

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

nº 21

Primer Trimestre. Año 2007

■ **Hacia la reforma de la Ley de contrato de seguro, tras más de XXV años de vigencia**

■ **La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo**

■ **La prueba del lucro cesante**

¡Ahora más fácil y cómodo de aplicar!

Podrá realizar el cálculo conforme a las tablas del año del accidente o las del año actual, actualizándose estas cada año automáticamente al introducirle el IPC anual. Ya no es necesario saberse todos los factores correctores de baremo, puesto que programa los va a recordar uno a uno. Igualmente ya no es necesario saber donde se encuentra cada secuela, pues al introducir el nombre de la misma, o una parte de dicho nombre, el programa localiza todas las secuelas con ese nombre o similares. Por último, el programa genera un informe del cálculo efectuado, que puede ser impreso o exportable a cualquier procesador de textos. Es un programa hecho por letrados especialistas en la materia, con la experiencia acumulada durante los diez años de aplicación del baremo.

Producto recomendado por:



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Sistema de Valoración del Daño Corporal en Accidentes de Tráfico

Colaboradores:

Javier López García de la Serrana
Mariano Medina Crespo
Carmen Moreno Iñru
José María Hernández Carrillo Fuentes

HISPACOLEM
Servicios de Asesoramiento
Jurídico y Empresarial S.L.

PRECIO ÚNICO
48€
IVA incluido

Sistema de Valoración del Daño Corporal en Accidentes de Tráfico

THOMSON
ARAZADI

Copyright 2009 by Ediciones Aranzadi
Deposito Legal: NA 00000
ISBN 9788429300000

THOMSON
ARAZADI

Información y Pedidos: 902 444 144

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

nº21

Primer Trimestre. Año 2007

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

www.asociacionabogadosrcs.org



CONTENIDOS

EDITORIAL

- ◆ Un presidente de primera. *Javier López y García de la Serrana* 5

DOCTRINA

- ◆ Hacia la reforma de la Ley de contrato de seguro, tras más de XXV años de vigencia. *Luis de Angulo Rodríguez* 7
- ◆ La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *L. Fernando Reglero Campos* 21
- ◆ La prueba del lucro cesante. *Juan F. Garnica Martín* 45

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

- ✦ *Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007*
RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad patrimonial de la Administración ante accidente de circulación provocado por el deficiente estado de la calzada. Inexistencia de concurrencia de culpas 65
- ✦ *Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2007*
RESPONSABILIDAD CIVIL: Supuestos de responsabilidad de la Promotora ante accidente de trabajo. Inexistencia de prescripción de la acción 70
- ✦ *Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2007*
RESPONSABILIDAD CIVIL: Examen de los requisitos exigidos para determinar la responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva de los administradores de una sociedad 79
- ✦ *Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007*
RESPONSABILIDAD CIVIL: Existencia de Responsabilidad de los servicios médicos por culpa «in eligendo» o «in vigilando», daño imputable al servicio hospitalario 86

CONTRATO DE SEGURO

- ✦ *Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2007*
CONTRATO DE SEGURO: Interpretación de las cláusulas que determinan los grados de invalidez en los seguros de accidentes, inexistencia de iliquidez de la deuda a los efectos de condena al pago de intereses moratorios 97
- ✦ *Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2007*
CONTRATO DE SEGURO: Unificación de la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación de los intereses moratorios previstos en el art. 20 LCS 103



Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD CIVIL

- ✦ *Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 9 de abril de 2007*

RESPONSABILIDAD CIVIL: Existencia de responsabilidad de los titulares del coto ante el accidente ocurrido por la irrupción de uno de sus animales en la calzada 108

PERLAS CULTIVADAS

- ◆ Pronunciamientos Relevantes. Por José M^a Hernández-Carrillo Fuentes 116

ENTREVISTA

- ◆ *Bartolomé Varga Cabrera*. Por María del Carmen Ruiz-Matas Roldán 133

LEGISLACIÓN

- ◆ Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor 135

NOTICIAS Y ACTIVIDADES

- ◆ XV Congreso de responsabilidad civil. Barcelona, marzo de 2007 145
- ◆ Congreso SEAIDA La responsabilidad del abogado y su asesoramiento. Madrid, abril 2007 148
- ◆ XXIII Congreso de Derecho de circulación. Madrid, abril 2007 150
- ◆ V Jornada sobre responsabilidad civil y seguro. Almería, mayo 2007 152
- ◆ VIII Congreso nacional de Responsabilidad civil. Gijón, junio 2007 154

PUBLICACIONES RECOMENDADAS

..... 156

EDITA:

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

PRESIDENTE:

Mariano Medina Crespo

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

María del Carmen Ruiz-Matas Roldán

COSEJO DE REDACCIÓN:

Javier López y García de la Serrana, Mariano Medina Crespo, Andrés Cid Luque, José María Hernández-Carrillo Fuentes, Javier Téllez Rico, Fernando Estella Ruiz, José Félix Gullón Vara, María Fernanda Vidal Pérez, José Alberto Ortega Pérez, Josep Viella i Massegú, Carmelo Cascón Merino, Andrés Garrido Alvarez, Isidro Tormos Martínez, Víctor Martín Álvarez, Celia Pitta Piñón, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez Santos, Pedro Torrecillas Jiménez y Javier Muro Insausti

MIEMBROS DE HONOR:

Mariano Yzquierdo Tolsada, Miquel Martín Casals, Fernando Pantaleon Prieto, Jesús Fernández Entralgo, Eugenio Llamas Pombo, Ricardo de Ángel Yágüez, José Manuel de Paul Velasco, Miguel Pasquau Liaño

DISEÑO:

Aeroprint Producciones S.L.

