probable censura, el *lobby* asegurador propició que la Reforma del Baremo efectuada en 2007 introdujera la enorme novedad de que la dificultad (y enojo) que ofrecía el resarcimiento de los gastos asistenciales futuros de un lesionado permanente se resolviera con la decisión pura y cruda de marginarlo, habiéndolos de soportar el perjudicado sin podérselos repercutir al responsable; y, a tal efecto, la Ley 21/2007, de 11 de julio, de Acomodación al Derecho Comunitario Europeo, pese que su Exposición de Motivos decía que se trataba de brindar mayor protección resarcitoria a las víctimas de los hechos dañosos del tránsito rodado, modificó (mediante su art. 1, apartado 17) el texto de la indicada regla general, quedando redactada con dos párrafos, de los que el primero era del siguiente tenor: *“Además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas, siempre que el gasto esté debidamente justificado atendiendo a la naturaleza de la asistencia prestada”*.

1.7.- Con ello, la cláusula del “en todo caso”, completada con la expletiva y machacona cláusula del “siempre que”, quedaba negada con la cláusula del asta del “hasta”. De ese modo, una norma reglamentaria de naturaleza mercantil aseguraticia, relativa al alcance de la cobertura del seguro obligatorio, se convertía en una norma legal de naturaleza civil que servía para limitar el alcance cualitativo y cuantitativo de la responsabilidad automovilística por daños corporales. Con ello el fraude legal estaba bien servido, pues se mantenía la exclusión de la cobertura del seguro obligatorio (con su *plus ultra*) mediante la técnica de limitar el alcance de la responsabilidad civil amparada por él, en coherencia con la parcialidad resarcitoria que era de esencia al Baremo y su más relevante razón de ser de su texto frente a los pretextos esgrimidos para la necesidad de su instauración.

1.7.- Con tal reforma, el sector asegurador consiguió cortar la preocupación que suscitaban algunas sentencias que habían valorado con aparente desmesura el resarcimiento de aquellos gastos de futuro; y, para evitar importes reputados tan costosos y por ello dolorosos, se decidió cortar por lo insano y suprimir cualquier resarcimiento de ellos. Frente al riesgo de pagar en demasía, el sector asegurador consiguió que se instaurara la seguridad de no asumir ni una nadería. Y la ciudadanía soportó la mendacidad de tal atropello esquilmador, sin que, por otra parte, arreciaran las protestas doctrinales, ni mucho menos las judiciales.

1.8.- No dejó de ser curioso y pintoresco que se produjeran resoluciones judiciales obsecuentes que, para justificar la preterición resarcitoria de los gastos asistenciales futuros, afirmaran que su resarcimiento tenía lugar a través de la indemnización básica reconocida por las lesiones permanentes. Se estaba ante un exabrupto atentatorio de las más elementales exigencias del principio de vertebración perjudicial al que se atenía, con su tosquedad y sus muchísimas imperfecciones, el texto originario del Baremo, sin que tuviera el más mínimo sentido sostener que los gastos asistenciales futuros dejaban de resarcirse de modo específico por estar resarcidos a través de una indemnización básica que ni siquiera podía entenderse con seriedad que comprendiera el maléfico denominado perjuicio patrimonial básico que, desde luego y en cualquier caso, no podía confundirse con aquellos gastos asistenciales. Por ello, resulta atrabiliario el criterio al que, efectivamente, se atuvieron algunas SSAP para justificar que no se resarcieran los gastos por la asistencia médica prestada al lesionado con posterioridad a la fecha de su alta médico-legal, por mor del añadido establecido en 2007 con la cláusula cercenadora del “hasta”, cuando todavía no se había colado en el texto legal el interesado concepto de la estabilización lesional.

1.9.- Antes de tal reforma, se aplicaba la expresada regla, concebida *sine temporis limite*, comprendiendo, por tanto, los gastos médicos efectuados desde la fecha del alta a la fecha del juicio y, en caso de contarse con la adecuada sensibilidad judicial, los subsiguientes. Tras la reforma, se dijo, como por ensalmo, que el resarcimiento de esos gastos estaba incluido en la indemnización básica por las lesiones permanentes. Es decir, que, sin haberse modificado la significación de los perjuicios atendidos por la indemnización básica, los gastos médicos posteriores a la sanidad no estaban incluidos en ella antes de producirse la reforma, mientras que, después de ella, se consideraron insertos en ella.

1.10.- Lo verdaderamente pintoresco fue que la explicación dada a la preterición del resarcimiento de los gastos asistenciales futuros se produjo en resoluciones dictadas desde 2007 cuando ya se había efectuado la reforma, lo que implicaba una virtual aplicación retroactiva de ella. Pero debe tenerse en cuenta que algunos Tribunales ya habían sostenido este criterio antes de la reforma señalada e incluso antes de que el Reglamento del seguro obligatorio introdujera ese hito temporal como limitación de la cobertura de tal seguro.

1.11.- La *SAP de La Coruña (Sección 3ª, Civil) de 28 de septiembre de 2007* (Rafael-Jesús Fernández-Porto García) declaró que “*la obligación resarcitoria (...) por posibles futuros gastos médicos y farmacéuticos finalizan en el momento en que se alcanza la curación, aunque sea con secuelas*”, pues, para la puntuación de éstas, “*ya se tienen en consideración [por quién y cómo] los gastos médicos o asistenciales que la víctima precisará en el futuro*”; afirmación que constituía una pura ocurrencia que, contraria al principio vertebrador, carecía del más mínimo fundamento normativo; y que, cuando contó con él después, por reformarse la regla general del Baremo, no hay rastro indicativo de que los gastos médicos futuros se computaran en la determinación de los puntos asignados a las diversas secuelas.

1.12.- También, la *SAP de Madrid (Sección 11ª, Civil) de 28 de abril de 2008* (Félix Almazán Lafuente), dimanante de un accidente circulatorio acaecido en 1998, declaró que los gastos médicos futuros no tenían encaje –como partida autónoma– en el sistema legal valorativo porque estaban englobados en los diversos conceptos indemnizatorios previstos en él.

1.13.- Para un accidente acaecido en 2004, la *SAP de Murcia (Sección 2ª, Penal) de 29 de abril de 2011* (Andrés Montalbán Avilés), asumió el criterio sostenido por la *SAP de Barcelona (Sección 5ª, Penal) de 15 de marzo de 2004* (Guillermo Benlloch Petit) y *STS (Sala 1ª) de 14 de diciembre de 2006* (Alfonso Villagómez Rodil), declarando que la previsión limitativa introducida en la regla general 6ª del apartado primero del Baremo se debía a que el resarcimiento de los gastos médicos futuros había de entenderse realizado con la indemnización reconocida por las secuelas (véase el eufemismo al que se acudía, pues no se decía que estuvieran cubiertos, sino que había de entenderse que sí lo estaban), por estar insertos en su permanencia, afirmando incluso que tal reforma no supuso una real modificación del texto originario, porque ya el Reglamento incluía esa limitación. Sentencia que merecería un amplio comentario crítico con determinación de las lamentables consecuencias que derivarían de la inadecuada consideración de que la indemnización de 30.000.000,- Ptas. reconocida a la lesionada en vía penal por sus secuelas, como reparación íntegra, incluía los gastos de las futuras asistencias sanitarias. En todo caso, incurría en el error de confundir una limitación reglamentaria de la cobertura proporcionada por el seguro preceptivo (introducida en el 2001) y una limitación legal llevada al alcance de la responsabilidad civil (introducida en 2007). No se trataba de que una limitación reglamentaria se convirtiera en legal, sino que era mucho más porque la primera afectaba sólo al alcance del seguro obligatorio, mientras que la segunda afectaba al alcance de la responsabilidad civil amparada por él. En el primer caso, el conductor responsable estaba obligado a satisfacer al perjudicado el importe de los gastos médicos futuros, aunque no los cubriera el seguro

obligatorio, socorriéndolos, en su caso, de no excluirlos válidamente el voluntario; y en el segundo supuesto, el asegurador obligatorio no respondía del importe de los gastos médicos futuros porque no respondía de ellos previamente el conductor asegurado, al no proyectarse sobre ellos su responsabilidad civil. Venía así a sostenerse sin pudor vertebrador el criterio promiscuo de que la suma que repara los perjuicios personales causados por las lesiones permanentes incluye la reparación de los perjuicios económicos consistentes en los gastos médicos futuros, precisamente por la permanencia de aquéllas.

1.14.- De igual modo, la *SAP de Álava (Sección 2ª, Penal) de 5 de septiembre de 2003* (Jesús-Alfonso Poncela García) declaró que los gastos futuros de rehabilitación se encontraban resarcidos a través de las partidas reconocidas en virtud de las diversas reglas tabulares. Se estaba así ante una de esas explicaciones que suele manejar la jurisprudencia cuando se ve autoimpelida a justificar normas injustificables.

1.15.- Es el tipo de explicación que la *SAP de Burgos (Sección 1ª, Penal) de 13 de diciembre de 2001* (Roger Redondo Argüelles), esgrimió para asumir el hito temporal del año y medio que contemplaba el texto originario de la Tabla V del sistema valorativo, al decir que, de los 949 días que había tardado en ser dado de alta el lesionado, sólo se le resarcían 545 porque la indemnización que correspondería por el período excedente se encontraba comprendida dentro de la suma reconocida por el factor de la incapacidad permanente total.

1.16.- Tan insostenible y absurda era esa tesis que el Baremo de 2015, ajustado ya al principio de vertebración (casi casi sin fisuras), abordó con plena autonomía la reparación de esos gastos, aunque lo hizo de modo recalitrante con una regulación defectuosa, tortuosa, injusta y bastante inútil que respondió al propósito de que los lesionados con secuelas que precisen de asistencia médica futura no puedan endosar el importe de los gastos que ellos afronten, manteniéndose así fiel al infiel principio de la reparación fraccional.

1.17.- La sentencia que comento se hace eco de que la de *13 de enero de 2017* (José-Antonio Seijas Quintana) –cuando se aproximaba el luctuoso 10º Aniversario de aquella lobística Reforma—declaró que fue reiterado el criterio de la Sala (*sentencias 786/2011, de 22 de noviembre; 383/2011, de 8 de junio; 931/2011, 29 de diciembre; y 642/2014, 6 de noviembre*) de que, durante la vigencia del régimen contenido en el TR hasta la reforma introducida por la Ley 21/2007, de 11 de julio, se indemnizaba la totalidad de los gastos médicos sin límite temporal, mientras que, a partir de tal reforma, solo eran resarcibles los gastos de asistencia médica hasta la sanación o consolidación de secuelas, habiendo añadido que “*sin duda, la reforma no fue afortunada, puesto que dejaba sin cobertura tratamientos de carácter permanente, y como tal fue cambiada nuevamente en [por] la Ley 35/2015, de 22 de septiembre*”, que “*acogiendo uno de los principios básicos en el [del] Derecho de daños, como es que la total indemnidad del perjudicado debe conllevar la indemnización por los gastos médicos*”, “*sin el límite de la sanación o consolidación de las secuelas, de tal forma que dentro de los perjuicios patrimoniales derivados de las secuelas (arts. 113 a 133 y Tabla 2. C), reconoce el derecho a que se indemnicen esos gastos*”.

1.18.- Véase el argumento que fluye de la afirmación de que el reconocimiento de la total indemnidad comporta que se reparen los gastos médicos futuros, de modo que la preterición de su resarcimiento supone la negación de esa indemnidad.

1.19.-Veáse, a su vez, el eufemismo al que acudió la sentencia invocada por la comentada y véase el desajustado optimismo judicial con que la sentencia comentada acoge el inconsecuente de la invocada. Lo primero porque no es que la Reforma de 2007 no fuera afortunada, sino que era completamente desafortunada; y lo segundo por la doble potísima razón de que el Baremo de 2015 redujo el principio de la reparación completa a una proclama vacua, pues quedó desmentido a través de la denominada “objetivación” que

define perfectamente (aunque de forma machacona con la fórmula del “por lo que”) el art. 33,5 de la Ley y que se desarrolla de modo coherente a lo largo de todo el articulado que le sigue, con sus contadísimas excepciones, hasta el punto de que hay que llegar a la inconcusa conclusión de que el Baremo no solo no se propone la consecución de la integridad reparadora, sino que su conseguido propósito es impedirlo, siéndole de esencia la parcialidad resarcitoria que proporciona; y una de sus múltiples manifestaciones de fraccionalidad lo constituye la regulación del resarcimiento de los gastos asistenciales médicos futuros, cuyo reintegro se veda de modo absoluto a los lesionados que los hayan afrontado o que los vayan a afrontar; prohibición tan disimulada como cierta que el Derecho Europeo debería proscribir.

2.- El daño cerebral padecido por el demandante y su resarcimiento.

2.1.- El demandante, de 22 años de edad, sufrió el día 12 de octubre de 2008 un accidente de circulación causado por la culpa del conductor de un vehículo carente de seguro obligatorio. Como consecuencia del mismo sufrió graves lesiones y, al ser dado de alta médico-legal, le restó una secuela consistente en un daño cerebral.

2.2.- En el procedimiento penal precedente, el médico forense dictaminó que el lesionado requería tratamiento médico durante el resto de su vida, al objeto de evitar su progresivo deterioro y su progresiva pérdida de calidad de vida, sin perjuicio de su posible mejoría.

Frente a la solución propuesta como correcta, podría, en principio, sostenerse que los gastos asistenciales que el lesionado reclamó tenían que compensarse con el beneficio proporcionado por la mejoría conseguida en el estado de su quebrantada salud y que por ello el recurso tenía que haberse estimado, como se hizo, aunque en virtud de ese cambio del punto de vista.

2.3.- Tras ponerse término a tal procedimiento sin declaración de responsabilidad criminal alguna, se dictó el auto de cuantía máxima cubierta por el seguro obligatorio, en este caso con cargo al Consorcio de Compensación de Seguros, como asegurador supletorio (Fondo de Garantía); y, promovido el juicio de ejecución, recayó resolución de remate que dio lugar a que la entidad ejecutada indemnizara al lesionado con una suma algo superior a los 870.000 €, de los que correspondían más de 105.000 a gastos asistenciales médicos por el tratamiento recibido antes de su alta médico-legal, habiéndose adjudicado a su secuela la máxima puntuación legal.

3.- Los gastos asistenciales médicos afrontados por el demandante después de que se consideraran consolidadas sus lesiones rematadas con secuelas y su demanda.

3.1.- Tras su alta médico-legal, el lesionado estuvo sometido a un tratamiento médico consistente en la aplicación de la hormona del crecimiento, al objeto de evitar su deterioro progresivo y progresiva pérdida de su calidad de vida.

3.2.- Al negarse el Consorcio a reintegrarle el importe de los gastos médicos satisfechos, dedujo demanda contra él, en reclamación de una cantidad próxima a los 44.000 €.

3.3.- Alegaba que se trataba de unos gastos médicos sobrevenidos, por lo que procedía su resarcimiento.

4.- Calificación de estos gastos posteriores por parte del JPI y la solución adoptada.

4.1.- Mediante *sentencia de 9 de noviembre de 2018*, el JPI reconoció que el tratamiento recibido por el lesionado había servido para evitar su progresivo deterioro y que, incluso, le había reportado una clara mejoría de su estado.

4.2.- Pero, asumiendo las alegaciones del Consorcio demandado, estimó que no se estaba ante el supuesto de un daño sobrevenido que habilitaría un resarcimiento complementario de acuerdo con la regla general 8ª del apartado primero del Baremo, sino ante unos gastos de asistencia médica prestada después de que se fijara el alta médico-legal del lesionado, cuyo resarcimiento estaba vedado por la regla del párrafo primero de la regla general 6ª, según el texto vigente en la fecha del siniestro.

4.3.- Tal criterio contaba con el apoyo proporcionado por la *STS (Sala 1ª) de 13 de enero de 2017* (José-Antonio Seijas Quintana) que, correspondiente a un siniestro producido ya bajo la vigencia de la regla general reformada, rechazó el resarcimiento de los gastos médicos futuros.

4.4.- Por ello el JPI desestimó la demanda, aunque, pese al vencimiento total del actor, se compadeció de él y no le impuso el pago de las costas causada a la sociedad estatal demandada.

5.- Crítica de la solución adoptada por el JPI.

5.1.- Efectivamente, los gastos reclamados no correspondían al tratamiento de unos daños sobrevenidos, sino a unos daños que estaban identificados al tiempo de establecerse el alta médico legal, por lo que la reclamación formulada no encontraba asidero en la regla general 8ª del apartado primero del Baremo.

5.2.- Claro que se trataba de gastos sobrevenidos tras el alta porque correspondían a un tratamiento aplicado después de ella, estando vedado su resarcimiento por la regla prohibitiva que se aplicó y que, en principio, era procedente aplicar, con independencia de que estuvieran o no previstos de antemano.

5.3.- Pero el JPI no supo extraer las consecuencias jurídicas que derivaban de la reconocida consistencia del tratamiento impartido al lesionado después del alta, contraído a evitar el progresivo deterioro de estado del lesionado que se había conseguido, al igual que se había obtenido su mejoría; tratamiento que, como se verá, se sustrae el imperio de aquella prohibición legal.

6.- Calificación de estos gastos posteriores por parte de la AP y la solución derivada.

6.1.- Apelada la anterior sentencia por el demandante, la *SAP de Zaragoza (Sección 4ª), núm. 177 de 25 de junio 2019* (María-Jesús Gracia Muñoz), reconoció también que el tratamiento recibido por el lesionado había servido para evitar su progresivo deterioro.

6.2.- A su vez, resaltó que la necesidad de los tratamientos futuros había sido ya dictaminada en el momento en que se le dio el alta médico-legal, por lo que se estaba ante un daño sobrevenido que tenía que resarcirse, no siendo por ello aplicable la

norma prohibitiva de la regla general 6ª del apartado primero del Baremo y sí la tutelar 8ª.

6.3.- En apoyo de su estima, invocaba las *SSTS (Sala 1ª) de 6 de abril de 2016* (José-Amtonio Seijas Quintana) y *17 de enero de 2019* (Francisco-Javier Arroyo Fiestas) que, en casos de siniestros acaecidos bajo la vigencia de la regla general reformada, reconocieron el resarcimiento de los gastos correspondientes a la reposición futura vitalicia de las prótesis del lesionado.

6.4.- A su vez, invocaba la regla general 7ª del apartado primero del Baremo, como expresiva de que éste respondía al propósito de asegurar a los perjudicados su total indemnidad.

6.5.- Y, finalmente, invocaba los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, con cita de algunos de sus artículos, tomando esta invocación de la inespecífica que había realizado la *STS (Sala 1ª) de 6 de abril de 2016* (José-Amtonio Seijas Quintana).

6.6.- Por ello, acogió el recurso de apelación formalizado por el demandante y, con revocación de la sentencia recurrida, estimó parcialmente la demanda y condenó al Consorcio a que le abonara una suma próxima a los 28.000 €, más los intereses moratorios procesales devengados desde la fecha de su dictado y sin condena en costas en ninguna de las instancias.

6.7.- La razón de la estimación solo parcial de la demanda estribó en que la AP había distinguido el importe de los gastos relativos al específico tratamiento impartido y el importe de unos gastos desvinculados de él, rechazando el resarcimiento de estos últimos por encajar en la prohibición contenida en la regla general 6ª, mientras que aquéllos contaban con el amparo de la 8ª.

7.- Crítica de la solución adoptada por la AP.

7.1.- Como ya he indicado al referirme a la sentencia de primer grado, no se estaba ante el supuesto de unos daños sobrevenidos que serían resarcibles de acuerdo con la regla general 8ª que es la aplicada por la AP.

7.2.- Sobre la base del esfuerzo de impartir la justicia resarcitoria, que tiene que consistir, como decía Aristóteles, en igualar el “después” con el “antes”, late en la sentencia la conciencia subconsciente de que se estaba ante un caso de indebida antedatación del alta médico-legal del lesionado, propiciada por el lamentable, artificioso y manipulable concepto de la estabilización lesional que es un instrumento utilizado para recortar *contra naturam* la duración real de las lesiones temporales. Sobre este extremo, que aquí no puedo (por razones de espacio) ni debo desarrollar (por ser innecesario para la correcta solución de este concreto asunto), remito a mi monografía *El lucro cesante causado por las lesiones temporales. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, t. 1, Segunda Parte, ap. 21, pp. 609-630).

