

nº 88

Cuarto Trimestre. Año 2023



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

**Responsabilidad
empresarial
derivada de
accidente de
trabajo. Aspectos
jurisprudenciales**

**El contrato de
seguro en el
transporte de
mercancías**

**Daños morales
derivados de los
defectos de la
edificación**

asociacionabogadosrcs.org

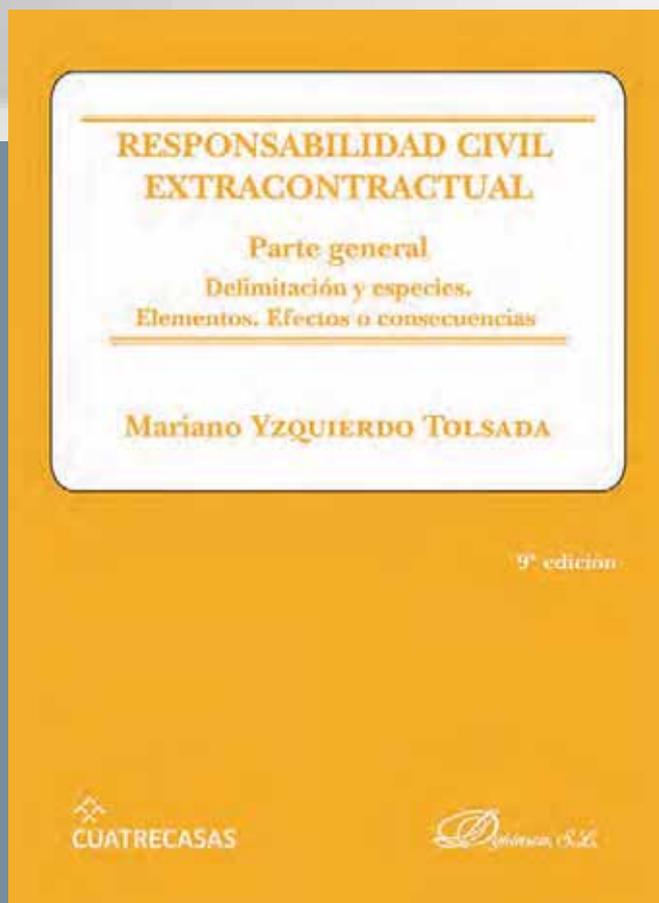


NOVEDAD EDITORIAL

Un estudio detallado de los problemas generales de la responsabilidad civil extracontractual. Un libro accesible para todos, que resultará muy práctico no sólo para alumnos, sino también para juristas y todas aquellas personas, profesionales o no, que tengan interés en acercarse al mundo del Derecho y que actúan en los campos de la salud, del deporte, de la abogacía, etc.

9ª edición, 2023, 784 páginas

PVP: 75,00 €



Realice ahora su pedido a info@dykinson.com y benefíciense de un 5% de descuento

ÍNDICE

- CAPÍTULO I. RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL
- CAPÍTULO II. RESPONSABILIDAD CIVIL PURA Y RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO: UNA INJUSTIFICADA DUALIDAD NORMATIVA
- CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
- CAPÍTULO IV. LA ACCIÓN U OMISIÓN
- CAPÍTULO V. EL DAÑO
- CAPÍTULO VI. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD
- CAPÍTULO VII. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (I). EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS PROPIOS
- CAPÍTULO VIII. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (II). EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS AJENOS
- CAPÍTULO IX. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (III). EN LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LOS ANIMALES Y DE LAS COSAS INANIMADAS
- CAPÍTULO X. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
- CAPÍTULO XI. LA LEGITIMACIÓN PASIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
- CAPÍTULO XII. VÍAS O CAUCES DE RECLAMACIÓN
- CAPÍTULO XIII. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL
- CAPÍTULO XIV. LAS FORMAS DE REPARACIÓN
- CAPÍTULO XV. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL



nº88

Cuarto Trimestre. Año 2023



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA N° 88

EDITORIAL

Interrupción abusiva del plazo de prescripción de las acciones

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

DOCTRINA

• Responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo. Aspectos jurisprudenciales

Pilar Carreira Vidal.....11

• El contrato de seguro en el transporte de mercancías

Noemí Ferré Manchón.....33

• Daños morales derivados de los defectos de la edificación

Cecilia García Gutiérrez.....59

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

■ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 27 de octubre de 2023.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Las lesiones sufridas por el ocupante de una motocicleta son indemnizables y no es un suceso encuadrable dentro de los “riesgos generales de la vida” ni de “fuerza mayor extraña a la conducción”. Del contenido de la sentencia, cabe entender que la teoría de “los riesgos generales de la vida” no puede ser una causa de exoneración de responsabilidad de las lesiones de la ocupante lesionada, pues hay que estar al régimen de responsabilidad específico previsto en el Art. 1 de la LRCSCVM que no sólo exige “fuerza mayor” sino que además debe ser “extraña a la conducción”.83

■ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 2 de noviembre de 2023.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad civil del fabricante derivada de la explosión de una botella de cerveza que provocó la pérdida de un ojo por el titular de un bar. Aplicación del régimen de responsabilidad objetiva por productos defectuosos a los perjuicios derivados de las lesiones sufridas al considerarse que la Directiva 85/374, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, no excluye la cobertura de los daños personales sufridos por quien usa el producto defectuoso en el marco de una actividad profesional o empresarial.93

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 6 de noviembre de 2023.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de la Administración Pública en caso de responsabilidad patrimonial en la prestación sanitaria, en un supuesto donde previamente se había aperturado de oficio un procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, en el que los demandantes no fueron parte, que concluyó con resolución desestimatoria, la cual devino firme. Declara la sentencia que la decisión firme adoptada en vía administrativa no vincula a los demandantes, pues no se personaron en el procedimiento administrativo y se dirigieron exclusivamente contra la aseguradora. Estimación parcial de la demanda, al entender que la atención prestada a la paciente no puede encuadrarse dentro de una correcta praxis asistencial.105

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

RESPONSABILIDAD CIVIL: Contrato de seguro de vida vinculado a un préstamo hipotecario. Estimación de la reclamación que formula la viuda del asegurado fallecido por suicidio frente a la aseguradora, al entender que el asegurado no infringió su deber de declarar el riesgo, al no haber sido quien contestó a las preguntas del agente, sino su esposa. Además se concluye que concurre falta de idoneidad del cuestionario por el modo de realizarse la pregunta y por la ambigüedad de su formulación, al aludirse a las "depresiones" dentro de las afecciones del sistema nervioso cuando comúnmente, sin conocimientos médicos, son entendidas como un tipo de patología, trastorno o enfermedad que fundamentalmente afecta a la salud mental.127

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José María Hernández-Carrillo Fuentes141

PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

El Procedimiento Civil en Alemania

Por Lutz Carlos Moratinos Meissner153

XXIII CONGRESO NACIONAL

- Acta de Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, celebrada en Barcelona el día 9 de noviembre de 2023.161
- Más de 500 abogados acudieron al XXIII Congreso Nacional. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. A Coruña 9, 10 y 11 de noviembre de 2023.163

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, 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.
Tif. 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

Interrupción abusiva del plazo de prescripción de las acciones

por Javier López y García de la Serrana
Director

El tema de la prescripción de las acciones es un asunto que preocupa a diario a todos los que nos dedicamos a la abogacía y sobre el que casi nunca tenemos una certeza absoluta, pues existen distintas interpretaciones sobre todos y cada uno de los elementos que configuran esta institución y ello provoca que nunca tengamos una interpretación uniforme acerca de esta figura. Así, por ejemplo, surgen dudas sobre el momento inicial del cómputo del plazo de prescripción de la acción, sobre los efectos que tiene la interrupción de la prescripción en las responsabilidades solidarias o sobre cómo debe interrumpirse el plazo de prescripción para que la acción permanezca vigente. Y por si esto fuera poco, se añade la complicación de que también atendiendo a la naturaleza del daño a reclamar, en cada caso existen peculiaridades en torno a la determinación de la prescripción de las acciones que van a ser ejercitadas, existiendo en algunos supuestos normativas específicas que nos apartan del criterio general para introducir nuevos plazos o criterios interpretativos, pensemos por ejem-

plo en las normas contenidas a estos efectos por la Ley de Ordenación de la Edificación o en la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios.

Pero detengámonos en la herramienta que de forma más común es utilizada para intentar prolongar en todos los casos el plazo para el ejercicio de la acción, me refiero a la interrupción de la prescripción. En este sentido deberemos citar y recordar en primer lugar cuáles son los supuestos concretos en los que nuestras normas reconocen eficacia a la interrupción de la prescripción, pues no siempre se considera correcta cualquier actuación que pudiéramos considerar idónea para este fin. Atendamos por tanto a lo dispuesto en el art. 1973 del Código Civil, en el que se dispone que el plazo legalmente establecido para el correcto ejercicio de las acciones únicamente se suspende en estos tres casos:

- > Cuando se ejercitan las acciones ante los Tribunales.
- > Cuando enviamos una reclamación extrajudicial a nombre del acreedor y frente al deudor.
- > Cuando se produce cualquier acto de reconocimiento de la deuda por parte del deudor.

Vemos así que se deja fuera del precepto a los posibles efectos del desistimiento unilateral del actor, el cual sí que ha abordado nuestro Tribunal Supremo, pero en el que no nos detendremos en esta ocasión por no ser objeto de esta editorial.

Atendamos ahora a la aportación que ha hecho nuestra Jurisprudencia en esta materia, para comprobar cómo la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencias como la de 13 de octubre de 1994, 12 de noviembre de 2007 o 30 de julio de 2008, ha marcado cuáles son los presupuestos necesarios para que pueda considerarse que la interrupción de la prescripción ha sido correcta y por tanto ha desplegado los efectos derivados de la misma. Estos presupuestos son los siguientes:

- Que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada. Por tanto no todo medio que podamos utilizar va a considerarse válido. A estos efectos la Jurisprudencia ha ido evolucionando a la par que lo ha hecho nuestra sociedad y los medios de comunicación, incorporando instrumentos como los correos electrónicos como medio eficaz para realizar este tipo de reclamaciones.
- Que en el acto de exteriorización se identifique claramente el derecho que se pretende conservar y la persona frente a la que se pretende hacerlo valer. Este es otro aspecto en el que cabe la pena detener nuestra atención, por cuando también son numerosos los supuestos donde la interrupción de la prescripción pierde su eficacia al no haberse dirigido frente a la persona o entidad adecuada. Surge aquí un problema de legitimación pasiva y con ello la ineficacia de la interrupción de la prescripción realizada. En este sentido nuestra Jurisprudencia ha sido insistente en sus pronunciamientos con el objeto de interpretar este requisito, habiéndose pronunciado de forma reiterada, en especial, en un supuesto tan reincidente en nuestra práctica como es el de la responsabilidad solidaria y ello al objeto de aclarar qué efectos tiene la paralización de la prescripción cuándo esta se ha dirigido sólo frente a uno de los posibles responsables solidarios.
- Que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto interruptivo exige no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización. Es este últi-

mo requisito el que quizás presente más problemática en la práctica, pues son muchas las ocasiones en las que existen dificultades para poder localizar al deudor o para lograr que una vez localizado éste recepcione la reclamación que le ha sido enviada. Por este motivo, este requisito viene siendo matizado por nuestra Jurisprudencia en algunos supuestos donde se evidencia un ánimo dilatorio por parte del deudor, que evita recibir la citada reclamación de forma voluntaria, motivo por el que los juzgados y tribunales intentan impedir que la eficacia de la acción ejercitada y por tanto la tramitación del procedimiento quede a disposición del deudor.

Llegados a este punto, resulta claro por tanto que la interrupción del plazo de prescripción de las acciones judiciales está a disposición de la parte, pudiendo hacer uso del mismo en aquellos supuestos en los que por diferentes motivos



no esté en disposición de poder ejercitar correctamente su acción, pudiendo entonces utilizar alguno de los medios admitidos por nuestra doctrina y jurisprudencia para poder ampliar el plazo legalmente previsto para el ejercicio de la misma. Y es aquí donde debemos pararnos para analizar, qué es lo que ocurre cuando la interrupción de la prescripción se utiliza por la parte interesada de manera reiterada y continuada en el tiempo, de forma injustificada y dilatando de forma voluntaria e intencionada el momento del ejercicio de la acción. Es una práctica más habitual de lo que nos pueda parecer y son pocas las veces en que se cuestiona su eficacia o se discute las consecuencias de la misma. Pues bien, podemos encontrarnos ante lo que nuestro Código Civil califica como abuso de derecho, así si atendemos al contenido específico del artículo 7.2 del precitado texto legal vemos que el mismo establece lo siguiente: *“La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mis-*

mo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

Son muchos y diferenciados los supuestos presentes en la práctica donde puede apreciarse un abuso del derecho, así por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 28 de abril de 1994 consideraba abuso de derecho el caso en el que el demandado alegó la excepción de incompetencia para hacer dejación de su propio fuero domiciliario sin alegar ni acreditar en qué le perjudicaba la elección por el demandante de ese fuero; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 10 de junio 2019, en la que se resolvía sobre la demanda promovida por la titular registral para pretender impedir que la vivienda objeto de autos persistiera en su natural destino de servir de morada familiar a la demandada y a sus hijos; también la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de mayo de 2009 consideró abuso de derecho la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por el demandado por cuanto en procesos anteriores relacionados con el mismo asunto sólo había discutido la condición de propietaria de la actora pero no su condición de arrendadora, indicando que *“el planteamiento de la excepción en los términos expuestos, implica un abuso de derecho por cuanto el demandado viene obligado a concentrar en su contestación a la demanda el empleo de todas las excepciones que entienda oponibles”*

Pero centrándonos ahora en la figura que nos ocupa, la interrupción de la prescripción, partamos de una de las preguntas a las que el profesor **Carrasco Perera** da respuesta en su manual Tratado del abuso del derecho y fraude de ley¹, preguntándose *“¿por qué es correcto que el titular de un derecho o expectativa especule con ella hasta el límite de su optimización egoísta?”*

Pues bien, nuestro Tribunal Supremo, en sus sentencias de 4 de julio de 1997 y 6 de junio de 1992, considera que infringe el derecho a la buena fe el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a usarlo, se trata por tanto de un retraso desleal, que vulnera las normas éticas que

¹ CARRASCO PERERA, A. Tratado del abuso del derecho y fraude de ley. Civitas 2016.



deben informar el ejercicio del derecho, las que lejos de carecer de trascendencia determinan que el ejercicio del derecho se convierta en inadmisibile, con la consiguiente posibilidad de impugnar el mismo por antijurídico.

En este sentido lo que se sanciona en el abuso del derecho es el hecho de sobrepasar unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos y como institución de equidad. Así, para que pueda ser estimada, se exige que se trate de una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no va a conceder protección alguna, sino todo lo contrario, por cuanto va a generar efectos negativos para su autor, generalmente la obligación de indemnización de daños y perjuicios, todo ello por cuanto se va a considerar que hay una ausencia de finalidad seria y legítima y con ello un exceso en el ejercicio del derecho. Así lo recogen, entre otras, las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 o la de 3 de abril de 2014.

Pero hay un aspecto a destacar en esta figura, que es precisamente el que quiere sancionarse cuando la interrupción de la prescripción se considera realizada en abuso de derecho y es la protección de la parte que, en atención al transcurso del tiempo, confiaba razonablemente que la acción en su contra no iba a ser ya ejercitada. En palabras del Tribunal Supremo -sentencia de la Sala Primera de 22 de Octubre de 2002-, se indica que *“la doctrina de esta Sala viene considerando contrario a la buena fe, un ejercicio de derecho tan tardío que la otra parte tenía razones para pensar que no iba a actuarlo”*.

En el mismo sentido lo aclara también la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2011, la cual sanciona la actitud pasiva del actor que durante un considerable lapso de tiempo no emprendió ningún tipo de actuación encaminada a ver satisfechas sus pretensiones y que tras el transcurso del tiempo intenta paralizar la prescripción de su acción; en este caso la Sala establece que *“un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercita el derecho”*.

Veamos ahora cuales son los presupuestos necesarios para que resulte aplicable la doctrina jurisprudencial del retraso desleal hasta aquí ex-

puesta, según sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2017, 13 de septiembre de 2016 o 15 de junio de 2012: *“... en el plano funcional, su aplicación debe operar necesariamente antes del término del plazo prescriptivo de la acción de que se trate. En el plano de su fundamentación, su aplicación requiere, aparte de una consustancial omisión del ejercicio del derecho y de una inactividad o transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la confianza suscitada en el deudor de la no reclamación del derecho de crédito. Confianza o apariencia de derecho que debe surgir, también necesariamente, de actos propios del acreedor (SSTS 300/2012, de 15 de junio y 530/2016, de 13 septiembre)”*

De lo anterior, podemos extraer en conclusión que los anunciados requisitos para poder hablar de la existencia de un retraso desleal en el ejercicio de la acción son los siguientes:



- 1.- El transcurso de un periodo de tiempo considerable sin ejercitar el derecho, aunque finalmente se ejercite dentro de plazo prescriptivo o de caducidad de la acción.
- 2.- La omisión del ejercicio.
- 3.- La creación de una confianza legítima en la otra parte en la que se ejercita la acción en que no se va a ejercitar la reclamación.
- 4.- La conducta del titular del derecho/acreador que puede ser calificada como permisiva de la actuación de la otra parte, deudor, o que suponga una clara e inequívoca renuncia de su derecho.

Por tanto, debemos tener presente que no siempre va a tener validez la práctica habitual de enviar consecutivas reclamaciones previas frente al deudor, dilatando en exceso el ejercicio

de la acción judicial, pues vemos cómo puede considerarse que tal actuación supone un abuso de derecho que perjudica el principio de seguridad de la otra parte y que incluso podría enfrentarse a la teoría de los actos propios, pues tras mantener una actuación pasiva se ha creado en el contrario la creencia razonable de que se había renunciado a ejercitar aquel derecho. Comprobamos así como la consecuencia final tras la aplicación de esta doctrina llevaría a la pérdida de la acción.

Es cierto que, no obstante, en la práctica habitual se invoca con poca frecuencia la aplicación de esta doctrina, pues por todos es sabido que el instituto de la prescripción debe ser aplicado con criterios restrictivos y siempre en favor del principio de conservación de la acción, cite-mos por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de enero de 2002, donde se resolvía sobre la reclamación de cuo-



tas colegiales que ejercía un Colegio Profesional y donde se establecía que *“En cualquier caso la teoría del abuso del derecho es un remedio extraordinario, al que sólo puede acudir en casos patentes y manifiestos (como exige el artículo 7 del CC)”* o la reciente **sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2024**, donde la Sala Primera resuelve considerando que no existió abuso de derecho en las reclamaciones dirigidas con el ánimo de interrumpir la prescripción, en un supuesto donde Renfe ejerció su acción nueve años después de la resolución del expediente administrativo de determinación de responsabilidad, manteniendo la vigencia de la acción durante ese tiempo mediante el envío de burofax, considerando la sentencia que no existe abuso de derecho porque dichos burofax demuestran la voluntad de Renfe de mantener viva su acción y que en todo caso *“la causa última del retraso en la formulación de la reclamación judicial que da lugar a este pronunciamiento sería precisamente la reiterada desatención por parte de los responsables civiles de las múltiples reclamaciones que les dirigió la perjudicada.”*

No obstante este pronunciamiento, a mi parecer, parece discordante con la línea segui-

da en los anteriores pronunciamientos de la sala en los supuestos en los que sí ha considerado la existencia de uso fraudulento del derecho, pues ampararse en que el deudor no había dado respuesta a las reclamaciones previas, no supone en principio fundamento para justificar que estas se reiteraran durante nueve años antes de poner finalmente la demanda, si es que realmente la perjudicaba estaba en condiciones de poder ejercitar su acción desde mucho antes; más bien parece que nuevamente quiere acogerse una interpretación extensiva ante el instituto de la prescripción, favoreciendo de este modo la vigencia de la acción.

A pesar de todo lo anterior, conviene tener presente esta doctrina, su plena vigencia y su posible aplicación, pues es cierto que, de concurrir los requisitos antes expuestos, el peligro que entraña su puesta en funcionamiento hace que nos planteemos las posibles consecuencias de una dilatación excesiva y no justificada en la interposición de nuestras demandas.

Enero 2024





doctrina

Responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo Aspectos jurisprudenciales

Pilar Carreira Vidal

Magistrada - Juez
Juzgado de lo Social nº 5 A Coruña

SUMARIO

**COMPETENCIA ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL
DIVERSAS ACCIONES DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS**

**ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE
TRABAJO/ENFERMEDAD PROFESIONAL**

I. LEGITIMACIÓN

- A) ACTIVA
- B) PASIVA

II. PRESCRIPCIÓN

- A) DIES A QUO
- B) INCIDENCIA SOLIDARIDAD

III. COSA JUZGADA

- A) DEFINICIÓN
 - a) Efecto Negativo
 - b) Efecto Positivo

IV. DAÑOS Y PERJUICIOS INDEMNIZACIÓN

- A) PRINCIPIOS
- B) CLASES DE DAÑOS
- C) CRITERIO DE CUANTIFICACIÓN
- D) CARGA DE LA PRUEBA
- E) CRITERIOS INDEMNIZATORIOS

V. RESPONSABILIDAD CIVIL. INFLUENCIA ACTUACIÓN DEL TRABAJADOR

El sistema de responsabilidad empresarial derivada de accidentes de trabajo y enfermedad profesional es el que sigue:

a) Prestaciones de la Seguridad Social.

Se trata de una responsabilidad *objetiva* (sin exigencia de culpa), *prestacional* (en forma de pensiones, subsidios e indemnizaciones), *tasada* (con porcentaje en función de la base reguladora) y satisfecha por el *empresario* (con las cuotas abonadas en el marco de un sistema de cobertura de carácter público; o directamente satisfechas por él, de haber incumplido sus obligaciones aseguradoras), aunque con *garantía pública* (frente a defectos de aseguramiento o insolvencias).

b) Recargo de prestaciones.

Es una responsabilidad *subjctiva* (requiere culpa), también *prestacional* (va referida también a las prestaciones), igualmente *tasada* (un porcentaje de incremento -variable- sobre las prestaciones propiamente dichas), *a cargo del empresario* (en principio, de imposible aseguramiento) y en todo caso *sin garantía pública*.

c) Responsabilidad civil.

Es también *subjctiva* (requiere culpa de naturaleza contractual o extracontractual); es *ilimitada* (en función del daño causado), a cargo del *empresario negligente* (aunque admite aseguramiento) y -como es natural- *sin cobertura pública* alguna de garantía.

Es un **sistema mixto**, caracterizado porque existe responsabilidad privada (de la empresa), pero se obliga a su aseguramiento en el marco de la Seguridad Social y se establece la garantía pública de las prestaciones (para el supuesto de que el empresario hubiese incumplido su deber aseguratorio).

Y lo que trata en todo caso es de reparar el daño causado por accidente de trabajo, y que supone la concurrencia de varias vías de atención del accidente de trabajo, que puede generar tanto prestaciones sociales, así como el derecho a la reparación del daño derivado de incumplimiento contractual que sea posible la compatibilidad de las diversas cantidades que se otorguen a favor del trabajador.

Ello supone la **íntima relación de los diversos procesos** que ahora son **competencia ex-**

clusiva de la jurisdicción laboral y que pueden derivarse de un accidente de trabajo, que abarcan estos ámbitos de responsabilidad.

COMPETENCIA ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL

Desde el punto de vista jurídico, el accidente de trabajo se sitúa en una encrucijada donde confluyen normas e instituciones procedentes de muy diversas ramas del derecho: derecho del trabajo, derecho de la Seguridad Social, derecho administrativo, derecho civil y derecho penal. La posible aplicación de esta variedad de normas, de distinta naturaleza, unas propias del derecho privado, otras del público genera una problemática en orden a su protección judicial, de difícil solución en muchas ocasiones. Situación que vino poniendo de manifiesto la urgente necesidad de *sistematizar los mecanismos para determinar las consecuencias del accidente*, entre ellas las patrimoniales, y las fórmulas de resarcimiento de los perjudicados. En efecto, al poder obtenerse la reparación mediante una serie distinta de acciones compatibles entre sí, se evidencia un tratamiento judicial que no es ni uniforme ni, en ocasiones, seguro, debiéndose añadir que la generación de responsabilidades puede implicar a sujetos dispares (entidades gestoras, colaboradoras, empresarios, compañías de seguros etc.) y a jurisdicciones diferentes.

Frente a esta situación responde la LRJS reorganizando y unificando el sistema de responsabilidades, con la finalidad de que **todas las reclamaciones procedentes de un mismo siniestro profesional sean enjuiciadas a través de un mismo orden jurisdiccional**, en concreto aquel especializado en las relaciones de trabajo y Seguridad Social, esto es, **el orden jurisdiccional social**, y ello claro está, con independencia de la jurisdicción penal que conocerá de los comportamientos que revistan caracteres de delito y que, como analizaremos, no resulta incompatible con el ejercicio de la acción que por los mismos hechos se conozcan en el orden social.

Diversas acciones de resarcimiento de daños

Una enunciación somera de las diversas clases de acciones con las que se resarcen los daños derivados del accidente de trabajo, lleva a distinguir (TS 23-7-09):

1. *Acciones tendentes a la obtención de prestaciones de Seguridad Social*: consecuencia de una responsabilidad objetiva del empresario, que este traslada a la correspon-

diente mutua patronal o entidad gestora a través de la cotización. Se trata de una materia expresamente atribuida al orden social de la jurisdicción (LRJS art.2).

Distinguiendo prestaciones originarias del trabajador que sufre el AT / EP : incapacidad temporal, incapacidad permanente en cualquier grado, lesiones permanentes no invalidantes

Y prestaciones derivadas a favor de los derechohabientes de quien sufrió el AT/EP: auxilio por defunción, viudedad /orfandad, prestaciones a favor de familiares

Prestaciones de Seguridad Social, derivadas tanto de los procesos de *incapacidad temporal*, o de *incapacidad permanente*, relevantes a los efectos de fijar las consecuencias indemnizatorias (días de incapacidad, indemnización por la incapacidad, secuelas...), donde igualmente podría ser discutida la *contingencia determinante* de tal proceso, es decir si es un accidente de trabajo y/o enfermedad profesional, presupuesto necesario de la responsabilidad civil.

2. *Acciones en reclamación de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social:* materia también atribuida expresamente al orden social (LRJS art.2).

En virtud de dicha norma los juzgados y tribunales del orden social vienen conociendo de acciones de exigencia de responsabilidad derivada del contrato de seguro de naturaleza mercantil que el empresario haya podido concertar para cubrir la mejora, generalmente pactada en convenio colectivo. Competencia que ha sido ampliada por la LRJS, al incluir en ella los complementos de prestaciones o de las indemnizaciones que pudieran establecer las Administraciones Públicas a favor de cualquier beneficiario.

3. *Acciones derivadas del incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, que incluyen:

a) Aunque no se trata de acciones de resarcimiento, hay que mencionar las *acciones frente a las sanciones por comisión de infracciones administrativas* tipificadas en la LISOS tanto si se ha producido el accidente como si el incumplimiento es previo (LISOS art.42). La actual regulación incluye en la jurisdicción social la impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindi-

cal, y respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional (LRJS art.2 n s).

b) *Acciones de responsabilidad penal por delitos específicos de riesgo contra la seguridad y salud en el trabajo* - infracciones de las normas de prevención de riesgos laborales que pongan en peligro la vida, salud, o integridad física de los trabajadores- (CP art.316 a 318), junto a los que puede concurrir delito de homicidio por imprudencia (CP art.142), delito de lesiones por imprudencia (CP art.152); delitos leves por muerte o lesiones (CP art.142.2 y 147.2). Las cuales se sustancian ante los órganos jurisdiccionales del orden penal (LOPJ art.23; LECr art.111 y 112).

c) *Acciones reclamando o impugnando el recargo de prestaciones de Seguridad Social* reconocidas como consecuencia del accidente (LGSS art.164).

Incremento de las responsabilidades consecuencia del recargo de prestaciones, que se deriva de una actuación de la autoridad laboral competente, con la emisión de un acta de infracción que da lugar tanto a una propuesta de responsabilidad por falta de medidas de seguridad (recargo de las prestaciones del accidentado entre un 30 y un 50% según la gravedad), como a un procedimiento sancionador por la administración autonómica competente derivado de la concurrencia de infracciones previstas en la LISOS (Real Decreto 5/2000), que es a su vez compatible con un procedimiento en el ámbito penal, y que se suspende hasta la resolución definitiva del mismo, y en el cual se examinarán las responsabilidades civiles derivadas del accidente.

d) *Acciones reclamando la indemnización civil de daños y perjuicios causados por el accidente de trabajo*, normalmente contra el empresario (directo o indirecto), cuando dicho accidente haya tenido su causa mediata o inmediata en supuestos de hecho que impliquen responsabilidad civil de alguna persona (LGSS art.163.3 y 168.3).

La competencia para el conocimiento de estas reclamaciones ha sido siempre uno de los puntos más relevantes de discordia entre los órdenes jurisprudenciales civil y social.

La LRJS, siguiendo al pacto social concretado en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012) y al clamor de la doctrina científica, ha supuesto la concentración en el orden jurisdiccional social de todas las cuestiones litigiosas relativas a los accidentes de trabajo (salvo las penales).

La **jurisdicción social** se erige, por razones de coherencia y especialización, en la única competente para enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos (empresario o ajeno a la relación laboral) que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral o en conexión directa con el mismo, creándose, como remarca la exposición de motivos, un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado (LRJS art.2 b).

La jurisdicción social pasa a conocer así mismo de la impugnación de las resoluciones sancionadoras en materia de Seguridad Social por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales (LRJS art.2 s).

En reclamaciones sobre accidente de trabajo y enfermedad profesional se pueden acumular todas las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de un mismo hecho, incluso sobre mejoras voluntarias, que el trabajador perjudicado o sus causahabientes dirijan contra el empresario u otros terceros que deban responder a resultas del hecho causante, incluidas las entidades aseguradoras, salvo que hayan debido tramitarse mediante procedimiento administrativo separado.

Introduce además una “norma de reparto” de procedimientos en su texto legislativo, que supone que en las demandas derivadas del mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando exista más de un juzgado o sección de la misma Sala y Tribunal, en el momento de su presentación *se reparten al juzgado o sección que conociera o hubiere conocido del primero de dichos procesos*, las demandas ulteriores relativas a dicho accidente de trabajo o enfermedad profesional, siempre que conste dicha circunstancia o se ponga de manifiesto en la demanda. Igual ocurre en los recursos sobre pretensiones derivadas de un mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando exista más de una Sección (LRJS art.25.4 y 5 y 234.3).

En materia de **carga de la prueba**, se establece una importante regla, correspondiendo a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para preve-

nir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad (LRJS art.96.2).

El empresario, como deudor de seguridad en el contrato de trabajo, tenía que haber acreditado que cumplió con las medidas de seguridad que implican una diligencia exigible para evitar el daño que finalmente se produjo; en caso de no acreditar su cumplimiento, es plenamente encuadrable en el ámbito de responsabilidad civil (CC art.1101), con las consecuencias indemnizatorias correspondientes (TS 30-1-12; TSJ Galicia 14-2-14; TSJ Castilla-La Mancha 25-1-18).

Se invierte, pues, la carga de la prueba y *la empresa debe demostrar una actuación acompañada de la diligencia debida*, pues no es suficiente cumplir las prescripciones reglamentarias para exonerarla de responsabilidad; ha de probar que, ante una situación de riesgo acreditado, ha extremado su actividad de adopción de todas las precauciones (TS 24-9-02); de manera que, aun de haberse adoptado todas las medidas exigibles en la fecha de los hechos, el daño no se habría producido, dado que la prueba de los hechos impositivos, extintivos u obstativos también incumbe al empresario (TS 24-1-12).

ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO/ENFERMEDAD PROFESIONAL

En este apartado trataremos de analizar las cuestiones que ha venido examinando los tribunales de justicia en aspectos tales como la prescripción, la solidaridad de los posibles responsables, el efecto de cosa juzgada y la concurrencia de indemnizaciones, derivados de la esta situación multidisciplinar y con diversas acciones con las que se pretende realizar una reparación íntegra de los daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo.

I. LEGITIMACIÓN

A) ACTIVA

- Trabajador accidentado
- Herederos: En caso de fallecimiento de un trabajador por enfermedad profesional se reconoce a sus herederos el derecho a reclamar una indemnización por daños y perjuicios.

El derecho a reparar los daños y perjuicios por responsabilidad contractual o extracon-

tractual no es un derecho personalísimo, sino que es transmisible a los herederos y no libera a los deudores de seguridad y salud en el trabajo de su obligación de reparar los perjuicios ocasionados. Consecuentemente, los daños sufridos por la viuda del trabajador fallecido por enfermedad profesional, aparte de no ser solo morales porque también sufre un perjuicio económico, forman parte del caudal relicto de la misma a su muerte (STS 6-3-19).

Legitimación de los herederos de la trabajadora fallecida que no pudo reclamarla por haber fallecido antes del reconocimiento judicial del origen profesional de la contingencia, pues la sucesión se produce en las acciones y derechos que la misma conservaba al tiempo de su fallecimiento (STS 10-02-21).

- El RDLeg 8/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, recoge una detallada regulación de los perjudicados de las personas que hayan sido víctimas en un accidente de tráfico y, en concreto, ha incluido a los **allegados**, entendiendo por tales aquellas personas que, sin tener la condición de perjudicados, hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad (RDLeg 8/2004 art.67).
- El trabajador que sufrió el accidente laboral y que acciona en reclamación de daños y perjuicios derivados del mismo, carece de legitimación para reclamar una indemnización por perjuicios morales de familiares contemplada en las tablas del baremo. Dicha indemnización está destinada a los familiares en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada, por lo que es preciso que tales familiares sean parte en el procedimiento pues son los legitimados para la reclamación. Por ello se imponía un litisconsorcio activo salvo que esos familiares fuesen menores de edad (TS 23-7-09).

B) PASIVA

1. EMPLEADOR
2. ASEGURADORAS

3. NO ENTIDADES COLABORADORAS: Por contra, la entidad colaboradora con la que la empresa tiene concertada la cobertura del riesgo profesional, no está legitimada en este tipo de reclamaciones, puesto que no guarda relación con una prestación de Seguridad Social (TSJ Cataluña 9-2-01), ni tampoco el INSS (TSJ Cataluña 6-2-05, Rec 7498/04).

4. Otros intervinientes:

El orden social es el competente, con carácter general, para conocer de las demandas por daños originados en el ámbito de la prestación de servicios, cualquiera que sea la persona -empresario o terceros- implicadas por atribuírseles legal, convencional o contractualmente responsabilidad.

a) Sucesión de empresas - artículo 44 ET-

En materia de indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional y recargo de prestaciones, se transmite la obligación de pagar la indemnización de daños y perjuicios de la responsable de la misma, por cualquier título válido para la transmisión de la empresa, a la empresa sucesora (TS 21-6-17; TJUE 5-3-15, asunto C-343/13).

La responsabilidad del adquirente sucesor con el empresario anterior alcanza no solo las obligaciones reconocidas antes de la sucesión, sino también aquellas aún pendientes a la fecha del cambio empresarial, por estar en curso de generación el daño atribuible a la empresa, como las derivadas del derecho a indemnización de daños y perjuicios por enfermedad profesional (TS 21-6-17).

La legitimación es ostentada tanto por la *empleadora de origen* como por la que le *haya sucedido en la actividad*, al abarcar la responsabilidad solidaria de ambas la materia de prevención de riesgos. En ese sentido, de reclamarse los daños derivados de accidente laboral, y limitándose la cuestión a determinar si existe o no sucesión empresarial, a los efectos de poder transmitir a la adquirente las obligaciones que pudieran corresponder a la cedente, se concluye que la transmisión cualquiera que sea el mecanismo por el que opera, crea obligaciones en el nuevo empresario, con la subsiguiente necesidad de ser llamado y surge la responsabilidad solidaria en el pago de las obligaciones y prestaciones que alcanza no solo

las obligaciones reconocidas antes de la sucesión, sino también aquellas aún pendientes a la fecha del cambio empresarial por estar en curso de generación el daño atribuible a la empresa, como las derivadas de enfermedad profesional (TS 21-6-17).

Finalmente, aunque no exista previsión concreta en la LPRL ni en la LRJS, se puede mantener el mismo criterio de responsabilidad compartida en todos los demás supuestos en los que conforme a derecho se pueda sustentar la responsabilidad de varias empresas, lo que puede ocurrir en los casos de sucesión de empresas (ET art.44) (TSJ Galicia 31-1-17).

- b) Están legitimados pasivamente además del empresario, el arquitecto y el arquitecto técnico de la obra donde se produjo el accidente (TS 30-10-12).

Cuando las lesiones de trabajador se producen por la ausencia de medidas de seguridad imputable únicamente a la constructora, no es responsabilidad de la empresa promotora (TS 20-12-03).

De la condición de promotor de la obra por ser el propietario del terreno no deriva que pueda ser considerado empresario principal, pues empresario principal no es el promotor o dueño de la obra, sino el que la ejecuta, o sea, el constructor que contrata con aquel su realización (TSJ Cataluña 11-3-10). En cambio, procede la responsabilidad solidaria de la indemnización por responsabilidad civil de un accidente de trabajo de la promotora que se ha reservado la dirección técnica, inspección y control de las obras (TS 1-2-07).

- c) Empresas subcontratistas (LISOS art.42.3; LPRL art.24)

Ostentan una clara legitimación pasiva puesto que la LISOS establece la *responsabilidad solidaria entre la empresa principal y los contratistas y subcontratistas referidos en la LPRL*, al ser responsables durante el período de la contrata de las obligaciones impuestas en esa Ley y en relación con los trabajadores que ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal (TSJ Madrid 19-11-19).

Ya desde antes de la entrada en vigor de esta norma, los supuestos de empresa principal y contratistas no planteaban problemas de aceptación por parte de la jurisdicción social, como tampoco, la aseguradora y la mutua

(TS 21-1-08), sosteniendo el Tribunal Supremo la tesis de la extensión de la responsabilidad a la empresa principal -no contratante directa del trabajador- cuando los trabajos de la empresa contratada eran incardinables en la propia actividad de la empresa contratista, entendiéndose, en síntesis, que lo que determina que una actividad sea propia de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo (TS 22-11-02). Pero, matizando dicho criterio, señala que *cuando se desarrolla el trabajo en el centro de trabajo de la empresa principal, con sus instrumentos de producción y bajo su control*, lo decisivo no es tanto esta calificación como que el accidente se hubiera producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad (TS unificado 18-4-92). En definitiva, la cuestión relativa a la calificación de la actividad contratada -propia actividad o no- no es determinante, quedando la discusión desplazada, en esencia, a determinar *si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad* (TS 18-9-18).

Las obligaciones de la promotora se refieren a la función de coordinación, sin que conste que la promotora fuera ejecutora directa de la obra. La responsabilidad específica de coordinación no alcanza a la responsabilidad en la ejecución de la obra, si no corresponde a su propia actividad (TSJ Granada 27-6-19).

Asimismo, se estima la responsabilidad solidaria de la contratista y subcontratista, ya que debió verificar el cumplimiento de la normativa preventiva por parte de esta (TSJ Granada 12-11-14; TSJ Cataluña 15-11-18).

Es el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad y salud lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquel de la responsabilidad en la reparación del daño causado (TSJ Sta. Cruz de Tenerife 28-7-14).

La eventual responsabilidad que pudiera alcanzar a terceros no relacionados laboralmente con el trabajador, como es el caso del empresario comitente, si bien extracontractual, solo es apreciable en la jurisdicción Social como derivada de incumplimientos laborales del empleador, o de los incumplimientos en que ellos mismos puedan incurrir en cuanto terceros intervinientes en el suceso

en relación a la obligación que pueda incumbirles de cooperación o coordinación en la prevención y evitación de aquellos riesgos laborales (TSJ Sevilla 8-1-20).

Esta responsabilidad solidaria no se extiende a la comunidad de propietarios, que actúa como empresa principal, al tratarse de obras que no corresponden con la propia actividad (TSJ Madrid 14-5-20).

- d) Trabajadores contratados por una ETT, cedidos a la empresa usuaria (LETT art.12.3 y 16.2)

En principio, la empresa usuaria es la responsable de su seguridad. Ahora bien, la ETT debe asegurarse que el trabajador previamente a su puesta a disposición de la usuaria posee la formación teórica y práctica necesaria en materia de prevención de riesgos laborales para el trabajo a desempeñar y, en caso contrario, debe facilitarle dicha formación con medios propios o concertados.

Teniendo en cuenta, además, que la ETT es la responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud, deben ser demandadas ambas para determinar cuál de ellas ha incumplido sus obligaciones en materia de prevención y que tengan incidencia en el accidente laboral.

Corresponde acreditar a las codemandadas, empresa de trabajo temporal y empresa usuaria, que han agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias, y constatados los incumplimientos de ambas, ello comporta la declaración de responsabilidad solidaria de las citadas empresas (TS 4-5-15).

- e) Y también se ha considerado la responsabilidad de grupos fraudulentos de empresa (ET art.6.4) respecto de los que la propia jurisdicción civil ha eludido expresamente su competencia (TS civil 17-11-08).
- f) Así como servicios de prevención propios o ajenos en tanto actúan como «alter ego» del empresario responsable. En todos estos casos, sus responsabilidades en materia de prevención de riesgos les vendrán dadas en virtud del principio de solidaridad que en cada caso rige dichas figuras, o por la directa previsión de la Ley en tal sentido, lo que los incluiría así mismo en el orden social de la jurisdicción ya antes de la LRJS y ahora de forma expresa (LRJS art.2 b).

II. PRESCRIPCIÓN

La aplicación de la prescripción por los tribunales debe ser “cautelosa y restrictiva”, toda vez que se trata de una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, de manera que sólo ha de perjudicar a quien -con su inactividad- haya hecho efectiva dejación de sus derechos (TS 21-11-19; 3-11-20 RCU 2680/2018; 27-10-22; 5-03-20; 21-11-19).

La construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho, criterio en el que asimismo insiste la Sala Primera de este Tribunal, por lo que “cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias”. La STS 16 de febrero de 2016 (rcud 1756/2014), reiterada por la STS 210/2020, 5 de marzo de 2020 (rcud 4329/2017), señala, en este sentido, que “cualquier duda que al efecto pudiera suscitarse... habría de resolverse precisamente en el sentido más favorable para el titular del derecho y más restrictivo de la prescripción (SSTS 02/10/08 - rcud) 1964/07-; 19/07/09 -rcud 18/01/10 -rcud 3594108-; SG 26/06/13 -rcud 1161112-; y 03/03/14 -rcud 986113-”.

El **plazo** de prescripción aplicable a las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios atribuibles a la empresa y derivados de accidente de trabajo o de enfermedad profesional coincidiendo en este plazo el orden jurisdiccional civil (CC art.1968) y el social (ET art. 59) el plazo de prescripción de la acción es el de **un año**, tal como establecen los artículos 59.1 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 1968.2 del Código Civil, así el artículo 59, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores, después de establecer, en el apartado 1, que «las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial de prescripción prescribirán al año», establece que «si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas... el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse».

(*) Excepción.

En una acción de reclamación de daños y perjuicios derivados del accidente laboral frente

a la empleadora y las aseguradoras de la responsabilidad de esta, la empresa fabricante del producto relacionado con el accidente y la suministradora se sostiene que debe **distinguirse el plazo de prescripción de la acción frente a la empleadora** (un año desde la declaración de IPT) y sus aseguradoras (que es el mismo plazo dado el vínculo de solidaridad pasiva), **de la acción trienal frente a la fabricante y la distribuidora** (RDL 1/2007 art.142,143 y 146), pues es una norma especial y distinta de la prevista por el art.59.2 ET, siendo el inicio de este plazo de tres años también el de la resolución del INSS declarando la IPT del trabajador, por lo que se halla prescrita la acción frente a la empresa y sus aseguradoras pero no frente a la fabricante y distribuidora (TSJ Cataluña 11-2-14).

Y debiendo señalar que **la carga de la prueba** de la superación del plazo prescriptivo y, por tanto, de la existencia de la prescripción, incumbe a la parte que alega la excepción y no al revés, tal y como se infiere del brocardo jurídico que dice que corresponde la carga de la prueba al que afirma y no al que niega, que es lo que plasma el art 217.3 de la LEC.

A) DIES A QUO

Deben considerarse las distintas vías indemnizatorias utilizadas para resarcirse del daño, por lo que el comienzo del plazo para el ejercicio de la acción -dies a quo- no es, en términos generales, la fecha de acaecimiento del accidente de trabajo, sino el momento en que la acción puede ejercitarse.

Unido al hecho de que la prescripción se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales (CC art.1973) (TS 17-2-14), sin que se establezcan más requisitos hasta el punto de que la interrupción se produce con independencia del resultado del litigio, e incluso en los supuestos de desistimiento, que solo implica una renuncia a seguir en el proceso pero no al ejercicio de la acción que se mantiene viva (TS 9-12-15), efecto interruptivo que alcanza también a las acciones planteadas en ámbito jurisdiccional erróneo cuando las reglas sobre competencia no sean claras (TCo 194/2009).

a) Procedimiento penal

Cuando se siguen **actuaciones penales** por los mismos hechos, en tanto que **no se haya reservado** el ejercicio de la acción civil y esté en curso el procedimiento destinado a obtener una condena penal, se interrumpe el plazo para el ejercicio de la acción, al llevar incorporada la

responsabilidad civil de su autor y de los posibles responsables subsidiarios (TS 16-10-19), y ello con independencia de que todos los sujetos después demandados fueran o no parte en ese procedimiento penal.

El resultado de la causa penal, sobre todo en los casos en los que el perjudicado no se haya reservado acción indemnizatoria para ejercerla fuera de él, puede constituir una **cuestión prejudicial** en el procedimiento laboral, pues es determinante de cuál sea la fuente originadora de la obligación pecuniaria (CC art.1089) y lleva aparejada la consecuencia de que si la acción indemnizatoria estaba siendo ejercitada -aunque solo lo hiciera el Ministerio Fiscal- en la causa criminal, este ejercicio previo podría constituir el óbice procesal de litispendencia en el proceso laboral (TS 17-1-11).

Inicio del cómputo de la prescripción

El plazo de prescripción se inicia cuando **recae resolución definitiva** en el proceso penal, pues mientras subsista, cualesquiera que sean las personas implicadas, el perjudicado no puede formular la demanda civil, ni contra ellas ni contra otras distintas, respondiendo a la necesidad de evitar que por los órganos de distinta jurisdicción a la penal se puedan efectuar pronunciamientos que contraríen lo que allí se resuelva; contradicción que podría producirse aun en el supuesto de que fueran distintas las personas demandadas en el orden civil, pero siempre, claro está, que el proceso penal y el civil correspondiente versen sobre el mismo hecho y se asienten sobre iguales presupuestos (TS 1-6-16 ST Nº 457/2016).

El inicio del cómputo de la prescripción arranca de la **notificación** a la persona que pretende ejercitar la acción de reclamación de la resolución que pone fin al procedimiento penal (TS 4-2-20).

No produce efectos interruptivos la previa tramitación de un procedimiento penal sobre los mismos hechos, cuando quien pretende hacer valer ese efecto ha **renunciado** a toda acción civil y penal y a la personación en la causa, acudiéndose en tal supuesto al momento del dictado de la resolución del INSS que le declaró afecto a una situación invalidante (TSJ Galicia 22-10-03)

b) Procedimiento administrativo o judicial

El inicio del plazo de prescripción requiere que se den dos circunstancias concurrentes: la

primera, que exista **resolución firme** por la que se declare que la contingencia de la que deriva la prestación discutida es **profesional**; y, la segunda, que también exista **resolución firme** que fije las cantidades que por **prestaciones** de Seguridad Social tenga derecho a percibir el beneficiario para que dichas cantidades puedan en su caso deducirse del monto global que hubiera que reclamar a la entidad demandada (STS 956/2020 3-11-20; STS 865/22 27-10-22; STS 210/22 5-03-22)

El plazo de la acción de indemnización de daños y perjuicios por incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional, se inicia en la fecha en que se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de incapacidad permanente, que es cuando el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir y cuáles los perjuicios que de ellas se van a derivar (TS 1-6-16).

Cuando confluye una situación de incapacidad permanente e, incluso, se ha seguido un proceso judicial, se ha dicho también que “tal conocimiento -pleno y cabal- solamente se produce en la fecha en que se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de IP, que es “cuando el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir y cuáles los perjuicios que de ellas se van a derivar. Por tanto, debe ser el momento de conocimiento de esta resolución el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios”.

Habrà de estarse a la **firmeza de la resolución administrativa**, en aquellos casos en los que la controversia jurídica no se llegue a judicializar porque se resuelve en la fase administrativa del procedimiento, al aquietarse el interesado a dicha resolución sin formular reclamación previa frente a la misma. En este supuesto, el momento inicial para el cómputo de la prescripción no puede ser otro que el de la preclusión del plazo de 30 días del que disponen las partes para formular la reclamación previa, porque hasta su agotamiento no adquiere definitivamente estado y deviene firme lo resuelto en la misma (STS 956/20 3-11-20; STS 686/20 21-7-20; ST 865/2022 27-10-22; STS 580/2017 5-07-20).

Cuando se reclaman daños y perjuicios derivados de accidente laboral sin actuaciones penales la acción no comienza hasta que el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales

secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico, lo que solamente se produce en la fecha en que se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de IP. Por tanto, debe ser el momento de conocimiento de esta resolución el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios (TS 5-7-17).

En el caso de fallecimiento del trabajador por enfermedad profesional, el dies a quo del inicio del cómputo del plazo de prescripción no es el del deceso del trabajador pues tal regla rige en la medida en que entonces se conociera que derivaba de enfermedad profesional, pero no cuando esta etiología se conoce en un momento ulterior, concretamente cuando se declara que la pensión de viudedad deriva de enfermedad profesional (TS 5-7-17).

En el caso de reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados del fallecimiento del trabajador por accidente laboral o enfermedad profesional, previamente declarado en incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional, el dies a quo es la fecha de la muerte ya que los herederos no ejercitan esa acción como sucesores del trabajador, sino en nombre propio (TS 4-2-20)

Tratándose de daños derivados de enfermedad profesional, concretamente asbestosis, solo puede ejercitarse la acción desde que haya quedado acreditado no solo el origen de la contingencia -caso de que este fuera discutido-, sino también desde el momento en que hayan quedado determinadas de manera definitiva la entidad de los daños a reparar, por lo que si la enfermedad profesional se determinó al reconocer la pensión de viudedad, el dies a quo es la fecha de la resolución que lo declara (TS 15-9-16,). Igualmente en una reclamación de daños por enfermedad profesional por omisión de medidas de seguridad, por inhalación de amianto, se afirma que solo cuando se declara al trabajador por resolución firme del INSS afecto de un concreto grado invalidante por esa afección, puede comenzar a computarse el plazo para el ejercicio de la acción (TS 17-3-15; STS 9-02-15 REC 1918/14).

El día inicial del plazo de prescripción de la acción es aquel en el que se produce la declaración de gran invalidez, en revisión por agravación de la incapacidad permanente absoluta reconocida anteriormente, y no desde que ese declaró esta última situación.

Inicio del cómputo de la prescripción

El dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción es el de **firmeza** de la resolución que definitivamente resuelva sobre las prestaciones de seguridad social a las que tenga derecho el beneficiario, y en, su caso, la contingencia de la que deriven

Por otra parte, no puede validarse como doctrina correcta la de estar a la fecha del “informe propuesta” cuando no se impugna la resolución administrativa, pues como declara la STS de 1 de junio de 2016, rcud. 2537/2014, “*El hecho de estar al informe propuesta cabe entenderlo en el sentido de que dicha propuesta es la que establece el marco patológico de la persona accidentada, que, no obstante, como tal propuesta, ha de confirmarse por la autoridad laboral a quien está dirigida mediante la subsiguiente resolución administrativa.*”, de la igual forma que, con el mismo fundamento, todas nuestras precitadas sentencias ponen de manifiesto que tampoco puede considerarse como *dies a quo* el de la emisión del alta médica “*que expresará el parecer del facultativo que lo emite y cuya comprensión para la generalidad de los beneficiarios será de difícil entendimiento, dados los términos científicos que en tales documentos deben utilizarse*”, en lo que queremos destacar que la emisión de este tipo de informes médicos no puede prevalecer frente a la seguridad jurídica que garantiza la resolución administrativa que, a la postre, debe hacerlos suyos para convalidar las consecuencias jurídicas que de los mismos se desprendan en orden al reconocimiento de las prestaciones de seguridad social en juego, (STS 210/20 5-03-20).

El día inicial del plazo de prescripción de la acción es aquel en el que se ha declarado la incapacidad permanente absoluta, en revisión por agravación de la incapacidad permanente total reconocida anteriormente, ambas como consecuencia del accidente laboral sufrido. Sentencia núm. 956/2020 de 3 noviembre. “Una secuela aparece cuando se consolida o se estabiliza la dolencia de manera que se entiende que no habrá variación significativa en el estado del sujeto cuyos déficits ya se entiende como definitivos y por ello se viene considerando ese momento como hábil para reclamar la reparación del daño. Ahora bien, y como incluso ya prevé el art. 43 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, es posible que en una situación que se ha calificado de estable aparezca una agravación de las secuelas que en su día fueron apreciadas y con ello la del daño que el siniestro haya ocasionado

permitiendo, como aquí sucede, que el trabajador pueda ser indemnizado por la disminución de su capacidad que ahora se presenta para toda actividad laboral.

En definitiva, lo que en el presente caso ha sucedido, al igual que ocurrió en la sentencia de contraste, es que la realidad del alcance definitivo del accidente de trabajo

-o enfermedad profesional- no se ha conocido hasta que el trabajador ha sido declarado en incapacidad permanente absoluta. Como dice esta Sala, con ello se está respetando el principio de indemnidad, preservando el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas no imputables a su persona o comportamiento..”.

c) Proceso de recargo por falta de medidas de seguridad

La demanda sobre impugnación del recargo de prestaciones **no interrumpe** la prescripción de la acción de indemnización de daños y perjuicios. El recargo de prestaciones y la responsabilidad indemnizatoria poseen notables diferencias, carece de efectos sobre el cómputo del plazo de un año y no interrumpe dicho plazo de un año el que se siga un proceso en el que la empresa reclama frente a la imposición del recargo de prestaciones. (STS 4-07-06).

En numerosas ocasiones hemos puesto de relieve los diferentes presupuestos legales que concurren cuando se compara la regulación sobre recargo de prestaciones y la responsabilidad indemnizatoria por accidente laboral. La STS 17 marzo 2015 (rec. 990/2014) lo resume así:

* En la reclamación por daños y perjuicios operan las reglas sobre prescripción del ET (un año), mientras que en el recargo lo hacen las de Seguridad Social (cinco años). O se acude al artículo 59.1 ET o al art. 43.1 LGSS/1994 (actual art. 53.1).

* No solo es aplicable una regulación diversa, sino que la naturaleza jurídica de las cuantías reclamadas es asimismo heterogénea.

* El funcionamiento del recargo está disciplinado por la propia LGSS, que lo cuantifica en un porcentaje determinado a partir del montante de la prestación de Seguridad Social. Por lo tanto, desde que existe la prestación de Seguridad Social es claro que cabe reclamar el recar-

go y viceversa. El plazo de prescripción, por fuerza, ha de anudarse al momento en que se reconoce el derecho al percibo de una prestación derivada de contingencia profesional.

* Por el contrario, los daños y perjuicios derivados de un incumplimiento empresarial en materia de salud laboral pueden reclamarse a partir de hitos bien diversos, siendo lo principal que se hayan fijado las consecuencias de la conducta ilícita.

* La dual naturaleza del recargo (prestacional para el trabajador, aflictiva para el empleador) conduce a que la apreciación de si concurre la prescripción deba realizarse a partir de premisas diversas a las propias de una compensación por los daños causados (meramente indemnizatoria). En el mismo sentido STS N° 796/2019 de 21 de noviembre.

d) Procedimiento sancionador contra la empresa

El procedimiento administrativo sancionador seguido contra la empresa **no interrumpe** la prescripción de la acción para reclamar, porque la procedencia de una indemnización de daños y perjuicios, no está supeditada a la anterior imposición de una sanción administrativa por infracción de normas del orden social, y la mera existencia de la sanción, o del recargo, no determina, por sí misma, el nacimiento de la obligación de indemnizar, ya que es requisito esencial para ello la concurrencia, entre otros presupuestos, de un elemento de responsabilidad subjetiva y culpable (TSJ Asturias 27-1-06).

B) INCIDENCIA SOLIDARIDAD

El ejercicio de la **acción frente a uno de los responsables** solidarios interrumpe la prescripción, sin que las reclamaciones entabladas contra uno de los deudores sean obstáculo para las que, posteriormente, se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo, aprovechando o perjudicando por igual dicha interrupción en este tipo de obligaciones a todos los acreedores y deudores, o lo que es igual, basta con la interrupción respecto de uno de los codeudores solidarios, aplicando este precepto la jurisprudencia en materia de solidaridad impropia (TS civil 15-1-20).

Al respecto resulta relevante la Sentencia de 6 de mayo de 2021, Rec 2611/2018. La doctrina y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo distinguen entre la **solidaridad propia y la impropia**; para la indicada Sala Civil hay que reconocer, junto a la denominada “solida-

ridad propia”, regulada en nuestro CC (artículos 1137 y siguientes) que viene impuesta, con carácter predeterminado, por la propia ley o por el contrato, otra modalidad de solidaridad, llamada “impropia”, que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge, cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades. Así, la STS - Civ- de 18 de julio de 2011, RC. 2043/2007, establece que es reiterada la jurisprudencia que declara que existe solidaridad impropia entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única. Esta responsabilidad, a diferencia de la propia, *no tiene su origen en la ley o en pacto expreso o implícito*, sino que nace con la sentencia de condena. Se trata de una responsabilidad “in solidum” [con carácter solidario], que obedece a razones de seguridad e interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados adecuado *para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual*, pero exige para su aplicación que no sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades.

La diferenciación es relevante a la hora de determinar las causas que interrumpen la prescripción de la obligación del deudor solidario, porque se concluye que el artículo **1974-1 CC no se aplica en los supuestos de responsabilidad solidaria impropia**, 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 o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente, lo que comporta que la interrupción de la prescripción por el ejercicio de la acción sólo aproveche frente al deudor a quien se reclama [SSTS. (Civ) de 14 de marzo de 2003 (RC. 2235/1997), 18 de julio de 2011 (RC. 2043/2007), 19 de octubre de 2007 (RC. 4095/2000) y 29 de noviembre de 2010 (RC. 1032/2007) entre otras muchas].

A partir de estas resoluciones, la Sala 1ª ha aplicado el acuerdo de una manera uniforme, de la que son testimonios las sentencias de 6 junio 2006 y 28 mayo y 19 de octubre de 2.007, 19 de noviembre 2.010 que expresan la doctrina consolidada de esta Sala de acuerdo con la que “si la solidaridad no nace sino de la sentencia, que es la llamada solidaridad impropia, la interrupción de la prescripción respecto a uno de los

deudores no alcanza a otro, ya que no era deudor solidario y sólo lo fue desde la sentencia que así lo declaró, no antes”.

La intercomunicación de las causas interrumpivas de la prescripción no se aplica en todos los supuestos de solidaridad, sino que ha de limitarse a los casos en que la solidaridad es propia y debe excluirse en los supuestos que la misma se ha calificado impropia, supuesto en el cual la reclamación solo aprovecharía frente al deudor al que se reclama.

Tal diferenciación y, especialmente, sus efectos sobre la interrupción de la prescripción, ya ha sido aplicada por el Tribunal Supremo en diversas ocasiones. Así en la STS de 3 de junio de 2014 (Rcud. 1237/2013) en un supuesto de sucesión de contratistas y de solidaridad entre los sucesivos contratistas; y en la STS de 5 de diciembre de 2017, Rcud. 2664/2015 en una cuestión relativa a la responsabilidad solidaria de la empresa principal, sobre pago de salarios que establece el art. 42.2 ET. En ambos supuestos dijimos que, cuando estemos en presencia de supuestos que deban calificarse como de “solidaridad impropia”, existe un régimen en orden a la prescripción de esa responsabilidad diferente, al que resulta inaplicable el art. 1974 del Código Civil en orden a la interrupción de la prescripción por la reclamación a otro, con cita de lo que, en su día apuntó, la STS de 20 de septiembre de 2007, Rcud. 3539/2005), que llega a la misma conclusión en supuesto de contratistas externalizadoras de servicio (TS 17-4-16)

La responsabilidad derivada de un **accidente de trabajo** genera una responsabilidad solidaria de todos los sujetos implicados que no es extracontractual, sino de carácter legal (derivada del art.42.3 LPRL). Dicha responsabilidad solidaria de la empresa principal nace de forma automática y por mandato legal directo, sin que la sentencia que resuelva la acción indemnizatoria del trabajador deba de entrar en la individualización del diferente grado de participación y responsabilidad de los intervinientes. Por tanto, no se trata de una responsabilidad impropia, ha de entenderse aplicable el art.1.974 CC e interrumpida la prescripción por la reclamación frente a la empleadora.

En supuesto de acción de reclamación del trabajador de daños y perjuicios derivados de accidente laboral frente a la empleadora y las **adjudicatarias de la obra** en la que se accidentó, la interrupción de la prescripción de la acción dirigida frente a la primera se extiende a las otras empresas, por lo que si frente a los otros

codemandados solidarios estaba interrumpida la prescripción por el ejercicio de la acción ante los tribunales, también lo está respecto de las otras (TS 10-1-19).

La individualización de la conducta de cada responsable y de las consecuencias de la misma en la producción y efectos del accidente resulta clave para la determinación de la responsabilidad civil cuyo fundamento es que tal responsabilidad no existe sin culpa o negligencia. En el caso de la empleadora resulta imprescindible reconocer un incumplimiento contractual conectado necesariamente con el siniestro. En el caso de la empresa comitente, su responsabilidad será exigible cuando su conducta, por acción u omisión, haya provocado o contribuido a su producción; esto es, tenga conexión con el accidente. Cuando ambas conductas, como es el caso examinado, han contribuido a la producción del daño y no se puede, o es de imposible o difícil concreción la delimitación de cada contribución la responsabilidad será solidaria y su origen la propia sentencia de condena. Se trata de supuestos en los que no es posible la fijación individualizada de la participación de cada uno de los sujetos en la causación del daño, así lo ha establecido desde siempre la sala primera de este Tribunal al afirmar que la solidaridad la crea la sentencia cuando la conducta de varios partícipes ha contribuido a los efectos ruinosos y no se han podido cuantificar las cuotas de contribución (SSTS de 28 de abril de 1998), Rec. 816/1994 y de 17 de junio de 2002, Rec. 34/1997).

En definitiva, al contrario de lo que sucede en la responsabilidad administrativa y en la responsabilidad sobre el recargo de prestaciones de Seguridad Social en las que la solidaridad viene impuesta legalmente en supuestos de subcontratación (artículos

42.3 LISOS y 42.2 ET, respectivamente), en materia de responsabilidad civil la solidaridad solo puede deducirse de la concurrencia de culpas en el origen del accidente, sin que exista norma que así lo imponga.

III. COSA JUZGADA

Ante la existencia de diversos procedimientos judiciales que pudieran conocer del mismo “accidente de trabajo”, resulta relevante considerar la concurrencia del efecto de “cosa juzgada”.

A) DEFINICIÓN

En primer lugar **definir la cosa juzgada**, que se regula en el 222 de la LEC los dos efectos diferentes de la cosa juzgada material: el negativo o excluyente y el positivo o prejudicial.

El primero de ellos (negativo) supone, en aplicación del principio “non bis ídem” que *una vez concluso, por sentencia firme, un proceso judicial no es posible entrar a resolver en otro proceso posterior con el mismo objeto, sujetos y pretensiones que el precedente*. Así, según STS de 24 de enero de 2005 (rec. núm. 5204/03), para “el art. 222 de la vigente LEC... «la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la Ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo», concretando a continuación el precepto que la identidad material de ambos procesos viene constituida por «las pretensiones de la demanda y de la reconvencción» (apartado 2); y la identidad subjetiva, con carácter general (apartado 3 en su párrafo primero), alcanza a «las partes del proceso en que se dicte (la sentencia firme) y a sus herederos y causahabientes». Esta Sala ya había venido interpretando con criterio flexible el precedente legislativo (art. 1252 del Código Civil y, tal como razonábamos en nuestra reciente Sentencia de 20 de octubre de 2004 (Recurso 4058/03) «de esta concepción amplia de la cosa juzgada se hace eco ahora la LEC) al enumerar las identidades que han de concurrir entre el primero y el segundo litigio; el texto del artículo 1252 citado, que consideraba necesario que «entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron», ha sido reemplazado por el artículo 222 de la LEC que, en tono más condescendiente, ha mitigado el rigor en la apreciación de las identidades, con especial incidencia en la subjetiva pues, este precepto, en relación con el artículo 10 del propio texto legal, la cosa juzgada afecta a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes, tanto de las que comparezcan y actúen en juicio como a los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Con la nueva normativa cobra mayor vigor la doctrina que proclama la Sentencia de esta Sala de 29 de mayo de 1995, considerando necesaria su aplicación a una relación como la laboral, de tracto sucesivo susceptible de planteamientos sucesivos por distintos sujetos diferentes con idéntica pretensión». Otro tanto podemos decir respecto de la identidad objetiva,

con referencia a la cual la expresión del art. 1252 del Código Civil «las cosas y las causas» (interpretada por la doctrina en el sentido de que se refería a la petición formulada y a la causa de pedir) ha venido a ser sustituida por la de «cuyo objeto sea idéntico» y la de que la cosa juzgada alcanza a «las pretensiones de la demanda y de la reconvencción» (art. 222.1 y 2 LEC art.222apa.1 art.222apa.2), dotando así el texto legal de una mayor flexibilidad, y también de mayor concreción, a la exigencia de las identidades objetivas”.

El segundo efecto de la cosa juzgada material, el positivo, en la forma prevista en el art. 222.4 LEC *no excluye tal conocimiento del juzgador en un proceso posterior, sino que le impone la obligación de estar a lo resuelto en un proceso anterior que concluyó con sentencia firme*. En este sentido, como señala la STS de 9 de marzo de 2007 (rec. núm. 1968/2005) “la doctrina científica ha señalado que, así como la función negativa de la cosa juzgada material exige que entre los dos procesos, el anterior y el posterior, exista plena identidad de objeto (sea objeto actual u objeto virtual), para la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada basta con una especial conexión entre los objetos procesales, bien porque lo ya juzgado constituya una parte que haya de tomarse como base en el nuevo proceso, o bien porque lo juzgado constituya un prejuicio, un paso lógico ineludible para el juicio sobre el objeto del segundo proceso”.

Así, para que opere el efecto positivo de la cosa juzgada *es suficiente con que lo decidido en el primer proceso actúe en el segundo como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado*, lo cual, dicho en términos del número 4 del art. 222 LEC significa que el primer pleito debe aparecer “como antecedente lógico” de lo que sea objeto del segundo. Más en concreto, el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad entre pleitos, exigiéndose desde antiguo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 30 de julio de 1996) que para establecer su “conurrencia... ha de apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia anterior y las pretensiones del ulterior proceso, de manera que la paridad entre los dos litigios ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primero con lo pretendido en el segundo.

En el caso de la “acción de daños y perjuicios”, y los diversos procesos donde se valoran

cuestiones relativas a las mismas, no existe efecto excluyente entre las diversas acciones.

a) Efecto Negativo

Así no cabe apreciar **cosa juzgada en sentido negativo**, por haber ejercitado en su día el trabajador la acción que le correspondía en reclamación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al mismo como consecuencia de la exposición al amianto. En el presente caso, los herederos (esposa e hijos) no ejercitan esa acción como sucesores del trabajador, sino que ejercen la acción en nombre propio de reclamación de la indemnización por daños y perjuicios a ellos causados por el fallecimiento de un familiar, el trabajador. Ni los demandantes son los mismos, ni tampoco la pretensión ejercitada (TS 4-2-20).

b) Efecto Positivo

En cuanto al **efecto positivo** resulta relevante tenerlo en cuenta, ya que no hay que olvidar que los perjuicios derivados de un accidente de trabajo son únicos, pues «existe un solo daño que hay que compensar o indemnizar» por las distintas reclamaciones, teniendo en cuenta el *principio de compatibilidad* entre las diferentes vías de atención al accidente de trabajo, para lo que hay que recordar que el accidente de trabajo puede generar simultáneamente prestaciones sociales con las singularidades de las contingencias profesionales (ex arts. 115 a 117 de la Ley General de la Seguridad Social LGSS) -con o sin la concurrencia del juego ofrecido por las consecuencias legales del incumplimiento empresarial de las normas de prevención de riesgos laborales (art. 42.1 de la Ley de

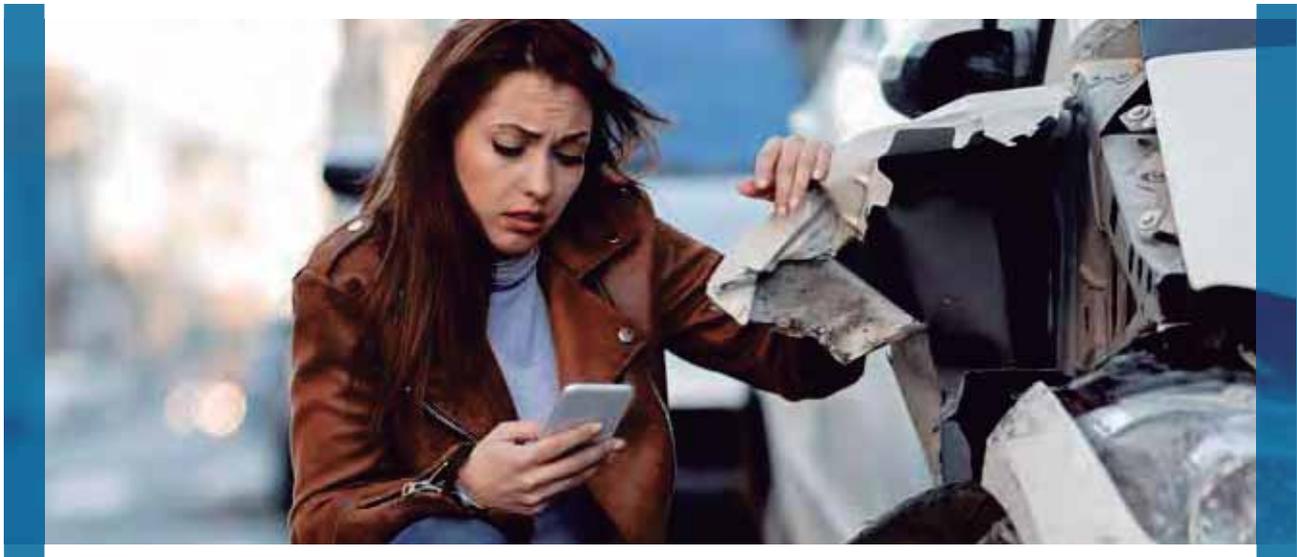
Prevención de Riesgos Laborales -LPRL - y 127.3 LGSS)- y el derecho a la indemnización por reparación del daño causado, derivado del incumplimiento contractual en los términos genéricos del art. 1101 de Código Civil. De ahí que la posible concurrencia de diferentes procedimientos que valoren bien la existencia de los daños o bien su responsabilidad, en principio siendo dos los procedimientos:

a) Sentencia en proceso de recargo

Se aprecia cosa juzgada en cuanto a pronunciamientos firmes sobre el **recargo de prestaciones y la responsabilidad indemnizatoria**, que si bien poseen notables diferencias en aspectos como la relación de causalidad, despliega sus efectos la cosa juzgada de una institución respecto de la otra (TS 21-11-19).