IMPRIME:

Imprenta Chana

www.asociacionabogadosrcs.org



Un presidente *de primera*

Javier López García de la Serrana
Director

La anterior editorial, que titulaba “Los niños se pelean” e iba referida a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23-10-2006 que otorgaba el amparo frente a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14-11-2002, recaída en el conocido como “caso Alcocer”, me valió una cariñosa crítica de algún magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, pues entendía que desde esta revista se les daba siempre mucha “caña”. Nada más lejos de la realidad, pues nuestra única intención no es sólo mostrar las sombras, sino también las luces que la jurisprudencia arroja sobre nuestra materia; no obstante y como resarcimiento a las críticas que en alguna ocasión realizamos, siempre respetuosas y doctrinales, a la labor de nuestros magistrados del Supremo, queremos en este caso rendir un pequeño homenaje a **Juan Antonio Xiol Ríos**, presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Un magistrado incansable, trabajador, dialogante, estudioso y no sé cuantos más calificativos. Pero para que no parezca una exaltación gratuita o no merecida, me referiré a algunas de sus “pequeñas” hazañas.

Para empezar, decir que con esta Asociación siempre se ha portado *de lujo*, participando como ponente en nuestros congresos nacionales cuantas

veces se lo hemos pedido; en concreto, cuando era magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, participó en nuestro III Congreso Nacional celebrado en Salamanca en el año 2003, con una magnífica ponencia titulada “*El ejercicio de la acción directa frente al asegurador de la responsabilidad civil de los entes públicos y asimilados*”. Recientemente volvió a participar, siendo ya presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en nuestro VI Congreso Nacional celebrado en Cáceres el pasado mes de noviembre de 2006, con una ponencia titulada “*La utilización del sistema Legal de la Ley 30/95, para valorar los daños corporales producidos al margen de los hechos de la circulación*”, pudiéndose comprobar la calidad, extensión y solvencia de las mismas en nuestra página web, donde disponen del texto íntegro de todas las ponencias de nuestros congresos.

Dicha predisposición a participar en cualquier foro, jornada o congreso no es de ahora, pues siempre lo hemos podido ver a lo largo de toda la geografía española, aceptando la invitación de cualquier Colegio de Abogados para participar en sus respectivos congresos o jornadas, ya fueran sobre responsabilidad civil y seguro o sobre cualquier otra



Un momento de la ponencia de Juan Antonio Xiol Ríos, presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en el VI Congreso Nacional de la Asociación celebrado en Cáceres en noviembre de 2007, presentado por Javier López García de la Serrana, secretario general de la Asociación.

materia. Pero desde luego, en vez de disminuir con el devenir de los años su voluntad de transmitir sus conocimientos y su visión del Derecho, cada vez se hace más intensa a pesar de que el paso del tiempo quiera hacer mella en él. Para darse cuenta de esto, baste ver su agenda para este primer semestre de 2007 en cuanto a participación en congresos o jornadas se refiere, y eso que sólo hacemos mención de aquellos concernientes a nuestra materia de responsabilidad civil y seguro.

Recientemente ha participado en las XII Jornadas de responsabilidad civil y seguros de **Zaragoza**, celebradas los días 2 y 3 de febrero de 2007, con la ponencia “*Las cláusulas en el contrato de seguro. Delimitadoras, abusivas y nulas*”; igualmente acaba de intervenir en el XV Congreso de Responsabilidad Civil de Barcelona, celebrado los días 22 y 23 de marzo pasados, en el que dio una magnífica ponencia sobre “*Las lesiones del viajero de transportes terrestres. Coberturas obligatorias y su alcance*”; asimismo tiene previsto participar en el XXIII Congreso de Derecho de la Circulación (Con-

greso INESE), a celebrar en **Madrid** los días 23 y 24 de abril de 2007, con la ponencia “*Revisión de las indemnizaciones por daños personales. El derecho de repetición y las acciones del asegurador en casos de enriquecimiento injusto*”; posteriormente asistirá al VIII Congreso de Responsabilidad Civil de **Gijón** los días 7, 8 y 9 de junio de 2007, con la ponencia “*Responsabilidad civil y seguro*”; y para terminar el semestre participará en el XII Congreso Extremeño de Responsabilidad Civil y Seguros a celebrar en **Cáceres** los días 14 y 15 de junio de 2007 con la ponencia “*La aplicación del Baremo en materia de accidentes de circulación*”. Es decir, que nosotros sepamos, serían cinco ponencias diferentes sobre nuestra materia en un plazo de cinco meses y a cual más interesante. Además, él es de los que tienen la consideración de facilitar su ponencia escrita con suficiente antelación para que pueda entregarse a los participantes de estos congresos, lo que de por sí dice mucho del personaje.

Pero su gran mérito, no sólo ha sido colaborar sustancialmente en mejorar el panorama doctrinal

del Derecho de daños -aunque para nosotros esto signifique mucho-, y que como he dicho en anteriores ocasiones, se encontraba bastante enjuto de investigación y falta de más eventos creadores de masa crítica, sino que mucho más destacable ha sido y es su labor como presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, donde además de realizar su trabajo diario de ponente de sus correspondientes sentencias, así como participar en las Salas Especiales que por su puesto le corresponde, su mérito ha sido conseguir la unificación de criterios jurisprudenciales de la Sala Primera mediante el dictado de sentencias del pleno de la Sala, erradicando en la medida de lo posible el uso de los acuerdos no jurisdiccionales del pleno para alcanzar esta unificación de criterios. De hecho, desde que Xiol es presidente de la Sala Primera se han dictado numerosas sentencias del pleno de la Sala, que han venido a unificar los criterios dispares existentes en numerosas materias, siendo la última la sentencia de uno de marzo pasado, conocida ya por todos nosotros, en la que se fija la doctrina de la Sala Primera sobre el devengo de los intereses moratorios previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

Hace tres años, en el nº 11 de nuestra revista, dediqué una editorial a este tema, que titulaba “*Los acuerdos no jurisdiccionales del pleno de las Salas del Tribunal Supremo*”, donde ponía de manifiesto mi postura ante esta forma de establecer criterios jurisprudenciales sin tener que justificarlos. Y es que usar estos acuerdos para fijar prácticas procesales tiene su lógica, pero usar los acuerdos no jurisdiccionales también para fijar criterios jurisprudenciales, por supuesto sin plasmar en los mismos los argumentos que llevaron a su adopción, no tiene justificación alguna, máxime si luego esos criterios jurisprudenciales son acatados en sus respectivas sentencias sin necesidad de más motivación, en algunos casos, que hacer mención a que fueron adoptados por acuerdo de la Sala. Desde mi humilde punto de vista, esta técnica no pasaría el tamiz del