7.3.- La AP acertó con la solución adoptada, pero erró su fundamentación, porque, como ya he indicado, la clave radica en la reconocida consistencia del tratamiento impartido al lesionado después del alta, contraído a evitar el progresivo deterioro del estado de su salud, lo que, efectivamente, consiguió, obteniendo además su mejoría; tratamiento que, como se verá, se sustrae el imperio de la prohibición legal impuesta por el párrafo primero de la regla general reformada, de la que la AP huyó con instinto justicial, actuando felizmente, como sucede tantas veces en la práctica judicial.

7.4.- Respecto de la invocación de las *SSTS de 6 de abril de 2016* (José-Antonio Seijas Quintana) y *17 de enero de 2019* (Francisco-Javier Arroyo Fiestas), me remito a la refuta-

ción que esgrimió después el TS en la sentencia que suscita el presente comentario y a la crítica que realizó de tal confutación (parágrafos 8.3 y 9,1).

7.5.- Respecto de la invocación de los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, debe recordarse que, aunque están redactados como si se tratara de unas reglas legales, son unas estimables (o no) propuestas doctrinales que no pueden proporcionar un apoyo normativo a la decisión que se quería adoptar, pero que, en su caso, constituyen un bonito adorno expresado *ex abundantia cordis*, después de haberse encontrado y expuesto la razón normativa de aquella decisión.

8.- Calificación de estos gastos posteriores por parte del TS y la solución derivada.

8.1.- Recurrida la anterior sentencia por el Consorcio en casación para la unificación de doctrina, el TS, mediante la *sentencia núm. 1226 de 14 de septiembre de 2023* (Antonio García Martínez), acogió la impugnación que denunciaba la infracción de la doctrina jurisprudencial sentada sobre el sentido de la regla general 6ª del apartado primero del Baremo, según redacción vigente en la fecha del siniestro.

8.2.- A tal efecto, el TS razona que la sentencia recurrida, a partir de una calificación jurídica incorrecta de los gastos reclamados como daños sobrevenidos, desconoce la limitación temporal que establece la invocada regla general y que convalida la interpretación proporcionada por la doctrina jurisprudencial, de modo que, sobrepasando el límite crónico determinado por la sanación o consolidación de las secuelas, impone a la entidad recurrente, sin estar obligada ello, el reintegro de unos gastos del tratamiento, con la hormona del crecimiento, originado por el déficit que el recurrente padece como secuencia del daño cerebral que le ocasionó el accidente.

8.3.- Respecto de la invocada *STS (Sala 1) núm. 29/2019, de 17 de enero* (Francisco-Javier Arroyo Fiestas), señala que su doctrina no cabe proyectarla sobre el caso enjuiciado, ya que en ella la cantidad reconocida por la sentencia que se recurría lo era sin superar la fecha de la sanación o consolidación de las secuelas y aquí, en el caso enjuiciado, se parte de la situación existente en la fecha de la consolidación, momento en que puede evaluarse el perjuicio y obtenerse la indemnidad.

8.4.- Con base en la fundamentación reseñada, el TS estima el recurso casando la sentencia recurrida (pronunciamiento rescindente que es el propio de la antigua sentencia "primera"); y, convertido en Tribunal de Segunda Instancia, desestima el de apelación interpuesto por el demandante, con confirmación de la sentencia de primer grado y con



condena al pago de las costas causadas en aquél (pronunciamiento rescisorio propio de la antigua “segunda” sentencia).

9.- Crítica de la solución adoptada por el TS y expresión de los efectos resarcitorios derivados de la correcta calificación de estos gastos ulteriores.

9.1.- Debe rechazarse la refutación que realiza el TS respecto de la invocación por la sentencia recurrida de la *STS de 17 de enero de 2019* (Francisco-Javier Arroyo Fiestas) porque, al igual que la anterior de *6 de abril de 2016* (José-Antonio Seijas Quintana), confirmó la procedencia del reconocimiento de unos gastos futuros que no correspondían a gastos de asistencia médica futura, sino a la reposición de la prótesis que se había implantado el lesionado que había perdido una extremidad inferior, debiendo tenerse en cuenta que estos gastos no se incluyen dentro de los de la asistencia médica, como acredita *ex post* el tratamiento positivo separado que reciben en el Baremo de 2015, lo que es explícitamente indicativo de no afectarles la prohibición que del resarcimiento de los gastos médicos futuros contemplaba el reformado Baremo de 1995. Por otra parte, la afirmación de que, en el caso de las sentencias invocadas, se partía de la situación existente en la fecha de la consolidación, momento en que puede evaluarse el perjuicio y obtenerse la indemnidad, supone sostener con la retórica de cierto disimulo que la indemnización reconocida por las lesiones permanentes incluye de suyo el resarcimiento de los gastos médicos futuros.

9.2.- Pero lo importante es reiterar que los gastos reclamados no correspondían, efectivamente, al tratamiento de unos daños sobrevenidos, sino a unos daños que estaban identificados al tiempo de establecerse el alta médico legal, por lo que la reclamación formulada no podía hallar asidero en la regla general 8ª del apartado primero del Baremo.

9.3.-Y, a su vez, el TS, al igual que el JPI, cuya sentencia confirmó, no extrajo las consecuencias jurídicas que derivaban de la reconocida consistencia del tratamiento impartido al lesionado después del alta, contraído a impedir el progresivo deterioro del estado patológico de su salud y que había conseguido, al igual que había obtenido su mejoría; tratamiento que, bien calificado, se sustrae al imperio de aquella prohibición legal y encuentra su solución en la consagrada doctrina atributiva de los efectos resarcitorios asociados al cumplimiento del deber (carga) de evitar, atenuar y no agravar los perjuicios derivados de los daños padecidos, con su correlato en la doctrina desatributiva de los efectos contra-resarcitorios asociados a la inobservancia de dicho deber (carga), por ser debidos a la propia incuria pasiva del perjudicado.

9.4.- El efecto que produjo el tratamiento al que se sometió el lesionado, insisto, fue doble, pues consiguió evitar la intensificación de su daño cerebral, impidiendo su progresivo deterioro; y, además de este logro, también obtuvo la clara mejoría de su estado.

9.5.- Si el lesionado se hubiera sustraído al indicado tratamiento y se hubiera agravado su daño, habría padecido un daño sobrevenido que habría dado lugar a que, en principio, hubiera podido reclamar al Consorcio los perjuicios originados por esa sobrevenencia, aunque si éste contara con una buena defensa, se habría opuesto con razón a tal pretensión al no ser resarcibles unos perjuicios que habrían de ponerse a cargo del propio lesionado, por el efecto antiresarcitorio o liberador de los perjuicios originados por el incumplimiento de la carga de evitar la agravación de sus daños.

9.6.- Pero, al someterse a aquel razonable tratamiento, el lesionado evitó la agravación de sus daños que, en puridad de principios de justicia conmutativa, el Consorcio tendría que haber indemnizado, y el precio resarcible de su evitación es que el Consorcio tendría que haberle reintegrado el importe de los gastos satisfechos para tal evitación.

9.7.- El silencio en que incurrió el Baremo de 1995, con sus reformas, dejando de plasmar las doctrinas -positiva y negativa- atinentes de modo respectivo al cumplimiento y al

incumplimiento de la carga del perjudicado de evitar, atenuar y no incrementar los perjuicios derivados de los daños padecidos, no impedía en absoluto su aplicación

9.8.- Tan es así que, aunque el Baremo de 2015 ha persistido en el mismo silencio, indirectamente ha reconocido su procedencia al regular el privilegio que se adjudica a los lesionados no conductores menores de catorce años y mayores carentes de culpa civil, al reconocerles el derecho a ser resarcidos por todos sus perjuicios pese a haberse incumplido el defectuosamente denominado deber de mitigar sus daños, según resulta de lo establecido en el art.1.2, párrafo tercero, de la LRC y SCVM.

9.9.- Si a tales perjudicados se les reconoce ese singular y anómalo privilegio, es porque no se les reconoce a los demás y se les tiene que aplicar la doctrina pertinente. Pero todo esto reclamaría una buena ampliación que no cabe en el presente comentario.

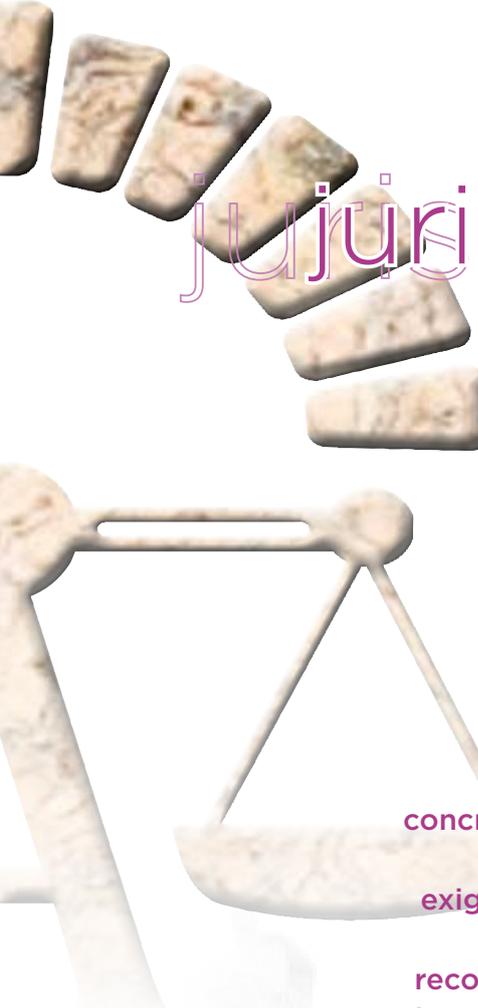
9.10.- Por ello y para no extenderme más, para quien esté interesado en la cuestión del resarcimiento de los gastos afrontados por el perjudicado en cumplimiento de su deber (carga) de evitar, mitigar y no agravar los daños padecidos y sobre su negación en el caso de su incumplimiento, remito a mi estudio "La carga de mitigar el daño y los perjuicios derivados: el efecto resarcitorio de su observancia y el opuesto de si inobservancia", en AAVV, *Nuevas perspectivas en la Responsabilidad Civil. Revisión crítica de la imputación objetiva*, dirección María del Pilar Álvarez Olalla, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor 2022 (1950 pp.), pp. 455-532.

9.11.- De haberse atendido a las anteriores consideraciones, el TS habría acogido el motivo del recurso, al no estarse ante un supuesto de daños sobrevenidos, pero al reconocer, en virtud del apotegma del *iura novit curia*, los efectos positivos ligados a la observancia de la carga de evitación y no agravación, la pertinencia del resarcimiento de los gastos realizados, la doctrina del efecto útil del recurso o de la equivalencia del resultado se habría traducido en la desestimación del recurso de casación.

9.12.- Frente a la solución propuesta como correcta, podría, en principio, sostenerse que los gastos asistenciales que el lesionado reclamó tenían que compensarse con el beneficio proporcionado por la mejoría conseguida en el estado de su quebrantada salud y que por ello el recurso tenía que haberse estimado, como se hizo, aunque en virtud de ese cambio del punto de vista.

9.13.- Pero, ante esa réplica, habría que duplicar, en primer lugar, que la *compensatio lucri cum damno*, no puede operar cuando el perjuicio padecido y la ventaja obtenida son de diversa índole; y, en segundo lugar, que la aplicación del principio posibilista de la intangibilidad o irrevisabilidad de las indemnizaciones reconocidas a tanto alzado impide que éstas puedan reducirse *ex post* para originar la correspondiente devolución a quien las satisfizo, de acuerdo con lo establecido por la Resolución 75/7, de 14 de marzo, del Comité de Ministros del Consejo de Europa (principio 9, inciso segundo).

9.14.- Sobre la *compensatio lucri cum damno* y la compatibilidad señalada, acogida ejemplarmente en el orden jurisdiccional social por las SSTS (*Pleno de la Sala 4ª de 17 de julio de 2007* (José-Manuel López García de la Serrana y Luis-Fernando de Castro Fernández), remito a la obra de mi factura *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio "compensatio lucri cum damno" en el Derecho de daños*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015 (277 pp.), en concreto, caps. 9 y 10, 105-211; y sobre la intangibilidad indicada, 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.), ap. 11, *Artículo 43. Modificación de las indemnizaciones fijadas*, epígrafe c), *La fuerza normativa de un principio doctrinal: la intangibilidad de la indemnización establecida a tanto alzado*, pp. 450-451.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Seguro de Vida. Recurso de casación por infracción del artículo 3 de la LCS sobre los requisitos exigidos para estimar válidas las condiciones limitativas de los derechos de los asegurados, y concretamente, el presupuesto de validez de que sea específicamente aceptada por escrito. Se concluye que no se cumplieron con las exigencias cumulativas del art. 3 de la LCS, dado que las condiciones particulares -ni en documento aparte debidamente suscrito- no recogen transcrita la cláusula en la que basa la compañía demandada la exclusión de la cobertura, y las condiciones generales, en las que sí se encuentra recogida y destacada en negrilla, carecen de la firma del tomador del seguro.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 27 de septiembre de 2023
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos decisorios del presente proceso partimos de los antecedentes siguientes:

1º.- D.ª Esperanza formuló demanda, en la que ejercitó una acción ex contrato contra la compañía Bansabadell Vida, S.A., de Seguros y Reaseguros, a los efectos de reclamar el capital pactado en la póliza de seguro de vida a invalidez permanente y absoluta de 23 de junio de 2011, suscrita por su marido D. Julio .

2º.- La demanda se fundamentó en que el día 4 de julio de 2011, el Sr. Julio fue atendido en la consulta del urólogo D. Onesimo por haber orinado tres días antes unas gotas de sangre. El día 14 de julio siguiente, tras las oportunas pruebas, se le diagnosticó un “tumor vesical” del que fue operado de urgencia el 26 de julio de dicho

año. Después de un largo proceso médico asistencial falleció el 29 de septiembre de 2014, como consecuencia de la metástasis cerebral expansiva del cáncer de vejiga sufrido.

3º.- La acción es ejercitada por su viuda la Sra. Esperanza, en su condición de beneficiaria de la precitada póliza, en reclamación del capital pactado por muerte en cuantía de 50.000 euros.

4º.- A la demanda se opuso la compañía de seguros. Alegó, en su defensa, que el asegurado había actuado dolosamente al responder al cuestionario entregado por la aseguradora, y que, en cualquier caso, conforme a las condiciones generales del contrato suscrito se pactó una cláusula cuarta, apartado b), que literalmente transcrita establece:

“La prestación del asegurador, ya sea por fallecimiento o por invalidez permanente del asegurado, cuyo motivo sea la enfermedad de cáncer estará condicionada a que dicha enfermedad tenga su origen y sea diagnosticado una vez haya transcurrido UN AÑO a partir de la fecha efecto del contrato indicada en el correspondiente certificado individual de seguro. Este periodo de carencia será también de aplicación en el caso de incrementos de capital. Por cáncer se entenderá el tumor o neoplasia malignos de crecimiento y desarrollo incontrolado, con invasión y destrucción de tejido normal. El cáncer debe estar diagnosticado y confirmado como maligno por análisis histológico”.

5º.- El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 14 de Valencia, que la tramitó por el cauce del juicio ordinario número 1734/2016. El procedimiento finalizó por sentencia desestimatoria de la demanda.

El juzgado descartó que el asegurado hubiera actuado dolosa o culposamente, ocultando la existencia de una sintomatología sugestiva de un cáncer, que, desde luego, desconocía y del que carecía de cualquier clase de antecedentes en su historial clínico, por lo que rechazó la aplicación de lo dispuesto en los arts. 10 de la LCS; pero entendió, no obstante, que era oponible a la demandante la cláusula de exclusión 4 b) de las condiciones generales de la póliza.

En definitiva, consideró que dicha condición general era de naturaleza delimitadora, así como que fue debidamente aceptada por el tomador como resulta de la remisión que a dicha condición se efectúa en la solicitud de seguro de 23 de

junio de 2011, suscrita por el marido de la demandante, igualmente contenida en el documento de 2 de julio de 2013, de reducción del capital por la cobertura de fallecimiento a 50.000 euros.

6º.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la demandante. El conocimiento del recurso correspondió a la sección octava de la Audiencia Provincial de Valencia, que dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada en primera instancia.

En ella, se consideró que la condición general cuarta b) era limitativa y no delimitadora del riesgo; pero, en cualquier caso, oponible a la beneficiaria de la póliza, al ser válida la aceptación por remisión de la precitada cláusula aunque no se hallaran firmadas las condiciones generales en las que se encontraba inserta en negrilla.

7º.- En la solicitud de seguro de 23 de junio de 2011 y en la solicitud de modificación del importe del capital por muerte de 2 de julio de 2013, consta el texto siguiente:

“Así mismo, declaran conocer y aceptar lo dispuesto en las mencionadas condiciones generales del seguro, que incorporan condiciones generales predispuestas, y especialmente las exclusiones y limitaciones de los derechos del asegurado, tomador o beneficiario, que figuran en las cláusulas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 13 y 15, destacadas en negrita. También aceptan de forma expresa la cláusula 16, relativa al tratamiento y comunicación de los datos de carácter personal y prestan su consentimiento expreso para la recogida de datos. Asimismo, declaran haber leído y conocer el derecho a manifestar la negativa al tratamiento de sus datos personales para otras finalidades que no sean las propias del contrato, en los términos que se establecen en la cláusula que figura en el reverso de esta solicitud”.

8º.- En las condiciones particulares de 23 de junio de 2011, firmadas por asegurado y compañía, no aparece ninguna remisión a cláusulas concretas, aunque sí:

“Mediante la firma del presente documento, el tomador de seguro declara recibir junto a estas condiciones particulares las condiciones generales y especial (si las hubiere), que constituyen este contrato, y acepta todas sus cláusulas y, en especial, aquellas que limiten los derechos del tomador y del asegurado”.

9º.- Contra dicha sentencia se interpuso por la parte demandante el recurso de casación cuya decisión nos corresponde.

SEGUNDO.- El motivo único del recurso de casación interpuesto

Se formula por interés casacional e infracción del art. 3 de la LCS sobre los requisitos exigidos para estimar válidas las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, y, concretamente, el presupuesto de validez de que sea “especialmente aceptada por escrito”.

En apoyo del recurso se citó, como jurisprudencia vulnerada, la de la sentencia del Pleno de esta Sala 402/2015, de 14 de julio. La sentencia de 9 de febrero de 2015, igualmente citada, se refiere a una acción confesoria de servidumbre, por lo que ninguna relación guarda sobre el objeto de este recurso.

La parte recurrida se opone a la admisibilidad del recurso. No podemos aceptar sus argumentos, toda vez que se cumplen las exigencias formales requeridas a un escrito de interposición de un recurso de casación.

En efecto, se fundamenta en la vulneración de un precepto de derecho material o sustantivo, como es el art.3 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS).

Se interpone por interés casacional (art. 477.2. 3.º y 3 LEC), y se cita la jurisprudencia que se considera aplicable al caso, y que se reputa vulnerada por la sentencia de la audiencia, relativa a la correcta interpretación del principio de transparencia impuesto por el art. 3 de la LCS, con expresión de los requisitos exigidos para que una cláusula limitativa sea susceptible de ser opuesta al asegurado.

Es cierto que se reseña, correctamente, una sola sentencia de esta Sala 1.ª del Tribunal Supremo; pero, como hemos señalado, para fundar el interés casacional, es suficiente siempre que sea de pleno, independientemente también de la jurisprudencia contenida en la propia sentencia 402/2015.

Se explican las razones por mor de las cuales no cumplen las solicitudes de seguro, aportadas con la demanda y amparadas por la firma del tomador, tales exigencias legales, sin que se encontrasen suscritas las condiciones generales en donde se recoge el texto de la cláusula limitativa 4.ª b), apreciada como válida por el tribunal provincial en virtud de la remisión contenida en aquellas solicitudes a esta concreta condición si bien sin expresión de su texto.



No se pretende, con ello, que esta Sala asuma funciones de valoración probatoria, propias de primera y segunda instancia, vedadas en casación, sino, por el contrario, que el tribunal realice una valoración de perfiles estrictamente jurídicos sobre una intangible base fáctica documental, a los efectos de determinar si se ha infringido por la audiencia el mentado precepto de la ley de seguros en su aplicación al caso.

En modo alguno, nos encontramos ante una argumentación por acarreo, sino que la recurrente individualiza un concreto problema de derecho material o sustantivo, que somete a consideración del tribunal de casación, y lo hace además con claridad como se infiere del propio escrito de oposición al recurso del que resulta que la parte recurrida comprendió, perfectamente, los términos de la cuestión controvertida objeto del recurso, y ejercitó sin limitaciones ni cortapisas su derecho de defensa.

Por todo ello, procede entrar en el examen del recurso de casación interpuesto.