Una vez que mediante sentencia firme se resolvió que el accidente laboral que sufrió el trabajador se produjo *sin mediar incumplimiento alguno* en materia preventiva por parte de su empleador, susceptible de generar responsabilidad civil por los daños sufridos, tal pronunciamiento ha de ser asumido y respetado en el proceso en el que se enjuició la responsabilidad por el recargo de prestaciones (TS 14-2-18).

Cuando existe sentencia firme dictada en un proceso en materia de recargo de prestaciones de la Seguridad Social que mantiene la infracción de la empresa en materia de seguridad e higiene en el trabajo y en otro proceso posterior se reclama la reparación del daño ocasionado por la empresa en relación con la contingencia, en este caso por enfermedad profesional, se aprecia el efecto de la cosa juzgada respecto a



la relación de causalidad (STS 1013/2017 de 15-12-17 (rcud 4025/2016), con mención a sentencias anteriores STS 10 de julio de 2013 (rcud 2294/2012), SSTS 22 de junio de 2015 (rcud 853/2014) y 13 de abril de 2016 (rcud 3043/2013).

Posteriormente cabe citar, a los efectos del efecto positivo de cosa juzgada que aquí interesan, las SSTS 148/2018, de 14 de febrero (rcud 205/2016); 443/2018, 25 de abril (rcud); 603/2021, de 8 de junio (rcud 3771/2018); y la ya mencionada 445/2022, de 17 de mayo (rcud 2480/2019).

En estas sentencias se establece que siendo un presupuesto básico tanto del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad como del resarcimiento de daños y perjuicios por responsabilidad civil, derivados ambos de contingencias profesionales, *la relación de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones preventivas por parte del empresario y las lesiones que constituyen el daño* derivado de su inobservancia, y operando este elemento constitutivo común de la misma forma en los dos institutos, lo establecido al respecto en sentencia firme recaída en el procedimiento referido a uno de ellos produce efecto de cosa juzgada positiva en el posterior seguido por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional.

La doctrina de esta Sala, en orden al efecto positivo de la cosa juzgada, cuando existe sentencia firme dictada en un proceso en materia de recargo de prestaciones de la Seguridad Social que *mantiene la infracción de la empresa en materia de seguridad e higiene en el trabajo y en otro proceso posterior se reclama por el trabajador la reparación del daño ocasionado por la empresa en relación con la contingencia*, en este caso por enfermedad profesional, viene señalando que, aunque entre el proceso de recargo y el de reclamación de cantidad indemnizatoria existen diferencias, también concurren *“elementos de identidad y entre ellos la relación de causalidad se sitúa en un plano en el que no cabe desconocer la identidad existente entre los dos institutos”, “pues la relación causal entre el incumplimiento empresarial y las lesiones es un elemento común de las dos nociones que opera de la misma forma en ambas. En consecuencia, hay que concluir que puede afirmarse que si se aprecia el efecto de la cosa juzgada en las infracciones en las que la identidad puede cuestionarse, con mayor razón deberá apreciarse respecto a la relación de causalidad”*.

b) Sentencia en proceso penal

Cuando la **sentencia penal**, por haber sido **absolutoria**, no haya entrado a examinar ni se haya pronunciado sobre las acciones civiles derivadas del hecho enjuiciado en el ámbito criminal, **nunca** podrá producir **efectos de cosa juzgada** en el posterior proceso civil, por la sencilla razón de que las acciones civiles quedaron imprevjuizadas.

La citada regla solo sufre una **excepción** en virtud de lo dispuesto en el art.116 LECrim, según el cual si la sentencia penal resultó absoluta precisamente por declarar que **no existió el hecho** que fue objeto de enjuiciamiento en el ámbito criminal, este pronunciamiento vinculará positivamente al juez civil que no podrá ya fundar ninguna responsabilidad civil en la existencia del hecho que fue declarado inexistente por la jurisdicción penal (TCo 15/2002; Sentencia núm. 749/2017 TS 3-10-17).

En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de diciembre de 2014 (R. 3364/2013):

«3. No habiéndose optado por la reserva de acciones civiles (ex art. 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -LECr -), nos encontramos con que lo pretendido ahora en la demanda resulta coincidente con lo ya obtenido en el proceso penal precisamente por el mismo concepto que el ahora reclamado, esto es, en concepto de indemnización por el fallecimiento del esposo y padre de los demandantes.

De ahí que, como recuerda la STS/1ª de 3 febrero 2012 (rec.1589/2009), “ Cuando, en el proceso penal, el perjudicado no se haya reservado la acción civil para ejercitarla en un proceso civil posterior, *lo resuelto por la sentencia penal condenatoria, en cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, es vinculante (cosa juzgada) para la jurisdicción de este orden*, al haber quedado ya agotada o consumida ante la jurisdicción penal la acción civil correspondiente (entre otras, SSTS de 4 de noviembre de 1991, 24 y 31 de octubre y 9 de diciembre de 1998, 29 de diciembre 2006). Los posibles defectos de la sentencia penal no pueden ser corregidos en la vía civil, ni, menos aún, las omisiones o defectos de planteamiento de la parte acusadora luego demandante, especialmente si quien se considera perjudicado “tuvo ocasión de hacerlo en el procedimiento penal y, sin embargo, no lo hizo” (SSTS 25 de septiembre 2000, 13 de mayo 2004, 21 de enero de 2000, 24 de julio 2008).

Por su parte, la STC 17/2008 afirmaba que “el legislador ha querido que la sentencia penal decida definitivamente todas las consecuencias penales y civiles derivadas del hecho delictivo, salvo el supuesto de renuncia o de reserva de las acciones civiles por parte del perjudicado”.

La posibilidad de efecto de cosa juzgada se desprende asimismo de la doctrina del TC cuando, a sensu contrario, indica que, “ cuando la Sentencia penal, por haber sido absolutoria, no haya entrado a examinar ni se haya pronunciado sobre las acciones civiles derivadas del hecho enjuiciado en el ámbito criminal, nunca podrá producir efectos de cosa juzgada en el posterior proceso civil, por la sencilla razón de que las acciones civiles quedaron imprejuicadas. La citada regla sólo sufre una excepción en virtud de lo dispuesto en el art. 116 LECrim, según el cual si la Sentencia penal resultó absolutoria precisamente por declarar que no existió el hecho que fue objeto de enjuiciamiento en el ámbito criminal, este pronunciamiento vinculará positivamente al juez civil que no podrá ya fundar ninguna responsabilidad civil en la existencia del hecho que fue declarado inexistente por la jurisdicción penal “ (STC 15/2002).

IV. DAÑOS Y PERJUICIOS INDEMNIZACIÓN

A) PRINCIPIOS

Hemos de partir del principio que el trabajador tiene **derecho a la reparación íntegra**, de forma que “la indemnización procedente deberá ser suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios, que como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social”, sin que pueda exceder del daño o perjuicio sufrido - Sentencia de 17 febrero 2015-

El derecho a la reparación íntegra, como manifestación del **principio general** del ordenamiento jurídico que obliga a todo aquel que causa un daño a otro a repararlo, en el **ámbito laboral**, a falta de norma legal expresa que barmice las indemnizaciones o establezca topes a su cuantía, obliga a que, en principio, dicha indemnización deba ser *adecuada, proporcionada y suficiente* para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales) que, como derivados del accidente de trabajo, se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social (TS 17-7-07; 24-7-06; 1-6-00; 17-2-99).

Y así la doctrina del Tribunal Supremo - Sentencia de 17 febrero 2015 - enumera los principios que han de regir en esta materia:

1º) Principio de **reparación íntegra del daño**, según el cual la finalidad de la indemnización por daños y perjuicios es lograr “la íntegra compensación de los mismos, para proporcionar al perjudicado la plena indemnidad por el acto dañoso” (STS/4ª/Pleno de 17 de julio 2007, rcud. 513/2006).

2º) Principio de **proporcionalidad** entre el daño y su reparación, a cuyo tenor se exige que la indemnización sea adecuada y proporcionada, evitando, en su caso, el enriquecimiento injusto (de nuevo, STS/4ª/Pleno de 17 de julio 2007, rcud. 513/2006).

3º) Principio de **compatibilidad** entre las diferentes vías de atención al accidente de trabajo, para lo que hay que recordar que el accidente de trabajo puede generar simultáneamente prestaciones sociales con las singularidades de las contingencias profesionales (ex arts. 115 a 117 de la Ley General de la Seguridad Social LGSS) - con o sin la concurrencia del juego ofrecido por las consecuencias legales del incumplimiento empresarial de las normas de prevención de riesgos laborales (art. 42.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales -LPRL - y 127.3 LGSS) - y el derecho a la indemnización por reparación del daño causado, derivado del incumplimiento contractual en los términos genéricos del art. 1101 de Código Civil. De ahí que la posible concurrencia de prestaciones e indemnizaciones haya suscitado el problema de la articulación entre todas las cantidades que se otorguen en favor del trabajador accidentado.

Por ello, las diferentes indemnizaciones son compatibles, pero **complementarias**, de forma que cabe que el perjudicado ejercite todas las acciones que le reconozca la ley para obtener el resarcimiento total (así, STS/4ª de 9 febrero 2005 - rcud. 5398/2003 -, 1 junio 2005 -rcud. 1613/2004-, y 24 abril 2006-rcud. 318/2005-, así como STS/4ª/Pleno 17 julio 2007 -rcud. 4367/2005 y 513/2006).

Cuando existe el derecho a varias indemnizaciones, las mismas se entienden **compatibles pero complementarias**, lo que supone que haya de deducirse del monto total de la indemnización lo que se hubiese cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto; con dos aclaraciones:

a) con ello se persigue tanto evitar el enriquecimiento injustificado del trabajador como

el de quien causó el daño o la posible aseguradora; y

b) la compensación de las diversas indemnizaciones solo puede ser efectuada entre conceptos homogéneos.

B) CLASES DE DAÑOS

1. Daño corporal que constituye las lesiones físicas y psíquicas del accidentado.

2. Daño moral o sufrimiento psíquico o espiritual derivado del accidente

3. Daños patrimoniales vinculados a los daños corporales

Pueden ser de dos **tipos**:

a) **Daño emergente**: como los gastos de asistencia sanitaria y farmacéutica soportados por el accidentado a consecuencia de las lesiones sufridas y los desembolsos efectuados por él y por sus familiares en transportes, hospedaje, manutención etc.,..., es decir la pérdida patrimonial directamente vinculada al hecho dañino;

b) **Lucro cesante**: consiste en el menoscabo patrimonial que representan los ingresos de todo tipo que se habrían podido obtener, incluidas las expectativas de promoción o mejora profesional, de no haberse producido el accidente, más allá de meras esperanzas imaginarias, dudosas y contingentes. Es decir, pérdida de ingresos y de expectativas laborales.

C) CRITERIO DE CUANTIFICACIÓN

Para su cuantificación se ha admitido como **criterio generalizado**, admitir la utilización de diversos criterios y, entre ellos, el del Baremo establecido por la Disp. Ad. 8 de la Ley 30/1995, que hoy se contiene en el RD Ley 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor, eso sí con una labor de acomodación a las características del accidente de trabajo, (STS 17-07-07; 20-10-08; 30-01-08; 3-10-07).

El régimen legal aplicable a un accidente es siempre el **vigente en el momento en que el siniestro se produce**. Se aplica, por tanto, el régimen jurídico vigente en el momento del accidente respecto al número de puntos que debe atribuirse a la lesión padecida y a los criterios valorativos (edad, trabajo, circunstancias perso-

nales y familiares, incapacidad, beneficiarios en los casos de muerte, etc.), de manera que, por aplicación del principio de irretroactividad, cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado (TS sala civil 17-4-07; 23-7-08).

Si embargo, respecto a cuál es el momento en que se debe determinar la valoración, es decir **cuál es el baremo aplicable**, los tribunales han optado por soluciones diversas:

1. Por un lado, consideran que se ha de aplicar **la fecha del alta definitiva**: puede ocurrir que la determinación definitiva de las lesiones o el número de días de baja del accidentado se tengan que determinar en un momento posterior; en consecuencia, la cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente debe efectuarse en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización (TS 30-1-08; TS sala civil 17-4-07; 23-7-08).

Si bien los importes del punto ha de **actualizarse a la fecha de la sentencia** con arreglo a las cuantías fijadas anualmente en forma reglamentaria, también es posible, cuando así se solicite en la demanda, aplicar **intereses moratorios** desde la fijación definitiva de las secuelas, aun cuando ambos sistemas - intereses/actualización- **son de imposible utilización simultánea**, y los intereses que median entre la consolidación de las secuelas y la reclamación judicial no son propiamente moratorios, sino más bien indemnizatorios (TS 23-6-14).

2. O bien el **baremo vigente a la fecha de la sentencia** (TS sala civil 2-7-08; TS 18-10-10; 30-3-15).

3. Para el supuesto de fallecimiento, se ha entendido aplicable al baremo vigente a la fecha del mismo.

D) CARGA DE LA PRUEBA

La determinación de los concretos daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pretende y su acreditación, en el caso de que la parte demandada niegue su existencia, corresponde al **trabajador** demandante o a sus **familiares** de acuerdo a las reglas generales en materia de distribución

de la carga de la prueba (LEC art.217.2). No basta por tanto con la mera afirmación de la existencia de daños y perjuicios, que no puede presumirse en base a meras hipótesis o conjeturas, ni alegar en abstracto su causación, sino que es preciso demostrar la realidad y alcance o extensión de aquellos cuya reparación se reclama.

E) CRITERIOS INDEMNIZATORIOS

Se parte de tres **reglas de valoración** de indemnizaciones según el daño producido:

1. Indemnizaciones por causa de muerte.
2. Indemnizaciones por secuelas.
3. Indemnizaciones por lesiones temporales.

A su vez, dentro de cada uno de estos tipos de daños se distinguen los siguientes tipos de **perjuicios**:

- perjuicio personal básico;
- perjuicio personal particular;
- perjuicio patrimonial.

Según los perjuicios sufridos, las indemnizaciones consisten:

1. Indemnización por **incapacidad temporal** (lesiones temporales) – Tabla V-. Para cuantificar esta indemnización hay que distinguir:

a) **Perjuicio personal básico**. Es el perjuicio común que se padece desde la fecha del accidente hasta el final del proceso curativo o hasta la estabilización de la lesión y su conversión en secuela, y se valora mediante la cantidad diaria establecida (tabla 3.A).

Estamos ante la indemnización del daño moral: Su determinación debe realizarse conforme a las previsiones de la Tabla V, en las cantidades respectivamente establecidas para los días de estancia hospitalaria, los improductivos para el trabajo y los días de baja no improductivos, [el alta laboral no necesariamente ha de implicar la sanidad absoluta].

Hacemos la matización respecto del modo de calcular la indemnización correspondiente a la baja por incapacidad temporal porque, inicialmente se había sostenido que, con excepción de los días en que se acredita hospitalización, el importe correspondiente al sufrimiento

psicofísico debía situarse en el valor que el Baremo fija para el día “impeditivo” (STS/4ª/Pleno de 17 julio 2007 -rcud. 513/2006 - y STS/4ª de 14 y 15 diciembre 2009 -rcud. 715/2009 y 3365/2008-), en la STS/4ª/Pleno de 30 junio 2010 (rcud. 4123/2008) si bien se reconsidera esta postura para entender que nada se opone a que, consecuencia del accidente de trabajo, el trabajador afectado sufra también daños morales más allá de su alta de incapacidad temporal -días “no improductivos”.

Calculados los daños morales con arreglo al Baremo, de tales cuantías **no cabe descontar** lo percibido por prestaciones de Seguridad Social, ni por el complemento de las mismas; y ello con independencia de que se tales prestaciones afecten a la situación de incapacidad temporal o a las lesiones permanentes.

b) **Perjuicio personal particular**. Se encuentran las siguientes circunstancias:

- pérdida temporal de calidad de vida: se compensa el perjuicio moral particular por el impedimento o la limitación que las lesiones sufridas o su tratamiento producen en su autonomía o desarrollo personal; puede ser muy grave, grave o moderado, mediante la cantidad diaria establecida (en la tabla 3.B), que incorpora ya el importe del perjuicio personal básico;

- intervenciones quirúrgicas: se indemniza con una cantidad situada entre el mínimo y el máximo establecido (en la tabla 3.B), en atención a las características de la operación, complejidad de la técnica quirúrgica y tipo de anestesia.

c) **Perjuicio patrimonial**, distinguiendo las categorías del daño emergente y del lucro cesante:

- daño emergente, que comprende: gastos de asistencia sanitaria, importe de las prótesis, órtesis, ayudas técnicas y productos de apoyo para la autonomía personal; gastos que la lesión produce en el desarrollo de la vida ordinaria del lesionado, en particular, los incrementos de los costes de movilidad del lesionado, los desplazamientos de familiares para atenderle y, en general, los necesarios para que queden atendidos él o los familiares menores o especialmente vulnerables de los que se ocupaba;

- lucro cesante: consiste en la pérdida o disminución temporal de ingresos netos provenientes del trabajo personal del lesionado; de las cantidades resultantes, se deducen las prestaciones de carácter público que perciba el lesionado.

Como criterios a tener en cuenta (STS 23 de junio de 2014 Rec 1257/2013)

1) Normalmente se cifra en la diferencia entre el salario real que se hubiera percibido de permanecer el trabajador en activo y las cantidades satisfechas por prestación;

2) También debe computarse -si es alegado y acreditado por la empresa para su descuento- el complemento de subsidio de IT establecido como mejora voluntaria;

3) Debe tenerse en cuenta en eventual incremento salarial que pueda establecerse por nuevo Convenio Colectivo aplicable durante el periodo de IT, recayendo la carga de la prueba de la actualización salarial al trabajador;

4) No son aplicables los “factores de corrección” por perjuicios económicos en atención a los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, pues ya se ha partido -a efectos del lucro cesante- del 100 por 100 de los salarios reales dejados de percibir;

5) La cifra así obtenida no puede compensarse con lo reconocido por otros conceptos, como daño emergente o moral.

2. Indemnización por incapacidad permanente (secuelas). Igualmente hay que distinguir:

a) **Perjuicio personal básico.** La determinación de las secuelas y de su gravedad e intensidad se realiza de acuerdo con el baremo médico (contenido en la tabla 2.A.1) con la relación de los perjuicios psicofísicos, orgánicos y sensoriales.

Las secuelas físicas [Tabla III].- Con la utilización del Baremo en su Tabla III, las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes [secuelas físicas] se determinan ya con inclusión de los daños morales, sin que su importe pueda ser objeto de compensación con las *prestaciones de Seguridad Social ya percibidas ni con mejoras voluntarias y/o recargo de prestaciones*, puesto que con su pago se compensa el *lucro cesante*, mientras que con aquél se **repara el daño físico causado por las secuelas y el daño moral consiguiente**.

b) **Perjuicio personal particular** (tabla 2.B). Comprende: perjuicio psicofísico, orgánico y sensoria; perjuicio estético; pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas que impiden o limitan su autonomía personal para reali-

zar las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o su desarrollo personal mediante actividades específicas; pérdida de calidad de vida de familiares de grandes lesionados; pérdida de feto a consecuencia del accidente.

c) **Perjuicio personal excepcional:** se indemniza con criterios de proporcionalidad, con un límite máximo de incremento del 25% de la indemnización por perjuicio personal básico.

d) **Perjuicio patrimonial** (tabla 2.C), distinguiendo las categorías del:

- daño emergente: previsibles de asistencia sanitaria futura; prótesis y órtesis; ayudas técnicas y productos de apoyo para la autonomía personal; adecuación de la vivienda; incremento de costes de movilidad; ayuda de tercera persona;

- lucro cesante.

La incapacidad permanente [Tabla IV] Lucro cesante, criterios:

1) Al cuantificar la indemnización por el lucro cesante que comporta la IP, deben **descontarse las prestaciones de la Seguridad Social**, que resarcen la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia y que se han financiado con cargo al empresario, así como las **mejoras voluntarias**, pero no el posible recargo de prestaciones, que tiene finalidad disuasorio/preventiva.

2) La regla general a seguir es, salvo prueba en contrario de perjuicios superiores, de equivalencia entre la prestación reconocida -a la que añadir en su caso la mejora voluntaria- y el lucro cesante, pero se excepcionan, entre otros, los casos de acreditada insuficiencia, tales como la IP fronteriza con el grado inmediatamente superior; los casos de dificultades de rehabilitación laboral por edad u otras singularidades que lleven a excluir posibilidades de trabajo meramente teóricas; y, los supuestos de pérdida de expectativas laborales constatables.

3) En estos supuestos de acreditado lucro cesante en cuantía superior [por no estar plenamente satisfecho con prestaciones y mejoras], el déficit de ingresos que por tal concepto sea atribuible a la IP necesariamente ha de capitalizarse, para así resarcir la pérdida económica vitalicia que la discapacidad comporta;

y 4) Si se presentan capitalizadas las prestaciones de Seguridad Social [con las mejoras,

en su caso], también ha de capitalizarse la pérdida de ingresos [teniendo en cuenta futuras posibilidades -reales- por nuevo empleo], caso en el que el lucro cesante, de existir, será la diferencia entre ambas capitalizaciones.

ii) El daño moral - El factor corrector de la Tabla IV [“incapacidad permanente para la ocupación habitual”] exclusivamente atiende al daño moral que supone -tratándose de un trabajador- la propia situación de IP, por lo que la indemnización que en tal apartado se fija ha de destinarse íntegramente -en la cuantía que el Tribunal determine, de entre el máximo y mínimo que al efecto se establece en ese apartado el Baremo- a reparar el indicado daño moral, sin que de tales cuantías quepa descontar lo percibido por prestaciones básicas o complementarias de seguridad social que lo que resarcen es el lucro cesante.

Por tanto como conclusión, plasmada en múltiples sentencias del Tribunal Supremo (Pleno) de 23 de junio de 2014, recurso 1257/2013, “calculados los daños morales con arreglo al Baremo, de tales cuantías no cabe descontar lo percibido por prestaciones de Seguridad Social.”; En STS 972/2018, 21 de noviembre de 2018 (rcud 3626/2016), “las cuantías que se fijan en el Baremo de Accidentes de Tráfico son imputables al daño moral y no pueden ser compensadas con las prestaciones de la Seguridad Social que atienden al lucro cesante.”

STS 1052/2021, 26 de octubre de 2021 (rcud 3956/2018), lo cobrado de la póliza de seguro contratada por la empresa para asegurar la contingencia de incapacidad permanente total por imposición del convenio colectivo no puede compensarse con el importe global de la indemnización sino solamente con la parte de la misma imputable al lucro cesante, explicando que con ello el convenio quería mejorar las prestaciones económicas de Seguridad Social y no otras que pudieran deberse a la responsabilidad civil de la empleadora”.que asimismo cita todas las anteriores sentencias, ha reiterado el criterio de la STS 244/2020, 12 de marzo de 2020 (rcud 1458/2017), en el sentido de que no procede el descuento de lo percibido en concepto de mejora voluntaria, fijada en el convenio colectivo.

4. Indemnización por muerte, que contiene tres apartados:

a) **Perjuicio personal básico** (tabla 1.A). Existen 5 categorías autónomas de perjudicados: el cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y los allegados.

b) **Perjuicios personales** particulares y excepcionales de cada perjudicado (tabla

1.B). En el caso del allegado el único perjuicio particular resarcible es, en su caso, el de su discapacidad física, intelectual y sensorial. Son perjuicios particulares: la convivencia con el fallecido, ser perjudicado único, fallecimiento del progenitor único, fallecimiento de ambos progenitores en el mismo, accidente, fallecimiento de embarazada con pérdida de feto.

c) **Perjuicios patrimoniales**, distinguiendo (tabla 1.C):

- daño emergente: se abonan con una cantidad fija sin necesidad de justificación los gastos razonables que cause el fallecimiento, como el desplazamiento, la manutención, el alojamiento y otros análogos; así como los gastos de traslado del fallecido, entierro y funeral conforme a los usos y costumbres del lugar donde se preste el servicio; así como los gastos de repatriación del fallecido al país de origen;

- lucro cesante: consiste en las pérdidas netas que sufren aquellos que dependían económicamente de los ingresos de la víctima y que por ello tienen la condición de perjudicados.

En conclusión el criterio de complementariedad de las prestaciones determina que, a efectos de fijar la indemnización adicional, deban descontarse del importe del daño total las prestaciones de la Seguridad Social; descuento del que, sin embargo, se excluye el recargo.

Si bien, teniendo en cuenta que el daño tiene distintos componentes -lesiones físicas y psíquicas, daños morales, daño económico emergente y lucro cesante- la coordinación de las distintas vías indemnizatorias debe hacerse con criterios de homogeneidad, por lo que, tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, solo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el lucro cesante; igualmente, las que se reconocen por la incapacidad temporal no pueden compensarse con las que se otorgan por la incapacidad permanente y viceversa

V. RESPONSABILIDAD CIVIL. INFLUENCIA ACTUACIÓN DEL TRABAJADOR

Además de las **prestaciones** públicas que procedan, en su caso, también puede reclamarse

al **empresario culpable** una **indemnización** por los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo o enfermedad profesional; responsabilidad adicional que tiene carácter complementario de las prestaciones de Seguridad Social.

Los principales **requisitos** de la responsabilidad civil por daños pueden reconducirse a los siguientes:

1. **Existencia de daños** al trabajador.

2. **Incumplimiento**, por acción u omisión, de obligaciones de seguridad, que puede consistir tanto en la infracción de cualquiera de las obligaciones específicas de seguridad como de la obligación general de garantizar la seguridad y la salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo, mediante la adopción de todas las medidas necesarias.

3. **Culpa o negligencia** empresarial. Ha de hallarse cierta culpa en el comportamiento empresarial, por lo que la responsabilidad queda excluida en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor o cuando concurra culpa exclusiva de la víctima. La exigencia culpabilística no lo es en su sentido clásico, porque, para que el empresario pueda enervar su posible responsabilidad por la deuda de seguridad, ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias (TS 23-6-14).

4. **Relación de causalidad** entre la conducta empresarial y el daño sufrido. Los daños ocasionados al trabajador tienen que tener su causa en la conducta empresarial. La conducta imprudente del trabajador puede romper el nexo causal si dicha conducta supone por sí misma causa eficiente para producir el resultado lesivo; de no ser así, la imprudencia del trabajador no elimina la responsabilidad empresarial, aunque puede quedar moderada por el principio de concurrencia de culpas.

El empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se ha producido por **fuerza mayor** o **caso fortuito**, por **negligencia** exclusiva no previsible del propio trabajador o por **culpa** exclusiva de terceros no evitable por el empresario, pero le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente (TSJ Cataluña 4-12-19); si bien la indemnización puede verse reducida cuando, en la producción del accidente, concurren cul-

pas de la empresa y del propio trabajador (TSJ Valladolid 24-2-20).

Los efectos que producen los actos del accidentado en la calificación de accidente varían en función del **tipo de imprudencia**:

1. **Imprudencia temeraria**: es el desprecio del instinto de conservación y patente menosprecio del riesgo (TSJ Cataluña 3-5-11); una falta de las más rudimentarias normas de criterio individual, una temeraria provocación o asunción de un riesgo innecesario, una imprudencia de tal gravedad que notoriamente revele la ausencia de la más elemental precaución (TSJ Asturias 16-10-18; TSJ Galicia 3-5-21).

Rompe el nexo causal y no se puede calificar el accidente como de trabajo.

2. **Imprudencia profesional**: es la derivada del ejercicio habitual de un trabajo o profesión y de la confianza que este inspira al accidentado, debido a una disminución del control consciente de su actuar, sustituido por un automatismo inconsciente (TSJ Sevilla

14-4-11; TSJ Málaga 11-7-18). Es exceso de confianza en la ejecución del trabajo y no tiene entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, no viéndose afectada la calificación de laboralidad del accidente (TSJ Cataluña 12-9-18; TSJ Aragón 13-5-11).

Por otro lado, la actuación del trabajador puede llegar a ser **dolosa**, entendiendo por tal los actos del accidentado voluntarios y conscientes, y los hechos que no guarden ninguna relación, directa o indirectamente, con el trabajo desarrollado por el trabajador. Lo que rompe el nexo causal y descalifica el accidente como de trabajo.

Se mantiene de modo expreso la **conexión causal** entre la lesión y el trabajo pese a la concurrencia de **culpa de la víctima**, cuando esa imprudencia puede calificarse y configurarse como imprudencia profesional; ya que el **empresario** tiene la obligación de librar al trabajador de sus propias imprudencias, de prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer (LPRL art.15.4), propias de quien realiza habitualmente una determinada actividad y se deja llevar por la confianza que da la experiencia. Por ello, está obligado a la adecuada **vigilancia** del cumplimiento de sus instrucciones, que deben tender no solo a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea o exige el servicio encomendado, sino también a

la prevención de las ordinarias imprudencias profesionales del mismo (TS cont-adm 22-10-82; 23-2-94; 2-7-96; TSJ Granada 12-11-14).

Porque, si bien la imprudencia profesional no destruye la presunción de laboralidad del accidente, se debe analizar si el accidente se hubiera evitado con la **adopción de medidas** por parte del empresario; medidas exigibles en función de la diligencia debida que hacen al riesgo previsible y evitable, aun en presencia de un comportamiento imprudente, por lo que puede tener lugar la imposición del recargo de prestaciones; o bien puede exonerar al empresario del pago del recargo de prestaciones para el supuesto de que observe o cumpla sus obligaciones informativas, formativas y preventivas, en general (TS 12-7-07; TSJ Madrid 25-5-15).

El Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 4 de julio de 2023, toma en consideración diversos criterios jurisprudenciales:

- la **imprudencia temeraria** es el patente y claro desprecio del riesgo y de la prudencia más elemental exigible;

- la imprudencia temeraria tiene diferente sentido en el **ámbito social**, en el que se ha de establecer la imputación de responsabilidad en las prestaciones de Seguridad Social que se han de abonar al trabajador, y en el campo **penal**, en el que se requiere una mayor intensidad en la conducta;

- la simple **infracción de las normas de tráfico** no implica, por sí sola, la aparición de una conducta imprudente calificada de temeraria, pues no todas ellas tienen el mismo alcance e intensidad, debiendo analizarse las circunstancias y la conducta del trabajador en cada caso concreto;

Ejemplos:

1) Existe **imprudencia temeraria**, por lo que el accidente no se califica como laboral: cuando el trabajador corre un riesgo innecesario que pone en peligro la vida o los bienes, conscientemente, o cuando el trabajador, consciente y voluntariamente, contraría las órdenes recibidas del patrono, o deja de guardar las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigidas a toda persona normal (TSJ Málaga 23-6-00; TSJ Cataluña 6-11-01).

Así, por ejemplo, cuando el trabajador encargado de los animales en una granja se cae al reparar a su iniciativa una gotera de una cubierta de placas de uralita utilizando una escalera manual, sin que el empresario le haya dado la orden y en su ausencia, sin experiencia previa y siendo tarea de otro trabajador (TSJ Galicia 3-5-21); cuando el trabajador peatón interrumpe súbita y antirreglamentaria en la calzada donde es atropellado (TSJ Las Palmas 26-4-11) o cruza una carretera con diversos carriles por un lugar no habilitado para el paso de peatones y es atropellado (TS 4-7-23); o cuando el propio accidentado, que contaba con formación y experiencia, era el encargado de velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad (TSJ Murcia 14-2-11); o cuando retira los mecanismos de protección de la máquina que lleva utilizando desde hace años, contando con experiencia y formación adecuadas (TSJ Galicia 30-6-20).

Y **no** puede considerarse la existencia de **imprudencia temeraria** cuando el trabajador no ha recibido formación con relación a las tareas encomendadas (TSJ Cataluña 2-6-11); se han infringido medidas de seguridad (TSJ Sevilla 30-6-11); o se aprecia una evidente culpa in vigilando por parte del empresario (TSJ Galicia 12-4-11).

2) Son supuestos de **imprudencia profesional** que no descalifica el accidente como de trabajo la incorrecta utilización del equipo de trabajo motivada por la falta de formación del trabajador en prevención de riesgos (TSJ Cataluña 19-7-11); el subirse al tejado para realizar un trabajo y caer por una claraboya (TSJ Cataluña 19-9-18).

3) Se considera dolo, por lo que no es accidente de trabajo: el **suicidio** (TSJ Sevilla 30-3-00); si no se ha establecido con claridad la existencia de un nexo entre el acto del suicidio y el estrés derivado de la problemática laboral, aunque se produzca en tiempo y lugar de trabajo (TSJ Cataluña 3-11-00; 21-1-03). Por contra, merece la calificación de accidente de trabajo si el trastorno mental del que derivó el suicidio se debió a alguna causa relacionada con el trabajo (TS 25-9-07; TSJ Valladolid 10-6-03; TSJ Galicia 25-1-12); como al estrés laboral (TSJ Madrid 31-3-08; TSJ Cataluña 18-5-07); o a la conflictividad laboral derivada de su participación en una huelga (TS 4-12-12).

El contrato de seguro en el transporte de mercancías

Noemí Ferré Manchón
Abogada

SUMARIO

- I. EL CONTRATO DE SEGURO Y LOS RIESGOS DEL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS TERRESTRE Y MARÍTIMO
- II. LOS INCOTERMS 2020 Y EL SEGURO EN CONDICIONES CIF Y CIP
- III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL TRANSPORTE
- IV. EL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS PELIGROSAS Y EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MEDIOAMBIENTAL
- V. CONCLUSIONES
- VI. BIBLIOGRAFÍA

I. EL CONTRATO DE SEGURO Y LOS RIESGOS DEL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS EN TRANSPORTE TERRESTRE Y MARÍTIMO

En el ámbito del transporte son posibles dos modalidades de seguros, en función del objeto asegurado. Es muy importante hacer esta distinción ya que en la práctica existe mucha confusión entre ambas.

1.- Seguros contra daños materiales: Cubren el interés del propietario, cargador o destinatario de las mercancías, frente al riesgo derivado de la pérdida o deterioro que puedan sufrir durante el proceso de transporte.

De entre ellos, cabe destacar los dos tipos de seguro objeto de este artículo:

a) SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE:

El art. 54 LCS establece que: *“El asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos por la Ley y en el contrato, a indemnizar los daños materiales que puedan sufrir con ocasión o consecuencia del transporte las mercancías porteadas (seguro de mercancías), el medio utilizado u otros objetos asegurados”*.

Por tanto, el objeto asegurado pueden ser todas aquellas mercancías (también denominadas en transporte como *“bultos”* y que pueden ser objetos, cosas, animales o semovientes, bienes estáticos o fijos, bienes movibles, tangibles, materiales, consumibles o no, alimentos frescos o perecederos) que el cargador pone a disposición del transportista para que puedan ser trasladadas de un lugar a otro (origen/destino) y que puedan ser susceptibles de sufrir daños materiales con ocasión o consecuencia de este transporte.

La Audiencia Provincial de Burgos en su Sentencia nº1004/2010, de 09 de julio de 2010 (ECLI:ES:APBU:2010:1004) define, en principio, como *bienes asegurados* en un Seguro de Transporte Terrestre, *“como aquellos objetos o cosas transportadas que el cargador pone a disposición del transportista para su traslado de un lugar a otro, a cambio de un precio determinado o porte, de modo que el concepto de mercancía transportada no equivale ni se identifica con el de mercadería (cualquier cosa mueble vendible, u objeto de trato o venta), aunque sea próximo sino de todo aquello que teniendo un valor económico es susceptible de ser transportado. Incluso los contenedores, desde el criterio de la parte apelante pueden ser, en sí mismos, mercancías susceptibles de ser transportadas, como*

tales y único objeto de transporte”. Así mismo, son objeto de cobertura el vehículo o el medio de transporte utilizado, así como otros objetos asegurados.

La cobertura del seguro (art. 59 LCS) comprenderá el depósito transitorio de las mercancías y la inmovilización del vehículo o su cambio durante el viaje cuando se deban a incidencias propias del transporte asegurado y no hayan sido causadas por alguno de los acontecimientos excluidos del seguro; la póliza podrá establecer un plazo máximo de reanudación del transporte.

En consecuencia, el seguro de transporte terrestre de mercancías es un seguro de daños y, por tanto, no quedan cubiertos por dicho seguro ni la responsabilidad civil, ni los daños personales, ni los perjuicios o lucro cesante que deberán ser objeto de seguro diferente.

Pese a que los seguros de transporte de mercancías parten del principio de universalidad del riesgo, como se desprende del art. 54 de la LCS, antes mencionado, cubriendo todos los riesgos inherentes a dicha actividad, sin ninguna otra precisión y con independencia de la naturaleza del siniestro acaecido, salvo aquellos expresamente excluidos (art. 57.2 de la LCS - *el asegurador no responderá por el daño debido a la naturaleza intrínseca o vicios propios de las mercancías transportadas*) o delimitados temporalmente (art.58 de la LCS- *la cobertura del seguro comienza desde que se entregan las mercancías al porteador para su transporte en el punto de partida del viaje asegurado y terminará cuando se entreguen al destinatario en el punto de destino siempre que la entrega se realice dentro del plazo previsto en la póliza*) y espacialmente (art.107.1.a) de la LCS- *realización del transporte dentro de territorio nacional*); en la práctica, este principio entra en jaque.

El mercado asegurador, a lo largo de los años y a tenor de la alta siniestralidad en el sector del transporte, ha ido incorporando en los condicionados de las pólizas, que comercializa como seguros *“a todo riesgo”*, cláusulas que excluyen, amplían o matizan las coberturas de la póliza (como son, por citar algunas de las más controvertidas y objeto de Jurisprudencia: las cláusulas de robo/estacionamiento/vigilancia; carga y descarga; mala estiba, entre otras).

Para analizar el alcance y los efectos de las cláusulas incorporadas al contrato de seguro, es preciso distinguir, según lo estipulado en el art.3 de la LCS, si estamos ante una cláusula delimita-



dora de la cobertura o una cláusula limitativa de los derechos del asegurado que deberá ser destacada de modo especial y específicamente aceptada por escrito; tema que ha sido muy controvertido y objeto de numerosas sentencias y artículos doctrinales.

Si bien, es cierto que desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas es aparentemente sencilla pues podemos definir a las primeras como aquellas que concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos, que en caso de producirse, hacen surgir al asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto de seguro y, a las segundas, como aquellas que restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que se ha producido el riesgo objeto de seguro; en la práctica es evidente que existe una gran dificultad para diferenciar ambas cláusulas pues las fronteras entre ambas no son claras e incluso hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos de los asegurados.

Brevemente, expondremos cuál ha sido la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a este tipo de cláusulas y, especialmente, en el ámbito del seguro del transporte de mercancías por carretera, escogiendo para tal fin la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº3415/2020, de 22 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3415), Ponente: Pedro José Vela Torres, que recoge la doctrina de la Sala al respecto¹.

En esta sentencia, se plantea nuevamente una controversia generada por una cláusula muy parecida a las ya analizadas con anterioridad por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en las sentencias siguientes:

-STS nº 1662/2016, de 22 de abril de 2016, Ponente: Pedro José Vela Torres (ECLI:ES:TS:2016:1662) analizaba si las operaciones de carga y descarga se incluían dentro

¹ López García de la Serrana, Javier, “Seguro de transporte terrestre de mercancías. Se considera cláusula limitativa aquella que establece las condiciones necesarias para evitar la sustracción de la carga”, Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2020. Ponente: Pedro José Vela Torres. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro. Año 56 nº11. Diciembre 2020. Págs. 46 a 52.



de la actividad de transporte y si la exclusión de cobertura de los daños ocasionados en tales operaciones era una cláusula delimitadora del riesgo o una cláusula limitativa de los derechos de la asegurada. En este caso, en primer lugar, se consideró que las operaciones de carga y descarga, sin ser transporte propiamente dicho, se enmarcan en él, facilitando y procurando su realización por lo que pueden considerarse como actividades conexas o complementarias adecuadas a la ejecución del transporte y, en segundo lugar, se calificó la cláusula controvertida como limitativa de los derechos del asegurado pues la exclusión de la cobertura de seguro de transporte a los daños producidos a la mercancía transportada en la descarga no era algo que pudiera esperarse o considerarse usual o normalmente derivado de aquellas cláusulas particulares o especiales, verdaderamente conocidas por la asegurada. Y menos cuando en aquellas quedaba suficientemente claro el objeto del seguro, las garantías y el compromiso asumido por la compañía en el plano indemnizatorio para el caso de ocurrir el evento cuyo riesgo era objeto de cobertura.

-STS nº3800/2017, de 07 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS: 2017:3800), Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno, que analizaba una

cláusula de robo por el que se garantizaban las pérdidas causadas por robo o tentativa de robo, pero que seguidamente establecía que no serían a cargo del asegurador las reclamaciones de robo cuando el medio de transporte, contenedor o carga fuesen estacionados sin la 'debidamente vigilancia'. En esta sentencia, se consideró que las cláusulas que desarrollaban el concepto de "debida vigilancia" limitaban y modificaban los derechos del asegurado.

Volviendo a la STS nº3415/2020, de 22 de octubre de 2020, la cláusula controvertida en el contrato de seguro de transportes de mercancía tenía el siguiente redactado: "*B.1. Robo cuando el vehículo porteador y/o su carga hayan sido dejados sin la debida vigilancia. A los efectos anteriores, por «debida vigilancia» se entenderá: 1. En cuanto al vehículo en sí mismo, que se encuentre completamente cerrado y en funcionamiento y uso todos los dispositivos de cierre, alarma y bloqueo de que disponga. 2. En cuanto a su situación, que se no encuentre en calles o zonas solitarias o mal iluminadas. Adicionalmente y desde las 20.00 horas hasta las 8.00 horas, el vehículo deberá permanecer en un estacionamiento vigilado, garaje o edificio completamente cerrado o recinto de construcción sólida y cerrada con llave; en caso de imposibilidad pro-*

bada de cumplimiento de lo anterior, el asegurado deberá tomar todas las medidas a su alcance para evitar el riesgo de robo estacionando el vehículo junto a otros camiones en zonas ampliamente iluminadas y colindantes con establecimientos abiertos las 24 horas del día, debiendo el conductor, además y en todo caso, pernoctar en el interior del vehículo. No se considerará que el vehículo cuenta con la debida vigilancia cuando el mismo permanezca estacionado en polígonos industriales o proximidades de almacenes de entrega de 20.00 a 8.00 de lunes a sábados o a cualquier hora del día durante domingos y festivos”.

En primera y segunda instancia, se desestimó la demanda del asegurado por entenderse que la cláusula en cuestión no era limitativa, sino delimitadora del riesgo, a los efectos del art. 3 de la LCS. El recurrente, sin embargo, adujo que la cláusula que establece las condiciones en que debía encontrarse el camión para evitar sustracciones de la carga tiene la condición de limitativa y no de meramente delimitadora del riesgo. En particular, que el seguro de transporte se caracteriza por el principio de universalidad del riesgo, como se desprende del art. 54 de la Ley de Contrato de Seguro, que configura como riesgo asegurado los daños que puedan sufrirse «con ocasión o consecuencia del transporte», sin ninguna otra precisión y con independencia de la específica naturaleza del siniestro acaecido. Por tanto, la cláusula únicamente puede ser limitativa de derechos y nunca delimitadora del riesgo.

Planteado de esta forma el recurso, la Sala pasa a analizar la distinción entre las cláusulas de delimitación de cobertura y las cláusulas limitativas en el contrato de seguro, haciendo mención a la Sentencia nº853/2006, de 11 de septiembre, que sienta una Doctrina, recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de esta Sala (sentencias núms. 1051/2007, de 17 de octubre; y 598/2011, de 20 de julio), según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo las que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan lo siguiente: a) qué riesgos constituyen dicho objeto; b) en qué cuantía; c) durante qué plazo, y d) en qué ámbito temporal. Se trata, pues —como advierte la Sala en la Sentencia núm. 273/2016, de 22 de abril—, de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, de eliminar ambigüedades y de concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo de forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de ma-

nera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes).

La Jurisprudencia de esta Sala ha determinado, de forma práctica, el concepto de ‘cláusula limitativa’, referenciándolo al contenido natural del contrato, en relación con el alcance típico o usual que corresponde a su objeto, con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora (sentencias 273/2016, de 22 de abril; 58/2019, de 29 de enero; 609/2019, de 14 de noviembre, y 421/2020, de 14 de julio).

Partiendo de la Doctrina anterior hay que acudir al art.54 de la Ley de Contrato de Seguro que establece lo siguiente: «*Por el seguro de transporte terrestre el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos por la ley y en el contrato, a indemnizar los daños materiales que puedan sufrir con ocasión o consecuencia del transporte las mercancías porteadas, el medio utilizado u otros objetos asegurados*».

Más allá de disquisiciones teóricas sobre si este precepto —en relación con el art. 57 de la ley mencionada, que habla de «lo convenido en el contrato de seguro»— obedece al principio de universalidad de los riesgos o más bien a un principio de pluralidad, lo importante es que el seguro de transportes terrestres cubre los daños producidos en las mercancías con ocasión o consecuencia del transporte.

Las menciones que se hacen de la ley o del contrato no significan que las cláusulas de definición del riesgo sean per se delimitadoras, puesto que solamente recogen un presupuesto que ya figura en el art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro y en otros muchos preceptos de la Ley: si no hay previsión legal o contractual, no puede haber cobertura.

En este punto, la Sentencia recuerda que el Tribunal ya se ha pronunciado sobre la calificación de cláusulas como la litigiosa, en relación con una estipulación muy parecida a la que ahora nos ocupa, en la Sentencia 590/2017, de 7 de noviembre, en la que se declara: «... *la cláusula objeto de la litis no puede ser calificada como una cláusula delimitadora del riesgo, dado que su contenido, interpretado de forma sistemática, no se ajusta a la naturaleza y función de esas cláusulas, esto es, no trata de individualizar el riesgo por robo de la mercancía y de establecer su base objetiva. Por el contrario, el criterio que incorpora, de un modo determinante [“estacionamiento en espacios o recintos, sin la debida vigilancia”], fuera de establecer o definir la base objetiva del riesgo, viene a limitar la cobertura*

inicialmente pactada con establecimiento de una reglamentación que se aparta del contenido natural del contrato celebrado, y de lo que puede considerarse usual o derivado de las cláusulas introductorias o particulares (entre otras, STS 273/2016, de 22 de abril)».

La propia regulación del contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías establece una serie de exclusiones y delimitaciones materiales, temporales o espaciales: daño debido a la naturaleza intrínseca o vicios propios de las mercancías transportadas (art. 57.2 LCS); realización del viaje dentro del plazo (art. 58 LCS); realización del transporte dentro del territorio nacional (art. 107.1.a LCS). Estas delimitaciones legales, junto con el propósito intrínseco de esta modalidad de seguro de indemnizar los daños materiales que puedan sufrir las mercancías porteadas con ocasión o consecuencia del transporte, configuran su contenido natural, mientras que el resto de las limitaciones, que suelen ser transcripciones más o menos literales y extensas de formularios nacionales o internacionales (en este caso, según la propia póliza, de las Institute Cargo Clauses, del Instituto de Aseguradores de Londres), suponen la introducción de exclusiones que van más allá del contenido natural del contrato y, por tanto, son cláusulas limitativas, en el sentido y con los efectos previstos en el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro, tal y como la Sala ya afirmó en la antes citada Sentencia nº590/2017, de 7 de noviembre.

En consecuencia, la Sala concluye que una cláusula como la litigiosa que establecía una serie de condicionantes a la cobertura del riesgo (lugares y horarios de estacionamiento, recinto cerrado con llave, vigilancia, etc.) para el caso de robo de la mercancía, es una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, y no meramente delimitadora.

Como declaró la Sentencia nº661/2019, de 12 de diciembre: «(...) cuando una determinada cobertura de un siniestro es objetiva y razonablemente esperada por el asegurado, por constituir prestación natural de la modalidad de seguro concertado, es preciso que la restricción preestablecida cuente con la garantía adicional de conocimiento que implica el régimen de las cláusulas limitativas, por lo que la eficacia contractual de las condiciones sorpresivas queda condicionada a las exigencias del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro».

En base a todo lo expuesto, la Sala estima el primer motivo de casación y sin necesidad de examinar el segundo (que, por lo demás, resul-

taba inadmisibile, al no citar la norma sustantiva infringida), anula la sentencia recurrida y asume la instancia a fin de resolver el recurso de apelación, y como quiera que la cláusula en la que se amparó la aseguradora para denegar la indemnización no fue expresamente aceptada y firmada por el tomador/asegurado, es nula e inoponible al mismo, a tenor del art. 3 LCS.

En consecuencia, estima el recurso de apelación del demandante y con él, la demanda, a fin de condenar a la Compañía Aseguradora al pago del importe de la mercancía sustraída de conformidad con lo previsto en los arts. 1 y 54 LCS. Dicha indemnización devengará los intereses previstos en el art. 20 LCS.

Por tanto, esta doctrina del Tribunal Supremo recomienda una revisión pormenorizada de este tipo de pólizas de seguro de mercancías y de aquellas cláusulas que, aunque asentadas en el mercado, puedan interpretarse como limitativas de los derechos del asegurado bajo este criterio; siendo recomendable que las compañías aseguradoras destacaran de modo especial este tipo de cláusulas y fueran específicamente aceptadas por escrito por el asegurado; formalidades previstas en el art. 3 de la LCS que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto.

b) EL SEGURO MARÍTIMO DE MERCANCÍAS

El seguro marítimo es el seguro por antonomasia. Precisamente se considera que el *contrato de seguro* como tal se originó en la Europa mediterránea de la Edad media con la actividad del transporte marítimo y la necesidad de cubrir los posibles daños que afectaban tanto al buque como a la carga; dando así lugar a la frase de autor desconocido *“El seguro se bautizó con agua de mar”*, que recoge, en síntesis, toda su esencia.

El art. 406 de la LNM dispone que *“están sujetos a esta ley, los contratos de seguro que tienen por objeto indemnizar los daños producidos por los riesgos propios de la navegación marítima”*.

En definitiva, los seguros marítimos cubren los daños que se producen como consecuencia de la navegación; de los riesgos propios de la navegación. No se refiere exclusivamente al viaje del buque, sino que se extiende a las fases terrestre, anterior y posterior al mismo, que tengan una dependencia directa con la navegación.



La Ley de Navegación Marítima regula diferentes tipos seguros en el ámbito de la actividad marítima, pero en este artículo, sólo nos centraremos en el seguro marítimo de mercancías o conocido también como “*seguro de cargamento*” o “*seguro de facultades*”.

Este seguro se encuentra ampliamente regulado en los arts. 453 a 462 de la mencionada Ley y su finalidad es dar cobertura a los riesgos o peligros a los cuales se encuentra expuesto el objeto asegurado. Estos riesgos o peligros son muy variados, como muy diversas pueden ser las consecuencias de los mismos. A modo de ejemplo, podemos nombrar:

- Peligros propios o inherentes al medio de transporte (nafragio, colisión, incendio, varada, temporal, entre otros).
- Accidentes diversos (sobvenidos durante las operaciones de carga y/o descarga, falta de entrega, entre otros).
- Interferencias de actos del hombre (robo, saqueo, piratería, negligencias, entre otros).
- Riesgos específicos (herrumbre y oxidación, derrames, roturas, entre otros).
- Riesgos políticos y sociales (huelgas, motines, guerras, entre otros).

En consecuencia, al igual que ocurre en el seguro de transporte terrestre de mercancías, opera el principio de universalidad del riesgo.

Pese a que el seguro marítimo viene siendo regulado por la propia legislación de cada país, éste está fuertemente influenciado por las prácticas y regulaciones inglesas. Nuestra actual Ley de Navegación Marítima es una buena muestra. Ello se traduce en que, en el mercado asegurador español, las pólizas de seguro marítimo de mercancías que habitualmente se comercializan contienen condiciones españolas (condiciones generales) que se inspiran en los preceptos contenidos en la Ley del Contrato de Seguro.

Los riesgos que cubre son similares a los contemplados por las “Institute Cargo Clauses “C” y garantizan los riesgos que a continuación se mencionarán dependiendo de si las cargas están ubicadas bajo cubierta (en bodega) o sobre cubierta:

-Riesgos cubiertos cuando la carga está bajo cubierta: pérdida total, gastos de salvamento, contribución a la avería gruesa, avería particular por incendio, naufragio, varada o abordaje.

Riesgos cubiertos bajo cubierta cuando expresamente se declaren en póliza: pérdida total debida a pérdida del buque, contribución a

la avería gruesa, arrastre por olas y echazón deliberada.

Las principales exclusiones son: el apresamiento, el secuestro, el embargo, así como los perjuicios que precedan de contrabando o de incumplimiento de leyes, los riesgos procedentes de guerras, huelgas sabotajes, hurto, robo y falta de entrega total o parcial de bultos completos, pérdidas y gastos que resulten de faltas de peso, retraso en la expedición, fermentación, germinación, entre otros, derivados de la naturaleza o vicios propios de las cosas.

Y, dado que hoy en día ya no se diferencia entre “*mercancía sobre cubierta*” o “*bajo cubierta/bodega*” porque la mercancía suele viajar contenerizada en buques portacontenedores, estas condiciones generales se amplían y/o complementan con las condiciones inglesas denominadas “*Institute Cargo Clauses (I.C.C)*” que operarían como Condiciones Especiales y que no sólo cubrirían los daños debidos a cualquier accidente de la mar sino que también garantizarían otros riesgos hasta alcanzar una cobertura “*todo riesgo*” satisfaciendo con ello, las exigencias actuales del comercio internacional y las necesidades del cargador, asegurador o beneficiario del seguro.

En definitiva, si comparamos las condiciones inglesas con las condiciones españolas, las primeras son más simples y claras. Tienen una cobertura más amplia en garantías y tiempo puesto que la cobertura abarca desde el almacén del suministrador hasta el del comprador u otro designado al efecto en la póliza mientras que las condiciones españolas, tiene una cober-

tura más limitada ya que solo abarcan de muelle a muelle (aunque el art.454 de la LNM prevé que se pueda ampliar la cobertura con la cláusula de “*almacén a almacén*”). Resumiendo, en una sola frase, las condiciones inglesas son aquellas que integran un cuerpo normativo que define el riesgo cubierto por contraposición con los riesgos excluidos.

Como indica, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº2/2015, de 9 de enero de 2015, (ECLI:ES: APB:2015:2), Ponente: Juan Francisco Garnica Martín, las Institute Cargo Clauses han desempeñado un papel muy relevante en el caso del seguro marítimo, como instrumento para lograr una pacífica y razonable unificación en las coberturas asegurativas que amparaban los riesgos que afectaban a las mercaderías transportadas por mar. Además, precisa, que el texto actualmente vigente de las mismas que entró en vigor en 2009 y, que fue consecuencia de un proceso de revisión del texto de las anteriores, intenta incorporar la experiencia derivada de la jurisprudencia emanada de la aplicación.

Las condiciones inglesas contienen diversas modalidades de cobertura según sea menor o mayor la amplitud de riesgos cubiertos según sea el nivel: “A”, “B” y “C”²:

- **Las Institute Cargo Clauses “A”-ICCA:** Se podrían denominar como un seguro a “*todo riesgo*”. Cubren todos los riesgos posibles menos los incluidos en las cláusulas de ex-

² Montori Díez, Agustín con la colaboración de Escribano, Carlos y Cuartero, José Manuel. “*Manual de Transporte Marítimo*”. Editorial.Ateia-Olt Barcelona. Págs. 46 a 51



cepciones. Algunos de los riesgos excluidos, a modo enunciativo, serían la conducta dolosa del asegurado, pérdidas, derrames, demoras, vicio propio o naturaleza intrínseca de la cosa, guerras, huelgas, terrorismos, operaciones de carga o descarga, entre otros, siempre que se exprese correctamente en la definición del objeto de cobertura.

- **Las Institute Cargo Clauses “B”-ICCB:** Ofrecen una cobertura intermedia. Los riesgos cubiertos que se contemplan: incendio o explosión, hundimiento, varada, embarrancada del buque porteador, vuelco o descarrilamiento del medio terrestre, abordaje, colisión, descarga de mercancías en puertos de arribada, terremoto, erupciones volcánicas y rayo, echazón y arrastre por las olas, mojadura, pérdida total de bultos en operaciones de carga o descarga, siempre que se exprese correctamente en la definición del objeto de cobertura.
- **Las Institute Cargo Clauses “C”- ICC:** La cobertura que se garantiza es la más básica, equivalen a las Condiciones Generales de la póliza española extendiendo su entrega en el almacén del receptor o hasta un periodo de 60 días después de la descarga, lo primero que acontezca.

Los riesgos cubiertos son los mismos que para las Institute Cargo Clauses “B” excepto la entrada de agua en bodega del buque y los daños producidos a la mercancía durante las operaciones de carga y descarga. Al igual que en las ICCB, los riesgos excluidos son los mismos.

Atendiendo a la tipología de mercancías que se transporten, a la situación política y social del país de origen y/o destino y a las necesidades del cargador, asegurador o beneficiario del seguro, estos niveles de cobertura pueden complementarse con otras cláusulas que tam-

bién suelen incluirse en las pólizas españolas como son:

- Las Institute War Clauses (Cargo) para cobertura de riesgos de guerra y en donde el transporte terrestre no queda cubierto.
- Las Institute Strike Clauses (Cargo) para cobertura de riesgos de huelga y terrorismo.
- Las Institute Coal Clauses para transporte de carbón.
- Las Institute Frozen Meat Clauses para el transporte de carne congelada.
- Las Institute Frozen Food Clauses (A) para alimentos congelados excluyendo la carne congelada al tener sus propias coberturas con las condiciones anteriores.
- Las Institute FOSFA Trade Clauses para el transporte de aceites, semillas y grasas.
- Las Institute Bull Oil Clauses para el transporte de hidrocarburos a granel.

En los tres casos (A, B y C), se excluye el dolo del asegurado, pérdidas naturales de peso o volumen, embalaje y acondicionamiento inadecuados, desgaste, demora, insolvencia, vicio propio, radioactividad, riesgos comerciales, guerra o huelga (en estos dos últimos se pueden suscribir en pólizas adicionales como hemos visto anteriormente. En ningún caso, el seguro de transporte marítimo cubre las demoras del transportista internacional³.

Véanse todas las coberturas anteriormente explicadas, resumidas en el siguiente cuadro⁴:

Riesgos	Cláusula A	Cláusula B	Cláusula C	Cláusula de guerra	Cláusula de huelga
Fuego o explosión	✓	✓	✓	✗	✗
Encallamiento, naufragio, zozobra	✓	✓	✓	✗	✗
Volvamiento, encallamiento del vehículo terrestre	✓	✓	✓	✗	✗
Abordaje, choque del buque o del vehículo de transporte	✓	✓	✓	✗	✗
Descarga de la carga en un puerto de refugio	✓	✓	✓	✗	✗
Tembor de tierra, erupción volcánica, rayos	✓	✓	✗	✗	✗
Sacrificio por avería común	✓	✓	✓	✗	✗
Lanzamiento al mar	✓	✓	✓	✗	✗
Arrastados por el mar	✓	✓	✗	✗	✗
Entrada de agua de mar, de lago o de río	✓	✓	✗	✗	✗
Pérdida total de bultos durante los manipulados	✓	✓	✗	✗	✗
Medidas preventivas	✓	✓	✓	✗	✗
Robo, saqueo	✓	✗	✗	✗	✗
Daños por condensación o debido al calor	✓	✗	✗	✗	✗
Manchas por contacto con otras mercancías	✓	✗	✗	✗	✗
Derrames	✓	✗	✗	✗	✗
Roturas y averías particulares	✓	✗	✗	✗	✗

³ Veiga Copo, Abel.B “*Tratado del Contrato de Seguro. Seguros Aéreos y Seguros Marítimos*”. Tomo III.Vol.II. Editorial Aranzadi 2022. Octava Edición. Pág.473.

⁴ Arola, Ramón Aparicio “*Claves del Seguro del transporte de Mercancías*” 10.03.2020.

2.- Seguros contra daños patrimoniales:

Tienen como objetivo proteger el patrimonio material de las empresas y garantizar la continuidad de negocio en caso de siniestro.

Dentro de la actividad empresarial del transporte, hay que destacar la vital importancia de los siguientes seguros:

- SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL:

Este tipo de seguro, regulado por los arts. 73 a 76 de la LCS, será abordado con mayor profundidad en el punto III de este artículo dada la importancia del mismo. Cubre el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero de los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho. Por tanto, su objetivo es salvaguardar el patrimonio del asegurado.

En el mundo del transporte, las reclamaciones más habituales que reciben los transitarios y los transportistas, a diario, por parte de los clientes y/o destinatarios de las mercancías son las relacionadas con los daños, pérdidas o retrasos sufridos durante su transporte. Sin embargo, como veremos en el punto III, el seguro de responsabilidad civil, tanto en el transporte terrestre como en el transporte marítimo, sólo responderá hasta el límite de la responsabilidad legal que, en cada caso, se determine para el responsable del siniestro y que no puede exceder de los límites marcados por Ley, ya sea nacional y/o internacional.

- **SEGURO DE CRÉDITO:** Se encuentra regulado en el art. 69 de la LCS. El asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores. En la práctica, constituye una herramienta de gestión de clientes e impagados para evitar el riesgo comercial.

- **SEGURO DE FLETE Y SEGURO BENEFICIO ESPERADO:** Se encuentran mencionados en la LNM, pero no son objeto de regulación concreta, como lo son otras modalidades de seguros. Ambos tipos suelen estar incluidos en los seguros de mercancías.

El seguro de flete (art. 409 y 411 de la LNM) es el seguro cubre el riesgo de pérdida del derecho del porteador a cobrar el flete. El flete es el precio del transporte de la mercancía convenido por las partes desde el momento en que la

toma bajo su cargo el transportista (carrier/porteador) hasta que la entrega al receptor designado en las condiciones pactadas. Por tanto, el flete y su valor variará en función del momento en que dicho transportista se haga cargo y se responsabilice de las mercancías (a la hora de establecer el precio deberá tener en cuenta los gastos de movimiento de esta mercancía que deberán ser soportados por él y contemplarlos en el precio de flete ya que deberá tenerse en cuenta tanto la naturaleza como el valor de la mercancía) y en el momento en que las entrega y deja de responsabilizarse.

El seguro del beneficio esperado (art. 454.2 LNM) cubre el interés relativo al lucro o ganancia que espera obtener el asegurado con la llegada a buen puerto de las mercancías, deducidos los gastos de transporte y del seguro. Aunque se rige y prevalece lo pactado por las partes, la Ley exige que la póliza especifique el beneficio que espera obtener el asegurado, añadiéndolo al valor de las mercancías y, si quiere obtener más del diez por ciento, debe declararlo expresamente en la póliza o en el certificado de seguro. El siniestro consiste en la pérdida, la disminución del valor pactado respecto al precio que efectivamente tuvieron las mercancías en destino por alguno de los riesgos objeto de la cobertura.

II. LOS INCOTERMS 2020 Y EL SEGURO EN CONDICIONES CIF Y CIP

A lo largo de la historia, comprar y vender mercancías en el sistema de comercio internacional a menudo ha resultado ser una tarea complicada no exenta de riesgos. La tradición del derecho es redactar contratos muy complejos y extensos que resultan del todo inadecuados en el comercio internacional ya que dichos contratos pueden dar lugar a variadas interpretaciones. Si a este punto, le añadimos la falta de una legislación común a la totalidad de comerciantes en todo el mundo o al choque de las distintas legislaciones nacionales en la materia, nos encontramos con un polvorín al cual los comerciantes debían dar una rápida respuesta con el objetivo de garantizar la estabilidad en sus actividades empresariales. Es por dicho motivo que, para ayudar y promover las importaciones y exportaciones comerciales e intentar simplificar las mismas, entre otros objetivos, se fundó la Cámara Internacional de Comercio de París (CIC) en el año 1919 que instauró los Términos de Comercio Internacional (Incoterms) que recopilan y definen las prácticas estandarizadas y costumbres del comercio internacional, así como los medios de transporte utilizados.

Las reglas Incoterms, son unas cláusulas-tipo, reconocidas internacionalmente que definen los derechos y obligaciones entre comprador y vendedor y establecen cómo se asignarán los costes y riesgos entre las distintas partes en la compraventa internacional de mercancías, sólo citando la denominación de la cláusula por su abreviatura entre letras, seguido del punto geográfico de transmisión de esas obligaciones y seguido de las siglas de la Cámara (CCI ó ICC, según se indique en francés o inglés) y seguido del año de promulgación de las cláusulas. Para GUARDIOLA, SACARRERA, E, los INCOTERMS® *“son reglas que determinan la distribución de los gastos, las obligaciones documentales y la transmisión de los riesgos entre las dos partes que intervienen en un contrato de compraventa internacional”*⁵.

Desde la primera publicación de estas reglas en 1936, la CIC las ha mantenido y ha publicado nuevas versiones cada diez años (en 1945, 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000, 2010 y 2020) para adaptarse a las nuevas necesidades del comercio internacional que se ha ido desarrollando a lo largo de los últimos años: cada vez se vende a más países, en más cantidad, con más variedad de productos y a un ritmo más acelerado favorecido, todo ello, con el avance de las nuevas tecnologías como el blockchain.

Por otro lado, en este ámbito también debemos mencionar la Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena) cuya finalidad era prever un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercancías que contribuyera notablemente a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales y a reducir los gastos de las operaciones⁶. Es cierto que en esta clase de negocios jurídicos prevalece la autonomía de la voluntad de las partes y, por tanto, son las partes las que establecerán en el contrato como se resolverán las futuras controversias y/o conflictos que puedan surgir durante la operación mediante remisiones a condiciones generales como son las reglas Incoterms o eligiendo la ley nacional aplicable con carácter supletorio para solventar estas controversias y/o conflictos. No obstante, es importante des-

tacar que cuando las reglas Incoterms no se utilizan o no se utilizan de forma adecuada, será de aplicación la Convención de Viena anteriormente mencionada.

Las Reglas Incoterms 2020 tienen en cuenta la creciente atención que se presta por parte del mercado a la seguridad en el movimiento de mercancías, la necesidad de flexibilizar la cobertura del seguro, dependiendo de la naturaleza de la mercancía y del transporte y ha intentado ofrecer una presentación más simple y clara de todas las reglas.

En consecuencia, se ha revisado el lenguaje, con menos tecnicismos y contenido jurídico, se han ampliado tanto la introducción como las notas explicativas para ayudar a los usuarios a elegir la regla más conveniente a su caso y los artículos se han reordenado para reflejar mejor la lógica de la operación de compraventa. Con todo ello, existe un mayor desglose en el reparto de costes y obligaciones para las partes lo que ayuda a que el vendedor pueda calcular mejor su oferta de precios y el comprador pueda valorar las ofertas que recibe y escoger la más conveniente o beneficiosa.

Anteriormente los Incoterms 2010, se clasificaban en cuatro grupos, C, D, E y F, que estaban determinados por el lugar de entrega de la mercancía y la responsabilidad del pago en las diferentes etapas del transporte internacional. Sin embargo, esta antigua clasificación causó cierta confusión, por lo que la ICC agrupó los Incoterms 2020 actualizados en dos categorías más simples:

Reglas para cualquier medio de transporte:

- EXW. (Ex-Works / En Fábrica)
- FCA (Free Carrier / Libre Transportista)
- CPT (Carriage Paid To / Transporte Pagado Hasta)
- CIP (Carriage and Insurance Paid To / Transporte y Seguro Pagados Hasta)
- DAP (Delivered At Place / Entregado en un Punto)
- DPU (Delivered Place Unloaded / Entrega y Descarga en Lugar Acordado)
- DDP (Delivered Duty Paid / Entregado con Derechos Pagados)

5 Guardiola Sacarrera, E. (1988). *“La compraventa internacional y los INCOTERMS®”* (4a ed.). Barcelona: Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación. Ortega Giménez, A. (2019): La nueva lex mercatoria: el valor jurídico de los INCOTERMS® en la jurisprudencia española”.Pág. 46.

6 https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg

Reglas para el transporte marítimo:

- FAS (Free Alongside Ship / Franco al Costado del Buque)
- FOB (Free On Board / Libre a Bordo)
- CFR (Cost and Freight / Coste y Flete)

• CIF (Cost, Insurance and Freight / Coste, Seguro y Flete)

Veamos un cuadro- resumen⁷ de los Incoterms antes referidos:

⁷ <https://www.trafimar.com.mx/blog/11-siglas-de-los-incoterms-2020>

The infographic displays a matrix of Incoterms 2020 rules. The columns represent modes of transport: 'Transporte por carretera', 'Transporte por ferrocarril', 'Transporte por agua interior', 'Transporte por agua exterior', 'Transporte multimodal', 'Aéreo', 'Marítimo', 'Transporte por tubería', 'Transporte por cable', and 'Transporte por otros medios'. The rows represent Incoterms: EXW, FCA (air/sea), FCA (other), CPT, CIP, DAP, DPU, DDP, FAS, FOB, CFR, and CIF. Blue circles indicate where a rule is applicable, and red circles indicate where it is not. For example, FAS, FOB, CFR, and CIF are only applicable to maritime and inland waterway transport.