Constitucional, puesto que la obligación de motivar las sentencias es algo más que decir que ésta se basa en un acuerdo que realiza una interpretación de las normas para resolver la disparidad de criterios existente, pues dicha interpretación corresponde ser fijada en sentencia y no en un acuerdo no jurisdiccional, en el que no consta la motivación del mismo ni existe, entre otras cosas, la posibilidad de formular votos particulares que tanta riqueza dan al debate doctrinal. Véase por el contrario que usando la técnica, más correcta a mi entender, de dictar sentencias del pleno de la Sala cuando haya que unificar criterios, se consigue la misma finalidad que con los acuerdos no jurisdiccionales, pero mediante una sentencia perfectamente motivada en la que figuran los argumentos que han llevado a la Sala a adoptar determinado criterio, e incluso los argumentos contrarios expresados mediante voto particular.

Por todas estas pequeñas o grandes hazañas, según el criterio de cada cual, pero desde luego inusuales hasta la fecha, además de por ser una persona con un trato exquisito, respeto hacia sus interlocutores, dedicación absoluta a su trabajo y altísimo nivel intelectual, creo que es justo reconocer que Juan Antonio Xiol es un presidente *de primera* para la Sala Primera del Tribunal Supremo.



Hacia la reforma de la Ley de contrato de seguro, tras más de XXV años de vigencia

Luis de Angulo Rodríguez

*Abogado. Ex-decano del Ilustre Colegio de Abogados de Granada
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada
Presidente de la Mutualidad de la Abogacía*



En el campo del Derecho de Seguros, siempre me ha parecido que la Ley de Contrato de Seguro, Ley 50/1980, de 8 de octubre, (LCS), merecía especial atención. Y la merecía, no solo por ser una importante aportación de aquel periodo en el que desempeñé el puesto de Director General de Seguros, sino porque a mi juicio ya debe acometerse una seria revisión, para acomodarla a las realidades actuales. Así lo ha entendido la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que desde hace un par de años ha emprendido esa tarea revisora, incluso pidiendo informe a la Junta

Consultiva de Seguros, aunque con trabajos más lentos de lo deseable.

Ciertamente las leyes humanas no son eternas ni inmutables, por buenas que sean, y la LCS fue una buena Ley, basada en sólidos principios jurídicos y técnicos. Antes podía aspirarse a que llegaran a ser centenarias, pero hoy los periodos de vigencia son menores y requieren más frecuentes revisiones.

A pesar de que en su tiempo la LCS supuso un importante avance, algunos de sus extremos deben adecuarse a las actuales exigencias del mercado. Y, como indica **Fernando Sánchez Calero**, la nueva reforma ha de ir precedida del estudio y meditación que han faltado en las diversas modificaciones de que ha sido objeto. En tal sentido resultaría indispensable un sosegado examen por la propia Comisión General de Codificación de la que naciera.

La Ley del contrato de seguro

La LCS vino a superar el régimen dualista existente en nuestro ordenamiento jurídico, que seguía ocupándose del contrato de seguros, tanto en el Código de comercio de 1885, como en el Código civil de 1889, consciente de que ya no era posible concebir el seguro sin la presencia de la industria y la empresa aseguradora.

Ya en 1926 se encomendó a la Comisión General de Codificación redactar un nuevo Código de Comercio, abordado por partes y sometido a información pública, en el que se mejoraba el tratamiento que se daba al contrato de seguro, pero que no llegó a buen fin.

Más tarde el Ministerio de Hacienda tomó la iniciativa en la reforma de la regulación del contrato de seguro: Comenzaron por los trabajos de **Ernesto Caballero Sanchez, Hernando De Larra-**

mendi y Garrido Comas, presentados al “Premio Marín Lázaro”. Después en 1968 con el encargo a los profesores **Menéndez, Sánchez Calero, Olivencia, Broseta y Duque** de la redacción de un Anteproyecto de LCS, cuyo borrador de 1969 tenía 139 artículos y que, tras observaciones de la Administración, en 1970 quedó reducido a 88 artículos. Luego, en 1972, mediante la elaboración de otro Anteproyecto de Ley General sobre el Seguro Privado, que integraba en un solo cuerpo legislativo la regulación del control, la mediación y el contrato, y en el que se dedicaban a la contratación solamente 38 artículos, con frecuentes remisiones a la facultad reglamentaria para regular el contrato de seguro. Sin embargo tales Anteproyectos realizados desde el Ministerio de Hacienda fracasaron, al no darse entrada a la Comisión General de Codificación, cuando se trataba de una reforma de los Códigos de Comercio y Civil.

A fines de 1976, por iniciativa del profesor GARRIGUES, que presidía la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, se acometió allí la redacción de un Anteproyecto de LCS. En junio de 1978 pudo concluirse, al encomendarse la ponencia, entre otros, a quienes integraron la comisión designada en 1968 por el Ministerio de Hacienda, y se elaboró pronto un texto, que el Gobierno aprobó y remitió al Parlamento.

El Proyecto de LCS, tras un rico debate parlamentario, en el que tanto el Congreso como el Senado introdujeron bastantes enmiendas, fue finalmente aprobado inicialmente con 106 artículos y fue promulgado como Ley 50/1980, de 8 de octubre (BOE del 17 de octubre de 1980).

Desde entonces la LCS ha experimentado diferentes modificaciones en algunos de sus preceptos y se le han añadido otros, sea como consecuencia de las Directivas Comunitarias, sea por propia decisión interna. Ocurre así en las siguientes leyes:



1ª) La Ley 21/1990, de 19 de diciembre, adaptó el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de prestación de servicios en seguros distintos al de vida y actualizó la legislación de seguros privados (artículos tercero y sexto). Esta modificación afectó a los artículos 10, 28, 44, 48 y 52; además introdujo una sección 9ª en el título 2º, para regular el seguro de defensa, sin cambiar la numeración de los artículos, sino bajo la numeración 76.a) al 76.g); y se añadió un título 4º sobre normas de derecho internacional, como artículos 107 a 109.