TERCERO.- Examen y estimación del recurso

3.1 La exigencia de transparencia contractual que impone el art. 3 de la LCS .

La contratación en masa explica la utilización de las condiciones generales de contratación cuidadosamente redactadas por parte de las compañías de seguro. La celeridad exigible en el tráfico jurídico legitima la utilización de dicha técnica contractual, aunque suponga pagar el peaje de la restricción que implica al principio de la libre autonomía de la voluntad de los contratantes proclamado por el art. 1255 del CC. El escenario descrito genera una situación disímil, en tanto en cuanto supone que una gran compañía impone sus condiciones contractuales a un asegurado cuyo ámbito de actuación se limita a aceptarlas o rechazarlas. Esta asimetría convencional determina la necesidad de establecer resortes para garantizar el justo equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

Bajo las connotaciones expuestas resulta justificado que se imponga a las compañías de seguros un deber de transparencia, que debe ser escrupulosamente observado, con la intención de que los asegurados tomen constancia efectiva de cuáles son los riesgos objeto de cobertura y en qué concretos términos son cubiertos, todo ello con la finalidad de que no se vean sorprendidos por cláusulas limitativas o lesivas para sus intereses.

Tan elemental exigencia de la contratación requiere de las aseguradoras un comportamiento leal en la redacción clara y precisa de sus condiciones contractuales particulares y generales, así como que las condiciones calificables como limitativas gocen de la garantía de hallarse debidamente destacadas en las pólizas, así como específicamente amparadas por las firmas de los tomadores, como manifestación de su conocimiento y aceptación.

Las precitadas exigencias legales van encaminadas a garantizar que los asegurados tengan plena constancia de las obligaciones que frente a ellos asumen las compañías, que no pueden quedar indefinidas en el limbo de la incertidumbre (oscuridad, ambigüedad de las cláusulas), o desconocidas para el tomador del seguro, de manera que se vea sorprendido, cuando pretenda exigir la cobertura del siniestro, por mor de una cláusula que le impide, cercena o limita el acceso a la prestación de la compañía.

En definitiva, si conforme al art. 1 de la ley reguladora del contrato de seguro 50/1980, de 8 de octubre, dicho contrato es aquel por el que “el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”, no ha de ofrecer duda que el tomador del seguro debe tener constancia real y efectiva, no sólo del riesgo constituido en verdadera alma y nervio del contrato, sino de los límites en los que opera la cobertura de la compañía aseguradora, en tanto en cuanto que, si la finalidad del seguro es diluir, neutralizar o anular el riesgo, el asegurado ha de conocer, desde el primer momento, al suscribir el contrato, el marco en que opera la prestación de la compañía aseguradora en el supuesto de la realización del siniestro.

En este sentido, señala la sentencia 316/2009, de 18 de mayo, cuya doctrina ratifican las ulteriores sentencias 475/2019, de 17 de septiembre y 263/2021, de 6 de mayo, que:

“Cumple el artículo 3 de la Ley 50/1.980 la función de proteger al tomador del seguro, mediante la exigencia de una serie de requisitos que el legislador considera necesarios para garantizar que, cuando dé su consentimiento a la perfección del contrato de seguro, conoce cumplidamente el contenido del mismo -sentencias de 27 de noviembre de 2.003, 17 de octubre de 2.007, 13 de mayo de 2.008, 15 de julio de 2.008, 22 de julio de 2.008-

“De su literalidad resulta que la norma impone una redacción de las condiciones, tanto generales como particulares, que sea “clara y precisa”.

“En cuanto a las condiciones generales -predispuestas exclusivamente por la aseguradora para ser incorporadas a una pluralidad de contratos-, el artículo 3 exige que se incluyan “necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo”.

“Finalmente, si hay en las condiciones particulares o generales “cláusulas limitativas de los derechos del asegurado”, manda la referida norma que se destaquen y que sean específicamente aceptadas por escrito”.

Desde la perspectiva expuesta, la sentencia del Pleno de la Sala 1ª, 661/2019, de 12 de diciembre, precisa que:

“Es necesario tener en cuenta también que los contratos de seguro forman parte de la denominada contratación seriada, mediante la utilización de la técnica de condiciones generales, que requiere prestar a los asegurados adherentes la correspondiente protección jurídica para que adquieran constancia real de los riesgos efectivamente cubiertos, por una elemental exigencia de transparencia contractual. A tal finalidad responde el art. 3 de la LCS, cual es “facilitar el conocimiento de las condiciones generales del contrato por parte del tomador” (STS 1152/2003, de 27 de noviembre). Se pretende, en definitiva, que la garantía no resulte incierta en la mente del asegurado. Es preciso, para ello, dentro de la asimetría convencional derivada de la información disímil existente entre compañía y tomador, garantizar que éste obtenga un conocimiento fidedigno del riesgo cubierto”.

De igual forma, se expresa la STS 402/2015, de 14 de julio, del pleno, invocada en el recurso, cuando sostiene que:

“En todo caso, y con carácter general, conviene recordar que el control de transparencia, tal y como ha quedado configurado por esta Sala (SSTS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014), resulta aplicable a la contratación seriada que acompaña al seguro, particularmente de la accesibilidad y comprensibilidad real por el asegurado de las causas limitativas del seguro que respondan a su propia conducta o actividad, que deben ser especialmente reflejadas y diferenciadas en la póliza”.

3.2 Condiciones delimitadoras y limitativas del riesgo, su diferenciación

Para la individualización del riesgo, su adecuación a los intereses de las partes y fijación de la cuantía de la prima o precio del seguro, se acude a la inclusión en las correspondientes pólizas de condiciones delimitadoras y limitativas del riesgo asegurado. La distinción entre unas y otras, desde un punto de vista estrictamente teórico, aparece relativamente sencilla, pero, en su aplicación práctica, no deja de presentar dificultades.

En principio, una condición delimitadora define el objeto del contrato, perfila el compromiso que asume la compañía aseguradora, de manera tal que, si el siniestro acaece fuera de dicha delimitación, positiva o negativamente explicitada en el contrato, no nace la obligación de la compañía aseguradora de hacerse cargo de su cobertura. Las cláusulas limitativas, por el contrario, desempeñan un papel distinto, en tanto en cuanto producido el riesgo actúan para restringir, condicionar o modificar el derecho de resarcimiento del asegurado.

En este sentido, la sentencia 541/2016, de 14 de septiembre, cuya doctrina cita y ratifican las más recientes sentencias 58/2019, de 29 de enero y 661/2019, de 12 de diciembre, señala que:

“[...] desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas parece, a primera vista, sencilla, de manera que las primeras concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro. Mientras que las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido”.

Las dificultades expuestas han llevado a la jurisprudencia a intentar establecer criterios distintivos entre unas y otras cláusulas. En tal esfuerzo de concreción jurídica, es de obligada cita la STS 853/2006, 11 de septiembre, del Pleno de esta Sala, que señala que son delimitadoras las condiciones:

“[...] mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la

prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla”.

La precitada sentencia 853/2006 sienta una doctrina, que es recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de este tribunal, como las SSTs 1051/2007 de 17 de octubre; 676/2008, de 15 de julio; 738/2009, de 12 de noviembre; 598/2011, de 20 de julio; 402/2015, de 14 de julio, 541/2016, de 14 de septiembre; 147/2017, de 2 de marzo; 590/2017, de 7 de noviembre, 661/2019, de 12 de diciembre, según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en qué ámbito temporal o espacial.

El papel que, por el contrario, se reserva a las cláusulas limitativas radica en restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización, una vez que el riesgo, objeto del seguro, se ha producido (SSTs de 16 de mayo y 16 octubre de 2000, 273/2016, de 22 de abril, 520/2017, de 27 de septiembre, 590/2017, de 7 de noviembre, 661/2019, de 12 de diciembre).

En palabras de la STS 953/2006, de 9 de octubre, serían “las que empeoran la situación negocial del asegurado”.

Un criterio utilizado para determinar la naturaleza de ciertas cláusulas como limitativas, es referirlo al contenido natural del contrato; esto es “[...] del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora” (SSTs 273/2016, de 22 de abril, 541/2016, de 14 de septiembre y 147/2017, de 2 de marzo). En este sentido, se atribuye la condición de limitativa a la cláusula sorpresiva que se aparta de dicho contenido ordinario (STS 58/2019, de 29 de enero y 661/2019, de 12 de diciembre).

Las consecuencias de dicha diferenciación devienen fundamentales, dado que las cláusulas delimitadoras, susceptibles de incluirse en las condiciones generales para formar parte del contrato, quedan sometidas al régimen de aceptación genérica, sin la necesidad de la observancia de los requisitos de incorporación que se exigen a las limitativas (SSTs 366/2001, de 17 de abril; 303/2003, de 20 de marzo; 14 de mayo 2004, en recurso 1734/1998; 1033/2005,



de 30 de diciembre): mientras que éstas últimas deben cumplir los requisitos previstos en el art. 3 LCS; esto es, estar destacadas de un modo especial y ser expresamente aceptadas por escrito, formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (SSTS 516/2009, de 15 de julio; 268/2011, de 20 de abril; 541/2016, de 14 de septiembre; 234/2018, de 23 de abril; 58/2019, de 29 de enero; 418/2019, de 15 de julio), y que además han de concurrir conjuntamente (SSTS 676/2008, de 15 de julio; 402/2015, de 14 de julio; 76/2017, de 9 de febrero y 661/2019, de 12 de diciembre).

3.3 La condición litigiosa tiene la consideración jurídica de limitativa

Compartimos con el tribunal provincial su criterio de que nos encontramos ante una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, que concertó con la compañía demandada un contrato de seguro, que cubría, entre otros, el riesgo de su fallecimiento, con un capital asegurado inicialmente de 60.000 euros, posteriormente rebajado a 50.000 euros.

Quedaba, con ello, perfectamente delimitado el objeto del contrato, la cobertura amparada por la póliza: la muerte del asegurado; la cantidad objeto de prestación en el caso de siniestro: 50.000 euros de capital; así como la fecha de efecto de las garantías pactadas a las 0 horas del día 23 de junio de 2011 y su duración anual renovable, sin limitaciones con respecto al ámbito espacial en que se produjera el siniestro.

Es evidente, por el contrario, que la cláusula 4.ª b) de las condiciones generales del seguro limita la cobertura, en tanto en cuanto no incluye el fallecimiento por cáncer, que es una prototípica enfermedad mortal, siempre que ésta sea diagnosticada antes de transcurrido un año a partir de la fecha efecto del contrato, con lo que se impone un periodo de carencia, que implica una limitación a una cobertura que, según las condiciones particulares (documento cuarto), desencadenaba sus efectos a partir de su suscripción el 23 de junio de 2011.

La precitada condición excluyente no es ilícita, ni lesiva, pero para que pueda operar jurídicamente, es decir, para que pueda ser opuesta al asegurado y, en consecuencia, para que la compañía pueda liberarse de dar cobertura al siniestro, es necesario que concurren los requisitos impuestos por el art. 3 de la LCS, que considera cumplidos el tribunal provincial y que cuestiona la recurrente.

3.4 La inobservancia de los requisitos impuestos por el art. 3 de la LCS determina la estimación del recurso

Pues bien, no podemos considerar que la condición general 4 d) se encuentre incorporada debidamente al contrato con las garantías del art. 3 de la LCS, toda vez que aquélla, inserta en el pliego de condiciones generales aportadas por la compañía, no aparece avalada con la firma del tomador del seguro -las condiciones generales no se encuentran suscritas-, y sin que podamos considerar cumplido tan esencial requisito por la circunstancia de que, en unas solicitudes de seguro y de modificación de la suma asegurada en concepto de capital por fallecimiento, se contengan unas remisiones a unas cláusulas, que no se encuentran transcritas, en las que figura la condición general 4, en los términos antes reseñados.

Tampoco aparece el contenido de la precitada cláusula limitativa en las condiciones particulares de la póliza, que únicamente refleja una fórmula genérica y predispuesta que contiene la leyenda de que: “Mediante la firma del presente documento, el tomador de seguro declara recibir junto a estas condiciones particulares las condiciones generales y especial (si las hubiere), que constituyen este contrato, y acepta todas sus cláusulas y, en especial, aquellas que limiten los derechos del tomador y del asegurado”.

En definitiva, no se ha aportado documento alguno en que se encuentre transcrita dicha cláusula de exclusión de la cobertura del seguro, conteniendo la firma del asegurado como reflejo documental de un conocimiento que no se adquiere a través de remisiones genéricas.

En el sentido expuesto, nos hemos manifestado en la sentencia 140/2020, de 2 de marzo, en un caso en que existía un reenvío como el que constituye el objeto de este proceso, redactado en los términos siguientes:

“El Tomador del seguro/Asegurado declara haber examinado detenidamente y estar plenamente conforme con el contenido de las presentes Condiciones Particulares, e igualmente de las Condiciones Generales, que reconoce recibir en el acto y en las que aparecen destacadas en negrilla las exclusiones y cláusulas limitativas de sus derechos, firmando en señal de su plena conformidad y aceptación explícita”.

Pues bien, a dicha fórmula le privamos de valor jurídico a los efectos de considerar cum-

plidos los requisitos del art. 3 de la LCS, con el siguiente razonamiento:

“Entrando, pues, a conocer del motivo, este debe ser estimado por las siguientes razones:

“1.ª) La sentencia de esta Sala 402/2015, de 14 de julio, de pleno, que se pronunció sobre una cláusula limitativa similar en un seguro de accidentes, tras interpretar la exigencia del art. 3 LCS de que las cláusulas limitativas aparezcan destacadas de modo esencial, interpreta la otra exigencia, es decir, la de que sean “específicamente aceptadas por escrito”, del siguiente modo:

““Respecto a la exigencia de que las cláusulas limitativas deban ser “especialmente aceptadas por escrito”, es un requisito que debe concurrir cumulativamente con el anterior (STS de 15 de julio de 2008, RC 1839/2001),por lo que es

imprescindible la firma del tomador. Como se ha señalado anteriormente, la firma no debe aparecer solo en el contrato general, sino en las condiciones particulares que es el documento donde habitualmente deben aparecer las cláusulas limitativas de derechos. La STS de 17 de octubre de 2007 (RC3398/2000) consideró cumplida esta exigencia cuando la firma del tomador del seguro aparece al final de las condiciones particulares y la de 22 de diciembre de 2008 (RC 1555/2003), admitió su cumplimiento por remisión de la póliza a un documento aparte en el que aparecían, debidamente firmadas, las cláusulas limitativas debidamente destacadas. En ningún caso se ha exigido por esta Sala una firma para cada una de las cláusulas limitativas”.

“2.ª) De esta doctrina jurisprudencial se desprende que si, como sucede en el presente caso, las condiciones particulares se remiten a las cláusulas limitativas que aparezcan en las



condiciones generales que se entregan al tomador/asegurado, este deberá firmar también estas condiciones generales.

“3.ª) Hasta tal punto es así, que incluso las dos sentencias que la aseguradora recurrida cita en su apoyo(sentencias 520/2017, de 27 de diciembre, y 76/2017, de 9 de febrero) vienen a abundar en esa misma doctrina,pues en ambos casos las condiciones generales en las que figuraban las cláusulas limitativas habían sido firmadas por el asegurado, de modo que en ningún caso bastaba solo con la firma de la remisión contenida en las condiciones particulares”.

En definitiva, en el presente caso, las condiciones particulares no recogen transcrita la cláusula 4 d), en la que basa la compañía demandada la exclusión de la cobertura. Tampoco en documento aparte debidamente suscrito. Las condiciones generales, en las que sí se encuentra recogida y destacada en negrilla, carecen de la firma del tomador del seguro. En consecuencia, debemos concluir que no se cumplieron las exigencias cumulativas del art. 3 de la LCS, lo que conduce a la estimación del recurso de casación interpuesto.

CUARTO.- Asunción de la instancia

Conforme a lo dispuesto en el art. 487.3 LEC procede casar la sentencia recurrida y, en funciones de instancia,estimar el recurso de apelación de la demandante, con la correlativa revocación de la sentencia apelada y,en consecuencia, estimar íntegramente la demanda, condenando a la aseguradora demandada a pagar a la demandante la suma de 50.000 euros, incrementada con los intereses de demora del art. 20 LCS, desde la fecha del siniestro y hasta su completo pago, calculados, durante los dos primeros años siguientes al siniestro,al tipo legal más un 50% y, a partir, de ese momento, al tipo del 20%, si aquel no resulta superior (sentencia de pleno 251/2007, de 1 de marzo, seguida, entre otras, por las sentencias 562/2018, de 10 de octubre, 140/2020,de 2 de marzo; 419/2020, de 13 de julio, 503/2020, de 5 de octubre, 643/2020, de 27 de noviembre, 110/2021,2 de marzo).

En su contestación a la demanda la compañía de seguros sostiene que su oposición se encuentra justificada mediante la alegación del apartado 8 del art. 20 de la LCS. No podemos admitir dicho alegato.

En efecto, es reiterada jurisprudencia de la sala la que viene proclamando sin fisuras que los intereses del art.20 de la LCS ostentan un

carácter marcadamente sancionador, imponiéndose una interpretación restrictiva de las causas justificadas de exoneración del deber de indemnizar, todo ello con la finalidad de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados (sentencias 743/2012, de 4 de diciembre; 206/2016, de 5 de abril; 514/2016, de 21 de julio; 456/2016, de 5 de julio; 36/2017, de 20 de enero; 73/2017, de 8 de febrero; 26/2018, de 18 de enero; 56/2019, de 25 de enero; 556/2019, de 22 de octubre;419/2020, de 13 de julio; 503/2020, de 5 de octubre y 563/2021, de 26 de julio).

En congruencia con ello, se ha proclamado que sólo concurre la causa justificada del art. 20.8 de la LCS, en los específicos supuestos en que se hace necesario acudir al proceso para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar; esto es, cuando la resolución judicial deviene imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura(sentencias 252/2018, de 10 de octubre; 56/2019, de 25 de enero, 556/2019, de 22 de octubre; 570/2019, de 4de noviembre, 47/2020, de 22 de enero, 419/2020, de 13 de julio y 563/2021, de 26 de julio, entre otras muchas).

Ahora bien, como es natural, la mera circunstancia de judicializarse la reclamación, ante la negativa de la aseguradora de hacerse cargo del siniestro, no puede dejar sin efecto la aplicación del art. 20 de la LCS, pues en tal caso su juego normativo quedaría subordinado a la formalización de su oposición por parte de las compañías de seguro, que tendrían en sus manos demorar las liquidaciones de los siniestros y evitar la aplicación de los precitados intereses.

A los efectos de evitar tan indeseables resultados es necesario que la judicialización, excluyente de la mora,se encuentre fundada en razones convincentes que avalen la reticencia de la compañía a hacer honor al compromiso contractualmente asumido; dado que no ha de ofrecer duda que acudir al proceso no permite presumir la racionalidad de la oposición a indemnizar, puesto que no se da un enlace preciso y directo,conforme a las directrices de la lógica, entre ambos comportamientos con trascendencia jurídica (sentencias 503/2020, de 5 de octubre y 563/2021, de 26 de julio).

En definitiva, como señala la sentencia del Tribunal Supremo 317/2018, de 30 de mayo, citada por las más recientes 419/2020, de 13 de julio y 563/2021, de 26 de julio:

“[...] solamente cuando la intervención judicial sea necesaria para fijar el derecho a la indemnización y razonable la oposición de la compañía, ante la situación de incertidumbre concurrente, podrá nacer la causa justificada a la que se refiere el art. 20.8 LCS”.

De esta manera, se expresan igualmente las sentencias 56/2019, de 25 de enero; 556/2019, de 22 de octubre; 116/2020, de 19 de febrero o 503/2020, de 5 de octubre.

Pues bien, en el presente caso, la póliza cubriría la muerte del asegurado, sin que se discutiese la realidad de la cobertura y del siniestro. El seguro se hallaba vigente al producirse el evento objeto de cobertura. La indemnización procedente estaba delimitada en una cantidad predefinida en la póliza. La compañía de seguros alega una cláusula limitativa del riesgo por ella redactada e incorporada al contrato con desprecio a lo dispuesto en el art. 3 de la LCS, lo que constituye una elemental obligación incumplida.

Es obvio, por lo tanto, que de ninguna manera cabe considerar concurrente la alegada causa justificada para evitar la imposición de los intereses moratorios del art. 20 de la LCS, a los que debe ser condenada también la compañía en los concretos términos antes indicados.

QUINTO.- Costas y depósito

Conforme al art. 398.2 LEC, no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, ni las de la segunda instancia, dada la estimación de ambos recursos.