Una vez expuestas las 11 reglas anteriores, únicamente, serán objeto de este artículo, las reglas CIP (aplicable a cualquier clase de transporte o en transporte multimodal) y CIF (aplicable exclusivamente en vía marítima y vías navegables interiores) por ser las únicas que obligan al vendedor a la contratación de un seguro de carga para el trayecto de transporte que deberá él mismo sufragar.

• CIP (CARRIAGE AND INSURANCE PAID)- Transporte y Seguro pagados hasta (lugar de entrega acordado).

La novedad de este Incoterm respecto a la versión 2010 reside en las coberturas del seguro. En la versión del 2010, la cobertura del seguro limitada era suficiente. En la de 2020, el seguro, además de obligatorio, debe contener las mismas coberturas que las proporcionadas por las Cláusulas A de las Institute of Cargo Clauses (ICC) aunque el riesgo de guerra civil y huelga seguiría sin estar incluido salvo que se contrate dicha cobertura.

La mercancía debe estar asegurada hasta la entrega al transportista en destino. Sin embargo, también queda a disposición de compra-

dor y vendedor acordar un nivel inferior de cobertura.

El vendedor entrega la mercancía al transportista - o a la empresa designada por él- en un lugar acordado y debe contratar y pagar los costes de transporte hasta el destino designado. La empresa vendedora cumple con la obligación de la entrega y, por tanto, queda liberada de cualquier responsabilidad respecto de la mercancía, cuando se pone la mercancía en poder del primer porteador en origen y no cuando la mercancía llega al lugar de destino. Esto quiere decir que el vendedor asume el coste del transporte hasta el destino convenido, pero transmite el riesgo al comprador en el país de origen. Llegadas las mercancías a destino, los costes y riesgo de la descarga corren a cuenta y cargo del comprador.

Una de las singularidades de este Incoterm es que el vendedor además de contratar el transporte y correr con los gastos de realizar el despacho de aduanas de exportación deberá contratar un seguro contra riesgo de pérdida o daño de la mercancía, en su cobertura más amplia ICCA "todo riesgo", desde el punto de entrega hasta el lugar de destino, siendo el com-

prador el beneficiario del mismo. No obstante, este punto acarrea ciertos problemas en la práctica como veremos más adelante.

La obligación de entrega se justificará con los documentos de transporte que variarán en función del medio de transporte utilizado: carta de porte (para transporte terrestre); conocimiento de embarque marítimo o B/L (Bill of Lading) (para transporte marítimo); conocimiento de embarque aéreo o AWB (Air Waybill) (para transporte aéreo); carta de porte por ferrocarril o CIM; conocimiento de embarque multimodal o FBL (FIATA Bill of Lading).

Así mismo, el vendedor deberá entregar todos los documentos relacionados con la venta (factura comercial, lista de contenido o “*packing list*”), los relacionados con el despacho de exportación (despacho de aduna “DUA”, licencia de exportación, certificado de origen “EUR-1”, certificado fitosanitario si fuera el caso, entre otros), cualquier otro documento administrativo que se necesitase para el caso concreto

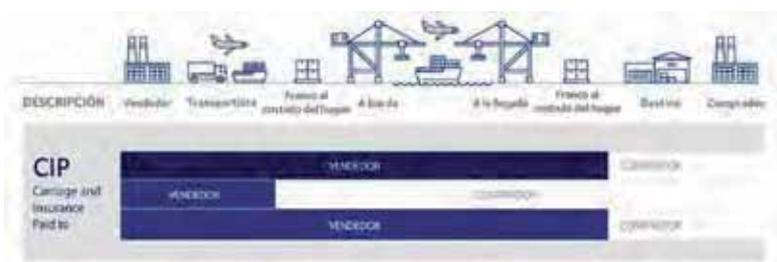
atendiendo a la tipología de mercancía transportada, copia de la póliza de seguro de transporte como prueba fehaciente del mismo y de las coberturas concertadas.

El comprador, por su parte, deberá encargarse del despacho de tránsito e importación, así como de los gastos que se incurrieran por dicho trámite.

Una vez entregada la mercancía y llegada a destino, se procede al pago de la misma que podrá efectuarse por los medios habituales o bien usando el crédito documentario.

Esta regla, cada vez es más utilizada y es una opción muy ventajosa para el comprador pues recibe la mercancía en su país cubierta por un seguro de transporte a todo riesgo. No obstante, es importante dejar muy claro el lugar o punto de entrega con precisión.

En definitiva, la descripción de costes y riesgos entre las partes sería la siguiente:



PROBLEMÁTICAS DEL SEGURO BAJO EL INCOTERM CIP:

Veamos dos casos en que el vendedor contrata el seguro por cuenta propia (tomador y asegurado) en lugar de cumplir con los términos dispuestos por el Incoterm y contratarlo a favor del comprador, con lo que puede conllevar problemas tanto para el comprador de las mercancías como para la Compañía Aseguradora.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16, nº475/2018, de 13 de noviembre de 2018 (ROJ:11139/2 018 ECLI:ES:APB:2018:11139).

Antecedentes del Caso:

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima la demanda de la sociedad Kuzum Kokereç y condena a Sip Impex, SL, a indemnizar a la actora por los daños derivados de la fal-

ta de entrega en destino (Parvomai, Bulgaria) de las mercancías compradas por la actora a la demandada el 8 de marzo de 2013. El importe de la condena, 89.826,62 euros, sería la suma del precio de la mercancía adquirida, 61.685,03 euros, y el lucro cesante de la actora, de 28.141,59 euros.

La juez entiende que la demandada se obligó a entregar la mercancía a la empresa Invest Ivanov, en Bulgaria, e incumplió esa obligación. Sip Impex apela contra la sentencia, por error en la valoración de la prueba.

Valoración del Tribunal:

En esta sentencia se pone de manifiesto la obligación de contratación del seguro por parte del vendedor al estar la compraventa bajo el Incoterm CIP. Sin embargo, en este caso, la aseguradora ALLIANZ pagó “supuestamente” directamente al vendedor que no informó de este

pago al comprador, que era la parte legitimada para poder reclamar el pago en caso de pérdida o daño en el producto.

La sentencia establece que cuando la compraventa es en régimen CIP, el seguro que se obliga a contratar el vendedor cubre el riesgo que recae sobre el comprador, es decir, cubre el riesgo de pérdidas o daños durante el transporte. Por tanto, el beneficiario del seguro es el comprador. El vendedor debía contratar un seguro que permitiera al comprador reclamar directamente del asegurador y, por tanto, tenía que entregar al comprador la póliza o un documento habilitante.

En este caso, la Audiencia consideró que la parte demandada, vendedora, no cumplió con su obligación contractual tendente a la indemnidad de la otra parte en caso de pérdida de la mercancía, que debía instrumentalizarse mediante el seguro de rigor. La vendedora no tenía obligación de entregar la mercancía en Bulgaria, como dice la sentencia del juzgado, sino de entregarla donde la entregó -poniéndola en poder del primer porteador-, pero debía proporcionar el seguro a la compradora (incluido en el precio, atendidas las condiciones CIP) que no hizo.

En consecuencia, la Audiencia Provincial confirmó en parte la sentencia de primera instancia.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, nº268/2014, de 24 de julio de 2014 (ROJ SAP B 8468/2014-ECLI:ES:A PB:2014:8468).

Antecedentes del caso:

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda interpuesta por ZURICH ESPAÑA CÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA contra TRANSNATUR SA y absolvió a la demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra, condenando a la demandante al pago de las costas procesales. Zurich recurrió la sentencia.

ZURICH ESPAÑA CÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, demandó a TRANSNATUR SA, en su condición de transportista. Zurich reclamaba a TRANSNATUR, S.A, por haber abonado a su asegurada Comersan SA, el importe de 10.756,94 euros por la pérdida de la mercancía transportada como consecuencia de un incendio en el camión que transportaba.

Comersan SA en el curso de sus relaciones comerciales vendió a dos sociedades alemanas, Glunz GmbH y Hans Gerd Swafing EK, a la segunda, dos pallets (59 rollos de tejido) con un



peso de 1060 Kgs y a la primera, un pallet (23 rollos de tejido) con un peso de 430 Kgs.

Dicha venta se realizó bajo la condición Incoterms denominada CIP - *carrier and insurance paid to*-. El transporte internacional asumido por la demandada pero realizado por la sociedad Monika Hennebölh, se efectuó por carretera entre Alicante y la localidad de Norhom, en Alemania, con inicio el día 24 de mayo de 2008. En el transcurso de ese transporte y en el municipio alemán de Ibbenbüren se incendió el vehículo que lo realizaba, resultando completamente destruida la mercancía transportada.

TRANSNATUR alega, que, al tratarse de una venta CIP, en la que los riesgos se trasladaban al comprador una vez la mercancía fue cargada, el titular de los derechos dimanantes de los presuntos daños causados sería el destinatario/compradora y no la aseguradora que actúa por subrogación de la cargadora/vendedora.

Valoración del Tribunal

En este caso, el Tribunal asimila la venta CIP a la venta CIF y expone: *“En los casos de una venta CIP, una de las obligaciones esenciales que el vendedor contrae es la de entregar al comprador esta póliza, debido a que asume los riesgos desde el momento en que la mercancía se carga, es decir,*



se transmiten al comprador de tal manera, que desde entonces el interés asegurable es el suyo y no el del vendedor (STS de 3 de mayo de 1991). En esta línea, la STS de 7 de marzo de 2007 declara que dicha cláusula CIF (a la que podemos asimilar la CIP) regula, entre otros extremos, la atribución del riesgo entre vendedor y comprador en la venta con expedición y, en consecuencia, determina quién está legitimado para accionar contra el responsable si la cosa vendida desaparece. Por ello, si el indemnizado no tenía acción contra el causante del daño, por haberle atribuido “ex voluntate” al comprador las condiciones de perjudicado, el pago de la indemnización por la aseguradora no bastaría para legitimar se acción subrogatoria. En este sentido las SSTS de 2 de junio de 1984 y 31 de marzo de 1997 negaron eficacia subrogatoria al pago efectuado por la aseguradora al vendedor. Por ello, la aseguradora de éste carecerá de legitimidad para poder reclamar los daños causados a la mercancía, salvo que el comprador haya cedido sus derechos al vendedor”.

En este caso, se acreditó documentalmente que las sociedades alemanas compradoras (Glunz GmbH y Hans Gerd Swafing EK) cedieron sus derechos derivados del siniestro de autos tanto a la vendedora Comersan como a su aseguradora Zurich - la actora, por lo que la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por ZURICH y condenó a

TRANSNATUR, S.A. al pago de 10.756,94 euros más sus intereses desde la interpelación judicial así como al pago de las costas devengadas en la primera instancia sin que procediese la imposición de las devengadas en esta instancia.

De ambas resoluciones, puede extraerse que esta modalidad de contratación de seguro por cuenta propia, pese a contradecir el tenor del Incoterm, es aceptada y comúnmente utilizada en el tráfico comercial. Afecta a la relación entre el vendedor y el comprador, pero no así a la finalidad del seguro CIP que sigue siendo la de garantizar la protección del comprador para los casos en que la mercancía se dañe o pierda.

Por lo que respecta a la Compañía Aseguradora, podemos extraer que es esencial para ella antes de proceder con el pago de la indemnización a tener toda la información y documentación de la compraventa internacional, a fin de comprobar y garantizar que la misma sea abonada al destinatario legitimado para recibirla (comprador) y, en caso contrario, para el supuesto que pague la indemnización al tomador/vendedor a contar en su poder, en todo caso, con la cesión de los derechos del comprador y del vendedor; a fin de poderse subrogar en la posición del vendedor tras el pago de la indemnización y ejercitar los derechos y acciones previstos en el art. 43 LCS frente a los causantes de los daños.

• **COST, INSURANCE AND FREIGHT (CIF)- (Coste, Seguro y Flete y lugar de entrega acordado).**

La novedad en este Incoterm respecto a los del 2010 hace referencia a las coberturas del seguro que debe contratar el vendedor especificando que deben ser las mismas que las proporcionadas por las Cláusulas C de las Institute of Cargo Clauses (ICC). **El seguro debe cubrir hasta la llegada a puerto de destino.**

Es un Incoterm que, junto con el Incoterm FOB (Franco a Bordo), tienen una larga tradición histórica pues está fuera de discusión que ambos términos comerciales son los más usados en las compraventas marítimas internacionales y ya existían con anterioridad a la creación de los Incoterms, como tales, en 1936. Es a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, que podemos decir que fueron las costumbres y los usos mercantiles, más que los legisladores y los jueces quienes diseñaron los que hoy conocemos como contrato CIF y FOB. Sus primeras apariciones en disputas comerciales judicializadas fueron ante los Tribunales Británicos: el término FOB aparece en 1812 en el caso Wackerba-

rih v. Masson y el término CIF en el caso Tregelles v. Sewell de 1862⁸.

A diferencia, del Incoterm CIP, el CIF únicamente se utiliza para el transporte marítimo o el transporte fluvial interior y en la práctica facilita el despacho aduanero de importación en el país de destino ya que determina el valor en aduana.

El vendedor asume el coste del seguro y flete, derechos no pagados, hasta el puerto de destino convenido. La entrega se produce y el riesgo se transmite cuando las mercancías están a bordo del buque. Este Incoterm exige al vendedor que contrate una cobertura de seguro limitada en las condiciones ICC o similar que cubra el riesgo del comprador de pérdida o daño de las mercancías.

Este Incoterm es empleado principalmente para el comercio de materias primas y gráneles, así como de grandes maquinarias y transportes de proyectos. Se mantienen **las Cláusulas C de las Institute of Cargo Clauses (ICC)**, quedando a negociación entre comprador y vendedor acordar una cobertura superior para el caso de que así se lo exija el comprador (atendiendo a la tipología de la mercancía transportada y su valor) o en el caso de que el medio de pago utilizado sea el crédito documentario donde la cobertura exigida por las entidades bancarias será siempre la ICC "A".

8 Ostoja López-Alfaro, Alfredo. "Compraventas Marítimas Internacionales: Contratos F. O. B. Y C. I. F". Dialnet. Pág.94

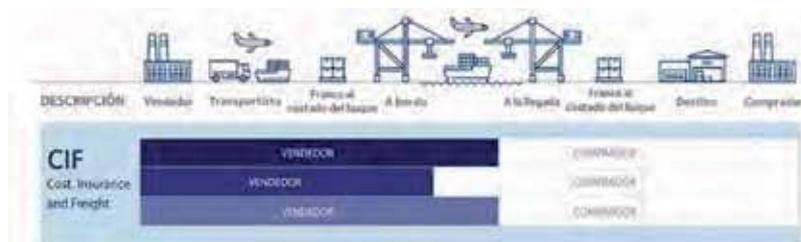
El vendedor (tomador) contratará el seguro por cuenta del comprador (asegurado) que es quien, en caso de daño o pérdida de la mercancía, sufrirá el perjuicio económico por la pérdida o los daños en la mercancía. No obstante, en la práctica no siempre es así generando no pocas controversias que veremos más adelante.

La obligación de entrega de la mercancía se justificará con la entrega del documento de transporte: conocimiento de embarque marítimo o B/L (Bill of Lading) que, a su vez, es el título de propiedad de las mercancías y la póliza y/o certificado de seguro que se contrate al efecto, así como el resto de los documentos de la compraventa (factura, packing list, entre otros).

En la práctica, la regla CIF consta de tres variantes que determinan los costes y riesgos del vendedor y comprador y que deben quedar especificadas con claridad a fin y efectos de evitar cualquier tipo de controversia al respecto.

1. CIF Landed (descargada)
2. CIF Cleared (despachada)
3. CIF Maximum Cover (se contrata el seguro con la Cláusula A- ICC "A" junto con la Cláusula de Huelga y Guerra para aquellos países con conflictividad política o social).

En resumen, las obligaciones de las partes que hemos expuesto anteriormente quedarían como siguen:



PROBLEMÁTICAS DEL SEGURO BAJO EL INCOTERM CIF:

Al igual que sucedía con el Incoterm CIP, es una práctica habitual que el vendedor contrate un seguro por cuenta propia y coincidan en él las figuras de tomador y asegurado. Los motivos que pueden llevar al vendedor tanto en la modalidad CIP como en la CIF a optar por esta opción pueden ser variadas, pero normalmente suelen res-

ponder a cuestiones prácticas como: la mayor agilidad del vendedor en la tramitación del siniestro por ser el país de origen y contratación de la póliza y obtener el pronto pago de la indemnización.

Normalmente, el vendedor suele trabajar con un mismo Corredor de Seguros y Compañía Aseguradora, lo que facilita que la tramitación del siniestro se dilate lo menos posible, atendiendo a la relación comercial ya existente entre

las partes y al volumen de negocio que puede existir entre ellas. Por otra parte, si se ha producido el siniestro y la mercancía no ha llegado a puerto, el vendedor puede renunciar al cobro del precio de la compraventa y directamente optar por cobrar la indemnización de la aseguradora, recuperando así su valor y ofrecer al comprador una nueva operación.

En consecuencia, si el vendedor opta por formalizar el seguro por riesgo y cuenta propia, recae en él la figura del tomador y asegurado y, por consiguiente, la del beneficiario de la indemnización del asegurador. Todo ello, generando las mismas problemáticas que ya hemos adelantado en la modalidad CIP, tanto para la parte compradora, como para la Compañía Aseguradora que carecerá de toda legitimación para poder reclamar al porteador marítimo ocasionante de los daños si no existe la cesión de derechos a su favor.

Respecto a esta problemática, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo, nº225/2007, de 07 de marzo de 2007 (ROJ: STS 1437/2007 - ECLI:ES:TS:2007:1437), Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel, en que se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Compañía Aseguradora Zurich ante la falta de acción contra el causante del daño dada por la falta de acción del vendedor-tomador-asegurado en condiciones CIF.

Recapitulando lo expuesto hasta el momento, es de especial consideración destacar tanto para el ámbito del transporte como del seguro, los siguientes puntos ya que, lamentablemente, en la práctica conlleva muchas confusiones y no pocas controversias:

1.- Los Incoterms no son términos de un contrato de transporte sino de un contrato de compraventa de mercancías.

2.- Es necesario que el cargador/fletador informe al transportista y a la compañía aseguradora de las condiciones de venta de la mercancía en relación con el Incoterm pactado.

3.- Los Incoterms del grupo C (CIF, CFR, CIP y CPT) son contratos en los que la entrega de la mercancía se produce en origen.

El vendedor termina su responsabilidad cuando hace la entrega al primer porteador (en transporte terrestre) o cuando carga la mercancía en el buque escogido pagando el flete y, en su caso, el seguro (en transporte marítimo). Existe la confusión generalizada de que, en estos casos, la responsabilidad del vendedor se

mantiene hasta la llegada al punto de destino y no es así.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL TRANSPORTE

Toda empresa de transporte y logística, debería tener contratado, para el ejercicio tranquilo de su actividad a parte del seguro de transporte de mercancías visto con anterioridad, otros seguros de daños como serían, a modo de ejemplo, el seguro D&O, el seguro de caución, el seguro de accidentes de convenio, el seguro de almacenes e instalaciones, el seguro de responsabilidad medioambiental que veremos en apartado aparte y el seguro de responsabilidad civil que a continuación trataremos, con el objetivo de proteger al máximo a la empresa, su patrimonio y a su personal y/o a sus responsables.

No hay que olvidar que el sector transporte, en sus múltiples vertientes, es un sector expuesto a numerosos riesgos, imprevistos e inconvenientes y es recomendable suscribir un seguro dada la obligatoriedad legal de asumir las indemnizaciones. Lamentablemente, en nuestro país en dicho ámbito, falta todavía mucha concienciación al respecto puesto que algunas de estas empresas de transporte operan sin estos seguros o con seguros deficientes. Los principales motivos, en mi opinión, por mis años de experiencia en el sector son:

1.- No existe normativa alguna que obligue a los transportistas, auxiliares y demás intervinientes en el transporte a tener asegurada la responsabilidad civil.

2.- Los diferentes convenios y normas que regulan el contrato de transporte nacional e internacional de mercancías para cada medio de transporte especifican dentro del régimen de responsabilidad del transportista un límite cuantitativo a la indemnización que se le puede exigir en los casos de pérdida, avería y retraso en la entrega.

Una vez expuesta esta realidad, vamos a tratar a continuación el seguro de responsabilidad civil como tal para luego ver específicamente cual es la limitación de responsabilidad del transportista/porteador en el transporte terrestre de mercancías y en el transporte marítimo, así como el plazo de reclamación y prescripción.

Los seguros de responsabilidad civil cubren el nacimiento a cargo del asegurado de la obli-



gación a indemnizar a un tercero de los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a derecho (art. 73 LCS).

Es un seguro que nació como un mecanismo reparador del daño asegurado y evolucionó hasta configurarse como un seguro preventivo de ese mismo daño⁹. En consecuencia, el objeto del seguro es el mantenimiento de la integridad del patrimonio del responsable-dañante-asegurado.

En este sentido, hay que mencionar la sentencia del Tribunal Supremo nº129/2022, de 21 de febrero (STS 631/2022 - ECLI:ES:TS:2022:631), Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg que dispone en su fundamento de derecho tercero: *“En esta clase de seguros, 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 discurriera 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”*.

Hoy en día, los seguros de responsabilidad civil existen para toda clase de actividades profesionales o mercantiles por lo que el ámbito del transporte es uno más de ellos.

Transponiendo la definición que contempla la LCS al mundo del transporte, sería la obligación de reparación que tiene que afrontar el transportista/porteador (ya sea un autónomo o una empresa con empleados) por los daños derivados de la pérdida (total o parcial) de las mercancías transportadas mientras éstas se encuentran bajo su custodia desde la recepción de la mercancía hasta su entrega en destino; por avería y/o por retraso en la entrega de las mismas.

El seguro de responsabilidad civil para todas las modalidades de transporte y, en especial, respecto a la responsabilidad exigible a los transportistas y demás auxiliares intervinientes en el transporte (como son los transitarios) se rige también por la Ley del Contrato de Seguro que lo regula en sus arts. 73 a 76 de la LCS. Sus aspectos más característicos, son los siguientes:

1. El seguro de responsabilidad civil sólo otorgará cobertura hasta el importe en que quede fijada la responsabilidad del asegurado. En consecuencia, en materia de transporte, habrá que tener presente que el seguro de responsabilidad civil, en principio, no irá más allá de los respectivos límites de responsabilidad a los que tenga derecho el transportista o transitario reclamado y que será abordado más adelante.
2. El asegurador asumirá la defensa jurídica del asegurado frente a la reclamación del perjudicado y serán de su cuenta y cargo los gastos de defensa que se ocasionen. Eso conlleva que el asegurado no puede ofrecer por su cuenta cantidad alguna ni alcanzar ninguna clase de acuerdo sin el consentimiento del asegurador.
3. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria a dicha defensa, comprome-

⁹ Veiga Copo, Abel.B. *“Tratado del contrato de Seguro. Seguros contra daños y de responsabilidad civil”*. Tomo II. vol.I. Editorial Aranzadi 2022. Octava Edición. Pág.460

tiéndose a facilitar a la Cia.Aseguradora toda la información y asistencia personal que se le requiera, así como otorgar los poderes para pleitos que fueran precisos y a no perjudicar el derecho de subrogación de la aseguradora en las eventuales acciones de repetición.

4. El asegurador se reserva la decisión de ejercitar los recursos legales que procedieran contra el fallo o resultado o conformarse con el mismo.
5. Se garantiza la constitución de las fianzas judiciales exigidas al asegurado para garantizar su responsabilidad civil extracontractual.
6. El perjudicado o sus herederos tienen acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar sin perjuicio del derecho del asegurador de repetir contra el asegurado en el caso que el daño o perjuicio causado al tercero sea debida a la conducta dolosa de éste.

En la práctica, los productos de responsabilidad civil para transportistas no sólo incluyen los daños ocasionados a terceros que se hayan podido originar en el viaje sino que también se pueden incluir garantías complementarias a fin de cubrir los daños ocasionados

durante las operaciones de carga/descarga; manipulación de la mercancías; remoción y/o destrucción de los restos; contaminación (encargándose la entidad aseguradora, en este supuesto, de asumir los costes de la retirada, el transporte, la gestión de los residuos y descontaminación) hasta los límites cubiertos por póliza.

Respecto al tema de la cobertura de la contaminación, que se tratará en el Punto nºIV de este artículo, se puede dar cobertura como garantía complementaria o bien contratar una póliza independiente. El mercado asegurador ofrece una variedad de productos a tal fin. Téngase en cuenta que los daños en el transporte de mercancías pueden acabar siendo de gran envergadura y muy costosos tanto para las grandes empresas como para las medianas y pequeñas; y qué decir ya para un transportista autónomo. Por ello, la contratación de un seguro de responsabilidad civil es de vital importancia para la supervivencia de todos ellos en el sector.

Respecto a la limitación de la responsabilidad del transportista/porteador, a continuación, se expondrá con detalle la misma para el ámbito del transporte por carretera nacional/ transporte por carretera internacional y transporte marítimo internacional, así como los plazos de reclamación y prescripción:

ÁMBITO NORMATIVO	TRANSPORTE NACIONAL POR CARRETERA	TRANSPORTE INTERNACIONAL POR CARRETERA	TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL
LEGISLACIÓN APLICABLE	<i>Ley del contrato transporte terrestre 15/2009</i> (BOE de 12.11.2009)	<i>Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, del 19 mayo de 1956</i> "Convenio CMR" (BOE de 07.05.1974 con corrección de errores de 15.06.1995).	<i>Existen varios convenios, pero es de aplicación mayoritaria: "Reglas de la Haya "Visby" → nos referimos al Convenio de Bruselas de 1924- norma internacional reguladora del transporte marítimo de mercancías en materia de conocimiento de embarque-, modificado por los protocolos de 23.02.1968</i> (Reglas de Visby) y de 21.12. 1979.

RESPONSABILIDAD POR: PÉRDIDA TOTAL/PARCIAL	<p>Arts.52 y 54: Valor de las no entregadas tomando como base el valor que tuvieren en el momento y lugar en que el porteador las recibió para su transporte.</p> <p>Arts.57 y 58: Límite 1/3 Indicador Público de Renta de efectos múltiples/día por cada kg/bruto+ gastos.</p> <p>(En 2023: 6,66€x kg/bruto)</p>	<p>Art.23.1: Valor que tenía la mercancía en el tiempo y lugar en que el transportista se hizo cargo de ella.</p> <p>Arts.23.3 y 23.4: Límite 8,33 Unidades de Cuenta-consiste en el Derecho Especial de Giro (*) (DEG) por kg bruto mercancía perdida) + gastos.</p> <p>(En 2023: 10,24 €/kg bruto).</p>	<p>Art.4: Límite 666,67 DEG (819,90€) /bulto ó 2 DEG.</p> <p>(En 2023:2,46€/kg bruto).</p> <p>(la cantidad que resulte mayor aplicándose la regla del contenedor(**))</p>
RESPONSABILIDAD POR: AVERIA/DAÑO	<p>Art.53: Diferencia entre el valor de las mercancías en el momento y lugar en que el porteador las recibió para su transporte y el valor que esas mismas mercancías habrían tenido con las averías en idéntico tiempo y lugar. Límite máximo valor por pérdida.</p> <p>Art.57: Límite 1/3 Indicador Público de Renta de efectos múltiples/día por cada kg/bruto.</p> <p>(En 2023: 6,66€x kg/bruto) + gastos.</p>	<p>Art.25.1: Transportista pagará en total la suma de la depreciación calculada de acuerdo con el valor de la mercancía tal como está fijada en los arts.23.1 a) y 23.4.</p>	<p>ÍDEM que el anterior</p>
RESPONSABILIDAD POR: RETRASO	<p>Art. 57. Límite máximo precio transporte.</p>	<p>Art. 23.5. Límite máximo precio transporte</p>	<p>No se determina</p>
P L A Z O RECLAMACIÓN	<p>Art. 60.1:</p> <p><u>Pérdidas y averías.</u> - Los daños aparentes en el momento de la entrega o hasta 7 días naturales para los daños no aparentes.</p> <p>Art.60.3:</p> <p><u>Retraso.</u>-Cuando se hayan dirigido reservas escritas al porteador en el plazo de 21 días desde el siguiente a la entrega de las mercancías al destinatario.</p>	<p>Art. 30.1:</p> <p><u>Pérdida y averías.</u> - Los daños aparentes en el momento de la entrega o hasta 7 días (descontando domingos y festivos) para los daños no aparentes.</p> <p>Art. 30.3:</p> <p><u>Retraso.</u> - Cuando se haya dirigido reserva por escrito en el plazo 21 días desde la puesta de la mercancía a disposición del destinatario</p>	<p>Daños aparentes en el momento de la entrega.</p> <p>Daños no aparentes dentro de los tres días ss., a la entrega</p>

PRESCRIPCIÓN	<i>1 año por reclamación contractual.</i> <i>2 años en caso de existencia de dolo o falta equivalente.</i>	<i>Art. 32.1: 1 año/ 3 años en caso de existencia de dolo o falta equivalente</i>	<i>Art. 286 de la LNM: 1 año.</i>
RC POR DEFECTO	<i>Art.47: Avería/Pérdida total o parcial. - Porteador.</i> <i>Art.48: Exoneraciones</i> <i>Arts. 49,50 y 51: Presunciones de exoneraciones</i>	<i>Art.17: Retraso/Avería/ Pérdida total o parcial. -Transportista.</i> <i>Arts.17 y 18: Exoneraciones</i>	<i>Art.4: Deriva responsabilidad según los casos al porteador o al cargador.</i>
Obligados a realizar la carga, descarga, estiba, desestiba, embalaje	<i>Arts.20 y 21: Cargador o destinatario respectivamente.</i> <i>Servicios Paquetería/ similares. - Porteador.</i> <i>Art. 20.- Embalaje corresponde al cargador. Necesidad de reserva del Porteador (Arts.25 y 26).</i>	<i>Art. 17.- Cargador o destinatario respectivamente.</i> <i>Arts. 9,10 y 17.- Embalaje corresponde al Cargador. Necesidad de reserva del Transportista</i>	<i>Art.2: Responsabilidad inicial al Porteador.</i> <i>Art.3: Deber de comprobación/reserva</i> <i>Art. 4: Embalaje corresponde al Cargador.</i> <i>Arts. 4 y 6: Exoneraciones.</i>

* **El Derecho Especial de Giro (“DEG”)** es la Unidad de Cuenta del Fondo Monetario Internacional. Constituye una cesta de monedas que incluye al euro, dólar USA, yen japonés y libra esterlina.

** **La Regla del contenedor:** Cuando se utilicen para agrupar mercancías un contenedor, paleta o cualquier dispositivo similar, todo bulto o unidad que según el conocimiento de embarque vaya embalado en tal dispositivo se considerará como un bulto o unidad. Fuera de este caso tal dispositivo (contenedor, paleta, entre otros.) se considerará como el bulto o unidad.

IV.- EL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS PELIGROSAS Y EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MEDIOAMBIENTAL

Cada vez es más habitual que las empresas de transporte y transitarias tengan un departamento especializado en el transporte de mercancías peligrosas, para ser más competitivos en el sector y aumentar así un mayor número de clientes. No obstante, no son muchas las empresas que sean capaces de prestar este servicio con total garantía. Es esencial y de vital importancia tener un equipo humano formado que conozca con profundidad toda la normativa nacional e internacional que hay que cumplir para salvaguardar no sólo la salud

y seguridad humana sino su propia infraestructura empresarial y/o sus medios de transporte.

Por otra parte, estas empresas también tienen que tener presente, al abrir estos departamentos o divisiones, los ingentes costes que podrían llegar a asumir en caso de producirse un siniestro (que puede acontecer no sólo durante la fase de transporte sino cuando éstas se manipulan y/o almacenan) y la inversión previa que deben realizar para tener cubiertos todos los contratiempos que puedan producirse en el ejercicio de esta actividad con una buena póliza de responsabilidad civil que contemple una cobertura integral frente a reclamaciones por causas medioambientales.

Cuando hablamos de mercancías peligrosas nos estamos refiriendo a aquellas sustancias y artículos que cuando se transportan representan un riesgo para la salud, la seguridad, la propiedad o el medio ambiente, y están prohibidas para el transporte nacional e internacional a menos que se cumplan ciertas condiciones. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha establecido un sistema universal para la clasificación y el transporte de mercancías peligrosas, que forman la estructura base de la mayoría de los reglamentos-modelo regionales, nacionales e internacionales y estipulan cómo deben embalarse, marcarse y etiquetarse para ayudar a facilitar su transporte y seguridad.

Hay nueve clases de mercancías peligrosas, algunas de las cuales tienen subclases, y pueden ser sólidas, líquidas o gaseosas y se clasifican según sus propiedades; aparte de los Residuos Tóxicos y Peligrosos, que se encuadran en otra clase diferente. A efectos informativos:

- Clase 1-Materias y objetos explosivos.
- Clase 2- Gases.
- Clase 3- Materias líquidas inflamables.
- Clase 4.1- Materias sólidas inflamables.
- Clase 4.2- Materias susceptibles de inflamación espontánea.
- Clase 4.3- Materias que, al contacto con el agua, desprenden gases inflamables.
- Clase 5.1- Materias comburentes.
- Clase 5.2- Peróxidos orgánicos.

- Clase 6.1- Materias tóxicas.
- Clase 6.2- Materias infecciosas.
- Clase 7- Materias radiactivas.
- Clase 8- Materias corrosivas.
- Clase 9- Materias y objetos peligrosos diversos.

La rotulación, el marcado y el etiquetado conforme a su clase o subclase ayudan a garantizar que las mercancías peligrosas se manipulen de forma adecuada y que se cumplan las normas de segregación de mercancías peligrosas; minimizando con ello, los riesgos propios de esta clase de mercancías. Dependiendo de los volúmenes de los envíos, éstas pueden transportarse en buques, isotanques o paquetes.

Como hemos adelantado al inicio, existe en la actualidad, una gran cantidad de normativas nacionales e internacionales que rigen la gestión de mercancías peligrosas. Todas ellas tienen su origen en las Recomendaciones de la ONU¹⁰ sobre el transporte de mercancías peligrosas - Reglamentaciones modelo por lo que facilitan la compatibilidad entre los requisitos modales para que un envío pueda ser transportado por más de una persona, sin reclasificación intermedia, marcado, etiquetado o reembalado.

Posteriormente, atendiendo al medio de transporte empleado (transporte terrestre/ marítimo) le será aplicada la siguiente normativa:

• **TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS PELIGROSAS:** Está regulado por el Acuerdo Europeo sobre transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera-ADR 2023¹¹. Es muy habitual que en el envío de mercancías peligrosas haya un tramo de transporte que deba realizarse por carretera. Estas mercancías pueden transportarse en un isotanque o en un paquete utilizando conductores especializados que cuentan con licencias profesionales para conducir vehículos que transportan mercancías peligrosas por carretera.

La legislación exige que las empresas designen un experto en mercancías peligrosas

¹⁰ <https://unece.org/transport/dangerous-goods/un-model-regulations-rev-22>

¹¹ <https://boe.es/boe/dias/2023/03/17/pdfs/BOE-A-2023-6968.pdf>

<https://unece.org/about-adr>

(Consejero de Seguridad), para garantizar que todos los requisitos legales se apliquen y se cumplan correctamente. Así mismo, asigna ciertas responsabilidades a tres actores principales en cualquier envío de mercancías peligrosas, que son:

1. **El expedidor** - La empresa que envía las mercancías peligrosas.

2. **El transportista** - Los que transportan las mercancías peligrosas.

3. **El destinatario** - La empresa que recibe las mercancías peligrosas.

Cuando se transportan estas mercancías, sea cual sea el medio de transporte empleado, es un requisito legal que una Nota / Declaración de Mercancías Peligrosas (DGN/DGD) acompañe el envío. Esta Nota/Declaración, irá también acompañada de los siguientes documentos:

- Hoja de datos de seguridad (SDS): proporcionada por el fabricante de la mercancía peligrosa.
- Factura comercial.
- Packing list.
- Carta de instrucciones del remitente.
- Certificado de origen.

• **TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCIAS PELIGROSAS:** Para dicho transporte hay que cumplir con las regulaciones que impone la *International Maritime Organization (IMO)*¹² o lo que es la Organización Marítima Internacional (OMI) para el transporte de mercancías peligrosas. Así mismo, está regulado por el Acuerdo Europeo relativo al transporte internacional de mercancías peligrosas por vías de navegación interior (ADN)¹³, por el Código IMDG (Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas)¹⁴ y por el Código Internacional para la Construcción y el Equipo de Buques que Transporten Productos Químicos Peligrosos a Granel (Código IBC).¹⁵

12 <https://www.imo.org/>

13 <https://unece.org/about-adn>

14 <https://www.imo.org/es/Publications/Paginas/IMDG%20Code.aspx>

15 <https://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Pages/IBC-Code.aspx>

La carga marítima peligrosa puede requerir condiciones especiales de estiba, por lo que hay que prestar especial atención a cómo y dónde deben apilarse los contenedores con mercancías peligrosas. La exposición a la luz solar y al agua son otros factores a tener en cuenta ya que pueden incidir en la seguridad de este tipo de mercancías. En caso de producirse un incidente durante la navegación como, por ejemplo, una fuga o un derrame, el entorno marino podría verse gravemente afectado por el transporte de mercancías peligrosas a bordo.

Por ello, la legislación sobre la materia requiere que las empresas designen un experto que les asesore, como son los Consejeros de Seguridad, para garantizar que todos los requisitos legales se apliquen correctamente y asigna ciertas responsabilidades a los diferentes actores dentro de la cadena de suministro.

Una vez expuesta la gran complejidad que supone el transporte de este tipo de mercancías, se pone de manifiesto que, en caso de siniestro, no sólo afecta exclusivamente a personas y a bienes de terceros, sino que generan daños importantes a un bien común como es la naturaleza por daños directos y, sobre todo, por contaminación medioambiental.

Estos daños son muchas veces mayores que los daños causados a la propia mercancía y al medio de transporte empleado por lo que es imprescindible la contratación de un seguro de responsabilidad civil medioambiental por contaminación que complementa el seguro de responsabilidad civil como transportista/porteador.

La Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental, traspone al ordenamiento jurídico español las disposiciones de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en cuanto a la prevención y reparación de daños medioambientales.

Esta Ley contempla dos tipos de responsabilidades:

1.- Responsabilidad objetiva: El operador que desarrolle una actividad económica o profesional (enumeradas en el anexo III) y ocasione daños medioambientales o amenazas de que dichos daños se produzcan, deberá adoptar las medidas de prevención, de evitación o de reparación reguladas en la ley.

También, se regula una responsabilidad objetiva, de alcance sectorial más amplio cuando son incluidas aquellas amenazas de daños

medioambientales ocasionados por cualquier tipo de actividad económica o profesional, esté incluida o no en el anexo III. Este **régimen únicamente requiere la adopción de medidas de prevención de daños medioambientales o de evitación de nuevos daños medioambientales.**

2.-Responsabilidad subjetiva: Incluye los daños y las amenazas de daños medioambientales ocasionados por cualquier tipo de actividad económica o profesional –esté incluida o no en el anexo III de la ley– y que obliga a adoptar las medidas de prevención, de evitación y de reparación reguladas por la ley.

Para VEIGA COPO, A.B, tras el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2012, en la responsabilidad civil por contaminación, *“se garantizan los daños corporales, materiales y perjuicios consecuencia directa de los mismos, ocasionados a terceros como consecuencia de una contaminación cuyo hecho generador se produzca según se define en el art. 32, apartado 2 de la Ley 26/2007”*¹⁶.

Además de los conceptos de reparación primaria, compensatoria y complementaria¹⁷, quedan incluidos los siguientes conceptos a tenor de lo expuesto en el art. 29 de la Ley 26/2007.

1.- COSTES DE LIMPIEZA: Abarcan el saneamiento del suelo, del agua superficial o subterránea u otros recursos naturales contaminados, así como la retirada, el transporte y la gestión de los residuos que se hubieran podido generar según lo previsto en la legislación vigente.

Existe siniestro medioambiental cubierto por la póliza sólo cuando estos costes se originen y deban soportarse en virtud de órdenes expresas de limpieza dictadas por la Administración Pública competente que se hayan impartido durante el periodo de cobertura y que tengan la intención expresa de impedir la ocurrencia inminente de un siniestro medioambiental o de aminorar las consecuencias de un siniestro ya acaecido.

Normalmente es en las condiciones particulares de la póliza donde se sitúa el umbral máxi-

mo de costes de limpieza de la propia situación.

El asegurador asumirá la dirección y gestión de los costes de limpieza del siniestro dentro del ámbito de las instalaciones o situaciones de riesgo asegurados en la póliza. En todo caso, no quedan incluidos dentro de estos costes, aquellos gastos o inversiones que deba realizar el asegurado en su actividad para cumplir con las obligaciones legales, ni los gastos de control, inspección o reparación o mejora en sus bienes ni los gastos o perjuicios originados por el cierre, venta o finalización total o parcial, temporal o definitiva de la actividad asegurada. No incluyen, en ningún caso, la indemnización de daños personales o materiales.

2.- COSTES DE EVITACIÓN: Son aquellos que, ya producido un siniestro, tienen por finalidad limitar o impedir mayores daños medioambientales controlando, conteniendo o eliminando los factores que han originado el daño o haciendo frente a ellos con todos los medios al alcance del asegurado y que no resulten desproporcionados. No incluyen, en ningún caso, la indemnización de daños personales o materiales.

3.- COSTES DE PREVENCIÓN: Son aquellos adoptados como respuesta a un suceso o a un acto o a una omisión que haya supuesto una amenaza inminente de daño medioambiental con objeto de impedir su producción o reducir al máximo dicho daño.

4.- DEFENSA JURÍDICA: El asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado designando, a tales efectos, los Letrados y Procuradores que considerase oportunos y, ello aun, cuando la reclamación fuese infundada.

Al igual que en toda póliza de responsabilidad civil, el asegurado deberá prestar colaboración necesaria a su defensa, comprometiéndose a otorgar los poderes y la asistencia personal que fuesen necesarios y a facilitar cuanta información y documentación se le requiriera por parte del asegurador.

Sea cual fuese el fallo o resultado del procedimiento judicial, el asegurador se reserva la decisión de ejercitar los recursos legales que procedieran contra dicho fallo o resultado o conformarse con el mismo.

Cuando se produjera algún conflicto de intereses entre el asegurador y el asegurado, motivado por tener el asegurador que sustentar en el siniestro intereses contrarios a la defensa del asegurado, lo pondrá en conocimiento del asegura-

¹⁶ Veiga Copo, Abel.B. *“Tratado del contrato de Seguro. Seguros contra daños y de responsabilidad civil”*. Tomo II, vol. I. Editorial Aranzadi 2022. Octava Edición. Págs. 1290 y 1291.

¹⁷ Veiga Copo, Abel.B. *“Tratado del contrato de Seguro. Seguros contra daños y de responsabilidad civil”*. Tomo II, vol. I. Editorial Aranzadi 2022. Octava Edición. Págs. 1296 y 1297.

do sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que por su carácter urgente fueran necesarias para la defensa. El asegurado podrá decidir entre mantener la dirección jurídica del asegurador o confiar su propia defensa en otro profesional.

En cualquier caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de la Dirección Jurídica y los honorarios de otros profesionales intervinientes de acuerdo con las tarifas de honorarios del colegio profesional que corresponda sin que, en ningún caso, pueda exceder su importe del límite establecido en las condiciones particulares por este concepto.

El asegurador asumirá en exceso de la franquicia, el importe de la reclamación que se formula contra el tomador/asegurado más los gastos de defensa hasta el límite establecido en las Condiciones Particulares por este concepto. En cualquier caso, se atenderán los gastos de defensa que se originen a consecuencia de una reclamación por vía penal.

5.- PRESTACIÓN DE FIANZAS JUDICIALES (CIVILES, PENALES Y ADMINISTRATIVAS): El asegurador garantiza la imposición de fianzas judiciales al asegurado para garantizar su responsabilidad civil o para conseguir su libertad provisional en un procedimiento penal derivado de un siniestro cubierto por la póliza.

Dicho afianzamiento tendrá la consideración de pago a cuenta de la eventual indemnización y tendrá como límite máximo la suma asegurada establecida en las Condiciones Particulares por dicho concepto. No se incluye en esta garantía, la prestación de fianzas para el pago de sanciones personales, multas o costas.

Respecto a la delimitación temporal, las pólizas suelen perimetrar el tiempo en función de:

-Que el comienzo de la emisión causante de la contaminación o el comienzo de la situación de riesgo inminente de contaminación estén identificados y se demuestre que han ocurrido dentro del periodo de garantía de la póliza.

El periodo de garantía, antes mencionado, tiene una retroactividad de la cobertura de un año a contar desde la fecha de efecto de la póliza. La retroactividad queda condicionada a:

1. Que el hecho causante de la emisión contaminante no esté cubierto por otra póliza.
2. Que el mencionado hecho causante no fuese conocido, ni hubiera sido posible su co-

nocimiento por el asegurado, antes de la fecha de efecto de la póliza.

El periodo de garantía queda comprendido entre la fecha de efecto y su fecha de vencimiento.

V. CONCLUSIONES

Tras el estudio realizado, en mi opinión, el seguro de transporte de mercancías es una de las partes más importantes del traslado de mercancías (ya sea transporte nacional como internacional) a tenor de todos los riesgos potenciales que pueden acechar esta actividad y, aunque su contratación no es de obligado cumplimiento, es del todo recomendable formalizarlo para dar una cobertura a la carga desde su punto de origen hasta su llegada al punto de destino.

Por mi experiencia profesional, puedo afirmar que, hoy en día, siguen siendo muy numerosas las empresas que operan en el tráfico internacional y que transportan sus mercancías sin contratar un seguro de daños, confiando en que serán las empresas transportistas/transitarias que hayan contratado para efectuar el transporte, quienes responderán por las pérdidas o daños que puedan sufrir las mismas; sin tener en cuenta que la responsabilidad civil del transportista/porteador es limitada por normativa y que la indemnización que percibirán, en caso de que procediera, no alcanzará el valor de mercado de las mismas con las consiguientes pérdidas económicas y descrédito comercial ante el comprador.

Por tanto, hay que presentar el seguro de mercancías no como un gasto adicional que encarece los costes de la exportación/importación sino como *“un antídoto del riesgo”*¹⁸, una inversión necesaria y responsable que puede llegar a salvar tanto las operaciones comerciales en curso como las futuras y, a su vez, proteger financieramente a la empresa, al no tener que asumir los costes asociados a esos incidentes, recuperando el valor de los bienes asegurados.

En cuanto al seguro de responsabilidad civil de las empresas, éstas han comprobado, en los últimos años, cómo sus responsabilidades se han multiplicado no sólo en el marco de su propia actividad sino en el ámbito social, el cuidado del medio ambiente y la sostenibilidad. Y, con ellas, también han aumentado sus riesgos, en la misma medida que la necesidad de proteger su

¹⁸ Conocida frase de GARRIGUES *“el seguro es el antídoto del riesgo”*.

patrimonio frente a reclamaciones por daños y perjuicios a terceros.

Las empresas que se dedican al mundo del transporte en todas sus variantes suelen disponer de un seguro de responsabilidad civil ya que, cada vez más, son más las empresas-clientes, que efectúan un control de seguridad y de calidad de sus proveedores y requieren, previa prestación del servicio, la remisión de la póliza y el recibo acreditativo de pago de esta, entre otros documentos. Del mismo modo sucede con aquellas empresas de transporte que subcontratan a los transportistas autónomos, se aseguran previo inicio del servicio, de que cuenten con esta póliza, así como con todas las autorizaciones pertinentes que sean necesarias para realizar su actividad.

Aun así, considero que los capitales asegurados que habitualmente se contratan son relativamente bajos a tenor de la limitación de responsabilidad del transportista/porteador y las coberturas no siempre están bien configuradas a las necesidades concretas de la empresa; por lo que es muy aconsejable contar con el asesoramiento de Corredurías de Seguros especializadas en transporte que estudien las actividades y necesidades de la empresa y las orienten hacia aquellos productos que satisfagan y cubran todas sus líneas de actividad.

Para concluir este artículo, quiero citar la célebre frase de Henry Ford que decía “*es el mundo entero el que descansa sobre la base de los seguros. Sin ellos, cada hombre guardaría su dinero sin invertirlo en ninguna parte por temor a perderlo y la civilización se habría paralizado poco menos que en la barbarie*”.

Como hemos visto desde la antigüedad, el seguro juega un papel fundamental en el desarrollo económico, promoviendo la actividad económica de nuestras empresas y permitiéndolas a aventurarse en nuevos negocios con seguridad, ayudando a reducir las pérdidas y riesgos de estas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Arola, Ramón Aparicio “*Claves del Seguro del transporte de Mercancías*” 10.03.2020.
- Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación. Ortega Giménez, A. (2019): “*La nueva lex mercatoria: el valor jurídico de los INCOTERMS® en la jurisprudencia española*”.
- Fernández-Quirós, Tomás y López Quiroga, Julio, “*El contrato de seguro marítimo en la propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación marítima*” homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento/número extraordinario-2006.
- Guardiola Sacarrera, E. (1988). “*La compraventa internacional y los INCOTERMS®*” (4a ed.). Barcelona.
- López García de la Serrana, Javier, “*Seguro de transporte terrestre de mercancías se considera cláusula limitativa aquella que establece las condiciones necesarias para evitar la sustracción de la carga*”, Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2020. Ponente: Pedro José Vela Torres. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro. Año 56 nº11. Diciembre 2020.
- Montori Díez, Agustín con la colaboración de Escribano, Carlos y Cuartero, José M. “*Manual de Transporte Marítimo*”. Editorial. Atea-Olt Barcelona.
- Ostoja López-Alfaro, Alfredo, “*Compraventas Marítimas Internacionales: Contratos F. O. B. Y C. I. F.*”. Dialnet.
- Sala, Mario, “*Un siglo de seguros marítimos barceloneses en el Comercio con América (1770-1870)*”. Fundación Mapfre 2012.
- Sánchez Calero, F. “*Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y sus modificaciones*”. Editorial Aranzadi, Navarra, 2005.
- Tirado Suarez, Francisco Javier Art.61 “*Ámbito de la indemnización en el seguro terrestre*”, 1ª ed.
- Tortella, Gabriel/Manzano, Alberto/ García Ruiz, José Luis, “*Breve Historia del Seguro en España*”, Dossier nº37-Octubre 2015- Fundación Mapfre.
- Veiga Copo, Abel B. “*Condiciones en el Contrato de Seguro*”. Editorial Comares, Granada 2005
- Veiga Copo, Abel.B. “*Tratado del contrato de Seguro. Seguros contra daños y de responsabilidad civil*”. Tomo II.Vol.I. Editorial Aranzadi 2023. Octava Edición.
- Veiga Copo, Abel.B “*Tratado del Contrato de Seguro. Seguros Aéreos y Seguros Marítimos*”. Tomo III.Vol.II. Editorial Aranzadi 2023. Octava Edición.

Daños morales derivados de los defectos de la edificación

Cecilia García Gutiérrez
Abogada

SUMARIO

I. DAÑO MORAL

1.1. DAÑO MORAL DERIVADO DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

1.2. EL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO AL DAÑO MORAL: STS DE 23 DE JULIO DE 2021 Y STS DE 8 DE ABRIL DE 2016

A) LA STS DE 23 DE JULIO DE 2021: LA DOCTRINA DEL DAÑO EX RE IPSA

B) LA STS DE 8 DE ABRIL DE 2016: INDEMNIZACIÓN POR SEPARADO DEL DAÑO MORAL

C) CONSIDERACIONES A LAS ANTERIORES SENTENCIAS EN RELACIÓN CON LOS DAÑOS MORALES POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

II. LA RECLAMACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS CONSTRUCTIVOS

2.1. EL ARTÍCULO 1591 DEL CÓDIGO CIVIL

2.2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RECLAMACIÓN DEL DAÑO MORAL EN VIRTUD DEL ART. 1591 DEL CÓDIGO CIVIL

2.3. RECLAMACIÓN DE DAÑOS MORALES A PARTIR DE LA LOE

2.4. COMPATIBILIDAD Y ACUMULACIÓN DE ACCIONES PARA RECLAMAR OTROS DAÑOS DISTINTOS DE LOS MATERIALES

2.5. VÍAS JURÍDICAS PARA RECLAMAR LOS DAÑOS MORALES CONSECUENCIAS DE LOS VICIOS O DEFECTOS CONSTRUCTIVOS A PARTIR DE LA LOE

A) ACCIONES GENERALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL: CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL (ARTÍCULOS 1101 Y 1902 DEL CÓDIGO CIVIL)

B) COMBINACIÓN DE UN DOBLE RÉGIMEN: ARTÍCULO 1591 CÓDIGO CIVIL

C) LA ALTERNATIVA A TRAVÉS DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

III. DAÑOS MORALES DERIVADOS DE LOS DAÑOS DE LA EDIFICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ACTUAL

IV. BIBLIOGRAFÍA

I. DAÑO MORAL

1.1. Daño moral derivado del incumplimiento contractual

No es objeto de este estudio el análisis pormenorizado del concepto de daño moral, sin embargo es indispensable un examen previo de la doctrina y de la jurisprudencia en relación con la reparación del daño moral en la que interviene un elemento patrimonial, concretamente un incumplimiento contractual.

El daño moral es un concepto cuya determinación sigue resultando controvertido para la doctrina y la jurisprudencia, sin duda se trata de uno de los temas más complejos de la responsabilidad civil que todavía sigue creando cierta inseguridad jurídica, transcribiendo a López y García de la Serrana, *“Siempre que nos planteamos hablar sobre el daño moral comenzamos a situarnos sobre tierras movedizas.”*¹

En lo que no parece existir controversia es en la imposibilidad de encontrar una definición exacta y unánime donde incluir todo aquello que constituye daño moral.

Citando a Casado Andrés: *“Se trata de un concepto amplio, impreciso y esencialmente intuitivo, adjetivos que denotan la dificultad de ofrecer un concepto indisoluble de lo que significa el daño, circunstancia que sin duda repercutirá y dificultará el establecimiento de una noción rotunda y precisa de daño moral.”*²

El silencio del legislador respecto a la indemnización de los daños morales en el artículo 1106 del Código Civil proporciona un concepto en el que en principio no se incluye este tipo de daño, siendo la jurisprudencia quien a lo largo del tiempo ha conformado el concepto de daño moral.

Nadie duda de la necesidad de indemnizar daños corporales, lesiones con resultado de muerte o atentados a bienes de la personalidad y tampoco resulta cuestionable que estos daños forman parte del concepto de daño moral, sin embargo los límites a la hora de indemnizar y de encontrar cabida dentro del concepto de

daño moral, surgen cuando se trata de daños no patrimoniales derivados o vinculados a un incumplimiento contractual o bien cuando el daño es distinto de una lesión corporal o no afecta a un derecho de la personalidad³.

El daño moral no se encuentra expresamente reconocido en el Código Civil, argumento que ha sido utilizado como motivo para rechazar el reconocimiento de los daños morales derivados del incumplimiento contractual. Además de la ausencia de reconocimiento normativo del daño moral en sede contractual, otra teoría en contra de aceptar los daños morales derivados del incumplimiento contractual es la que considera que de dicho incumplimiento solo se derivan daños de carácter patrimonial⁴.

Y aunque, mayoritariamente, esta teoría se encuentra superada, la omisión que respecto a los daños morales hace el artículo 1106 del Código Civil unido a la falta de concreción conceptual, supone que queda en manos de los órganos judiciales el reconocimiento del daño moral derivado del incumplimiento contractual, dando lugar en ocasiones a que surjan conflictos en torno a la compatibilidad del daño moral junto al daño patrimonial por incumplimiento de obligaciones.

El análisis de las resoluciones judiciales permite advertir que se trata de un concepto que puede emplearse como una fórmula de protección a las víctimas cuestión que es puesta de relieve por la doctrina⁵ y sobre esa base, se han alzado algunas voces partidarias de realizar una labor de contención en su reconocimiento y conceptualización.

No existe duda en la contraposición existente entre los conceptos de “daño patrimonial” y “daño no patrimonial”, la cuestión, para cuanto nos ocupa, surge respecto a si el concepto de “daño moral” es sinónimo del concepto de “daño no patrimonial”, lo que en mi opinión lleva

1 LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., 2023, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, Nº. 86, 2023, Compatibilidad del daño moral junto al daño patrimonial por incumplimiento de obligaciones, págs. 5-10

2 CASADO ANDRÉS, B., 2016, Revista de Derecho UNED, núm. 18, El concepto del daño moral, estudios doctrinales, pág. 401.

3 CARRASCO PERERA, A., Derecho de daños, 1996, Sepin, pág.430.

4 MATE SATUÉ, L., Revista. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 278-31. La delimitación del concepto de daño moral: un estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español.

5 SERRA RODRÍGUEZ, A.: La Responsabilidad Civil del Abogado, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, p. 315 cuando analiza el uso del daño moral en la responsabilidad civil del Letrado al advertir que “el daño moral se convierte así en remedio para solucionar esta clase de conflictos sin entrar en la complejidad probatoria que implica valorar el éxito de una pretensión no planteada o mal planteada, con lo que se acaba admitiendo el resarcimiento de pérdidas que tienen un estricto carácter económico”

a confundir el verdadero concepto de daño moral, y esto da lugar a denegar las reclamaciones por daño moral cuando derivan de un incumplimiento con un componente patrimonial.

Existe una postura extendida en la doctrina que lleva a la equiparación del daño moral con el daño no patrimonial⁶. Y es que en nuestro lenguaje jurídico el término “daño moral” resulta ambivalente⁷, son varios los autores que apuntan a que esta confusión parece tener origen en un problema de índole lexicográfica y terminológica⁸.

Es habitual encontrarnos con autores que definen el daño moral por contraposición al daño patrimonial⁹, sin embargo esta definición ha sido objeto de críticas, en primer lugar por lo imprecisa que resulta y en segundo lugar porque no puede negarse que la lesión de un derecho patrimonial no sólo genera daños patrimoniales, sino que también puede producir daños extrapatrimoniales.

Esta parte de la doctrina no se muestra conforme con la reparación del daño moral cuando entra en juego un elemento patrimonial, y es que consideran que no resulta discutible la conveniencia de la reparación del daño moral, sin embargo no acepta la tendencia jurisprudencial que admite la reparación del daño moral ocasionado a raíz del incumplimiento del contrato¹⁰.

Quienes mantienen un concepto estricto de daño moral, equiparándolo al de daño no patrimonial, restringiéndolo a los sufrimientos o perturbaciones de carácter psicofísico que resultan de las lesiones a los derechos de la personalidad, consideran no indemnizable como regla general los daños morales contractuales, y difícilmente pueden considerar que el incumplimiento de un contrato llevará aparejada la vulneración de derechos de la personalidad del acreedor¹¹.

Hay una sentencia en el ámbito de la construcción representativa de esta corriente doctrinal; se trata de la STS de 31 de octubre de 2002, comentada por varios autores defensores de esta doctrina, cabe citar como ejemplo a uno de ellos¹²: “Con acierto, el TS atiende a la finalidad de la indemnización por daño moral, la de compensar o aliviar los perjuicios (dolor físico y sufrimiento psíquico) que se sufren sobre bienes de la vida personal (salud, libertad, equilibrio psíquico...) y sociofamiliar (capacidad afectiva o de comunicación) y que suponen una pérdida o deterioro de la utilidad del perjudicado, aunque en realidad pueda pretenderse reparar con ello, en última instancia, un daño patrimonial inherente a los costes que impliquen los tratamientos psicológicos o médicos, en su caso. El problema radica en la desvirtuación que se da frecuentemente en la práctica de esta finalidad compensatoria que le es propia al daño moral por pretenderse incluir en su alcance conceptos indemnizables por daños materiales que, por lo general, o no se han podido probar o no se pueden cuantificar, dada su dificultad.”

Si trasladamos estas conclusiones al ámbito de la contratación, resulta complicado encontrar hipótesis de daños morales derivados de la lesión de un derecho de la personalidad derivado del incumplimiento del contrato¹³.

Como dice Carrasco Perera: “Si partimos de un punto de vista objetivo, consideraremos daño moral el daño que se produce en una serie (limitada) de bienes jurídicos, definidos como bienes de valor inestimable, y con referencia a cualquier tipo de daño que puedan sufrir semejantes bienes tipificados. Sólo así se puede decir que la madre del menor sufre un daño moral por incumplimiento del deudor que ha dejado de contratar el seguro de vida comprometido, cuando la hija fallece por causa no imputable a dicho deudor, o que no es indemnizable en general el daño moral resultante de una ruina funcional en el edificio, al no ser el activo jurídico lesionado un bien o derecho inmaterial de la persona”.¹⁴

Ejemplo de esta tesis es la antes mencionada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 2002, “*Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona, no cabe*

6 GARCÍA SERRANO, F. de A., El daño moral extracontractual en la jurisprudencia española, pág. 802 “Como dice ROVELL, es postura muy extendida la de quienes equiparan las categorías de daño moral y daño no extrapatrimonial, siendo corriente definir aquél por contraposición al daño patrimonial”.

7 CARRASCO PERERA, A., Op. cit. (nota 3)

8 GARCÍA SERRANO, F. de A., Op. cit., (nota 6) pág. 803

9 GARCÍA SERRANO, F. de A., Loc. cit., pág. 804

10 RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., La reparación del daño moral en la contratación inmobiliaria, Revista de derecho de la división de ciencias jurídicas de la Universidad del Norte, N° 30, 2008.

11 RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., Loc. cit.

12 GARCÍA MUÑOZ, O., Responsabilidad en el contrato de obra y daños morales, InDret 2/2003, pp. 1-5, <http://www.indret.com> (fecha de consulta: 10/12/2023).

13 RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., Op. cit. (nota 10)

14 CARRASCO PERERA, A., Op. cit., (nota 3), pág.430

alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial”.

En contraposición se encuentran los que pretenden conceptualizar el daño moral a través de una definición positiva que lo dote de contenido. Entre estos, una segunda posición doctrinal mantiene de forma exclusiva un concepto amplio de daño moral considerando que los daños morales son aquellos perjuicios de naturaleza no patrimonial que resultan de la lesión de cualquier interés jurídico, tanto si estos tienen o no naturaleza patrimonial.

En este caso no se referiría a bienes jurídicos tipificados, sino a los daños que afecten a cualquier interés jurídico del perjudicado, desde la propiedad hasta la salud mental.

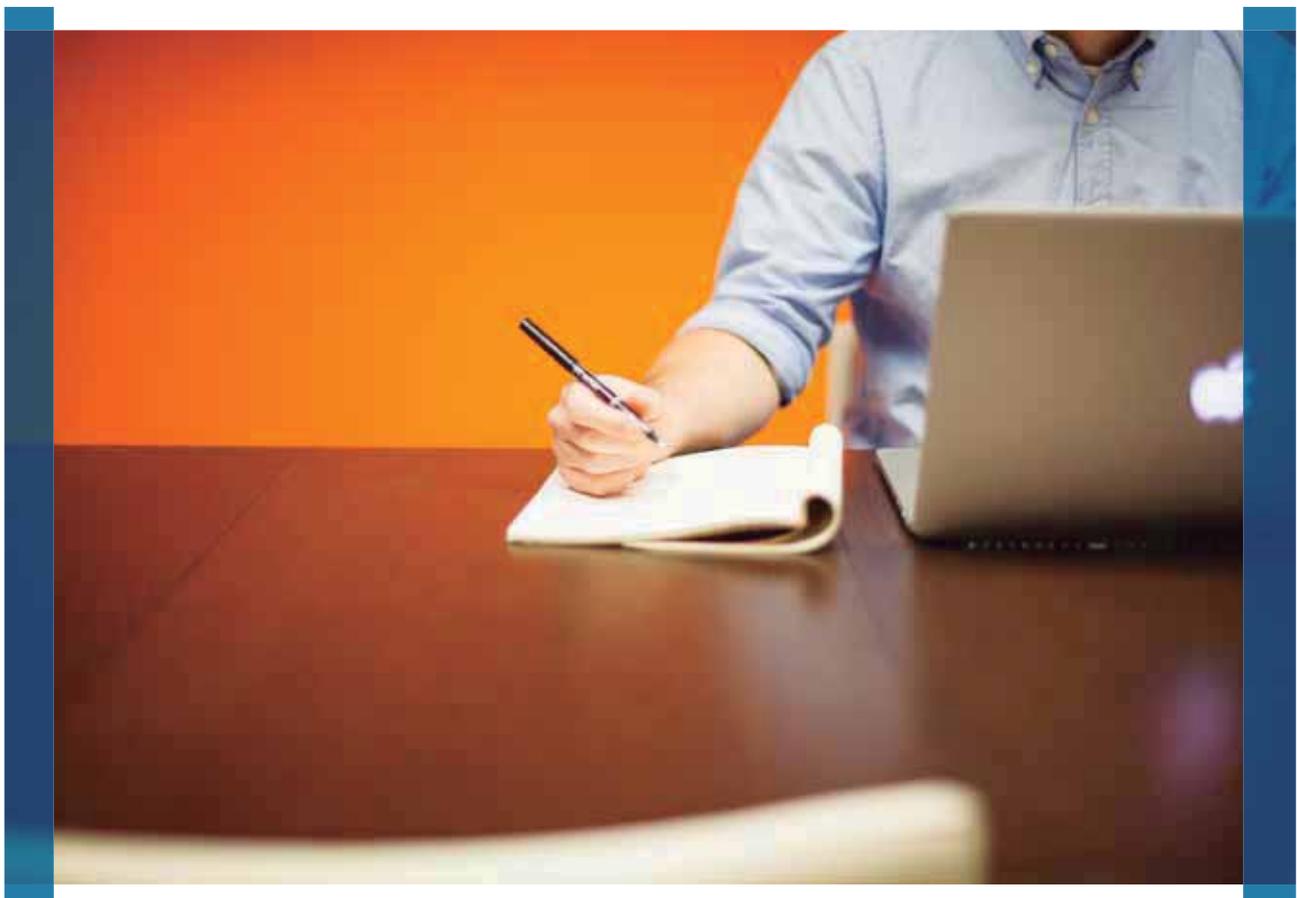
Sin embargo, un concepto amplio de daño moral indemnizable en el ámbito contractual, puede suponer una indemnización automática de los perjuicios no patrimoniales derivados del incumplimiento de un contrato, y esto porque tras el incumplimiento del contrato las expectativas del deudor resultan frustradas, de este modo siempre experimentara un mínimo

disgusto o una cierta intranquilidad que sin duda provocaran cierto daño moral.

Es a partir de las consecuencias que conlleva un concepto amplio de daño moral cuando surge una tercera tesis que partiendo del concepto amplio de daño moral propone límites a la indemnización del daño moral cuando guarda relación con aspectos patrimoniales. Admitiendo que el artículo 1106 del Código Civil aunque no incluye tampoco excluye la posibilidad de reclamar daños morales, ahora bien, sin negarse, como regla general, la indemnización del daño moral contractual (concepto estricto de daño moral), tampoco se admite su reparación de una forma ilimitada (concepto amplio de daño moral).

Los defensores de esta tesis proponen como criterios que marcan límites a la reparación del daño moral contractual: la aplicación del artículo 1107 del Código Civil (previsibilidad de daño moral) y la exigencia de que el daño moral sea de una cierta entidad¹⁵.

¹⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual*, Rev. Universi-



Respecto al artículo 1107 del Código Civil, son numerosas las opiniones doctrinales que consideran oportuno el juego del precepto en la indemnización del daño moral contractual (Díez-Picazo, Carrasco Perera, Martín Casals y Solé Feliu, Parra Lucán, Yzquierdo Tolsada).

Según establece el precepto “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

Supone plantearse si los daños morales que sufra el acreedor como consecuencia del incumplimiento contractual eran previsibles en el momento de contratar, en caso de serlos, para el deudor era conocido y asumido el riesgo de indemnizar junto a los daños patrimoniales el interés no patrimonial dañado en caso de incumplimiento por su parte.¹⁶

Aunque este es un presupuesto que sólo se aplica al deudor “de buena fe” ya que el “dolo” responde de todos los daños, previsibles o no, siempre que sean consecuencia del incumplimiento.¹⁷

En opinión de Carrasco Perera “no es en el art. 1106 donde se debe localizar la cuestión, sino en el art. 1107, generalmente dejando fuera de consideración. En nuestro Derecho, y salvando las normas específicas ya citadas, la indemnizabilidad del daño moral está en función de que se satisfaga en el caso el test del art. 1107”¹⁸

Sin duda, es el segundo de los límites el que realmente marca a nuestros órganos judiciales a la hora de considerar la existencia de un daño moral derivado de un incumplimiento contractual. Existe la necesidad de que se considere que el daño moral es grave para que resulte jurídicamente relevante a efectos de su resarci-

miento¹⁹. La gravedad del daño moral para considerar su indemnización se determina teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto o el incumplimiento producido.

Respecto a la necesidad de la relevancia del daño moral Pérez Velázquez refiere: “Ello nos sitúa nuevamente, como ya se indicó respecto a nuestro Derecho, en la necesidad de que el daño no patrimonial responda a un cierto grado de relevancia, entidad o magnitud del impacto. En el mismo sentido sostiene Solé Feliu que «el perjuicio tiene que constituir un “plus” o “añadir algo” a la simple incomodidad o al malestar que todo acreedor experimenta habitualmente ante el incumplimiento de su deudor contractual, y así lo asume cada una de las partes contratantes. Lo contrario implicaría reconocer una indemnización automática por daño moral en todos los supuestos en que exista incumplimiento contractual”²⁰.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010²¹, ponente Xiol Rios, se hace eco de esta última tesis, al establecer una diferencia clara e importante, a la hora de determinar cuándo deben ser indemnizados los daños morales y con qué alcance; para lo que acude al artículo 1107 del Código Civil, recordándonos que mientras que el deudor de buena fe responde de los daños previstos y de los daños previsibles, el deudor doloso responderá también de los daños que conocidamente se deriven del hecho generador.

Tal y como establece López y García de la Serrana “*la consecuencia de esta diferencia es que, en el caso del incumplimiento con dolo (tanto en el ámbito contractual como extracontractual) se amplían los criterios de imputación objetiva para determinar de qué daños se debe responder, concluyendo que no solamente comprenderán aquellos que pudieron preverse en el momento de contraerse la obligación, sino los*

dad Autónoma de Madrid, pág.17.