2ª) La Ley 9/1992, de 30 de abril, la anterior Ley de Mediación en los Seguros Privados, cuyo apartado 3º de la disposición derogatoria, dejó sin efecto el párrafo 1º del artículo 21.

La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, cuya disposición adicional 6ª efectuó una importante modificación, no siempre afortunada, que afecta a los artículos 8, 20, 33.a), 44, 73, 83.a) y 107 a 109.

4ª) La Ley 18/1997, de 13 de marzo, que dio nueva redacción al primer párrafo del artículo 8.

5ª) La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, cuyo artículo 12 modificó la redacción del artículo 83.

6ª) La Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, cuya disposición final 28ª, modificó la redacción del artículo 37 de la LCS.

7ª) La Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de los seguros privados, cuyo artículo 2 introdujo el artículo 6-bis), modificó el artículo 83.a) e incorporó las tres disposiciones adicionales, para trasponer la Directiva 2002/65/CE, de 25 de septiembre.

8ª) Y la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados, cuya disposición adicional 10ª, modifica el artículo 8.9 y el artículo 21.dos.

Una armonización de la normativa europea sobre el contrato de seguro, que arrancó del Anteproyecto de 1962, fue intentada sin éxito en 1979 y en el Proyecto de Directiva de 30 de diciembre de 1980; y nuevamente se ha reanudado en el marco del “Plan de acción de la Comisión Europea para un derecho contractual europeo más coherente” de 2003. El Comité Económico y Social Europeo, en su dictamen “El contrato de seguro europeo”, publicado en el DOUE del 28 de junio de 2005, ha reiterado la necesidad de una armonización de la normativa imperativa para la parte general del derecho de seguros, a fin de superar obstáculos a las operaciones transfronterizas, recomendando como técnica jurídica el Reglamento, para garantizar que la armonización sea plena. De todos modos en la Unión Europea sigue faltando voluntad política para llevar a buen fin estos proyectos.

Hacia una revisión del ámbito de la LCS

Voy a limitarme a apuntar algunos extremos de la vigente LCS, que entiendo deberían ser objeto de replanteamiento de cara a su reforma, algunos de los cuales los indiqué ya, a los veinte años, en el nº 104 de la Revista Española de Seguros. Mi pretensión, al ponerlos sobre la mesa, es esbozar cuestiones sobre las que reflexionar y abrir inquietudes para que, desde puntos de vista diferentes, se formulen sugerencias al respecto. No quiero entrar aquí en planteamientos sobre los principios jurídicos y técnicos, ni profundizar sobre la estructura que debiera tener una nueva ley, pues a mi juicio debe desecharse la tentación de sustituir la actual, bastando la modificación puntual y la nueva ordenación numérica de los artículos.

En relación con la revisión de la LCS, la reforma debería comenzar por un planteamiento ambicioso de su ámbito de aplicación. A mi juicio podría haberse integrado en la nueva LCS la regulación de los seguros marítimos (derogando los artículos 735 al 805 del Código de Comercio), así como los aéreos (con derogación de los artículos 126 al 129 de la Ley de 21.7.1960). Me parece preferible esta solución, como quiso efectuar en 1991 la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, en lugar de incluir la materia en la Ley General de Navegación Marítima (artículos 436 al 497), como hace el Proyecto que actualmente tramita el Parlamento.

Pero es que, además, la LCS debería incorporar la regulación, hoy silenciada, de diferentes ramos o modalidades y de diversas formas de contratación que son de frecuente utilización en la práctica, desde el seguro de asistencia en viaje, decesos, natalidad, nupcialidad o dependencia, hasta los seguros combinados o multirisgos, o los seguros del automóvil. Aunque sólo se les dedique un único precepto, como hace el texto actual con el seguro de caución, se les brindaría carta de naturaleza legal y se mejoraría la sistemática de una Ley, que debe tener el propósito de agotar la generalidad del tratamiento de todo lo que constituye un contrato de seguro.

Sobre las disposiciones preliminares

Refiriéndome ya a las disposiciones preliminares y concretamente al artículo 2, debería explicitarse en ese precepto el carácter supletorio de la LCS respecto de cualquier clase de seguro privado, a falta de norma legal específica, como suele señalar la mayoría de la jurisprudencia.

Y, desde estos primeros preceptos, ubicándolo mejor aquí, al sentar el carácter imperativo de la LCS, convendría expresar las dos excepciones que la propia Ley reconoce: los grandes riesgos,

como establece el artículo 44.2, y los contratos de reaseguro, como determina el artículo 79.

En estos dos casos, no solamente deja de ser imperativa la LCS, sino que, según el artículo 107, las partes tienen libertad para elegir la ley aplicable al contrato, salvo que traten de eludir normas de orden público o, como señalan OLIVENCIA y SÁNCHEZ CALERO, que se desnaturalice el contrato de seguro o afecte a un tercero que no sea parte en dicho contrato.

Además, la determinación de qué ha de entenderse por grandes riesgos, que hoy se efectúa en el artículo 107.2, en los mismos términos de la Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida y que comprenden los seguros marítimos y aéreos, debería trasladarse a otro lugar, bien a un artículo específico de la LCS dentro de las disposiciones generales de los seguros contra daños, bien a un artículo también específico del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, TRLOSSP).

En cuanto al artículo 3, sería positivo coordinarlo con las disposiciones de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984, de 19 de julio, (LGDCU), y de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación 7/1998, de 13 de abril, (LCGC), que regulan ya con carácter general análogas materias y que, en tal sentido, hacen que el sector asegurador no tenga por qué requerir una reglamentación especial de mayor rigor que la de otros sectores económicos y financieros, bastando la simple acomodación del régimen general al mismo. Así, no siempre resultará aplicable la LGDCU, en cuanto que no en todos los casos los tomadores de seguros o los asegurados tienen la condición de consumidores o usuarios. Desde luego, en los grandes riesgos y en el reaseguro, la relación se produce entre profesionales y no entre empresa y consumidor; pero también sucede igual en otros



contratos de seguro, en los que no cabe calificar al tomador del seguro o al asegurado de consumidor o de parte más débil. De todo ello resultaría preferible modificar el artículo 3º de la LCS, para someter el contrato de seguro sin más a la LGDCU y a la LCGC, en los casos en que resulten aplicables, y para suprimir de la LCS lo que ya queda regulado con carácter general en esas otras leyes.