De acuerdo con el art. 394.1 LEC procede imponer las costas de la primera instancia a la demandada, toda vez que la demanda ha sido íntegramente estimada.

Procede la devolución de los depósitos constituidos para recurrir (disposición adicional 15.ª, apartado 8 de la 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- Estimar el recurso de casación interpuesto por la demandante D.ª Esperanza contra la sentencia 277/2019, dictada por la sección octava de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación n.º 1014/2018.

2.º- Casar la sentencia recurrida y, en su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revocamos la sentencia 239/2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 14 de dicha población, y condenamos a Bansabadell Vida, S.A. de Seguros y Reaseguros, a pagar a la demandante la suma de 50.000 euros, incrementada con los intereses del art. 20 LCS, desde la fecha del siniestro y hasta su completo pago, calculados, durante los dos primeros años siguientes al siniestro, al tipo legal más un 50% y, a partir de ese momento, al tipo del 20%, si aquel no resultase superior, todo ello con imposición de las costas procesales de primera instancia a la parte demandada.

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

4.º- Se decreta la devolución de los depósitos constituidos para recurrir en apelación y casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

Por **José A. Badillo Arias**
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá

En esta resolución, el Alto Tribunal reitera su doctrina sobre la distinción entre cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y cláusulas delimitadoras de riesgo. Asimismo, incide la Sala en que las cláusulas limitativas de derechos del asegurado deben ser aceptadas expresamente por el asegurado, ya vengan en las condiciones particulares o en las condiciones generales. En tal sentido, la Sala insiste en que la aceptación de las particulares, en las que el asegurado reconoce recibir las condiciones generales y acepta las cláusulas limitativas que contengan, no tiene valor jurídico a los efectos de considerar cumplidos los requisitos del art. 3 de la LCS.

Los hechos que dan lugar a esta resolución derivan de la demanda de una señora, beneficiaria de un seguro de vida, que ejerció una acción ex contrato contra una entidad aseguradora, a los efectos de reclamar el capital pactado en la póliza de seguro de vida e invalidez permanente y absoluta suscrita por su marido, fallecido de cáncer.

Después de referirse a algunas sentencias de la propia Sala, indica que de la doctrina jurisprudencial se desprende que si, como sucede en el presente caso, las condiciones particulares se remiten a las cláusulas limitativas que aparezcan en las condiciones generales que se entregan al tomador/asegurado, este deberá firmar también estas condiciones generales.

A la demanda se opuso la compañía de seguros. Alegó, en su defensa, que el asegurado había actuado dolosamente al responder al cuestionario entregado por la aseguradora, y que, en cualquier caso, conforme a las condiciones generales del contrato suscrito se pactó una cláusula cuarta, apartado b), que literalmente establece que “La prestación del asegurador, ya sea por fallecimiento o por invalidez permanente del asegurado, cuyo motivo sea la enfermedad de cáncer estará condicionada a que dicha enfermedad tenga su origen y sea diagnosticado una vez haya transcurrido un año a partir de la fecha efecto del contrato indicada en el correspondiente certificado individual de seguro ...”.

En cuanto al dolo en la declaración del riesgo, queda acreditado en el procedimiento que el asegurado no lo cometió, y, por tanto, como quiera que falleció dentro del año desde que tuvo efectos el contrato, la cuestión controvertida es la eficacia de la citada cláusula, que aparece destacada en **negrita** en las condiciones generales de la póliza.

El juzgador ad quo desestimó la demanda, al entender que la cláusula controvertida era delimitadora del riesgo. Por ello, al haber sido aceptada por el tomador como resulta de la remisión que a dicha condición se efectúa en la solicitud de seguro, era oponible al beneficiario.

Ante el recurso de apelación de la demandante, la Audiencia Provincial de Valencia confirmó la sentencia de primera instancia. Consideró que la condición general cuarta b) era limitativa y no delimitadora del riesgo; pero, en cualquier caso, oponible a la beneficiaria de la póliza, al ser válida la aceptación por remisión de la precitada cláusula, aunque no se hallaran firmadas las condiciones generales en las que se encontraba inserta en negrita.

El recurso de casación se formula por interés casacional e infracción del art. 3 de la LCS sobre los requisitos exigidos para estimar válidas las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, y, concretamente, el presupuesto de validez de que sea "especialmente aceptada por escrito".

La Sala, que estima el recurso de casación, alude, en primer lugar, a la exigencia de transparencia que impone el artículo 3 LCS a las entidades de seguros, indicando que "la contratación en masa explica la utilización de las condiciones generales de contratación cuidadosamente redactadas por parte de las compañías de seguro". En consecuencia, está justificado que se imponga a las entidades aseguradoras un deber de transparencia, que debe ser escrupulosamente observado, con la intención de que los asegurados tomen constancia efectiva de cuáles son los riesgos objeto de cobertura y en qué concretos términos son cubiertos, todo ello con la finalidad de que no se vean sorprendidos por cláusulas limitativas o lesivas para sus intereses.

A continuación, la resolución, una vez más, define y distingue las cláusulas delimitadoras del riesgo de las limitativas de derechos del asegurado, explicando el régimen jurídico de cada tipo de cláusulas. Termina indicando, como había hecho al sentencia de instancia, que la cláusula objeto de análisis en este procedimiento es limitativa de derechos del asegurado. En tal sentido, sostiene que la cláusula 4.º b) de las condiciones generales del seguro limita la cobertura, en tanto en cuanto no incluye el fallecimiento por cáncer, que es una prototípica enfermedad mortal, siempre que ésta sea diagnosticada antes de transcurrido un año a partir de la fecha efecto del contrato, con lo que se impone un periodo de carencia, que implica una limitación a una cobertura.

Para la Sala, la fórmula, que suele aparecer en muchas pólizas de seguro, "El Tomador del seguro/Asegurado declara haber examinado detenidamente y estar plenamente conforme con el contenido de las presentes Condiciones Particulares, e igualmente de las Condiciones Generales, que reconoce recibir en el acto y en las que aparecen destacadas en negrilla las exclusiones y cláusulas limitativas de sus derechos, firmando en señal de su plena conformidad y aceptación explícita", no cumple con los requisitos del artículo 3 LCS, cuando en las condiciones generales nos encontramos con cláusulas limitativas de derechos del asegurado.

Después de referirse a algunas sentencias de la propia Sala, indica que de la doctrina jurisprudencial se desprende que si, como sucede en el presente caso, las condiciones particulares se remiten a las cláusulas limitativas que aparezcan en las condiciones generales que se entregan al tomador/asegurado, este deberá firmar también estas condiciones generales.

En definitiva, cuando estamos en presencia de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, no son válidas las remisiones de las condiciones particulares a las generales. En estos casos, deben estar específicamente aceptadas las cláusulas limitativas por parte del tomador/asegurado, con independencia de que se encuentren en unas u otras condiciones del contrato.



perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes
Abogado

Muestra sencilla pero palpable de la lucha y triunfo de David frente a Goliath cuando un administrado recibe 19 notificaciones de apremio de la TGSS-sin precederlas notificaciones de deuda - relativas a la cotización de su empleada de hogar , (hecho que sucedió en casi todas las casas de España que contasen con dicho apoyo) , averiguando después que respondían a una presunta situación de infra cotización, por no haber actualizado las bases desde 2018 hasta enero de 2021, de acuerdo con las correspondientes actualizaciones del SMI sucesivamente decretadas por el Gobierno de la Nación a lo largo de ese período (la diferencia es que - pagó, pero - no se aquietó) y su recurso contencioso- administrativo fue resuelto con ejemplar firmeza por Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 2 de Granada Procedimiento Abreviado 302/2022. Sentencia N.º 156/2023 nueve de octubre, Ilma. Sra. Magistrada doña Estrella Cañavate Galera, (Letrado don Manuel Jesús Dorador Atienza); “incurre la Resolución impugnada en una inadecuada aplicación por la TGSS del artículo 85, del R.D. 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social en relación con los casos en que procede la emisión de providencias de apremio. Que en el presente caso se ha omitido la preceptiva reclamación de deuda, previa a la emisión de providencia de apremio (artículo 38, apartado 3, letra e) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social; en adelante, LGSS). Que en febrero de 2022, recibió, sin reclamaciones de deuda previas, un total de 19 documentos con providencias de Apremio que iniciaban contra ella el expediente recaudatorio ejecutivo por el Régimen de Empleados de Hogar 0138, y por cotizaciones de los períodos 01/18 a 05/19 y 01/21, derivadas del alta de la empleada de hogar que presta servicios en el domicilio familiar, doña R . Que estas providencias de apremio, sin motivación ninguna sobre el origen de la deuda exigida, ni referencia a los elementos configuradores de la misma; bases, tipos, bonificaciones aplicadas, cuotas resultantes, etc., más allá de las habituales e imprecisas referencias plasmadas en este tipo de documentos, tales como “descubierto total por bas (...)” (en el apartado “naturaleza del descubierto”) o “03 reclamación de deuda con presentación” (en el apartado “tipo de documento de origen”). Imposible saber el origen de las deudas reclamadas causando indefensión y a pesar de haber pagado todas las liquidaciones giradas por estos conceptos por lo que interpuso alzada contra todas las providencias de apremio, pues debieron venir precedidas de las reclamaciones con motivación sobre el origen de estas nuevas liquidaciones ejecutivas. En la Resolución del Recurso de Alzada motiva el origen de las deudas liquidadas y, aunque no se ofrecen los cálculos realizados para su determinación, al menos concreta ahora su origen en una situación de infra cotización, por no haber actualizado las bases de cotización desde 2018 hasta enero de 2021, de acuerdo con las correspondientes actualizaciones del SMI sucesivamente decretadas por el Gobierno de la Nación a lo largo de ese período. Por tanto hubo errores materiales que han originado diferencias de cotización exigibles, cuando resulta que la actora había ingresado en tiempo y forma las cuotas correspondientes a los períodos reclamados, en régimen de liquidación simplificada mediante el correspondiente cargo en cuenta corriente.

“... Sin embargo, en el presente caso no estamos ante una intencionada falta de ingreso de cuotas que habilite a la TGSS para iniciar la vía ejecutiva. Por el contrario, en el presente caso si hubo errores materiales del administrado y diferencias de cotización donde existen criterios jurídicos que explicar, como por ejemplo, los cambios señalados en las normas que concretan el SMI y elementos de la deuda que determinar, como puede ser la aplicación o no de la bonificación por familia numerosa, ello no constituye una mera falta de ingreso de la cuota para dictar contra el administrado providencias de apremio sin más trámite. Es una forma de actuar de la Administración abusiva no siendo de aplicación el artículo 85 del RGRSS “(...) -1. Se dictará providencia de apremio, sin previa reclamación de deuda o acta de liquidación en los siguientes casos: (...) b)-Falta de ingreso de las cuotas relativas a trabajadores- sino, en todo caso, el apartado a), o el apartado c), del artículo 33 de la LGSS, según los cuales :

“Artículo 33. Reclamaciones de deudas.

1. Transcurrido el plazo reglamentario sin ingreso de las cuotas debidas, la Tesorería General de la Seguridad Social reclamará su importe al sujeto responsable incrementado con el recargo que proceda, conforme a lo dispuesto en el artículo 30, en los siguientes supuestos:

a) Falta de cotización respecto de trabajadores dados de alta, cuando no se hubiesen cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 29 o cuando, habiéndose cumplido, las liquidaciones de cuotas o datos de cotización transmitidos o los documentos

de cotización presentados contengan errores materiales, aritméticos o de cálculo que resulten directamente de los mismos. Si estas circunstancias fuesen comprobadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, lo comunicará a la Tesorería General de la Seguridad Social con la propuesta de liquidación que proceda.

c) Diferencias de importe entre las cuotas ingresadas y las que legalmente corresponda liquidar, que resulten directamente de las liquidaciones o datos de cotización transmitidos o de los documentos de cotización presentados, siempre que no proceda realizar una valoración jurídica por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre su carácter cotizable, en cuyo caso se procederá conforme a lo previsto en el apartado 1.b) del artículo siguiente.”

CUARTO.- Estos preceptos exigen que la liquidación de diferencias por cuotas en los casos de autoliquidaciones erróneas o con diferencias que resulten de los datos de cotización transmitidos, en su caso, se hagan en período voluntario mediante la reclamación de deuda. Pero en este caso no hubo previo a las providencias de apremio ninguna reclamación de deuda relativa a las supuestas diferencias de cotización o errores. El artículo 38,1º de la LGSS, prescribe que mientras no adquiera firmeza reclamación de deuda o el acta de liquidación, sin pago de la deuda, no puede iniciarse el apremio. En el presente caso no hubo previa reclamación de deuda garante de los derechos del administrado para la previa determinación de los elementos de la deuda según el artículo 63, c), del RGRSS. La TGSS cometió errores, que fueron advertidos en fase de recurso de alzada. Pero si en caso contrario, no los advierte

y hubiera seguido vía ejecutiva dictando providencias de apremio erróneas por diferencias de cotización, sin emitir reclamación previa y sin motivación y sin determinación de los elementos y demás circunstancias determinantes de la deuda dejando al administrado en indefensión y absoluta inseguridad jurídica a merced de la arbitrariedad administrativa privándolo de la oportunidad de liquidar la deuda en período voluntario por tanto debemos entender que el inicio del procedimiento ejecutivo está previsto para supuestos en los que no haya ingreso de cotizaciones sociales, pues si lo que hay son diferencias o errores de liquidación, en su caso, la Administración de la TGSS, debe acudir a la fórmula de la reclamación de deuda, dando al administrado la oportunidad de que ejerza su defensa y discuta las supuestas diferencias o errores de cotización que se le exigen, en la medida que la TGSS puede cometer errores en la liquidación, como ha ocurrido precisamente en el expediente administrativo del caso que nos ocupa con las 18 providencias de apremio inicialmente liquidadas. En virtud de todo lo anterior, procede la estimación de la demanda con anulación de la misma acordando la devolución a esta parte del importe de la liquidación en apremio ingresada a la TGSS “

De enorme interés acerca de la cuantía del proceso, el momento de su fijación -y posteriores efectos sobre las costas cumple acudir a la Sentencia nº 1213/2023, de 25 de julio, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo-Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena-:

“Las funciones de la cuantía en el proceso son muy variadas: determina en ciertos casos la clase de procedimiento por la que debe tramitarse el litigio (arts. 249.2 y 250.2 LEC); la competencia objetiva (art. 47LEC); la postulación obligatoria o facultativa (arts. 23.2.1.º y 31.2.1.º LEC); el acceso al recurso de apelación en el caso de juicios verbales por razón de la cuantía (art. 455.1 LEC) o la resolución del recurso de apelación contra la sentencia dictada en ese tipo de procesos por un solo magistrado de la Audiencia Provincial (art.82.2.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en lo sucesivo, LOPJ)); fija la *summa gravaminis* relevante para interponer el recurso de casación por la vía del art. 477.2.2.º LEC, aunque esta función ha dejado de ser relevante tras la reforma llevada a cabo por el art. 225.7 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, si bien la nueva redacción del art. 477.1 LEC, al prever la necesidad de colegiación en la decisión de la Audiencia Provincial, hace irrecorribles las sentencias de las Audiencias Provinciales cuando resuelven como tribunal unipersonal los recursos contra las sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia en los juicios verbales por razón de la cuantía, cuando esta se encuentra entre 3.000 y 6.000 euros; es uno de los criterios que sirven para fijar los honorarios profesionales en la tasación de costas; y sirve para fijar un límite máximo a los honorarios de abogado y perito en caso de condena en costas (art. 243.2 en relación con el art. 394.3, ambos de la LEC).

La fijación de la cuantía del procedimiento no integra propiamente el objeto principal de la tutela judicial solicitada en una demanda, sino que, en línea con lo declarado por esta sala en sus autos de 13 de sep-

tiembre de 2005 (queja 170/2005) y 140/2015, de 20 de enero, tiene un carácter meramente instrumental en cuanto que no constituye un fin en sí mismo, sino una premisa para el examen de otros presupuestos procesales, como son los expresados en el anterior párrafo. Por tal razón, la cuantía del procedimiento no es objeto propio de un pronunciamiento de la sentencia ni por tanto tiene sentido que sea el único objeto del recurso de apelación o de los recursos extraordinarios.

3.- Con carácter previo, hay que dejar sentado que las exigencias derivadas del principio de buena fe procesal(art. 11.1 LOPJ) impiden que los litigantes pretendan que se fije una cuantía del procedimiento favorable a sus intereses cuando ello contradiga, en contra de las exigencias de la buena fe, su anterior conducta procesal.

Por tal razón, el demandante que ha fijado una cuantía en su demanda no puede posteriormente pretender modificarla para que se fije una cuantía del procedimiento que le resulte más ventajosa en relación con la condena en costas o para acceder al recurso de casación por la vía del art. 477.2.2.º LEC, en la redacción anterior a la reforma llevada a cabo por el art. 225.7 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, o al recurso de apelación en el caso del juicio verbal por razón de la cuantía. Asimismo, si la cuantía ha sido fijada de común acuerdo por ambas partes, porque el demandado ha mostrado su expresa conformidad con la cuantía fijada en la demanda o porque ambas partes han acercado sus posiciones al respecto y han fijado una cuantía de común acuerdo, ninguna de las partes puede posteriormente preten-

der que se modifique la cuantía así fijada para favorecer su posición en la tasación de costas o en el acceso al recurso.

Ello, sin perjuicio de que, en lo que se refiere al acceso a la casación por la vía del art. 477.2.2.º LEC, en la sentencia 30/2011, de 16 de febrero, declaramos:

“[...] esta Sala no se ve vinculada en modo alguno por el valor que las partes han atribuido al interés litigioso, sino que ha de atender a la verdadera cuantía del litigio, que, en cuanto integrante de uno de los presupuestos para acceder a la casación, se erige en cuestión de orden público, indisponible para las partes y aun para el Tribunal de instancia (SSTC 90/86 y 93/93), correspondiendo a esta Sala la última palabra acerca de su observancia, así como de la observancia de los demás presupuestos y requisitos del recurso de casación(SSTC 10/86 , 26/88 , 230/93 , 315/94 y 37/95, de 7 de febrero , esta última de Pleno), cuya naturaleza y específica finalidad justifica un especial rigor en el cumplimiento de los impuestos por el legislador (SSTC109/87 y 63/2000); habiendo declarado, por ende, el Tribunal Constitucional la plena legitimidad del Tribunal Supremo para atender al verdadero objeto litigioso y a la cuantía que al mismo corresponde para decidir sobre la admisión o inadmisión de los recursos de casación (STC 119/98)”.

Y en la sentencia de esta sala 30/2011, de 16 de febrero, declaramos que “el artículo 255 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no obliga a que la cuantía del proceso quede fijada en primera instancia en tanto no se vea afectada la adecuación del procedimiento”.

Como conclusión, la tesis que el recurrente sostiene en este motivo del recurso (que la cuantía del procedimiento ha de ser, sin posibilidad de modificación, la que el propio demandante fijó en su demanda y que no fue rectificada por el LAJ en el decreto de admisión a trámite de dicha demanda ni impugnada por la demandada en su contestación a la demanda) no es correcta, pues la discrepancia existente entre las partes sobre la cuantía de la demanda no afectaba a la clase de procedimiento ni al acceso a los recursos. Y en la sentencia de esta sala 30/2011, de 16 de febrero, declaramos que “el artículo 255 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no obliga a que la cuantía del proceso quede fijada en primera instancia en tanto no se vea afectada la adecuación del procedimiento”.

...Porque una cosa es que el incidente de impugnación de la tasación de costas no tenga por objeto fijar la cuantía del pleito (su objeto es propiamente fijar el importe de las costas que ha de pagar la parte vencida en costas), y otra distinta que, cuando la cuantía del procedimiento no ha quedado fijada en la fase declarativa del proceso, en el incidente de impugnación de la tasación de costas, al valorar los distintos parámetros pertinentes para fijar los honorarios del abogado y los derechos del procurador, uno de los parámetros sobre los que sea preciso pronunciarse sea el de la cuantía del procedimiento.

Además, como declaramos en la sentencia 399/2014, de 21 de julio, (y reiteramos en varios autos que resuelven recursos de revisión contra decretos del LAJ que resuelven impugnaciones de la tasación de costas), la minuta incluida en la tasación debe ser una media

ponderada y razonable dentro de los parámetros de la profesión, no solo calculada de acuerdo a criterios de cuantía, sino también adecuada a las circunstancias concurrentes en el pleito, el grado de complejidad del asunto, la fase del proceso, etc.