16 Por todos RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M, Loc. cit. (nota 15)

17 SOLÉ FELIU, J. El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español, InDret 1/2009.

18 CARRASCO PERERA, A., Comentario al art. 1106 Cc, en ALBADALEJO, M. (coord.), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, XV, vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, pág. 703

19 La profesora QUICIOS MOLINA, S., Derecho de daños, 1996, Sepin, pág. 561, alcanza dicha conclusión tras estudio del profesor DIEZ-PICAZO, El escándalo.... (2008) pág. 88: “Lo anterior quiere decir también que la indemnización por daño moral requiere hechos de alguna especial gravedad y que es una reacción especial frente a la gravedad. Históricamente no cabe duda de que es así, pero también debería serlo desde el punto de vista del Derecho moderno por lo que hay que oponerse vehementemente a lo que más arriba llamamos trivialización”.

20 PÉREZ VELÁZQUEZ, P., La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo” Colección de Derecho Privado de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (2016)

21 RJ 2010\5151

que conocidamente se deriven del incumplimiento, por lo que no sólo va a ser determinante que el daño sea relevante, sino que también se va a tener en cuenta un criterio de imputación fundado en la conexión objetiva del daño moral con el incumplimiento. A efectos prácticos, vemos que existe un plus en el daño objeto de indemnización en casos de incumplimiento doloso, y aquí es donde entra en juego la indemnización por todos los daños morales, aunque no fueran previsibles o relevantes. No se va a limitar por tanto la indemnización a aquellos daños que pudieran ser previsibles al momento de la perfección del contrato u obligación, si no que se amplía también a todos los daños morales”.²²

La mencionada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010, estima que al haberse probado que existió un daño y que estos afectan de forma grave a la vertiente física, psíquica y de bienestar social y familiar, y quedar igualmente demostrado que el daño es consecuencia de un incumplimiento patrimonial, que en este caso se considera de carácter doloso, concurre un criterio de imputación objetiva, sancionado por el artículo 1107 del Código Civil que obliga al deudor a responder de los daños morales causados.²³

Como sostiene De Cossio “una cosa son los daños morales que tienen una trascendencia patrimonial y otra los daños morales propiamente dichos, y en pura lógica jurídica, unos y otros son susceptibles de indemnización, y los primeros -los morales- con independencia de los patrimoniales que directa e indirectamente pudieran haber producido”²⁴. Doctrina de la que se hace eco la referida Sentencia y que se muestra a favor de la extensión de la indemnización de los daños morales del campo extracontractual al contractual. Es por tanto un error considerar que los padecimientos acreditados no pueden ser considerados como daños morales

22 LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. Op. cit., (nota 1) págs. 5-10

23 Según la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo 366/2010, de 15 de junio (RJ 2010, 151), el deudor que incumple dolosamente el contrato deberá indemnizar a la otra parte contratante el daño moral sufrido por ésta como consecuencia de su incumplimiento cuando el mismo tenga relevancia. Se trata de la interpretación del artículo 1107, párrafo 2º, del Código Civil, que establece un criterio de imputación novedoso, especialmente importante si se tiene en cuenta la dificultad que ha tenido nuestra jurisprudencia en admitir la consideración del daño moral a la hora de cuantificar la indemnización debida por incumplimiento de contrato.

24 DE COSSIO Y CORRAL, A., Instituciones de Derecho civil, I, Madrid, 1975, p. 315.

si derivan de un incumplimiento contractual y que no cabe reclamar por daño moral si se produce y se reclama al mismo tiempo por un perjuicio patrimonial.

La doctrina se ha venido pronunciando de forma mayoritaria a favor de la indemnización del daño moral contractual, concibiéndolo de forma cada vez más amplia. Asimismo, nuestra jurisprudencia tiene sobradamente reconocida la indemnización del daño moral de forma independiente a la del daño patrimonial, y tal y como concluye López y García de la Serrana “pudiendo existir de forma conjunta o individual, sin que en ningún caso la indemnización por daño material deba excluir el pago de los perjuicios morales, eso sí, siempre y cuando se haya podido y sabido acreditar la existencia de ambos daños, como conceptos independientes e individualizados”.²⁵

1.2. El Tribunal Supremo respecto al daño moral: STS de 23 de julio de 2021 y STS de 8 de abril de 2016

Entre las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre el daño moral, cabe citar la de 23 de julio de 2021²⁶ y la de 8 de abril de 2016²⁷ a las que nos referimos a continuación.

a) La STS de 23 de julio de 2021: la doctrina del daño *ex re ipsa*

En la primera de las sentencias que considero de especial mención, respecto al daño moral, el Alto Tribunal considera que en la contratación puedan existir infracciones que permitan aplicar la doctrina del daño *ex re ipsa*, de manera que queden comprendidos los daños morales eventualmente padecidos por el comprador.

La Sentencia de 23 de julio de 2021 enjuicia la reclamación por “fraude” consistente en la instalación en los vehículos de un programa informático diseñado para falsear las mediciones de las emisiones de gases contaminantes; respecto a los daños morales se alegaba la infracción de la doctrina del daño *ex re ipsa*, argumentando la recurrente que “aunque es regla general que los daños objeto de resarcimiento no se presumen sino que deben ser probados por el que los sufre, como excepción la jurisprudencia admite que existen daños que se presumen. Son los da-

25 LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., Op. cit. (nota 1).

26 RJ 2021\3583

27 ID Cendoj: 28079110012016100208

ños que se deducen necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o que son consecuencia forzosa, natural e inevitable, daños incontrovertibles, evidentes y patentes, llamados *in re ipsa*. Esta doctrina es aplicable al caso, pues el empleo de un dispositivo de software ilegal constituye un incumplimiento contractual que entraña un daño moral *ex re ipsa*”

El Alto Tribunal se apoya en la antes mencionada STS de 15 de julio de 2010, resolviendo en el siguiente sentido: “*En el caso examinado, dada la naturaleza puramente económica y mercantil del contrato, no consta que en el contenido del contrato se hubiesen tomado en consideración, implícita o explícitamente, los daños morales que pudiera producir su incumplimiento. Sin embargo, la sentencia de instancia declara que el incumplimiento fue doloso, por lo cual la imputación objetiva alcanza a los daños morales relevantes derivados del incumplimiento, independientemente de que el cumplimiento del contrato comportase o no la obligación de preservar a la otra parte de dichos daños. En consecuencia, considera que cabe imputarse objetivamente la causación de daños morales al importador del vehículo porque actuó dolosamente, pero no la concesionario porque no conocía la instalación del dispositivo.*”

La sentencia considera que en términos general, no existe imputación objetiva entre el incumplimiento de un contrato y el daño moral, sin embargo, a continuación se indica que «*en el caso de que el incumplimiento contractual sea doloso, como ocurre con el atribuido al fabricante que instaló el dispositivo fraudulento (y de la entidad íntegramente participada por tal fabricante que asumió, frente a los compradores españoles, la responsabilidad de dicho fabricante), el título de imputación se deriva de la previsión del art. 1107 del Código Civil de que “en caso de dolo responderá el deudor de todos los [daños y perjuicios] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.*”

El Alto Tribunal acude al artículo 1107 del Código Civil para reconocer la indemnización de daños morales derivados del incumplimiento contractual cuando existe un incumplimiento doloso y sin embargo tal y como refiere Yzquierdo Tolsada²⁸ en su comentario a dicha re-

solución “*las afirmaciones de la sentencia invitan a pensar que el deudor no doloso no responde de más daños morales que los que hubieran sido previstos o hubieran resultado previsibles al tiempo de constituirse la obligación.*”

Comparto las conclusiones del citado autor, al considerar que las consecuencias del incumplimiento contractual deben incluir el daño moral, haya dolo o no lo haya, sin la limitación del párrafo segundo del artículo 1107 del Código Civil, a la que se refiere el Tribunal Supremo considerando que el incumplidor no doloso no responde más allá de lo previsto o lo que hubiera podido preverse.²⁹

El Tribunal Supremo aunque acepta la indemnización de daños morales (reduciéndola), no solo no aplica la doctrina del daño *in re ipsa*, sino que niega la imputación objetiva entre el incumplimiento de un contrato y el daño moral. Pero quizás sea el momento de dar un paso más, y que desde esta argumentación se analice la posibilidad de reclamar daños morales derivados del incumplimiento contractual, pues el artículo 1258 del Código Civil establece que los contratos “*obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”.³⁰

A colación de esto cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014,³¹ en la que se considero que el amplio retraso con el que se entregaron las viviendas objeto de compraventa constituía un incumplimiento contractual que evidencia por sí mismo la existencia de un daño patrimonial patente, el cual supone para los compradores una frustración de su economía e interés material que resulta identificable con la pérdida del valor de uso que aquéllas les habrían reportado si se hubiesen entregado a tiempo. El daño se muestra así como la consecuencia forzosa, natural e inevitable que se deduce necesaria y fatalmente

29 Loc. cit: “*No compartiré nunca, por ejemplo, la idea de que los daños en bienes de la personalidad no forman parte de los previstos o previsibles por las partes cuando contrataron, y me parece muy forzado mantener que es el dolo lo que permite ampliar el perímetro protegido por el contrato o el conjunto y tipología de los bienes y derechos.*”

30 Hace YZQUIERDO TOLSADA en su comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2021 un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que admite el daño moral *in re ipsa*, aplicando el artículo 1258 del Código Civil, en concreto se refiere a las STSS de 9 de mayo de 1984, de 23 de marzo de 1988 o la STS de 20 de diciembre de 2004.

31 RJ 2014, 5946

28 YZQUIERDO TOLSADA, M., De nuevo se relaja el principio de relatividad de los contratos. Luces y sombras del daño *in re ipsa*: Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2021 (561/2021). Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil Colegio de Registradores de la Propiedad de España. (BOE, biblioteca jurídica, comentarios de sentencias).

del retraso acaecido. Al resultar evidenciada por el propio retraso en la entrega, la efectiva pérdida del valor de uso de las viviendas puede estimarse acreditada sin necesidad de tener que fundamentarla en un medio de prueba específico. El Tribunal Supremo en este caso consideró que se trataba de una situación en la que habla la cosa misma *ex re ipsa*, de modo que no hacía falta prueba porque la realidad actúa incontestablemente por ella. Teniendo en cuenta la fundamentación para los daños patrimoniales, entiendo que igualmente, hubiera resultado aplicable el principio *ex re ipsa* para los daños morales de haberse reclamado estos.

La determinación *ex re ipsa* del daño resarcible ha sido admitida, entre otras materias, en la de vicios y defectos en la construcción de edificios, son ejemplos de ellas: La STS 5 junio 1985³² que sostiene que los daños provenientes de vicios constructivos atribuibles a la conducta de los técnicos (arquitecto y aparejador) son evidentes y no necesitan ser probados, porque privaron a la parte demandante de los inmuebles defectuosamente construidos, hasta el punto de no poder ser utilizados. A su vez, la STS 12 abril 2012³³ estimó que la venta de una edificación con la cubierta incompleta y parcialmente viciada constituía un daño patente para los adquirentes cuya prueba era innecesaria al derivar el perjuicio del propio incumplimiento contractual.

Por tanto, considero que las consecuencias del incumplimiento contractual debe incluir el daño moral, y el artículo 1107.2 del Código Civil no es la única vía para ello.

b) La STS de 8 de abril de 2016: Indemnización por separado del daño moral.

Por otro lado, nos referimos ahora a la famosa sentencia del siniestro del crucero "Costa Concordia" donde se indemniza a cada uno de los demandantes con 12.000 euros por el daño moral causado por el sufrimiento, zozobra, estrés y angustia vividas durante el naufragio, además los 17 pasajeros que sufrieron lesiones recibieron una cantidad adicional fijada en los informes periciales.

La sentencia, de la que fue magistrado Pantaleón Prieto, se refiere al uso del Baremo de accidentes de tráfico, como criterios orientadores, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como conse-

cuencia del daño corporal fuera del ámbito de la circulación, considerando el Alto Tribunal que resulta compatible e independiente el daño moral al daño corporal: *"la utilización de las reglas del Baremo como criterios orientadores, es decir, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal no ocasionado por un hecho de la circulación (de un vehículo de motor), no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del referido daño corporal; requisito, este último, que elimina por hipótesis la posibilidad de una doble indemnización por el mismo daño moral"*.

Antes de esta sentencia el Tribunal Supremo ya se había pronunciado aceptando la aplicación orientadora del Baremo de tráfico para calcular la indemnización de los daños personales causados en sectores distintos al del tráfico motorizado, ahora bien el matiz de esta sentencia respecto a la jurisprudencia anterior se encuentra en que siendo posible la aplicación del Baremo en sectores distintos al de la circulación, ello no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del referido daño moral. Consecuentemente el Alto Tribunal introduce una distinción que hasta ahora no se había tenido por los tribunales, y es que no cabe confundir ni dar el mismo tratamiento al daño moral vinculado con el daño corporal derivado del hecho causante, y al daño moral desligado del mismo, porque solo el primero resulta satisfecho con el Baremo.³⁴

El hecho de que la reclamación, en este caso, se planteara por quien no sufrieron daños corporales ha permitido comprender la independencia del daño moral, considero que esta sentencia marca un hito en el concepto y entendimiento del daño moral, al considerar que el daño moral no derivado o vinculado al daño corporal puede ser objeto de indemnización independiente.

Dicha sentencia nos permite considerar que puede existir un daño moral sin daño corporal, sin embargo, en el marco del daño moral derivado de un incumplimiento contractual, sin duda, es posible individualizar el daño moral del patrimonial, pero considero que es difícil desvincular un daño del otro. Concretamente

32 RJ 1985, 3094

33 RJ 2012, 5899

34 LÓPEZ MARTÍNEZ, J.C., Aplicación del baremo de tráfico como criterio orientador e indemnización por separado del daño moral extracorporal. Comentario a la STS 1ª 232/2016, de 8 de abril, Diario La Ley, nº 8761, Sección Tribuna, Ed. La Ley, 2016.



en el caso de los vicios de la construcción, el daño moral es provocado por los daños patrimoniales que han sido causados por el incumplimiento contractual, en este tipo de supuestos, me cuesta considerar la posibilidad de que se provoque un daño moral derivado de un incumplimiento contractual sin la existencia de daños patrimoniales.

c) Consideraciones a las anteriores sentencias en relación con los daños morales por incumplimiento contractual.

Las sentencias analizadas nos permiten concluir:

- El daño moral debe reclamarse de forma independiente y resulta fundamental la prueba de ellos para su reconocimiento.
- En el caso de un incumplimiento contractual, la jurisprudencia tiene reconocida que junto con los daños patrimoniales se generan daños morales que pueden ser reclamados.
- La jurisprudencia ha encontrado en el artículo 1107 del Código Civil la vía para reconocer la viabilidad del daño moral derivado del contrato.
- Sin embargo, tras analizar la jurisprudencia podemos comprobar que mediante el artículo 1107 del Código Civil se reconoce la indemnización de los daños, al mismo tiempo que viene a establecer los límites y condiciones que determinan en qué casos el daño moral, derivado de un incumplimiento contractual, resulta indemnizable.
- El Tribunal Supremo se aproxima a abrir el reconocimiento de la indemnización de daños morales, lo que no está libre de dificultades debido a la ausencia de límites claros en torno a lo que debe ser indemnizable, y a la falta de criterios que permiten anticipar la viabilidad y cuantía de las indemnizaciones. Creo que el Tribunal Supremo es cauteloso en sus pasos por miedo a que la cuestión del daño moral se convierta en la “caja de Pandora del derecho de daños”, y es por ello por lo que aunque en sus pronunciamientos se esconde la lógica argumental de los daños *ex re ipsa*, no se reconoce claramente la aplicación de este principio en cuanto a los daños morales derivados de un incumplimiento contractual.

II. LA RECLAMACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS CONSTRUCTIVOS

Tomando como referencia la tesis que permite la reclamación del daño moral si son daños previstos o previsibles al tiempo de constituirse la obligación y si son consecuencia necesaria de su falta de conocimiento, conforme al artículo 1107 del Código Civil, en los supuestos de responsabilidad por vicios constructivos determinantes de ruina puede considerarse que el daño moral es consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento del deudor y se trata de daños previsibles objetivamente. No hay duda que en los casos de ruina en sentido estricto, es decir, cuando se produce el derrumbamiento total o parcial del edificio, el daño moral es un daño previsto por el conocimiento que debe tener el responsable de las consecuencias que derivan de una construcción defectuosa y también previsible en atención a la obligación asumida, que consiste en llevar a cabo una construcción segura y habitable.³⁵

La cuestión surge respecto a aquellos otros daños que no afectan a la solidez o estabilidad estructural de la edificación pero si hacen inadecuada o inútil para servir al destino y finalidad para la que fue construida, es lo que se conoce como ruina funcional. En estos casos, cuando los defectos exceden de las simples imperfecciones, igualmente pueden originar el quebrando moral del perjudicado, al ver frustradas sus expectativas de disfrutar de su vivienda conforme tenía previsto. La respuesta en estos casos no se encuentra en el tipo de ruina que lleva a provocar el daño moral, sino en la efectiva existencia del perjuicio moral sufrido por los vicios que le afectan.

2.1. EL ARTÍCULO 1591 DEL CÓDIGO CIVIL

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) tiene por objeto regular el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso. Norma que nace ante la insuficiencia del artículo 1591 del Código Civil para resolver muchos de los problemas que se planteaban como consecuencia de las deficiencias en la construcción. Hasta la entrada en vigor de la LOE la labor de interpretación y aplicación del artículo 1591 del Código Civil realizada por nuestros Tribunales fue disimulando las dificultades que suponía satisfacer los intereses de un sector como el de la

construcción y ofrecer las garantías necesarias a los compradores de viviendas en la estrechez e insuficiencia de este precepto.

Ante las carencias del citado precepto, la jurisprudencia reformuló su tenor a partir de los años sesenta, colmando lagunas y reinterpretándolo³⁶. El desarrollo jurisprudencial del artículo 1591 del Código Civil ha sido extenso habida cuenta el alto índice de litigiosidad en esta materia abarcando aspectos como el ámbito de aplicación, la legitimación activa y pasiva, el concepto de ruina, la solidaridad de la responsabilidad, los plazos de garantía y prescripción y por supuesto el alcance de la obligación de reparar.

La acción decenal, prevista en este precepto legitima a reclamar responsabilidad por vicios ruinógenos frente a cualquiera de los agentes intervinientes en el proceso constructivo del que derivan los daños³⁷. La ubicación del precepto en el capítulo “Del arrendamiento de obras y servicios” del Código Civil y que la responsabilidad derivaba de la “lex artis”, integrada en el contrato de obra, eran los argumentos para que la mayoría de la doctrina entendiese que estamos ante una responsabilidad contractual.³⁸

El artículo 1591 del Código Civil regula un supuesto especial de responsabilidad civil contractual, en el que es presupuesto esencial la existencia de unos daños y perjuicios indemnizables³⁹ causados por los vicios de la construcción o por vicio del suelo o de la dirección. El efecto jurídico previsto en esta norma es el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de los vicios ruinógenos, citando a la profesora Mesa Marrero, “comprende todas las consecuencias desfavorables que haya sufrido el perjudicado y que tengan su causa en el hecho dañoso”⁴⁰

Tal y como indicábamos el artículo 1591 ha sido un precepto ampliamente desarrollado por la jurisprudencia, también en lo que respecta a

35 MESA MARRERO, C., Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 13, 2001

36 PACHECHO JIMÉNEZ, M^a N., Responsabilidad por vicios constructivos de habitabilidad y responsabilidad por incumplimiento contractual, Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 108, Pamplona, 2018.

37 GARCÍA MUÑOZ, O., Responsabilidad en el contrato de obra y daños morales Comentario a la STS, 1^a, 31.10.2002, Working Paper n^o: 143, Barcelona, 2003.

38 SANTANA NAVARRO, F. L., La responsabilidad en la Ley de Ordenación de Edificación, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2018.

39 MEZQUITA GARCIA-GRANERO, M^a D., Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol.III, Ed. Aranzadi, 1999

40 MESA MARRERO, C, Op. cit. (nota 35).

la extensión del resarcimiento de los daños y perjuicios previstos en la citada norma, la jurisprudencia ha realizado una importante labor para dar plena satisfacción a los intereses de los perjudicados por una edificación ruinosa.

La indemnización del daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual ha sido siempre una cuestión controvertida, si bien, la jurisprudencia en los casos de responsabilidad por vicios constructivos determinantes de la ruina acabó considerando posible que el daño moral formara parte de los daños indemnizables en los casos de defectos constructivos.

Veamos a continuación cómo se ha desarrollado la evolución jurisprudencial desde la negativa hasta el reconocimiento de los daños morales en este campo.

2.2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RECLAMACIÓN DEL DAÑO MORAL EN VIRTUD DEL ART. 1591 DEL CÓDIGO CIVIL

En línea con la doctrina restrictiva que no reconoce la posibilidad de indemnizar daños morales derivados de un incumplimiento contractual, en un principio la jurisprudencia negaba la posibilidad de indemnizar el daño moral como consecuencia de vicios ruinógenos. En las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002⁴¹ y 7 de marzo de 2005⁴² se entendió que en los casos de responsabilidad derivada del art. 1591 del Código Civil no procedía reconocer una indemnización por daño moral porque el supuesto contemplado en la norma se refiere a una lesión de tipo patrimonial y por tanto no se entiende que afecte a la esfera personal o espiritual del sujeto -con alguna excepción como la STS de 22 de noviembre de 1997⁴³, a la que nos referiremos más adelante-.

Citando a Estruch Estruch en el análisis de las referidas sentencias: “para que proceda dicha indemnización deben haberse producido realmente los referidos daños morales como consecuencia de la ruina, sin que pueda entenderse que la simple existencia de determinados defectos constructivos en una edificación por sí sola genera daños morales, sino que éstos deben vincularse de algún modo, a los derechos inmateriales de las personas y no a los derechos patrimoniales.”⁴⁴

En la STS de 31 de octubre de 2002, en cuanto al daño moral, el Alto Tribunal afirmó que *“no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial. Por tanto, se desestima el pedimento relativo al daño moral”*. En idéntico sentido, en la STS de 7 de marzo de 2005 el Tribunal Supremo afirma que *“Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona;... no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación del daño patrimonial, doctrina ésta aplicable al caso ahora enjuiciado en que los demandantes no se han visto privados del uso de sus viviendas ni de los cuartos de baño en que aparecieron los defectos denunciados; las molestias causadas por esta situación no pueden ser consideradas como constitutivas de un daño moral, en los términos en que éste es concebido por la doctrina de esta Sala”*

En otro supuesto de reclamación del daño moral contractual, la STS de 20 de marzo de 1991⁴⁵, analiza la reclamación de daños planteada por la promotora frente a la constructora y el arquitecto técnico de la obra. En este caso la Sala respecto a la solicitud de indemnización por los daños morales, declara que *“se denegó la indemnización por daños morales por no haberse causado ninguno de esta clase a la demandante, o sea porque no se probó la certeza de la pérdida de la buena imagen ni el deterioro público del prestigio de «PM, la promotora», hechos sobre los que se fundaba en la demanda la pretensión de indemnización por daños morales, lo cual no debe ser revisado en casación aunque sí se advierta como del hecho de que no por una deficiencia en el Proyecto técnico de la obra, redactado por Arquitecto, sufra algún perjuicio la empresa promotora de la edificación ningún daño moral puede seguirse a ésta.”*

Las sentencias comentadas constituyen un ejemplo de la tesis restrictiva, al confirmar que no es posible alegar el daño moral como una derivación del daño patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos.⁴⁶ De esta línea se hizo eco alguna Audiencia Provincial como la de Málaga en Sentencia de 24 de marzo de 2008⁴⁷, sin embargo la tendencia en la juris-

41 RJ 2002, 9736

42 RJ 2005, 2214

43 RJ 1997,8097

44 ESTRUCH ESTRUCH, J., Las responsabilidades en

la construcción, Ed. Civitas, 2011.

45 RJ 1991, 2419

46 GARCIA MUÑOZ, O., op. cit. (nota 37)

47 AC 2008,1634

prudencia menor fue cambiando hasta reconocer el daño moral por vicios de la construcción siempre que concurren algunos requisitos. La evolución surge cuando el Tribunal Supremo reconoce, aunque no en el ámbito de los defectos constructivos, que en ocasiones el incumplimiento contractual va más allá del daño estrictamente patrimonial, ocasionando un daño moral que merece ser resarcido, es a partir de entonces cuando comienza nuestra jurisprudencia menor a reconocer la indemnización del daño moral de forma independiente a la del daño patrimonial⁴⁸, pudiendo existir de forma conjunta o individual, sin que resulten excluyente, siempre que se acredite debidamente la existencia de ambos de forma independiente e individualizada.⁴⁹

El Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de julio de 2011⁵⁰ admite que el daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que pueden provocar ciertas conductas, actividades o resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés infringido. En dicha sentencia el Alto Tribunal reconoce que el daño moral puede tener cabida en materia de vicios constructivos, aunque en ese caso no llega a estimarse la indemnización por dicho concepto por considerar que las molestias soportadas por los propietarios de las viviendas no fueron graves, por lo que no tenían la entidad suficiente para ser calificadas como daño moral.

Otra sentencia de interés, dictada por el Tribunal Supremo sobre el daño moral es la de 22 de noviembre de 1997⁵¹ en relación a dicha cuestión la sentencia afirma lo siguiente: *“los acontecimientos posteriores, como bien explica el Tribunal de Instancia, lo justifican cumplidamente, pues hubo de procederse, consecuencia del incremento de los vicios constructivos que afectaban al edificio, a su desalojo, con los consi-*

guientes quebrantos no sólo económicos, sino morales, para los propietarios ocupantes, que adquirieron los pisos para que les sirvieran de morada segura y no sometida a las contingencias negativas de una defectuosa construcción”. Asimismo, la sentencia justifica que el Tribunal de Instancia cuantifique los daños morales ocasionados a los actores, pues ello *“permite su efectividad ejecutoria procesal y soluciona de forma directa la situación angustiosa de las familias que se vieron obligadas a abandonar sus viviendas, por unas obras defectuosas graves, en las que no tuvieron participación alguna y han de sufrir una grave frustración y anormalidad en el desarrollo de sus actividades de moradores ocupacionales de los pisos”*.

En esta sentencia el Tribunal Supremo además de reconocer la indemnización de daños morales producidos por vicios ruinógenos valora también las razones que justifican la compensación económica de tales daños, considerando que los defectos constructivos además de originar pérdidas materiales también provocan perjuicios de índole personal. De todo ello, se concluye que la reparación integral de los daños causados como consecuencia de una construcción defectuosa, no siempre se limita al resarcimiento de los perjuicios económicos⁵².

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2012⁵³ en este caso se reconoció la indemnización de daños morales ocasionados por el necesario abandono de la vivienda familiar como consecuencia de la gravedad de los defectos constructivos.⁵⁴ Son reconocidos daños morales cuando el propietario sufre a consecuencia de los vicios una situación depresiva o daños físicos⁵⁵. Asimismo el temor al derrumbamiento del edificio como consecuencia de los defectos también lleva al reconocimiento de los daños morales⁵⁶.

48 Mantiene estos planteamientos, entre otras, la SAP de Ciudad Real de 20 de junio de 1994 (AC 1994, 1972), las SSAP de Tarragona de 6 de junio de 2001 (AC 2001, 1562) y de 15 de abril de 2003 (JUR 2003, 238961), la SAP de Córdoba de 12 de mayo de 2003 (JUR 2003, 151774), la SAP de Granada de 19 de julio de 2004 (JUR 2004, 256352), la SAP de Jaén de 4 de julio de 2004 (JUR 2009, 6067), la SAP de Valladolid de 29 de febrero de 2006 (JUR 2008, 217395), las SSAP de Pontevedra de 8 de febrero de 2007 (JUR 2007, 88305) y de 13 de septiembre de 2008 (JUR 2008, 51082), y la SAP de Valencia de 14 de julio de 2009 (JUR 2009, 1869).

49 LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., 2023, op. cit. (nota 1), págs. 5-10

50 RJ 2011,5123

51 RJ 1997,8097

52 MESA MARRERO, C., op. cit (nota 35).

53 RJ 2012, 5902

54 Analizada por MARTINEZ ESCRIBANO, C., Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 93, 2013: La falta de uso del inmueble ocasionada por los vicios constructivos lleva aparejada la indemnización de daños morales, muchas veces ligado a la existencia de humedades o filtraciones: SAP de Alicante de 18 de septiembre de 2002 (PROV 2002, 264204), SAP de Navarra de 30 de marzo de 2005 (PROV 2005, 266686), SAP de Cádiz 19 de enero de 2007 (PROV 2007, 158209).

55 Analizada por MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit. (nota 54): SAP de Granada de 19 de julio de 2004 (PROV 2004, 256352), SAP de Pontevedra de 13 de septiembre de 2007 (PROV 2008, 51082).

56 Analizada por MARTINEZ ESCRIBANO, C., loc. cit.: SAP de Córdoba de 12 de mayo de 2003 (PROV 2003,

En el ámbito de la jurisprudencia menor, cabe destacar algunas resoluciones judiciales que admiten el resarcimiento del daño moral contractual derivado de la deficiente construcción. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de abril de 1997⁵⁷, se admite la indemnización de los daños morales reclamados por los propietarios contra el arquitecto y aparejador, si bien en este caso, la actitud de los demandados resultó una circunstancia fundamental para determinar la existencia del daño moral, ya que estos fueron reacios a adoptar prontas soluciones que abocó a los afectados a un largo y lento proceso judicial⁵⁸.

No es mucha la jurisprudencia que existe sobre el resarcimiento del daño moral causado por los vicios de la construcción, las razones que justifican el bajo número de sentencias, tiene que ver con el criterio restrictivo de los Tribunales a la hora de conceder indemnización por este tipo de daños y por otro la confusión a la hora de reclamar y acreditar la existencia de los daños morales, cuantificándolos de forma independiente e individualizada de los daños patrimoniales⁵⁹.

Y aunque en distintas sentencias del Tribunal Supremo se han admitido los daños morales con base en el artículo 1591 del Código Civil, bien es cierto que en algunas de ellas no queda claro si únicamente se ejercitó el referido precepto o se acumularon las acciones contractuales generales, lo que me lleva a pensar que en muchas ocasiones nuestros tribunales reconocen la indemnización de daños morales quizás de una forma intuitiva, y no con una suficiente fundamentación jurídica.

2.3. Reclamación de daños morales a partir de la LOE

La insuficiencia del artículo 1591 del Código Civil abre el camino a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación

(LOE) que tiene por objeto regular el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso.

La doctrina es pacífica a la hora de calificar como contractual la responsabilidad derivada del artículo 1591 del Código Civil, sin embargo con la LOE no ocurre lo mismo, ya que la mayoría de la doctrina entiende que se trata de un responsabilidad de carácter legal, aunque existen partidarios de considerarla como contractual. Si bien, un sector de la doctrina, no tan numeroso, la califica como extracontractual y otro como mixta⁶⁰.

Quienes defienden el carácter legal de la responsabilidad regulada en la LOE, tal y como refiere Santana Navarro apoyan su tesis fundamentalmente en que la responsabilidad prevista en la LOE no requiere una relación contractual entre actor y los demandados, y que, en caso de existir, la responsabilidad es independiente al contrato. Asimismo la tesis legalista sostiene que la LOE regula una responsabilidad para un tipo de defectos y siempre que concurren los presupuestos previstos por la norma; y se utiliza como argumento para defender el carácter legal de la responsabilidad, las ocasiones en que la norma expresamente deja a salvo las acciones contractuales. Particularmente, se argumenta que en el art. 17 de la LOE, en su apartado primero se establece “sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales” y en su apartado noveno dispone que “las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los arts. 1484 y ss del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa”⁶¹. De modo que la responsabilidad contractual queda diferenciada de la responsabilidad a la que se refiere la LOE.

El Tribunal Supremo se decanta por la consideración de la naturaleza de la responsabilidad como legal, en base a la compatibilidad de la LOE con las acciones contractuales o más claramente, cuando respecto a la responsabilidad del promotor derivada de la LOE la distingue de la nacida del contrato de compraventa o al tratar los plazos de garantía.

151774). En la SAP de Navarra de 25 de febrero de 2004 (PROV 2004, 111993) el daño moral se deriva de la privación del uso de la ducha, la columna de hidromasaje y el inodoro, unido al sufrimiento moral, angustia e impotencia que siente el perjudicado, a pesar de sus reclamaciones extrajudiciales al profesional encargado de la instalación, siendo preciso haber tenido que interponer una demanda para obtener la reparación lo que supone “un desgaste personal y un sufrimiento moral, en el sentido de que nunca se sabe qué va a ocurrir con el pleito”.

57 AC 1997, 909

58 MESA MARRERO, C., op. cit (nota 35).

59 MESA MARRERO, C., loc. cit.

60 SANTANA NAVARRO, F. L., op. cit (nota 38).

61 SANTANA NAVARRO, F. L., loc. cit.

La naturaleza jurídica de la responsabilidad derivada de la LOE tiene especial relevancia en cuanto a los daños morales se refiere, precisamente porque los argumentos que sirven de base para defender la tesis legalista son los que ponen límite a la reclamación de este tipo de daños cuando derivan de defectos de la construcción. Es decir, los defectos legalmente regulados sobre los que la norma establece el sistema de responsabilidad, confieren la naturaleza legal a la responsabilidad, y es precisamente, esa regulación legal de defectos la que excluye los daños morales en la LOE.

Por otro lado, la compatibilidad de la LOE con las acciones contractuales, es el otro argumento que defiende el carácter legalista, cuestión que como venimos analizando supone una serie de dificultades para la reclamación de daños morales derivados del incumplimiento contractual.

De forma insistente y reiterativa se refiere la LOE a los daños materiales de que deben responder quienes participan en la construcción⁶², hasta el punto de que parte de la doctrina considera que con dicha limitación se pretende oponer el concepto de daño material al de daño moral, declarando que sólo serán responsables por los daños materiales, quedando excluidos de la responsabilidad decenal, trienal y anual los daños morales originados a consecuencia de los vicios de la edificación⁶³.

La LOE reduce considerablemente los daños indemnizables al amparo del artículo 1591 del Código Civil, siendo solo resarcibles los daños materiales ocasionados en el edificio por los diferentes vicios o defectos establecidos en el precepto. Si bien el artículo 1591 del Código Civil impone la responsabilidad decenal por los daños y perjuicios causados por la ruina de un edificio (vicios de la construcción, del suelo o de la dirección) en contraste el artículo 17.1 limita el contenido de la responsabilidad, de tal modo que los agentes de la edificación solo responden concretamente de los daños materiales ocasionados en el edificio⁶⁴.

62 Como afirma CORDERO LOBATO, E., *Comentario a la Ley de Ordenación a la Edificación*, Comentario al art. 17 LOE, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 300, "hasta en cuatro ocasiones, el art. 17.1 LOE recalca que los daños resarcibles conforme al régimen de responsabilidad del art. 17 son los daños materiales causados en el edificio por los vicios o defectos que se especifican en el citado núm. 1"

63 MEZQUITA GARCIA-GRANERO, M^a D., *op. cit.* (nota 39)

64 MESA MARRERO, C., *op. cit.* (nota 35)

La responsabilidad que establece la LOE es la causada por los vicios o defectos constructivos especificados en su artículo 17, determinando un sistema de responsabilidad con plazos de uno, tres y diez años, en función de la naturaleza de los vicios. La responsabilidad decenal prevista en la LOE viene referida exclusivamente a los daños materiales causados por vicios o defectos que afecten a elementos estructurales y que comprometen directamente la resistencia y estabilidad del edificio [art. 17.1 a)]. Si los daños materiales se producen por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que incumplan los requisitos de habitabilidad, el plazo de garantía se reduce a tres años, esto es, lo que se conoce como "ruina funcional" [art. 17.1 b)]. Y por último, los daños materiales que derivan de vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado, cuentan con un plazo de garantía de un año.

Como hemos dicho, el artículo 17.1 de la LOE limita el ámbito de la responsabilidad de los agentes de la edificación a los "daños materiales ocasionados en el edificio". Por otro lado, el artículo 19 de esta norma establece un sistema de garantías para asegurar las responsabilidades por los daños materiales ocasionados como consecuencia de los vicios o defectos constructivos. Las garantías consisten en la obligatoriedad de concertar un seguro de daños materiales o seguro de caución, así el artículo 19.1.c) señala que el seguro garantizará "el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio", por lo tanto, no de otros daños. De modo redundante, el número 9 del mismo precepto señala que, salvo pacto en contrario, los seguros establecidos en la Ley de ordenación de la edificación no garantizaran determinados daños diversos de los materiales producidos en el edificio⁶⁵.

Antes de la LOE los daños materiales, personales o morales que se producían como consecuencia del arruinamiento de un edificio tenían cabida en la fórmula empleada por el artículo 1591 del Código Civil, sin embargo la LOE no contempla que, a través de su régimen jurídico, se puedan reclamar daños personales o morales que se produzcan como consecuencia del arruinamiento de los vicios constructivos que padezca una edificación⁶⁶.

La limitación de la LOE a la reclamación de daños estrictamente materiales ha sido criticada por una parte de la doctrina que considera

65 ESTRUCH ESTRUCH, J., *op. cit.* (nota 44), pág. 551.

66 ESTRUCH ESTRUCH, J., *loc. cit.*, pág. 560.

que se ha reducido la protección de los adquirentes de viviendas⁶⁷

Otros autores, por el contrario, señalan que el artículo 17 LOE supone una mayor protección para el adquirente de la obra construida porque la LOE amplía su protección a un conjunto de anomalías que quedaban fuera del artículo 1591 del Código Civil y cuya admisión dependía de la interpretación de los tribunales.⁶⁸

No obstante, la imposibilidad de reclamar a través del régimen jurídico establecido en la LOE aquellos otros daños producidos que no revistan la naturaleza de daños materiales no significa que no se produzcan. No olvidemos que antes de la entrada en vigor de la LOE, la jurisprudencia consideraba indemnizable el daño moral que, en ocasiones, produce la existencia de vicios constructivos en la edificación.

2.4. Compatibilidad y acumulación de acciones para reclamar otros daños distintos de los materiales

Como decíamos el artículo 17 de la LOE comienza señalando que el régimen de responsabilidad que establece respecto de los sujetos intervinientes en el proceso de edificación se produce “sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales”⁶⁹. De este modo, la LOE recono-

ce expresamente la compatibilidad de la responsabilidad de esta norma con la de cualquier otra responsabilidad contractual en que puedan incurrir los agentes de la edificación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2012⁷⁰ aborda la compatibilidad entre las acciones basadas en los artículos 1591 y 1101 del Código Civil, reconociendo de un modo expreso la posibilidad del dueño de la obra de “exigir el exacto y fiel cumplimiento de lo estipulado”, entendiendo que el cumplimiento exigible puede alcanzar tanto a defectos que encajan en el concepto de ruina decenal como en cualquier deficiencia que conlleve un cumplimiento defectuoso. Invoca la referida sentencia el artículo 17.1 LOE para reforzar su argumentación, refiriéndose a la compatibilidad de la responsabilidad de la LOE con la de cualquier otra responsabilidad contractual de los agentes de la edificación, expresamente reconocida por la norma.

La cuestión surge respecto a si debemos interpretar que el precepto permite que los defectos de construcción den lugar a la responsabilidad de la LOE y al mismo tiempo también pueda exigirse responsabilidad por el mismo defecto con base en diferentes normas, es decir, un mismo daño puede ser resarcido en base a distintas normas (yuxtaposición: teoría de la acumulación de acciones del Derecho italiano, que permite la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual⁷¹). O si por el contrario la compatibilidad de acciones a la que se refiere el artículo 17 está pensada para una multiplicidad de daños, todos ellos conectados entre sí por cuanto encuentran su origen en un mismo contrato de obra, pero originados por distintos incumplimientos (diferentes acciones dirigidas a resarcir cada uno de estos daños se acumulan en un mismo proceso).

67 Por todos BRENES CORTES, J., *Garantías por defectos en la construcción en la ley de ordenación de la edificación. Especial referencia al seguro de daños decenal*, Tirant lo Blanch, 2005, Valencia pág. 399: “Así pues, el carácter limitativo o restrictivo con el que se expresa el artículo 17.1 LOE no permite considerar resarcibles los daños (a bienes colindantes, daños corporales ni otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales del propio edificio) causados al propio edificio por daños sí incluidos. Por todo ello, consideramos que, en general, la clasificación de los daños realizada en el artículo 17.1 LOE ha supuesto una reducción de la protección de la que gozaban los adquirentes de viviendas, pues, hasta la fecha, todo defecto grave activaba la responsabilidad del artículo 1591 Código Civil”.

68 Por todos COLINA GAREA, R. *Contratos de prestación de servicios y realización de obras*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (Director), *Tratado de Contratos*, tomo III, Tirant lo Blanch, 2009, Valencia, pág. 3380: “Por lo tanto, la incorporación a la LOE de la garantía anual para los defectos de terminación y acabado constituyen una mediad normativa completamente nueva y previamente inexistente que contribuye a ampliar el ámbito objetivo de aplicación a todo un conjunto de anomalías que antes quedaban excluidas del radio de acción de una garantía decenal (art. 1591 Cc) limitada al marco de los vicios ruínógenos, representados por la ruina en sentido estricto (ya fuese total o parcial), la ruina potencial y la ruina funcional.

69 Como señala SIERRA PEREZ, I., *La responsabilidad en la construcción y la Ley de ordenación de la edificación*, Revista Aranzadi de derecho patrimonial, Nº 3, pág. 121, Aranzadi,1999: “en la Ley de ordenación de la edificación

se regula sólo un supuesto concreto, “daños materiales en el edificio”, y todas las demás responsabilidades seguirán el régimen general, aunque nada diga la Ley (recordamos que el anteproyecto de septiembre de 1998, precisamente en su art. 17, remitía al régimen general de la responsabilidad para los supuestos no regulados, pero que este artículo no pasó al proyecto que ha dado origen a la Ley)”. Véase también ESTRUCH ESTRUCH, J., op. cit. (nota 41), pág. 564.

70 RJ 2013,1537

71 Entre los autores italianos por ejemplo, MONTANERI, P.G., *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale*. En España GARCIA VALDECASAS, G., *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español*, JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad contractual o CAMPUZANO TOME, H. Nociones generales sobre responsabilidad civil*.

El artículo 17.1 de la LOE se refiere a responsabilidades de carácter contractual, sin embargo qué ocurre cuando no existe relación contractual entre el perjudicado y quien resulta responsable (por ejemplo el comprador de una vivienda que tiene que accionar frente a la dirección facultativa, por daños distintos a los previstos en la LOE pero que tienen su origen en vicios o defectos producidos en la construcción del inmueble), en un supuesto como el indicado Estruch Estruch propone la reclamación a través de la acción extracontractual del artículo 1902 del Código Civil. La cuestión que se nos plantea es si ¿la compatibilidad de responsabilidad a la que se refiere el artículo 17 de la LOE es extensible a otras responsabilidades distinta a la contractual?

Citando a Domínguez Luelmo⁷²: “El daño es el resultado que origina las consecuencias que prevé la norma, mientras que la falta a las condiciones del contrato no da lugar a la responsabi-

lidad decenal, sino a acciones y a responsabilidades distintas, que afectan a la relación propia del contrato entre compradores y vendedores con proyección jurídica que no viene dada por el art. 1591 CC, sino por los artículos 1101 y 1124 del mismo Cuerpo Legal, puesto que no derivan de la construcción propiamente dicha, sino de las obligaciones convenidas en el contrato, ni merecen por tanto el calificativo de dañosos en el sentido de la norma. Es razón de la remisión que en la actualidad hace la LOE a las responsabilidades contractuales, desde la inconcreta e insegura expresión “sin perjuicio”, utilizada en el apartado 1 del artículo 17, o desde la cita de los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil del apartado 9, respecto del vendedor frente al comprador, para el ejercicio de las acciones previstas específicamente para los vicios ocultos”.

Retomando la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2012 se indica en la misma que “resulta compatible con el ejercicio de las acciones contractuales cuando entre demandante y demandado, medie contrato, de tal forma que la “garantía decenal” no impide al comitente dirigirse contra quienes con él con-

72 DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 111/2019 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios, Civitas, SA, Pamplona, 2019.



trataron, a fin de exigir el exacto y fiel cumplimiento de lo estipulado, tanto si los vicios o defectos de la construcción alcanzan tal envergadura que puedan ser incluidos en el concepto de ruina como si suponen deficiencias que conlleven un cumplimiento defectuoso como de forma expresa se autorizara a partir de la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 noviembre, al regular la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación y disponer en su artículo 17”.

En palabras de Martínez Escribano, quien analiza el caso enjuiciado en dicha sentencia, lo que se hace en la demanda es acumular distintas acciones para hacer efectivas todas las responsabilidades, aquí nos encontramos con una multiplicidad de daños, todos ellos conectados entre sí por cuanto encuentran su origen en un mismo contrato de obra, pero originados por distintos incumplimientos. Y las diferentes acciones dirigidas a resarcir cada uno se estos daños se acumulan en un mismo proceso⁷³.

En definitiva, en el caso referido se produce una acumulación de acciones compatibles entre sí, que desde la perspectiva procesal no plantea problema alguno en virtud de lo establecido en los artículos 71 a 73 de la LEC, dado que no hay incompatibilidad entre la acción de responsabilidad por los daños materiales prevista en el artículo 17 de la LOE y la acción en la que se apoya la indemnización de los daños no cubiertos en dicha norma. Si bien, considero imprescindible expresar con claridad las partidas resarcitorias que se reclaman y los fundamentos legales en los que se basa.

No siempre queda clara esta diferenciación entre la compatibilidad a la que se refiere el artículo 17.1 y la acumulación de acciones originadas por distintos incumplimientos y esto por que doctrina y jurisprudencia admiten que la responsabilidad de la LOE no excluye otras posibles responsabilidades por defectos constructivos. Sin embargo, no es baladí la diferenciación sobre todo en lo que afecta a la preclusión del artículo 400.1 LEC.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2012 se reclama por un lado la responsabilidad por vicios ruinógenos, por otro el retraso en la entrega de la obra y un tercer hecho la falta de entrega de los planos, aunque no se invocó de forma clara, respecto a los dos últimos hechos la acción que se ejercitaba era la

contractual del artículo 1101 del Código Civil. Según refiere Martínez Escribano, en este caso, se trata de varias acciones entre los mismos sujetos pero fundadas en distintos hechos, con distinto petitum y causa petendi, es decir, es una acumulación de acciones con distintas pretensiones y respecto de ellas entre si no juega la preclusión del artículo 400.1 LEC.

Sin embargo, Estruch Estruch⁷⁴, refiriéndose a la preclusión de hechos y fundamentos jurídicos de la reclamación por los vicios o defectos constructivos del artículo 400 LEC considera que: “En este sentido, en la demanda deberán alegarse todas las acciones que la LOE concede al propietario y terceros adquirentes contra los diversos agentes de la edificación responsables de los daños y, en su caso, contra la compañía aseguradora, pero también, en nuestra opinión, se deberá argumentar y fundamentar la solicitud de condena con base en la responsabilidad extracontractual de los sujetos que, por su actuación negligente, han ocasionado los defectos constructivos que provocaron los daños en el edificios, y finalmente, también deberán alegarse los hechos y fundamentos jurídicos que justifiquen la responsabilidad contractual en virtud del contrato de compraventa del promotor-vendedor”. Téngase en cuenta que, como veremos más adelante, este autor considera que los daños morales deben ejercitarse a través de la responsabilidad extracontractual frente a aquellos agentes con los que no existe relación contractual.

La preclusión se produciría en el caso de una demandada de responsabilidad civil por defectos constructivos, de manera que todos los hechos y fundamentos jurídicos se tendrían que invocar, lo que es importante tener en cuenta en relación con la compatibilidad de acciones y por tanto deberán acumularse la acción para reclamar los daños morales.

A modo de conclusión⁷⁵, dado que el régimen de responsabilidades y garantías establecido en la LOE limita los daños resarcibles por una construcción deficiente, a fin de obtener la reparación de los daños excluidos en el artículo 17 es posible su reclamación a través de la acumulación de acciones, ahora bien, respecto a los perjuicios morales sufridos por los vicios o defectos de la edificación, ¿en base a qué acción debe reclamarse este daño moral?

73 MARTINEZ ESCRIBANO, C. op. cit. (nota 54).

74 ESTRUCH ESTRUCH, J., op. cit (nota 44), pág. 573.

75 MESA MARRERO, C. op. cit. (nota 35).

2.5. Vías jurídicas para reclamar los daños morales consecuencias de los vicios o defectos constructivos a partir de la LOE

El régimen objetivo de responsabilidad recogido en el artículo 17 LOE supone un cambio radical con respecto al artículo 1591 del Código Civil en el que todos los daños derivados de un supuesto de ruina tenían cabida, independientemente de su naturaleza. Cuando los vicios o defectos de la edificación causan otros daños distintos a los recogidos en la LOE, concretamente cuando se producen perjuicios morales consecuencia de las anomalías constructivas la reclamación debe hacerse por medio de la acumulación de acciones, la prevista para la reclamación de daños materiales en la LOE con las generales de responsabilidad contractual o extracontractual, combinando un doble régimen jurídico en cuanto a legitimación, criterios de imputación y plazos, lo que sin duda resulta confuso y contrario a un sistema que busca la reparación íntegra del daño.

a) **Acciones generales de responsabilidad civil: contractual y extracontractual (artículos 1101 y 1902 del Código Civil).**

El análisis de diversos casos en los que los Tribunales han apreciado la concurrencia de daños morales ante la existencia de defectos constructivos lo hace con base al régimen general regulador de responsabilidad extracontractual o contractual establecido en el Código Civil.

Según entiende Estruch Estruch cuando el artículo 17 de la LOE comienza señalando que el régimen de responsabilidad de los agentes de la edificación se produce “sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales”, significa que para exigir responsabilidad por los daños no cubiertos por la Ley a los sujetos causantes de los desperfectos constructivos, los perjudicados deberán interponer las acciones propias del contrato que les une con los responsables de los defectos constructivos o, si no existe entre ellos relación contractual deberán interponer la acción extracontractual⁷⁶

Aunque es posible la acumulación de la acción contractual o extracontractual para la reclamación de daños morales, considero que no es correcta la interpretación de dicho autor al justificarla en la salvedad (“sin perjuicio”) a la que se refiere el artículo 17.1 LOE. Y esto porque como se refería anteriormente entiendo que la interpretación correcta del precepto se refiere a

la posibilidad de reclamar los daños de la edificación sobre la base de diferentes acciones, de modo que lo correcto resulta la acumulación de acciones en virtud de la LEC (artículos 71 a 73).

Conforme a la posibilidad de ejercitar las acciones generales de responsabilidad previstas en el Código Civil, cuando entre el perjudicado por los vicios constructivos y los agentes de la edificación no existe relación contractual que les una (como puede ser el constructor y la dirección facultativa) el perjudicado podrá reclamar el daño moral, de modo solidario siempre que no sea posible concretar la responsabilidad de cada uno, a todos los responsables a través de la responsabilidad extracontractual, dentro del plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 1968.2 del Código Civil. Sin embargo, si el comprador se dirige también frente al vendedor (promotor de la vivienda) la acción a ejercitar para reclamar el daño moral, en ese caso, será la contractual con un plazo de prescripción de cinco años.

El artículo 17 establece tres plazos de garantía para reclamar a los agentes de la edificación los diversos daños que puedan aparecer (diez, tres y un año en función del tipo de daños) y artículo 18 de la LOE establece el plazo de prescripción de dos años desde que se produce el daño, para el ejercicio de acciones encaminadas a hacer efectivas las responsabilidades proclamadas por la Ley. Lo que sin duda, crea cierta inseguridad en cuanto a plazos para acumular acciones, pudiendo encontrarnos que tenemos más plazo para reclamar los daños morales que los propios defectos constructivos.

Otra de las cuestiones que puede dar lugar a controversia guarda relación con la legitimación activa para el ejercicio de acciones, conforme al artículo 17 de la LOE e igualmente así lo reconoce el Tribunal Supremo están legitimados para reclamar la reparación de los defectos constructivos los propietarios de los edificios (se refiere al comitente o dueño de la obra, promotor) y los terceros adquirentes. Además expresamente se reconocer legitimación activa por la jurisprudencia al presidente de la Comunidad de Propietarios como representante de los intereses complejos de toda la comunidad⁷⁷. Pues bien, entendemos que la Comunidad de Propietarios puede estar legitimada para la reclamación de los daños materiales tanto en elementos comunes como privativos, pero sin embargo, no lo está para reclamar los daños morales.

76 ESTRUCH ESTRUCH, J., op. cit. (nota 44).

77 Entre otras la STS de 22 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2191), STS 22 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8097)

Pensemos en una Comunidad de Propietarios afectada por defectos de la edificación, una de las comunera es una mujer embarazada que por la ansiedad creada a raíz de los defectos que presenta la vivienda, la situación de no poder habitar en su casa hasta después del parto, acaba perdiendo el bebe; sin duda podemos pensar que en este caso, la afectada puede reclamar daños morales. Por otro lado, pensemos en otra comunera del mismo edificio igualmente afectado, se trata de una mujer soltera con segunda residencia en la costa y otra vivienda que pensaba alquilar una vez se trasladase a su nueva casa, sin duda habrá un daño patrimonial en este caso pero resulta más difícil plantearnos la posibilidad del daño moral. Si la acción de responsabilidad por defectos de la construcción se ejercita a través de la Comunidad de Propietarios, de forma individual los comuneros podrían reclamar los daños morales, pero no a través de la Comunidad de Propietarios.

Es más, teniendo en cuenta las circunstancias descritas de cada comunero, no podemos equiparar el daño moral en cada caso, considero que en este supuesto no podríamos realizar una reclamación por daños morales de idéntica cuantía para todos los comuneros (como en la STS de 8 de abril de 2016), siendo especialmente importante, en supuestos como el imaginado, tener en cuenta la individualización de la indemnización del daño moral.

Por otro lado, retomando las vicisitudes que pueden generarse, será necesario tener en cuenta los criterios de imputación exigibles para cada una de las acciones ejercitadas así como individualizar la cuantificación y acreditar de forma independiente e individualizada cada uno de los daños objeto de reclamación. Sin lugar a duda, la acumulación de las acciones para la reclamación de defectos de la edificación con las generales de la responsabilidad civil (contractual o extracontractual), combina dos regímenes de responsabilidad distintos que exigen un esfuerzo por los juristas para evitar la desestimación de la reclamación por daños morales.

b) Combinación de un doble régimen: artículo 1591 código civil.

Como muchos autores han puesto de manifiesto el artículo 1591 del Código Civil no ha sido derogado por la LOE, principalmente porque no ha sido eliminado del Código Civil. Tal y como indicábamos más arriba, antes de la entrada en vigor de la LOE, la jurisprudencia reconocía la indemnización de daños morales bajo el amparo

del referido precepto. En consecuencia, para el reconocimiento de daño moral derivados de vicios de la construcción podemos invocar el artículo 1591 del Código Civil, acumulándolo a las acciones previstas en la LOE para la reclamación de los correspondientes daños materiales.

En relación con dicha cuestión el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de julio de 2011 en cuanto a la posible indemnización del daño moral por vicios en la edificación declara que “lo cierto es que la Jurisprudencia de esta Sala admite que el daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido y se indemniza junto al daño patrimonial, bien mediante la aplicación de reglas específicas, como la del artículo 1591 del Código Civil, bien mediante las generales de responsabilidad contractual o extracontractual de los artículos 1101 y 1902 del mismo texto legal”.

La Sala Primera del Tribunal Supremo admite la vigencia del artículo 1591, si bien reconoce que supone combinar un doble régimen jurídico que puede plantear problemas de coordinación. Sin embargo, a pesar de los posibles inconvenientes el Tribunal Supremo aprecia el daño moral por vicios arquitectónicos en base al artículo 1591 de Código Civil, en lugar de acudir al régimen general de responsabilidad contractual o extracontractual⁷⁸.

Igualmente surge en este caso la problemática en relación con la incongruencia en el ejercicio de los plazos de garantía, en el caso del artículo 1591 el plazo de garantía es de diez años, lo que implicaría que de utilizar esta fórmula, como veíamos con la acumulación de las acciones generales de responsabilidad, se poseería un mayor plazo para la reclamación de daños morales que para los daños previstos en la LOE. Esta incoherencia permite defender a un grupo de autores la derogación tácita del referido artículo⁷⁹.

En este sentido Capilla Roncero: “En los supuestos en que sea de aplicación la Ley 38/1999,

78 SERRANO RUIZ, M.A., *Revista Derecho Patrimonial*, Aranzadi, núm. 29, 2012.

79 RODRIGUEZ MORATA, F. *Comentario al artículo 1591 del CC*, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. *Comentarios al Código Civil*, pág. 1847, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

sus criterios serán aplicables a los casos de daños materiales causados en el edificio, pero queda la duda de saber a través de qué fundamento (y en qué plazo de garantía) se podrá reclamar, entre otras cuestiones, por otros daños materiales (p. ej. en el mobiliario de la vivienda), por daños morales o por lucro cesante; o para las construcciones excluidas del ámbito de la Ley 38/1999. Si nos inclinamos por la aplicación del art. 1591 CC para esos otros daños o construcciones, la situación es paradójica, pues la intensidad de la protección que ofrece ese precepto, al menos, en su interpretación jurisprudencial, es superior (en plazo de garantía y en partidas indemnizables) a la que brinda la Ley 38/1999⁸⁰

Quizás esta sea la alternativa que más dudas plantea, no solo en lo que respecta al plazo de garantía, sino también en cuanto al plazo de prescripción, al igual que indicábamos en cuanto a las acciones generales de la responsabilidad civil surgen discordancias en lo que respecta a la legitimación o los criterios de imputación en este caso además surgen otras cuestiones en relación con el concepto de ruina o la solidaridad.

Podemos plantear la reclamación del daño moral a través del artículo 1591 del Código Civil, pero será necesario que el defecto que sea objeto de responsabilidad tenga su origen en vicios ruinosos. La enumeración taxativa de los vicios que se consideran ruinosos por la LOE difieren del concepto de ruina elaborado por la jurisprudencia en relación con el artículo 1591 del Código Civil, de este modo, la combinación de este doble régimen daría lugar al absurdo de mantener dos conceptos de ruina diferentes para la reclamación de daños derivados de un mismo origen.

c) La alternativa a través de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Frente a las opciones planteadas hasta ahora para la reclamación del daño moral surge como una alternativa, la reclamación mediante el artículo 149 de la TRLGDCU, donde se establece que será de aplicación el artículo 148 de la misma norma para los daños surgidos de defectos constructivos que no se encuentren recogidos en un régimen legal específico.⁸¹

80 CAPILLA RONCERO, F., Contratos de servicios (I): prestación de servicios y ejecución de obra, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, VERDERA SERVER, Rafael (coordinadores), Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos, págs. 472 y 473, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

81 SERRANO RUIZ, M.A., op. cit (nota 79).

El daño moral no se encuentra contemplado de forma específica ni en el artículo 1591 del Código Civil ni en el artículo 17 LOE, por lo que cabría la posibilidad de exigir responsabilidad por daños morales derivados de vicios de la construcción a través del artículo 149.

En cualquier caso, los daños no cubiertos por la LOE y que encuentren cobertura a través del artículo 149, como son los daños morales, están sometidos a las mismas exigencias que los daños materiales, esto es, deben manifestarse dentro de los plazos previstos y ser consecuencia de los vicios recogidos por el artículo 17 de la LOE⁸².

Otros autores, entienden que si bien el artículo 149 TRLGDCU amplía el tipo de daños recogidos en el artículo 17 de la LOE sin embargo, no incluye los daños morales. Estos autores sostienen que si el daño es imputable a defectos en los materiales usados en la construcción, la reclamación del daño moral tendrá que efectuarse mediante el párrafo segundo del artículo 128 TRLGDCU, lo que supone acudir de nuevo al régimen general de responsabilidad contractual del Código Civil⁸³.

III. DAÑOS MORALES DERIVADOS DE LOS DAÑOS DE LA EDIFICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ACTUAL

El análisis de la jurisprudencia actual de nuestros Tribunales en relación con la reclamación de los daños morales en el ámbito de los daños de la edificación nos permitirá realizar un

82 PARA LUCÁN M.A. Comentario al artículo 149 del TRLGDCU, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Comentarios al texto refundido de la Ley General Para La Defensa De Los Consumidores Y Usuarios y otras leyes complementarias, pág. 176, Thomsom Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

83 Por todos, MILÁ RAFAEL, R, «Artículo 149 del TRLGDCU: responsabilidad del constructor y el promotor por daños causados por la vivienda», pág. 21, Indret 1/2009: "El promotor y constructor profesionales no responden por el régimen de responsabilidad del art. 149 TRLGDCU cuando los daños causados por defectos de la vivienda: 1) estén cubiertos por el régimen de responsabilidad del art. 17.1 LOE, o 2) tengan su origen en un defecto en los materiales de construcción incorporados al edificio, en cuyo caso se aplica el régimen de responsabilidad por daños causados por productos, que tiene carácter excluyente (arts. 135 y ss. TRLGDCU). En todo caso, el perjudicado por daños causados por defectos en la vivienda puede ejercer las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual que el art. 128, 2º párrafo, TRLGDCU deja a salvo y, en especial, deberá hacerlo si quiere obtener el resarcimiento de los daños excluidos del ámbito de protección de la LOE y del art. 149 TRLGDCU, que son los daños morales así como los daños materiales en bienes, distintos a la propia vivienda, destinados por el perjudicado a un uso profesional o empresarial."

reparo del estudio realizado y comprobar la alternativa aceptada por la jurisprudencia para la reclamación de los daños morales:

La Audiencia Provincial de A Coruña en sentencia de 24 de septiembre de 2019⁸⁴ en un asunto de defectos de la edificación se reclamaban daños morales, en este caso, no quedó acreditado que la ejecución de las obras de reparación de los vicios de la construcción conllevaran la necesidad de desalojar las viviendas afectadas y tampoco quedó acreditada que los daños hayan provocado un sufrimiento psíquico o anímico que justifique la indemnización de daños morales. Si bien, de dicha sentencia lo destacable es la consideración de los daños morales como independientes e individualizados a los daños patrimoniales: *“tiene declarado la jurisprudencia, que el daño moral o “pecunia doloris” no está incluido dentro del daño material o patrimonial, pudiendo decirse que hay daño moral cuando, con independencia de que se haya atentado contra bienes materiales o inmateriales de la persona, sin una repercusión económica directa o inmediata, se ha producido un sufrimiento anímico o espiritual, siendo su valoración una tarea nunca exenta de dificultades ante su natural relativismo y la imposibilidad de hablar de una reparación íntegra.”*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 29 de abril de 2020⁸⁵ resuelve un asunto de vicios de la construcción en la que el actor solicitaba una indemnización de 30.000 euros por daños morales por la errónea ubicación de la vivienda con pérdida de jardín y paisaje y por los daños morales derivados del engaño sufrido por el actor al no haberle hecho entrega el demandado de una póliza de seguro que cubriera los defectos de ejecución, en la instancia la pretensión de los daños morales derivados de la errónea ubicación de la construcción fue desestimada por entender que el actor había renunciado al ejercicio de la reclamación de daños morales al llegar a un acuerdo de rescisión del contrato con el constructor.

La Audiencia consideró improcedente la cuantificación del daño moral de forma conjunta por los diferentes hechos, en el supuesto en cuestión se reclamaban daños morales por el error en el replanteo, por los defectos de ejecución y por el engaño urdido por el demandado. Si bien lo que nos resulta destacable en esta sentencia respecto al daño moral son las alternativas planteadas para la reclamación de los mismos, el artículo 1591 de Código Civil o las ac-

ciones generales de responsabilidad contractual o extracontractual de los artículos 1101 y 1902 del mismo texto legal⁸⁶.

La Audiencia Provincial de Granada en sentencia de 27 de diciembre de 2021⁸⁷ resolvió el recurso planteado con origen en la presentación de demanda frente a la promotora y al arquitecto en base a los artículo 17 de la LOE y 1101 del Código Civil por la imposibilidad de uso de la plaza de garaje que no se adecuaba a las medidas establecidas en las ordenanzas municipales, imposibilitándole al actor el estacionamiento de su vehículo. En este caso, se reconoce improcedente la reclamación de daños morales en tanto que el interés frustrado es considerado por la sala exclusivamente patrimonial.

Interesante resulta la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 15 de noviembre de 2022⁸⁸ se refiere al ejercicio de acciones para la reclamación de daños morales: *“Concluyendo, consideramos que la Ley de ordenación de la edificación no impide el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual para reclamar los daños morales. Y tal obligación de reparación deberá ser delimitada en función del contenido del contrato si lo hay, y de los crite-*

86 La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz hace referencia a otras del Tribunal Supremo: *“Como expresa la STS de 13/04/2012 “la Jurisprudencia de esta Sala admite que el daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido, y se indemniza junto al daño patrimonial, bien mediante la aplicación de reglas específicas, como la del artículo 1591 del Código Civil (LEG 1889, 27), bien mediante las generales de responsabilidad contractual o extracontractual de los artículos 1101 y 1902 del mismo texto legal “,admitiéndose como supuestos en los que existe daño moral, entre otros, los siguientes “ SSTS 16 de noviembre de 1986: trastorno y angustia ocasionada a una familia que se vio obligada a abandonar la casa; de 10 de noviembre de 2005 : pérdida de las vacaciones estivales ; de 22 de noviembre de 2007 : abandono de vivienda por obras defectuosas graves, entre otras”. Dicha sentencia añade “Es cierto que el daño moral no produce una pérdida económica de carácter material, ni una disminución del patrimonio, ni se identifica con el lucro cesante, aunque puede derivar de un daño patrimonial pero puede significar malestar, zozobra, desasosiego, indignación, perturbación, ansiedad, preocupación susceptible de generar desestabilización e inquietud, inestabilidad emocional personal y/o familiar, del ciudadano/a medio, etc., disfunciones que pueden tener una compensación económica. Como declaran las sentencias de esta Sala de 17 de Febrero del 2005, rec. 3467/1998 y de 28 de marzo de 2005, rec. 4185 de 1998 , debe valorarse la entidad del daño, el sufrimiento de las víctimas y la cantidad reclamada”*

84 AC 2019\1451

85 JUR 2020\263186

87 JUR 2022\139115

88 JUR 2022\209983

rios normativos de la imputación objetiva de resultado que resultan del ordenamiento jurídico en caso de responsabilidad extracontractual.”

La Audiencia Provincial de Huesca en este caso, en contraposición con la primera instancia, estima la indemnización por daños morales por considerar lógica “la existencia de la angustia y zozobra psíquicas que se alegan derivadas de la privación temporal durante más de dos años de la vivienda con fines de segunda residencia, en el entorno natural privilegiado que se alega y que nos parece indiscutible, y la afección sentimental por la pérdida de todas las cosas materiales que se tenían en el inmueble destruido”. La circunstancia de que se trataba de una segunda residencia llevo a la desestimación de la indemnización por daños morales, sin embargo la Audiencia Provincial considera que no es menos la angustia y zozobra sufrida por el hecho de no ser la vivienda habitual. Sin duda, es claro ejemplo esta sentencia de que cuando de daños morales se trata los Tribunales se basan en las circunstancias fácticas de cada supuesto, sin que podamos considerar que existe una línea jurisprudencial concreta y generalizada.

Precisamente, la consideración de segunda residencia es la principal justificación para la re-

clamación por daños morales resuelta en sentencia de la Audiencia de Islas Baleares de 9 de enero de 2023⁸⁹: “Alega la parte apelante en su recurso que habían adquirido la vivienda como segunda residencia donde descansar en los periodos vacacionales, vivienda que se adquiere nueva y por un alto valor, lo que conllevaba una expectativa de una “situación de confort que debe ir más allá de su uso normal”. Se refiere la parte apelante a la falta de habitabilidad de la vivienda, las continuas obras, etc. El daño moral se deriva del mismo incumplimiento.”

En este caso, aunque se reconoce la incomodidad sufrida por las reparaciones no se entiende demostrada una situación de sufrimiento psíquico o anímico de la parte actora. Concluyendo la Sala que el incumplimiento o los defectos en la construcción no conllevan implícito el daño moral.

En esta misma línea, se pronuncia la Audiencia Provincial de Málaga en sentencia de 19 de octubre de 2022⁹⁰, respecto a la indemnización de daños morales derivados de defectos de la construcción, no estimando en el supuesto

89 JUR 2023\46822

90 JUR 2023\14841



enjuiciado la indemnización del daño moral por vicios en la construcción por falta de prueba de los mismos, indicando que: “Puesto que el daño moral, al igual que el patrimonial ha de ser probado, siendo que la dificultad de su determinación estriba más en su evaluación económica, sin embargo no basta un incumplimiento para determinar la existencia de un daño moral”.

La jurisprudencia en torno a los daños morales por defectos constructivos, se aleja de la doctrina del daño *ex re ipsa*, lo que considero acertado teniendo en cuenta que la LOE los excluye del sistema de responsabilidad especialmente previsto en dicha norma [véase el apartado a) del artículo 19.9 de la LOE].

La Audiencia Provincial de Lleida en sentencia de 4 de febrero de 2020⁹¹ siguiendo la línea de Estruch Estruch, considera reclamable los daños morales derivados de vicios de la construcción conforme al artículo 1902, en su caso 1101, ambos del Código Civil, dada la posibilidad otorgada por el artículo 17 de la LOE⁹². En este caso los daños morales se estimaron por considerarse suficientemente probados (“lo cual viene corroborado por diversas testificales y actas notariales”).

Por último, nos referimos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de noviembre de 2022⁹³ en la que se realiza un repaso de la jurisprudencia en materia de reclamación de daños morales derivados de la ruina de la edificación; entre las distintas conclusiones extraídas de otras sentencias que se mencionan en esta de la Audiencia Provincial de Valencia, destacamos, la que se refiere a la relevancia o entidad del daño moral, considerando insuficiente la simple incomodidad o malestar que todo acreedor experimenta ante el incumplimiento de su deudor, destacando una vez más la necesidad de la prueba que acredite un especial o relevante padecimiento psíquico, ansiedad, molestia o zozobra que lleve a estimar la indemnización por daños morales en este tipo de supuestos.