Al menos, en esa labor de adecuación del artículo 3 de la LCS a la LGDCU y a la LCGC, convendrá adecuar la terminología para calificar a las llamadas condiciones lesivas como “abusivas”, según propone SÁNCHEZ CALERO; y diferenciarlas nitidamente de las condiciones “limitativas” de los derechos del asegurado y de las condiciones delimitadoras del riesgo cubierto. En todo caso se debería establecer expresamente la inaplicación de este artículo a las cláusulas de exclusión de riesgos.

Sobre la conclusión y documentación del contrato

Pasando a la conclusión y documentación del contrato, en el artículo 5, como en el artículo 3, se contempla un sistema de emisión de las pólizas y demás documentación contractual, que ignora las modernas técnicas de contratación a distancia, telefónica, telemática o de emisión informatizada, que aparecen ya contempladas en el artículo 5 de la LCGC.

La competencia y la conveniencia de reducir costos de gestión y de distribución ha generado nuevos canales de comercialización y de atribución de funciones, a los que hay que atender sin generar dificultades contractuales a esos nuevos procedimientos y a la posibilidad de seguir utilizando con economía los canales tradicionales que brindan a los asegurados auténtico asesoramiento y asistencia personalizada.

Sería bueno, pues, traer aquí, como artículos 5.a), 5.b) y 5.c), las actuales tres disposiciones adi-

cionales, sobre el soporte duradero, la contratación a distancia y la contratación electrónica, que fueron introducidas por el artículo 2.3 de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre. E incluso, como indica ALARCON FIDALGO, debería derogarse la regulación de la contratación a distancia, común a la contratación mercantil y regida por la nueva redacción del artículo 54 del Código de comercio.

Por otra parte, en el artículo 7 habría que cuidar la terminología para sustituir la expresión “tercer asegurado” introducida en el Parlamento, por “tercero asegurado” que figuraba en el Proyecto. El tercer asegurado en una póliza con tomador diferente del asegurado, parece decir relación al número de asegurados, mientras que la expresión “tercero asegurado” se corresponde a un concepto jurídico acuñado, que viene a subrayar que el asegurado es distinto del tomador.

En el artículo 8, tras establecer el contenido de las pólizas y referirse al caso de las pólizas flotantes, también debería hacer referencia a los supuestos de pólizas en las que se combina la cobertura de diferentes riesgos (multirisgos), como forma frecuente de contratación en el mercado, silenciada sin embargo en la LCS.

Sobre las obligaciones y deberes de las partes

Sobre las obligaciones y deberes de las partes, en el artículo 15, párrafo 1º, convendría aclarar que, la reclamación del pago de la primera prima o de la prima única, puede hacerse con base en la póliza, sea en vía ejecutiva o en vía declarativa ordinaria, en la que tal vez el nuevo procedimiento monitorio de la LEC pueda resultar interesante.

Y en el párrafo 2º, debería concretarse que, también las primas sucesivas por el periodo en curso, pueden ser reclamadas en vía ejecutiva o declarativa ordinaria, y que solo la reclamación judicial

de la prima impide la extinción del contrato, no la reclamación extrajudicial sin éxito.

Por otra parte, en este punto, como en tanto otros en los que se olvida que los desequilibrios en favor de unos asegurados repercuten en los demás asegurados a través de las primas, debería replantearse la conveniencia de mantener un mes de cobertura gratuita después de vencidas e impagadas las primas posteriores a la primera. Esa ventaja económica beneficia a los asegurados morosos pero la pagan todos los demás asegurados a través del mayor importe de sus primas.

Respecto de los gastos de salvamento, el artículo 17 debería precisar que se trata de un reembolso de gastos, independiente de la indemnización que proceda con arreglo a la suma asegurada y los daños producidos; y que siempre que el asegurado o el tomador del seguro se hayan limitado a actuar siguiendo las instrucciones del asegurador, y no solamente cuando se den situaciones de infraseguro, el asegurador deberá reembolsárselos íntegramente. No debe haber limitación cuantitativa alguna, ni siquiera la suma asegurada, modificando así el artículo 49.I. Y es que en tales casos, el asegurado o el tomador estará obrando como mandatario del asegurador, sin que la suma asegurada limite la libertad del asegurador de impartir instrucciones con la esperanza de disminuir las consecuencias del siniestro, ni la obligación que como mandante le incumbe de reembolsar al mandatario los gastos realizados, “aunque el negocio no haya salido bien” como dice el artículo 1.728 del Código Civil.

Al establecer el artículo 18, párrafo 1º, la obligación del asegurador de satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones, debería aclararse que son las necesarias, no solamente para establecer la existencia del siniestro y en su caso el importe de los daños que resulten del mismo, sino también los precisos para de-

terminar si ese siniestro se encuentra cubierto por el contrato de seguro concertado. En ocasiones el problema no radica en la existencia del siniestro o la cuantificación de los daños, sino en el alcance de la cobertura a ese concreto siniestro, extremo previo que naturalmente ha de dilucidarse para que nazca la obligación de indemnizar. Aunque en un concepto estricto de siniestro, habría que entender exclusivamente el acaecimiento del evento dañoso, cuyo riesgo es objeto de cobertura en ese concreto contrato de seguro, no es ese el sentido general que se atribuye a la expresión siniestro, por lo que se hace conveniente la expresada clarificación de la que, como veremos, derivarán otras consecuencias. Así el propio artículo 18 señala que “en todo caso” el asegurador deberá pagar el importe mínimo de lo que pueda deber, dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración de siniestro –y es claro que aquí el término siniestro se utiliza en sentido genérico, pues se hace equivar a la comunicación del acaecimiento del evento dañoso–. Sin embargo debería concretarse que ese pago no procederá en todo caso, sino solamente cuando la aseguradora acepte que el evento dañoso queda cubierto por el contrato y solo quede por determinar la cuantía de la indemnización, a cuyo fin se seguirá el procedimiento pericial contradictorio del actual artículo 38.