12.- Por tanto, cuando la cuantía litigiosa no haya sido fijada en la fase declarativa del proceso (fijación que puede tener lugar porque las partes la hayan fijado de común acuerdo o porque el juez la haya fijado en la vista del juicio verbal o en la audiencia previa del juicio ordinario), si hay condena en costas, en el incidente de tasación de costas habrá de valorarse si los honorarios del letrado se ajustan a los diversos parámetros pertinentes (complejidad del asunto, interés económico del litigio, fase del proceso, etc.) y, en su caso, aplicar el límite de la tercera parte de la cuantía del proceso previsto en el art. 394.3.º LEC. Y si el decreto del LAJ que resuelva la impugnación de la tasación de costas es recurrido en revisión, el tribunal habrá de pronunciarse sobre la correcta aplicación de estos parámetros pertinentes para la fijación del importe de las costas, según cuáles hayan sido los argumentos impugnatorios, entre los que puede encontrarse la incorrecta valoración de la cuantía del proceso.

-El recurrente argumentó -“declarada la abusividad de las cláusulas predispuestas por la entidad financiera, procede la íntegra reparación de los perjuicios causados por la actuación abusiva, y en consecuencia el abono por parte de la entidad financiera de los gastos y costas completas en las que el consumidor haya incurrido para defender sus derechos, en este caso, el

completo pago de las costas que habrán de ser tasadas sobre la base del verdadero interés económico del pleito (118.926,60 euros) que fue el fijado por el consumidor en su demanda y no sobre una cuantía indeterminada (que se está valorando como si de inestimable se tratase sobre un interés económico de 18.000 euros) fijada en un momento posterior “En definitiva, el demandante plantea en su recurso de casación si la fijación por el juzgado de la cuantía del procedimiento como indeterminada (la LEC usa en ocasiones la expresión “cuantía indeterminada”, art. 251.1.º y en otras la califica como “inestimable o no determinable”, arts. 254.2 y 394.3) puede vulnerar el derecho del consumidor a quedar indemne y a obtener una reparación completa de los daños causados por las cláusulas abusivas por su repercusión en la fijación del importe de las costas a cuyo pago resulta condenada la entidad predisponente”.

“...el motivo incurre en una petición de principio, consistente en partir de la premisa de que la cuantía del procedimiento es la fijada en su demanda y no la determinada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, respecto de la que la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación.

Asimismo, esta norma incluye una modulación de dicho límite que permite incrementar la minuta del abogado que puede incluirse en la tasación de costas en casos excepcionales, al prever que esa cuantía de 18.000 euros que se fija en los litigios de cuantía inestimable para aplicar el límite de la tercera parte en la fijación del importe de los honorarios del abogado que pue-

den incluirse en la tasación de costas, puede ser modificada al alza por el tribunal “en razón de la complejidad del asunto”, por lo que el importe de los honorarios del abogado del litigante vencedor que puede incluirse en la tasación de costas puede incrementarse en los casos en que se trate de un asunto que, por su complejidad, justifique un importe mayor de los honorarios del abogado que pueden ser cargados al predisponente vencido en juicio.

5.- *Por otra parte, no debe olvidarse que, como hemos declarado en párrafos anteriores, esta sala ha declarado*

con reiteración, al resolver recursos de revisión respecto de impugnaciones de tasaciones de costas, que la cuantía del procedimiento es tan solo uno más de los criterios a tomar en consideración para fijar la cuantía de los honorarios del abogado que pueden incluirse en la tasación de costas (entre los más recientes, autos de 17 de marzo de 2022, rec. 1665/2016 y 22 de febrero de 2022, rec. 3609/2018, y 14 de junio de 2022, rec.1375/2019).

6.- *Por otra parte, la tesis del recurso, encaminada a conseguir un incremento de la minuta del abogado en la*

tasación las costas que ha de pagar el litigante vencido, no supone necesariamente, como pretende el recurrente, una mayor protección de los legítimos derechos e intereses del consumidor. Así, si el consumidor fuera el litigante vencido, una tesis como la sostenida por el recurrente, que determina necesariamente el incremento de la minuta del abogado que puede incluirse en la tasación de costas, supondría para el consumidor vencido un importante desembolso económico, lo que podría constituir un riesgo que le disuadiera de litigar.”

Tanto la ruptura del nexo causal como el estado previo de un lesionado son conceptos no siempre bien desarrollados en los procesos de todo orden; sirve de muestra el desgraciado caso de un joven cuyo único error fue tomar el metro de Barcelona de madrugada y que varios individuos en superioridad numérica decidiesen ensañarse con el causándole lesiones de entidad (el metro TMB resultó responsable civil subsidiario en la segunda instancia) Sentencia núm. 630/2023 19 de julio , de la Sala 2ª del Tribunal Supremo; *Argumentan que nunca pretendieron causar a Juan Manuel unas lesiones de la gravedad finalmente sufrida. Añaden que tampoco eran conocedores de los padecimientos médicos que le aquejaban al momento del ataque, por lo que ni siquiera pudieron prever que llegara a sufrir una postración semejante. Y en apoyo de su argumentación subrayan que todos los informes periciales recogen que la espondilitis anquilosante predispone a sufrir una fractura por el más mínimo traumatismo (un riesgo cuatro veces superior al que afectaría a cualquier persona que no padezca esta dolencia) e, incluso, que la rotura vertebral que sufrió Juan Manuel se la pudo generar el lesionado al caer. Aducen, además, que la afectación neurológica por la que padece una tetraplejia incompleta surgió en el acto quirúrgico y que no es consecuencia directa de su agresión, lo que han indicado los peritos en los informes emitidos para el Tribunal y se aprecia además en el informe de anestesia que se extendió con ocasión de la intervención quirúrgica a la que se sometió al lesionado, en el que se recoge que al entrar en quirófano y practicarse la sedación, el paciente tenía una correcta movilidad de sus miembros y no presentaba ningún déficit sensitivo.*

“... la controversia se centra en si la espondilitis anquilosante que previamente padecía el agredido es jurídicamente determinante de una ruptura del nexo causal entre las lesiones y la agresión; o si la tetraplejia incompleta y la disfunción eréctil que según la prueba pericial de-

rivan de una lesión medular, son o no una consecuencia atribuible a la agresión, visto que se trata de padecimientos que surgieron con ocasión de la intervención quirúrgica del agredido.

Y la introducción de este riesgo desaprobado por la ley

condujo precisamente a un resultado coherente con el ataque que los acusados desplegaron. Aunque los informes periciales precisen que la posibilidad de sufrir una rotura ósea (en este caso el aplastamiento de una vértebra), sea cuatro veces mayor en quienes

sufren una dolencia como la padecida por JM, el resultado derivado de este ataque era claramente representable para los atacantes incluso respecto de una persona sana. El aplastamiento de la vértebra no derivó de un traumatismo mínimo y normalmente adecuado a causar únicamente lesiones menores. Se trató de una agresión gratuita, ostensiblemente furiosa y desprovista de toda contención, a la que cualquier persona atribuiría capacidad, no ya para causar una rotura ósea, sino incluso la muerte.

Fueron tres los individuos que atacaron al unísono y lo hicieron desplomando una cascada de puñetazos y patadas sobre su víctima. Lo hicieron por divertimento, pero hasta noquearle y hacerle caer de rodillas en el suelo. Y cuando lograron abatirle no pararon su ataque, sino que lo tornaron más brutal y estremeedor. ... Por tanto, la agresión resultó adecuada a las lesiones que se derivaron y aun a resultados más graves; y lo fue con

independencia de que el lesionado padeciera su dolencia, pues sea cual sea el estado físico de una persona, cualquier agresor que despliegue un ataque como el que se enjuicia, está en condiciones de representarse las terribles consecuencias que pueden derivarse de su salvajismo.

En cuanto a la tetraplejía incompleta que padece el agredido, los dictámenes periciales muestran que deriva de una lesión medular sufrida con ocasión de la agresión y de la intervención quirúrgica a la que hubo de someterse al lesionado. Tras la rotura de una vértebra por aplastamiento y para aportar una estabilidad a su columna vertebral, JM fue sometido a una intervención quirúrgica de urgencia para la fijación de varias vértebras y de la que se derivó un hematoma epidural que obligó a una segunda intervención. Y no existe ninguna prueba pericial que indique que la indicación operatoria o su ejecución fueran disconformes con la norma

praxis médica; antes al contrario, los médicos forenses sostuvieron que la lesión medular incompleta es secundaria a la fractura de la vértebra C7 por aplastamiento y que no puede negarse el riesgo inherente a esa intervención, mientras que el criterio del neurocirujano que invoca el recurso, también expresa que se trató de una complicación operatoria. Del mismo modo que no podría sustentarse que desapareciera el nexo de causalidad respecto de un fallecimiento que derive del riesgo vital de una intervención quirúrgica adecuadamente practicada para salvar la vida o evitar las graves consecuencias de una agresión, tampoco puede entenderse que la lesión medular del agredido sea ajena a las graves lesiones infligidas por los acusados y que los riesgos inherentes a la actuación médica no respondan a la necesidad de abordar ineludiblemente la operación. El motivo se desestima.

...Y el Tribunal también valoró la posible incidencia de la



intervención quirúrgica y de las patologías previas en la derivación de las lesiones finalmente resultantes, si bien rechazando que comportaran la ruptura del curso causal pretendida por la defensa.

En concreto, el Tribunal de instancia argumenta “....Este Tribunal examinado el informe vertido por el Dr. D y manifestaciones del Dr. E en que se pone de manifiesto la mayor propensión a sufrir lesiones medulares por los pacientes que sufren la dolencia que padecía el perjudicado en sus huesos, la posibilidad de que la lesión pudiese haber sido agravada por el resultado de la intervención quirúrgica o incluso que la lesión medular no fuese debida a golpes directos sino a una caída, o hiperflexión o extensión, considera que dicha eventualidad no ha quedado acreditada en autos. Por el Tribunal se preguntó por el motivo por el que en el proceso operatorio se inmovilizasen 7 vertebrae, cuando se iba a intervenir en una única vertebra. Por el médico forense se contestó que si había un abordaje agresivo puede deberse al hecho de haberse contemplado una situación de mayor riesgo o que fuese más complicada la cirugía. La anterior circunstancia, como se ha dicho, no supone una ruptura del nexo causal. Efectuado el visionado de las grabaciones, este Tribunal aprecia que era de prever que con una agresión tan virulenta pudiese causarse un resultado como el producido. La norma penal tiene por finalidad la protección de la integridad física y salud de todos los integrantes de la sociedad incluidos los más débiles y los procesados continuaron agrediendo, reiteradamente cuando el Sr. Juan Manuel estaba aturdido en el suelo dirigiendo los golpes hacia partes sensibles del cuerpo, El motivo se desestima”.

Debiese ser evidente que constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión que entidades mercantiles no sean llamadas a una causa penal en la que se controvertían sendas licencias de obra de las que eran titulares, dictándose no obstante sentencia en primera y segunda instancia, así lo establece la Sentencia 81/2023, de 3 de julio de la Sala 2ª del Tribunal Constitucional, -ponente el Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño-.”

“Una manifestación singular y precisa de la indefensión constitucionalmente relevante es la constituida por la falta de citación o emplazamiento en un proceso, en el que se dilucidan cuestiones que afectan de modo directo y personal a los recurrentes o, cuyas decisiones o pronunciamientos pueden afectarles. La ausencia de emplazamiento supone la privación de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción (STC 31/1989, de 13 de febrero, FJ 2).... En este sentido, es de destacar que no le es exigible a quien afirme haber ignorado la existencia de un procedimiento, en el que se ventilaban pretensiones que podían afectarle, la prueba de tal ignorancia. Por el contrario, en virtud de una prerrogativa general de probidad, ampliamente reconocida por el ordenamiento jurídico, hay que presumir la buena fe de la persona. Por otra parte, no puede imponer-

se con carácter necesario la prueba de los hechos negativos, cuando es más simple la prueba del acto positivo contrario por parte del otro litigante.

b) Esta doctrina constitucional es coincidente con la que mantiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en multitud de pronunciamientos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, indica que la efectividad del derecho de acceso que establece el art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) requiere que un individuo tenga la posibilidad clara y concreta de impugnar un acto que constituya una injerencia en sus derechos. Además, no solo se aplica a los procedimientos ya iniciados, sino que también puede invocarla «cualquier persona que considere ilegal la injerencia en el ejercicio de sus derechos (civiles) y se queje de no haber tenido la oportunidad de presentar tal impugnación ante un órgano jurisdiccional que cumpla los requisitos del art. 6.1» (STEDH de 22 de junio de 2006, asunto Díaz Ochoa c. España, § 49).

En tal sentido, debe destacarse la reciente STEDH de 14 de junio de 2022, asunto Cruz García c. España, en la que se reconoció la vulneración del art. 6.1 CEDH, por privar a la demandante del derecho a la tutela judicial efectiva para impugnar un procedimiento en el que, por haberse acordado una orden de demolición parcial, generaba un impacto directo en la vivienda de su propiedad, sin que existieran indicios de que la demandante tuviera conocimiento extrajudicial del procedimiento en cuestión, aun en el caso de existir una «correcta aplicación del ordenamiento jurídico», si «una particular combinación de hechos» ha tenido el efecto de

privar a la demandante del referido derecho (§ 19, 22 y 23).

De lo expuesto en los antecedentes resulta que las entidades D P, S.L.U., e I A, S.L., eran propietarias respectivamente de las estaciones de servicio T y C. Ambas entidades se habían beneficiado en la construcción de tales estaciones de servicio de las licencias de obras núm. 238-1995 y núm. 7-1996, otorgadas por el Ayuntamiento de Marbella contraviendo la normativa urbanística y que dieron lugar al procedimiento penal en el que fueron condenados por delito de prevaricación los concejales responsables de la concesión.

En el procedimiento penal las acusaciones no se limitaron a ejercer la pretensión de condena contra los acusados, sino que solicitaron también la nulidad, entre otras, de las licencias concedidas en los expedientes núm. y núm., así como de aquellas otras licencias que trajeran causa de las autorizaciones concedidas por las mismas.

Pese a que dicha solicitud de nulidad de las licencias de obras afectaba a los intereses legítimos de las dos entidades recurrentes de amparo, en tanto que tal nulidad podía ocasionar la iniciación de un expediente administrativo, como así sucedió, para la demolición de las estaciones de servicio construidas al margen de la legalidad urbanística, las recurrentes no fueron llamadas al proceso para defender sus intereses, frente a la pretensión de nulidad de las licencias.

En el procedimiento penal, como se ha expuesto, recayó finalmente sentencia dictada con la conformidad de los acusados, que contenía el pronunciamiento de nulidad de las referidas licencias de obras. Y,

comunicada dicha nulidad a la administración local, inició sendos expedientes de reposición de la realidad física alterada cuya consecuencia fue que se dictara orden de demolición de las obras realizadas.

No consta que las recurrentes de amparo hubieran tenido un conocimiento extraprocesal de la pretensión de nulidad que las acusaciones ejercitaron en el proceso penal. Dicho conocimiento se produce una vez recaída la sentencia firme penal, en el marco de los procedimientos administrativos iniciados para la reposición de la legalidad urbanística menoscabada. Fue entonces cuando solicitaron la nulidad del referido pronunciamiento contenido en la sentencia penal lesivo para sus intereses mediante el planteamiento de sendos incidentes de nulidad presentados ante el Juzgado de lo Penal núm. 8 de Marbella, que fueron rechazados.

Si bien en relación con la pretensión de condena de los acusados ninguna se ejercita, pues estas no estaban facultadas para actuar intereses y derechos que no les correspondían, sin embargo, en la pretensión acumulada por la que las acusaciones solicitaron la nulidad de las licencias de obras, sí que resultaban afectados sus intereses legítimos, de modo directo y personal. Y, al no ser llamadas al proceso para poder defender la improcedencia de adoptar dicho pronunciamiento, se les ocasionó una evidente indefensión.

Como con acierto indica el Ministerio Fiscal, no cabe presumir o inducir de los hechos aportados, que las recurrentes tuvieran conocimiento del proceso, y menos aún que conocieran que en el juicio oral se solicitara la nulidad de las refe-

ridas licencias, por lo que la no personación en el mismo no puede ser imputada a las entidades recurrentes.

Por otra parte, el órgano judicial, que enjuició la legalidad penal de las licencias concedidas, por más que no se hubiera ejercitado pretensión penal contra las beneficiarias de las mismas, fácilmente podía haber conocido quiénes eran los propietarios y/o titulares del derecho de explotación de las estaciones de servicio construidas en virtud de las licencias de obras enjuiciadas y cuya nulidad se pretendía, a los efectos de que se hubieran podido oponer exclusivamente al pronunciamiento de nulidad que se impugna ahora en los recursos de amparo.

Por lo expuesto procede, conforme a lo solicitado por el Ministerio Fiscal, estimar el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, al haber sido privadas las recurrentes de amparo del derecho a ser oídas en relación con la pretensión acusatoria por la que se solicitaba la nulidad de las licencias concedidas en los expedientes núm., así como de aquellas otras licencias que traigan causa de las autorizaciones concedidas por las misma. Asimismo, procede anular la providencia del Juzgado de lo Penal núm., dictada en la ejecutoria penal, así como exclusivamente el pronunciamiento de la sentencia núm., pronunciada en el juicio oral núm., y de la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de, en los que se acuerda y se confirma -respectivamente- la nulidad de las licencias. Ambas sentencias son anuladas exclusivamente en lo relativo a la declaración de nulidad de las licen-

cias urbanísticas concedidas en los expedientes núm del Ayuntamiento de y de aquellas que traigan causa de estas. Y, finalmente, se acuerda que por el Juzgado de lo Penal núm previos los trámites pertinentes, se celebre vista, con intervención exclusivamente de las entidades DP S.L.U., e IM S.L., y del Ministerio Fiscal, que tenga por exclusivo objeto decidir sobre la pretensión de declaración de nulidad .”

La Sentencia num. 581/2023 de 30 mayo, de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) -Ponente: Ilma. Sr. D. Ana de Pedro Puertas -se pronuncia particularizando su doctrina respecto de los contratos de tarjeta tipo revolving.

“(La sentencia de instancia)Expresa que conforme a la doctrina jurisprudencial vigente, en concreto STS de 4 de marzo de 2020, para determinar si se estipula un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado a las circunstancias del caso, ha de atenderse al tipo medio de interés en el momento de celebración del contrato . En el caso de autos un contrato de tarjeta suscrito en el 2008 es de 22,95 TAE, posteriormente se incrementa hasta el 26,82, siendo así que en el 2008 el Banco de España fija a noviembre de 2008, un tipo medio 11,35 % para los contratos de tarjeta tipo revolving, por lo que es usurario sin que la demandada acredite circunstancias excepcionales que puedan justificar ese tipo.

Consecuencia de la nulidad, es que el prestatario solo ha de reponer las cantidades efectivamente dispuestas, con obligación de la entidad de reintegrar lo que exceda de las mismas mas intereses legales.

1. Lo que se plantea ahora tiene que ver precisamente con la determinación de cuál era el interés normal del dinero referido a estos contratos de tarjeta de crédito revolving en el año 2004, en que se concertó el contrato y no existían estadísticas del Banco de España, porque fue a partir de junio de 2010 que se desglosó en la estadística la información referida al crédito revolving.

A la vista de la jurisprudencia mencionada está claro que el juicio sobre el carácter usurario del interés remuneratorio convenido en este contrato de tarjeta de crédito en la modalidad revolving del año 2004 ha de hacerse tomando, en primer lugar, como interés convenido de referencia la TAE, que en este caso no hay duda de que era del 23,9%. Además, la comparación debe hacerse respecto del interés medio aplicable a la categoría a la que corresponda la operación cuestionada, en este caso el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito revolving.

2. En relación con la determinación de este parámetro de comparación, para los contratos posteriores a que el boletín estadístico del Banco de España desglosara un apartado especial a este tipo de créditos, en junio de 2010, la jurisprudencia acude a la información suministrada en esta estadística para conocer cuál era ese interés medio en aquel momento en que se concertó el contrato litigioso.

Al respecto, habría que hacer otra advertencia, seguida de una matización: el índice analizado por el Banco de España en esos boletines estadísticos no es la TAE, sino el TEDR (tipo efectivo de definición restringida), que equivale a la TAE sin comisiones; de manera que si a ese TEDR se le añadieran las comisiones, el tipo sería ligeramente superior, y la diferencia con la TAE también ligeramente menor, con el consiguiente efecto respecto de la posibilidad de apreciar la usura. De tal forma que, en los contratos posteriores a junio de 2010, se puede seguir acudiendo al boletín estadístico del Banco de España, y al mismo tiempo permitir que el índice publicado se complemente con lo que correspondería a la vista de las comisiones generalmente aplicadas por las entidades financieras. En realidad, en estos últimos años, aunque la TEDR haya sido inferior a la TAE por no contener las comisiones, a los efectos del enjuiciamiento que hay que hacer (si la TAE es notablemente superior al interés [TAE] común en el mercado), ordinariamente no será muy determinante, en atención a que la usura requiere no sólo que el interés pactado sea superior al común del mercado, sino que lo sea “notablemente”. El empleo de este adverbio en la comparación minimiza en la mayoría de los casos la relevancia de la diferencia entre la TEDR y la TAE.