91 JUR 2020\60549

92 Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª) Sentencia núm. 86/2020 de 4 febrero: “La sentencia no infringe la normativa de la Ley de Ordenación de la Edificación, pues aun cuando el art. 17 de la misma y concordantes, se limita a regular los daños materiales ocasionados en el edificio, ello no excluye que se puedan reclamar los morales en base a la responsabilidad contractual (art. 1101 del C. Civil), como en este caso.”.

93 JUR 2023\74280

De las sentencias expuestas, conviene significar, que en todas ellas la principal cuestión abordada es la relativa a si el daño moral ha quedado suficientemente acreditado y, por tanto, procede su indemnización. En aquellos casos en que queda acreditada la existencia de daños morales, la cuestión que de forma recurrente se plantea por los Tribunales es la cuantificación de la indemnización. Y esto porque la traducción pecuniaria del daño moral resulta difícil de precisar, dadas las particularidades que ofrece la prueba del daño moral, quedando por tanto la fijación de su importe a la discrecionalidad del juez que conozca del asunto.

A modo de conclusión final considero que cada vez más la jurisprudencia reconoce el daño moral más allá de la vinculación con el daño corporal, por tanto debemos acostumbrarnos a incluir la reclamación de daños morales. Seamos valientes en este aspecto, pues cuidando su justificación y con una diligente prueba, considero posible la indemnización del daño moral derivado de los incumplimientos contractuales.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BRENES CORTES, J., Garantías por defectos en la construcción en la ley de ordenación de la edificación. Especial referencia al seguro de daños decenal, Tirant lo Blanch, 2005, Valencia.

CAPILLA RONCERO, F., Contratos de servicios (I): prestación de servicios y ejecución de obra, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, VERDERA SERVER, Rafael (coordinadores), Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos, págs. 472 y 473, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

CARRASCO PERERA, A., Comentario al art. 1106 Cc, en ALBADALEJO, M. (coord.), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, XV, vol. 1, Edersa, Madrid, 1989.

CARRASCO PERERA, A., Derecho de daños, 1996, Sepin.

CASADO ANDRÉS, B., 2016, Revista de Derecho UNED, núm. 18, El concepto del daño moral, estudios doctrinales.

COLINA GAREA, R. Contratos de prestación de servicios y realización de obras, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (Director), Tratado de Contratos, tomo III, Tirant lo Blanch, 2009, Valencia..

CORDERO LOBATO, E., Comentario a la Ley de Ordenación a la Edificación, Comentario al art. 17 LOE, Aranzadi, Pamplona, 2000.

DE COSSIO Y CORRAL, A., Instituciones de Derecho civil, I, Madrid, 1975.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 111/2019 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios, Civitas, SA, Pamplona, 2019.

ESTRUCHESTRUCH, J., Las responsabilidades en la construcción, Ed. Civitas, 2011.

GARCÍA MUÑOZ, O., Responsabilidad en el contrato de obra y daños morales Comentario a la STS, 1ª, 31.10.2002, Working Paper nº: 143, Barcelona, 2003.

GARCÍA MUÑOZ, O., Responsabilidad en el contrato de obra y daños morales, InDret 2/2003, <http://www.indret.com> (fecha de consulta: 10/12/2023).

GARCÍA SERRANO, F. de A., El daño moral extracontractual en la jurisprudencia española.

LÓPEZ MARTÍNEZ, J.C., Aplicación del baremo de tráfico como criterio orientador e indemnización por separado del daño moral extracorporal. Comentario a la STS 1ª 232/2016, de 8 de abril, Diario La Ley, nº 8761, Sección Tribuna, Ed. La Ley, 2016

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, F.J., 2023, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, Nº. 86, 2023, Compatibilidad del daño moral junto al daño patrimonial por incumplimiento de obligaciones.

MARTINEZ ESCRIBANO, C., Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 93, 2013.

MATE SATUÉ, L., Revista. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157. La delimitación del concepto de daño moral: un estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español.

MESA MARRERO, C., Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 13, 2001.

MEZQUITA GARCIA-GRANERO, Mª D., Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol.III, Ed. Aranzadi, 1999.

MILÁ RAFAEL, R, «Artículo 149 del TRLCU: responsabilidad del constructor y el promotor por daños causados por la vivienda», Indret 1/2009.

PACHECHO JIMÉNEZ, Mª N., Responsabilidad por vicios constructivos de habitabilidad y

responsabilidad por incumplimiento contractual, Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 108, Pamplona, 2018.

PARA LUCÁN M.A. Comentario al artículo 149 del TRLGDCU, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Comentarios al texto refundido de la Ley General Para La Defensa De Los Consumidores Y Usuarios y otras leyes complementarias, pág. 176, Thomsom Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

PÉREZ VELÁZQUEZ, P., La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo” Colección de Derecho Privado de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado 2016.

QUICIOS MOLINA, S., Derecho de daños, 1996, Sepin, 2008.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual, Rev. Universidad Autónoma de Madrid.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., La reparación del daño moral en la contratación inmobiliaria, Revista de derecho de la división de ciencias jurídicas de la Universidad del Norte, Nº 30, 2008.

RODRIGUEZ MORATA, F. Comentario al artículo 1591 del CC, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Comentarios al Código Civil, pág. 1847, Thomsom Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

SANTANA NAVARRO, F.L., La responsabilidad en la Ley de Ordenación de Edificación, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2018.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: La Responsabilidad Civil del Abogado, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001.

SERRANO RUIZ, M.A., Revista Derecho Patrimonial, Aranzadi, núm. 29, 2012.

SIERRA PEREZ, I., La responsabilidad en la construcción y la Ley de ordenación de la edificación, Revista Aranzadi de derecho patrimonial, Nº 3, Aranzadi, 1999.

SOLÉ FELIU, J. El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español, InDret 1/2009.

YZQUIERDO TOLSADA, M., De nuevo se relaja el principio de relatividad de los contratos. Luces y sombras del daño in re ipsa: Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2021 (561/2021). Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil Colegio de Registradores de la Propiedad de España. (BOE, biblioteca jurídica, comentarios de sentencias).



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Las lesiones sufridas por el ocupante de una motocicleta son indemnizables y no es un suceso encuadrable dentro de los “riesgos generales de la vida” ni de “fuerza mayor extraña a la conducción”. Del contenido de la sentencia, cabe entender que la teoría de “los riesgos generales de la vida” no puede ser una causa de exoneración de responsabilidad de las lesiones de la ocupante lesionada, pues hay que estar al régimen de responsabilidad específico previsto en el Art. 1 de la LRCSCVM que no sólo exige “fuerza mayor” sino que además debe ser “extraña a la conducción”.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 27 de octubre de 2023
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. D. Ezequiel interpuso una demanda de juicio ordinario “en reclamación de cantidad, derivada de accidente de circulación” contra D. Hernan y la cía. de seguros Mutualidad de Levante en la que pidió que se dictara sentencia con los pronunciamientos que hemos copiado en el antecedente de hecho primero de esta resolución.

Alegó que, como pasajero de la motocicleta con matrícula YSY, pilotada en la ocasión por su hijo y asegurada en la entidad demandada, resultó con graves lesiones a consecuencia del accidente que sufrieron el 31 de agosto de 2012 cuando, tras salir de su domicilio en Alcoy con dirección a Valencia, alrededor de las 7:00 h, y circulando, aproximadamente, a unos 15 km/h, “[a] la altura de la primera curva más próxima al domicilio, la motocicleta derrapó debido al barro que se había acumulado sobre el terreno a

consecuencia de la lluvia del día anterior, perdiendo el conductor el control de la moto y no pudiendo evitar la caída”.

2. La entidad demandada se opuso a la demanda, solicitando su desestimación, con imposición de costas al demandante.

Alegó la existencia de estafa con empleo de fraude procesal, ya que no era su hijo codemandado, sino el propio demandante el que conducía la motocicleta. Dijo, también, que, si se admitía la conducción de la motocicleta por parte del hijo, ninguna culpa cabría achacarle en la producción del accidente, ya que, tal y como establecía la sentencia dictada en el juicio de faltas incoado a raíz de la denuncia interpuesta por su padre, “[l]a conducta del denunciado fue en todo caso correcta, no existiendo imprudencia alguna, en todo caso el accidente sucedió por la mala situación de la carretera debido a las lluvias del día o noche anterior [...] no pudiendo por ello calificarse la caída sino como un accidente de la vida, que en modo alguno puede achacarse al demandado [...]”. Añadió que, “[s]ólo para el supuesto de que se entendiese que no se está ante una actuación fraudulenta y asimismo se estimase que concurre algún tipo de responsabilidad en el Sr. Hernan, en relación con la cantidad de 71.681’96.-€ que se reclama en concepto de incapacidad permanente total para la profesión habitual de montador de puertas metálicas, entendemos que la misma no resulta justificada ni proporcionada.” Por último, y en relación con los intereses del art. 20 LCS, adujo que “[l]a falta de satisfacción se encuentra plenamente fundada en la presunta actuación fraudulenta del hoy demandante, de relevancia penal. Y, de forma subsidiaria, en la inexistencia de actuación negligente alguna por parte del demandado Sr. Hernan, supuesta su conducción de la motocicleta en la que se produjo la caída.”; dijo también que “para el supuesto de que se estimase la aplicación de los intereses previstos en el artículo 20 de la LCS, en tal caso, los mismos no procederían sobre la cantidad solicitada por causa de la incapacidad permanente total para la profesión habitual sino desde el momento en que ésta fue judicialmente declarada en fecha 25 de enero de 2016 por el Juzgado de lo Social Núm. Seis de Alicante [...]”.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, y, al apreciar serias dudas de hecho, no impuso las costas a ninguno de los litigantes.

El juzgado consideró probado, por un lado, que la motocicleta era conducida por el

codemandado; y, por otro lado, que no había tenido culpa alguna en la producción del accidente. Declaró que circulaba a una velocidad prudente (sobre 15 km/h) y sin realizar “eses”; que en lugar del siniestro se acumulaba una gran cantidad de barro a consecuencia de la cuantiosa lluvia que había caído el día anterior; y que no constaba la existencia de golpe o accidente alguno. Calificó el suceso de “luctuoso” y encuadrable dentro de los “riesgos generales de la vida”. Y concluyó que el accidente se debió “no a la imprudencia del conductor, sino al exceso de barro acumulado en la carretera”.

4. El demandante interpuso un recurso de apelación, la entidad demandada se opuso, y la Audiencia Provincial lo desestimó, con imposición de las costas al recurrente.

La Audiencia Provincial afirma que del art. 1.1 LRCSCVM se llega a la conclusión de que en los daños personales se objetiviza la responsabilidad y que, únicamente, cabe oponer la culpa exclusiva de la víctima o la fuerza mayor extraña a la circulación, pero que ello “[n]o es óbice para que no se haya acreditado que el accidente que nos ocupa se haya producido por fuerza mayor, o, en todo orden de concepto, por caso fortuito.”. Dice que sobre el accidente litigioso se siguió juicio de faltas en el que recayó sentencia que contiene los siguientes hechos probados: “[s]obre las 7 horas del día 31 de agosto de 2012 Don Ezequiel en compañía de su hijo, Don Hernan, se fueron a trabajar desde su domicilio sito en la Partida DIRECCION000 nº NUM000 de Alcoy. Los dos montaron en la motocicleta Suzuki 650 con matrícula YSY, conduciéndola Don Hernan. Iniciada la marcha, yendo a unos 15 k/h y a unos 50 metros del domicilio, en la primera curva, la motocicleta derrapó debido a la gran cantidad de barro que se produjo por las lluvias del día anterior, que el conductor intentó evitar, causando la pérdida del control de la misma. Ante la evidencia de caída, Don Ezequiel puso la pierna derecha en el suelo, para tratar de evitarla no consiguiéndolo». Añade que «[e]n los autos no existe prueba que tenga que ser valorada de forma distinta por este Tribunal a la que ya se tuvo en cuenta y se valoró en aquella jurisdicción penal, y que de nuevo ha sido valorada por el propio Tribunal de instancia” y que “[e]l juzgador razona el resultado de las pruebas y aplica consecuencias jurídicas con argumentación suficiente y compatible con las denominadas “normas de la sana crítica”; razonamientos que no pueden sino ser respetados por este Tribunal y a los que nos remitimos”.

5. El demandante-apelante (ahora recurrente) ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación fundados ambos en sendos motivos. Los recursos han sido admitidos. Y la entidad demandada-apelada se ha opuesto alegando causas de inadmisión tanto de un recurso como del otro, y por razones de fondo.

SEGUNDO. *Procedencia del examen previo del recurso de casación sobre el recurso extraordinario por infracción procesal*

Como hemos dicho reiteradamente (por todas, sentencias 1361 y 1357/2023, de 3 de octubre, 1316/2023, de 26 de septiembre, y 1256/2023, de 19 de septiembre):

“Esta Sala ha admitido 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””.

TERCERO. *Recurso de casación. Oposición de la aseguradora. Admisión. Estimación*

1. El recurso de casación se funda en dos motivos:

1.1 El motivo primero se interpone, al amparo del art. 477.2.3.º LEC, “por infracción de la doctrina jurisprudencial en torno a la necesidad de distinguir entre “fuerza mayor” y “caso fortuito” en la causación de daños personales en accidente de circulación, contenida en la sentencia n.º 850 del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 17 de noviembre de 1989 y la n.º 03/2015, de la misma Sala y Tribunal de fecha 4 de febrero de 2.015, en relación con el artículo 1.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor y el artículo 1105 del Código Civil.”.

El recurrente alega que al argumentar que, aunque estamos ante un accidente de tráfico con daños personales, “[e]llo no es óbice para que no se haya acreditado que el accidente que nos ocupa se haya producido por fuerza mayor, o, en todo orden de concepto, por caso fortuito.”, la Audiencia Provincial “[n]o distingue

entre ambos conceptos: “fuerza mayor” y “caso fortuito”, cuando su diferenciación es fundamental en el tipo de responsabilidad que nos ocupa, dado que el art. 1.1 del citado Real Decreto legislativo no recoge el caso fortuito como acontecimiento que exima de responsabilidad al conductor, sino que refiere de forma expresa y terminante, sin lugar a dudas ni otros “ordenes de conceptos”, solo la fuerza mayor.”.

1.2 El motivo segundo se interpone, al amparo de lo dispuesto por el art. 477.2.3.º LEC, “[p]or infracción legal por aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil y del artículo 1.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor, respecto a la doctrina jurisprudencial sobre imputación de responsabilidad civil en materia de daños corporales derivados de la circulación de vehículos a motor y estimación de la fuerza mayor.”.

El recurrente alega que “[l]a reclamación de daños personales tiene un estatuto y tratamiento privilegiado en la ley, por el principio de responsabilidad cuasi objetiva, por riesgo, que motiva que en el caso que nos ocupa, y como consecuencia lógica de la norma, ha de estarse a la necesaria estimación de la reclamación en beneficio de quien la peticona, a salvo se justifique de contrario la existencia de negligencia de la propia víctima o fuerza mayor extraña a la conducción.”; que “No hay atisbo alguno de la existencia ni alegación ni siquiera mención por el Juzgador de Instancia de la existencia o acreditación de fuerza mayor extraña a la circulación, o como dice la sentencia de apelación “en todo orden de concepto, caso fortuito”.”; que es más “[l]a propia resolución de la Audiencia habla de la valoración de la resolución penal previa, y a éste respecto, los hechos probados de la reseñada resolución disponían con claridad que hubo una “pérdida de control” de la motocicleta a causa de la gran cantidad de barro en la calzada.”; que, además, “[n]o consta que se haya probado la fuerza mayor o caso fortuito, excluyente a la obligación de reparar, pues aun entendiendo que fuera la existencia del barro en la calzada la causa del siniestro, la existencia de ello no es óbice para cuestionar que ello sea “ajeno a la circulación”, sino todo lo contrario, pues la existencia de barro cuando ha habido unas lluvias importantes la noche anterior, no supone una situación imprevisible e inevitable ni ajeno a la circulación, y además la situación de la calzada es un parámetro que expresamente refiere atención en la legislación de tráfico.”; y que “El efecto deslizante de una calzada cuando hay tierra y esta mojada por la lluvia del día anterior no

resulta algo infrecuente, ni caracterizado por las notas de imprevisible, insuperable, irresistible o catastrófico que acompañan y caracterizan a la fuerza mayor y, desde esta perspectiva, aunque se condujera a una velocidad adecuada y sin realizar eses, no puede incardinarse en el marco de la causa exoneradora de “fuerza mayor”, pues la vía y su estado es un factor inherente a la conducción.”.

2. La recurrida se opone al recurso alegando causa de inadmisión y por razones de fondo.

2.1 Sostiene que concurre causa de inadmisión por inexistencia de interés casacional, ya que lo que subyace en los motivos del recurso es la disconformidad del recurrente con el resultado probatorio reflejado en la sentencia recurrida, por ejemplo, cuando sostiene que el relato fáctico considerado probado no conduce a la conclusión de que el accidente se haya producido por fuerza mayor (o caso fortuito), o, cuando haciendo supuesto de la cuestión, no respeta, como hecho acreditado, que no medió imprudencia alguna por parte del conductor de la motocicleta.

2.2 Sobre el fondo del recurso, la recurrida alega, para oponerse al motivo primero, que la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito no hace al caso, ya que la Audiencia Provincial no dice que el accidente se produjese por caso fortuito, sino por fuerza mayor; y para oponerse al motivo segundo dice que, sea cual sea el criterio que se utilice para la imputación de la responsabilidad, la carga del nexo causal entre el comportamiento imputado al conductor de la motocicleta demandado y el daño producido corresponde a quien reclama, siendo así que en

el caso no existe ningún hecho atribuible al demandado que pueda estimarse haya dado lugar al hecho dañoso, de lo que se sigue, que el accidente se produjo, ante la falta de toda conducta imprudente, por fuerza mayor.

3. La causa de inadmisión se rechaza.

El interés casacional está debidamente justificado. Y en el recurso no se desconocen ni modifican los hechos probados que son considerados por la Audiencia Provincial. Lo que se cuestiona es que de ellos quepa inferir que el accidente se produjera por fuerza mayor extraña a la conducción o por caso fortuito que excluya la obligación de reparar. Y esto no es criticar el juicio de hecho o la apreciación fáctica del tribunal, sino censurar el juicio de derecho o la valoración jurídica de los hechos que este ha llevado a cabo.

4. Los motivos de casación se estiman.

4.1 La decisión de la Audiencia Provincial está basada en la apreciación de haberse producido el accidente “[p]or fuerza mayor, o, en todo orden de concepto, por caso fortuito.”. De ahí la crítica del recurrente de que el órgano de apelación no diferencia entre la fuerza mayor, que, según sostiene, sí está incluida en el art. 1 de la LRCSCVM como causa de exoneración de la responsabilidad civil del conductor, y el caso fortuito, que no lo está.

Es cierto que el art. 1 LRCSCVM no se refiere al caso fortuito, si bien conviene advertir, por ser precisos, que lo que contempla como causa de exoneración tampoco es, simplemente, la “fuerza mayor”, sino la “fuerza mayor extraña a la con-



ducción o al funcionamiento del vehículo”. Esto es lo verdaderamente significativo en este ámbito, ya que es lo que permite trazar con nitidez la diferencia conceptual con el caso fortuito, dado que esta expresión, en el marco del art. 1 LRCSCVM, tan solo se podría utilizar, si se pone en relación o se asimila con ella, para referir la fuerza mayor que, por no ser extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo, no constituye causa de exoneración de la responsabilidad. La Audiencia Provincial prescinde de este matiz y no se refiere, para justificar la concurrencia de causa de exoneración de la responsabilidad, a la fuerza mayor extraña a la conducción, sino simplemente y, además, de forma indiferenciada, a la fuerza mayor y al caso fortuito. Y esto no es correcto.

En las ya lejanas sentencias de 21 de julio de 1989 y de 17 de noviembre de 1989, dijimos: (i) en la primera, que la fuerza mayor extraña a la conducción (que no ha sido objeto de modificación alguna desde la primera regulación por el artículo 39 de la Ley de 24 de diciembre de 1962), es aquella que está ligada a una causa extraña, con entidad suficiente para romper el nexo causal, que se impone, de modo irresistible, al desarrollo de la actividad ya por sí peligrosa, mientras que el caso fortuito ordinario es el que tiene lugar, dentro de la actividad, como supuesto conocido y relativamente frecuente; (ii) y en la segunda, a propósito de la fuerza mayor extraña al vehículo, que, aunque la doctrina de la sala con la mirada puesta en el art. 1105 CC no solía distinguir entre los conceptos de “caso fortuito” y “fuerza mayor”, convenía distinguirlos cuando era el propio legislador el que aludía a uno de ellos solamente, como en el caso del art. 1 del texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor, aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, pudiendo entenderse por fuerza mayor la que se origina fuera del ámbito de la empresa (en este caso representada por el vehículo de motor, no ya solo figuradamente sino incluso por virtud de la expresa dicción legal), o bien proyectarse este concepto más que sobre la imprevisibilidad, respecto de la inevitabilidad, quedando para el caso fortuito lo simplemente imprevisto que se situaría por ello fuera del marco del mencionado art. 1.

Y en la, más próxima en el tiempo, sentencia 3/2015, de 4 de febrero, declaramos, haciendo constar la existencia de doctrina jurisprudencial sobre la diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito, al hilo del art. 1 LRCSCVM, y conociendo de un recurso derivado de un proceso centrado en definir si lo acaecido suponía o no una fuerza mayor extraña a la conducción:

“La distinción entre los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito no es ajena a otras áreas del ordenamiento, pese a que el art. 1105 del C. Civil, no incluya expresamente la distinción, como ocurre con los arts. 1602, 1625 y 1575, del C. Civil e indirectamente en los arts. 1784 y 1905, del C. Civil.

“La doctrina más autorizada distingue, en relación con la procedencia del hecho que impide el cumplimiento, si la procedencia es externa al círculo de la actividad en el que la obligación se desenvuelve, o si es interna.

“Es decir, en los supuestos en que la fuerza mayor pueda considerarse “propia”, generada en el seno, círculo o concreta esfera de actividad del riesgo desplegado, estaríamos ante un supuesto de caso fortuito que no sería liberatorio en sede de responsabilidad objetiva.

“Por ello la doctrina distingue entre la fuerza mayor, propiamente dicha, como la que es extraña al riesgo específico que se analiza y el caso fortuito como la fuerza mayor interna, es decir, ínsita en el riesgo.

“Con mayor expresividad refieren otros autores que el caso fortuito encierra siempre la posibilidad de una sospecha de culpa que no existe cuando el suceso consiste en una fuerza mayor extraña o ajena al riesgo desplegado.

“ Esta Sala en sentencia nº 850 de 17 de noviembre de 1989 ya distinguió entre fuerza mayor extraña a la conducción y el caso fortuito.

“En el mismo sentido la sentencia de 17 de julio de 2008, rec. 200/2002 debe descartarse también la fuerza mayor, porque su distinción del caso fortuito en la jurisprudencia de esta Sala se funda en la ajenidad de aquélla a la actividad de la empresa (p. ej. SSTS 5-11-93, 28-12-97, 13-7-99 y 4-4-00)...”.

Por lo tanto, el motivo primero del recurso se estima.

4.2 El art. 1.1 LRCSCVM establece, en relación con los daños a las personas causados con motivo de la circulación, un sistema de responsabilidad objetiva atenuada por riesgo, al disponer en sus párrafos primero y segundo, respectivamente, que: “El conductor de

vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación”, y que: “En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos a la culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos”.

Se sigue de lo anterior que el conductor de un vehículo a motor responde por el riesgo creado por su conducción, tenga o no culpa en el accidente, de los daños causados a las personas, a no ser que pruebe la concurrencia de alguna de las causas de exoneración que el propio precepto menciona. Como hemos dicho en la sentencia 60/2023, de 23 de enero, con cita de la 83/2010, de 22 de febrero:

“El régimen de responsabilidad por daños personales derivados de la circulación (artículo 1.1 II LRCSVM) solamente excluye la imputación objetiva cuando se interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado (cuando los daños se deben únicamente a ella) o una fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo, salvo, en el primer caso, que concurra también negligencia del conductor, pues entonces procede la equitativa moderación de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización -artículo 1.1 IV LRCSVM- (STS 12 de diciembre 2008)”.

En el presente caso, a partir de lo que se declara probado en la previa sentencia penal y en la de primera instancia recurrida en apelación, la Audiencia Provincial aprecia la concurrencia de causa de exoneración de la responsabilidad al considerar que la causa del siniestro fue la gran cantidad de barro acumulada en el lugar, a consecuencia de las lluvias caídas durante el día anterior, y que, por lo tanto, este se produjo “[p]or fuerza mayor, o, en todo orden de concepto, por caso fortuito.”, sin que haya nada que reprochar al conductor, ya que este circulaba a una velocidad prudente de aproximadamente 15 km/h y sin realizar “eses”, no constando la existencia de golpe o accidente alguno.

Las críticas del recurrente en este punto también están justificadas.

La existencia de barro en la calzada a consecuencia de la lluvia caída el día anterior no constituye una circunstancia anómala, inusual o imprevisible que pueda ser caracterizada como fuerza mayor extraña a la conducción y justificar que el conductor de la motocicleta y con él su compañía aseguradora resulten exentos de responsabilidad. El hecho de que el pavimento se pueda tornar deslizante por efecto de la lluvia y el barro forma parte del riesgo de la circulación y no constituye una circunstancia ajena, por extraña, a la conducción.

Es más, la carretera no estaba cortada y ni siquiera hay constancia de la producción de algún otro siniestro o accidente por lo que resulta razonable descartar que la calzada estuviera impracticable o que cualquier conductor que circulara por ella hubiera perdido, de forma necesaria e inevitable, por el mero hecho de hacerlo, el control de su vehículo. Control que, en cambio, sí perdió el conductor de la motocicleta.

Así lo admite la Audiencia Provincial al asumir los hechos probados de la previa sentencia penal, pero obviando que dicho conductor, con arreglo a lo dispuesto a la fecha del siniestro por los arts. 11.1 y 19.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y 17.1, 45 y 46.1.g) del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación, debía estar en todo momento en condiciones de controlar la motocicleta y obligado a tener en cuenta las características y el estado de la vía, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación y, en general, cuantas circunstancias concudiesen en ese momento, no solo circulando a una velocidad moderada y adecuada a las mismas, sino incluso deteniendo su vehículo de ser preciso y así exigirle el hecho de circular por pavimento deslizante. Lo que también desmiente, a mayor abundamiento, la ausencia de cualquier culpa por parte del conductor en la producción del accidente.

Por lo tanto, el motivo segundo del recurso también se estima.

5. En consecuencia, el recurso de casación se estima al haber infringido la sentencia recurrida el art. 1 LRCSVM y conculcado la doctrina de la sala sobre la fuerza mayor extraña a la conducción como causa de exoneración de la responsabilidad civil por daños personales ocasionados con motivo de la circulación.

6. Estimado el recurso de casación hemos de asumir la instancia y, en funciones de apelación, examinar y resolver, las dos objeciones formuladas por la aseguradora para “el supuesto de que se entendiese que concurre algún tipo de responsabilidad en el Sr. Hernan”.

6.1 La primera tiene por objeto la cantidad de 71 681,96 euros que se reclama por causa de incapacidad permanente total y que a juicio de la aseguradora “no resulta ni justificada ni proporcionada”.

La objeción se rechaza.

La incapacidad permanente total del demandante ha sido declarada por sentencia judicial firme. Y la cuantía que se reclama por este concepto, sobre la que se ofrece una explicación detallada en el apartado 2.º del hecho sexto de la demanda, no excede el límite establecido por el baremo que resulta de aplicación, y, además, está calculada aplicando un criterio razonable que se centra en la pérdida de ingresos y se apoya en conjunto documental ilustrativo al respecto y cuya autenticidad no ha sido impugnada.

6.2 La segunda objeción se refiere a los intereses del art. 20 LCS cuya aplicación rechaza la aseguradora al considerar que concurría causa justificada para no satisfacer la indemnización consistente en la presunta actuación fraudulenta por parte del demandante, lo que le llevó a interponer una querrela por estafa con empleo de fraude procesal, alegato que no podemos asumir, cuando tanto los tribunales penales como los civiles han descartado que aquel fuese el conductor de la motocicleta, so pena de convertir la mera opinión contraria de la aseguradora y su empeño en sostener que sí lo era en una casa justificada para no satisfacer la indemnización, lo que resulta absurdo, y, además, no tiene ningún sentido, dado el carácter sancionador de los intereses del art. 20 de la LCS y el criterio restrictivo a seguir en la apreciación de las causas justificadas de exoneración del deber de indemnizar (por todas, sentencias 1321 y 1322/2023, de 27 de septiembre, y 681/2023, de 8 de mayo).

No pudiendo acogerse tampoco que el inicio del cómputo de los intereses se haga coincidir con la fecha del auto de archivo de la causa penal que fue incoada a raíz de la querrela que presentó la aseguradora, puesto que dicha petición no se ajusta a los criterios de devengo que se establecen en el art. 20 LCS, no ha sido razonada por la aseguradora y no

resulta justificada, ya que lo que el auto de sobreseimiento y consecuente archivo de las actuaciones penales permite apreciar es que la causa en la que se amparaba la aseguradora para no pagar no era justa, no que siendo justa hasta entonces dejase de serlo a partir de dicha resolución.

Sí procede establecer, en cambio, como inicio del devengo de los intereses del art. 20 sobre la cantidad solicitada por la incapacidad permanente total el 25 de enero de 2016, fecha de la sentencia del Juzgado de lo Social que la declaró. En el hecho quinto de la demanda interpuesta se expone, con cita de los documentos 14 y 15, que la indemnización por incapacidad permanente total quedó al margen de la reclamación efectuada a la aseguradora “pues se encontraba aún pendiente de resolver en la vía del Juzgado de lo Social”. Se asume de esta forma por el propio demandante que, con anterioridad a ese momento, no cabe reprochar a la aseguradora, en relación con dicha indemnización, mora en el cumplimiento de su prestación.

En consecuencia, a salvo lo que se acaba de señalar en relación con los intereses de la indemnización por incapacidad permanente total procede estimar el recurso de apelación y con él de forma sustancial la demanda.

CUARTO. Costas y depósitos

1. Al estimarse el recurso de casación no se condena en las costas de dicho recurso ni en las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a ninguno de los litigantes y se dispone la devolución de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 y en la disposición adicional 15.ª, apartado 8, LOPJ, respectivamente.

2. ?Al estimarse en parte el recurso de apelación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes y se dispone la devolución del depósito constituido para interponerlo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 y en la disposición adicional 15.ª, apartado 8, LOPJ, respectivamente.

3. La doctrina de la estimación sustancial de la demanda que opera cuando hay una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido justifica en este caso que se impongan a los demandados las costas de la primera instancia (sentencias 788/2022, de 17 de noviembre, y 967/2007, de 14 de septiembre).

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 D. Ezequiel contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante, con el n.º 46/2019, el 19 de febrero de 2019, en el recurso de apelación 5/2019, y casarla.

2.º- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Ezequiel contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Alcoy (Alicante), con el n.º 113/2018, el 28 de septiembre de 2018, en el juicio ordinario 702/2016, y revocarla.

3.º- Estimar sustancialmente la demanda interpuesta por D. Ezequiel contra D. Hernan y la Cía. De Seguros Mutualidad de Levante y condenar a los demandados, de forma solidaria, a pagar al demandante la cantidad de 112 077,49 euros, incrementada, en el caso de la aseguradora, con los intereses del art. 20 LCS, que se determinarán de la siguiente forma: i) los que devengue la cantidad de 40 395,53 euros desde el 31 de agosto de 2012 hasta su completo pago, calculados, durante los dos

primeros años al tipo legal más un 50% y, a partir de ese momento, al tipo del 20%, si aquel no resultase superior; ii) los que devengue la cantidad de 71 681,96 euros desde el 25 de enero de 2016 hasta su completo pago, calculados, durante los dos primeros años al tipo legal más un 50% y, a partir de ese momento, al tipo del 20%, si aquel no resultase superior.

4.º- No imponer a ninguno de los litigantes las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación, y devolver los depósitos constituidos para interponerlos.

5.º- No imponer a ninguno de los litigantes las costas del recurso de apelación, y devolver el depósito constituido para interponerlo.

6.º- Imponer a los demandados las costas de la primera instancia.

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 **José A. Badillo Arias**
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá

Pese a que la doctrina y la jurisprudencia ya se han pronunciado sobre la distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito, todavía nos encontramos supuestos en los que parece que las cosas no están tan claras. En una reciente sentencia del Tribunal Supremo del pasado 27 de octubre, la Sala 1ª, corrigiendo la sentencia de instancia -que equipara la fuerza mayor al caso fortuito-, nos vuelve a recordar su doctrina sobre esta cuestión. Se trata de un supuesto en el que el ocupante de una motocicleta sufre graves daños como consecuencia del derrape de la misma debido al barro que se había acumulado sobre el terreno a consecuencia de las lluvias caídas.

Tras la demanda del ocupante contra la entidad aseguradora, que alegaba la existencia de fuerza mayor extraña a la conducción, el juzgador de instancia desestimó la demanda, calificando el suceso de "luctuoso" y encuadrable dentro de los "riesgos generales de la vida". Y concluyó que el accidente se debió "no a la imprudencia del conductor, sino al exceso de barro acumulado en la carretera". La Audiencia Provincial también desestimó el recurso de apelación del actor porque el accidente se había "producido por fuerza mayor, o, en todo orden de concepto, por caso fortuito". Aunque no lo explica, al desestimar las pretensiones del actor, considera que se trata de una fuerza mayor exógena del riesgo circulatorio, "equiparable" al caso fortuito.

Las lesiones sufridas por el ocupante de una motocicleta son indemnizables y no es un suceso encuadrable dentro de los "riesgos generales de la vida" ni de "fuerza mayor extraña a la conducción". Del contenido de la Sentencia, cabe entender que la teoría de "los riesgos generales de la vida" no puede ser una causa de exoneración de responsabilidad de las lesiones de la ocupante lesionada, pues hay que estar al régimen de responsabilidad específico previsto en el Art. 1 de la LRCSCVM que no sólo exige "fuerza mayor" sino que además debe ser "extraña a la conducción".

La Sala 1ª del Tribunal Supremo, tras el recurso de casación, que lo estima, nos recuerda que el caso fortuito se asimila a una fuerza mayor interna del riesgo que, a diferencia de la fuerza mayor externa, no constituye una causa de exoneración de la responsabilidad civil. En tal sentido, la sentencia indica que la existencia de barro en la calzada a consecuencia de la lluvia caída el día anterior no constituye una circunstancia anómala, inusual o imprevisible que pueda ser caracterizada como fuerza mayor extraña a la conducción y justificar que el conductor de la motocicleta y con él su compañía aseguradora resulten exentos de responsabilidad. El hecho de que el pavimento se pueda tornar deslizante por efecto de la lluvia y el barro forma parte del riesgo de la circulación y no constituye una circunstancia ajena, por extraña, a la conducción.

COMENTARIO

En esta línea, la STS (Sala 1ª), de 4 de febrero de 2015 (RJ 2015\2075), que analiza una colisión como consecuencia de la irrupción de una piara de jabalíes en la calzada, considera que se trata de un caso fortuito, inserto en el riesgo circulatorio y no un supuesto de fuerza mayor extraña, como pretendía la aseguradora de uno de los vehículos implicados en el accidente. La Sala postula que “en los supuestos en que la fuerza mayor pueda considerarse “propia”, generada en el seno, círculo o concreta esfera de actividad del riesgo desplegado, estaríamos ante un supuesto de caso fortuito que no sería liberatorio en sede de responsabilidad objetiva.

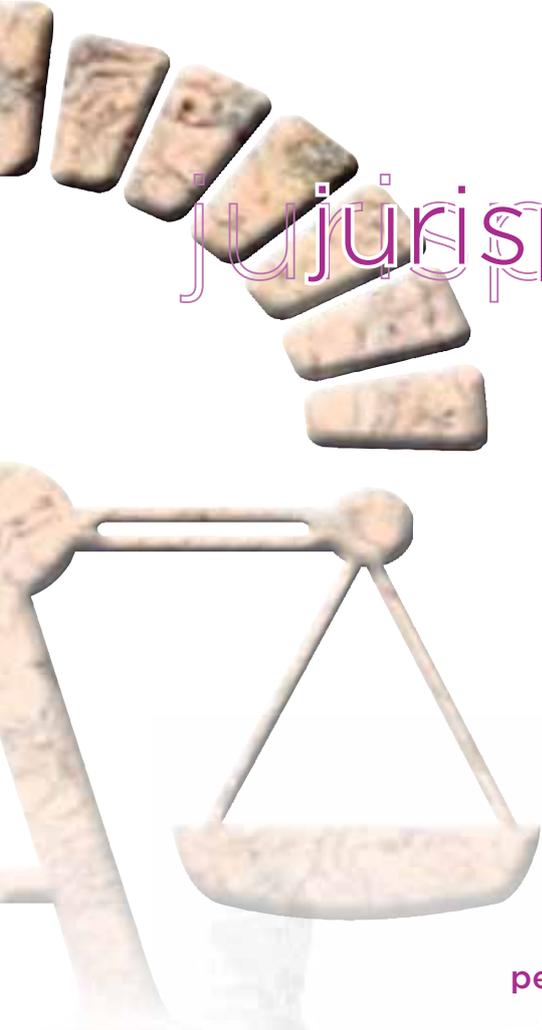
Es evidente que, en los sistemas de responsabilidad civil objetiva, el caso fortuito, que se suele equiparar a una fuerza mayor interna, no tiene efectos liberadores, como ocurre con la fuerza mayor externa. Por decirlo de otro modo, el hecho fortuito se constituye como una fuerza mayor endógena del propio riesgo, en este caso, circulatorio, y por ello no es causa de exoneración de la responsabilidad del conductor. Es el caso del ejemplo que nos propone la Ley, de los defectos del vehículo, la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos. También puede haber otros, como el infarto sobrevenido al conductor que provoca el accidente o el reventón de una rueda en buen estado o, como en el caso que nos ocupa, la existencia de barro en la calzada como consecuencia de las lluvias caídas en días anteriores. Se trata de una fuerza mayor interna del riesgo circulatorio -fuerza mayor interna o caso fortuito-, que no libera al responsable de daño, con independencia que tuviera o no culpa en el derrape de la motocicleta.

En todo caso, conducir en las condiciones descritas, no deja de ser una imprudencia del conductor de la motocicleta. Por ello, en mi opinión, todo el debate en este asunto sobre la fuerza mayor y el caso fortuito, seguramente, está demás.

Realmente, como apunta la Sala, considero que no estamos ante un supuesto de fuerza mayor externa o interna (caso fortuito) del riesgo circulatorio, que requieren que los hechos causantes del daño sean imprevisibles o que, siendo previsibles, sean inevitables. En este caso, los hechos no son ni imprevisibles ni inevitables.

En tal sentido, la existencia de barro en la calzada como consecuencia de las lluvias caídas el día anterior, no constituye un hecho inevitable. Lo que debería haber hecho el conductor de la motocicleta es no conducir en estas circunstancias. Por ello, entiendo que estamos ante un hecho imprudente del conductor, que excluye que se pueda hablar de fuerza mayor o caso fortuito.





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Responsabilidad civil del fabricante derivada de la explosión de una botella de cerveza que provocó la pérdida de un ojo por el titular de un bar. Aplicación del régimen de responsabilidad objetiva por productos defectuosos a los perjuicios derivados de las lesiones sufridas al considerarse que la Directiva 85/374, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, no excluye la cobertura de los daños personales sufridos por quien usa el producto defectuoso en el marco de una actividad profesional o empresarial.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 2 de noviembre de 2023

Ponente: Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

Se plantea como cuestión jurídica el ámbito de protección del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos que, procedente de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, está contenido en la actualidad en el Libro III del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU). En particular, se discute si este régimen de responsabilidad objetiva cubre los perjuicios derivados de las lesiones personales causadas por un producto defectuoso a quien actúa con un propósito que entra dentro de su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. En el caso, se trata de las lesiones sufridas por el titular de un bar como consecuencia de la explosión de una botella de cerveza.

A efectos de la resolución de este recurso son antecedentes necesarios los siguientes.

1. Juan María interpone una demanda contra Damm, S. A. y AIG Europe Limited Sucursal en España, a las que reclama una indemnización de 152 877,12 € al amparo del art. 1902 CC, de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, y arts. 135 y ss. TRLGDCU.

Explica que es titular y explota un bar en Vilafranca del Penedés y que el día 5 de agosto de 2015 una de las botellas de “Voll Damm 1/3”, que le acababan de suministrar y que se encontraba todavía dentro de la caja de plástico de transporte, explotó. Uno de los cristales impactó en el ojo del demandante, lo que le causó graves lesiones que le han provocado la pérdida total del globo ocular, que le han tenido que extirpar. Solicita la condena solidaria de las demandadas.

2. Las demandadas se oponen a la demanda. Damm, S. A. niega una actuación culposa por su parte de Damm y, en consecuencia, la inexistencia de responsabilidad civil. Damm apunta la posibilidad de que la botella explotara por razones que no le son imputables (transporte, custodia por parte de la distribuidora...), incluso la manipulación por parte del mismo lesionado. Niega que el producto fuera defectuoso ya que superó todos los controles de calidad. Subsidiariamente, se opone a la indemnización reclamada. AIG Europe Limited, que se adhiere a la contestación de Damm, argumenta que la falta de responsabilidad de Damm da lugar a la falta de cobertura del seguro contratado por ella.

3. La sentencia del juzgado desestima la demanda.

El juzgado parte de que el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, que establece una responsabilidad objetiva, solo se aplica al consumidor y considera que por ello en el caso debe estarse al régimen general de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC, basado en la culpa.

La sentencia del juzgado, a la vista de la prueba practicada concluye que existen dudas sobre cómo se produjo la explosión y aunque considera que la elaboración de productos alcohólicos puede comportar cierta inversión de la carga de la prueba por el riesgo de explosión, concluye que el actor no ha probado ninguna actuación imprudente de Damm, que ha explicado el control de calidad que pasan las botellas (que superan la normativa ISO 9001), más

en el caso en el que, al ser reciclada, había pasado ya antes por los mismos mecanismos de control, sin que se detectase problema o defecto alguno. Entiende que no ha quedado acreditado que la explosión de la botella se produjera en la caja, que la testifical en ese sentido no es determinante, el informe de urgencias recoge que el accidente se produjo al lavar unas botellas y, según el perito de la demandada, la lesión solo se explica por impacto o caída de botella.

4. Recurre en apelación el Sr. Juan María y la Audiencia estima el recurso y estima la demanda, condenando a abonar a las demandadas por los daños que considera acreditados por importe de 127 927,12 € (días de hospitalización; incapacitación hasta curación de las lesiones; lucro cesante por los siete días que el bar estuvo cerrado hasta que encontró un camarero; daño anatómico y estético por la pérdida de globo ocular; daño moral, respecto del cual se rebaja la cuantía solicitada, y prótesis, que no acredita en las cantidades que solicita el actor).

La Audiencia explica que el actor no solo ha ejercido la acción del art. 1902 CC, sino que expresamente ha invocado el régimen de responsabilidad contenido en los arts. 135 y ss. TRLGDCU. La Audiencia añade que este régimen ha sido calificado por la jurisprudencia como objetivo, prescinde de la culpa o negligencia del fabricante o importador y se basa en la responsabilidad por daños causados por productos por la falta de seguridad que cabe esperar. A continuación, se ocupa de la valoración de la prueba y lleva a cabo las siguientes consideraciones:

“Los tres testigos que han declarado en el acto del juicio a propuesta del demandante permiten tener por acreditado el siguiente relato táctico.

“D. Juan María estaba comiendo en su bar y lo hacía en la misma mesa que uno de sus clientes habituales. Cuando llegó el repartidor de la distribuidora se levantó y fue a la barra para atenderlo. El repartidor le dejó la caja de Voll Damm en la barra y él la cogió y la dejó encima de la nevera que se encontraba justo entre él y la barra, a sólo unos 10 cm de altura de la barra. En ese momento, mientras el repartidor contaba el dinero que le había dado y escribía “cobrado” en la factura, una de esas botellas, que estaba dentro de la- caja, explotó. El cuello de ja botella, con la chapa puesta, saltó, así como otros cristales de dimensiones más pequeñas, algunos de los cuales causaron las lesiones al ahora demandante. La base de la botella se

quedó dentro de la caja donde todavía estaba cuando otro cliente habitual llegó al bar justo después de que trasladaran a D. Juan María al hospital. Este cliente, el Sr. Bienvenido, pudo hablar con el cliente con quien estaba comiendo el propietario del bar (persona muy mayor y que, según se ha dicho, estaba muy nervioso) que le contó lo que había sucedido y pudo ver dónde estaba la caja y los restos de la botella que había explotado. Este testigo se encargó de recoger los cristales y limpiar el local.

“El anterior relato es el que resulta de las explicaciones que, de forma coherente, han dado en el acto de la vista, sin que se aprecie de sus declaraciones razones para dudar de su veracidad.

“El único dato discordante es la referencia que se recoge en el apartado relativo al “motivo de consulta” que contiene el Informe de asistencia de urgencia del hospital comarcal. Así, se hace constar que el accidente se habría producido por “contusión con un vidrio a nivel ocular al lavar unas botellas de cerveza”. La parte demandante niega que fuera así ni que él lo hubiera dicho. De hecho, no estaba en condiciones de decir nada.

“Esta referencia en el informe de urgencia, en el que se fundamenta la sentencia, sin constancia de la fuente, es insuficiente para desvirtuar el relato que resulta de aquellos testigos. La parte demandada no ha practicado ninguna prueba que tienda a demostrar su falta de veracidad. Ni siquiera pidió el interrogatorio del demandante para que dijera con quién había ido al hospital y quién

habría podido dar esta información a la persona que le atendió.

“En todo caso, y al margen de cualquier otra consideración (como por qué se habría puesto D. Juan María a lavar una botella de cerveza si estaba comiendo), una botella de cerveza no debería explotar solo porque la lavaran bajo el grifo. Se trataría, igualmente, de una explosión inusual y anómala.

“El mismo director de calidad de Damm, 8. A. ha mantenido que una botella de cerveza, si está bien, no debe explotar espontáneamente sin causa externa (manipulación) que lo provoque más allá de las 48-72 h después de haber finalizado todo el proceso que él mismo explicó. No obstante, el perito amplió el plazo de unos 10 días en caso de que la botella tuviera alguna fisura que no se hubiera detectado. No se ha acreditado (de hecho, no se ha intentado ni sé han facilitado explicaciones al respecto), por otra parte, que la causa de la explosión fuera un inadecuado almacenamiento o transporte por parte de un tercero (distribuidor), es decir, una inadecuada manipulación por parte de un tercero. Evidentemente, debería tratarse de una inadecuada manipulación porque, de otro modo, la botella, lógicamente, y con la seguridad que habría que esperar, no debería haber explotado.

“Es evidente que una botella de cerveza, que explota espontáneamente, no ofrecía la seguridad que legítimamente se debería esperar, como antes se ha razonado, y, por lo tanto, se debe conceptuar como producto defectuoso conforme al art. 137 del RD Leg. 1/2007.



“La certeza absoluta de que la botella era defectuosa (son importantes los riesgos que conlleva el proceso de limpieza y reutilización que se explicó en el acto del juicio) no se ha conseguido porque, como sucede en muchas ocasiones, la botella se destruyó y, por lo tanto, no se ha podido analizar. Sin embargo, se puede llegar a esta convicción sin necesidad de una prueba directa que acredite el defecto. Como razona el Tribunal Supremo en la sentencia, de 23 de noviembre de 2007, no existiendo ninguna prueba de que la explosión fue causada por un defecto en el almacenamiento o por una incorrecta manipulación, resulta razonable concluir que el producto carecía de la seguridad que había que esperar y, por lo tanto, era defectuoso.

“Así, señalaba el Tribunal Supremo en las sentencias de 19 de febrero de 2007 y 21 de febrero de 2003 que el concepto legal de producto defectuoso (siguiendo la Directiva comunitaria) “resulta flexible y amplio, y, al no concurrir factores subjetivos, la seguridad se presenta como exigencia del producto, pues se trata de un derecho que asiste a todo consumidor en cuanto que el producto puede ser utilizado sin riesgos para su integridad física o patrimonial.

“La existencia del defecto resulta del concepto que del mismo establece la Ley 22/1994 y ha de relacionarse necesariamente con la seguridad que el producto debe ofrecer, y, si esto no sucede, impone considerar al producto como defectuoso”(…)” Y añade que, si bien la prueba del defecto corresponde al perjudicado “no es necesaria la prueba del concreto defecto que haya producido el daño, siendo suficiente acreditar su existencia, aunque no se pueda determinar la clase del mismo”.

“El Tribunal Supremo, en una sentencia de 23 de junio de 1993, en la que se examinaba también la responsabilidad del productor por la explosión de una botella de cerveza, decía que “ni a la víctima le corresponde la prueba de que el fabricante no ha cumplido con las precauciones y medidas apropiadas en su proceso productivo, ni éste puede liberarse de su responsabilidad probándolo, ni, por último, a la víctima le corresponde probar que ha obrado con toda corrección en el uso y consumo, sino al fabricante la prueba de que fue incorrecto para liberarse de su obligación de responder, lis la culpa de la víctima, en otros términos, lo que le exime y es prueba que corresponde al fabricante,

como ocurre generalmente cuando el legislador establece la responsabilidad objetiva (...).

“En conclusión, pues, se considera acreditado que los daños causado a D. Juan María, y por lo que reclama indemnización, son debidos a un producto (botella) que no ofrecía “la seguridad que era de esperar y que normalmente ofrecen los otros ejemplares de la misma serie. Se trata, por lo tanto, de un producto defectuoso del que debe responder la productora, ahora demandada”.

5. Las demandadas interponen recurso de casación, fundado en dos motivos, y recurso extraordinario por infracción procesal, fundado en otros dos motivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Primer motivo del recurso por infracción procesal*

1. Planteamiento del primer motivo. En el primer motivo del recurso por infracción procesal, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, se denuncia la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE por infracción de las normas relativas a la valoración de la prueba contenidas en el art. 326.1 LEC y, por remisión, infracción del art. 319 LEC, concretada en el error patente en que ha incurrido la sentencia recurrida respecto del informe de urgencias del Hospital (Documento núm. 2 de la demanda). Explica que la indefensión material producida consiste en que el único documento probatorio que relata lo sucedido aportado por el actor en su perjuicio es valorado arbitraria e irracionalmente por la sentencia recurrida en contra del demandado, cuando su tenor literal no deja lugar a dudas y hace prueba plena de lo que documenta.

El motivo no puede ser estimado por lo que decimos a continuación.

2. Decisión de la sala. Desestimación del primer motivo. La valoración de la prueba documental debe hacerse en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba (sentencias 458/2009, de 30 de junio, 163/2016, de 16 de marzo, y 642/2016, de 26 de octubre), puesto que en nuestro ordenamiento procesal rige el principio de valoración conjunta de la prueba (sentencia 356/2016, de 30 de mayo). Una cosa es el valor probatorio de los documentos en cuanto a la autenticidad, fecha o personas que intervinieron, y otra distinta la interpretación efectuada por la sentencia recurrida acerca del

contenido de los documentos (por todas, sentencia 235/2018, de 23 de abril), puesto que la expresión “prueba plena” de los arts. 319.1 y 326.1 LEC no significa que el tribunal no deba valorar el contenido de los mismos de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en el conjunto de las pruebas aportadas.

Es lo que sucede en el caso, pues la Audiencia, al amparo de las facultades de valoración de la prueba que corresponden al tribunal de apelación, considera acreditado el relato fáctico que hemos transcrito en el anterior fundamento, y considera creíble que una de las botellas que estaba en la caja que acababa de entregar el reparador mientras el demandante estaba comiendo explotara dentro de la caja. Llega a esta conclusión a la vista de las declaraciones de los testigos, de los que considera que no existen razones para dudar de su veracidad, y considera que no tiene virtualidad suficiente en contra de esa conclusión el dato que consta en el informe de urgencias acerca de que la lesión se produjo durante el lavado de las botellas de cerveza, lo que el demandante niega haber dicho, sin que las demandadas pidieran el interrogatorio del demandante para que dijera quién le acompañó al hospital y pudo proporcionar ese dato. La Audiencia considera que no tendría sentido que si se encontraba comiendo el demandante se pusiera a lavar las botellas de cerveza.

A lo anterior debemos añadir que la sentencia recurrida no detiene su razonamiento en las anteriores consideraciones. La Audiencia advierte que “en todo caso, y al margen de cualquier otra consideración (como por qué se habría puesto D. Juan María a lavar una botella de cerveza si estaba comiendo), una botella de cerveza no debería explotar solo porque la lavaran bajo el grifo. Se trataría, igualmente, de una explosión inusual y anómala”, e igualmente se refiere a la información proporcionada por el director de calidad de Damm y de un perito relativa al tiempo en el que es posible que una botella que ha superado el procedimiento de control puede explotar sin manipulación en caso de que tuviera alguna fisura que no se hubiera detectado.

Es decir, que aunque la Audiencia no hubiera entendido que en una valoración conjunta de la prueba el dato que figura en el informe de urgencias acerca de que la explosión se produjo al lavar la botella no era decisivo para desvirtuar la conclusión de que la botella explotó en la caja, su conclusión sobre el carácter defectuoso en cuanto que inseguro del producto ni hubiera variado, pues también dice que la botella no debería explotar solo porque la lavaran en el grifo. Por ello,

lo que la parte recurrente denuncia no supondría en ningún caso la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante (por todas, STC 157/2000, de 12 de junio), cosa que se traduce en la necesidad de demostrar que el supuesto error que atribuye a la sentencia recurrida fue decisivo, esto es, que tuvo una influencia decisiva en la resolución del pleito (STC 70/2002, de 3 de abril, STC 116/1983, de 7 de diciembre).

El motivo primero, por ello, se desestima.

TERCERO.- Segundo motivo del recurso por infracción procesal

1. Planteamiento del segundo motivo. El segundo motivo del recurso por infracción procesal, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, denuncia la infracción de las normas reguladoras de la sentencia relativas a la carga de la prueba contenidas en los arts. 217.2 y 217.6 LEC, al haber impuesto la sentencia recurrida una inversión de la carga de la prueba habiendo trasladado a la parte demandada la necesidad de acreditar la ausencia de culpa.

En el desarrollo del motivo se alega que la sentencia exime al actor de la necesidad de acreditar la culpa de la demandada al haber considerado que el régimen de responsabilidad es objetivo y no subjetivo, como es propiamente el del art. 1902 CC. También se alude a que ese sistema de responsabilidad objetiva no es aplicable cuando el demandante no es un consumidor, como sucede en el caso.

El motivo no puede ser estimado por lo que decimos a continuación.

2. Decisión de la sala. Desestimación del segundo motivo. El motivo, en el que junto a la denuncia de supuestas infracciones procesales se introducen cuestiones sustantivas relativas al régimen de responsabilidad aplicable, debe ser desestimado. El motivo presupone que se ha aplicado el art. 1902 CC, y que es el régimen de responsabilidad por culpa el que debe aplicarse, pero la Audiencia no aplica el art. 1902 CC, sino que considera aplicable el régimen de responsabilidad por productos defectuosos derivado de la Directiva comunitaria 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, y de ahí que no pueda atacarse por esta vía del recurso por infracción procesal el razonamiento de la sentencia recurrida. De manera indirecta lo que está haciendo la parte recurrente en este motivo es cuestionar la aplicación del régimen específico de productos defectuosos al supuesto litigioso, lo que es propio del recurso de casación, tal y como hace

la parte recurrente en los motivos del recurso de casación.

El motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal, en consecuencia, se desestima.

Recurso de casación

CUARTO.- Planteamiento de los motivos del recurso de casación

Los dos motivos del recurso de casación planteados se encuentran relacionados.

1. En el primero se denuncia la infracción por indebida aplicación a los hechos declarados probados de los arts. 2, 3, 4, 135, 137 y 139 TRLGDCU, en contra de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fechas 30 de junio de 2015, 14 de octubre de 2015 y 11 de abril de 2019, conforme a la cual no puede aplicarse tal normativa a quien no ostenta la condición de consumidor. La parte recurrente razona que, al aplicar un régimen de responsabilidad objetiva, la sentencia infringe por no aplicación el art. 1902 CC, así como la doctrina de esta sala contenida en las sentencias de fecha 18 de marzo de 2016 y 16 de octubre de 2006 que, para las actividades que no son anormalmente peligrosas, como es el embotellado de cerveza, exige que quede acreditada la culpa o negligencia del demandado.

2. En el segundo motivo se denuncia la infracción del art. 4.1 CC y de la doctrina jurisprudencial de esta sala contenida en las sentencias 607/2010, de 7 de octubre, y 463/2006, de 18 de mayo. La parte recurrente razona que no procede aplicar por analogía el régimen de responsabilidad de los arts. 135, 137 y 139 TRLGDCU porque el art. 1902 CC es el precepto que regula la responsabilidad extracontractual

cuando el dañado no ostenta la condición de consumidor.

3. Los dos motivos van a ser desestimados por lo que explicamos a continuación.

QUINTO.- Decisión de la sala. Desestimación del recurso de casación

1. *Cuestión jurídica que se plantea. Objeto del recurso de casación.* El motivo segundo carece de fundamento porque la Audiencia no aplica por analogía el régimen de responsabilidad objetiva previsto para los daños causados por productos defectuosos, como se dice en el motivo segundo del recurso, sino que lo aplica directamente al considerar que ha sido invocado por el actor y es el aplicable.

Por tanto, nos debemos pronunciar sobre lo planteado en el primer motivo del recurso, esto es, si los perjuicios derivados de las lesiones personales causadas por un producto defectuoso a quien actúa con un propósito que entra dentro de su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, son indemnizables de acuerdo con el régimen de responsabilidad contenido en el Libro III del Real Decreto Legislativo 1/2007.

Esta es la única cuestión que debe ser objeto de nuestra consideración. En el recurso de casación no se impugna la interpretación que ha llevado a cabo la sentencia acerca de lo que es un producto defectuoso por falta de la seguridad que cabe legítimamente esperar, y se limita a reiterar, como ha venido haciendo desde la contestación a la demanda, que la solución alcanzada no es posible al amparo del art. 1902 CC, precepto que la parte recurrente considera aplicable en atención a que el demandante no es un consumidor.

2. Para dar respuesta a la cuestión planteada debemos partir de las siguientes consideraciones.



El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU) tiene por objeto la refundición en un único texto de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de diversas directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios y que incidían en los aspectos regulados en ella. Entre las leyes que refunde el TRLGDCU se encuentra, entre otras, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.

La Ley 22/1994 incorporó al Derecho español una Directiva comunitaria sobre la responsabilidad por productos defectuosos (Directiva 374/1985/CEE). La Directiva de 1985 introdujo un sistema de responsabilidad por productos defectuosos con la finalidad de armonizar las legislaciones de los Estados miembros de la entonces Comunidad Económica Europea en una materia en la que se entendía que podrían producirse distorsiones en la competencia como consecuencia de la diversidad legislativa de los Estados miembros.

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación, la Directiva 374/1985 no contiene una definición de consumidor, a diferencia de lo que sucede con otras directivas (por ejemplo, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que en su art. 2.b) definió al “consumidor” como “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”).

El ámbito de aplicación de la Directiva 374/1985 viene diseñado por la tipología de daños que se determinan en el propio texto, y que se fijó con arreglo a una serie de criterios heterogéneos de política legislativa (facilidad de cobertura por un seguro, no incremento de la litigiosidad, etc.). Así, para los daños causados a una cosa se excluyen los daños en el propio producto defectuoso, se introduce una franquicia y se limitan los daños a las cosas que normalmente se destinan al uso o consumo privados siempre que el perjudicado las haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados. Pero, en cambio, la Directiva no excluye la cobertura de los daños personales sufridos por quien usa el producto defectuoso en el marco de una actividad profesional o empresarial.

Así, el art. 9.a) de la Directiva 85/374 considera como daños indemnizables “los daños causados por muerte o lesiones corporales”. No

exige que la víctima sea un consumidor. Y, de manera coherente con el art. 9 de la Directiva, el art. 10 de la Ley 22/1994 que la incorporó a nuestro ordenamiento interno, al referirse a su “ámbito de protección”, expresamente establece, sin más, que: “El régimen de responsabilidad civil previsto en esta Ley comprende los supuestos de muerte y las lesiones corporales”.

Cuando el legislador decidió refundir en el TRLGDCU diferentes leyes, entre las que se encontraba lo que en ese momento seguía vigente de la originaria Ley 26/1986, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, con otras leyes, en particular la Ley 22/1994, hubo de enfrentarse al problema de que no todas ellas tenían en mismo ámbito de aplicación subjetiva. La Ley 26/1986, de 19 de julio, se refería en su art. 1 al consumidor y usuario como destinatario final. Sin embargo, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, establecía un régimen especial de responsabilidad por productos defectuosos para los daños a los que se refería la ley, sin limitar su protección al consumidor, en particular por lo que se refiere a los daños derivados de lesiones corporales o muerte.

De ahí que en el art. 3 TRLGDCU, al definir el concepto general de consumidor y de usuario, establezca que, “a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

Las sucesivas reformas del precepto (Ley 3/2014, de 27 de marzo, Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, Ley 4/2022, de 25 de febrero) han ido matizando el concepto de consumidor, pero han mantenido siempre que este concepto lo es, por lo que ahora interesa, “sin perjuicio” de lo que dispone expresamente el libro tercero del texto refundido. Y dentro de su libro tercero, el art. 129.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, entre las disposiciones generales de la responsabilidad civil, y bajo el titulillo de “ámbito de protección”, establece:

“El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado”.

El art. 129.1 TRLGDCU es un trasunto claro de lo dispuesto en el art. 10.1 de la Ley 22/1994 de responsabilidad civil por productos defectuosos y en el art. 9 de la Directiva 85/374/CEE. Estos textos no contienen delimitación alguna del sujeto protegido y cubren la indemnización de los perjuicios derivados de la muerte y lesiones corporales ocasionados por productos defectuosos en cuanto que inseguros con independencia de que el perjudicado sea un consumidor, un profesional, un trabajador, un empresario o un tercero ajeno al consumo.

En definitiva, el concepto de consumidor que define el art. 3 TRLGDCU no es aplicable al régimen de responsabilidad por productos defectuosos contenido en el Libro III del mismo texto refundido, que contiene su propia definición del ámbito de aplicación al establecer cuáles son los daños que se indemnizan con arreglo al régimen de responsabilidad que establece, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 85/374/CEE.

De esta forma, el legislador español es respetuoso con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En diversas ocasiones, el TJUE ha declarado que la Directiva 85/374/CEE solo permite que los Estados miembros se aparten de su regulación en aquellos puntos en que la propia Directiva les faculta para hacerlo (así, por lo que se refiere a los “riesgos del desarrollo”; o a la limitación de la responsabilidad global del productor por los daños que resulten de la muerte o lesiones corporales causados por artículos idénticos que presenten el mismo defecto; cfr. STJCE de 25 de abril de 2002 -asunto C-183/2000, STJCE de 25 de abril de 2002 -asunto C-52/2000-, STJCE de 25 de abril de 2002 -asunto C-154/2000-, STJCE de 10 de enero de 2006 -asunto C-402/2003-). Entre los aspectos para los que los Estados miembros disponen de libertad para modificar el régimen de la Directiva no se encuentra la delimitación de los sujetos que sufren daños personales, por lo que la inclusión de este régimen especial en un texto refundido sobre protección del consumidor no podía conllevar que se prescindiera de su específico ámbito de aplicación. De ahí que el propio art. 3 TRLGDCU se cuide de aclararlo cuando establece que el concepto de consumidor que establece es “sin perjuicio” de lo dispuesto en el Libro III del propio texto refundido.

3. En consecuencia, es correcta la aplicación del régimen de responsabilidad por productos defectuosos a los perjuicios derivados de las lesiones sufridas por el titular de un bar con ocasión de la explosión de una botella de cerveza, y

al entenderlo así, la sentencia recurrida es correcta y el recurso de casación debe desestimarse.

4. Por lo demás, finalmente debemos señalar que ninguna de las sentencias que cita el recurrente tiene que ver con el ámbito del régimen de responsabilidad por productos defectuosos (la sentencia 534/2015, de 14 de octubre, en un caso en el que se pretendía la resolución contractual por incumplimiento por retraso en la entrega de un contrato de adquisición de viviendas destinadas a una actividad empresarial conforme al régimen jurídico de las compraventas de apartamentos turísticos, niega la condición de consumidor al adquirente invocada a efectos de interpretar el contrato y calificar el incumplimiento; la sentencia 23/2015, de 30 de junio, aplica e interpreta la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores; la sentencia 230/2019, de 11 de abril, se refiere al control de abusividad de las cláusulas, que no es aplicable a los contratos entre profesionales). No hay infracción de las normas citadas por la recurrente ni la sentencia recurrida es contraria a la jurisprudencia de la sala, pues las sentencias que se citan en el recurso no se refieren a las normas sobre responsabilidad por productos.

SEXTO.- La desestimación de los recursos comporta que se impongan las costas devengadas por ambos a la parte recurrente.

FALLO

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

1.º Desestimar los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la mercantil S.A. Damm, y la aseguradora AIG Europe Limited, Sucursal en España, contra la sentencia de fecha 29 de abril de 2019, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 174/2018, dimanante de juicio ordinario n.º 928/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de Barcelona.

2.º Imponer a las recurrentes las costas de ambos recursos.

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 **María del Carmen García Garnica**
Catedrática de Derecho Civil

Delimitación de los sujetos protegidos por el régimen especial de la responsabilidad civil por productos defectuosos, con ocasión de los daños sufridos por el titular de un bar (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, núm. 1516/2023, de 2 de noviembre)

1. Antecedentes

La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, núm. 1516/2023, de 2 de noviembre (ponente Excm. Sra. Dª. Mª Ángeles Parra Lucán), se pronuncia sobre la responsabilidad civil derivada de las lesiones sufridas por el titular de un bar como consecuencia de la explosión de una botella de cerveza.

No es esta la primera ocasión en que nuestro Alto Tribunal se ocupa de daños causados por botellas (de cerveza o refrescos gaseosos) que explotan. La casuística es variada. A título ilustrativo, podemos citar el caso de la STS, 1ª, de 23 de junio de 1993 (RJ 1993, 5380; ponente Excmo. Sr. Gullón Ballesteros) que, en un supuesto de pérdida de visión de un ojo por los cristales que se introdujeron al explotar una botella de cerveza, confirmó la sentencia de apelación que, apartándose del criterio del juzgador de primera instancia,

El lesionado formuló demanda de juicio ordinario frente a la empresa fabricante y su aseguradora, reclamando la reparación de los daños y perjuicios sufridos. Pero la demanda fue íntegramente desestimada, con imposición de costas, por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona de 8 de enero de 2018

estimó la responsabilidad objetiva de la fabricante al amparo del art. 28 de la LGDCU entonces vigente. La STS, 1ª, de 8 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1630; con el mismo ponente) que, en otro caso de pérdida de visión de un ojo por el impacto de los cristales de dos botellas de tónica que estallaron espontáneamente en el domicilio de la actora, condenó a la fabricante aplicando la LGDCU, y no los artículos 1902 y 1903 CC como había hecho la sentencia de apelación, frente a la sentencia desestimatoria de primera instancia. La STS, 1ª, de 4 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7034; ponente Excmo. Sr. Sierra Gil de la Cuesta), ante los daños sufridos por un niño de 2 años por la explosión de una botella de cerveza, condenó exclusivamente al fabricante, absolviendo al suministrador por la falta de “un principio de prueba” de su contribución al evento dañoso” (FJ 1º).

En la jurisprudencia menor, en sentido estimatorio cabe citar la SAP Granada de 12 de febrero de 2000 (AC, 851; ponente Ilmo. Sr. De Valdivia y Pizcueta); y en sentido desestimatorio, las SSAP Zaragoza de 28 de diciembre de 1993 (ponente Ilmo. Sr. Seoane Prado) y de 18 de marzo de 2002 (JUR 2002, 119167), así como la SAP Sevilla de 19 de octubre de 2000 (AC 2001, 1011), al no estimarse acreditada en ninguno de esos casos la causa de la rotura del botellín y, en consecuencia, el defecto del producto y la causalidad; y la SAP Córdoba de 13 de junio de 1995 (AC 1995, 1236; ponente Ilmo. Sr. Sánchez Zamorano), al no apreciar culpa, ex art. 1902 CC, en los operarios de la tienda de comestibles; ni estimar aplicable la LGDCU al menor lesionado por la explosión de una botella de refresco que había en un mostrador, mientras acompañaba a su madre a la compra, al no considerarlo consumidor sino un mero 'bystander'. Criterio este último corregido por la SAP Córdoba de 21 de marzo de 1997 (AC 1997, 2198; ponente Ilmo Sr. Berdugo y Gópez de la Torre), en el procedimiento seguido frente al fabricante por los mismos hechos. Y ello, no sólo al incluir al "bystander" en el ámbito de protección de la LGDCU (FJ 3º), sino aludiendo, además, al ámbito de aplicación previsto en la Directiva 85/374, aun no transpuesta en nuestro ordenamiento cuando ocurrieron los hechos litigiosos (FJ 5º). Cuestión esta última en la que se centra, precisamente, la sentencia del Tribunal Supremo que ahora nos ocupa.

La singularidad e interés del caso resuelto por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2023 radica en el hecho de que el lesionado, a causa de la explosión de una botella de cerveza, no fue un cliente, sino el titular de un bar. Circunstancia que llevó a cuestionar si le resultaba aplicable, o no, el régimen de responsabilidad por productos defectuosos contenido en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU).

2. Hechos y cuestiones jurídicas controvertidas

Sucintamente, el hecho dañoso sobre el que se pronuncia la Sentencia se concretó en la explosión de uno de los botellines de cerveza que acababan de ser suministrados a un bar, impactando un cristal en el ojo del titular del negocio y causándole la pérdida total del globo ocular, que tuvo que serle extirpado.

El lesionado formuló demanda de juicio ordinario frente a la empresa fabricante y su aseguradora, reclamando la reparación de los daños y perjuicios sufridos. Pero la demanda fue íntegramente desestimada, con imposición de costas, por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona de 8 de enero de 2018. En ella, se declara que el régimen objetivo de la responsabilidad por productos defectuosos sólo es aplicable a los consumidores y, estimando consecuentemente aplicable el régimen general de responsabilidad por culpa del artículo 1902 del Código civil, no estima acreditada ninguna actuación imprudente por parte de la fabricante demandada, ni descartable que la lesión se debiera a impacto o caída de la botella (pronunciamiento éste que se alinea con el de las SSAP Zaragoza de 28 de diciembre de 1993 y de 18 de marzo de 2002, y la SAP Sevilla de 19 de octubre de 2000, antes citadas).