Y en el artículo 18, párrafo 2º, que merecería precepto independiente, además de contemplar la posibilidad de sustituir la indemnización por la reparación o reposición del objeto cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta, también debería preverse los supuestos en los que la propia póliza establezca esa forma de indemnización. Precisamente lo que en algunos seguros pretende el asegurado no es la indemnización mediante la entrega de una suma de dinero, sino que, ocurrido el siniestro, se le preste inmediatamente el servicio de reposición o reparación del bien siniestrado, los servicios funerarios o la asistencia sanitaria específica.



De este modo se deberían distinguir plenamente: Aquellos casos en los que el seguro se ordena a obtener la indemnización dineraria en caso de siniestro, y en los que la sustitución por una reposición, reparación o asistencia mediante los oportunos servicios de la aseguradora o contratados por ésta constituye una oferta que el asegurado podrá aceptar o rechazar cuando se produzca el siniestro. Y aquellos otros supuestos en los que el seguro se ordena a obtener esa reposición, reparación o asistencia, en los que, ocurrido el siniestro, la aseguradora queda obligada a prestarlos y el asegurado a recibirlos sin que quepa su sustitución por dinero. Ambos casos tienen plena cabida en el concepto de contrato de seguro que expresa el artículo 1, en cuanto que se refiere a la obligación de indemnizar el daño, pero también a satisfacer "otras prestaciones convenidas". Pero si el seguro concertado no es de asistencia, no cabe imponer ésta para reponer o reparar los bienes, aun cuando al asegurador pueda resultar más económica por los conciertos que tenga establecidos con la empresa de servicios que los preste; y si el seguro es de asistencia, no cabe rechazarla con la pretensión del asegurado de que tiene quien se la presta a su satisfacción.

Respecto al artículo 19, convendrían mejorar técnicamente la fórmula utilizada, para el caso de que el asegurado haya ocasionado dolosamente el siniestro, estableciendo directamente la ausencia de la obligación del asegurador de indemnizar.

En cuanto al artículo 20, que fue objeto de nueva y prolija redacción en 1995, continúa partiendo de un prejuicio anti-asegurador y sigue siendo confuso y desequilibrador. Además, en los países de nuestro entorno (Francia, Italia, Suiza, Portugal, Bélgica o Luxemburgo) no suele aplicarse al sector asegurador, un sistema diferenciado del establecido con carácter general, para la mora en el cumplimiento de las obligaciones.

Así no parece razonable mantener en la regla 3ª un concepto de mora diferente del que rige en nuestro ordenamiento para todos los demás deudores, incluso cuando se trata de empresas. ¿Porqué un asegurador incurre automáticamente en mora, si no cumple su prestación en el plazo de tres meses desde que ocurre el siniestro, o no ha procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días desde la recepción de la declaración del siniestro? Ese mismo tratamiento de la mora no se da respecto de un banco avalista de cualquier obligación o respecto de un promotor que se retrasa en la entrega de la vivienda.

Del mismo modo, no parece ponderado mantener, como hace la regla 4ª finis, los hoy desmesurados intereses penalizadores del 20%, frente a los que se aplican judicialmente. Como señala ESPERANZA MEDRANO, debería servir de referencia el previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, la "suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales", interés moratorio que en España se fija para el segundo semestre del 2006 en el 9'83%.

Y, desde luego, debería acabarse con la discrepancia de interpretación de las Audiencias Provinciales al aplicar los intereses penalizadores: Unas aplican el interés legal incrementado en el 50%, durante dos años desde el siniestro, y el 20% a partir del primer día del tercer año; y otras aplican directamente el 20% desde la ocurrencia del siniestro, si no se liquida en dos años. Entre las primeras se cuentan la Sección 5ª de la A.P. de Sevilla, en Auto 31.1.2005; o la Sección 4ª de la de Málaga, en Sentencia de 20.9.2000. Entre las segundas, se cuentan la A.P. de Madrid, que lo acordó en las Reuniones para la unificación de criterios de 29.5 y 23.9.2004 de las Secciones Civiles y Penales, con-

clusión 14ª, y en ese sentido se pronuncian los Autos de la Sección 19ª de 29.10.2004 y de la Sección 14ª de 31.3.2005; la A.P. de Granada, que lo acordó en la Reunión de las Salas de lo Civil para la unificación de criterios de 16.2.2006; o la Sección 16ª de la de Barcelona, en Auto de 31.3.2004,

Tampoco parece lógico que en las reglas 5ª y 6ª se rompa con el tradicional brocardo, aplicable en los demás casos de obligaciones no líquidas, de que “in illiquidis non fit mora”, para retroactivamente considerar como base inicial del cálculo de los intereses moratorios el importe que a posteriori se liquide. Especial relieve tiene esta cuestión en seguros de responsabilidad civil en los que no es previsible el periodo de curación, ni las secuelas de los perjudicados, ni mucho menos las habituales dilaciones judiciales, como señalan las SSTs de 10.12.2004 y 20.7.2005. En todo caso el inicio del cómputo del plazo para la mora debería ser siempre la fecha de comunicación del siniestro.

Y aunque la regla 8ª establece, que no habrá lugar a indemnización por mora, cuando la falta de pago de la indemnización o del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no fuese imputable al asegurador, la escasa precisión de esta excepción lleva a interpretaciones restrictivas que podrían obviarse con una mejor redacción de esta norma. En todo caso sería preferible acoger un texto mucho más simple, como el que propiciara el Consejo de Estado al informar el Anteproyecto de la que luego sería la Ley 30/1995, con una simple reducción del primitivo tipo y una aclaración de los posibles perceptores de tales intereses. La consolidada jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo haría innecesario el confuso casuismo que se ha dado al precepto.