3. Respecto de los contratos anteriores a junio de 2010, a falta de un desglose específico en los boletines estadísticos del Banco España, no cabe acudir, como pretende el recurso, al índice correspondiente a los créditos al consumo, sino que, como declaramos en la sentencia más reciente 643/2022, de 4 de octubre, en que se cuestionaba un interés

del 20,9% TAE, en un contrato de 2001, “es más adecuado tomar en consideración otros productos más similares a los créditos revolving”.

Con carácter general para el enjuiciamiento de estos casos de tarjetas de crédito contratadas en la primera década de este siglo, ha de acudirse a la información específica más próxima en el tiempo. Esta es la que se ofreció en 2010. Según el boletín estadístico el tipo medio TEDR ese año estaba en el 19,32. Lógicamente, la TAE, al agregar las comisiones, sería ligeramente superior (entre 20 y 30 centésimas, en los niveles de interés que nos movemos). Por lo que podemos partir de forma orientativa del índice de 2010 (19,32), con la corrección oportuna para adecuarlo a la TAE.

4. Una vez determinado el índice de referencia, el tipo de interés (TAE) común para este tipo de contratos de crédito al tiempo de su celebración (2004), hay que valorar el margen admisible por encima del tipo medio de referencia, esto es: en cuántos puntos porcentuales o en qué porcentaje puede superarlo el tipo TAE contractual para que no se considere un interés notablemente superior al normal del dinero.

La ley española no establece ninguna norma al respecto. El art. 1 de la Ley de Usura, al acudir a una fórmula amplia (el interés notablemente superior al normal del dinero), emplea un adverbio para caracterizar ese exceso respecto del interés común del mercado (“notablemente”), que exige una apreciación en cada caso. Un criterio así de abierto, no rígido, exige un juicio o valoración para cada caso, acorde con la búsqueda de la justicia del caso concreto.

Esta fórmula legal se acomoda muy bien a un contexto de contratación y litigación como era el español antes de que hubiera irrumpido la litigación en masa, en la segunda década de este siglo. Pero en este nuevo contexto, siendo tantos los miles de litigios que versan sobre la misma cuestión, la aspiración de la justicia viene ahora connotada por la exigencia de dar un trato igual o equivalente a situaciones iguales o equivalentes, y facilitar la predictibilidad de las soluciones judiciales para dotar de mayor seguridad jurídica al mercado y al tráfico económico.

Es lógico que, a falta de una previsión legal, se acuda a la jurisprudencia para conocer esos parámetros o criterios de valoración que faciliten la igualdad de trato.

Hasta ahora este Tribunal Supremo no ha fijado un criterio uniforme para cualquier contrato, sino que ha ido precisándolo para cada caso controvertido.

En la sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, razonó que la TAE del contrato (24,6%) era superior al doble del tipo medio de referencia. Lo anterior no significa que el umbral de lo usurario estuviera fijado en todo caso en el doble del interés medio de referencia. De hecho en la posterior sentencia 149/2020, de 4 de marzo, la TAE del contrato era 26,82% y el tipo medio de referencia algo superior al 20% anual, y sin llegar ni mucho menos al doble del tipo de referencia, se declaró usurario en atención a la diferencia de puntos porcentuales, más de seis, que se consideró muy relevante. La sentencia, conocedora del precedente, justifica por qué no se podía seguir el mismo criterio del doble del interés normal de mercado:

“El tipo medio del que, en calidad de “interés normal del dinero”, se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de “interés normal del dinero”, menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito revolving pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%”.

Y, al mismo tiempo, estima muy relevante la diferencia entre el interés convenido y el tipo medio de mercado, superior a 6 puntos:

“(…) una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de “interés normal del dinero” y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como “notablemente superior” a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes”.

En la medida en que el criterio que vamos a establecer lo es sólo para un tipo de contratos, los de tarjeta de crédito en la modalidad revolving, en los que hasta ahora el interés medio se ha situado por encima del 15%, por lo argumentado en la citada sentencia 149/2020, de 4 de marzo, consideramos más adecuado seguir el criterio de que la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido sea superior a 6 puntos porcentuales.

5. De acuerdo con este criterio, si el tipo medio al tiempo de la contratación sería ligeramente inferior al 20%, el interés pactado (23,9% TAE) no supera los 6 puntos, por lo que no se considera notablemente superior al tipo medio. En consecuencia, procede desestimar los motivos del recurso de casación. “

2.- Aplicando referidos parámetros teniendo en cuenta que el tipo medio al tiempo de nuestro contrato de 2008, es el publicado oficialmente para el tipo de tarjetas revolving más próximo, el de 2010 (19,32), con la corrección oportuna para adecuarlo a la TAE de 20 o 30 centésimas y nuestro contrato de 2008 tiene una TAE de 21,55%, como alega el recurrente, no superando en 6 puntos porcentuales el tipo medio, no concurre préstamo usurario en el tipo inicialmente convenido.

6.- *Cláusula 16: Posibilidad de modificar unilateralmente las condiciones del contrato, pero con comunicación al titular pudiendo éste aceptarlas o dar por resuelto el contrato. Si en el plazo de 15 días desde la entrada en vigor o desde el momento en que se produzca la utilización del servicio con la condición modificada, no comunica al banco el rechazo a las nuevas condiciones o la resolución, se entiende que las acepta.*

En el marco del art 85.3 no se considera está cláusula abusiva, en la medida en que existe una posibilidad real de rechazo.

En este sentido SAP Barcelona de 28 de junio de 2021 y SAP de Vizcaya de 31 de marzo de 2022. En esta última se señala :” Se comparte el criterio aplicado al respecto en la SAP Asturias, sección 6ª, de 28 de septiembre de 2020 :

“En la demanda se había solicitado también la nulidad de la cláusula séptima de modificación unilateral de las condiciones particulares del contrato de tarjeta por reputarla contraria al artículo 85.3 del R.D. Leg 1/2007, pero lo cierto es que el pacto prevé que el consumidor podrá apartarse del contrato de no convenirle la novación impuesta por el empresario y por ello cumple con lo dispuesto en el precepto comentado que prevé que “podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financie-

ros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.”

La citada cláusula no es abusiva.”

.” Vulneración de los derechos a la tutela judicial (motivación e incongruencia omisiva) y a un proceso con todas las garantías (doble instancia penal): rechazo del recurso de apelación fundado en una irrealizable derivación a la vía de aclaración o complemento de sentencia por el propio juzgado sentenciador, denegación inmotivada de una solicitud de prueba de descargo en segunda instancia y ausencia de toda respuesta a un motivo del recurso) Resolución de las quejas: el recurso de aclaración o complemento no puede convertirse en impedimento de la revisión de una condena.” Sentencia 43/2023, de 8 de mayo de la Sala 2ª del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo 2773-2022

“Para dirimir el primer motivo de amparo hemos de partir del contexto procesal en el que la audiencia provincial dicta su resolución, y de la índole de la pretensión a la que da respuesta. En el sistema de recursos actualmente imperante en nuestro procedimiento penal, el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, como regla de juicio, tiene asignado como cauce natural de denuncia y reparación la vía del recurso de apelación, regulada en los arts. 790 a 792 y 846 ter LECrim, tratándose de

un recurso ordinario, devolutivo y de alcance general tras la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

El art. 161 LECrim regula los recursos de rectificación, aclaración y complemento, en concordancia con el art. 267 LOPJ, como remedios de naturaleza excepcional de aplicación taxativa en los supuestos esta-

blecidos en la norma: rectificación de errores materiales y aritméticos, aclaración de conceptos oscuros y complemento de pretensiones manifiestamente omitidas.

La sentencia de la audiencia provincial impugnada en amparo ha verificado una interpretación de las normas procesales en virtud de la cual la vía de aclaración o complemento de sentencia de los arts. 161 LECrim y 267 LOPJ hubiera sido la apropiada para denunciar ante el propio juzgado de lo penal que hizo una valoración incompleta del acervo probatorio e instar la reconsideración de su condena. Este planteamiento es irrealizable por desbordar los cauces legales, e incompatible con la doctrina constitucional sobre los límites de este tipo de remedio procesal, que no recurso, pues el juzgado de lo penal no hubiera podido satisfacer una pretensión de tal índole sin introducir una radical mutación en elementos esenciales de su sentencia, precisamente los que atañen a su elemento nuclear, el juicio de culpabilidad, donde halla respuesta y se agota la pretensión penal.

La quiebra constitucional se agrava cuando la audiencia provincial se decanta por exigir la vía de la aclaración o complemento como requisito previo que ha de cumplimentar el penado para poder acceder al examen del fondo del correspondiente motivo de apelación. Este planteamiento equivale a crear una condición de admisibilidad del recurso de apelación carente a la par de cobertura legal y de un fin constitucionalmente reconocible.

En efecto, el art. 790.2, párrafo segundo, LECrim, que cita la audiencia provincial, exige la petición previa de subsa-

nación de aquellas infracciones de normas y garantías procesales que hayan ocasionado la indefensión del recurrente en el juicio oral, y de las que pueda derivarse la nulidad de este, no de los defectos estructurales de la sentencia, por lo que no sería aplicable al presente caso.

De otra parte, al situar el objetivo perseguido por esta grave restricción procesal en la conveniencia de evitar recursos innecesarios, la audiencia provincial introduce un planteamiento intrínsecamente inconciliable con el contenido esencial del derecho del penado a la doble instancia penal (art. 24.2 CE) que exige, obvia-

mente, la intervención de un órgano judicial de superior jerarquía para verificar la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena.

En atención a lo expuesto, este tribunal debe declarar que la audiencia provincial, al negarse a examinar el fondo del primer motivo del recurso de apelación, ha incurrido en vulneración del derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución de fondo, así como de su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al afectar igualmente al derecho a la doble instancia penal."

Nuestros altos tribunales muestran un mensaje a interpretar cuando el Tribunal Supremo, Sala 1ª, dicta numerosas sentencias en materia bancaria, o el Tribunal Constitucional ha dictado numerosas resoluciones respecto del derecho al honor, veamos la Sentencia nº83/2023, de 4 de julio. Recurso de amparo 4913-2020. del Pleno del Tribunal Constitucional, promovido por Menéame Comunicaciones, SL, respecto de las sentencias dictadas por la Sala 1ª del Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Málaga que le condenaron por intromisión ilegítima en el derecho al honor. Supuesta vulneración de los derechos a la libertad de expresión y a la tutela judicial efectiva: comentario publicado en la página web de la mercantil demandante en el que, al valorar la conducta de un cargo público, se incluyen expresiones injuriosas o vejatorias, innecesarias para expresar la opinión crítica que se emite. (Véanse los Votos particulares.)

"La recurrente en amparo cuestiona que nos encontremos ante un contenido ilícito. Alega que el comentario reseñado no es sino libre ejercicio de la libertad de expresión del concreto usuario de sus servicios de intermediación en internet, que fue quien lo redactó, remitió y quien decidió, en

definitiva, sin sometimiento a ningún tipo de control o supervisión, la publicación de su juicio de valor.

El primer comentario a dicha noticia, anunciada en el enlace, señala: «Se ve que su vida era una fiesta». El segundo comentario, cuyo manteni-

miento en el sitio web dio lugar a la condena civil, dice: «Llamemos a las cosas por su nombre. Este es un hijo de puta que disfruta de gastarse el dinero de todos. Un ladrón de toda la puta vida».

b) Como señalamos antes, al exponer la doctrina constitucional aplicable al presente supuesto, este tribunal ha destacado en numerosas resoluciones previas que el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión garantiza un interés constitucional relevante como es la formación y existencia de una opinión pública libre, que es una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático. La libertad de expresión encuentra un límite, constitucionalmente reconocido, en el derecho al honor de las personas, lo que no excluye la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.

De la misma forma, hemos señalado como circunstancias a tener en cuenta a la hora de apreciar los límites de la liber-

tad de expresión, el juicio sobre la relevancia pública del asunto, el tipo de intervención y, por encima de todo, el dato de si, en efecto, la opinión expresada contribuye o no a la formación de la opinión pública, incidiéndose en que este límite se debilita o pierde peso en la ponderación a efectuar cuando los titulares del honor ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública, siendo en estos casos más amplios los límites de la crítica permisible, pues estas personas están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna.

No obstante, hemos de reiterar en este caso que, incluso en el ámbito ya expuesto en el que los límites de la crítica permisible son más amplios, la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, lo que significa que de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE, están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad, sean ofensivas o ultrajantes y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate. Quienes

participan en la vida pública no quedan privados de ser titulares del derecho al honor.

c) Tomando en cuenta las indicaciones citadas, no puede ser atendida la solicitud de amparo, en cuanto cuestiona el carácter constitucionalmente ilegítimo, por innecesariamente vejatorio, de los comentarios publicados en la página web.

Tal y como ha destacado la sentencia de apelación y ratificado la de casación, el comentario escrito remitido por un usuario de la página web Menéame, como reacción a una noticia sobre la conducta de un cargo público, incluye expresiones «formalmente injuriosas» o «absolutamente vejatorias», es decir, innecesarias en sí mismas para expresar el juicio de valor que contienen.

Si bien es cierto que la noticia a la que da lugar el comentario puntual analizado se refiere a la conducta de un cargo representativo que realiza un gasto elevado de los medios puestos a su servicio por el ayuntamiento para desarrollar su función, la descalificación sin matices de dicha conducta refiriéndose al concejal aludido como «un hijo de puta que disfruta de gastarse el dinero de todos» constituye una ofensa personal innecesaria.



ria para expresar el desacuerdo con la conducta a la que se refiere la noticia. Se trata de una descalificación personal y directa que carece de cualquier carácter irónico, mordaz o humorístico. Cualquiera que sea la habitualidad con que, en el lenguaje ordinario, se utilicen epítetos descalificativos como el analizado, su generalización de uso no resta carácter ofensivo al mismo, ni favorece el intercambio de ideas, ni el debate razonado; en definitiva, el calificativo utilizado no contribuye ni está al servicio de la formación de una opinión pública libre e informada, función que sí desarrollaba la noticia que se comentaba.

La Sentencia núm. 478/2023, de 16 de julio, de la sala de lo penal del Tribunal Supremo -Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde estima el recurso de revisión y declara la nulidad de la sentencia de condena del Juzgado de Instrucción de Ceuta que condenó por delito contra la seguridad vial por conducir un vehículo de motor habiendo sido privado del correspondiente permiso o licencia. Posibilidad de recurrir una sentencia dictada de conformidad. Aportación de un permiso de conducción español vigente en la fecha de los hechos y una certificación en la que consta la superación con aprovechamiento de un curso de sensibilización y reeducación vial por haber sido privado del carnet anteriormente.:

“Son numerosas las sentencias de esta Sala que han proclamado que no es obstáculo para la revisión reclamada que se trate de una sentencia dictada por conformidad de las partes, pues la revisión no es propiamente un recurso sino que estamos ante un procedimiento autónomo dirigido a rescindir una sentencia condenatoria firme, de modo que no resulta directamente aplicable a este supuesto la previsión recogida en el artículo 787.7 de la Ley procesal (SSTS 557/2018, de 15 de noviembre; 555/2018, de 15 de noviembre; 515/2018, de 31 de octubre; 646/2017, de 2 de octubre; 335/2016, de 21 de abril; 335/2016, de 21 de abril; 236/2016, de 18 de marzo; 472/2015, de 9 de julio; 507/2013, de 20 de junio; o 227/2012, de 9 de marzo, entre muchas otras).

Además, hemos expresado que el carácter consensuado de la sentencia de conformidad no es totalmente neutro. El acusado aceptó los hechos y prestó su conformidad con la pena, pero las razones ofrecidas por el solicitante para reflejar su imposibilidad de acreditar lo erróneo del registro de conductores explican su aquietamiento, alentado además por la posibilidad de acogerse a unos beneficios penológicos plasmados legalmente. Una circunstancia que se une a las razones de prevalencia de justicia material que inspiran este medio de impugnación.”

Como sabemos, la casación contra sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial, implantada en 2015 sirve exclusivamente a la función nomofiláctica, esto es, interpretación de las leyes penales sustantivas, y en el caso del delito de daños es particularmente bienvenida la Sentencia nº628/23, de 19 de julio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo- Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García-Los acusados, puestos de común acuerdo detuvieron el convoy del metro accionando el pulsador de emergencia, para, a continuación, realizar pintadas a ambos lados de los vagones del metro con ‘sprays de pintura. Cuyos costes de limpieza y adecentamiento han sido tasados en 4175,31 euros”. la entidad Ferrocarril Metropolitana de Barcelona SA acusó el juzgado de lo penal absolvió, y la Audiencia confirmó por un problema estricto de tipicidad consistente en el concepto penal de daños. ¿Comprende solo el menoscabo material o físico de los objetos? O ¿son susceptibles de incardinarse en los preceptos que sancionan esa acción resultados de deslucimiento?

“Este Tribunal ha tenido ocasión de mediar en ese debate decantándose en una sentencia de Pleno por la tesis que abandera la recurrente. Ha de ser acogida refrendando lo que ya es doctrina jurisprudencial.

La STS Pleno 333/2021, de 22 de abril, -que ha evocado la recurrente en el trámite del art. 882 LECrim-que estimaba el recurso de casación formalizado por el Ministerio Fiscal contra una sentencia igualmente absolutoria por hechos que, en lo esencial, son asimilables a los que ahora examinamos. Los párrafos que siguen constituyen en buena medida reproducción de los argumentos entonces expuestos. Por ser en su mayor parte transcripción, con alguna adaptación, prescindiremos incluso de la tipografía destinada a resaltar lo que es cita. Casi todo es cita.

La jurisprudencia menor, en efecto, estaba dividida. Alguna audiencia sostuvo que cuando la acción encaminada a restaurar el estado de los bienes sobre los que se realizaron los dibujos o grafitis no sobrepasara la mera limpieza, estaríamos ante un mero deslucimiento, atípico tras la despenalización de la falta específica (antiguo art. 626 CP). En cambio, si la retirada de las pintu-

ras genera un menoscabo o deterioro real del objeto que exija su reposición, sería de aplicación el art. 263 CP. El importe del menoscabo determinaría si estábamos ante un delito leve o menos grave. El tipo penal del delito de daños exige un resultado dañoso que se concreta en la destrucción o inutilización del bien sobre el que se actúa.

Otros Juzgados y Tribunales provinciales, por el contrario, afirmaban la incardinabilidad en el delito de daños de la conducta analizada. Dañar significa causar un perjuicio. Quien desluce lo provoca; más aún en casos en los que la modificación del aspecto exterior diferencia el objeto de los restantes idénticos, dificultando o impidiendo la uniformidad estética adecuada para una determinada función.