Frente a ello, la Sentencia de la sección 1ª de la Audiencia de Barcelona de 29 de abril de 2019 estimó el recurso de apelación interpuesto por el actor, condenando solidariamente a las demandadas al pago de una indemnización de 127.927 euros más intereses, en concepto de días de hospitalización, incapacitación hasta curación de las lesiones, lucro cesante por los siete días que el bar estuvo cerrado hasta que encontró un camarero, daño anatómico y estético por la pérdida de globo ocular, daño moral y prótesis. Y ello, por considerar aplicable el régimen de responsabilidad por productos defectuosos contenido en el art. 137 del TRLGDCU y acreditado que los daños habían sido provocados por un producto defectuoso, ya que un producto (la botella) que explota espontáneamente no ofrece "la seguridad que legítimamente se debería esperar".

A este pronunciamiento se opusieron las demandadas formulando, de un lado, recurso

de infracción procesal, alegando indefensión por infracción de las normas relativas a la valoración de la prueba; y, de otro, recurso de casación, por considerar indebidamente aplicado el régimen objetivo de responsabilidad por productos defectuosos contenido en el TRLGDCU al no tener el perjudicado la condición de consumidor, sin que quepa su aplicación por analogía a quien no reúne tal condición. Ambos recursos fueron desestimados por el Tribunal Supremo, con expresa imposición en costas a las recurrentes.

En relación con el recurso de infracción procesal, destaca el Alto Tribunal que no hubo valoración arbitraria o irracional de la prueba; sino aplicación del principio de valoración conjunta de la prueba que rige en nuestro ordenamiento. Frente a la pretensión de las recurrentes de desvirtuar el valor de la prueba testifical, sobre la base del único documento obrante en Autos (el informe de urgencias del hospital donde fue atendido el lesionado, en el que se hacía constar, ignorándose quien lo manifestó, que la botella había explotado al lavarla), el Tribunal Supremo destaca que, estuviera lavándose o no la botella en el momento de explotar, ese dato no era decisivo para desvirtuar la conclusión sobre el carácter defectuoso, en cuanto que inseguro, del producto. *“Una botella de cerveza no debería explotar solo porque la lavaran bajo el grifo. Se trataría, igualmente, de una explosión inusual y anómala”* (FJ 2º).

Asimismo, se desestima el segundo motivo del recurso de infracción procesal, relativo a la supuesta infracción de las normas reguladoras de la carga de la prueba al invertir sobre las demandadas la prueba de la ausencia de culpa, por pretender cuestionar en realidad, no una infracción procesal, sino la aplicación del régimen específico de productos defectuosos al supuesto litigioso, lo que es propio del recurso de casación (FJ 3º).

Por lo que se refiere al recurso de casación, este se fundamentó en dos motivos íntimamente relacionados: de un lado, en la consideración de que habían sido indebidamente aplicados a los hechos litigiosos los artículos 2, 3, 4, 135, 137 y 139 del TRLGDCU, al no ser consumidor el lesionado; y, de otro, y en consecuencia, la infracción del artículo 4.1 del Código civil y la jurisprudencia, al aplicarse por analogía a quien no es consumidor el régimen especial de responsabilidad contenido en los artículos 135 a 137 del TRLGDCU, siendo el artículo 1902 del Código civil el que regula la responsabilidad extracontractual cuando el dañado no ostenta la condición de consumidor.

Ambos motivos son desestimados por el Tribunal Supremo al destacar que no hay una aplicación por analogía, sino directa de la normativa reguladora de la responsabilidad civil por productos defectuosos, por haber sido invocada por el lesionado y por ser la aplicable. Y, en particular, destaca que el ámbito de aplicación del régimen especial de la responsabilidad por productos defectuosos no sólo ampara a los consumidores y usuarios.

3. Clarificación del ámbito de aplicación del régimen especial de la responsabilidad civil por productos defectuosos. El artículo 3 del TRLGDCU

La relevancia de la sentencia comentada radica, pues, en clarificar el ámbito de aplicación del régimen jurídico de la responsabilidad civil por productos defectuosos. De conformidad con lo dispuesto en la Directiva 85/374/CEE y la doctrina del TJUE, afirma con rotundidad que *“los perjuicios derivados de las lesiones personales causadas por un producto defectuoso a quien actúa con un propósito que entra dentro de su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, son indemnizables de acuerdo con el régimen de responsabilidad contenido en el Libro III del Real Decreto Legislativo 1/2007”*.

Con acierto, nos recuerda esta Sentencia que en el Real Decreto Legislativo 1/2007, y tal como reza en su título, se refundieron con la LGDCU otras leyes complementarias, sin que su ámbito de aplicación fuera plenamente coincidente en algunos casos. Extremo que no pasó desapercibido al legislador en su momento, pero que en la práctica en ocasiones se

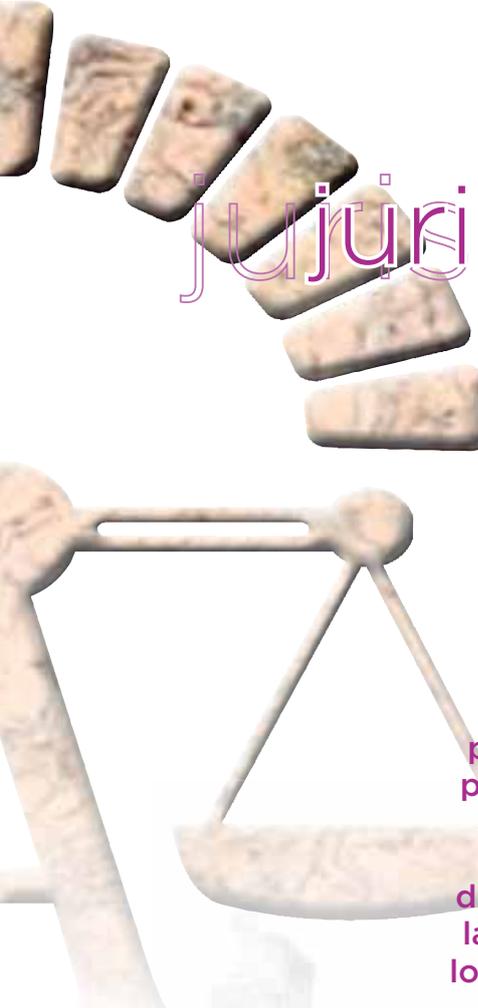
obvia o diluye, llevando a confundir el ámbito de aplicación de algunas de sus disposiciones, como es el caso de la responsabilidad por productos defectuosos.

Al respecto, destaca la Sentencia que, a diferencia de otras Directivas (como la relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), la Directiva 374/1985/CEE sobre responsabilidad por productos defectuosos, incorporada a nuestro ordenamiento por la refundida Ley 22/1994, no sólo no contiene una definición de consumidor, sino que, además, su artículo 9 no excluye de su cobertura los daños personales sufridos por quien usa un producto defectuoso en el marco de una actividad profesional o empresarial (FJ 5º). Además, entendiendo como defectuoso todo aquel producto que “no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho” (art. 6 de la Directiva), es evidente que una botella que explota espontáneamente, sea o no al lavarla, y cualquiera que sea el dañado, no ofrece la seguridad que legítimamente cabía esperar.

A mayor abundamiento, hay que destacar que el artículo 3 del TRLGDU, cuando define el concepto de consumidor y usuario a efectos de esa Ley, lo hace expresamente “sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto”, siendo el Libro Tercero el relativo a la “Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos” (arts. 128 y ss.) y no limitando éste su ámbito de protección a los consumidores, por lo que se refiere a los daños personales, incluida la muerte (art. 129). Así lo advertía ya PARRA LUCÁN, en su trabajo “Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II, coords. Reglero Campos y Busto Lago, Aranzadi, 2014, pp. 69-70).

Por último, yendo más allá de la sentencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva, cabría puntualizar que el régimen especial de responsabilidad por productos defectuosos será aplicable a partir del momento en que el producto sea puesto en circulación. De modo que, este régimen no se aplicará a eventuales daños sufridos por las personas que trabajen en la cadena de producción de un producto; pero sí a cualesquiera otras personas, consumidoras o no, que entren en contacto con el mismo, desde que se ponga en circulación (transportistas, distribuidores y vendedores o sus empleados, consumidores y usuarios, o “bystanders”).

En definitiva, la doctrina sentada por esta sentencia supone la corrección y abandono del criterio mantenido por aquellos pronunciamientos previos que, para aplicar el régimen de responsabilidad objetiva contenido en los artículos 135 a 137 del TRLDGPU, descendían a dilucidar si el lesionado era, o no, un consumidor (bien porque aún no hubiera adquirido el producto defectuoso; bien porque, estando próximo al producto defectuoso, no fuera su adquirente o destinatario final; o bien, como en este caso, porque se tratara de un empresario o profesional).



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de la Administración Pública en caso de responsabilidad patrimonial en la prestación sanitaria, en un supuesto donde previamente se había aperturado de oficio un procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, en el que los demandantes no fueron parte, que concluyó con resolución desestimatoria, la cual devino firme. Declara la sentencia que la decisión firme adoptada en vía administrativa no vincula a los demandantes, pues no se personaron en el procedimiento administrativo y se dirigieron exclusivamente contra la aseguradora. Estimación parcial de la demanda, al entender que la atención prestada a la paciente no puede encuadrarse dentro de una correcta praxis asistencial.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 6 de noviembre 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 siguientes antecedentes relevantes:

1º.- El 11 de diciembre de 2011, falleció D.ª Noemi, de 71 años, tras recibir atención médica en los servicios de urgencias del Hospital Germans Trias i Pujol de Badalona, entre los días 4 y 10 de diciembre de 2011.

2º.- El 5 de diciembre de 2012, el marido e hijos de la fallecida dirigieron un requerimiento a la aseguradora Zurich Insurance PLC, Sucursal España S.A. en el que, a efectos de interrumpir la prescripción, le comunicaron la intención de ejercitar contra dicha compañía la acción directa del art. 76 LCS.

3º.- El 6 de marzo de 2013, la aseguradora comunicó que no tenía conocimiento del siniestro y solicitó la historia clínica de la fallecida.

4º.- El 26 de marzo de 2013, la parte demandante remitió el historial clínico que disponía y dio a la aseguradora la correspondiente autorización para que solicitase toda la información que precisase del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia médica a la Sra. Noemi.

5º.- El 3 de abril de 2013, la aseguradora comunicó al Institut Català de la Salut el requerimiento efectuado por la actora, y solicitó la apertura de oficio de un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración.

6º.- El 12 de abril de 2013, el Institut Català de la Salut abrió tal procedimiento administrativo a los efectos de determinar, en su caso, la responsabilidad patrimonial en que hubiese podido incurrir el Institut Català de Salut en la asistencia médica dispensada a la Sra. Noemi por el

Hospital Germans Trias i Pujol, conforme a los arts. 139.1 y 142.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y arts. 4.1, 5 y 6 de su Reglamento 429/1993, de 26 de mayo.

El 19 de abril siguiente, se envió a la parte actora copia de la resolución de incoación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, indicándole que, conforme al art. 42.4 de la Ley 30/1992, disponía de un plazo de siete días para aportar alegaciones, documentos o información que considerase conveniente y proponer las pruebas que fuesen pertinentes para su reconocimiento.

La parte actora comunicó que no comparecería en el procedimiento, puesto que pretendía ejercer la acción directa únicamente contra la aseguradora de la Administración.

7º.- La parte actora interpuso demanda el 7 de mayo de 2013, que no fue admitida a trámite por no presentar justificante del pago de la correspondiente tasa judicial.



8º.- Así las cosas, el 31 de julio de 2013, D. Augusto, D.ª Patricia, D. Bienvenido, D.ª Rebeca, D. Cecilio, D. Celso y D.ª Salvadora interpusieron demanda de reclamación de cantidad contra la entidad aseguradora.

En la relación fáctica de la demanda se señalaba que D.ª Noemi, de 71 años, esposa y madre de los demandantes, falleció el 11 de diciembre de 2011, víctima de la desatención sufrida por parte de los servicios de urgencias del Hospital Germans Trias i Pujol de Badalona, a los que requirió asistencia entre los días 4 y 10 de diciembre de 2011. La Sra. Noemi había padecido, con anterioridad, un linfoma no Hodgking gástrico diagnosticado en el año 1994, dolor abdominal, diarrea y GEA- gastroenteritis aguda en 2008, hepatitis aguda por VHB, dilatación del colédoco en 2011, neumonía y shock séptico en el año 2011.

La enferma acudió, el día 4 de diciembre de 2011, de madrugada, al servicio de urgencias del precitado centro hospitalario por presentar dolor abdominal. Se le efectuó una exploración física, se le realizó una radiografía que mostró abundante aire y gran cantidad de heces en el marco cólico, y se practicó un enema que resultó poco productivo; sin otro tratamiento que un analgésico se le remitió al domicilio.

El día 6 de diciembre, la Sra. Noemi volvió a personarse en el servicio de urgencias, toda vez que el dolor no había cesado. Se volvió a practicar exploración física y se efectuó nuevamente una radiografía en la que se apreciaba abundante aire y heces en marco cólico. Se le administró un enema que no resultó efectivo y mórficos (pese a que coadyuvan al estreñimiento), quedando la Sra. Noemi en el servicio de urgencias durante toda la noche en observación.

El día 7 de diciembre se volvieron a realizar radiografías; pese al empeoramiento de la paciente no fue hasta las 14 horas del día 9 de diciembre, en el que se decidió practicar TAC abdominal con contraste.

El 10 diciembre se practicaron nuevos enemas, que fueron totalmente inefectivos, por lo que se decidió dejar a la paciente en observación a la espera de que realizara deposiciones.

Ante las protestas de la familia, se decidió practicar una laparotomía exploradora urgente para valoración e ingreso en planta. Todas las analíticas evidenciaban un empeoramiento de su situación clínica.

La laparotomía fue practicada el 10 de diciembre de 2011, hallándose colon transversal descendente con signo de isquemia, sin necrosis y hematoma retroperitoneal. A pesar, de la práctica de laparotomía, debido a que el estado físico de la Sra. Noemi se había gravemente deteriorado, no respondió a las medidas encaminadas a resolver las complicaciones que presentó durante la intervención y el inmediato postquirúrgico, sufriendo un empeoramiento progresivo de su cuadro clínico determinante de su fallecimiento a las 17.15 horas del día 11 de diciembre de 2011, con el diagnóstico de laparotomía exploradora y shock séptico.

En su demanda argumentan los actores que existía una evidente relación causa-efecto entre la desatención de la que fue víctima la Sra. Noemi, por parte de los servicios de Urgencias del Hospital Germans Trias i Pujol, entre los días 4 y 10 de diciembre de 2011, y su fallecimiento el día 11 de diciembre siguiente. La paciente fue examinada por 7 equipos médicos que, a pesar de la gravedad de su cuadro clínico y antecedentes médicos, se limitaron a aplicar tratamientos sintomáticos que se manifestaron totalmente ineficaces.

Se omitió realizar una colonoscopia que hubiera sido indispensable para un adecuado diagnóstico y para el ulterior tratamiento, y se demoró de manera incomprensible hasta el día 10 de diciembre la práctica de la laparotomía.

Los demandantes reclamaron una indemnización, en concepto de responsabilidad civil, por la desatención de la que fue víctima la Sra. Noemi, en aplicación del baremo de circulación viaria del año 2011, de 149.663,92 euros (86.634,87 euros para su viudo, D. Augusto, y 9.070,54 euros para cada uno de los hijos), más un 10% de factor de corrección, todo ello con los intereses legales del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, y con expresa imposición de costas a la parte demandada.

9º.- El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 26 de Barcelona, que la tramitó por los cauces del juicio ordinario 925/2014, acordando el emplazamiento de la compañía de seguros Zurich, contra la cual se dirigió la acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS).

10º.- Zurich planteó declinatoria de jurisdicción. El Institut Català de Salut compareció en el procedimiento en virtud de lo dispuesto en el

art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

11º.- El 4 de diciembre de 2013, el juzgado dictó auto por el que estimó la declinatoria, declarando su falta de jurisdicción, por considerar que, al haber comparecido el Institut Català de la Salut en el procedimiento como interviniente voluntario (art. 13 de la LEC), debía estarse a lo dispuesto en el art. 9.4 de la LOPJ, y, por ello, declarar competente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Dicha resolución fue recurrida en apelación por la parte demandante.

12º.- El 26 de mayo de 2014, se dictó resolución administrativa desestimatoria de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria por el fallecimiento de D.ª Noemi, al considerar que la atención prestada se encuadraba dentro de la normo-praxis asistencial, siendo los procesos diagnósticos, terapéuticos y de seguimiento los adecuados.

En la precitada resolución consta que se habían incorporado en el expediente administrativo todas las historias clínicas de la Sra. Noemi, que el Institut Català d'Avaluacions Mèdiques había emitido informe el 2 de diciembre de 2013, así como que se dio trámite de vista y audiencia a la parte actora, también que la Comissió Jurídica Assessora emitió el preceptivo dictamen, que no se transcribe.

En este dictamen, dicha comisión, tras declarar que la iniciación de oficio es una vía en la práctica bastante excepcional, y toda vez que la familia informó que continuarían con la acción directa ejercitada contra la aseguradora y que no comparecerían en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado, concluye, traducido del catalán, que:

“En el caso objeto de examen, a la vista de la declaración inicial y de la actuación posterior de los particulares presuntamente perjudicados -que todo indica que podía haber justificado que, desde el principio, el órgano instructor hubiera declarado concluso el procedimiento- y con arreglo a la previsión contenida en el artículo 11.3 antes mencionado, procede declarar el archivo del procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado, con carácter definitivo, al haber transcurrido, con creces, el plazo legal de prescripción de la acción de reclamación, sin efectuar pronunciamiento alguno sobre los aspectos de fondo”.

Por lo que dictamina la procedencia de decretar el archivo definitivo del procedimiento a raíz de la asistencia sanitaria prestada a la Sra. Noemi.

13º.- El 3 de junio de 2014, se envió notificación a la parte actora de la resolución del expediente de responsabilidad patrimonial denegatoria de la misma, con indicación de que contra dicha decisión podía interponer recurso contencioso-administrativo y potestativamente de reposición.

14º.- El 3 de septiembre de 2014, la parte actora (que como ya se ha dicho no había comparecido en el procedimiento administrativo, optando por no presentar alegaciones, ni proponer prueba, ni intervenir en el trámite de audiencia) interpuso recurso contencioso-administrativo ad cautelam contra la resolución que declaraba la ausencia de responsabilidad de la administración, al tiempo que interesó la suspensión del procedimiento en tanto en cuanto no se pronunciase la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el recurso interpuesto contra el auto del juzgado de primera instancia que había acordado la falta de jurisdicción civil para conocer de la demanda interpuesta contra la aseguradora de la Administración autonómica, petición de suspensión que fue denegada por providencia de 11 de noviembre de 2014 contra la que se interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por auto de 7 de enero de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 9 de Barcelona.

15º.- El 25 de noviembre de 2014, la Audiencia Provincial declaró la competencia de la jurisdicción civil para conocer del procedimiento iniciado por la parte actora, por haberse ejercitado la acción exclusivamente contra la aseguradora (art. 9.4 LOPJ).

16º.- El 6 de febrero de 2015, la compañía Zurich contestó a la demanda. Alegó, como primer motivo de oposición, la excepción de presunción de legalidad de los actos administrativos. Expuso que, tras iniciarse un procedimiento de responsabilidad patrimonial de oficio, recayó resolución en fecha 26 de mayo de 2014, indicando la inexistencia de responsabilidad por parte del Institut Català de la Salut (en adelante ICS). Dicha resolución fue debidamente notificada a los demandantes en fecha 5 de junio de 2014. Existe, por consiguiente, una resolución administrativa que de forma expresa determina la inexistencia de responsabilidad por parte del ICS, acto administrativo que despliega todos sus efectos mientras no sea anulado en el orden contencioso-administrativo.

En cualquier caso, sostiene Zurich, que la prestación sanitaria del ICS fue adecuada, sin que concurriera mala praxis o falta de *lex artis*. En todo momento, se efectuó un adecuado control y seguimiento con buena evolución de la paciente, o, en su caso, la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad con reducción de la indemnización correspondiente.

Interesó, por ello, la desestimación de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora; subsidiariamente alegó pluspetición en la reclamación formulada de adverso, indicando que, en ningún caso, cabe imponer los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

17º.- El Institut Català de la Salut, en su condición de tercero coadyuvante, se adhirió a la contestación formulada por Zurich.

18º.- El 10 de marzo de 2015, se dictó auto por el Juzgado Contencioso administrativo número 9 de Barcelona por el que se declaró caducado el recurso contencioso-administrativo anunciado por la parte actora contra la resolución que declaraba la falta de responsabilidad del Institut Català de la Salut.

19º.- Seguido el procedimiento, por todos sus trámites, se dictó sentencia, por parte del juzgado de primera instancia, desestimatoria de la demanda, al considerar vinculante la decisión tomada en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, no impugnado, lo que conforma un acto administrativo que goza de presunción de legalidad.

20º.- Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, su conocimiento correspondió a la sección 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona que, tras declarar el carácter no vinculante de la decisión administrativa y la posibilidad de conocer la demanda por la jurisdicción civil, dictó un pronunciamiento revocatorio de la sentencia dictada por el juzgado y, con estimación parcial de la demanda, condenó a la compañía de seguros Zurich a abonar a los demandantes la suma de 136.058,11 euros, con los intereses del art. 20 de la LCS, desde la fecha del siniestro, así como con imposición de las costas de primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento con respecto a las devengadas en el recurso.

En dicha sentencia, entre otros argumentos, se razonó:

“Conforme recoge el perito, D. Ernesto (sic), trascribiendo lo indicado por los diferentes

doctores que componen el Servicio de Aparato Digestivo Sección Endoscopia Digestiva, del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de Madrid (Revista Española de Enfermedades Digestivas, 2010, folio 271):

“La colonoscopia constituye la prueba de elección para confirmar el diagnóstico (de la colitis isquémica CI) y ha sustituido al enema opaco debido a su mayor sensibilidad y a la posibilidad de tomar biopsias. Este aspecto es importante ya que la inspección de la mucosa no siempre permite al clínico establecer un diagnóstico definitivo y únicamente el examen histológico permite diferenciar la CI de otras colitis de naturaleza infecciosa o inflamatoria (...) La endoscopia debe realizarse sin preparación y con baja insuflación, para no agravar la hipoxia tisular y está contraindicada en casos de peritonitis. (...) la colonoscopia debería realizarse tan pronto como sea posible y preferiblemente dentro de los tres primeros días desde el comienzo de los síntomas (...)”.

“[...] Los tres peritos coinciden en que la prueba diagnóstica, recomendada en todas las guías y protocolos de atención clínica, en este tipo de procesos es la colonoscopia. Como hemos visto, en los estudios se recomienda realizarla tan pronto como sea posible y preferiblemente dentro de los tres primeros días desde el comienzo de los síntomas, porque sus signos se ven con mayor frecuencia en los 2-3 primeros días desde el comienzo de la isquemia, ya que cuando se realiza una semana después, los hallazgos únicamente reflejan la evolución natural de la enfermedad (Soporte Médico-Científico, pág. 25-26 del informe del Dr. Ernesto). Pero la colonoscopia no se practicó, lo que no permitió poner en práctica a tiempo los criterios recomendados cuando se advierte en ella la presencia de signos endoscópicos de necrosis transmural, como es una cirugía urgente. No hubo diagnóstico porque tampoco se pusieron los medios adecuados para obtenerlo. Y cuando se tomó la decisión de practicar la intervención quirúrgica, era demasiado tarde.

“En consecuencia, no podemos coincidir con la conclusión alcanzada por el “Informe valoratiu de l’assistència mèdica prestada a la Sra. Noemi”, realizado en diciembre de 2013, por el Institut Català d’Avaluacions Mèdiques i Sanitàries porque sin poner en duda que “La pacient va se atesa en un centre mèdic acreditat, per personal especialis-

ta qualificat i amb els mitjans tècnics i materials precisos per a una correcta assistència”, la atención prestada a la paciente no puede encuadrarse dentro de una correcta praxis asistencial, porque los procesos diagnósticos y de seguimiento no fueron los adecuados, al no utilizar todos los medios disponibles y recomendados por las guías y protocolos médicos”.

La precitada sentencia contiene un voto particular en el que se considera procedente la confirmación de la sentencia dictada por el juzgado, al entender el carácter vinculante de la decisión administrativa adoptada en el expediente de responsabilidad patrimonial.

21º.- Contra dicha sentencia se interpusieron por el Institut Català de la Salut y la compañía Zurich recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

SEGUNDO.- *Los motivos de los recursos extraordinarios por infracción procesal*

El recurso por infracción procesal interpuesto por el Institut Català de la Salut, se fundamenta de la manera siguiente:

“[...] al amparo del Artículo 469.1.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 319 LEC, por infracción de la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida por todas en su reciente sentencia de 5 de junio de 2019 (sentencia 321/2019), y entre otros también, en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1992, 26 de febrero 1998, 17 de marzo de 2004, 06 de mayo de 2013 y 1 de octubre de 2014, entre otras muchas, que en aplicación de dichos artículos sostiene que en el orden jurisdiccional civil se ha de partir de la presunción de legalidad de los actos administrativos, mientras o sean anulados por el orden jurisdiccional Contencioso- Administrativo. [...]”.

El formulado por la compañía Zurich se construye bajo la forma siguiente:

“Primero, al amparo del Artículo 469.1, 2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 319 LEC, por infracción de la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1992, 26 de febrero de 1998, 17 de marzo de 2004, 06 de mayo de 2013 y 1 de octubre de 2014, entre otras muchas,

que en aplicación de dichos artículos sostiene que en el orden jurisdiccional civil se ha de partir de la presunción de legalidad de los actos administrativos, mientras no sean anulados por el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo”.

Segundo, al amparo del art. 469.1.2.º de la LEC, por vulneración del artículo 218 de la LEC, al concurrir un supuesto de incongruencia omisiva, dado que el tribunal provincial no se pronunció sobre la alegación de Zurich relativa a la aplicación de la doctrina y jurisprudencia sobre la pérdida de oportunidad derivada de la asistencia médica para reducir la indemnización de daños y perjuicios sufridos; pese a solicitarse la subsanación de la omisión mediante escrito de aclaración y complemento de la sentencia, la audiencia la denegó.

Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO.- *Examen de los motivos de los recursos de infracción procesal interpuestos*

3.1 *Examen del primero de los motivos de infracción procesal*

El primero de los motivos de infracción procesal es común a ambas partes recurrentes, por lo que será objeto de examen conjunto.

La viabilidad de un recurso de tal clase exige la vulneración de normas que regulan el proceso; es decir, de naturaleza adjetiva o procesal.

Las partes recurrentes consideran que concurre la causa del art. 469.1 2º LEC, que consiste en la «infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia»; es decir, las previstas en los arts. 207 y siguientes de la LEC, que no guardan conexión alguna con la infracción alegada del art. 319.2 LEC, que se refiere a la fuerza probatoria de los documentos administrativos que, en este caso, no vulnera ni cuestiona la sentencia recurrida cuando sostiene que el conocimiento de la demanda compete a la jurisdicción civil, al ejercitarse una acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro contra una compañía anónima mercantil, sin que los actores hubieran acudido a la vía administrativa. En momento alguno, se niega que la resolución administrativa se hubiese dictado y el contenido de la misma, sus efectos, en el presente proceso, nada tienen que ver con la infracción del precitado art. 319 LEC.

Como señalamos en la sentencia 544/2012, de 25 de septiembre:

“En cuanto a la valoración de la prueba, la jurisprudencia de esta Sala ha sido muy reiterada, en sentencias de 4 de febrero de 2011, 9 de mayo de 2011, 2 de junio de 2011, 1 de julio de 2011 en este sentido:

“Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2.º LEC. Este motivo de infracción procesal está reservado al examen del cumplimiento de “las normas procesales reguladoras de la sentencia”. Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado. La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario

por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469.1. 4.º LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008; 30 de junio y 6 de noviembre de 2009 ; 26 de febrero 2011, entre otras)”.

3.2 *Corresponde a la jurisdicción civil el ejercicio exclusivo de la acción directa contra la aseguradora de la Administración, incluso en los supuestos de intervención voluntaria de ésta última en el procedimiento civil, al amparo del art. 13 de la LEC*

Realmente, la audiencia aplica lo dispuesto en el art. 9.4 de la LOPJ, que sería el precepto supuestamente vulnerado. La falta de jurisdic-



ción civil debería haberse impugnado por la vía del art. 469.1.1.º LEC, conforme al cual es causa legítima de un recurso de tal clase la “infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional”, y con base en ella defender el carácter vinculatorio de la decisión tomada en vía administrativa y su imposibilidad de ser fiscalizable por los tribunales del orden jurisdiccional civil.

En cualquier caso, la jurisdicción, como presupuesto del proceso, debe ser apreciada de oficio por parte de los tribunales como resulta del art. 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) que señala que: “La jurisdicción es improrrogable. Los órganos judiciales apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal”, igualmente, en tales casos, el art. 37.2 de la LEC impone a los tribunales civiles la obligación de abstenerse.

Concebida la jurisdicción como la potestad exclusiva que corresponde a los órganos jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la Constitución, en adelante CE), el art. 9 de la LOPJ fija qué concreto grupo de asuntos corresponden al conocimiento de los tribunales de los distintos órdenes jurisdiccionales, y lo hace, además, bajo sanción de nulidad de pleno derecho (arts. 238.1 LOPJ y 225.1 LEC).

A tales efectos, el precitado art. 9 de la LOPJ maneja sendos criterios atributivos del conocimiento del litigio: uno objetivo, derivado de la naturaleza de la cuestión debatida en el proceso; y otro subjetivo, relativo a la persona física y jurídica contra la que se promueve la acción.

La LO 19/2003, de 23 de diciembre, inspirada en el principio de la unidad jurisdiccional a favor de los tribunales de lo contencioso-administrativo, dio una nueva redacción al art. 9.4 de la LOPJ, fijando los asuntos correspondientes a dicho orden jurisdiccional en los términos siguientes:

“Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabili-

dad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

“También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”.

Al mismo tiempo se modificó, en su Disposición Adicional XVI, el art. 21.1 c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que queda con la redacción siguiente:

“1. Se considera parte demandada:

“c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”.

Con ello, se salía al paso de sendos autos dictados por la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo 33/2001, de 27 de diciembre, en asunto 41/2001, y 38/2002, de 21 de octubre, asunto 22/2002, conforme a los cuales cuando eran demandados conjuntamente la Administración y la compañía de seguros, que cubre su responsabilidad civil, en el ejercicio de la acción del art. 76 de la LCS, el conocimiento de dichas pretensiones acumuladas correspondía a la jurisdicción civil para no dividir la contienda de la causa.

Posteriormente, se reforma otra vez el art. 9 LOPJ, por sendas leyes orgánicas la 1/2010, de 19 de febrero, y la 4/2011, de 11 de marzo, esta última realmente para corregir un error producido, precisando que el inciso “ apartado 4 del artículo 9 de esta Ley”, se sustituye por el siguiente: “ párrafo primero del apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”.

En definitiva, actualmente el mentado art. 9.4 de la LOPJ, queda redactado de la forma siguiente, en lo que ahora nos interesa:

“4. [...] Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igual-

mente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

“También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”.

Bajo este esquema normativo, la responsabilidad por la asistencia sanitaria se dirimirá exclusivamente ante los órganos jurisdiccionales civiles cuando se trate del ejercicio privado de la medicina o cuando se preste en hospitales de tal naturaleza no comprendidos dentro del sistema público de salud. Sin embargo, cuando se demande la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria dirigiendo solo la reclamación contra la misma o juntamente con ella contra su aseguradora, el conocimiento de la demanda compete a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ahora bien, quedaba abierta la cuestión de lo que sucedía en los supuestos en los cuales la demanda se dirija, de forma exclusiva, contra la aseguradora de la Administración, en el ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS, al tratarse de una sociedad mercantil de derecho privado y versar el litigio sobre la efectividad de un contrato de seguro.

En estos casos, la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, en el auto de 19 de febrero de 2014, dictado en recurso 42/2013, determinó que la jurisdicción competente es la civil, con el razonamiento siguiente:

“[...] en los autos de esta Sala especial que relacionamos en el fundamento segundo, en concreto en el de fecha 18 de octubre de 2010 (conflicto de competencia 9/2010), declaramos también que “necesariamente le ha de quedar un portillo por el que dar respuesta a aquellas situaciones en las que el perjudicado por la actividad de un servicio público asegurado decida, en uso del derecho que le reconoce el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, dirigirse directamente y solamente contra la compañía aseguradora. En esta tesitura la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demanda-

da que condenar (véanse los artículos 1, 31 y siguientes, 70 y 71 de la Ley 29/1998). Ante tal eventualidad no queda más opción que reconocer la competencia de los tribunales civiles [en este sentido se ha pronunciado, mediante un obiter dictum el auto de esta Sala de 18 de octubre de 2004 (conflicto 25/04, FJ 2º); es también la tesis que subyace a la sentencia de la Sala Primera, ya citada, de 30 de mayo de 2007 (FJ 3º), reproducida en la de 21 de mayo de 2008 (casación 648/01, FJ 2º), salvo que [...] se obligue al demandante a dirigirse también contra la Administración pública asegurada. (...) Pero tal camino, a juicio de esta Sala, resulta impracticable, pues implica vaciar de contenido el derecho reconocido a los perjudicados por el artículo 76 de la Ley de 1980 para actuar única y exclusivamente contra el asegurador, desenlace inadmisibles [...]”.

Manifestación reciente de tal doctrina, la encontramos en la sentencia 1322/2023, de 27 de septiembre, conforme a la cual:

“Corresponde a la jurisdicción civil el conocimiento del presente proceso, toda vez que se trata de una demanda de reclamación de una indemnización por el daño sufrido por un particular en su integridad física contra una sociedad mercantil, en aplicación de la acción directa atribuida al perjudicado por una norma de naturaleza material o sustantiva de derecho privado como es el art. 76 de la LCS, sin interpelación de la administración pública, ni acto administrativo que revisar. De esta manera, se pronunció, recientemente, la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, en su auto 2/2022, de 2 marzo, así como la sentencia del Pleno de esta Sala 1.ª 321/2019, de 5 de junio, entre otras”.

Por consiguiente, dado el marco normativo expuesto, no ofrece duda que el conocimiento de la acción directa ejercitada por la demandante corresponde al orden jurisdiccional civil. Atribución competencial que fue cuestionada en primera instancia por la compañía de seguros, al formular la correspondiente declinatoria de jurisdicción al amparo del art. 63 LEC, que fue resuelta por la Audiencia Provincial de Barcelona en el sentido de que la decisión del litigio correspondía a los tribunales de lo civil, criterio resolutorio que compartimos.

No es óbice, para ello, la circunstancia de que el Institut Català de Salut se hubiera personado en el procedimiento por la vía del artículo 13 de la

LEC -intervención voluntaria- como ya tuvo ocasión de pronunciarse al respecto la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo en el auto 4/2013, de 12 de marzo, en el que se señaló:

“Esta intervención, voluntaria y adhesiva, como parte subordinada, sin ejercitar pretensión autónoma y, por consiguiente, sin más interés que el fracaso de la demanda dirigida exclusivamente contra la compañía aseguradora, no altera la naturaleza de la acción ejercitada al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro ni por consiguiente el régimen de competencia (auto 21/2010).

“Como indica el Ministerio Fiscal en su informe “Los inconvenientes de orden práctico que puedan derivarse de la pervivencia de la duplicidad jurisdiccional en este concreto punto no pueden sobreponerse a un derecho sustantivo otorgado a los perjudicados por una norma del ordenamiento jurídico vigente, que, además, constituye un pilar de nuestro sistema en relación con el contrato de seguro, emparentado con la tutela judicial efectiva y con la voluntad del legislador de proteger a los perjudicados como ha manifestado la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007. Y es que el hecho de que para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración asegurada no resulta en modo alguno extravagante. El artículo 42 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que sólo producirá efectos en el proceso de que se trate”.

Por otra parte, por su condición de tercero interviniente, la Administración no podría ser condenada al no dirigirse contra ella la demanda. Una cosa es cuidar del proceso y otra ser parte litigante. Además, en virtud del principio de la *perpetuatio iurisdictionis*, que proclama el artículo 411 de la LEC, el conocimiento de la pretensión deducida en juicio no se vería alterado, correspondiendo siempre a la jurisdicción civil.

En el mismo sentido, la sentencia de esta sala 616/2013, de 15 de octubre, con la particularidad de que en dicho recurso la demandada e interviniente voluntaria eran las mismas personas jurídicas privada y pública de este proceso, en dicha resolución se proclamó:

“Las reflexiones que preceden y la conclusión a la que conducen no quedan contradi-

chas por la circunstancia de que el Instituto Catalán de la Salud compareciera ante el Juzgado de Primera Instancia mostrándose parte en el procedimiento instado inicialmente contra Zurich. Esta intervención, que solo le permite adquirir la condición de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al mismo (STS 20 de noviembre de 2011), y que no tiene más interés que el fracaso de la demanda dirigida exclusivamente contra la compañía aseguradora, no altera la naturaleza de la acción ejercitada al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro ni por consiguiente el régimen de competencia (auto 21/2010)”.

Por lo tanto, si el perjudicado se dirige única y exclusivamente contra la compañía aseguradora no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo, cuando no existe actuación u omisión administrativa previa que revisar, ni Administración demandada que condenar (sentencias 616/2013, de 15 de octubre; 321/2019, de 5 de junio, ésta última del Pleno, y 119/2022, de 5 de febrero, entre otras).

3.3 Alternativas que corresponden al perjudicado en reclamación de los daños sufridos por la asistencia médica dispensada por la sanidad pública

En definitiva, en el esquema legal anteriormente expuesto, al perjudicado, por una mala praxis asistencial sanitaria, cuenta con las alternativas siguientes a las que nos referimos en las sentencias del pleno de la sala 473/2020, de 17 de septiembre y en la 501/2020, de 5 de octubre, según las cuales:

“En este caso, a los perjudicados y, por lo tanto, al recurrente, se les abrían las opciones siguientes.

“A) En primer lugar, formular reclamación administrativa previa ante la propia Administración para obtener el resarcimiento del daño, en cuyo caso finalizado el expediente administrativo, con reconocimiento de responsabilidad y fijación de la indemnización correspondiente, se producen las consecuencias jurídicas siguientes, a las que se refiere la STS 321/2019, de 5 de febrero:

“(i) fijada la indemnización, la aseguradora o la propia asegurada pueden pagarla y extinguir el crédito; (ii) una vez declarada la responsabilidad y establecida la indemnización, si el perjudicado no acude a la vía contenciosa, esos pronunciamientos quedan

firmes para la administración; (iii) pueden producirse, potencialmente, todos los efectos propios de las obligaciones solidarias, además del pago, ya mencionado; y (iv) la indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite del derecho de repetición que el art. 76 LCS reconoce a la aseguradora”.

“Esta doctrina es ulteriormente ratificada en la sentencia 579/2019, de 5 de noviembre.

“B) Los perjudicados, en el caso de que hubieran optado por la vía administrativa, si formulada la preceptiva reclamación previa fuera desestimada, expresamente o por silencio administrativo, o cuando considerasen insuficiente la cantidad ofertada en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos, podrían cuestionar tal resolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las formas siguientes:

“a) Bien, mediante el ejercicio de una acción de condena exclusivamente dirigida contra la Administración, siendo la jurisdicción contencioso-administrativa a la que le compete el conocimiento de las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial dirigidas contra la Administración, según resulta de lo normado en el art. 2 e) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de dicha jurisdicción (en adelante LJCA).

“b) Bien, demandando por dicha vía, conjuntamente con la administración a su aseguradora, como expresamente posibilita el art. 9.4 II de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), en consonancia con lo cual norma el art. 21 c) de la LJCA, que se consideraran legitimadas pasivamente a “las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”.

“C) Por último, se les abría una tercera posibilidad, como era la de prescindir de la vía administrativa y demandar exclusivamente a la compañía de seguros, en su condición de sociedad mercantil, ante la jurisdicción civil, ejercitando contra ésta la correspondiente acción directa del art. 76 de la LCS (autos de la Sala de Conflictos, 3/2010, 4/2010, 5/2010 de 22 de marzo y sentencias 574/2007, de 30 de mayo, 62/2011, de 11 de febrero y 321/2019, de 5 de febrero).

“La condena de la aseguradora dependerá de la existencia de responsabilidad patrimo-

nial de la administración asegurada, que deberá acreditarse, en el proceso civil, bajo los parámetros propios del derecho administrativo, lo que no es cuestión extravagante sino expresamente prevista en el art. 42 de la LEC, que regula las cuestiones prejudiciales no penales que se susciten en el proceso civil”.

En definitiva, si se acude por el perjudicado a la vía administrativa no puede pretender ulteriormente que, por los tribunales del orden jurisdiccional civil, se proceda a revisar el acto administrativo dictado, pues ello corresponde exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como no podía ser de otra forma, de esta manera lo proclamamos en la sentencia 119/2022, de 15 de febrero, en la que establecimos:

“En definitiva, como señalamos en la sentencia 358/2021, de 25 de mayo:

“[...] la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala fijada a partir de su sentencia de pleno 321/2019 y reiterada en las sentencias 579/2019, de 5 de noviembre, 473/2020, de 17 de septiembre, de pleno, y 501/2020, de 5 de octubre, sobre la vinculación de la jurisdicción civil a lo resuelto por la Administración en el expediente de responsabilidad patrimonial, o en su caso a lo resuelto por la jurisdicción contencioso-administrativa si se impugna el acto administrativo.

“[...] En este sentido, se recuerda que la acción directa del art. 76 LCS se funda en los principios de autonomía de la acción, solidaridad de obligados y dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado, y que esto comporta que, aunque la acción directa goce de autonomía procesal (al ser posible demandar exclusivamente a la aseguradora ante la jurisdicción civil sin que previamente se sustancie una reclamación en vía administrativa), la aseguradora no pueda quedar obligada más allá de la obligación del asegurado, pues la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración mientras que la jurisdicción civil sólo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil.

“Esta jurisprudencia, con arreglo a lo cual esta sala ha desestimado la acción directa contra la aseguradora de la Administración

cuando se ha utilizado por el perjudicado para conseguir de la aseguradora en vía civil una indemnización superior a la indemnización reconocida en vía administrativa o contencioso-administrativa, es también aplicable a un caso como el presente en el que la perjudicada, pudiendo demandar directamente a la aseguradora en vía civil, optó por acudir al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y la consiguiente indemnización del daño sufrido, y consintió que adquiriera firmeza la resolución administrativa desestimatoria de su reclamación, dado que igual que “sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios” (sentencia 321/2019, citada por la 579/2019), también lo sería utilizar la acción directa contra el asegurador para conseguir que la jurisdicción civil declarase la responsabilidad de la Administración sanitaria asegurada -por ser presupuesto para que responda la aseguradora- tras haber devenido firme el acto administrativo que negó la existencia de dicha responsabilidad”.

“Por todo el conjunto argumental expuesto, el recurso de casación no puede ser estimado, cuando existe una sentencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo, que proclama mediante pronunciamiento firme, en proceso seguido contra la compañía como codemandada, que no existe responsabilidad patrimonial de la administración asegurada, la cual no puede renacer mediante la promoción de una acción ante la jurisdicción civil sobre los mismos hechos ...”.

3.4 Examen de las particularidades del presente proceso que justifican que el conocimiento de la demanda corresponda al orden jurisdiccional civil

Ahora bien, el proceso que nos ocupa tiene unas connotaciones específicas que lo hacen peculiar sobre las que no existe jurisprudencia de esta sala.

En efecto, en el caso que nos ocupa, resulta que la administración sanitaria, una vez que tuvo constancia, por medio de su aseguradora, de que los perjudicados estaban en trance de presentar demanda exclusivamente contra dicha compañía en el ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS, incoó un expediente de responsabilidad patrimonial de oficio al amparo de los

arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, actualmente derogada por Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pero vigente al desarrollarse los presentes hechos y, por lo tanto, norma que debe ser aplicada para resolver los recursos interpuestos.

Pues bien, el art. 139 de aquella disposición general señala:

“1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

“2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Y, por su parte, el art. 142.1 norma que:

“1. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se iniciarán de oficio o por reclamación de los interesados”.

El Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, dispone también en su artículo 4.1, que:

“El procedimiento de responsabilidad patrimonial se iniciará de oficio o por reclamación de los interesados”.

El art. 5.2 del referido reglamento establece que:

“La iniciación de oficio del procedimiento se efectuará siempre por acuerdo del órgano competente, adoptado bien por propia iniciativa, bien como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o por denuncia”.

Pues bien, en el caso presente, constan las connotaciones siguientes que determinan la corrección de la sentencia dictada por la audiencia provincial cuando se considera competente para el conocimiento de la acción deducida en virtud del siguiente conjunto argumental:

(i) En primer lugar, los actores optaron, desde el primer momento, por presentar su demanda por la vía civil, así se lo comunicaron a la compañía de seguros, con autorización expresa para consultar el historial clínico de la paciente fallecida. En momento alguno, expresaron su interés por acudir a la vía administrativa.

(ii) Es la propia Administración la que incoa un procedimiento administrativo de oficio para determinar su propia responsabilidad patrimonial. En dicho procedimiento se le ofreció a los demandantes la posibilidad de intervenir, lo que rechazaron expresamente al tiempo que interpusieron demanda ante los tribunales de lo civil en el ejercicio de la anunciada acción directa contra Zurich S.A., que es admitida a trámite. En el juicio civil, la aseguradora además interpuso una declinatoria de jurisdicción a la postre desestimada.

(iii) El art. 11.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, dispone:

“En los procedimientos iniciados de oficio, cuando el interesado no se persone en trámite alguno del procedimiento, y no lo hiciese en el de audiencia, el instructor propondrá que se dicte resolución declarando el archivo provisional de las actuaciones, sin entrar en el fondo del asunto. Tal archivo se convertirá en definitivo cuando haya transcurrido el plazo de prescripción de la reclamación, salvo que el interesado se persone en el procedimiento dentro de dicho plazo”.

Pues bien, en el preceptivo dictamen de la comisión jurídica asesora, emitido en el expediente de responsabilidad patrimonial, amén de destacar el carácter excepcional de su apertura de oficio, se señaló que procedía el archivo del expediente en aplicación del mentado precepto; pese a lo cual la Administración continuó con su tramitación para pronunciarse en el sentido de que no existía, por su parte, responsabilidad patrimonial mediante resolución de 26 de mayo de 2014, cuya notificación se envió a la parte demandante el 3 de junio siguiente.

(iv) En esa fecha, ya se había admitido a trámite la demanda por el Juzgado de Primera Instancia número 26 de Barcelona, mediante decreto de 1 de octubre de 2013, y, por lo tanto, se produjeron los efectos de la litispendencia desde la presentación de aquélla como reza el art. 410 de la LEC.

Se desencadenaron, por lo tanto, los efectos de la perpetuación de la jurisdicción a los que se refiere el art. 411 de dicha disposición general.

En ese momento, no estaba resuelto todavía el expediente de responsabilidad patrimonial, por lo que no existía pronunciamiento alguno de la administración, ni acto administrativo susceptible de ser impugnado.

(v) El principio de la perpetuación de la jurisdicción, bajo el aforismo *pendente lite, nihil innovetur* (pendiente el proceso, ninguna innovación), determina que la situación a valorar es el existente al tiempo de interponer la demanda, una vez que ésta es admitida a trámite; pues bien, en ese momento, no existía pronunciamiento administrativo alguno. Es más, tampoco la administración debió de oficio pronunciarse sobre su responsabilidad patrimonial, sino archivar provisionalmente el procedimiento administrativo como procedía según lo normado en el art. 11.3 del precitado reglamento y dictamen de la comisión jurídica asesora.

(vi) Como es sabido, la perpetuación de la jurisdicción implica que el tribunal al que corresponda el conocimiento del litigio, al tiempo de la interposición de la demanda admitida a trámite, deberá continuar como órgano competente durante toda la sustanciación del proceso, con independencia de las variaciones que ulteriormente pudieran haberse producido.

Y no ofrece duda que los tribunales civiles son a quienes corresponden conocer de la acción directa dirigida, exclusivamente, contra la aseguradora de la administración, por todo el conjunto argumental antes expuesto, que eran además los jueces naturales predeterminados por la ley (art. 24.2 CE).

(vii) En momento alguno, los demandantes acudieron a la vía administrativa de manera que quedarán sujetos a la misma por actos propios.

Es cierto que impugnaron ante la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución administrativa dictada, pero lo hicieron *ad cautelam*, instando la suspensión del procedimiento hasta que resolviera la audiencia provincial la declinatoria interpuesta por la compañía de seguros, con la única finalidad de preservar su derecho; pero, una vez fijada la competencia de los tribunales civiles, dejaron caducar el recurso contencioso, vía a la que nunca quisieron acudir.

De tal conducta no cabe deducir sometimiento a la vía administrativa mediante inequívoco-

cos actos de significación jurídica que vinculen a los demandantes, dado que éstos no existen.

(viii) La administración no sufrió indefensión alguna, amén de los vínculos de solidaridad existentes con la aseguradora. Buena muestra de ello, la constituye su personamiento en el procedimiento como interviniente voluntaria con todos los efectos del art. 13 de la LEC, y entre ellos el recurrir la sentencia dictada por la audiencia, como así hizo, y sin perjuicio de que los tribunales civiles diriman su responsabilidad patrimonial con sujeción a la legislación administrativa a la que está sujeto el ICS, al hallarnos ante una cuestión prejudicial no devolutiva de naturaleza contencioso administrativa, cuyo conocimiento corresponde a los juzgados y tribunales del orden civil en aplicación de los arts. 10.1 LOPJ y 42.1 LEC.

(ix) Como señalamos en la sentencia 1322/2023, de 27 de septiembre, en un caso del ejercicio la acción directa del art 76 LCS, que la aseguradora no puede:

“[...] ampararse en el argumento de que no está obligada a hacer honor a su compromiso indemnizatorio, si no acude la víctima a la vía administrativa, formulando la correspondiente reclamación patrimonial frente a la administración presuntamente responsable, y esperar a que aquella sea reconocida en el correspondiente expediente administrativo, pues el perjudicado no está obligado a ello, y goza del derecho de dirigir la acción de resarcimiento en vía civil únicamente contra la aseguradora de la administración”.

En conclusión, bajo las connotaciones indicadas, es correcto que los tribunales civiles se pronunciaran sobre la demanda formulada, todo ello sin quedar vinculados por las actuaciones administrativas llevadas a efecto encaminadas a evitar la intervención de los tribunales civiles en el ejercicio de una acción propia de su jurisdicción y con respecto a la cual no pueden abstenerse de conocer.

3.5 Sobre la incongruencia omisiva

Se señala que la sentencia incurrió en incongruencia omisiva, al no responder sobre la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, lo que denunció mediante la presentación de escrito de complemento de la sentencia dictada por el tribunal provincial.

La precitada petición fue desestimada por auto de la audiencia de 21 de febrero de 2019,

que contiene el sucinto argumento de que “se hace evidente que no puede hallar amparo la pretensión porque lo pretendido es un cambio de sentencia que mucho más allá de una aclaración o subsanación”.

La parte demandada no estaba obligada a recurrir la sentencia de primera instancia dado que se había desestimado la demanda, por lo que la resolución dictada no le producía el gravamen necesario para recurrirla (art. 448.1 LEC), y, al haber apelado los demandantes, en el escrito de oposición, alegó la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Ahora bien, no podemos apreciar la existencia de incongruencia, puesto que en los autos no constan elementos de juicio para que el tribunal provincial hubiera podido construir su sentencia sobre la base de un alegato de tal clase que, por otra parte, no fue incluido como específico motivo de recurso de casación.

En el recurso por infracción procesal se sostiene que si no hay certeza en que un tratamiento hubiere evitado el daño estamos ante una pérdida de oportunidad, y, por ello, procede la aplicación de un porcentaje de reducción sobre la indemnización establecida que, atendiendo a lo expuesto por el Dr. Jaime y el Dr. Jeronimo, implica una indemnización total de 68.029,06 euros.

No obstante, la alegada pérdida de oportunidad no resulta del informe del Dr. Jaime que indica, por el contrario, que la colitis isquémica es una patología grave que habitualmente se resuelve con tratamiento conservador basado en sueroterapia, antibióticos y dieta absoluta, pero dicho tratamiento no fue instaurado dado que no se procedió al diagnóstico de tal patología hasta la práctica de la laparotomía exploratoria, llevada a efecto demasiado tarde, sin practicarse una colonoscopia en los primeros días del cuadro clínico presentado, como era lo indicado. La explicación del fallecimiento por su inmunodepresión es una hipótesis que aventura dicho perito.

El Dr. Jeronimo señala que, alrededor del 20% de los pacientes con colitis isquémica aguda, precisan cirugía, pero en este caso es que no se llegó a diagnosticar la existencia de tal patología, y cuando se practicó la laparotomía era demasiado tarde y se produjo horas después el fatal desenlace.

No se demostró cuál sería el grado de supervivencia de la demandante en el caso de que

se le hubiera practicado puntualmente las pruebas diagnósticas correspondientes que detectasen su enfermedad, lo que, desde luego, no resulta de dichos informes.

En definitiva, no podemos considerar que la sentencia del tribunal provincial hubiera incurrido en incongruencia omisiva cuando resuelve la cuestión controvertida del proceso con arreglo al marco fáctico y jurídico existente y se deduce de su fundamentación la desconsideración de tal doctrina.

Por todo ello, este motivo no debe ser acogido.

Recurso de casación

CUARTO.- Examen del motivo del recurso casación común a ambas partes recurrentes

En el único motivo de casación se alega la infracción de lo dispuesto en los arts. 1137, 1144 y 1148 del CC, al no respetar la sentencia recurrida la falta de declaración de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración sanitaria mediante resolución administrativa firme.

Se razona que la compañía de seguros no puede ser condenada, siempre que no exista responsabilidad patrimonial en la administración sanitaria, así como que tienen carácter vinculatorio los pronunciamientos dictados en vía administrativa, sin que quepa cuestionarlos por el orden jurisdiccional civil, so pena de incurrir en la vulneración de una constante doctrina jurisprudencial, y lo dispuesto en el art. 76 de la LCS, cuando establece que “el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar”, por lo que, si dicha obligación no existe, la compañía no puede ser condenada, la cual puede oponer, además, lo dispuesto en el art. 1148 del CC, en tanto en cuanto señala que el deudor solidario podrá utilizar contra las reclamaciones del acreedor todas las excepciones que deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales.

El art. 76 LCS solo opera cuando existe obligación de indemnizar al perjudicado por parte del asegurado al que la compañía cubre su responsabilidad civil o patrimonial, lo que, se razona, no es el caso que nos ocupa ante la inexistencia de responsabilidad patrimonial proclamada en vía administrativa.

El recurso no puede ser estimado.

En efecto, la acción directa, que corresponde al perjudicado frente a la compañía de seguros del causante del daño, se configura jurídicamente como un derecho propio del perjudicado, autónomo e independiente del que ostenta la administración asegurada contra la compañía de seguros, de manera tal que se proclama que “[...] la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado”.

Lo expuesto no significa, como es natural, que no deban concurrir los presupuestos indeclinables de que el riesgo asegurado sea objeto de una de cobertura vigente, que constituya el daño sufrido por el perjudicado, y que, además, compartiendo en este sentido los argumentos de las partes recurrentes, quien reclame sea titular de un interés lesionado por una acción jurídicamente imputable a la persona física o jurídica, pública o privada, asegurada, en este caso el ICS.

En definitiva, para obtener el resarcimiento del daño sufrido, el perjudicado cuenta con dos derechos, cada uno de ellos instrumentalizado con la correspondiente acción, de los que surgen dos obligaciones diferentes: la del asegurado, causante del daño, que nace del hecho ilícito, en este caso el ICS; y la del asegurador, proveniente también de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro, sometida al régimen especial del artículo 76 LCS (SSTS 200/2015, de 17 de abril, que cita la de 12 de noviembre de 2013, reproducidas en la más reciente 321/2019, de 5 de junio).

La víctima puede acumular ambas acciones y ejercitarlas conjuntamente contra el autor del daño y su compañía aseguradora, unidos por vínculos de solidaridad; o bien, ejercitarlas independientemente sólo contra el causante del daño o únicamente contra la compañía de seguros.

Es obvio, y no necesita mayores explicaciones, que la condena de la aseguradora dependerá de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración asegurada (SSTS 579/2019, de 5 de noviembre; 473/2020, de 17 de septiembre; 501/2020, de 5 de octubre y 1322/2023, 27 de septiembre).

Ahora bien, ésta se ha determinado y declarado en el proceso civil seguido entre las partes ante los tribunales de Barcelona, por lo que la compañía debe resarcir el daño causado por la administración asegurada.

Ya hemos razonado que no vincula la decisión adoptada en vía administrativa en virtud del conjunto argumental antes expuesto, al examinar el primero de los motivos de infracción procesal, en el que determinamos que el conocimiento de la acción de resarcimiento del daño sufrido corresponde a los tribunales de lo civil, pese a los infructuosos intentos de la Administración por evitar este orden jurisdiccional, y, por consiguiente, determinada la responsabilidad del ICS, la compañía debe hacer honor al compromiso asumido y legalmente impuesto de indemnizar a los perjudicados demandantes.

Por todo ello, el recurso de casación no puede ser estimado, al no resultar infringidos los preceptos del CC que se consideran indebidamente vulnerados.

QUINTO.- Costas y depósitos

La desestimación de los recursos interpuestos conduce a la imposición de costas (art. 394 y 398 LEC), así como a la pérdida, por parte de Zurich, de los depósitos constituidos para recurrir (disposición adicional 15.^a, apartado 9, 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- Se desestiman los recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos por la Institut Català de la Salut y la aseguradora Zurich Insurance PLC, Sucursal España, S.A., con imposición de costas.

2.º- Se desestima el recurso de casación interpuesto por dichas demandadas contra la sentencia 670/2018, de 19 de septiembre, dictada por la sección decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación n.º 1297/2016, con imposición de costas.

3.º- Se decreta la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir en infracción procesal y casación por la compañía de seguros Zurich.

Librese 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 **Gonzalo Iturmendi Morales**
Abogado

Antecedentes

La parte actora interpuso demanda el 7 de Mayo de 2013, que no fue admitida a trámite por no presentar justificante del pago de la tasa judicial. El 31 de Julio de 2013, los demandantes volvieron a interponer demanda de reclamación de cantidad contra la entidad aseguradora de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. En la demanda los demandantes reclamaron una indemnización, por la desatención médica de la que fue víctima la Sra. N, en aplicación del Baremo de Circulación viaria del año 2011, de 149.663,92 euros (86.634,87 euros para su viudo, y 9.070,54 euros para cada uno de los hijos), más un 10% de factor de corrección, todo ello con los intereses legales del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS), y con expresa imposición de costas a la parte demandada. El conocimiento de esta demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia 26 de Barcelona, que la tramitó como Juicio Ordinario 925/2014, acordando el emplazamiento de la compañía de seguros, contra la cual se dirigió la acción directa del art. 76 de la LCS.

La Aseguradora demandada planteó declinatoria de jurisdicción. Asimismo el Institut Català de Salut compareció en el procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

Hemos de señalar que el 26 de Mayo de 2014, se dictó Resolución administrativa desestimatoria de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública sanitaria.

El 4 de Diciembre de 2013, el Juzgado de Primera Instancia dictó Auto por el que estimó la declinatoria, declarando su falta de jurisdicción, por considerar que, al haber comparecido el Institut Català de la Salut en el procedimiento como interviniente voluntario (art. 13 de la LEC), debía estarse a lo dispuesto en el art. 9.4 de la LOPJ, y, por ello, declarar competente a la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Dicho Auto fue recurrido en apelación por la parte demandante. El 25 de Noviembre de 2014, la Audiencia Provincial declaró la competencia de la Jurisdicción Civil para conocer del procedimiento iniciado por la parte actora, por haberse ejercitado la acción exclusivamente contra la Aseguradora (art. 9.4 LOPJ).

Hemos de señalar que el 26 de Mayo de 2014, se dictó Resolución administrativa desestimatoria de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública sanitaria, por el fallecimiento de D.^a N, al considerar que la atención prestada se encuadraba dentro de la normo-praxis asistencial, siendo los procesos diagnósticos, terapéuticos y de seguimiento los adecuados. Dicho procedimiento administrativo fue iniciado de oficio por la Administración Pública, sin que comparecieran en el mismo los reclamantes que habían interpuesto demanda civil directamente contra la Aseguradora en virtud del art. 76 LCS.

En la precitada Resolución consta que se dio trámite de vista y audiencia a la parte actora, y que la Comissió Jurídica Assessora emitió el preceptivo Dictamen. En este Dictamen, tras declarar que la iniciación de oficio es una vía en la práctica bastante excepcional, y toda vez que la familia informó que continuarían con la acción directa ejercitada contra la Aseguradora y que no comparecerían en el Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial iniciado, concluyó: *“En el caso objeto de examen, a la vista de la declaración inicial y de la actuación posterior de los particulares presuntamente perjudicados -que todo indica que podía haber justificado que, desde el principio, el Órgano instructor hubiera declarado concluso el procedimiento- y con arreglo a la previsión contenida en el artículo 11.3 antes mencionado, procede declarar el Archivo del Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial incoado, con carácter definitivo, al haber transcurrido, con creces, el plazo legal de prescripción de la acción de reclamación, sin efectuar pronunciamiento alguno sobre los aspectos de fondo”*. Por lo que dictamina la procedencia de decretar el Archivo definitivo del procedimiento. El 3 de Junio de 2014, se envió notificación a la parte actora de la Resolución del expediente administrativo de Responsabilidad Patrimonial denegatoria de la misma.

Por su parte el Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Barcelona, después de haber seguido el Procedimiento civil, por todos sus trámites, dictó Sentencia de fecha 21 de Octubre de 2016, desestimatoria de la demanda, por considerar vinculante la decisión tomada en el Procedimiento Administrativo. y desestimó la demanda interpuesta contra la Aseguradora de la Administración Pública, al considerar vinculante la decisión tomada en el Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial, no impugnado, lo que conforma un acto administrativo que goza de presunción de legalidad.

La Sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la parte demandante. Este recurso correspondió a la sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, con el número de Rollo 1297/2016; que tras seguir los correspondientes trámites, dictó Sentencia el 19 de Septiembre de 2018, que estimó el recurso de la parte demandante, revocando la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Barcelona, y condenó a la Aseguradora de la Administración Pública, al abono a los demandantes de la cantidad de 136.058,11 €, más los intereses legales del artículo 20 LCS desde la fecha del siniestro hasta su pago, y costas de la primera instancia, sin imposición de las costas del recurso.

Contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, recurrieron el Institut Català de la Salut, y la Aseguradora. La Sala Primera del Tribunal Supremo dictó la Sentencia 1519/2023, de 6 de Noviembre, desestimando íntegramente los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos.

El artículo 9 de la LOPJ fija los asuntos que corresponden al conocimiento de los tribunales de los distintos órdenes jurisdiccionales. Actualmente el art. 9.4 de la LOPJ, fijando los asuntos que corresponden al orden jurisdiccional contencioso- administrativo queda redactado así:

“4. [...] Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

“También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”.

Surgió la cuestión de lo que sucedía cuando la demanda se dirigía exclusivamente contra la Aseguradora de la Administración, en el ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS.

La Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, en el Auto de 19 de Febrero de 2014, en el recurso 42/2013, determinó que la jurisdicción competente era la civil, con el razonamiento siguiente:

“[...] en los autos de esta Sala Especial que relacionamos en el fundamento segundo, en concreto en el de fecha 18 de Octubre de 2010 (conflicto de competencia 9/2010), declaramos también que “necesariamente le ha de quedar un portillo por el que dar respuesta a aquellas situaciones en las que el perjudicado por la actividad de un servicio público asegurado decida, en uso del derecho que le reconoce el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, dirigirse directamente y solamente contra la compañía aseguradora. En esta tesitura la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar”

Por consiguiente, el conocimiento de la acción directa ejercitada por la parte demandante corresponde al orden jurisdiccional civil. Esta atribución competencial fue cuestionada en primera instancia por la compañía de seguros, al formular la correspondiente declinatoria de jurisdicción al amparo del art. 63 LEC, que fue resuelta por la Audiencia Provincial de Barcelona en el sentido de que la decisión del litigio correspondía a los Tribunales de lo civil.

No es óbice para ello, la circunstancia de que el Institut Català de Salut se personó en el procedimiento por la vía del artículo 13 de la LEC -intervención voluntaria- como ya tuvo ocasión de pronunciarse al respecto la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo en el Auto 4/2013, de 12 de marzo, en el que se señaló: *“Esta intervención, voluntaria y adhesiva, como parte subordinada, sin ejercitar pretensión autónoma y, por consiguiente, sin más interés que el fracaso de la demanda dirigida exclusivamente contra la compañía aseguradora, no altera la naturaleza de la acción ejercitada al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro ni por consiguiente el régimen de competencia”*.

Por consiguiente el perjudicado por una mala praxis sanitaria cuenta con las alternativas siguientes:

“A) En primer lugar, formular reclamación administrativa ante la propia Administración, para obtener el resarcimiento del daño, en cuyo caso finalizado el expediente administrativo, con reconocimiento de responsabilidad y fijación de la indemnización, se producen las consecuencias jurídicas siguientes, a las que se refiere la STS 321/2019, de 5 de Febrero:

“(i) fijada la indemnización, la aseguradora o la propia asegurada pueden pagarla y extinguir el crédito; (ii) una vez declarada la responsabilidad y establecida la indemnización, si el perjudicado no acude a la vía contenciosa, esos pronunciamientos quedan firmes para la Administración; (iii) pueden producirse, potencialmente, todos los efectos propios de las obligaciones solidarias, además del pago, ya mencionado; y (iv) la indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite del derecho de repetición que el art. 76 LCS reconoce a la aseguradora”.

“B) Los perjudicados, en el caso de que hubieran optado por la vía administrativa, si formulada la preceptiva reclamación previa fuera desestimada, expresamente o por silen-

cio administrativo, o cuando considerasen insuficiente la cantidad ofertada en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos, podrían cuestionar tal Resolución ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa de las formas siguientes:

“a) Bien, mediante el ejercicio de una acción de condena exclusivamente dirigida contra la Administración, siendo la jurisdicción contencioso-administrativa a la que le compete el conocimiento de las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial dirigidas contra la Administración, según resulta de lo normado en el art. 2 e) Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de dicha Jurisdicción (en adelante LJCA).

“b) Bien, demandando por dicha vía, conjuntamente con la Administración a su Aseguradora, como expresamente posibilita el art. 9.4 II de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), en consonancia con lo cual norma el art. 21 c) de la LJCA, que se consideran legitimadas pasivamente a “las Aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”.

“C) Por último, se les abría una tercera posibilidad: la de prescindir de la vía administrativa, y demandar exclusivamente a la compañía de seguros, ejercitando contra ésta la acción directa del art. 76 LCS.

Ahora bien si el perjudicado acude a la vía administrativa, no puede pretender después que, por los Tribunales del orden jurisdiccional civil, se proceda a revisar el acto administrativo dictado, pues ello corresponde exclusivamente a la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Examen de las particularidades del presente proceso que justifican que el conocimiento de la demanda corresponda al orden jurisdiccional civil

Ahora bien, el proceso que nos ocupa tiene unas connotaciones específicas, sobre las que no existe jurisprudencia de esta Sala.

En el caso presente constan las connotaciones siguientes, que determinan la corrección de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona cuando se considera competente para el conocimiento de la acción deducida. La Administración sanitaria, cuando tuvo constancia por medio de su Aseguradora, de que los perjudicados estaban en trance de presentar demanda exclusivamente contra dicha compañía en el ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS, incoó un expediente de responsabilidad patrimonial de oficio.

Los actores optaron, desde el primer momento, por presentar su demanda por la vía civil. En ningún momento expresaron su interés por acudir a la vía administrativa.

Fue la propia Administración, la que incoó un procedimiento administrativo de oficio, para determinar su propia responsabilidad patrimonial. En dicho procedimiento se ofreció a los demandantes la posibilidad de intervenir, lo que rechazaron expresamente al tiempo que interpusieron demanda ante los tribunales de lo civil en el ejercicio de la anunciada acción directa contra la Aseguradora.

El art. 11.3 del R.D. 429/1993, de 26 de Marzo, Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, dispone: “*En los procedimientos iniciados de oficio, cuando el interesado no se persone en trámite alguno del procedimiento, y no lo hiciese en el de audiencia, el instructor propondrá que se dicte*

resolución declarando el archivo provisional de las actuaciones, sin entrar en el fondo del asunto. Tal archivo se convertirá en definitivo cuando haya transcurrido el plazo de prescripción de la reclamación, salvo que el interesado se persone en el procedimiento dentro de dicho plazo”.

En el preceptivo Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, emitido en el expediente de responsabilidad patrimonial, amén de destacarse el carácter excepcional de su apertura de oficio, se señaló que procedía el archivo del expediente en aplicación del mentado precepto; sin embargo la Administración continuó con su tramitación para pronunciarse que no existía por su parte, responsabilidad patrimonial mediante Resolución de 26 de Mayo de 2014, notificada a la parte demandante el 3 de Junio siguiente.

En esa fecha, ya se había admitido a trámite la demanda por el Juzgado de Primera Instancia número 26 de Barcelona, mediante Decreto de 1 de Octubre de 2013, y, por lo tanto, se produjeron los efectos de la litispendencia desde la presentación de aquélla como reza el art. 410 de la LEC.

Por lo tanto, se produjeron los efectos de la perpetuación de la jurisdicción a los que se refiere el art. 411 LEC. “*pendente lite, nihil innovetur*” (pendiente el proceso, ninguna innovación), de forma que la situación a valorar, es el existente al tiempo de interponer la demanda, una vez que ésta es admitida a trámite: Pues bien en ese momento no existía pronunciamiento administrativo alguno.

En el único motivo de casación se alegó la infracción de lo dispuesto en los arts. 1137, 1144 y 1148 del CC, al no respetar la sentencia recurrida la falta de declaración de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración sanitaria mediante resolución administrativa firme.