Sobre la duración del contrato y el arbitraje

En el artículo 22 no resulta necesario fijar un plazo tan dilatado como el de dos meses, para

oponerse por escrito a la prórroga del contrato, cuando los conflictos entre las partes suelen surgir, como señala VEIGA COPO, precisamente en los momentos inmediatos al término del contrato.

Y a propósito del artículo 24, aunque no respecto de su contenido, frente al que nada hay que objetar, sería bueno explicitar en la LCS, como hace el artículo 61 del TRLOSSP, la posibilidad de resolver los conflictos mediante el arbitraje impropio de consumo previsto en el artículo 31 de la LGDCU, o mediante el arbitraje común regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, aunque respecto de este último no cabe imponerlo a los consumidores en las condiciones generales, por considerarse un caso de condición abusiva prohibida en todo caso conforme al artículo 10bis de la LGDCU, en relación con el nº 26 de su disposición adicional 1ª añadida por la LCGC.

Sobre las disposiciones generales en los seguros contra daños

En cuanto al artículo 33.a), debería suprimirse, pese a que haya sido incorporado a la LCS en 1995 por la LOSSP. Realmente carece de utilidad, pues se limita a calificar como coaseguro comunitario, un coaseguro referido siempre a grandes riesgos, para determinar que se regirá por las disposiciones aplicables al contrato de seguro para grandes riesgos. La finalidad del precepto fue incorporar lo establecido en la Directiva 78/473, de 30 de mayo, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de seguro comunitario, pero en 1995 ya resultaba innecesario para el seguro no de vida relativo a grandes riesgos, al haberse pasado a la libre prestación de servicios a través de la segunda directiva 88/357, de 22 de junio, que liberalizó ampliamente la actividad aseguradora para los grandes riesgos, y de la tercera directiva 92/49, de 18 de junio, que estableció la autorización administrativa única. En todo caso, el contenido de este precepto, ya inne-



cesario, sería más propio del Texto Refundido de la LOSSP que de la LCS.

En cuanto al artículo 38, pese a ser, hoy junto con los artículos 20 y 107, uno de los más largos de la LCS y de haber sido calificado de prolijo por las SSTS de 17.7.1992 y 5.6.1999, esas mismas sentencias señalan que resulta incompleto. De todos modos en Brasil, he tenido ocasión de ser invitado por el Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS) para exponer y publicar recientemente el tratamiento de O Sinistro, sua regulação y liquidação, para incorporarlo al proyecto de Ley de Contrato de Seguro que preparan. En nuestra LCS debería mantenerse este precepto y perfeccionarse, por la extraordinaria operatividad que brinda de cara a la pronta liquidación de los siniestros, completando y clarificando algunos extremos:

a) En primer lugar debería aclararse que el procedimiento pericial contradictorio del artículo 38 no resulta imperativo en aquellos casos en los que la aseguradora rechaza, no el “quantum” del siniestro, sino la existencia misma del siniestro o su cobertura por el contrato. Estas materias deberían ser dilucidadas por los Tribunales de Justicia o, en su caso mediante arbitraje, pero sin imponer previamente la tasación pericial contradictoria, que supone dilaciones y costos y solamente resultaría útil cuando una sentencia o un laudo arbitral declarasen la existencia misma del siniestro y su cobertura por el seguro.

De este modo se superarían las contradicciones jurisprudenciales y la polémica doctrinal, sobre el carácter imperativo o no de agotar el procedimiento pericial del art. 38 antes de acudir a los Tribunales de Justicia. **Del Caño Escudero y Battaller Grau** sostienen esa imperatividad, asentada en las SSTS de 14.7.1992 y 17.7.1992, aun cuando BATALLER destaque que, a tenor de las SSTS de 23.1.1986 y 10 y 17.5.1990, no constituye requisito de procedibilidad por lo que cabe la ac-

tuación judicial si el demandado no alega la omisión del procedimiento de tasación pericial imperativo. Sin embargo coincido con **De la Oliva y De la Cuesta, Tirado Suárez y Reglero Campos** en que, cuando el debate se plantea sobre el “an de-beatur” (si se debe) y no sobre el “quantum” (cuanto se debe), cabe acudir a los tribunales sin pasar imperativamente por el procedimiento del artículo 38, como reconocieron las SSTS de 30.11.1990, 31.1.1992 y 4.9.1995.

Para agilizar el sistema, tal vez sería bueno que, durante el periodo previsto para el eventual arreglo amistoso, la aseguradora tenga que manifestar si acepta la existencia del siniestro y su cobertura por el seguro. En caso de rechazarlo en ese plazo, el asegurado o el beneficiario podrán acudir directamente a los Tribunales o, en su caso, al arbitraje.

b) También convendría precisar que en el procedimiento pericial, cuando una de las partes no designa su perito pese a ser requerida por la otra, bien sea por renunciar expresamente a hacerlo o por renunciar tácitamente al dejar transcurrir el plazo de ocho días concedido para la designación, el perito único que actúe, aunque sea el designado por la otra parte, lo hará como perito de ambas, con el deber de informar a ambas y de notificar a ambas el dictamen que emita.

La redacción actual, en cuanto que el artículo 38, párrafo 4º, señala que la omisión de la designación del perito propio, determina la aceptación del dictamen que emita el perito de la otra parte, quedando vinculado por el mismo, si se entiende radicalmente como hizo la STS de 4.6.1994, excluiría la posibilidad de impugnación judicial prevista en el artículo 38, párrafo 7º, lo que parece excesivo.