TERCERO.- El tipo penal del art. 263 CP, -delito de daños- describe como conducta típica la causación de daños en propiedad ajena. La vertiente

objetiva consiste en causar un daño (no comprendido en otros títulos) en propiedad ajena. En el concepto de daños suelen considerarse la destrucción, la inutilización, el deterioro o el menoscabo de una cosa. La destrucción equivale a la pérdida total de su valor; la inutilización supone la desaparición de sus cualidades y utilidades; el deterioro, por su parte, la pérdida de su funcionalidad; el menoscabo de la cosa misma, por fin, consiste en su destrucción parcial, un cercenamiento de la integridad, o una pérdida de valor. Al tratarse de un delito patrimonial, el resultado debe comprender su evaluación económica debidamente tasada.

a) Desde una perspectiva gramatical la tipicidad del delito de daños abarca comportamientos de destrucción, deterioro, inutilización y menoscabo. Conforme al diccionario de la lengua española, menoscabar “supone disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo; deteriorar y deslustrar algo, quitándole parte de asignación o lucimiento que antes tenía”. Por su parte, deteriorar equivale a “estropear, menoscabar, poner de inferior condición algo o empeorar, degenerar”. De estas definiciones resulta que existen ámbitos en los que, no produciéndose una destrucción o un menoscabo físico del objeto material, se produce, sin embargo, un deterioro, ligado a una alteración relevante de su apariencia externa. La conducta descrita en el *factum* causó un menoscabo al bien. Su reparación reclamó una actuación para la restitución a su estado anterior, económicamente evaluable y que ha sido cuantificada.

b) Desde una interpretación lógica, la realización de unas pintadas produce un daño en el bien: subsumible en el delito de



daños en tanto la reparación requiere un desembolso económico. El bien ha sido dañado en su configuración física, estética y funcional. Difícilmente podríamos afirmar que los vagones no han sido dañados y/o deteriorados, cuando es precisa una reparación, evaluable económicamente, para su reposición al estado en el que su titular los tenía.

c) Desde una interpretación derivada de la evolución legislativa ha de valorarse que el Código de 1995, decidió diferenciar el delito de daños del deslucimiento de bienes (art. 626 CP). El primero contemplaba los resultados dañosos con pérdida de la sustancia; el deslucimiento, por su parte, incluía actos de afeamiento del bien, sin dañarlo físicamente, o dañándolo de forma susceptible de ser reparada, es decir, sin afectar a la sustancia, sin producir menoscabo por ser fácilmente reparable. No era acción subsumible en los daños del art. 263, sino en el deslucimiento tipificado en la falta del art. 626 CP derogada por la reforma del Código de 2015. En la tipicidad del daño se incluyó la destrucción de la cosa, o la pérdida total de su valor, o su inutilización (que supone la desaparición de sus cualidades o utilidades), así como el menoscabo de la cosa misma (destrucción parcial, cercenamiento de su integridad o la pérdida parcial de su valor). Quedaba fuera de la tipicidad, pues reservaba una novedosa figura en el art. 626, el llamado “deslucimiento”. En su acepción gramatical es “acción de quitar gracia, atractivo o lustre a una cosa”: no afecta a la sustancia de la cosa que sigue existiendo como tal, aunque deslucida. Funcionalmente, continúa prestando su utilidad. Por ello, si el resultado suponía la pérdida de condiciones estéticas susceptibles de ser reparadas, encontraba su acomodo típico en la falta del artículo 626 del Código Penal y, tras su dero-

gación, en el ámbito administrativo sancionador de la Ley de Seguridad Ciudadana (art. 37).

La interpretación según la cual la conducta que en 1995 fue subsumida en la desaparecida falta del art. 626CP, no nos lleva, empero, sin más, a la despenalización de la conducta por la desaparición de la figura típica. El deslucimiento de un bien que implique una pérdida de su valor o suponga una necesidad de reparación evaluable económicamente, ha de ser reconducido al delito de daños. La derogación de ese precepto no arrastra a la despenalización de la conducta que contemplaba. Así se deduce de la Exposición de Motivos de la reforma de 2015 y algunas incidencias en la tramitación que la recurrente destaca en su argumentario y que ilustran sobre lo que era la voluntad del legislador. Despenalizada la falta del art. 626 CP, que constituía un precepto especial (art. 8 CP) al contemplar supuestos en los que el resultado básico solo requería labores de limpieza, la conducta encontrará acomodo en el delito de daños si resultan

perjuicios patrimoniales. La cuantía determinaría el rango del delito (leve o menos grave).

Si cuando estaba vigente el art. 626 CP, la discusión se producía entre el delito de daños y la falta de deslucimiento, ahora la discusión se produce entre el delito y el delito leve y la infracción administrativa del art.37.13 de la Ley de Seguridad Ciudadana. Ha de solventarse de acuerdo a los criterios clásicos de diferenciación de las infracciones penal y administrativa en función de la gravedad de la conducta y del resultado. Será preciso actuar, en cada caso, con criterios de proporcionalidad.

Consecuentemente, el daño que se declara probado es el resultado de una acción dirigida a su producción. La necesidad de reparación, -todo en último término es susceptible de ser reparado-, comporta una lesión al patrimonio ajeno, consistente en una merma causada por el mal producido.

La STS 273/2022, de 23 de marzo reitera esa doctrina, aunque analizando el art. 323 CP.”

No será ni la primera ni la última vez en que en un proceso penal nos encontramos con que la totalidad de la fianza calculada sea exigida que individualmente la preste íntegra, a tantas partes como encausados existan , de modo que una fianza de 250.000€ con 8 encausados se torne 2.000.000€ afianzados; el “supuesto puede mejorarse” , con una fianza(obligatoria , claro) que cubría la multa que , como pena , se impondría- o no- en caso de condena ¿La inclusión del importe de las penas de multa, dentro del concepto de responsabilidad pecuniaria, contenido en el artículo 589 LECrim, supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia previsto en el artículo 24.2 in fine de la Constitución Española, al tratarse de una pena anticipada?». Respondió la Sala 2ª del Tribunal Constitucional, en Sentencia 69/2023, de 19 de junio. -ponente el Excmo. Sr D. César Tolosa Tribiño-.

“recurrente la posible comisión de un delito de desobediencia, previsto y penado en el artículo 410 del Código Penal (CP). Según se consigna en la resolución, el Ministerio Fiscal había interesado la imposición a don LPG, como autor del referido delito, de una pena de once meses de multa, con cuota diaria de 18 euros (total, 3.960 €), con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP, inhabilitación especial para empleo o cargo público por un período de dos años, además del pago de las correspondientes indemnizaciones y de las costas; mientras que la acusación particular, el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, por el mismo delito, había solicitado una pena de multa de once meses a razón de 200 euros diarios (total, 66.000 €) con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP, inhabilitación especial para empleo o cargo público por un período de dos años, el abono de las indemnizaciones y el pago de las costas. En el auto, el juzgado acordaba requerir al recurrente para que «preste fianza, por la cantidad de 88.000 euros, para asegurar las responsabilidades pecuniarias que, en definitiva, pudieran imponerse, en cualquiera de las clases señaladas en el artículo 591 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), con el apercibimiento de que de no prestarla se le embargarán bienes en cantidad suficiente para asegurar la suma señalada».

c) Ese auto fue recurrido en reforma por el demandante de amparo por considerar que carecía de motivación en la determinación de la cuantía de la fianza, así como porque la cuantía de fianza se hubiese fijado en atención a la pena de multa solicitada por la acusación particular, interesándose la nulidad del auto, y, subsidia-

riamente, la reducción de la cuantía de la fianza a lo pedido por el Ministerio Fiscal. Asimismo, subsidiariamente, para el caso de que el órgano jurisdiccional entendiera que el importe de las penas de multa puede incluirse dentro del concepto de responsabilidades pecuniarias, solicitaba el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en los siguientes términos: «¿La inclusión del importe de las penas de multa, dentro del concepto de responsabilidad pecuniaria, contenido en el artículo 589 LE-Crim, supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia previsto en el artículo 24.2 in fine de la Constitución Española, al tratarse de una pena anticipada?».

Examen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) que se atribuye a las resoluciones impugnadas. Desde la STC 108/1984, de 26 de noviembre, venimos afirmando que el derecho a la presunción de inocencia «es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso» [FJ 2.b), véase también el ATC 1340/1987, de 9 de diciembre, FJ 1].

Asimismo nos hemos manifestado en cuanto a la exclusión de la anticipación de la pena entre los fines constitucionalmente admisibles de la tutela cautelar, si bien respecto de la imposición de la prisión provisional [SSTC 57/2008, de 28 de abril, FJ 5; 140/2012, de 2 de julio, FJ 2; 30/2019, FJ 3 c),

o 5/2020, de 15 de enero, FJ 11].

En las presentes actuaciones el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Huesca acordó la prestación de una fianza por parte del recurrente (y el otro coencausado), «teniendo en cuenta las acusaciones formuladas y sin perjuicio del resultado final del juicio oral», como uno de los pronunciamientos incluidos en el auto de apertura del juicio oral, en los términos previstos en los artículos 783.2 y 589 LE-Crim.

La fianza es una medida cautelar de carácter real cuyo objetivo es «asegurar las responsabilidades pecuniarias» que puedan ser declaradas en la sentencia por la que se ponga fin al proceso, según consta en el último de los preceptos citados. No obstante, la Ley de enjuiciamiento criminal no aclara en ningún momento qué ha de entenderse por tales «responsabilidades pecuniarias». El Código penal recoge dicha expresión en el título V del capítulo IV del libro primero, que se rubrica «Del cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias», constando en el artículo un determinado orden de prelación de pago de las mismas, abarcando la reparación del daño e indemnización de los perjuicios, el importe de los gastos causados al Estado, las costas y la multa. Precisamente, a este precepto se remite la instructora para justificar que dichas responsabilidades pecuniarias engloban la pena de multa.

La propia Fiscalía General del Estado, en su Circular 4/2010, de 30 de diciembre, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal, avaló esa misma lectura.

Sin embargo, lo cierto es que existen significativas diferencias entre la multa y el resto de partidas que, de acuerdo con esa interpretación, quedarían comprendidas dentro del concepto de responsabilidades pecuniarias a asegurar mediante la prestación de una fianza o el embargo de los bienes del encausado, que nos llevarán a concluir que la inclusión de la cuantía de la multa, lejos de satisfacer una finalidad cautelar, como las otras, comporta una pena anticipada proscrita por este tribunal (STC 217/2001, de 29 de octubre, FJ 5; ATC 1340/1987, de 9 de diciembre, FJ 2) y que como tal vulnera el derecho a la presunción de inocencia del demandante de amparo (art. 24.2 CE).

En primer lugar, por cuanto los otros componentes comparten una naturaleza resarcitoria o indemnizatoria tanto de los daños y perjuicios causados por los hechos como de los gastos indirectos soportados por el perjudicado a raíz del ejercicio de las acciones penales. En otras palabras, son consecuencia de la responsabilidad civil en que habría incurrido el encausado. Por el contrario, la multa tiene el carácter punitivo propio de cualquier pena, cuyo abono se impone al condenado en el proceso como sanción por la comisión de un delito del que se deriva una responsabilidad penal, si bien, conviene destacar, que en el momento de acordar la fianza aún no se ha resuelto dicho juicio de culpabilidad.

En segundo lugar, con la salvedad de la multa, dichas partidas, como medidas cautelares, participan de la misma finalidad asegurativa de las responsabilidades civiles a declarar en la sentencia, siendo pues instrumentales del buen fin del proceso. No así la multa, que como cualquier otra pena

cumple una finalidad retributiva, rehabilitadora y de prevención, sin que la efectividad de la hipotética sentencia de condena requiera, en modo alguno, de su aseguramiento.

*En tercer lugar, íntimamente relacionado con lo anterior, precisamente la existencia de diversas situaciones alternativas al cumplimiento in natura de la pena de multa torna intrascendente uno de los presupuestos característicos de las medidas cautelares, que sí cumplen las otras partidas, la existencia del *periculum in mora*, pues en el caso de no hacerse efectiva en dinero podrá sustituirse por otras formas de ejecución. Al contrario de lo que sucede con las responsabilidades civiles, *stricto sensu*, esta circunstancia no se acomoda a la remisión a «las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de enjuiciamiento civil», que se efectúa para el caso de adopción de tales medidas para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias en el artículo 764.2 LECrim.*

De donde, al abarcar la cuantía de la multa solicitada como pena por las partes entre las partidas comprendidas en la fianza, tan solo podría pretenderse garantizar el cumplimiento de la pena de multa como sanción pecuniaria, en dinero, cuando aún no se ha celebrado un juicio con todas las garantías en que se declare la culpabilidad del acusado del delito de que se le acusa, pues, no podemos obviar que se adopta sobre la base de meros indicios antes del plenario, con ocasión del auto por el que se declara la apertura del juicio oral. Semejante interpretación del artículo 589, en relación con el 783.2, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se-

guida por la instructor supone una anticipación de pena, por cuanto equipara a acusado y culpable, en el caso de autos, respecto de la comisión de un delito de desobediencia, toda vez que avanza los efectos jurídicos de una, tan solo eventual, sentencia condenatoria.

Una interpretación que, en resumidas cuentas, vulnera la doctrina de este tribunal relativa a la presunción de inocencia, recordada muy recientemente en la STC 28/2020, de 24 de febrero, FJ 3, con cita del fundamento jurídico 4 de la STC 133/2018, de 13 de diciembre, al declarar que este principio «comprende el derecho a recibir “la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogo a estos sin previa resolución dictada por el poder público u órgano competente que así lo declare, y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo (SSTC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1; 283/1994, de 24 de octubre, FJ 2; 166/1995, de 20 de noviembre, FJ 3, y 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2)”».

Este tribunal considera que la instructora, al ponderar la posible condena del acusado para fijar el importe de la fianza, cuantificando esta en atención a la pena de multa interesada por la acusación particular, cuyo pago obliga a adelantar al acusado causando una restricción temporal de poder de disposición de ese último sobre sus bienes, anticipa una pena que no ha sido declarada en sentencia y vulnera, de este modo, la presunción de inocencia del recurrente.

Por lo expuesto procede estimar el presente recurso de

amparo, con la consiguiente declaración de nulidad de los autos de 5 de diciembre de 2019, 8 de enero y 25 de febrero de 2020, todos ellos dictados por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Huesca, así como del auto de 11 de febrero de 2020, de la Sección Única de la Audiencia Provincial de Huesca, retro trayéndose las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la primera”

Cada día comprobamos que en la práctica aún se producen vulneraciones flagrantes del derecho de acceso a las actuaciones, La Sala 1ª del Tribunal Constitucional, en Sentencia 68/2023, de 19 de junio, corrige una de ellas.

“En el marco de unas diligencias previas incoadas y declaradas secretas con anterioridad a la detención del recurrente, el juez instructor acordó –a petición del Ministerio Fiscal– la prisión provisional del recurrente, comunicada y sin fianza, en la audiencia contradictoria celebrada tras su puesta a disposición judicial como detenido (art. 505 LE-Crim). Durante la celebración de esa comparecencia, al recibirle declaración y al cuestionar la propuesta cautelar del Ministerio Fiscal, tanto el detenido como su letrada manifestaron que no sabía qué hechos concretos se le imputaban y que, ante imputaciones tan globales como las que se le hacían, no podía contestar sobre lo que había hecho o no. La letrada del detenido se opuso a la medida cautelar solicitada por la acusación pública alegando que desconocía los he-

chos en los que se apoyaba tal pretensión, reiterando que con lo poco que conocía de la causa (debido a la previa declaración de secreto sumarial) no existía base para acordar la prisión preventiva.

Los mismos alegatos, o similares, ya con mención expresa al derecho de acceso a las actuaciones, fueron formulados en el escrito de apelación formulado frente al auto que decretó la prisión provisional, y en la subsiguiente vista del recurso. Así, se adujo que el mantenimiento del secreto de las actuaciones dificultaba sobremanera las alegaciones de la parte sobre la existencia de indicios suficientes de criminalidad y la supuesta relación con otras organizaciones criminales que se le imputaban, sin conocer siquiera a qué organización supuestamente pertenecía.

El tribunal de apelación descartó que se hubiese producido la lesión alegada, afirmando que en la parte del auto apelado no notificada al recurrente ni a su defensa por estar declarada secreta la causa, concretamente en su fundamento jurídico segundo, se describen indicios racionales de criminalidad suficientes contra el investigado, añadiendo lo siguiente: «Qué duda cabe [de] que cuando se alce el secreto podrá ejercitar con plenitud el derecho de defensa e impugnar aquellas decisiones jurisdiccionales que entienden que no están fundamentadas o no sean conformes a derecho. En todo caso del testimonio remitido se deduce que el contenido de las intervenciones telefónicas, seguimientos realizados y documental bancaria fundamenta los indicios de los dos delitos que se le imputan, tratándose el recurrente de una persona de gran importancia en el seno

de la organización criminal, que indiciariamente se le atribuye y cuya actividad consta especificada en el razonamiento jurídico segundo –robos en casas habitadas, contrabando, falsedad, blanqueo de capitales–»... denuncia el recurrente que, en la copia del auto de prisión que le fue notificada, se omitió toda referencia a los indicios de criminalidad en los que se apoyaba la medida cautelar, por lo que no pudo impugnar fundadamente a su adopción, más allá de cuestionar su legitimidad.

A la vista de las circunstancias del caso expuestas y de conformidad con la doctrina constitucional ya expresada, apreciamos que han sido vulnerados los derechos del recurrente a la libertad personal (art. 17.1 CE) y de defensa (art. 24.2 CE), por cuanto se le ha denegado absolutamente el acceso a los elementos esenciales del expediente que permiten oponerse e impugnar de manera efectiva la privación cautelar de libertad.

En efecto, la solicitud del recurrente de acceder a las actuaciones para impugnar la medida cautelar de prisión provisional que había interesado el Ministerio Fiscal se ajustó materialmente tanto al supuesto previo de rogación expresa, como al temporal vinculado a la comparecencia del artículo 505 LECrim. Como en el supuesto recientemente analizado en la STC 30/2023, de 17 de abril, la vulneración del derecho dimanaba aquí del hecho mismo de que la comparecencia continuara hasta su finalización, sin suspenderse para atender aquella petición y permitirle con ello adquirir conocimiento de lo necesario para cuestionar las razones que habrían de justificar, en su caso, la adopción por el juez instructor de la medida caute-

lar. La audiencia provincial no reparó la vulneración, como tuvo ocasión de hacerlo al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto que acordó la prisión provisional, habida cuenta de que el recurrente alegó la lesión de su derecho a tener acceso a los elementos esenciales de las actuaciones para impugnar la legalidad de su privación de libertad, con apoyo en la previsión legal y en la Directiva 2012/13/UE antes citada.

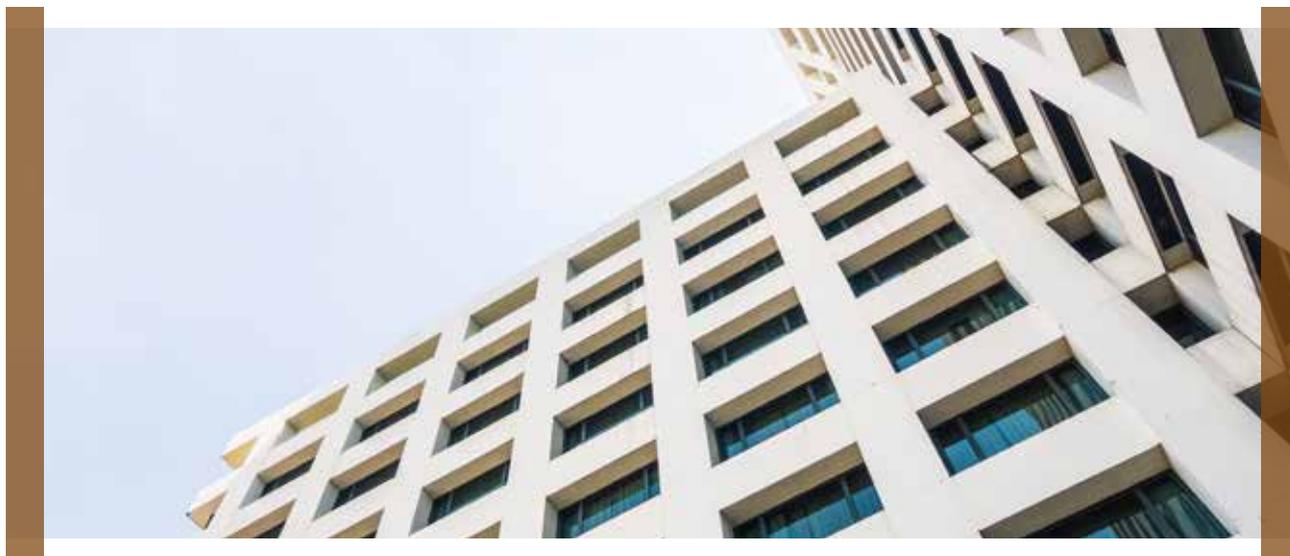
No puede compartirse el argumento del tribunal de apelación que apoya la prevalencia temporal del secreto sumarial (cuya legitimidad no cuestiona el recurrente), que solo retrasaría, pero no impediría, el ejercicio del derecho de defensa. Conforme a lo antes expuesto, es doctrina constitucional reiterada que la garantía de información y acceso a las actuaciones consagrada en los artículos 520.2.d) y 505.3 LECrim, en relación con el artículo 302 LECrim, constituye un derecho no susceptible de restricción temporal por la declaración de secreto sumarial, como sí pueden serlo otros aspectos del derecho de defensa. Lo es también que el acceso al núcleo esen-

cial de las actuaciones constituye una exigencia constitucional de los incidentes relativos a la privación cautelar de libertad, en tanto que condición de la necesaria igualdad de armas y protección frente a su eventual carácter injustificado. El carácter incondicionado de este derecho obliga al juez instructor a seleccionar los materiales esenciales para impugnar eficazmente la legitimidad de la privación de libertad, aunque se haya acordado el secreto sumarial (STC 13/2017, FJ 7), tratando de garantizar sin merma el debido acceso a las actuaciones para defender su libertad personal y, al mismo tiempo, preservar la eficacia de la instrucción y de los fines que justificaron la declaración temporal de secreto (STC 4/2023, FJ 4).