La *perpetuatio jurisdictionis* implica que el tribunal al que corresponda el conocimiento del litigio, al tiempo de la interposición de la demanda admitida a trámite, deberá continuar como órgano competente durante toda la sustanciación del proceso, con independencia de las variaciones que ulteriormente pudieran haberse producido. Y no ofrece duda que los tribunales civiles son a los que corresponden conocer de la acción directa dirigida, exclusivamente, contra la Aseguradora de la Administración.

En momento alguno, los demandantes acudieron a la vía administrativa de manera que quedarán sujetos a la misma por actos propios.

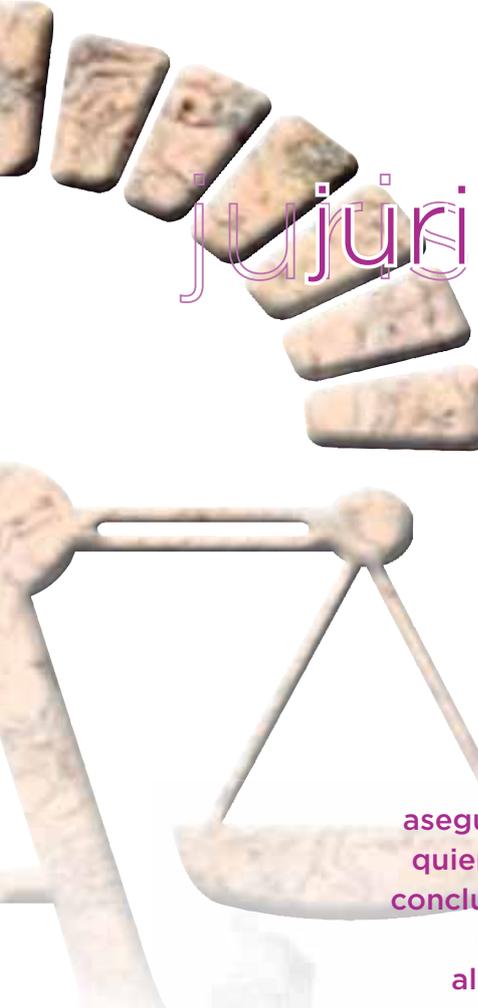
Así pues la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de Noviembre de 2023, consideró correcto que los tribunales civiles se pronunciaran sobre la demanda formulada, sin quedar vinculados por las actuaciones administrativas llevadas a efecto, encaminadas a evitar la intervención de los tribunales civiles.

Recurso de casación común a ambas partes recurrentes

En el único motivo de casación se alegó la infracción de lo dispuesto en los arts. 1137, 1144 y 1148 del CC, al no respetar la sentencia recurrida la falta de declaración de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración sanitaria mediante resolución administrativa firme.

El recurso no podía ser estimado, ya que la Sentencia consideró que la acción directa del perjudicado frente a la compañía de seguros del causante del daño, se configura jurídicamente como un derecho propio del perjudicado, autónomo e independiente del que ostenta la Administración asegurada contra la compañía de seguros, de manera tal que se proclama que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al Asegurador frente al asegurado. Por todo ello, el recurso de casación también fue desestimado.





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Contrato de seguro de vida vinculado a un préstamo hipotecario. Estimación de la reclamación que formula la viuda del asegurado fallecido por suicidio frente a la aseguradora, al entender que el asegurado no infringió su deber de declarar el riesgo, al no haber sido quien contestó a las preguntas del agente, sino su esposa. Además se concluye que concurre falta de idoneidad del cuestionario por el modo de realizarse la pregunta y por la ambigüedad de su formulación, al aludirse a las "depresiones" dentro de las afecciones del sistema nervioso cuando comúnmente, sin conocimientos médicos, son entendidas como un tipo de patología, trastorno o enfermedad que fundamentalmente afecta a la salud mental.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 14 de noviembre de 2023
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente litigio versa sobre la reclamación de la viuda del asegurado fallecido contra la aseguradora y el banco prestamista, pidiendo el cumplimiento del contrato de seguro de vida suscrito en su día por el esposo, vinculado a un préstamo hipotecario. La demanda ha sido desestimada en ambas instancias y la controversia en casación se centra en determinar si el asegurado infringió o no su deber de declarar el riesgo cuando cumplimentó la declaración de salud.

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

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

1.1. Con la mediación de José Ángel Rey Hervés S.L., el 7 de febrero de 2006 (pero con

efecto desde las 00 horas del día 10 del mismo mes y año) D. Víctor suscribió con Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (en adelante Allianz o la aseguradora) una póliza de seguros anual renovable (n.º NUM000) denominada "Allianz Vida" que, entre otros riesgos, cubriría el de fallecimiento del asegurado por cualquier causa con un "capital básico" constante de 90.000 euros y "los gastos de sepelio, según factura", con un máximo de 2.250 euros.

El seguro estaba vinculado a un contrato de préstamo suscrito por el asegurado y su esposa D.ª Camila con la entidad Banco Pastor S.A. (luego Banco Popular Español S.A. y actualmente Banco Santander S.A., en adelante el banco), novado el 25 de mayo de 2005 (doc. 2 de la demanda) para ampliar el capital del préstamo, que quedó establecido en la cantidad de 103.420,29 euros. Por esta razón, en el docu-

mento de condiciones particulares y generales de la póliza (cuya copia se aportó como doc. 3 de la demanda) aparecía designada la entidad prestamista como primera beneficiaria en los siguientes términos (folio 71 de las actuaciones de primera instancia):

"1. Hipoteca Banco Pastor y lo restante a su cónyuge o en su defecto los hijos del matrimonio por partes iguales".

Es decir, el banco era beneficiario hasta el límite de lo que quedara por amortizar en el momento del fallecimiento del asegurado, y la esposa de este, o en su defecto sus hijos, en cuanto al exceso.

1.2. En el citado documento de condiciones generales y particulares se incluyó la siguiente declaración de salud:

Allianz (ili)

Estado de salud del Asegurado

Las condiciones del contrato se han establecido en base a las siguientes declaraciones, hechas por Fco Javier Monteagudo Gamallo sobre su estado de salud en el momento de contratar la póliza:

Peso 70 Kg. Estatura 175 cm. Tensión máxima 120 mínima 70

¿Fuma más de 20 cigarrillos diarios? NO

¿Tiene o ha tenido problemas de alcoholismo o drogodependencia? NO

¿Tiene otros seguros sobre la vida que en cómputo total representen un capital asegurado superior a 150.000,00 euros? NO

¿Le ha sido rechazado o aceptado con sobreprima algún seguro sobre la vida, de invalidez, enfermedad grave o accidentes? NO

¿Tiene actualmente algún problema de salud? NO

¿Utiliza gafas o lentillas con más de 8 dioptrías? NO

¿Realiza o ha realizado algún tratamiento médico de más de siete días en los últimos cinco años? NO

¿Tiene alguna limitación física o invalidez? NO

¿Ha dado positivo algún test de sida? NO

¿Ha tenido que interrumpir su actividad profesional por motivos de salud durante más de 15 días consecutivos en los últimos tres años? NO

¿Se encuentra actualmente de baja por I.T.? NO

¿Ha sufrido o tiene previsto someterse a alguna intervención quirúrgica? NO

¿Padece o ha padecido enfermedades relacionadas con Vías Respiratorias? NO

¿Padece o ha padecido enfermedades relacionadas con Sistema Nervioso? NO

¿Padece o ha padecido enfermedades relacionadas con Vías Urinarias? NO

¿Padece o ha padecido enfermedades relacionadas con Oídos? NO

¿Padece o ha padecido enfermedades relacionadas con Migrañas o Sangre? NO

¿Padece o ha padecido enfermedades relacionadas con columna vertebral o aparato óseo? NO

¿Padece o ha padecido enfermedades relacionadas con Aparato Digestivo? NO

¿Padece o ha padecido enfermedades relacionadas con Sentidos? NO

¿Padece o ha padecido enfermedades relacionadas con Sistema Circulatorio? NO

¿Padece o ha padecido enfermedades relacionadas con Accidentes Vasculares? NO

¿Padece o ha padecido enfermedades que no estén relacionadas en el cuestionario? NO

Otras declaraciones: El Asegurado declara que:
1. No practica habitualmente...

Esta declaración de salud mecanografiada es reproducción casi literal de la que aparece en el documento de solicitud de seguro (doc. 2 de la contestación de Allianz, folio 331 de las actuaciones de primera instancia), que fue cumplimentada de su puño y letra por el referido me-

diador de la compañía con las respuestas dadas por la esposa del asegurado, que el asegurado firmó tres días después (10 de febrero de 2006) tras tener la documentación contractual a su disposición en su domicilio y cuyo contenido era el siguiente:

ENFERMEDADES		Si	No
<p>1. ¿Tiene actualmente algún problema de salud?</p> <p>2. ¿Usa gafas o lentillas con más de 8 dioptrías?</p> <p>3. ¿Usa o ha realizado algún tratamiento médico de más de 7 días en los últimos 5 años?</p> <p>4. ¿Tiene alguna limitación física o invalidez?</p> <p>5. ¿Una vez positivo algún test de SIDA?</p> <p>6. ¿Una vez que interrumpir su actividad profesional, por motivos de salud durante más de 15 días consecutivos en los últimos tres años?</p> <p>7. ¿Se encuentra actualmente de baja por I.T.?</p> <p>8. ¿Una vez o tiene previsto someterse a alguna intervención quirúrgica?</p> <p>9. ¿Padece o ha padecido enfermedades relacionadas con...? Marcar con una X en caso afirmativo</p>			
1. Vías respiratorias <small>(Asma, bronquitis crónica, tuberculosis, etc.)</small>	2. Sistema nervioso <small>(Neuralgias, vértigo, epilepsia, depresiones, etc.)</small>		
3. Metabolismo o sangre <small>(Diabetes, hipertensión, etc.)</small>	6. Columna vertebral <small>(Hernias, lumbalgias, ciática, fracturas, etc.)</small>		
4. Sistema circulatorio <small>(Hipertensión arterial, trombosis, etc.)</small>	10. Accidentes vasculares <small>(Infartos, ictus, etc.)</small>		
	3. Vías urinarias <small>(Infecciones urinarias, cistitis, prostatitis, etc.)</small>		
	7. Aparato digestivo <small>(Úlceras, hepatitis, pancreatitis, etc.)</small>		
	11. Otras enfermedades no indicadas		
	4. Tumores <small>(Malignos o benignos)</small>		
	8. Sentidos <small>(Visión, audición, etc.)</small>		

Detallar en caso de respuesta afirmativa

Comparando ambas declaraciones, la única diferencia relevante para lo que ahora interesa es que en la integrada en el condicionado de la póliza se aludía a enfermedades, entre otras, del sistema nervioso, sin mayor precisión sobre patologías concretas, mientras que en la de la solicitud del seguro se aludía entre paréntesis, a modo de ejemplo y con un tamaño de fuente muy pequeño, casi ilegible, a:

“(Neuralgias, vértigo, epilepsia, depresiones, etc.)”.

De las respuestas facilitadas por la esposa sobre los antecedentes de salud de su esposo asegurado interesa destacar las que negaban haber realizado algún tratamiento médico de más de siete días de duración en los últimos cinco años y padecer o haber padecido enfermedades relacionadas con, entre otras, “2. Sistema nervioso (Neuralgias, vértigo, epilepsia, depresiones, etc.)”.

1.3. Consta acreditado, en virtud de los antecedentes personales del asegurado que reseñó la Dra. Ramona en un informe médico fechado a finales de diciembre de 2009, que en 2003 el asegurado había sufrido un episodio depresivo que fue tratado con fármacos durante tres o cuatro semanas (folios 112 y 417 de las actuaciones de primera instancia). Con posterioridad a la firma de la póliza el asegurado sufrió una nueva patología depresiva con ansiedad (entre noviembre de 2009 y noviembre de 2010) por la que causó baja laboral.

1.4. El asegurado falleció el 26 de junio de 2015, según certificó la LAJ del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Pontevedra a resultados del infor-

me médico de autopsia aportado a las diligencias previas n.º 1746/2015, por violencia suicida, siendo la causa directa de su muerte una herida por arma de fuego que le afectó a órganos vitales -disparo en la cabeza- (doc. 4 de la demanda, folio 82 de las actuaciones de primera instancia). No se discute que la viuda satisfizo los gastos de sepelio por importe de 2.300 euros (doc. 11 de la demanda).

1.5. Comunicado el siniestro a la aseguradora, esta lo rechazó por escrito de 5 de noviembre de 2015 (doc. 7 de la demanda) al considerar, en síntesis, que de toda la documentación médica aportada resultaba que el fallecimiento traía causa directa de patologías o problemas de salud preexistentes a la firma del contrato y que el asegurado le había ocultado.

1.6. Intentada la conciliación, el acto se celebró el 16 de diciembre de 2015 y concluyó sin avenencia respecto de Allianz y con avenencia del banco “en los términos expresados en el escrito” que aportó en dicho acto (doc. 10 de la demanda, folio 144 de las actuaciones de primera instancia). En síntesis, el banco manifestaba que si recibiera el importe reclamado por D.ª Camila con cargo a la aseguradora, no tendría inconveniente en amortizar anticipadamente el préstamo, dejando el sobrante a los herederos del prestatario fallecido, si bien solicitaba que se le indicara en su momento si debería satisfacer parte del capital pendiente con el 50% de la indemnización y entregar el otro 50% a la conciliada y a los hijos del fallecido o debería aceptar la indemnización y los intereses generados por esta, aplicando dichos importes en su totalidad a la reducción del capital pendiente y entregando el sobrante, si lo hubiere, a la conciliada.

2. A finales de marzo de 2016 la esposa del fallecido promovió el presente litigio contra la aseguradora y contra el banco reclamando el cumplimiento del contrato y, en consecuencia, que se condenara a la aseguradora a abonar al banco el capital asegurado (90.000 euros) más intereses del art. 20 LCS desde el día de fallecimiento del asegurado, a fin de amortizar el préstamo “atendiendo a la deuda pendiente a 26 de junio de 2015”, y a satisfacer a la demandante el remanente (diferencia entre dicho capital y la cantidad del préstamo pendiente de amortizar) y la cantidad de 2.250 euros por gastos de sepelio, y que se condenara al banco a pagar el 50% del importe de las cuotas del préstamo que la demandante había seguido abonando desde dicho fallecimiento, con los intereses devengados desde la fecha de cada pago.

En apoyo de sus pretensiones alegó, en síntesis: (i) que el asegurado no infringió su deber de declarar el riesgo porque la aseguradora no le presentó un verdadero cuestionario sino un documento “modelo” que se confeccionó mediante “una aplicación informática”, carente de valor jurídico como tal, pues ni siquiera fue cumplimentado con las respuestas del asegurado (ya que no era creíble que respondiera a todas las preguntas con un NO); y (ii) que en todo caso la aseguradora, en las sucesivas renovaciones del seguro, podía haber disipado las dudas sobre los antecedentes de salud del asegurado sometiéndolo a un nuevo cuestionario en el que se le preguntara sobre “circunstancias nuevas que podrían haber influido en la valoración del riesgo”, y sin embargo no lo hizo.

3. Allianz se opuso a la demanda alegando, en síntesis: (i) que la demandante carecía de legitimación activa, pues esta correspondía al banco prestamista designado como primer beneficiario; y (ii) que en todo caso el asegurado había infringido el art. 10 LCS al ocultar dolosamente a la aseguradora información conocida y relevante sobre su estado de salud (en concreto, que antes de suscribir la póliza había sido sometido a tratamiento farmacológico por patología depresiva) por la que fue preguntado mediante un cuestionario cumplimentado y firmado por el asegurado de su puño y letra y que además estaba directamente relacionada con la causa de su muerte, de etiología suicida según el informe de autopsia que la parte demandante se había negado a remitir a la aseguradora cuando esta se lo pidió (citaba y extractaba la sentencia de esta sala 72/2016, de 17 de febrero, sobre un caso -ocultación de antecedentes por depresión- que consideraba semejante).

El banco también se opuso a la demanda alegando, en síntesis: (i) que la demandante carecía de legitimación activa y el banco de legitimación pasiva por no ser parte en el contrato de seguro; y (ii) que ninguna responsabilidad tenía el banco derivada del contrato de seguro litigioso, pues Allianz y el banco eran entidades independientes, no pertenecientes al mismo grupo económico o empresarial, el banco no era el receptor de las primas y si en el acto de conciliación se avino a amortizar anticipadamente el préstamo fue a condición de que la compañía abonase el capital asegurado.

4. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y condenó en costas a la demandante.

Razonó, en síntesis, lo siguiente: (i) la demandante, beneficiaria “de segundo grado”, tenía legitimación activa, conforme a la jurisprudencia de esta sala, para instar el cumplimiento del contrato a fin de reducir el capital del préstamo con el importe de la suma asegurada; (ii) el banco tenía legitimación *ad procesum*, sin perjuicio de que del examen de fondo del asunto pudiera resultar su posible falta de legitimación *ad causam*; (iii) en cuanto al fondo, el asegurado había ocultado a la compañía antecedentes de salud relevantes por los que fue preguntado, pues negó haber recibido tratamiento médico durante más de siete días y haber padecido enfermedades relacionadas con el sistema nervioso como, en concreto, “depresiones” a pesar de que la documentación médica (la historia clínica completa referente a sus antecedentes psiquiátricos fue aportada a las actuaciones a petición de Allianz antes de la audiencia previa) acreditaba que había sufrido un episodio depresivo en 2003 por el que estuvo con tratamiento farmacológico durante tres o cuatro semanas; (iv) dicha ocultación podría calificarse de dolosa si hubiera sido el propio asegurado el que hubiera referido su episodio por depresión a la doctora Ramona, que elaboró el informe de 2009 en el que se hizo constar dicho antecedente personal, pero de no ser así y resultar ese dato de la documentación consultada por la doctora, como mínimo se trataría de una ocultación por culpa grave, ya que el asegurado “no podía ignorar el episodio depresivo que padeció y la duración de su tratamiento”; y (v) las circunstancias en que fue cumplimentado el cuestionario no eran óbice para apreciar la vulneración del art. 10 LCS, pues aunque fue rellenado por el agente mediador con las respuestas que le facilitó la esposa del asegurado, sin estar este presente, sin embargo la esposa se llevó luego la documentación a su casa, donde el asegurado pudo revisarla y firmarla “con plena consciencia y conocimiento”.

5. Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la demandante, interesando la estimación de la demanda. Argumentó, en lo que ahora interesa y en síntesis: (i) que la declaración de salud fue rellena por el agente, que el asegurado no fue interrogado ni recibió explicación alguna sobre la declaración de salud y su importancia, y, en fin, que todo eso equivalía a una falta de presentación del cuestionario, cuyas consecuencias debía soportar únicamente la aseguradora; (ii) que además el cuestionario/declaración no era claro, evidente o completo, sino excesivamente ambiguo o genérico (“enfermedades relacionadas con...”), con un tamaño de letra tan pequeño que era necesaria una lupa para su lectura; y (iii) que en todo caso el asegurado no faltó a la verdad cuando negó haber sufrido depresión y haberse sometido a tratamiento, ya que “un episodio depresivo no significa haber sufrido depresión” y por dicho episodio depresivo de 2003 no fue tratado médicamente por un especialista sino que el paciente se automedicó, además de que dicho problema de salud fue puntual, no conllevó baja laboral y no tuvo relación causal con la causa de su fallecimiento.

Las dos demandadas se opusieron al recurso pidiendo su desestimación y la confirmación de la sentencia apelada. Allianz reiteró la falta de legitimación activa de la demandante y, en cuanto al fondo, que el asegurado pudo supervisar en su casa la declaración de salud y firmarla, y que ocultó antecedentes de salud relevantes por los que fue preguntado, vinculados con la etiología suicida de su fallecimiento, pues silenció haber sufrido depresión por la que recibió tratamiento farmacológico durante tres o cuatro semanas, cuando todo tratamiento farmacológico para una depresión es tratamiento médico ya que “no hay antidepresivos sin receta”. El banco reiteró su falta de legitimación pasiva *ad causam*, que fue ajeno por completo al contrato y que la entidad bancaria prestamista tenía derecho a seguir cobrando las cuotas del préstamo sin perjuicio de que la aseguradora pudiera ser condenada a su amortización.

6. La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de apelación de la demandante, confirmó íntegramente la sentencia apelada con imposición de costas a la apelante.

Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) consta probado que al responder al cuestionario el asegurado negó haberse sometido a tratamiento médico por más de siete días y haber sufrido enfermedades relacionadas con el sistema nervioso, como depresiones, pese a que

la documentación médica acredita que cinco años antes de firmar la póliza había sufrido una patología depresiva (no un “simple episodio de bajada de moral o de ánimo”) por la que recibió tratamiento farmacológico (que ha de considerarse tratamiento médico por ser prescrito por un facultativo, dada la naturaleza de la medicación antidepresiva) durante tres o cuatro semanas, estando esa patología depresiva, que se repitió años después, en relación directa con la causa de su muerte, de etiología suicida (herida en la cabeza por arma de fuego); (ii) la compañía presentó un cuestionario válido al ser irrelevante tanto que fuera relleno por el agente mediador con las respuestas que le facilitó la esposa del asegurado, ya que este pudo examinar esa documentación en su domicilio y firmarla, lo que hizo sin objeción alguna (cita la sentencia de 17 de febrero de 2016), como que el cuestionario llevara una fecha posterior a la fecha de la póliza, por ser algo frecuente en la comercialización de los seguros; (iii) el asegurado incurrió en dolo (vistos los antecedentes por depresión de su abuelo) o, cuando menos, en culpa grave al ocultar aquellos datos sobre su salud, lo que justifica la exoneración de la compañía conforme a los arts. 10 y 11 LCS; y (iv) también el banco está exonerado al no haber intervenido en la contratación del seguro y no haberse acreditado la notificación de la cesión de pólizas para su pignoración por dicha entidad.

7. La demandante interpuso recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala sobre infracción del deber de declarar el riesgo, interesando la estimación de la demanda.

8. En su oposición al recurso las entidades recurridas han solicitado su desestimación, en el caso de alguno de los motivos por causas tanto de inadmisión como de fondo.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso se funda en infracción del art. 10 LCS y de la jurisprudencia que se cita sobre los requisitos que han de concurrir para que el cuestionario de salud pueda considerarse formalmente válido, y lo que se alega, en resumen, es que no es eficaz una declaración de salud que, según los hechos probados, no cabe duda de que fue cumplimentada por un agente de la compañía sin estar presente el tomador/asegurado.

El motivo segundo se funda en infracción de los arts. 10 y 11 LCS y de la jurisprudencia que se cita sobre los requisitos que han de concurrir para que el cuestionario de salud pueda consi-

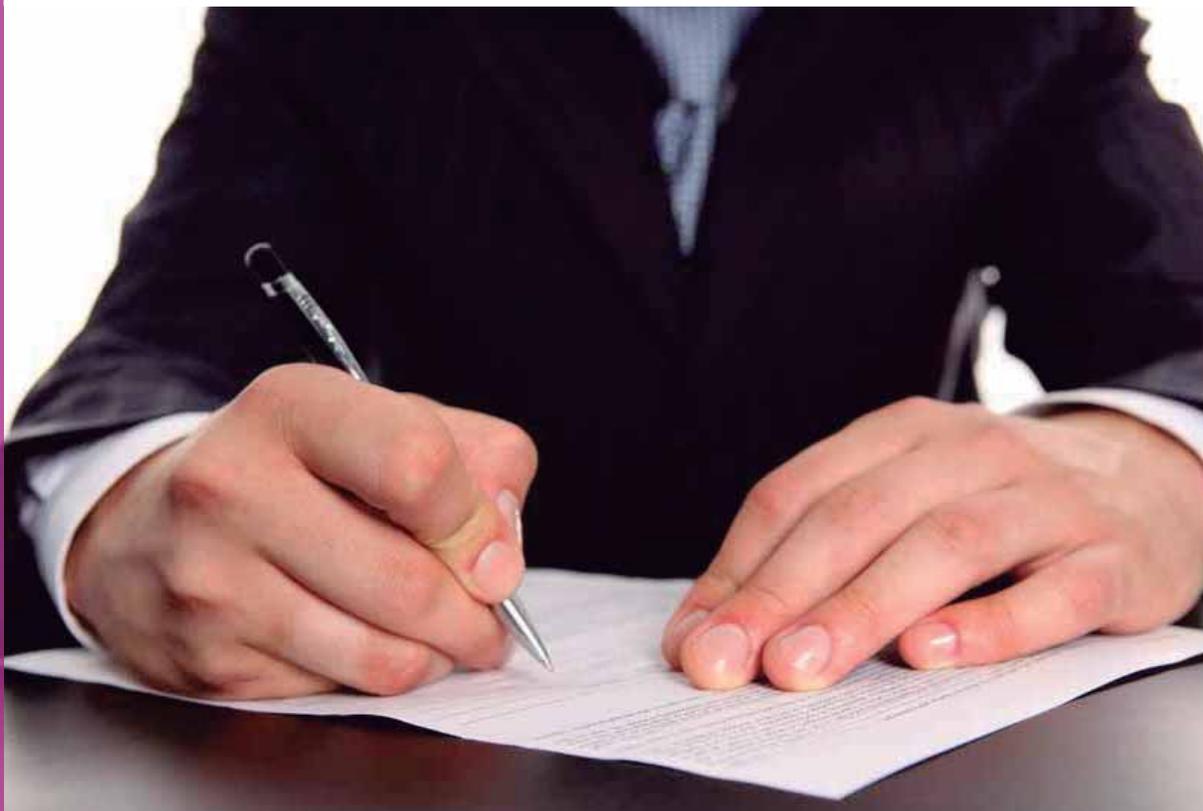
derarse materialmente válido, y lo que se alega, en resumen, es que la aseguradora ha de soportar las consecuencias de la presentación de un cuestionario integrado por preguntas poco claras, ambiguas o genéricas, toda vez que, además de que al asegurado no se le formuló pregunta alguna, del tenor del documento que contiene la declaración de salud resulta que “no hay pregunta específica acerca de la depresión”, sino preguntas genéricas sobre enfermedades, una de las cuales (y en caracteres muy pequeños, que hacía que pasase desapercibida) aludía a enfermedades relacionadas con el sistema nervioso, entre las que se incluían las depresiones (cuando cualquier persona entendería que la depresión es una enfermedad mental o psíquica), razones por las que el asegurado no podía saber que se le estaba preguntado sobre sus antecedentes por depresión ni sobre el tratamiento de esta patología. Termina argumentando que el art. 10 LCS no permite que la póliza se firmara y entrara en vigor antes de que se cumplimentara la declaración de salud.

El motivo tercero se funda en infracción de los arts. 10 LCS y 216 LEC en relación con la doctrina jurisprudencial que se invoca, y lo que se alega es, en síntesis e insistiendo en la última de las razones del motivo segundo, que la sen-

tencia recurrida omite pronunciarse sobre un dato fundamental y crucial como es que la póliza entró en vigor antes de la realización del cuestionario, cuando el art. 10 LCS obliga a declarar el riesgo antes de la conclusión del seguro, no pudiendo cumplimentarse el cuestionario después de que la póliza entrara en vigor, como fue el caso.

El motivo cuarto se funda en infracción del art. 10, apdos. 2 y 3 LCS y de la jurisprudencia que se invoca sobre la posibilidad que tiene la aseguradora de exonerarse del pago si el asegurado infringe su deber de declaración del riesgo, y en su desarrollo se argumenta, en síntesis, que el asegurado no ocultó en ningún momento su depresión ni que hubiera recibido tratamiento médico por dicha patología, sencillamente porque no es cierto que padeciera dicha enfermedad ni que fuera tratado, ya que solo estuvo unas semanas con el ánimo decaído, en las que acudió a la farmacia a por medicamentos, sin que tuviera que acudir a un especialista para que le pautara tratamiento médico.

Allianz se ha opuesto a todos los motivos alegando, en síntesis: (i) en cuanto al motivo primero, que la sentencia recurrida no vulnera la jurisprudencia invocada en el motivo porque se-



gún la misma lo verdaderamente relevante es que el cuestionario, independientemente de quien lo rellene materialmente, sea cumplimentado con la información relevante sobre los antecedentes de salud dada por el asegurado, y en este caso no es cierto que fuera el agente el que cumplimentó el cuestionario limitándose el asegurado a firmarlo a posteriori, sino que consta acreditado que, aun cuando fuera su esposa la que respondiera a las preguntas formuladas por el agente, el asegurado tuvo luego el cuestionario a su disposición en su domicilio antes de firmarlo, siendo lo lógico pensar que su esposa conocía sus antecedentes de salud cuando contestó a las preguntas y que también pudo después explicarle o aclararle cualquier duda antes de recabar su firma; (ii) en cuanto al motivo segundo, que el tomador-asegurado ocultó a sabiendas la patología (depresión) y su tratamiento por los que fue expresamente preguntado, al contestar negativamente a las preguntas atinentes al respecto (lo suficientemente claras como para no dejar lugar a dudas acerca de los antecedentes de salud a que se referían) pese a constar en la documentación médica aportada a las actuaciones, y por lo tanto ser algo que el asegurado no podía desconocer, que ya en 2003 había sufrido ese problema de salud, tratado médicamente con fármacos durante tres o cuatro semanas; (iii) en cuanto al motivo tercero, que es inadmisibile por no acreditarse el interés casacional y por plantear una cuestión nueva, que no ha integrado el debate en las instancias, como la omisión de pronunciamiento de la sentencia recurrida sobre si la póliza entró en vigor antes o después del cuestionario de salud, y que en todo caso debe ser desestimado porque de la documentación contractual resulta con claridad que la fecha de inicio de efectos del seguro y la fecha de firma de la declaración de salud es la misma: 10 de febrero de 2006; y (iv) en cuanto al motivo cuarto, que el motivo es inadmisibile por apartarse de la base fáctica de la sentencia recurrida y porque no se justifica debidamente el interés casacional al no constar que la sentencia recurrida vulnere las sentencias que se invocan, y que en todo caso debe ser desestimado porque la sentencia recurrida sigue correctamente el criterio de la sentencia de esta sala 72/2016 dictada en un caso muy similar (ocultación de antecedentes por depresión), careciendo por el contrario de sustento fáctico las alegaciones de la recurrente sobre la falta de conciencia del asegurado de su enfermedad y tratamiento, pues los antecedentes por depresión fechados en 2003 por los que fue tratado farmacológicamente (lo que implica que tuvo que estar bajo tratamiento médico ya que los antidepresivos no se expendían sin rece-

ta médica, a lo que se une que la demandante no atendió el requerimiento de la aseguradora para que aportara el historial médico psiquiátrico del fallecido) persistieron según el informe de 2009 y le obligaron a seguir bajo control médico y a continuar medicándose hasta que se suicidó, siendo todas las preguntas que se le formularon lo suficientemente claras para que pudiera representarse los antecedentes por los que se le preguntaba, e incurriendo por tanto en ocultación dolosa o, cuando menos, por culpa grave.

Por su parte el banco se ha opuesto a todos los motivos alegando sucintamente que ninguno de ellos contiene petición referida a dicha entidad.

TERCERO.- No concurren los óbices de admisibilidad alegados por la aseguradora respecto a los motivos tercero y cuarto porque, como ha reiterado esta sala al conocer de recursos sobre el art. 10 LCS y su jurisprudencia (p.ej. sentencia 417/2023, de 27 de marzo, con cita de las sentencias 839/2021, de 2 de diciembre, 235/2021, de 29 de abril, 108/2021, de 1 de marzo, 661/2020, de 10 de diciembre, y 639/2020, de 25 de noviembre), puede ser suficiente para superar el test de admisibilidad la correcta identificación del problema jurídico planteado y una exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso partiendo del respeto a los hechos probados, requisitos que se cumplen en este caso porque lo que se plantea en casación, con cita de las normas aplicables a la controversia (fundamentalmente el art. 10 LCS) y sustancial respeto a los hechos probados, es una cuestión exclusivamente jurídica consistente en que debe ser la aseguradora la que soporte la falta de idoneidad del cuestionario (en este mismo sentido, p.ej. la citada sentencia 417/2023).

Por tanto, procede entrar a conocer de todos los motivos del recurso, conjuntamente por su estrecha relación entre si.

CUARTO.- Conforme a la jurisprudencia de esta sala sobre el art. 10 LCS:

1.º) La cumplimentación del cuestionario de salud para la valoración del riesgo es un acto personalísimo del asegurado porque sus datos de salud son privados y gozan de la condición de datos de carácter personal especialmente protegidos, de modo que la inobservancia de este requisito excluye el dolo o la culpa grave del asegurado. Así resulta de la sentencia 681/2023, de 8 de mayo, que reitera el criterio

de la sentencia 273/2018, de 10 de mayo, para casos como este de cumplimentación del cuestionario de salud por persona distinta del asegurado. Fueron “las muy especiales circunstancias concurrentes” en el caso de la sentencia 273/2018 las que condujeron en ese caso concreto a no excluir la existencia de dolo pese a la inobservancia de dicho requisito.

2.º) De ahí que para la jurisprudencia (p.ej. sentencias 632/2023, de 27 de abril, 390/2020, de 1 de julio, y 378/2020, de 30 de junio) lo determinante para la validez formal del cuestionario no sea quien materialmente marque las respuestas en el documento formulario, bien el propio asegurado, bien el personal de la aseguradora o de la entidad mediadora, sino que no se haya prescindido de las respuestas dadas por el asegurado; y de ahí, también, que se descarte la infracción del deber de declarar el riesgo cuando, por la forma en que se cumplimentó el cuestionario, pueda concluirse que el asegurado no fue directa y personalmente preguntado por esa información relevante (en este sentido la citada sentencia 378/2020 con cita de las sentencias 72/2016, de 17 de febrero, 726/2016, de 12 de diciembre, 562/2018, de 10 de octubre, y 222/2017, de 5 de abril).

3.º) En cuanto al dolo o culpa grave, como precisó la sentencia 333/2020, de 22 de junio, y desde entonces viene reiterando la jurisprudencia de esta sala (en este sentido la reciente sentencia 912/2023, de 8 de junio), lo determinante de la liberación del pago de la prestación a cargo del asegurador no es la mera inexactitud en las respuestas del asegurado, sino el dolo o la culpa grave, es decir, “la inexactitud intencionada o debida a una culpa o negligencia de especial intensidad”.

4.º) En relación con la jurisprudencia sobre antecedentes de salud por patologías de tipo depresivo:

- La sentencia 67/2014, de 14 de febrero (sobre un cuestionario similar al de este litigio), apreció dolo del asegurado por haber sido este quien respondió al cuestionario y negó tanto haberse sometido a tratamiento durante más de siete días en los últimos cinco años como haber padecido enfermedades relacionadas con el sistema nervioso (a título de ejemplo, depresiones) a pesar de que, según su historial médico, llevaba tiempo bajo seguimiento de diversos especialistas en psiquiatría y tomaba medicación específica para su patología depresiva, con un diagnóstico de “trastorno depresivo recurrente y trastorno de la personalidad mixto”.

- La ya referida sentencia 72/2016, citada por Allianz, también apreció la existencia de dolo porque el asegurado ocultó a sabiendas sus antecedentes por depresión y sus correspondientes tratamientos, relacionados con las preguntas formuladas en los cuestionarios y que debía percibir como objetivamente influyentes para valorar el riesgo. En concreto, se valoró que el asegurado “venía padeciendo una patología de depresión que condujo a la enfermedad (trastorno bipolar) causante de su invalidez, tratándose de antecedentes depresivos que, lejos de manifestarse de forma esporádica, como episodios aislados, dieron lugar a numerosas crisis que merecieron sucesivas actuaciones de los servicios de atención primaria y que precisaron tratamiento con medicación”, de modo que, aunque no se le preguntó sobre una patología en concreto, “teniendo antecedentes de enfermedad psíquica (depresión) que venían mereciendo atención y tratamiento continuado desde al menos doce años antes de su adhesión, nada justificaba que respondiera negativamente a la pregunta de si había tenido o tenía alguna limitación psíquica o enfermedad crónica, y menos aún que también negara haber padecido en los cinco años anteriores alguna enfermedad que precisara tratamiento médico”.

- Por el contrario, a diferencia de las dos anteriores, la sentencia 333/2020, de 22 de junio, descartó que el asegurado hubiera incurrido en dolo o culpa grave, razonando, en lo que interesa, que “las preguntas que se formularon al asegurado para conocer su estado de salud fueron excesivamente genéricas, estereotipadas [...], y ninguna de las preguntas sobre patologías concretas tenía que ver con los síntomas por los que había acudido a consulta médica apenas dos meses antes de suscribir la póliza”, que el hecho de que no se le preguntara por su sintomatología mental solo era imputable a la aseguradora y, en fin, que la falta de un diagnóstico concreto a la fecha de celebración del contrato, sumada a que tampoco constaba que siguiera tratamiento o estuviera bajo seguimiento facultativo con anterioridad, permitía concluir que “el asegurado no pudo representarse unos síntomas tan inespecíficos, ligados a un episodio concreto de ansiedad y depresión en un contexto de problemas laborales y familiares graves, como antecedentes médicos o problemas de salud que pudieran tener alguna influencia en el riesgo que pretendía asegurar”.

QUINTO.- La aplicación de esta jurisprudencia determina que el recurso deba ser estimado por las siguientes razones:

1.^a) Es un hecho probado que el cuestionario fue cumplimentado por el agente con las respuestas que facilitó la esposa del asegurado o, lo que es lo mismo, que no fue el asegurado quien contestó a las preguntas del agente, ya que no estuvo presente cuando se cumplimentó el cuestionario ni el agente llegó a hablar con él. Tampoco se discute que la compañía aceptó sin reparo que el cuestionario se cumplimentara en estas circunstancias, esto es, con las respuestas sobre su salud dadas por persona distinta del asegurado, pues el agente necesariamente tuvo que advertir que la declarante no era la persona asegurada.

Estas circunstancias permiten aplicar el criterio de la sentencia 681/2023 que, a diferencia del seguido por la 273/2018, concluyó que la compañía debe soportar las consecuencias de haber convertido su deber de presentar al asegurado/tomador un verdadero cuestionario en un mero formalismo, sin que para ello sea óbice que el asegurado pudiera examinar la documentación contractual a posteriori en su domicilio antes de firmarla.

2.^a) A lo anterior se une la falta de idoneidad del cuestionario, pues la única pregunta susceptible de poder asociarse al episodio depresivo de 2003 no puede considerarse objetivamente conducente a que el asegurado pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se refería la compañía. En primer lugar, por el modo en que dicha pregunta se incorporó al documento (con un tamaño de letra minúsculo, que casi imposibilitaba su lectura y advertir que se le estaba preguntando por una patología depresiva); y en segundo lugar, por la ambigüedad de su formulación, al aludirse a las “depresiones” dentro de las afecciones del sistema nervioso cuando comúnmente, sin conocimientos médicos, son entendidas como un tipo de patología, trastorno o enfermedad que fundamentalmente afecta a la salud mental y que nada o poco tiene que ver con las restantes patologías -neuralgias, vértigo, epilepsia- también mencionadas en el enunciado de la misma pregunta.

De ahí que, a diferencia de los casos de las citadas sentencias 67/2014 y 72/2016, y como en el de la sentencia 333/2020, no sea posible suplir las consecuencias que derivan de la generalidad del cuestionario acudiendo a la existencia de elementos significativos que el asegurado tuviera necesariamente que representarse como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar el riesgo, pues (como en el caso de la sentencia 333/2020) la

sentencia aquí recurrida no declara la preexistencia de un diagnóstico de depresión con el correspondiente seguimiento médico de especialista y tratamiento farmacológico continuado, sino que únicamente alude a un episodio puntual sufrido varios años antes de que se suscribiera el seguro y a la toma de medicación durante un periodo de tres a cuatro semanas, insuficiente para que el asegurado debiera representarse el episodio de 2003 como una patología depresiva con suficiente relevancia para que la aseguradora valorase adecuadamente el riesgo.

SEXTO.- En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, casar la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, resolver el recurso de apelación de la parte demandante.

En cuanto a las pretensiones formuladas contra Allianz, procede estimarlas porque se corresponden con el seguro contratado y porque, pese a lo alegado en su contestación a la demanda y en su oposición al recurso de apelación, la legitimación de la demandante es indiscutible por su condición de beneficiaria después del banco y por el interés legítimo que le reconoce la jurisprudencia de esta sala (sentencias 669/2014, de 2 de diciembre, 222/2017, de 5 de abril, y 37/2019, de 21 de enero, entre otras).

La estimación debe extenderse también a los intereses del art. 20 LCS porque, conforme a lo ya razonado acerca de la cumplimentación del cuestionario y del contenido de este, el rechazo del siniestro no estuvo justificado; y la base de cálculo incluirá también los gastos de sepelio pese a la omisión de la demanda en este punto (regla 4.^a de dicho artículo).

En cambio, no procede estimar las pretensiones de la demandante contra el banco: en primer lugar, porque apreciada explícitamente por la sentencia recurrida la falta de legitimación pasiva del banco, el recurso de casación no dedica ninguno de sus cuatro motivos a este particular y en las peticiones del mismo recurso ni siquiera se menciona al banco; en segundo lugar, porque al banco no le era exigible dejar de cobrar las cuotas del préstamo hipotecario en tanto la efectividad del seguro estuviera en cuestión por el rechazo de la aseguradora; y en tercer lugar, porque las razones de este rechazo -el dolo o culpa grave del asegurado en relación con el cuestionario- eran por completo ajenas al banco.

Cuestión distinta es que, aplicada la suma asegurada y sus intereses al saldo del préstamo

hipotecario pendiente de amortizar a la fecha del fallecimiento del asegurado, se produzcan unas consecuencias inherentes a los derechos y obligaciones de prestamista y prestataria que quedan al margen del presente litigio por la forma en que se planteó la demanda.

SÉPTIMO.- Conforme al art. 398.2 LEC, no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, dada su estimación, ni las de la segunda instancia causadas a Allianz, dado que el recurso de apelación de la demandante tenía que haber sido estimado respecto de dicha entidad.

Y conforme al art. 394.1 y 2 LEC procede imponer a Allianz las costas de la primera instancia causadas por dicha entidad a la demandante, dado que la demanda se estima íntegramente frente a dicha aseguradora, e imponer a la demandante las costas de la primera instancia causadas al banco codemandado, ya que la demanda ha sido desestimada respecto de este.

OCTAVO.- Conforme a la d. adicional 15.ª 8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir en casación.

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 D.ª Camila contra la sentencia dictada el 27 de marzo de 2019 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra en el recurso de apelación n.º 334/2018.

2.º- Casar en parte la sentencia recurrida para, en su lugar y estimando en parte el recurso de apelación interpuesto en su día por la demandante:

A) Estimar íntegramente la demanda respecto de la demandada Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.

B) Condenar a esta aseguradora demandada, en primer lugar, a que pague a la entidad Banco Pastor S.A. (hoy Banco Santander S.A.) la cantidad de 90.000 euros más los intereses del art. 20 LCS desde el fallecimiento de D. Víctor (interés legal del dinero incrementado en el 50% durante los dos primeros años siguientes al siniestro y el 20% anual en lo sucesivo si aquel no resultara superior) para que, una vez imputada esta indemnización al saldo pendiente de amortizar a 26 de junio de 2015 del préstamo hipotecario suscrito por el Sr. Víctor y la demandante D.ª Camila, se entregue el sobrante a esta misma demandante; y en segundo lugar a pagar a la demandante la cantidad de 2.250 euros por gastos de sepelio del asegurado más los referidos intereses del art. 20 LCS.

3.º- Confirmar la sentencia recurrida en cuanto desestima el recurso de apelación de la demandante contra la desestimación de la demanda respecto de la entidad codemandada Banco Pastor S.A. (hoy Banco Santander S.A.).

4.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las de la segunda instancia causadas a la aseguradora demandada, imponer a la demandante-apelante las costas de la segunda instancia causadas al banco codemandado, imponer a la misma demandante las costas de la primera instancia causadas al referido banco e imponer a la aseguradora codemandada las costas de la primera instancia causadas por ella a la demandante.

5.º- Y devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

Librese 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 **Jose Manuel Villar Calabuig**
Abogado

EL CUESTIONARIO DE SALUD EN LOS SEGUROS DE VIDA Y LA DOCTRINA REITERADA DEL ALTO TRIBUNAL DE COMO DEBE PLANTEARSE

PREVIO: Sentencia de la Sala 1ª, ponente su presidente D Francisco Marín Castán, de obligada lectura para todos los operadores jurídicos del sector jurídico y asegurador. Excepcional y brillante el desarrollo de los Fundamentos Jurídicos, además de su estructura y reato, donde se explica claramente la doctrina jurisprudencial del Tribunal sobre los cuestionarios de salud, con mención de las sentencias que lo motivan (Fundamento Cuarto), así como su aplicación al caso concreto con su justificación (Fundamento Quinto). Incluye, para mayor ilustración, la imagen de los dos documentos de la aseguradora que utilizó como cuestionario.

La compañía debe soportar las consecuencias de haber convertido su deber de presentar al asegurado/tomador un verdadero cuestionario en un mero formalismo.

Sigue sorprendiendo que, con lo claro que lo desarrolla la sentencia, sigamos encontrándonos con cuestionarios de salud no adaptados a estos criterios o sigamos viendo sentencias de instancia que lo desoyen. Igual porque la muerte deviene del suicidio del asegurado y eso les costó asumirlo.

SUPUESTO DE HECHO: Seguro de vida vinculado a préstamo hipotecario, donde se somete al asegurado, a través de su esposa, a un cuestionario poco desarrollado para contestarlo debidamente, en el que se indica que el asegurado nunca ha tenido enfermedad de tiempo de curación de mas de 7 días ni depresiones. Fallece el asegurado por suicidio violento, nueve años después de contratar, descubriéndose que si había tenido un episodio depresivo tres años antes de contratar la póliza con un periodo de tratamiento de 3-4 semanas. La aseguradora, al estudiar la documentación, vincula lo ocurrido a aquel periodo y, como no había sido informada en el cuestionario, rehúsa el siniestro por ocultación dolosa del asegurado (Art. 10 LCS).

La esposa presenta demanda contra la aseguradora (capital asegurado, gastos de sepelio e intereses) y contra el banco (por el 50% de las cuotas cobradas hasta que fuera

COMENTARIO

resuelto). Se desestima la demanda en primera instancia, se confirma en Audiencia y se recurre al Tribunal Supremo por infracción de la jurisprudencia respecto de la forma correcta de contestar el cuestionario, respecto del momento temporal, contenido y cumplimiento del cuestionario; infracción del art. 10 de la LCS y de la Doctrina de la facultad exoneradora de la aseguradora.

CONTROVERSIA: El motivo por el que la aseguradora rehúsa se centra en que, el asegurado, no había informado de su antecedente médico en el cuestionario de salud que el agente trasladó al asegurado, por lo que considera que dicha ocultación fue dolosa pues está estrechamente ligada a la causa del posterior fallecimiento. La aseguradora entiende, queda claro que incorrectamente, que su cuestionario está bien diseñado y que quedaba claro en el mismo lo que se le solicitaba y debía informar de lo ocurrido.

La beneficiaria, esposa del asegurado, reclama que dicho cuestionario no cumple con los requisitos de necesarios pues se trataba de un modelo y que podía haber sometido al asegurado a un nuevo cuestionario en las renovaciones. Debemos destacar en este punto que fue, precisamente la esposa quien contestó al cuestionario ante el agente de seguros y se lo llevó a su domicilio para firma del asegurado. Dicho documento, también mecanografiado, se traslada luego a otro que se incorpora a la póliza. En dicho cuestionario consta que todas las respuestas fueron "NO".

Para el apartado del cuestionario que nos interesa, las dos preguntas que le afectarían son: la genérica de *¿Realiza o ha realizado algún tratamiento médico de mas de 7 días en los últimos cinco años?*, y una mas concreta *¿Padece o ha padecido enfermedades relacionadas con el sistema nervioso?*. Esta segunda pregunta tiene relación con los hechos ya que, en el cuestionario que el agente de seguros traslada a la esposa, la pregunta es un apartado para que se marque con X si ha padecido "enfermedades relacionadas con.." y una de ellas, en concreto el 2, es el Sistema nervioso. Muy relevante que, en pequeñito y debajo, la define como "*(Neuralgias, vértigo, epilepsia, depresiones, etc.)*".

SENTENCIAS DE INSTANCIA. Ambas sentencias dan la razón a la aseguradora y consideran que el asegurado había ocultado a la compañía antecedentes de salud relevantes de forma dolosa o, cuanto menos, culpa grave, siendo válido el cuestionario y el procedimiento seguido para su firma.

Con independencia de que se le de validez a un cuestionario muy básico, ambas sentencias se centran en el conocimiento de la relevancia del tratamiento y su efecto en la contratación. La Audiencia establece que no es un simple episodio de baja de moral o de ánimo o que conocía los antecedentes por depresión de su abuelo. Lo firmó, según la sentencia de primera instancia, con plena conciencia y conocimiento. Menos admisible, todavía, es la afirmación de la Audiencia de que el hecho de que el cuestionario tuviera una fecha posterior a la de emisión de la póliza es válido por ser algo frecuente en la comercialización de los seguros. No, el cuestionario es técnicamente si se asegura o no, y si se asegura que circunstancias no se cubren. El problema es que estos seguros de vida ligados a hipotecas se hacen por "obligación" y los cuestionarios son un mero trámite al primar que el banco recupere el préstamo.

SOLUCIÓN: El Tribunal Supremo da solución favorable a la reclamación de la esposa por entender que:

- 1.ª) La compañía debe soportar las consecuencias de haber convertido su deber de presentar al asegurado/tomador un verdadero cuestionario en un mero formalismo, sin que para ello sea óbice que el asegurado pudiera examinar la documentación contractual a posteriori en su domicilio antes de firmarla.

2.ª) Falta de idoneidad del cuestionario por el modo en que la pregunta se incorporó al documento (con un tamaño de letra minúsculo, que casi imposibilitaba su lectura y advertir que se le estaba preguntando por una patología depresiva) y por la ambigüedad de su formulación.

La generalidad del cuestionario no permite que el asegurado pueda conocer las consecuencias de la información que se le solicita, ni la trascendencia de cara al riesgo e *insuficiente para que el asegurado debiera representarse el episodio de 2003 como una patología depresiva con suficiente relevancia para que la aseguradora valorase adecuadamente el riesgo.*

En este espléndido ejercicio doctrinal que realiza el Tribunal, la sentencia establece los criterios de la validez de los cuestionarios y las sentencias donde se han ido estableciendo.

1. La cumplimentación del cuestionario de salud para la valoración del riesgo es un acto personalísimo del asegurado porque sus datos de salud son privados y gozan de la condición de datos de carácter personal especialmente protegidos, de modo que la inobservancia de este requisito excluye el dolo o la culpa grave del asegurado.

La cumplimentación del cuestionario de salud para la valoración del riesgo es un acto personalísimo del asegurado.

2. Lo determinante para la validez formal del cuestionario no es quien materialmente marque las respuestas en el documento formulario, bien el propio asegurado, bien el personal de la aseguradora o de la entidad mediadora, sino que no se haya prescindido de las respuestas dadas por el asegurado.

3. Se descarte la infracción del deber de declarar el riesgo cuando, por la forma en que se cumplimentó el cuestionario, pueda concluirse que el asegurado no fue directa y personalmente preguntado por esa información relevante.

4. Lo determinante de la liberación del pago de la prestación a cargo del asegurador no es la mera inexactitud en las respuestas del asegurado, sino el dolo o la culpa grave, es decir, "la inexactitud intencionada o debida a una culpa o negligencia de especial intensidad".

COMENTARIO

Una vez casada la sentencia, resuelve el recurso de apelación admitiendo la demanda contra la aseguradora con intereses del art. 20 de la LCS, absolviendo al banco por ser ajeno a la controversia.





perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes
Abogado

Si una de las funciones de la Justicia es restaurar el orden jurídico perturbado, que una sentencia lo haga no debiese ser noticia, pero la Sentencia N.º 143/2023 de 18 de octubre, de la Sala Primera del Tribunal Supremo (confirmando la de 05/06/2020 de la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona)- ponente Excmo. Sr Seoane Spiegelberg- con verbo certero, se pronuncia en modo digno de destacar , ante la ocupación de vivienda y el abuso de derecho en la justicia gratuita : La propietaria de unas viviendas inscritas a su nombre entabló una acción al amparo del Art 41 LH encaminada a la obtención de un pronunciamiento judicial de protección del derecho de propiedad que ostenta frente a los demandados que las ocupan sin que dispongan de título alguno que los legitime (los demandados reconocían “la ocupación por vías de hecho consecuencia de su necesidad de habitación”). Se incoó Juicio Verbal por el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Badalona,- se ignora la identidad de los ocupantes de dos pisos, contestan y prestan caución tres, y comparecen solo, diez-, la demandada fue parcialmente estimada y declarado el derecho real de propiedad del actor condenando a los demandados a desalojar las fincas; de ellos, diez recurrieron, la sentencia de 05/06/2020 de la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona lo confirmó, y esta fue recurrida ante el Tribunal Supremo -Sala I- que resuelve:

“la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que confirmó ...En su fundamentación jurídica destaca...:

los demandados ... sostienen que o bien la propietaria de las viviendas consintió su ocupación, o que les ampara una suerte de derecho a la ocupación pacífica de viviendas ajenas, toda vez que además las viviendas en cuestión

*están destinadas a personas sin recursos o en situación de “exclusión residencial”. Ni se ha consentido la ocupación de las viviendas, **ni existe este pretendido derecho a ocupar viviendas ajenas por la vía de los hechos**, sin que sea admisible que, con olvido de los procesos administrativos reglados para asignar estas viviendas a las personas que correspondan, pretendan los recurrentes tener **una falsa preferencia so-***

bre otras personas igual o más necesitados que ellos por el hecho de que, por la fuerza, se hayan arrogado el derecho a ocupar sin más las viviendas que les han parecido, Huelga explicar a qué situaciones conduciría entenderlo de otra manera. Procede en consecuencia igual desestimación de los recursos”

*“En efecto, **ocupar una vivienda, titularidad registral de***

la demandante, **por las vías de hecho, no conforma supuesto alguno del que quepa deducir la existencia de un contrato o una relación jurídica directa con la demandante para legitimar la detentación material sobre las viviendas** litigiosas por parte de los recurrentes. Ni es precisa la práctica de prueba cuando reconocen expresamente la unilateral posesión adquirida por la fuerza.

Las dificultades económicas no legitiman a las recurrentes a vulnerar la normativa de adjudicación de viviendas en detrimento de quienes son respetuosos con la legalidad, al tiempo que titulares de los mismos derechos, que incluso pueden encontrarse en situaciones económicas más precarias de vulnerabilidad o con necesidades más apremiantes de satisfacción que las recurrentes. En definitiva, **el Estado de Derecho no puede amparar comportamientos como los alegados** como motivos de oposición, que no guardan identidad alguna con los supuestos legalmente previstos para oponerse con éxito a la acción defensiva de la titularidad registral ejercitada por la entidad demandante.

En efecto, la estimación del motivo de oposición contemplado en el art. 444.2. 2.º LEC, requiere que el demandado sea un poseedor con título, bien se trate de un título de derecho real o de derecho personal, como puede ser, por ejemplo, un arrendamiento, una compraventa, una permuta, etc., que debe existir con respecto al titular registral actual o con titulares registrales anteriores. Obviamente, este supuesto no concurre cuando **los demandados reconocen ser meros detentadores materiales mediante la ocupación clandestina de los inmuebles** (art. 444 CC), hallándose en

una manifiesta situación de precario, al carecer de cualquier título que justifique su posesión.”

“...es necesario señalar que el tribunal provincial se limitó a revocar el beneficio de justicia gratuita con respecto al recurso de apelación. Es evidente que gozaba, para ello, de la correspondiente competencia funcional y correlativa habilitación legal derivada de lo normado en el art. 19.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (en adelante LAJG), según el cual:

“Si el órgano judicial que conociera de la pretensión ejercitada por el beneficiario de la asistencia jurídica gratuita apreciase abuso de derecho, temeridad, mala fe o fraude de ley en su ejercicio, en la resolución que ponga fin al proceso declarará la existencia del mismo, revocará el derecho de justicia gratuita y le condenará a abonar los gastos y costas procesales devengadas a su instancia, en los términos del apartado anterior. Dicha revocación se pondrá en conocimiento de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita correspondiente a fin de que por la Administración pública competente se obtenga el reembolso, en su caso por la vía de apremio, de cuantas prestaciones se hubiesen obtenido como consecuencia del reconocimiento de su derecho a litigar gratuitamente”.

“Por consiguiente, es manifiesto que el derecho a la asistencia jurídica gratuita no puede en forma alguna confundirse con el ejercicio constante e injustificado de acciones judiciales carentes de fundamento. Los ciudadanos no tienen derecho a plantear ante los Tribunales, sin límite algu-

no, litigios y causas simplemente porque crean tener derecho a los servicios gratuitos de profesionales del turno de oficio. Esta idea supone un evidente fraude y un abuso de derecho, que no puede en forma alguna permitirse, pues carece de toda razón legal y constitucional, y causa un grave perjuicio a todos los ciudadanos, que como contribuyentes deben sufragar los gastos del sistema de gratuidad. Asimismo, perjudica a los demás litigantes y a la propia Administración de justicia, que no debe dedicar sus limitados medios a la tramitación de procedimientos inútiles o innecesarios”

“...Pues bien, consideramos que, en este caso, la sentencia recurrida no incurre en la vulneración del art. 19.2 LAJG, toda vez que la pretensión de los recurrentes relativa a que son titulares de un derecho para defender la detentación material de viviendas litigiosas, ocupadas por las vías de hecho, en contra de la legalidad, carece de cualquier amparo jurídico y de ninguna manera conforma alguno de los motivos de oposición tasados del art. 444.2 de la LEC, lo que se razonó debidamente en la sentencia de primera instancia, que no hizo uso del precitado art. 19.2, pese a lo cual los demandados recurrieron en apelación en defensa de una pretensión carente de cualquier amparo legal, que constituye una utilización abusiva del derecho a la asistencia jurídica gratuita, sufragada con fondos públicos destinados a satisfacer auténticas y no artificiosas necesidades de defensa, así como perjudica a la parte demandante que presentó su demanda en el año 2017, a la propia Administración de justicia, que no debe dedicar sus limitados medios

a la tramitación de procedimientos manifiestamente carentes de consistencia, así como la posición de otros ciudadanos que, en situaciones similares de vulnerabilidad, han sido respetuosos con la legalidad.”

“Pues bien, en este caso, el ejercicio del derecho de asistencia jurídica gratuita se llevó

a cabo en contra de sus legítimos fines económicos y sociales, mediante la formulación de un recurso de apelación notoriamente infundado sobre una pretensión manifiestamente inviable que, además, ya había sido declarada de esta forma en primera instancia, en claro perjuicio de la parte demandante que vio demorado el reconocimiento de su

pretensión, de terceros que no acudieron a las vías de hecho, así como de las arcas públicas que emplean sus fondos para garantizar dicho beneficio, que no puede quedar condicionado a la voluntad de quienes fueron declarados acreedores al mismo para formular pretensiones carentes del más mínimo apoyo legal.”

Existe contradicción en resoluciones del Tribunal Supremo al determinar la competencia territorial en asuntos en los que el perjudicado ha cedido su crédito a la entidad que le ha prestado servicios sanitarios por los daños sufridos en accidente de tráfico y la cesionaria reclama frente a la aseguradora del vehículo responsable. Hallamos dos tesis:

(i) Una primera que considera aplicable el fuero especial del art. 52.1.9.º LEC, por considerar que la demandante ejercita una acción directa frente a la aseguradora del vehículo causante del daño, con fundamento en los arts.1902 CC y 76 LCS. Esta primera posición se sigue en autos de 24 de enero de 2023 (conflicto 362/2022); 19 de febrero de 2019 (conflicto 5/2019); y 14 de diciembre de 2018 (conflicto 217/2018).

(ii) La segunda postura entiende que la acción ejercitada es equiparable, a estos efectos, a la subrogatoria del art. 43 LCS, por lo que se aplica el fuero general del domicilio de la demandada. Esta es seguida en los autos de 29 de noviembre de 2022 (conflicto 224/2022); 4 de octubre de 2022 (conflictos 304/2022 y 252/2022); 20 de septiembre de 2022 (conflicto 215/2022); 17 de mayo de 2022 (conflicto 115/2022); 13 de abril de 2021 (conflicto 48/2021); y 29 de octubre de 2019 (conflicto 190/2019). Veamos el Auto de 10 de octubre de 2023, del pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo,- dictado en recurso nº 87/2023 - ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.:

“Esta sala considera los siguientes argumentos favorables a la tesis de la aplicación del fuero general, tanto de naturaleza procesal como sustantiva:

(i) De naturaleza procesal:

Los fueros imperativos del art. 52 LEC y/o previstos en las leyes especiales, constituyen una excepción a la norma general del art. 50 y 51 LEC.

El art. 52.1.9.º LEC dispone el fuero imperativo en los jui-

cios en que se pida indemnización de daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor, por lo que parece referida a la pretensión que ejercita el perjudicado, sin que sea extensible a otro tipo de supuestos en los que un tercero, por subrogación legal o cesión voluntaria, quien ejercita aquella.

El supuesto guarda analogía con el fuero previsto para la acción subrogatoria del art. 43 LCS.

(ii) De naturaleza sustantiva: En la cesión de crédito, el cedente queda fuera de la relación jurídica obligacional y nada puede reclamar a su antiguo deudor, ya que su derecho de crédito pasa al cesionario.

A la vista de lo expuesto, se decide unificar el criterio a favor de la tesis favorable al fuero general contenido en los art. 50 y 51 LEC.”

Se plantea conflicto negativo de competencia territorial entre un juzgado de Fuengirola y otro de Valencia, la representación procesal de M E SA presentó en el Decanato de los Juzgados de Fuengirola una demanda de juicio verbal contra Energía C SL (con domicilio social en Valencia) a través de la cual ejercitó acción de subrogación en los derechos y acciones del asegurado, por razón del siniestro producido por suministro eléctrico en el partido judicial de Fuengirola (donde la demandada tiene establecimiento abierto al público), y cuyos daños habían sido reparados por la entidad demandante, reclamando a la sociedad demandada. Se resuelve mediante el Auto de 14 de noviembre de 2023 -recurso nº 263/2023- de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. -ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg-.

“la acción ejercitada (artículo 43 de la LCS) no presenta especialidad alguna ni tiene encaje en el fuero territorial especial imperativo del artículo 52.1.9.º LEC, al constituir doctrina reiterada que este fuero, referente “al tribunal del lugar en que se causaron los daños”, se encuentra únicamente previsto para dirimir las acciones de responsabilidad civil contra el responsable del siniestro, en reclamación de los daños y perjuicios causados por el mismo, pero no es aplicable para las acciones de repetición, ya se trate de las fundadas en el artículo 11 LRCSCVM (autos de 22 de abril de 2014, conflicto n.º 16/2014, y 24 de octubre de 2016, conflicto n.º 1043/2016), de las fundadas en el actual artículo 10 LRCSCVM, anterior artículo 7 a) del texto precedente (autos de 24 de mayo de 2017, conflicto n.º 70/2017, 14 de ene-

ro de 2014, conflicto n.º 169/2013, y 29 de octubre de 2013, conflicto n.º 163/2013), o, como es el caso, de las fundadas en el artículo 43 LCS (por ejemplo, autos de 16 de noviembre de 2016, conflicto n.º 1005/2016, 4 de octubre de 2017, conflicto n.º 127/2017, 4 de octubre de 2017, conflicto 141/2017, 14 de febrero de 2018, conflicto 203/2017, y 14 de marzo de 2018, conflicto 20/2018).

En consecuencia, a falta de fuero especial, son aplicables las reglas generales de competencia territorial contenidas en los artículos 50 y 51 del mismo texto legal (que, en los juicios verbales, por no ser posible la sumisión, tienen la consideración de fuero imperativo), el último de los cuales dispone, referido al fuero general de las personas jurídicas, establece que “[...] salvo que la ley dis-

ponga otra cosa, las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio. También podrán ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad [...]”.

TERCERO.- *A la vista de lo expuesto, procede declarar que la competencia territorial para conocer el asunto le corresponde al Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Fuengirola en tanto que el siniestro tuvo lugar en Fuengirola, partido judicial en el que la demandada tiene establecimiento abierto al público y en el que la demandante optó por interponer la demanda.”*

Una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña en relación a la declaración de IRPF de un abogado de una reputada firma y su deducción de gastos de vestuario (trajes, complementos asociados, zapatos, corbatas, gemelos, entre otros) como una necesidad formal de la profesión, exigida a su vez por la firma

“(ii.) gastos de vestuario: son parcialmente deducibles en atención a la consideración a su profesión de Abogado que requiere un mayor formalismo que en otras.

“Ahora bien, la única prueba posible de la afectación de tales gastos es la de indicios. En este caso, el formalismo de las prendas y la necesidad de su adquisición, por imposición de las normas y los usos, son las que pueden evidenciar el destino profesional de la vestimenta y la imposibilidad de aplicarla a la vida cotidiana en la que la ropa utilizada es menos formal y más cómoda.

Ciertamente la deducibilidad de los gastos está condicionada por el principio de su correlación con los ingresos, siendo deducibles aquellos que contribuyan de un modo u otro a la obtención de los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza salvo su expresa proscripción por Ley. A estos efectos, como también se ha dicho, los gastos que puedan considerarse tanto de la esfera particular del contribuyente como de su actividad económica, exigen un mayor rigor probatorio de tal suerte que sólo cabra su deducción cuando tal vinculación se acredite suficientemente correspondiendo la carga probatoria al contribuyente en virtud del artículo 105 de la Ley 58/2003 General, siendo admisibles cualquiera de los medios generalmente admitidos en derecho, y siendo competencia de los servicios de comprobación e inspección del impuesto la valoración de las pruebas aportadas.

En este caso, entiende este Tribunal como deducibles los 1.524,79 euros de la factura de sastrería Alexander 1922 SL, por la compra de un “vestit mida artesanal”, pero no de los 223,14 euros de adquisición de dos corbatas al tratarse de una factura simplificada que no identifica al interesado como destinatario, ni consta su pago en el extracto de la tarjeta de crédito aportado. No quedando justificado que el interesado haya soportado realmente el gasto cuya deducción pretende, no se entiende deducible este gasto.” Decide la Sentencia nº 2905/2023, de 27 de Julio, de la Sala de lo Contencioso, del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona, -Ponente la Ilma. Sr. Magistrada D^a María Abelleira Rodríguez,:

“QUINTO.- Decisión de la Sala. (I) Deducibilidad de gastos en la determinación del rendimiento neto de la actividad profesional del actor. Abogado de firma.

Gastos variados. (III)

“...procede entrar en los gastos de vestuario que no fueron admitidos por el TEARC, relativo a dos corbatas por valor total de 270 euros,.... al caer los argumentos que sustentaban la negativa y haberse admitido el traje,

*por parte del TEARC, no cabe duda que deben admitirse los gastos por **corbatas** por **constituir un complemento casi indispensable del formalismo que se le ha reconocido a la actividad profesional del Abogado actor.**”*

D. Víctor interpuso demanda, al considerar vulnerado su derecho fundamental al honor, como consecuencia de unos comentarios vertidos por los demandados en la página de Facebook del club deportivo C Costa Tegui, a raíz de haber acordado el demandante, que era el árbitro del encuentro, la suspensión de un partido de balonmano infantil de ese equipo, al no considerar seguro que alguno de los jugadores compitieran con gafas por no reputarlas aptas para la práctica deportiva. Se alega la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante; los hechos enjuiciados constituyen un ataque al derecho al honor del demandante, cuando tal intromisión queda excluida por razón del derecho constitucional a la libertad de expresión e información. Cada vez hay más conciencia individual y judicial del derecho al honor, y contribuye a ello la Sentencia nº 1724/2023, de 12 de diciembre, de la Sala 1^a del Tribunal Supremo- Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg-

“...la jurisprudencia ha resuelto que prima el derecho al honor cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y, por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo, F. 8; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; y 148/2001, de 15 de octubre, F. 4, así como SSTS 233/2013, de 25 marzo; 51/2020, 22 de enero).

los recurrentes no se limitaron a criticar la suspensión del partido de balonmano llevada a efecto por el demandante, en su condición de árbi-

tro, sino que se dedicaron a descalificarlo en su esfera personal y también profesional como policía local, de forma absolutamente desproporcionada, por el significado objetivo de las frases proferidas y por la ausencia de vinculación con respecto a su actuación arbitral, en la que tampoco, además, tiene que soportar comentarios notoriamente vejatorios.

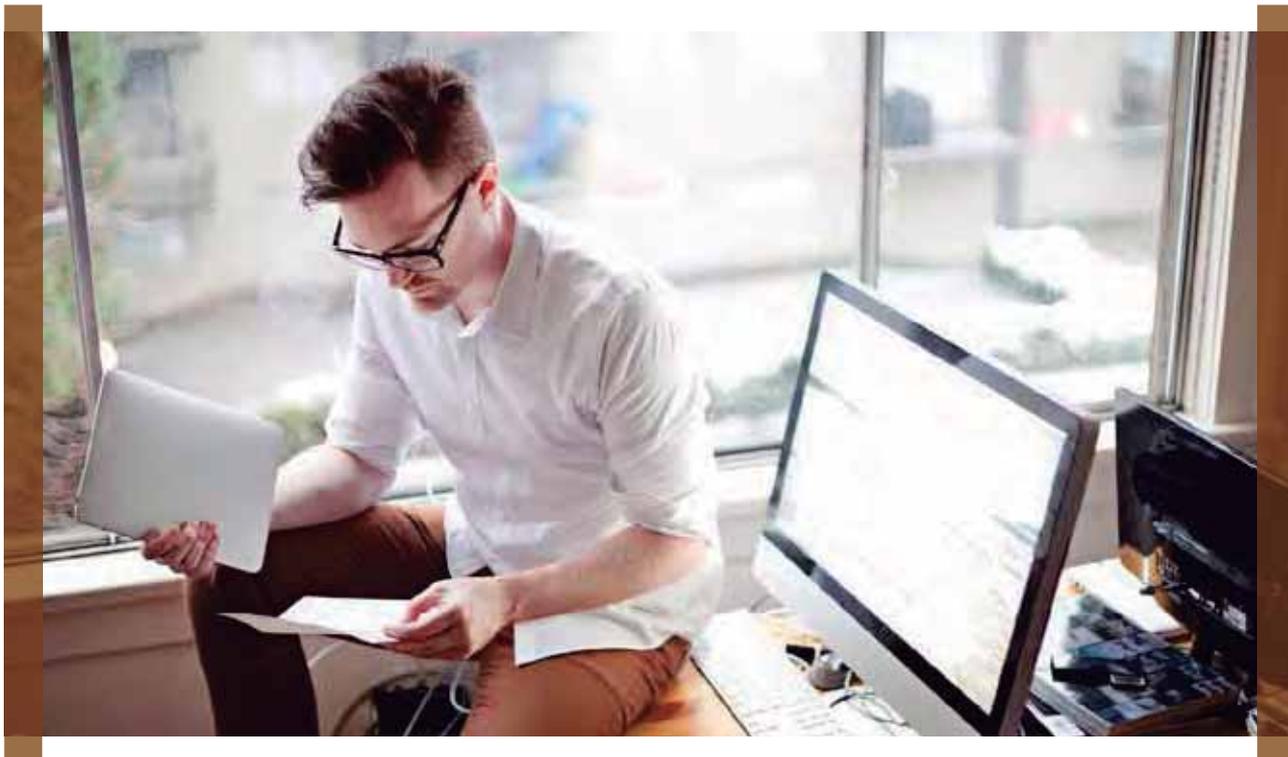
Los demandados han sobrepasado con creces los límites de la libertad de expresión, sin que se produzca colisión alguna con respecto a la libertad de información.

Los comentarios de Sabino relativos al demandante tales como “persona llena de frustraciones, y con uniforme es un peligro para los ciudadanos”, soberbio, falta de empatía, “tuvo una infancia muy jodida y después de adulto le sale todo ese odio que lleva dentro, me da pena el infeliz”, “yo creo

que es eso... siempre le ha faltado amor, que alguien lo quiera y los 21 cm le vendrían de maravilla”. “La verdad es que es un pobre desgraciado con uniforme, que el único argumento que tiene es “aquí mando yo” y no hay más, pero bueno va sumando amigos con su soberbia y prepotencia en la vida todo se paga”.

O las empleadas por S : “el pobre es un enfermito, pocas luces, deberíamos hacer campaña para reunir dinero y pagarle un médico al subnormal este”, “a ese lo que le hace falta es amor...unos 21 cm”.

Estas expresiones sobrepasan los límites de la libertad de expresión para atentar frontalmente contra el honor del demandante y su dignidad como persona, por lo que, en el contexto indicado, los recursos interpuestos no deben ser estimados por todo el conjunto argumental expuesto”.



A propósito de la inquietante cuestión de la determinación de la fecha en la que debe entenderse efectuado un acto de comunicación procesal mediante el sistema Lexnet, citar el Auto de dictado en recurso nº 101/2023, de 4 de octubre por la Sala 1ª del Tribunal Supremo - ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán, -si bien frente a su tesis la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 48/2023, de 10 de mayo dictada en un recurso de amparo que toma como referencia, a los efectos de la determinación del inicio del cómputo del plazo, «la efectiva notificación», que entiende producida en el momento en que la representación del recurrente tuvo acceso a su contenido (y no a «la fecha en que se remitió el acto de comunicación de la resolución vía LexNET):

“Fundamentan los recurrentes el recurso de queja en que los recursos inadmitidos no fueron presentados extemporáneamente ya que se interpusieron antes de que terminara el plazo el 21 de marzo de 2023, día en que se presentó. De conformidad con lo expuesto, hay que partir de lo dispuesto en los artículos 133 y 151.2 LEC en la interpretación dada por la Sala (así, ATS 16 de mayo de 2023, recurso 1458/20 y las resoluciones en él citadas). Según esta doctrina, la fecha que ha de tomarse en consideración como dies a quo del cómputo del recurso es la fecha/hora de envío que consta en el resguardo de lexnet. A partir de aquí, habrá que distinguir si la notificación se ha verifi-

cado antes o después de las 15 horas, puesto que, si es después, la notificación se entiende hecha al segundo día hábil. En nuestro caso debe entenderse hecha el día 17 de febrero, por lo que, como sostiene el recurrente, el plazo de interposición del recurso comenzó el día 20 de ese mismo mes. Excluidos los días inhábiles (incluido día 28 de febrero), y comprobado que el recurso se interpuso antes de las 15 horas del día 21 (artículo 135.5 LEC), se concluye que el recurso se interpuso dentro del plazo legal y, por lo tanto, debe ser admitido.”

“¿Es aceptable una doble penalidad -persona física y persona jurídica- cuando la persona física responsable penal es el único titular de la sociedad? Esa es la situación que aquí afrontamos según apunta y remarca el hecho probado: la recurrente es una sociedad unipersonal que corresponde al cien por cien a la persona física condenada. El non bis in idem parece repudiar la doble condena. El régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas exige una mínima alteridad de la persona jurídica respecto de la persona física penalmente responsable. Cuando el condenado penalmente como persona física es titular exclusivo de la sociedad, no resulta factible imponer dos penalidades sin erosionar, no ya solo el principio del non bis in idem, sino la misma racionalidad de las cosas.” La Sentencia nº 747/2022, de 27 de julio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, -Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García - lo desarrolla :

“El sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas encierra inevitablemente ciertas dosis de ficción .Las penas impuestas a la persona jurídica no las sufren materialmente los entes morales, incapaces de padecer. Acaban inexorablemente recayendo en personas físicas (pocas o muchas, y más o menos diluidas). Cuando la persona jurídica se identifica con una persona física, es ésta la que sufre íntegramente la sanción. Si es penalmente responsable de la conducta por la que ha de responder la persona jurídica se le estará imponiendo una doble sanción por una única conducta: el delito cometido por él que arrastra, además, a la condena de la persona jurídica de su exclusiva titularidad.

Esa dualidad no es coherente con la filosofía que inspira el régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas en perspectiva asumida por la jurisprudencia dominante. Se dice que la sanción a la persona jurídica se funda en la ausencia de un sistema interno de prevención eficaz. Eso ha permitido hablar a la jurisprudencia de un delito corporativo y establecer un fundamento diferenciado de la sanción, así como hablar de autorresponsabilidad.

Pues bien, resulta absurdo imponer a la persona física titular única de la mercantil dos penas: una por la comisión del delito: y otra ipor no haber establecido mecanismos de prevención de sus propios delitos! Opera el principio de consunción: al castigar al responsable penal del delito se está contemplando y sancionando también su desidia e indiferencia (!!) por no prevenir sus propios delitos; su, digamos en la nomenclatura extendida, falta de cultura de respeto a las normas”

“La exclusión en esos casos del castigo independiente a la persona jurídica, amén de ser lo dogmáticamente correcto, arrastra benéficas repercusiones en el ámbito procesal. Otra solución complica absurdamente la tramitación: un doble sujeto pasivo procesal completamente artificial. Si además introducimos el ingrediente de la necesidad de evitar el conflicto de intereses (al que alude alguna jurisprudencia), llegaríamos al absurdo de tener que poner a la persona jurídica bajo la tutela de alguien que pueda defenderla frente a su único titular! y que pueda diseñar una estrategia defensiva propia (¿?).”

Resulta más coherente y acorde con los principios que inspiran el derecho penal, -un derecho realista, poco amigo de las meras apariencias que trata de guiarse por la realidad material- levantar el velo para evidenciar que no hubo dos responsables (la persona física y la persona jurídica) sino un único autor que se valió de un instrumento que no es nadie diferente a él mismo.

Por tanto debemos excluir la condena de la persona jurídica.”

Tras una sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial por delito contra la ordenación del territorio, el Tribunal Superior de Justicia, al estimar el recurso de apelación contra decidió condenar a O.S.L. por la realización de unas obras en una parcela desbordando ampliamente la licencia concedida pero excluyó de la condena a su representante legal, también acusado, pese a que había ido tomando las decisiones en nombre de la empresa argumentando “Como la actuación de la persona física tuvo lugar en nombre de la mercantil y para su interés se conside-

ra exclusivamente autor a la entidad”.

Lo enmienda la Sentencia nº 321/2023, de 09 de mayo de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, lo desarrolla:

“Una cosa es que sea posible condenar a la persona jurídica sin condena de las personas físicas responsables por no haberse esclarecido su identidad o por resultar exonerados por otras razones (aunque debe quedar siempre demostrado que la conducta típica la realizaron directivos o empleados de la entidad); y otra, muy distinta es que interpretemos contra legem el sistema como alternativo o disyuntivo: se condena bien a la persona física, bien a la persona jurídica. Por eso la objeción del recurrido no es atendible.

El acusado tomó las decisiones y promovió las construcciones. Las acciones típicas le son atribuibles. En su caso le sería de aplicación el art. 31 CP. Pero la condena a la persona jurídica no le exonera, como bien expone el Fiscal y como se deriva de forma cristalina de nuestra regulación penal.

Solo si cupiera identificar a la persona jurídica con el responsable penal cabría renunciar a una de las condenas-la de la persona jurídica- para no lesionar la prohibición de bis in idem. Pero el examen de la causa y reproducción del plenario permiten entrever que no era una sociedad unipersonal sino familiar, lo que habrá de tenerse

en cuenta, en todo caso, a los efectos del art. 31 ter.1 CP.”

Lograr certeza en materia de intereses y su días a quo nos es particularmente sensible, por ello se agradece la Sentencia nº 832/2023, de 14 de noviembre, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, -Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García -. Se ataca un auto dictado en ejecución (AAP, Granada, Sección 1ª, 11-01-2021 (proc.25/2019)), que, queriendo dar cumplimiento a lo acordado en la sentencia nº 754/2018, de 12 de marzo de 2019 (de la propia Sala), recaída con ocasión de la estimación del recurso de casación, acordaba arrancar el cálculo de los intereses moratorios en la fecha de personación de la acusación particular, y había establecido como días a quo la fecha de interposición de la querrela. Al no haberse incoado el procedimiento mediante querrela, la Audiencia ha entendido que había de estarse al momento de personación de la acusación particular. La defensa, ahora recurrente, sostiene que esos intereses solo deben correr desde la presentación del escrito de acusación.:

“...en lo que hace referencia a la pretensión subsidiaria de que los intereses legales se fijen desde la fecha de la denuncia y no desde la fecha de la perpetración de los hechos, asiste razón al recurrente en

cuanto a la indebida aplicación de los artículos 109, 110.3 y 113 del Código Penal, así como por la indebida inaplicación de los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil.

Este tema ha sido ya resuelto por la jurisprudencia de esta Sala casacional (SSTS 758/2016; 618/16, de 8 de julio; 605/2009, de 12 de mayo; 1130/2004, de 14 de octubre o 298/2003, de 14 de marzo, entre otras).

Las referidas resoluciones establecen que sobre esta cuestión se ha de partir de las siguientes premisas:

a) La acción civil “ex delicto” no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (art. 110 y 111 de la L.E.Crim. y 109-2.º del Código Penal).

b) Las obligaciones civiles “ex delicto” no nacen propiamente del delito (aunque es necesario la declaración de su existencia), sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios.

c) Constituye doctrina general de esta Sala, reconducir el régimen de la responsabilidad civil dimanante de delito al campo del derecho civil, a sus principios y normativa específica, siempre que no exista un especial precepto de naturaleza penal que limite o modifique su régimen (art. 1092 del Código Civil).

d) Los daños y perjuicios, cuando de reclamación dineraria se trata, se contraen a los intereses contractual es que procedan.

En este caso la restitución del principal en concepto de “damnum emergens” deberá completarse, en concepto de daños y perjuicios, con el “lucrum censans” o privación del disfrute del numerario indebidamente apropiado. Tal finalidad se alcanza a través de los intereses moratorios.

e) En toda reclamación judicial civil de una cantidad que proviene, ora de una fuente legal, ora de un contrato, ora de un cuasicontrato, ora de un delito (caso de reclamación separada: art. 109-2 C.P.) o de actos y omisiones en los que inter venga cualquier género de culpa o negligencia, los daños y perjuicios se rigen por lo dispuesto en los arts. 1100, 1101 y 1108 del Código Civil, esto es, el devengo de intereses se produce cuando el deudor incurre en mora. Quedarían a salvo los intereses moratorios imperativamente impuestos por la Ley (v.g. accidentes viarios: Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado).

f) La Sala 1.ª del Tribunal Supremo, hace unos años que ha dado un giro jurisprudencial (consolidado desde 1997), a la hora de interpretar el brocardo “in illiquidis non fit mora”, entendiendo que tal principio no debe regir, cuando de un modo u otro esté determinada la cantidad reclamada o pueda determinarse, aunque sea con aproximación. Basta que se trate de un daño preexistente, susceptible de delimitación (Vide S.T.S. Sala 1.ª n.º 88 13-octubre-1997; n.º 1117 de 3-diciembre-2001; n.º 1170 de 14-diciembre-2001; n.º 891 de 24-septiembre-2002; n.º 1006 de 25-octubre-2002; n.º 1080

de 4-noviembre-2002; n.º 1223 de 19-diciembre-2002; etc.).

g) No deben confundirse en ningún caso los intereses moratorios propiamente dichos (daños y perjuicios) que contempla el art. 1108 del Código Civil, y los recogidos en el art. 921 de la L.E.Civil (hoy art. 576 L.E.C. de 7 de enero de 2000) o intereses de la mora procesal (véase STS Sala 1.ª n.º 908 de 19-octubre-1995).

Sobre este último punto, las sentencias que contemplamos recuerdan las siguientes consideraciones:

Dentro del concepto “intereses legales” deben diferenciarse los “intereses procesales” a que se refiere el art. 576 L.E.C, de los llamados “intereses moratorios”, que se regulan en los arts. 1.108, 1.100 y 1.101 del Código Civil. Los primeros, considera la doctrina científica de manera pacífica, tienen su razón de ser en la pretensión del legislador de disuadir al condenado que pretenda con la interposición de recursos, incidentes en la ejecución de la sentencia u otras maniobras dilatorias, retrasar el pago de la cantidad líquida a la que le condena la sentencia. Es decir, estos “intereses procesales” son una suerte de mecanismo destinado a conseguir que el perjudicado quede pronta y totalmente satisfecho en su interés económico, sin que recaigan sobre él los costes de la dilación que supone la interposición y sustanciación de los recursos de apelación y eventualmente de casación. Las características más sobresalientes de estos intereses, es que: a) han sido configurados con esta doble finalidad: mantener el valor de aquello a lo que condena la sentencia, de un lado y, de otro, como intereses “punitivos” o “disuasorios” de la interposición de recursos te-

merarios; b) nacen ex lege; c) se generan sin necesidad de que la parte los haya pedido previamente; d) incluso sin necesidad de que a ellos condene de forma expresa la sentencia y sin necesidad de que la sentencia sea firme.

Los intereses procesales, cuando no se interponga recurso o cuando el interpuesto sea desestimado, se computan tomando como base la cantidad líquida fijada en la sentencia de primera instancia y el día en que se dictó, hasta la completa ejecución de la misma. El art. 576 L.E.C no deja margen a la duda: “ desde que fuese dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos ...”.

El apartado 3 de dicho precepto es, por su parte, sumamente explícito cuando establece que su aplicación se extiende a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que condenen al pago de cantidad líquida, con la sola excepción de las especialidades legales previstas para las Haciendas Públicas.

Ahora bien, otra cosa son los “ intereses moratorios”, cuando por ley o por pacto, el condenado a pagar la indemnización sea, además, deudor de intereses moratorios según lo que establecen los ya citados arts. 1.108,1.100 y 1.101 C. Civil.

Partiendo de que por disposición legal (art. 1.106 C.C) la indemnización por daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el

acreedor; y que en caso de dolo el deudor responde de todos los daños y perjuicios conocidos (art. 1.107), el art. 1.108 establece que cuando la obligación consista en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurra en mora, la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el pago de los intereses de demora, que tienen por finalidad no el conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial (STC n.º 114/1992), sino de indemnizar el lucro cesante (STC n.º 206/1993 de 22 de junio, y SSTs. de 15 de noviembre de 2.000, 9 de marzo de 1.999 y 18 de febrero de 1.998).

La distinción entre ambas clases de intereses se reitera en la jurisprudencia civil, diferenciando entre los intereses moratorios del art. 1.108 en relación con el 1.101 CC, de los intereses sancionadores, punitivos o procesales del art. 921 L.E.C. hoy 576 (SS.T.S. de 18 de marzo de 1.993, 5 de abril de 1.994, 15 de noviembre de 2.000, 23 de mayo de 2.001).

Así como los intereses legales “ procesales” a que se refiere el art. 576.1 L.E.C. se computan desde que se dicte la sentencia en primera instancia, por expresa disposición del precepto, los intereses moratorios regulados por los preceptos citados del Código Civil se computan desde el día en que el acreedor los reclame judicial o extrajudicialmente, según establece el art. 1.100 C.C. Y así como los intereses procesales del art. 576.1, como ya se ha dicho, nacen sin necesidad de petición previa del interesado, cuando se trata de intereses de demora deberá producirse una expresa reclamación al respecto. Así lo establecen las SSTs. (Sala 1.ª) de 30 de diciembre de 1.994, 8 de febrero de 2.000, 15 de noviembre de 2.000, 10 de abril de 2.001,

cuando declaran que los intereses moratorios de una cantidad líquida se devengan desde la interposición de la demanda a falta de reclamación anterior.

Y en el orden penal, esta Sala ha proclamado en las resoluciones que venimos contemplando, que la reclamación se entiende ejercida con la interposición de la querrela oportuna o, en todo caso, con la presentación del escrito de acusación por quien se personó en los autos con posterioridad a su inicio, o por parte del Ministerio Fiscal si el perjudicado no ejercita personalmente la acción resarcitoria pero, ni ha renunciado a ella, ni se ha reservado el derecho de ejercitarlas separadamente (art. 108 y 112 de la LECRIM).

Conforme a lo expuesto, habiéndose reclamado por la acusación particular el importe indemnizatorio acumuladamente a su ejercicio de la acción penal, sin que conste reclamación judicial o extrajudicial anterior, y teniendo petitionado expresamente el pago de los intereses moratorios correspondientes, procede resolver que la suma indemnizatoria se incremente en el interés legal del dinero previsto en el artículo 1.108 del C.C. durante el periodo que media entre la fecha de la interposición de la querrela y la fecha de la sentencia dictada en primera instancia, además del interés legal del dinero, incrementado en dos puntos, a partir de la fecha de dicha resolución (art. 576 LEC)” (Énfasis añadido).

Como se deduce inequívocamente de la argumentación desplegada por la Sala la alterativa no consistía en fecha de los hechos versus escrito de calificación; sino fecha de los hechos versus fecha de incoación del procedimiento. El entendimiento de la Audiencia

(fecha de la personación) guarda mayor fidelidad a lo acordado en la sentencia de casación, frente a la propuesta que formula novedosamente la defensa (fecha del escrito de acusación).

Parece evidente que está pensando en el momento de inicial actuación de la acusa-

ción que la Audiencia sitúa correctamente en la fecha de personación. Ya entonces patentiza la voluntad de ejercitar las acciones penales y civiles. Sería absurdo y poco lógico exigir una querrela a quien es parte perjudicada para lograr ese efecto civil, cuando las leyes procesales le conceden la facultad de personarse sin ne-

cesidad de querrela. Lo explica bien el Auto recurrido que proclama no albergar ninguna duda al interpretar que al hablarse de querrela (art.761.2 LECrim) se está pensando en el ejercicio de la acción penal. Los argumentos del Fiscal apuntalan el razonamiento sintético pero contundente de la Audiencia.”

Según la sentencia nº 454/2023, de 7 de junio , del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. No es sorteable la objeción referida a la extemporaneidad del recurso pese a la ingeniosa y hábil argumentación hecha valer por el Fiscal para que el recurso se tuviese por preparado cuando el anuncio se hizo varios meses después de la notificación. El auto fue notificado al Fiscal el 24 de octubre de 2022. El escrito de preparación se presentó el 18 de enero de 2023., en la instancia acudió a la dicción de los arts. 212 y 792.5 LECrim para entender que, en tanto la sentencia no fuese notificada a la víctima no personada, no empezaba a correr el plazo para la interposición del recurso. Si aceptamos eso, ese plazo incluso estaría, al parecer, todavía abierto, en tanto prosigan las diligencias de localización de la víctima iniciadas.

Si fuese correcta esa interpretación, cuya formulación en una primera aproximación puede resultar atractiva y sugerente, concluiríamos que en nuestros centros penitenciarios se encuentran muchos internos cumpliendo condenas que todavía no son firmes por no estar cerrado el plazo para interponer recurso (art. 141 LECrim). Eso hace ya saltar una alarma que invita a cuestionar la bondad de esa exégesis, a tenor de la cual ¿en tanto no se notifica a todas las víctimas, ofendidos o perjudicados, una sentencia carece de firmeza?.

Se trata de determinar:

a) Si los plazos para recurrir transcurren en paralelo para cada parte desde su notificación individual o hay que esperar a la última comunicación para que se inicie un plazo que, de esa forma, será común, sin que ninguna parte pueda obtener ventaja o perjuicio derivados de la disparidad cronológica en el acto de notificación.

b) Si, establecido que es la última notificación la que marca el dies a quo para todas las partes, precisar si se piensa también en las comunicaciones que la Ley obliga en determinados casos a efectuar a terceros que no son parte procesal (no solo víctimas y perjudicados; en ocasiones es notificación es obligada a otras instituciones o personas).

Lo primero no es discutible en el procedimiento ordinario por la clara dicción de la Ley. Ha sido objeto de debate en el procedimiento abreviado. No es momento de entrar en ello. Nunca en el Procedimiento Ordinario. Pero lo segundo sí que aparece como no asumible.:

“No tiene sentido y será tremendamente disfuncional que el plazo para recurrir quede abierto en tanto no se notifica la sentencia a todos los perjudicados, víctimas o interesa-

dos, aunque no estén personados. La disposición se entiende cuando está abierta la posibilidad de impugnación, es decir cuando penden notificaciones a partes legitimadas para recu-

rrir. Por eso puede tener sentido cuando no se le ha comunicado aún la resolución a quien no está personado pero goza de legitimación para recurrir y se establece la necesidad de

notificarle. Pero no puede admitirse en otros casos (vid ATS 3213/2023, de 22 de marzo).

Así ha tenido ocasión de proclamarlo esta Sala con ocasión de algunos recursos de queja, por cierto, siempre con el aval y refrendo del dictamen evacuado por el Ministerio Fiscal.

La lectura atenta de los arts. 211 y 212 LECrim alienta esa exégesis que ha de considerarse extensible a todas las situaciones similares (plazos para recurrir). El art. 211 habla de la notificación a los que sean parte en el juicio. Y el art. 212, al regular los plazos, se refiere a la última notificación hecha a los que expresa el artículo anterior, es decir a quienes sean parte en el juicio. No puede pensarse que el apartamiento, de puro estilo, de esa fórmula en el párrafo siguiente, suponga la voluntad de fijar un régimen distinto para la casación.

SEXO.- Traigamos a colación algunos Autos de esta Sala que han establecido esa doctrina.

“La queja del recurrente -se lee en el ATS 20786/2022, de 15 de diciembre- se refiere a que, a su juicio, debe computarse el plazo para recurrir desde la notificación de la sentencia a la víctima aun cuando esta no se halle personada en las actuaciones.

Conforme señala el Ministerio Fiscal, esta cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala en el auto núm. 20689/2022, de 10 de noviembre (recurso de queja núm. 20717/2022), en el que considerábamos plenamente ajustado a derecho el razonamiento de Tribunal sentenciador, en que, siguiendo doctrina de esta Sala, denegaba tener por preparado el recurso de casación, por haber transcurrido el plazo para su interposición, en concreto los cinco días que marcan artículos como el 212 o el 856 LECrim, desde la última notificación a las representaciones procesales de quienes se encuentren personados en autos. Al respecto, indicábamos que “No podemos compartir el argumento que se hace en el recurso, que, sin distinción de casos, viene a entender que, al no hacer mención los referidos artículos a los términos de tal notificación, el plazo se debería contar desde la que se hiciera a quien ni siquiera se encuentra personado en autos, lo que es ir más allá de las previsiones que, en relación con las notificaciones personales, ha contemplado el legislador, de manera que solo cuando exija una doble notificación habrá que estar a ello, por ello que, cuando el legislador ha entendido que la notificación de la sentencia ha de realizarse personalmente, así lo ha dicho, como en el caso de las sentencias definitivas (art. 160.1 LECrim.) y no otras, como pueden ser las firmes por mi-

nisterio de la ley. La regla general es, pues, la única notificación al representante legal y la excepción la doble,’ esto es, además deal profesional, al propio interesado. (...)”

También el ATS 20439/ 2022, de 15 de junio, aunque con algún matiz diferencial: “Es cierto, no obstante, que el legislador en sucesivas reformas ha establecido deberes de notificación a las afirmadas víctimas o a los perjudicados, aunque no se hayan mostrado parte en la causa, como garantía específica del derecho a la información -vid. artículos 789.4, 795.2, 973.2, todos ellos, LECrim-. Pero ello no supone -a salvo en el procedimiento por delitos leves en el que, como excepción a la regla general, sí cabe interponer recurso por quien no fue parte- que se modifique la condición subjetiva de la eficacia comunicativa de la notificación para que la resolución o actuación judicial notificada despliegue los efectos que le son propios y, en su caso, se computen los plazos de interposición de los recursos.

Insistimos, de esa ampliación de la actividad de notificación no puede hacerse depender los efectos procesales que se derivan de la comunicación procesal de la resolución o actuación jurisdiccional. En estos casos, los efectos nacen de la notificación efectuada en forma a la persona designada en la Ley como destinataria “única” o “preferente” del acto comunicativo”.





Puesta al día internacional

El Procedimiento Civil en Alemania

por Lutz Carlos Moratinos Meissner
Abogado

En ésta nueva entrega de nuestra distinguida revista intentaré transmitir las nociones básicas del procedimiento civil en Alemania para todos aquellos que por necesidad profesional o queriendo conocer de otros sistemas procesales, se vengan a bien leerlo.

1. INICIO DEL PROCEDIMIENTO

Al igual que en España, los procedimientos civiles en Alemania comienzan con la presentación de una demanda. Esto puede hacerse con un escrito o, en el caso de los procedimientos ante los Juzgados de Primera Instancia (*Amtsgericht*), oralmente en el registro de la secretaría del juzgado, mediante elevación a acta por el secretario del juzgado. En el caso de litigios patrimoniales de hasta 5.000 EUR, estos juzgados son competentes de conformidad con el artículo 23 de la GVG (*Gerichtsverfassungsgesetz* - Ley de Planta de los Juzgados y Tribunales), mientras que las Audiencias Provinciales (*Landgericht*) son competentes en primera instancia para demandas de más de 5.000 EUR de conformidad con el artículo 71 de la GVG. Los recursos contra las sentencias de los Juzgados de Primera Instancia se interponen ante la Audiencia Provincial, mientras que los recursos contra las sentencias de éstos en primera instancia se interponen ante los Tribunales Superiores de Justicia (*Oberlandesgericht*) de conformidad

con el artículo 119 de la GVG. Los recursos contra las sentencias de las Audiencias Provinciales y los Tribunales Superiores de Justicia pueden interponerse ante el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), en virtud del § 133 GVG.

El escrito de demanda debe nombrar a las partes y al juzgado competente de conformidad con el artículo 253 (2) de Ley Alemana de Enjuiciamiento Civil (*Zivilprozessordnung - ZPO*). Además, debe contener una exposición precisa de la demanda, así como el objeto y los fundamentos de la pretensión formulada. El demandante siempre debe cuantificar una reclamación monetaria. No obstante, si solicita una indemnización por daños morales, basta con indicar un orden de magnitud aproximado o mínimo como solicitud, en caso de no poder cuantificar la demanda en el momento de su presentación. Si el demandante carece de la información necesaria para formular una demanda suficientemente específica, puede también interponer una acción de información previa a su demanda efectiva, de conformidad con el artículo 254 de la (ZPO), a fin de poder cuantificar su demanda en una fase posterior.

La presentación misma de la demanda únicamente inicia el procedimiento. Para que la demanda sea notificada y surta efectos procesales y jurídico materiales, el demandante debe pagar primero las costas judiciales tras ser requerido para ello por el juzgado. Estas tasas se determinan en función de la cuantía del litigio en base a la Ley de Tasas Judiciales (*Gerichtskostengesetz*). En una demanda de 100.000,- euros las tasas judiciales ascienden a 3.387,- euros, si la demanda asciende por ejemplo a 1 millón de euros las tasas a ingresar ascenderán a 17.643,- euros. Deberá tenerse en cuenta que en algunos supuestos procesales como la consecución de un acuerdo transaccional rubricado por el juzgado la tasas por el procedimiento se verán reducidas a un tercio. Por otro lado en éste caso los abogados de las partes percibirán según la Ley de Honorarios Profesionales (*Rechtsanwaltsvergütungsgesetz*) una remuneración adicional por la consecución de un acuerdo que alcanza un 25-30% más en concepto de honorarios. Es decir, el abogado percibirá honorarios adicionales si consigue cerrar un acuerdo con la parte contraria, expresión de la voluntad del legislador de fomentar los acuerdos transaccionales y reducir la carga de los juzgados.

Cuando el escrito de demanda se notifica al demandado de conformidad con los artículos 166 a 190 del ZPO, el asunto en litigio especificado en el mismo queda pendiente. En términos procesales, esto significa que no puede interpo-

nerse ninguna otra acción con el mismo objeto en litigio de conformidad con el artículo 261 (3) nº 1 de la ZPO. La perpetuatio fori también comienza con la litispendencia. Desde un punto de vista sustantivo, la existencia de una acción pendiente de conformidad con el artículo 204 (1) núm. 1 del BGB suspende el plazo de prescripción de la acción. De conformidad con el artículo 167 de la ZPO, la suspensión comienza en cuanto se presenta la demanda, siempre que se notifique „poco después“ („*demnächst*“). Esto significa que si la parte demandante no ingresa en un plazo máximo de 2 semanas („poco después“) según la doctrina del Tribunal Supremo Federal las tasas judiciales para la notificación puede prescribir la acción, aún cuando se haya presentado la demanda antes de la fecha de prescripción. Por último, la litispendencia da lugar a que se produzca un aumento de la responsabilidad de la parte contraria, por ejemplo, de conformidad con el artículo 292, el artículo 818 (4), el artículo 987 y el artículo 989 del BGB.

2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Después de que el juzgado haya examinado los requisitos previos esenciales del procedimiento, como la capacidad para ser parte en el procedimiento y la capacidad para ejercitar la acción, y haya confirmado que se cumplen, decidirá discrecionalmente, de conformidad con el artículo 272 (2) del ZPO, si debe llevarse a cabo en primer lugar un procedimiento preliminar escrito (artículo 276 del ZPO) o si debe programarse una primera vista anticipada (artículo 275 del ZPO).

En las diligencias preliminares escritas, el juzgado solicita al demandado que indique su disposición a defenderse y a presentar un escrito de contestación. Los plazos suelen ser de 2 semanas para personarse y otras dos semanas para contestar a la demanda. No obstante a diferencia de la LEC, la ZPO prevé ampliaciones de plazo a petición de parte, por ejemplo cuando por parte demandada tenemos que recabar información con el cliente extranjero. La concesión de plazos adicionales también son muy habituales en caso de encontrarse el letrado de parte de vacaciones (especialmente si las mismas coinciden con las vacaciones escolares!) o tenga una baja por enfermedad, pudiendo alcanzar en la práctica entre 2 y 6 semanas adicionales a los plazos procesales inicialmente concedidos por el juzgado.

En la primera vista, que también puede ser la vista principal, se ve el litigio con las partes.

Ambos procedimientos sirven para acelerar el procedimiento aclarando los hechos del caso en una fase temprana. Además, el juzgado puede adoptar otras medidas para preparar el juicio. De conformidad con el artículo 273 (2) del ZPO, puede, por ejemplo, solicitar a las partes que complementen sus escritos y ordenar su comparecencia. En este sentido debe mencionarse para los compañeros en España que no existe limitación a las partes a un escrito de demanda y uno de contestación, sino que las partes podrán presentar escritos a alegaciones hasta una semana anterior a la primera vista o incluso en la misma vista. En éste último caso el juzgado puede considerar que las alegaciones se han interpuesto fuera de plazo si las mismas hacen necesaria prueba o puedan demorar el procedimiento. Otra diferencia importante es la inexistencia de grabación audiovisual de la vista o del juicio, que quedará reflejada en acta. Esta acta en muchos casos se efectuará mediante grabación oral por parte del mismo juez sin la asistencia de un secretario judicial o letrado de la administración de justicia. Para verificar su contenido el juez reproducirá la grabación para que los letrados de las partes confirmen la exactitud de la misma o en ese momento hagan las alegaciones pertinentes.

Según el artículo 278 (1) del ZPO, el órgano jurisdiccional debe esforzarse por alcanzar una solución amistosa del litigio o de los puntos concretos en litigio en cada fase del procedi-

miento. Con este fin, la vista oral es precedida de una audiencia de conciliación, de conformidad con el artículo 278, apartado 2, frase 1, del ZPO, que tendrá lugar en la misma vista. Dado que en esta vista el juzgado también puede hacer propuestas concretas de conciliación a las partes. Estas propuestas se basan generalmente en la opinión jurídica preliminar del juzgado comunicada a las partes al comienzo de la vista y, en la práctica, dan lugar a que más del 50% de los procedimientos terminen prematuramente por acuerdo transaccional entre las partes, que el juzgado elevará a público en el acta de la vista. En este contexto, las estadísticas procesales para 2022 muestran lo siguiente: los procedimientos civiles de primera instancia ante los Juzgados de Primera Instancia concluyen con una sentencia en una media de aprox. nueve meses. En las Audiencias Provinciales la espera media para una sentencia es de 14,4 meses.

3. JUICIO

En primer lugar habrá que recalcar que el procedimiento civil en Alemania no establece la necesidad de vista previa a la que seguirá en fecha posterior el juicio. De conformidad con el artículo 128 (1) de la ZPO, las partes dirimen el litigio oralmente ante el juzgado. La vista oral es un elemento esencial del proceso que sirve para discutir exhaustivamente el caso. Según el principio de publicidad establecido en el artículo



169, frase 1, de la GVG, la vista oral es, en principio, de libre acceso para el público en general. Su contenido constituye la base de la decisión del juzgado. La gran importancia de la vista oral para el procedimiento refleja el principio de oralidad que se aplica en los procedimientos civiles. No obstante, las partes pueden renunciar a la vista oral de conformidad con el artículo 128 (2) del ZPO. En los procedimientos ante los Juzgados de Primera Instancia en los que el valor en litigio no supere los 600 euros, el juez también puede renunciar a una vista oral de conformidad con el § 495a ZPO, a menos que las partes insistan en ello. También existe la posibilidad de solicitar al Juzgado poder ausentarse de la vista y participar en la misma por medios telemáticos (videoconferencia) según el § 128 a ZPO.

Al comienzo del juicio, las partes presentan sus respectivas peticiones de conformidad con el artículo 137 (1) del ZPO. Éstas son vinculantes para el juzgado de conformidad con el principio de máxima dispositiva (*Dispositionsmaxime*), lo que significa que no puede ir más allá de la solicitud en su decisión (ne ultra petita). Según el artículo 282 de la ZPO, las partes deben contribuir a acelerar el curso del procedimiento por iniciativa propia. Se trata de una manifestación del principio de concentración (*Konzentrationsmaxime*), según el cual deben evitarse los procedimientos excesivamente largos. Para promover este objetivo, las partes deben, en particular, introducir los medios de ataque y de defensa en el procedimiento lo más rápidamente posible. Si una parte retrasa la presentación de material procesal sin excusa, dejará de ser oída en juicio de conformidad con el artículo 296 del ZPO. Las alegaciones de las partes que no se presenten hasta después de la vista oral tampoco se tendrán en cuenta, por regla general, en la resolución del juzgado de conformidad con el artículo 296a ZPO. Es por ello norma general que las partes no se limiten a presentar el escrito de demanda y contestación, sino escritos de réplica, dúplica y cuantos estimen necesarios para la defensa de la causa, sin existir limitación legal.

Si un hecho relevante para la decisión es objeto de controversia entre las partes, el juzgado practicará pruebas al respecto, sí es necesario para emplazar a testigos o recabar una pericial el juzgado procederá mediante auto y emplazará a las partes y a los testigos a una segunda vista. De conformidad con el artículo 279, apartado 2, del ZPO, la práctica de la prueba debe tener lugar inmediatamente después de la vista oral. De conformidad con el artículo 355, apartado 1, frase 1 del ZPO, las pruebas se practican directamente ante el juzgado, por lo que

se aplica el principio de la inmediación. Una vez concluida la práctica de la prueba, se reanuda la vista oral para seguir conociendo del litigio, en particular a la vista de las conclusiones obtenidas en la práctica de la prueba. Una vez debatido el asunto en su totalidad, se da por concluida la vista de conformidad con el artículo 136, apartado 4, del ZPO. A diferencia de la LEC la aplicación del derecho extranjero no es una cuestión de prueba, sino que deberá ser conocido por el juzgado de oficio, artículo 293 de la ZPO. En la más reciente sentencia del Tribunal Supremo Federal del 18.03.2020 (IV ZR 62/19), el Tribunal reafirma la obligación del juez a conocer del derecho extranjero aplicable mediante los medios que éste estime oportunos.

4. RECONOCIMIENTO, DESISTIMIENTO Y ACUERDO TRANSACCIONAL

En el caso de un reconocimiento, el demandado declara en la demanda que existe la pretensión afirmada por el demandante. En consecuencia, el juzgado falla a favor del demandado sin más examen de la situación jurídica sustantiva de conformidad con el artículo 307, frase 1, del ZPO de acuerdo con la demanda. Si el demandado solamente reconoce parte de la cantidad reclamada, se dicta una sentencia de reconocimiento parcial.

Por lo que respecta a las consecuencias en materia de costas, debe observarse el artículo 93 ZPO: En principio, el perdedor asume las costas procesales de conformidad con el artículo 91 del ZPO. Sin embargo, si el demandado no ha ofrecido causa alguna y reconoce inmediatamente la pretensión del demandante en la demanda, parecería injusto imponerle las costas procesales, ya que el demandante ha iniciado un procedimiento judicial sin causa. Por lo tanto, el artículo 93 del ZPO obliga al demandante a soportar las costas procesales sobre la base del principio de causalidad.

El demandante puede desistir unilateralmente de su demanda y dar así por concluido el procedimiento hasta que el demandado comparezca en la vista. De conformidad con el artículo 269 (3) frase 1 del ZPO, esto significa que se entenderá que la reclamación nunca se ha interpuesto. Por lo tanto, a diferencia de la renuncia a la acción, una acción posterior no prescribe por cosa juzgada. Tras el inicio de la vista oral, el desistimiento de la acción de conformidad con el artículo 269 (1) ZPO requiere generalmente el consentimiento del demandado. Esto es necesario ya que el demandado tiene interés en que



se dicte una resolución desestimatoria sobre el fondo, ya que de este modo se priva al demandante de la oportunidad de litigar de nuevo sobre el mismo asunto. Como consecuencia del desistimiento de la acción, el demandante asume generalmente las costas judiciales.

El artículo 91a de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana (ZPO) prevé la posibilidad de que las partes pongan fin al procedimiento en virtud de su libertad de disposición mediante una declaración mutua de transacción. La naturaleza jurídica de la declaración mutua de transacción es objeto de controversia en la literatura jurídica. Según una opinión, se trata de una forma privilegiada de desistimiento de un pleito. Según otra opinión, representa un acuerdo procesal entre las partes. También se sostiene que consiste en una renuncia a la pretensión del demandante y en una renuncia a una sentencia desestimatoria de la demanda por parte del demandado. La opinión predominante es que se trata de declaraciones procesales de consentimiento para poner fin al procedimiento sin sentencia.

Las partes también están exentas de la obligación de contar con la presencia de un abogado en la vista oral en caso de declaración mutua de transacción, lo que se desprende del artículo 78 (3) del ZPO en relación con el artículo 91a del

ZPO. No obstante habrá que tener en cuenta que esto solamente es posible en los Juzgados de Primera Instancia en los cuales no es preceptiva la representación por un letrado. Debemos mencionar además que en Alemania no existe la figura del procurador, por lo cual las partes son representadas en juicio por los letrados.

Si ambas partes declaran la transacción, la litispendencia de la acción principal se extinguirá. Como consecuencia de ello, el tribunal decide, de conformidad con el artículo 91a (1) frase 1 de la ZPO, a su razonable discreción, quién correrá con las costas judiciales incurridas hasta la fecha. Para ello, lleva a cabo una revisión sumaria del procedimiento principal y considera quién debería haber sido condenado al pago de las costas procesales dado el estado del litigio hasta la fecha y si el demandado ha dado lugar a la acción. El juzgado, en éste caso, no se pronuncia sobre el fondo del asunto, por lo que el demandante puede, en principio, interponer una nueva demanda sobre la misma cuestión objeto de litigio. No obstante, si el demandado acepta la resolución del litigio confiando en la resolución definitiva del mismo, el demandante podrá oponer la excepción de mala fe en caso de que se haya quebrantado la buena fe.

En la medida en que el objeto del litigio está sujeto a la disposición de las partes, éstas

tienen la opción de resolverlo amistosamente en cualquier momento. De conformidad con el artículo 278 (1) del ZPO, el tribunal debe posibilitar en este sentido durante todo el procedimiento que las partes lleguen a un acuerdo, lo cual en ningún momento suele ser objeto de recusación del juez a quo. Estas transacciones no se regulan por separado en el derecho procesal civil; sin embargo, el artículo 794 (1) núm. 1 del ZPO presupone la existencia de una transacción judicial como forma especial de transacción de derecho civil. Una transacción judicial es un contrato de derecho civil con efecto procesal directo. Por lo tanto, es tanto un contrato como un acto procesal, es decir, tiene una doble naturaleza. La doble naturaleza de la transacción judicial significa que debe cumplir tanto requisitos procesales como sustantivos para ser efectiva. Por lo tanto, puede ser inválida tanto por motivos procesales como sustantivos. Entre las primeras se incluye, por ejemplo, la falta de redacción del acuerdo en el acta procesal, necesaria de conformidad con el artículo 160 (3) n.º 1 ZPO. Las segundas incluyen, por ejemplo, la nulidad. Si un acuerdo es nulo desde el principio o con efecto ex-tunc, se considerará que el procedimiento no ha finalizado y, por lo tanto, continuará. La situación procesal es controvertida si la transacción caduca posteriormente con efecto ex nunc, por ejemplo como consecuencia de la nulidad del acuerdo. El Tribunal Superior Federal asume que la transacción pone fin al procedimiento a pesar de su nulidad, lo que significa que habría que iniciar un nuevo procedimiento.

5. SENTENCIA Y COSTAS

El juzgado resuelve el litigio mediante sentencia tras una vista oral. Por lo general, la sentencia se dicta tras la celebración de la vista oral. De conformidad con el artículo 300 del ZPO, la sentencia definitiva se dicta en cuanto el asunto está visto para sentencia. Esto pone fin a la primera instancia. Si el juzgado considera que la acción es admisible y fundada, la estimará; de lo contrario, la desestimará mediante una sentencia. La sentencia es vinculante para todas las partes implicadas de conformidad con el artículo 318 del ZPO y sólo puede ser modificada posteriormente por el juzgado en algunos casos excepcionales regulados por la ley. Si el juzgado sólo dicta una resolución definitiva sobre una parte de la demanda, ésta adopta la forma de una sentencia parcial de conformidad con el artículo 301 de la ZPO. Si el tribunal adopta una decisión vinculante sobre cuestiones preliminares que son necesarias para aclarar el objeto del

litigio, adoptará la forma de una sentencia provisional (artículo 303 de la ZPO). Una forma prácticamente frecuente de sentencia provisional es la llamada sentencia de base (artículo 304 de la ZPO - *Grundurteil*), que decide sobre el fondo de una demanda.

En los procedimientos de tasación de costas, que se solicita una vez dictada sentencia o concluido el procedimiento por otras causas (artículos 103 a 107 del ZPO), el juzgado determina el importe de las costas que una parte debe reembolsar a la otra, como los honorarios de abogados, las tasas judiciales pagadas por adelantado, los gastos de viaje y los suplidos realizados para cubrir las indemnizaciones legales de los testigos. La cuestión de quién es responsable de las costas, es decir, quién tiene que sufragar qué parte de las costas. Esto se determina en la decisión básica sobre las costas (*Kostengrundentscheidung*) en la misma sentencia, a menos que las partes lleguen a un acuerdo sobre las costas y hagan innecesaria una decisión judicial. El importe concreto de las costas judiciales a pagar se determina en el procedimiento de tasación de costas de conformidad con el artículo 19 de la GKG. Los costes y tasas pagados en exceso como parte de un anticipo serán reembolsados. En conclusión, siempre hay condena total o parcial en costas, salvo que el juzgado estime que cada parte tendrá que soportar sus propios gastos. Sí por ejemplo la sentencia es favorable a la reclamación en un 70%, las costas se impondrán en una 70% a la parte condenada pero que se ha opuesto con éxito respecto a un 30% de la cantidad reclamada. Es decir, en todos los casos en los cuales o no se condene en su totalidad o se desestime en totalidad las partes serán condenadas en función del grado en el cual la demanda tenga éxito o sea desestimada. Si la reclamación solamente tiene éxito en un 50% cada parte cargará con sus propios costes.

Utilizando el ejemplo de una demanda de más de 100.000 euros, el cuadro muestra los honorarios de los abogados propios y de la parte contraria, así como las costas judiciales devengadas por la interposición de la demanda. Si las partes hubieran llegado a un acuerdo judicial, se habría devengado una tasa adicional para ambos abogados, la denominada tasa de acuerdo (*Einigungsgebühr*), que se habría devengado además de la tasa procesal y la tasa de vista (*Verfahrensgebühr*, *Terminsgebühr*).

La Ley de Honorarios Profesionales (RVG) de 5 de mayo de 2004 en relación con el artículo 49b BRAO- Reglamento Deontológico de la

Grundangaben			
Streitwert	Rechtsstand	MoSt. StL	Außergerechtl. Vertretung
100.000,00 €	ab 2021	V	<input type="checkbox"/>
Anzahl Mandanten	Anzahl Stages	Gerichtliche Vertretung	1 Instanz
1	1	<input checked="" type="checkbox"/>	1 Instanz

Prozesskosten				
		1. Instanz	2. Instanz	3. Instanz
Eigene Anwaltskosten				
Verfahrensgebühr Nr. 2100, 1000 VV RVG:	1,3	2.151,50 €	1,6	2.648,00 €
Arrechnung:		0,00 €		
Termingebühr Nr. 2104 VV RVG:	1,2	1.686,00 €	1,2	1.686,00 €
Einigungsgebühr Nr. 1003 F. VV RVG:		0,00 €		0,00 €
Auslagen Nr. 7001 u. 7002 VV RVG:		20,00 €		20,00 €
Sonstige Kosten Nr. 7000 u. 7003 F. VV RVG:		0,00 €		0,00 €
MoSt. StL:	10	789,93 €	10	884,26 €
Zwischensumme:		4.947,43 €	5.538,26 €	7.507,71 €

juris				
	1. Instanz	2. Instanz	3. Instanz	
Einigungsgebühr Nr. 1003 F. VV RVG:	0,00 €	0,00 €	0,00 €	
Auslagen Nr. 7001 u. 7002 VV RVG:	20,00 €	20,00 €	20,00 €	
Sonstige Kosten Nr. 7000 u. 7003 F. VV RVG:	0,00 €	0,00 €	0,00 €	
MoSt. StL:	10	789,93 €	10	884,26 €
Zwischensumme:	4.947,43 €	5.538,26 €	7.507,71 €	
Gerichtskosten KV ÖKG:	3,0	3.387,00 €	4,0	4.318,00 €
Summe Prozesskosten:	13.281,86 €	15.592,52 €	20.660,42 €	

Gesamtkosten	
Eigene Anwaltskosten:	17.993,40 €
Fremde Anwaltskosten:	17.393,40 €
Gerichtskosten:	13.348,00 €
Gesamtsumme:	49.534,80 €

Abogacía), en su versión vigente, regula la remuneración (honorarios y gastos) de los abogados por su trabajo en los distintos procedimientos judiciales y extrajudiciales y se basa en la cuantía del asunto en cuestión. En el caso de los procedimientos judiciales, los honorarios legales de conformidad con la Ley de Honorarios Profesionales no pueden ser inferiores a los establecidos en la Ley. Por otra parte, los honorarios que excedan de esta cantidad, por ejemplo en caso de acuerdo de honorarios con el cliente, no pueden determinarse en contra de la otra parte en los procedimientos judiciales en caso de ganar el juicio.

Con el fin de reducir la carga de los costes para los necesitados y facilitarles así el ejercicio de acciones legales, el artículo 114 del ZPO abre la posibilidad de la asistencia jurídica gratuita.

Se trata de una expresión de la exigencia del artículo 20 y del artículo 3 de la Ley Fundamental Alemana (*Grundgesetz*) de que toda persona debe tener igualdad de acceso a una tutela judicial efectiva. Con este fin, abre la posibilidad de renunciar o limitar las costas judiciales de una parte. En este sentido debe mencionarse que en Alemania no existe el turno de oficio, es decir que cualquier letrado puede y debe, en caso de que en la persona del cliente se den las circunstancias necesarias para solicitar la asistencia jurídica gratuita, solicitarla al Juzgado. El Juzgado solamente accederá a la solicitud si la parte solicitante carece de medios económicos suficientes para afrontar las tasas y costas del procedimiento y si la demanda o en su caso la defensa contra una demanda tiene expectativas de éxito y la acción judicial no parece irrazonable, artículo 114 (1) frase 1 de la ZPO.

6. RECURSO DE APELACIÓN

De conformidad con el artículo 511 (1) del ZPO, el recurso de apelación sirve para corregir una sentencia firme del juzgado de primera instancia. Para ello, el juzgado de apelación aclara de nuevo los hechos de forma limitada y somete la sentencia impugnada a una revisión jurídica. El alcance de la revisión viene determinado por el artículo 513 (1), el artículo 529 (1) y el artículo 531 (2) del ZPO. § El artículo 528 del ZPO vincula al tribunal de apelación a la solicitud del recurrente, por lo que se excluye la *reformatio in peius*. Los tribunales de apelación son como ya he indicado la Audiencia Provincial para las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y el Tribunal Superior Territorial para las sentencias de la Audiencia Provincial. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil Alemana en 2002 también otorgó a los Tribunales Superiores Territoriales competencia de apelación para los litigios con elemento extranjero.

Para que un recurso sea admisible, el valor del objeto del recurso debe superar los 600 euros o el juzgado de primera instancia debe admitir explícitamente el recurso. El recurso debe admitirse de conformidad con el artículo 511 (4) del ZPO si el asunto es de importancia fundamental, si es necesaria una resolución del tribunal de apelación para desarrollar el Derecho o si se requiere una resolución para garantizar la uniformidad de la jurisprudencia. Un caso de importancia fundamental es por ejemplo cuando se plantea una cuestión de derecho que es relevante para la decisión, que requiere clarificación y que no ha sido decidida todavía por el Tribunal Superior Federal y puede llegar a ser igualmente relevante para la decisión en un número indeterminado de otros casos. En la jurisprudencia del Tribunal Superior Federal de Justicia, es necesario seguir desarrollando el Derecho si el caso concreto da pie a establecer principios rectores para la interpretación de las disposiciones legales o a colmar lagunas jurídicas. El criterio de garantizar una jurisprudencia uniforme se da cuando en primera instancia el juzgado o Audiencia se aparta de la jurisprudencia de un juzgado o audiencia de rango igual o superior.

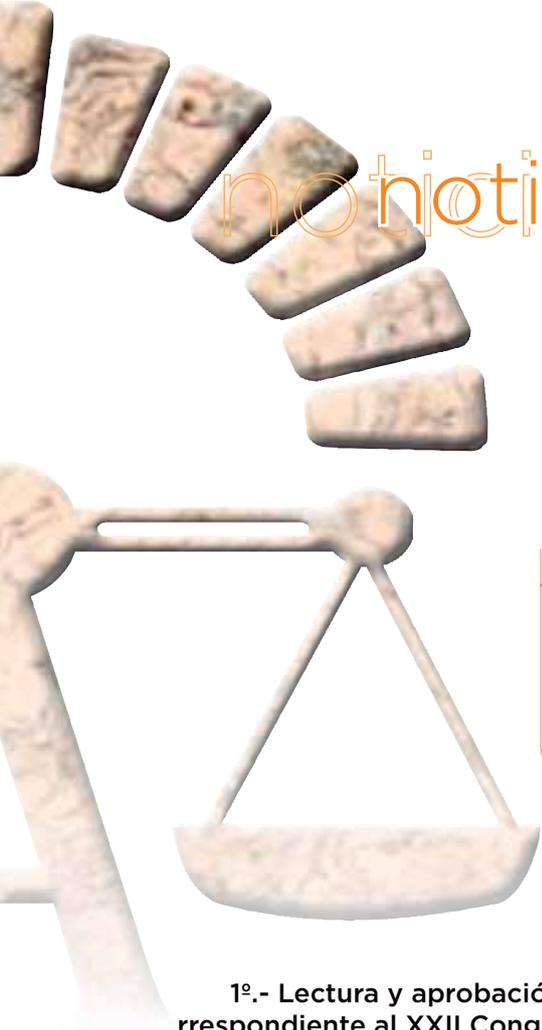
El recurso debe interponerse en tiempo y forma (artículos 517 y 519 ZPO) y debe estar motivado (artículo 520 ZPO). Los motivos deben incluir una discusión fundamentada de los motivos de la sentencia de primera instancia. Deben impugnarse todas las razones que apoyan la sentencia. El plazo del recurso es de un mes a contar desde la notificación de la deman-

da y de otro mes para fundamentar el mismo. También este plazo puede y suele ampliarse por otro mes. Si el recurso está fundado, el tribunal de apelación decidirá generalmente sobre el fondo del asunto en sí, de conformidad con el artículo 538 (1) ZPO. En casos excepcionales, anulará la sentencia del tribunal de primera instancia y le devolverá el litigio de conformidad con el artículo 538 (2) ZPO.

7. RECURSO DE CASACIÓN

Las sentencias de apelación pueden ser impugnadas ante el Tribunal Superior Federal de conformidad con el artículo 542 del ZPO (Casación = *Revisión*). De conformidad con el artículo 545 de la ZPO, la sentencia se revisa en apelación únicamente por errores de Derecho, lo que significa que, a diferencia de la apelación, no hay revisión de los hechos. La admisibilidad del recurso requiere que el tribunal de apelación o el Tribunal Superior Federal admita el recurso de queja contra su inadmisión. El recurso contra la inadmisión es admisible si la parte que desea recurrir se ve perjudicada por una cuantía superior a 20.000 euros. El recurso deberá interponerse en tiempo y forma (un mes) de conformidad con los artículos 548 y 549 del ZPO y deberá fundamentarse de conformidad con el artículo 551 del ZPO. Si el recurso es fundado, el Tribunal de Casación generalmente devuelve el litigio al Tribunal de Apelación, que decide de nuevo sobre el asunto, teniendo en cuenta la opinión del Tribunal de Casación. En casos excepcionales, decidirá el asunto por sí mismo de conformidad con el artículo 563 (3) del ZPO.

Los recursos de casación son los únicos en los cuales es preceptiva la representación por letrados admitidos ante el Tribunal Superior Federal que únicamente están postulados ante el alto Tribunal, es decir, el letrado que ha llevado las instancias anteriores deberá gestionar la presentación del recurso de casación con uno de estos letrados. En la actualidad existen 38 abogados admitidos ante el BGH - de los 165.000 abogados admitidos en toda Alemania a fecha 01.01.202 -, que deben tener su residencia en la sede del Tribunal en Karlsruhe y a parte de una edad mínima de 35 años y una experiencia de al menos 5 años en el ejercicio de su profesión haber sido elegidos por el Comité de Elección de letrados postulados ante el Tribunal Supremo Federal del (*Wahlausschuss für die Rechtsanwälte bei dem Bundesgerichtshof*). Estos abogados son todos miembros de su Colegio de Abogados ante el Tribunal Supremo Federal.



ACTA DE ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS, CELEBRADA EN A CORUÑA EL DÍA 9 DE NOVIEMBRE DE 2023

1º.- Lectura y aprobación del Acta de la sesión anterior de 10 de noviembre de 2022, correspondiente al XXII Congreso Nacional, en Barcelona.

A continuación, por José María Hernández-Carrillo Fuentes, Secretario de Actas-Tesorero de la A.E.A.E.R.C y S, se da lectura del Acta de la Asamblea General celebrada en el pasado 10 de noviembre de 2022 en Barcelona que es aprobada por unanimidad sin ningún voto en contra ni abstención.

2º.- Informe de actividades y gestión.

Por el presidente de la A.E.A.E.R.C.y S, Sr. López y García de la Serrana, y el secretario General Don Jose Manuel Vilar Calabuig se da cuenta asimismo de la celebración y/o asistencia durante el ejercicio 2021 y 2022 a Congresos y Jornadas, -así como el trabajo desarrollado en la Comisión de Seguimiento del “Baremo”-, mencionándose la necesaria adaptación al formato digital y de Webinars, destacando el último Congreso celebrado en Barcelona por su excepcional calidad técnica, y de los ponentes, -que anualmente aguardamos expectantes-.

El presidente, Sr. López y García de la Serrana relaciona actividades en las que destaca:

- Jornada “Derecho de Circulación y Seguro” Almería, 30 de mayo de 2023.
- Jornadas de Circulación Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz. 30 de Junio de 2023.
- X Máster propio de Responsabilidad Civil. Granada octubre de 2022 a mayo 2023. Modalidad On Line.

Se informa de la extraordinaria renovación lograda en la Revista (ya en el número 86) y su alta valoración por la comunidad doctrinal, jurisdiccional, y en general de juristas, de España, así como de la versatilidad del portal, o la agilidad que proporciona nuestra presencia en redes sociales como LinkedIn o Facebook.

3º.- Análisis de gastos y aprobación de cuentas.

Según se acordó años atrás, para agilizar durante el transcurso del año de materialización in situ de cada congreso, la función de Tesorero que ostenta Don José María Hernández-Carrillo Fuentes, es de un año a otro delegada por este en el vocal-asociado en el que recae la responsabilidad de la organización del Congreso anual periódico, en consecuencia, las incidencias económicas del pasado año, que fueron recientemente entregadas, constan detalladas en la

zona privativa de los socios en la página Web de la Asociación de forma previa a esta reunión para su conocimiento general. Son no obstante detalladas por el Secretario General, así como los resultados negativos derivados del Congreso de Barcelona, y aprobadas por unanimidad, haciendo constar expresamente la felicitación del colectivo a los organizadores del Congreso.

4º.- Presupuesto de 2024

Se excusó su presentación postergando su envío en el futuro.

5º Congreso del próximo año y años venideros

Juan Antonio Armenteros anticipa detalles del Congreso en A Coruña que comienza en unas horas. En 2024 el Congreso XXIV se celebrará los días 14, 15 y 16 de noviembre de 2024, en Toledo.

A continuación se presentan candidaturas tanto para los años 2025 como 2026:

1. Manuel Pomares postula la ciudad de Elche (para 2024), y en su nombre -no ha podido asistir- lo desarrolla José Manuel Villar Calabuig.
2. Guillermo Muzás postula la Ciudad de Huesca para los años 2025 y 2026.
3. María Pastor postula la ciudad de Mataró para 2025 y 2026.
4. Francisco Ledesma postula la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria , solo para 2025. Comprobadas por el Sr. secretario las delegaciones de votos (y apuntada por la vocal de Murcia María Fernanda Vidal Pérez la disponibilidad de su capital para el año 2025), se procede a votar:

Año 2025: La candidatura de Las palmas de Gran Canaria es aprobada por amplia mayoría.

Año 2026: la candidatura de Huesca es aprobada por mayoría del doble sobre la anterior.

6º Homenaje a D José Luis Nava Meana; se le realiza un sentido homenaje por los asistentes, el Secretario General da lectura a la carta que ha dirigido para ello su hija en representación de la familia, recibiendo nuestro cerrado e intenso aplauso y recuerdo.

7º Renovación de cargos, Vocalía de Asturias, dada la reciedumbre de la pérdida del compañero que con maestría y brillantez la desempeñó, queda encomendada la Junta para su elección.

8º.- RUEGOS Y PREGUNTAS

Alberto Pérez Cedillo propone un Seminario de Derecho internacional con talleres, Webinars etc.

Se mencionan dos propuestas de Editorial Sepin respecto de sus Bases de Datos a contratar a través de la cuota de la asociación con la adición de 5 euros por cuota .

Se propone la cuota especial para el congreso, al abogado joven (menos de cinco años de ejercicio), y plantearle una cuota trimestral especial reducida.

Se apunta la necesidad de incidir en estrategias específicas previas a cada Congreso, en la demarcación en que se celebre, para crecer en ella como Asociación.

Antonio Mir Ruiz insiste en la difusión con el ejemplo de Granada -de cuyo Colegio de abogados, no en vano, es vicedecano-.

Moratinos propone la creación de una Sección de abogados jóvenes, idea que es aplaudida y aprobada (tras apuntar el Presidente que hemos de potenciar ese colectivo)

Javier López y García de la Serrana, exhorta a los asistentes a que promuevan de magistrados, docentes, juristas en general, la redacción de artículos sobre materias de interés para la revista de la asociación, y a continuación destaca y pondera el master de Responsabilidad Civil apoyado por nuestra asociación , de un valor extraordinario .

Terminado lo cual, por el Sr. Presidente Sr López y García de la Serrana, se da por concluida la XXIII Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros.

➔ **MÁS DE 500 ABOGADOS ACUDIERON AL XXIII CONGRESO NACIONAL. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO. A CORUÑA 9, 10 Y 11 DE NOVIEMBRE DE 2023**

El XXIII Congreso de Responsabilidad Civil y Seguros reunió en A Coruña a más de 500 letrados procedentes de toda España para abordar las cuestiones más relevantes en este ámbito y tratar las casuísticas emergentes derivadas de la inteligencia artificial y las nuevas tecnologías. Las jornadas se celebraron en Palexco el 9 y 10 de noviembre y estuvieron organizadas por la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro y el Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña.

En la inauguración del congreso tomó la palabra, en primer lugar, el decano, Augusto Pérez-Cepeda". A continuación, intervino el presidente del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, José María Gómez y Díaz-Castroverde, y por último, habló la alcaldesa de A Coruña, Inés Rey.

La primera ponencia del congreso corrió a cargo del magistrado-juez titular de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, Pablo González Carreró que habló de la responsabilidad de los administradores por deudas sociales.

Acto seguido, impartió su ponencia el profesor titular de Derecho Civil de la UDC, Fernando Peña. Abordando los problemas fundamentales que, desde la responsabilidad civil, se debaten dentro de la doctrina.

A continuación, fue el turno del decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas, Abel Benito Veiga. Ante los riesgos cibernéticos "no hay una legislación que los regule. Aunque es cierto que la Lloyd's Market Association publicó en 2021 cinco cláusulas específicas frente a cómo se deberían cubrir determinado tipo de riesgos cibernéticos y hasta qué umbrales", explicó.

Para finalizar la jornada, se celebró una mesa redonda que contó con la moderación del abogado Juan Manuel Rozas. Donde intervinieron la magistrada juez del Juzgado de lo Social nº 5 de A Coruña, Pilar Carreira, el director territorial de Galicia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Demetrio Ángel Fernández y la abogada especializada en accidentes laborales, Marta Checa.

En la jornada del 10 de noviembre intervino, en primer lugar, el abogado Iván González refería "en materia de responsabilidad civil derivada de los centros de tatuadores no hay regulación a nivel estatal, aunque algunas comunidades autónomas recogen la materia, pero esto supone que en España contemos con una normativa dispersa, en vez de homogénea".

La magistrada de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, Marta Canales, por su parte, aseguró que "la transparencia está ahí, pero tiene que llegar al sector del seguro". Después, fue el turno del presidente de Honor de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Mariano Medina. Dentro del ámbito de la responsabilidad por riesgo, "el primer subcriterio atributivo es la culpa del conductor o la de un tercero para desatribuir a ese conductor. Resulta importantísima la culpa probada, si te falla esta sería la culpa presumida no desvinculada y, si no, responde por riesgo,

no por culpa. Finalmente, si el conductor demuestra que no es culpable, entra en juego la actitud atributiva de la fuerza mayor propia de la conducción”.

Antes de la comida de confraternización se celebró una mesa redonda moderada por el contador de la Junta de Gobierno de nuestro Colegio, Juan Antonio Armenteros. En ella participó, en primer lugar, el letrado José Pérez, después, el médico especialista en Medicina Legal y Forense, Carlos Represas.

Durante la sesión de la tarde tuvo lugar la ponencia del magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, José Ramón Chaves que destacaba “el gran problema que tiene la jurisdicción contenciosa es que la forma de valorar el daño se limita a la Ley sobre expropiación forzosa, la cual no contempla el daño moral”.

Después, fue el turno del fiscal de sala coordinador de Seguridad Vial de la unidad de Seguridad Vial de la Fiscalía General del Estado, Luis del Río, que habló sobre los delitos de omisión del deber de socorro y el abandono del lugar del accidente.

A continuación, habló el magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Antonio del Moral, “la responsabilidad civil nacida del delito se puede ejercitar en un proceso penal o en uno civil”, afirmó.

La última ponencia corrió a cargo del magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, José Luis Seoane Spiegelberg. “El daño es un presupuesto indeclinable para la existencia de responsabilidad civil”, afirmó. La víctima “siempre es protagonista del daño, para que exista responsabilidad civil se necesita un agente causante y también una víctima que lo padezca”.

En la clausura del congreso intervinieron el presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Javier López y García de la Serrana, que agradeció la asistencia al encuentro y destacó el sentimiento de familia tras 23 años celebrando el congreso e intercambiando cuestiones de relevancia. Y, de nuevo, intervino José Luis Seoane Spiegelberg —esta vez en calidad de presidente de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación— para destacar la suerte de que A Coruña acogiera estas jornadas.



**XXIII Congreso Nacional. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.
A Coruña 9, 10 y 11 de noviembre de 2023 en imágenes**

Inauguración del Congreso con la intervención de la Excm. Sra. D^a. María Eugénia Gay Rosell, Delegada del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña, el Ilmo. Sr. D. Javier López y García de la Serrana, Presidente de la Asociación y el Sr. Diego Callejón Muzelle, presidente de la Comisión de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguros de ICAB



1ª PONENCIA

Responsabilidad de los administradores por deudas sociales y su cobertura por las pólizas D&O

Ponente: Ilmo. Sr. Pablo González-Carreró Fojón. Magistrado de la Sección 4ª Audiencia Provincial de A Coruña



2ª PONENCIA

Estructura del nuevo sistema de Responsabilidad Civil por daños derivados del uso de la Inteligencia Artificial

Ponente: D. Fernando Peña López. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña





3ª PONENCIA

Responsabilidad ante los Ciberriesgos: regulación, impacto, gestión y aseguramiento.

Ponente: D. Abel B. Veiga Copo. Profesor Ordinario de Derecho Mercantil (ICADE). Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas.



1ª MESA REDONDA

Responsabilidad patronal derivada de accidentes de trabajo

Ponentes: Ilma Sra. Pilar Carreira Vidal. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social nº 5 de A Coruña.

D. Demetrio Ángel Fernández López. Director Territorial de Galicia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
Dª Marta Checa García. Abogada especialista en accidentes laborales.

Moderadora: D. Juan Manuel Rozas Bravo.



RECEPCIÓN Y CENA CÓCTEL EN PAZO VILABOA





4ª PONENCIA

Responsabilidad civil de centros de estética y estudios de tatuaje.

Ponente. D. Iván González Barrios. Abogado. Profesor contratado doctor en Universidad de La Laguna

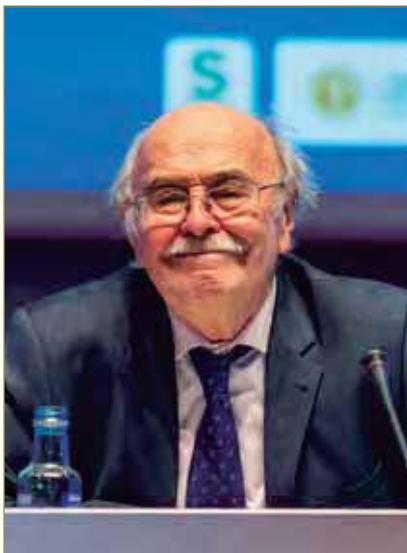


5ª PONENCIA

Cuestiones controvertidas en materia de seguros y la transparencia en las cláusulas de las pólizas

Ponente: Ilma. Sra. Marta Canales Gantes. Magistrada de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de A Coruña





6ª 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. Presidente de Honor de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro



2ª MESA REDONDA

Las consecuencias de la Covid en el ámbito de la responsabilidad civil y el seguro.

Ponentes: D. José Antonio Badillo Arias. Profesor de Dº Mercantil de la Universidad de Alcalá de Henares. Doctor en Derecho.

D. Javier López y García de la Serrana. Abogado y Doctor en Derecho. Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (AEAERCyS).

Modera: D. Diego Callejón Muzelle. Presidente de la Comisión de Responsabilidad Civil y Seguro del ICAB.





7ª PONENCIA

La valoración y cuantificación del daño moral en el ámbito contencioso administrativo.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Chaves García. Magistrado de la sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.



8ª PONENCIA

Los delitos de Omisión del deber de Socorro y el Abandono del lugar del accidente: características, concurso con otros delitos y sus penas.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis del Río Montesdeoca. Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial. Unidad de Seguridad Vial-Fiscalía General del Estado





9ª PONENCIA

Responsabilidad civil nacida de delito.
Tendencias y novedades jurisprudenciales

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral
García. Magistrado de la Sala de lo Penal
del Tribunal Supremo



10ª PONENCIA

La culpa exclusiva de la víctima como causa de
exoneración de la responsabilidad.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.
Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

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 Spiegelberg. Presidente de
la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.



CENA DE GALA











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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350



Colaboración

Progreso

Asociación

Abogados

Seguros

Responsabilidad Civil

14.15.16

NOVIEMBRE 2024

PALACIO DE CONGRESOS "EL GRECO"

P.º DEL MIRADERO, S/N, 45003 TOLEDO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA
DE ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

XXIV CONGRESO NACIONAL

TOLEDO