...Para justificar la estimación de esta segunda queja basta destacar que, conforme a la reiterada doctrina fijada en las SSTC 18/1999, de 22 de febrero; 12/2007, de 15 de enero, y 143/2010, de 21 de diciembre, «la restricción del principio de publicidad que supone la declaración de secreto de sumario no debe significar la atribución al [juez] instructor de la

facultad de omitir la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos afectados, sino un instrumento para asegurar el éxito de la investigación, que debe emplearse con la necesaria cautela, evitando extenderse más allá de los límites materiales que sean imprescindibles. Conforme a este criterio, el secreto del sumario autoriza para impedir la publicidad de la situación y resultados de la instrucción judicial y, por ello, permite al juez no incluir información sobre esos aspectos en las resoluciones que dicte y que haya de notificar a las partes, pero no autoriza sin más a ocultarles todos los fundamentos fácticos y jurídicos de aquellas».

Procede, en suma, el otorgamiento del amparo solicitado, con declaración de nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas [art. 55.1.a) LOTC]. Dado que el recurrente fue puesto en libertad provisional con fianza mediante auto de 20 de febrero de 2019, tras la presentación de la demanda de amparo, el amparo que se otorga queda limitado en sus efectos al reconocimiento de la vulneración de los indicados derechos fundamentales.”





Puesta al día internacional

A vueltas con los patinetes eléctricos. Regulación legal en los países de la Unión Europea

por **Ubaldo González Garrote**
Abogado
Profesor Derecho Mercantil
Universidad de Castilla La Mancha



El uso de los llamados patinetes eléctricos o “e-scooters eléctricos”, “segways”, “monowheel”, “hoverboards” y los que se espera que vayan apareciendo en todos los países de la unión ha experimentado un fuerte crecimiento en los últimos años, siendo habitual, hoy, compartir las vías públicas con numerosos artefactos de este tipo y con una casuística de siniestros a tener en cuenta para modificar y mejorar las regulaciones positivas allá donde se usen estos aparatos así como los temas de responsabilidad civil y su aseguramiento. Incluso se ha generalizado y profesionalizado últimamente los servicios de alquiler tanto en el sector privado como en el público, constituyéndose la Administración local como entidad que a través de concesiones facilita este nuevo tipo de movilidad para sus ciudadanos, a la vez que, como medida de descontaminación de las ciudades. Todo ello viene generando ya un debate en torno a su regulación y a cómo deben usarse los patinetes y análogos, no solo para circular sino por ejemplo para aparcarlos, lo que en no pocas ocasiones interviene la dejadez y el abandono de los usuarios por la conservación de la cosa ajena en aparcamientos caóticos.

Todos los países de la Unión tienen regulado, con mayor o menor detalle y acierto esta nueva forma de moverse por las ciudades, si

bien estas normas no se encuentran armonizadas, lo que incluso puede predicarse de España, en donde en cada ciudad o Ayuntamiento, podemos encontrar normas diferentes.

Entre las normas comunes que podemos encontrar acerca de la regulación de los patinetes eléctricos y sucedáneos, encontramos una serie de puntos en común de las legislaciones que son los siguientes:

- Conducir siempre con precaución y atención
- Utilizar siempre que sea posible los carriles bici respetando las normas generales de circulación.
- No molestar ni causar daños a los peatones, los cuales siempre tienen prioridad en las aceras y zonas peatonales (cuando esté permitida la circulación por aceras que es algo excepcional)
- No utilizar teléfono móvil durante el uso del patinete
- No circular con acompañante
- Llevar casco siempre que sea posible
- No conducir bajo los efectos de drogas, alcohol y estupefacientes.
- Disponer de luz delantera y trasera cuando la luz del día cae.

Ahora nos centramos en realizar una breve exégesis de aquello que más pueda interesar al lector respecto de algunos países de nuestro entorno, y dado el límite espacial de esta sección, concretamente de los más próximos geográfica y culturalmente, haciendo notar que la regulación es más estricta y concreta en los países de influencia germánica que en los de influencia latina, significando que ya existen restricciones a su uso, pues la ciudad de París, tiene prohibido desde el 1 septiembre 2023 el alquiler de los patinetes eléctricos en toda su demarcación. Igualmente en Holanda está prohibido el alquiler en todo el país. Y por ejemplo en Oslo el alquiler se prohíbe entre las 23:00 y las 5:00 horas, mientras que Helsinki lo prohíbe de 00:00 a 5:00 horas.

EDAD MÍNIMA: Encontramos diferentes horquillas pues mientras Alemania e Italia la tiene fijada en 14 años, Francia todavía la baja a 12 años, en Holanda se encuentra en 16 años y Portugal nada tiene regulado si bien el alquiler allí sí tiene un espectro mayor de edad al fijarse en 18 años.

VELOCIDAD MÁXIMA: También encontramos horquillas distintas, teniéndola Alemania en 20 km/h, Francia, Holanda y Portugal lo limitan

a 25 (en Lisboa el límite está en 20 km/h), e Italia distingue entre 50 Km/h, máximo para vías urbanas, y 6 km/h. en zonas peatonales.

CASCO: Mientras que en Alemania, Francia, Holanda y Portugal no es obligatorio, en Italia solo es obligatorio entre los 14 y 18 años. Además, en Francia existe la posibilidad de circular en casos excepcionales por carreteras interurbanas que tengan un límite para vehículos de hasta 80 km/h, y aquí el casco si es obligatorio debiendo circular los menores acompañados de un adulto.

ZONAS DE CIRCULACIÓN PERMITIDA: AQUÍ SI ENCONTRAMOS DIFERENCIAS.

Alemania obliga a que se circule por las zonas reservadas a los ciclistas (no olvidemos que el carril bici en Alemania se encuentra muy extendido y son abundantes debido a que lleva muchos años regulando los ciclistas por su larga tradición en esta modalidad de desplazarse), en caso de no existir carril-bici está permitido circular por la calzada y fuera de zonas urbanas por el arcén. Prohibido por las aceras y zonas peatonales.

Francia también por el carril bici o por la calzada si aquél no existe, pero en este último caso, permitido solo en calzadas con velocidad máxima de 50 km/h (con la excepción dicha antes para carreteras interurbanas con límite de velocidad de 80 km/h). Prohibido por aceras y zonas peatonales, sin embargo, las ordenanzas municipales pueden permitirlo a no más de 6 km/h.

Italia permite el uso en carril bici y vías mixtas para ciclistas y peatones. También es posible circular por vías urbanas donde el límite de velocidad máximo se encuentre en 50 km/h. Posible la circulación también por zonas peatonales pero limitada la velocidad a 6 km/h. y prohibido por aceras o hacerlo por la izquierda.

Holanda se permite el uso en carril bici y carril para ciclomotores, y si no existiera se permite el uso de la calzada (sólo en ciudad), encontrándose prohibido circular por las aceras.

Portugal se permite en carril bici y por los caminos. De no existir estos se permite el uso por vías urbanas mientras que se prohíbe por aceras, plazas públicas y zonas peatonales.

LÍMITE DE ALCOHOL EN SANGRE: Alemania 0,5 por mil y para conductores noveles el lí-

mite es 0,0 durante el periodo de prueba y las consecuencias de su incumplimiento comprenden la posibilidad de perder el carnet de patinete; Francia 0,5 por mil, Italia y Holanda no hay constancia, mientras que Portugal es también 0,5 por mil pero además en caso de ser la tasa superior al 1,2 por mil tiene aparejada privación de libertad.

SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL:

ALEMANIA: obligatorio y además portando una pegatina acreditativa válida por un máximo de 12 meses. Debe tratarse como mínimo de una póliza de responsabilidad civil frente a terceros, y solo puede obtenerse este seguro si se dispone de un permiso general de circulación y el Allgemeine Betriebserlaubnis, ABE que es necesario (se trata de un protocolo legal alemán bajo el cual se fabrican estos vehículos y acreditan mediante la pegatina estar homologados, imprescindible este ABE a la hora de adquirir un patinete en Alemania).

FRANCIA también requiere un seguro de responsabilidad civil frente a terceros para conducir un patinete.

HOLANDA exige el seguro y además debe identificarse la situación de aseguramiento mediante una pegatina a colocar en sitio visible del patinete.

Consultadas las legislaciones europeas, la situación en general es de no obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil, si bien se observa la tendencia a regularlo como obligatorio,

algo que llegará en la mayoría de países en dos-tres años (Letonia, Italia, España) encontrándose la situación en el resto de países de la siguiente forma:

No es obligatorio el aseguramiento en: Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Chipre, Croacia, Dinamarca, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Rumanía, Suecia,

Es obligatorio: Alemania, Francia, Holanda, y Noruega desde 2023.

NO TIENEN REGULACIÓN LEGAL ALGUNA: HUNGRÍA E IRLANDA.

Observará el lector que no hemos tratado el tema de España ni del Reino Unido por las propias particularidades, que pasamos a continuación a abordar.

REINO UNIDO: A pesar de no pertenecer ya a la Unión, acaso por lo curioso del tránsito de la férrea prohibición a la autorización de carácter progresivo, también abordamos el tema de Reino Unido.

Los patinetes eléctricos en todo el Reino Unido no cumplen los requisitos de la Ley de Carreteras (Highway Act de 1835 contempla la categoría de carruajes -por analogía los patinetes ahora- y con 188 años de antigüedad prohíbe los carruajes en vías públicas). Tampoco la Ley de tráfico de 1988 lo permite, y en principio está excluido con carácter general su uso en espacios públicos, pudiendo únicamente utilizarse en espacios privados sin restricciones. Ahora bien



esto último se refiere a patinetes de titularidad privada, porque en estos últimos años cambia el panorama respecto a los de titularidad pública. El Gobierno tiene en su agenda desde hace varios años autorizarlos de manera progresiva en las vías públicas y a partir de junio de 2021 llegó la avalancha de patinetes a Londres, si bien solo bajo el régimen de alquiler como negocio, y según sostienen las autoridades en régimen de prueba. Se han sometido a numerosas fases de pruebas con empresas de alquiler de patinetes en varias ciudades (entre las más importantes se encuentran Londres, Manchester, Newcastle, Cambridge, Derby, Essex, Gloucester, Kent, Liverpool, Devon, Norwich, Nottingham, Oxford, Sunderland, York). Solo en algunas ciudades de manera excepcional se podía acudir al alquiler de patinetes que deben circular por carril bici y carreteras (no por autopistas ni por las aceras) y para conducirlos es necesario el permiso de ciclomotor de la clase “AM”, “A”, “B” y “Q”. En Londres para poder alquilar un patinete eléctrico debe realizarse además un curso on line de seguridad. En realidad, lo que pretenden es evitar una avalancha de scooters eléctricos de baja calidad y peligrosos en una ciudad monumental como Londres, donde se aprovechó incluso la pandemia para retrasar la avalancha. Hoy son las empresas Lime, Dott y Tier los principales operadores de patinetes en Londres, pero solo en régimen de alquiler y al parecer lo del periodo de pruebas sigue en pie.

ESPAÑA: No contempla una normativa unificada por lo que son los Ayuntamientos quienes regulan en sus ordenanzas el uso de estos aparatos. La DGT recomienda una edad mínima de 16 años, pero como decimos, son los Ayuntamientos, y en este sentido habrá que consultar la normativa específica antes de utilizarlos. Por ejemplo, en Madrid se requiere una edad mínima de 15 años y en caso de alquiler solo a partir de los 18 años. El límite de velocidad puede variar de una ciudad a otra. En Sevilla por ejemplo el límite en carril bici es de 15 km/h, en Bilbao 10 km/h máximo. Por lo general no está permitido circular por aceras y zonas peatonales, autopistas, autovías y túneles incluidos los urbanos. No existe la obligatoriedad de seguro de responsabilidad civil y los límites de alcohol varían desde 0,5 por mil con carácter general a 0,3 para conductores noveles y 0,0 para los menores de 18 años, y en la mayoría de las ordenanzas municipales se prohíbe usar el teléfono móvil, auriculares, circular por la noche sin luces, circular por la acera o no llevar casco.

La Resolución de 12 de enero de 2022 de la Dirección General de Tráfico, aprueba el manual

de características de los vehículos de movilidad personal, entre los que se encuentran también los “segways”, los “monowheel” y los “hoverboards”.

Otras particularidades:

- En Alemania los patinetes plegables se pueden transportar como equipaje de mano en el transporte ferroviario que es gratuito en caso de largas distancias.
- Respecto a los auriculares existe tendencia a su prohibición, ya en bastantes países, y cada vez es más creciente el control por las fuerzas de orden público de los trucajes de los motores que en ocasiones llegan a superar los 100 km/h. de velocidad. De igual modo la obligatoriedad de luz delantera y trasera se va imponiendo progresivamente su obligatoriedad.
- En Holanda solo pueden circular los patinetes homologados por el Ministerio de Infraestructuras y gestión del agua y no es posible el alquiler, el cual solo se permite respecto de bicicletas y ciclomotores.
- Los patinetes eléctricos se definen como Vehículos de Movilidad Personal (VMP) dotados de una o más ruedas y de una sola plaza, propulsado exclusivamente por motor eléctrico que puede proporcionar una velocidad de hasta 25 km/h. máxima (con baterías de hasta 100 VCC y con un cargador integrado de hasta 240 VCA de entrada); solo pueden estar equipados de un asiento o sillín y están dotados de sistemas de autoequilibrado. Su definición en la norma española se encuentra en la Resolución de 12 enero 2022 de la DGT por la que se aprueba el Manual de características de los vehículos de movilidad personal.
- Por último, reseñar que la anterior definición no comprende y quedan excluidos: los vehículos para personas con movilidad reducida, incluso si estos mismos se usan para ocio sin existencia de limitación funcional de la persona (por ejemplo, una persona con movilidad normal que lo porta por comodidad de no realizar largas caminatas aunque no exista la movilidad reducida), los que tengan la consideración de juguetes y las EPAC que son las bicicletas con sistema de pedaleo asistido a través de un motor eléctrico, y los vehículos tipificados como “L” -vehículos a motor con menos de cuatro ruedas y generalmente de cilindrada inferior a 50 c.c.- de los que existen L1, L2, L3, L4 y L5 con distintas características, todo ello según el reglamento 168/2013 de la UE.



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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350



**Tu profesionalidad,
bien cubierta**

**Responsabilidad
civil profesional**

El seguro **Responsabilidad civil profesional** es la mejor protección durante el desarrollo de tu actividad profesional. Ponemos a tu disposición un equipo de profesionales con amplia experiencia, preparado para defender tus intereses y ofrecerte el mejor asesoramiento con rigor técnico, todo ello con las mejores coberturas y garantías. Somos tu compañía de referencia en el mercado de responsabilidad civil profesional.

A CORUÑA

XXIII CONGRESO NACIONAL

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS ESPECIALIZADOS
EN RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

JUEVES 09

12:00 h.

Asamblea de la Asociación:
Ilustre Colegio de Abogados de A
Coruña. Rúa Federico Tapia, 11, bajo,
15005 A Coruña

16:00 h.

Entrega de acreditaciones.
Lugar: Palexco (Mlle. de Trasatlánticos, s/n,
15003 A Coruña)

16:30 h.

Inauguración del Congreso

17:00 h. PRIMERA PONENCIA

Responsabilidad de los administradores
por deudas sociales y su cobertura por
las pólizas D&O

Ponente: Ilmo. Sr. Pablo González Carrero
Fojón. Magistrado-Juez Titular de la Sec-
ción 4ª Audiencia Provincial de A Coruña

18:00 h. SEGUNDA PONENCIA

Estructura del nuevo sistema de Res-
ponsabilidad Civil por daños derivados
del uso de la Inteligencia Artificial.

Ponente: D. Fernando Peña López, Profesor
Titular de Derecho Civil de la Universidad de
A Coruña

19:00 h. TERCERA PONENCIA

Responsabilidad ante los Ciberriesgos:
regulación, impacto, gestión y asegura-
miento

Ponente: D. Abel B. Veiga Copo. Profesor
Ordinario de Derecho Mercantil (ICADE).
Decano de la Facultad de Derecho de la
Universidad Pontificia Comillas.

20:00 h. MESA REDONDA

Responsabilidad patronal derivada de
accidentes de trabajo

Ponentes: Ilmo Sra. Pilar Carreira Vidal. Ma-
gistrada-Juez del Juzgado de lo Social nº 5
de A Coruña.
D. Demetrio Ángel Fernández López. Direc-
tor Territorial de Galicia de la Inspección de
Trabajo y Seguridad Social.
Dª Marta Checa García. Abogada especia-
lista en accidentes laborales.

Modera: D. Juan Manuel Rozas Bravo

21:00 h.

Recogida por los autobuses en el Palexco.

21:30 h.

Recepción y cena cóctel en Pazo Vila-
boa. Rúa Souto, 2, 15174 Culleredo, A
Coruña

23:00 h.

Recogida por los autobuses en Pazo Vi-
laoa y traslado a Palexco previa
parada en ANDEN COPAS

VIERNES 10

09:30 h. CUARTA PONENCIA

Responsabilidad civil de centros de es-
tética y estudios de tatuaje.

Ponente: D. Iván González Barrios. Aboga-
do. Profesor contratado doctor en Universi-
dad de La Laguna

10:30 h. QUINTA PONENCIA

*Cuestiones controvertidas en materia
de seguros y la transparencia en las
cláusulas de las pólizas.*

Ponente: Ilmo. Sra. Marta Canales Gantes.
Magistrada de la Sección 6ª de la Audien-
cia Provincial de A Coruña

11:30 h. Pausa - café

12:00 h. SEXTA PONENCIA

De nuevo, sobre la fuerza mayor en el
tránsito motorizado. Persistencia de las
dudas 60 años después.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Medina
Crespo. Abogado y Doctor en Derecho. Pre-
sidente de Honor de la Asociación Española
de Abogados Especializados en Responsa-
bilidad Civil y Seguro

VIERNES 10

13:00 h. MESA REDONDA

La valoración del daño corporal. Límites
de la pericia médica en la interpretación
del Sistema, el nexo causal y la estabili-
zación lesional.

Ponentes: Dr. Carlos Represas Vázquez.
Médico especialista en medicina legal y fo-
rense.

D. José Pérez Tirado. Abogado, ex miembro
de la comisión de expertos y de la comisión
de seguimiento del baremo.

Modera: D. Juan Antonio Armenteros
Cuetos

14:00 h. Almuerzo / cóctel de trabajo

16:00 h. SEPTIMA PONENCIA

La valoración y cuantificación del daño
moral en el ámbito contencioso adminis-
trativo.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jose Ramón Chaves
García. Magistrado de la sala de lo Contencio-
so Administrativo del Tribunal Superior
de Justicia de Asturias

17:00 h. OCTAVA PONENCIA

Los delitos de Omisión del deber de So-
corro y el Abandono del lugar del acci-
dente: características, concurso con
otros delitos y sus penas.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis del Río Montes-
deoca. Fiscal de Sala Coordinador de Segu-
ridad Vial. Unidad de Seguridad Vial-Fisca-
lía General del Estado de Justicia de Astu-
rias

18:00 h. NOVENA PONENCIA

Responsabilidad civil nacida de delito.
Tendencias y novedades jurispruden-
ciales.

Ponentes: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral
García. Magistrado de la Sala de lo Penal
del Tribunal Supremo

19:00 h. DÉCIMA PONENCIA

La culpa exclusiva de la víctima como
causa de exoneración de la responsabi-
lidad.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane
Spiegelberg. Magistrado de la Sala de lo
Civil del Tribunal Supremo

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. José Luis Seoane Spiegel-
berg. Presidente de la Real Academia
Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

21:30 h.

Recogida por los autobuses en los hote-
les recomendados

* Vueltas cada hora a partir de las
02:00h

22:00 h.

CENA DE GALA

En NH Collection Finisterre con barra
libre y actuación de grupo musical

SÁBADO 11

Actividad opcional para
congresistas y acompañantes

11:00 h.

Recogida en Hotel NH Collection Finisterre

Visita a Puerto exterior de A Coruña

Visita al Museo de Estrella Galicia
y almuerzo

17:00 h.

Recogida de Autobuses y traslado Hotel NH
Collection Finisterre

ORGANIZA



ABANCA Seguros



COLABORA



MN program



FUNDACIÓN INADE