Y, por otra parte, la redacción actual, en cuanto que se refiere al perito como de la otra parte, olvida que los peritos, cualquiera que sea el origen

de su designación, son profesionales independientes, designados por una u otra parte, por ambas o por el juez, pero nunca “de una” ni “de otra” parte. De tal modo que no existe relación de dependencia ni de mandato con quien los designa, quien no puede imponerle sus instrucciones, ni revocarlos. Se trata de una relación de arrendamiento de servicios que se produce conjuntamente entre el conjunto de los peritos y las partes en conjunto, lo que explica que una vez aceptado el encargo por los peritos, sea irrenunciable e irrevocable. En ese sentido la STS de 17.7.1992 declaró que cuando una de las partes no designa perito, con su conducta se somete al designado por la otra, pero no pasa a ser un tercero ajeno, sino que ambas partes son las destinatarias del dictamen encargado y con ambas queda vinculado el perito en el cumplimiento del encargo recibido; y que la vinculación del dictamen del perito designado para quien no lo designó no significa ni más ni menos que equiparar este dictamen al emitido con participación de un perito designado por cada parte.

c) También sería conveniente concretar el concepto de partes, a las que el artículo 38, párrafo 4º, atribuye la designación de los peritos. Desde el punto de vista del asegurado, debería especificarse que, en los seguros por cuenta ajena, la designación corresponde al asegurado y no al tomador del seguro; y ello pese al supuesto especial de los Seguros Agrarios Combinados (Ley 87/1978, de 28 de diciembre), en que el artículo 24 del Reglamento (RD 2329/1979, de 14 de septiembre) atribuye esa designación al tomador de las pólizas colectivas. Y, además, habría que precisar que la designación nunca corresponde ni al beneficiario, como cesionario del derecho a la indemnización, ni a los acreedores hipotecarios, pignoratícios o privilegiados, en cuanto meros titulares de especiales protecciones en el momento del pago. Y desde la perspectiva de la aseguradora, habría que señalar que, en los supuestos de seguro cumulativo o de coasegu-

ro sin designación de coasegurador delegado o abridor, todas las aseguradoras, como proponen De la Oliva y De la Cuesta y en contra de lo que sostiene Bataller, tendrían que designar un Perito común para que, con el Perito designado por el asegurado y, en su caso, con el perito tercero, puedan aprobar por unanimidad o por mayoría un único dictamen; de no hacerse así, habría que extender tantos dictámenes como aseguradoras, en los que pueda alcanzarse la unanimidad o la mayoría con la composición de Peritos equilibrada que la Ley contempla, pero con el peligro al menos teórico de que no todos los dictámenes fuesen coincidentes; y de ese modo, este peligro se uniría a las dificultades que ya generan estas situaciones respecto de la necesidad de que el asegurado reclame a cada asegurador su indemnización, sin disponer de un interlocutor único que le pague por todos.

d) Del mismo modo sería conveniente, evitar la confusión sobre el procedimiento de insaculación de peritos de la antigua LEC a que se refiere el artículo 38, párrafo 6º, para el supuesto de falta de acuerdo en la designación del perito tercero, sea el de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio establecido en el artículo 2.117, que remite al artículo 616 (De la Oliva y De la Cuesta), sea el de los artículos 2.175 y ss. que se encuadra bajo la rúbrica “del nombramiento de árbitros y del de peritos de seguros” (Ramos Méndez). Debería acomodarse y remitirse expresamente, a las previsiones sobre nombramiento de peritos de los artículos 339 y ss. de la nueva LEC.

e) Igualmente debería concretarse el plazo y la forma en que los Peritos han de notificar a las partes su dictamen, sea unánime o mayoritario. El artículo 38, párrafo 7º, se limita a señalar que ha de hacerse de manera inmediata y en forma indubitada, pero debería precisarse quien haya de notificarlo, por ejemplo cada perito a la parte que lo designó, y un plazo para efectuarlo.



f) Y asimismo habría que concordar el artículo 38, párrafo 9º, que dispone, en caso de que el asegurado tenga que reclamar judicialmente la indemnización convertida en inatacable, el pago de los intereses del artículo 20 desde que la valoración devino inatacable para el asegurador. Sería preferible acomodar de devengo de los intereses, fijando como término inicial del cómputo la fecha del siniestro, conforme establece el propio artículo 20, regla 6ª.

Pasando al artículo 44, sus dos párrafos deberían independizarse, pues el primero, sobre los riesgos extraordinarios, nada tiene que ver con los grandes riesgos mencionados en el segundo. En esa línea, el párrafo 2º debería constituir un nuevo precepto, en el que se determinasen cuales son los seguros de grandes riesgos, según los delimita la Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, en lugar de hacerlo en el artículo 107.2 con motivo de las normas de Derecho Internacional Privado. Y es que, las consecuencias de tal calificación y de la no imperatividad de la LCS, van más allá de los problemas propios del Derecho Internacional Privado, en cuanto que pueden darse en situaciones en las que no exista ningún punto de conexión con elementos extranjeros.

Sobre el seguro de incendios

A su vez, el artículo 48, debería eliminar la referencia a la culpa grave, de la exclusión contenida en el párrafo segundo, pues la culpa grave no es dolo.

Y el artículo 49, extremos 1º y 2º, sobre el seguro de incendios, debería recibir el mismo tratamiento de los gastos de salvamento dado por el artículo 17 con carácter general, tanto excluyéndolo del concepto de indemnización dimanante de la suma asegurada, para alcanzar al reembolso de los gastos efectuados en ese salvamento, cuanto para eliminar la exclusión, salvo pacto en

contrario, de los gastos que ocasione la aplicación de las medidas adoptadas por la autoridad o el asegurado para impedir, cortar o extinguir el incendio. La cobertura de los gastos de extinción del incendio, en lugar de tener carácter adicional, debería quedar comprendida siempre en el seguro contra incendios, como un gasto más de salvamento.

Sobre el seguro de caución

El artículo 68 sobre el seguro de caución, debería establecer ya con carácter general, como sugiere Camacho de los Ríos y contemplan las leyes especiales para determinados supuestos de obligatoria contratación (por ejemplo el seguro de caución a favor de la Administración pública), que el impago de la prima por el tomador del seguro no sea oponible al asegurado, en cuyo beneficio está contratado este seguro. Ello propiciará que las aseguradoras cobren la prima mediante un pago único o recaben las garantías necesarias para hacer efectivas las primas periódicas.

Sobre el seguro de responsabilidad civil

En el artículo 73, párrafo 1, convendría definir el seguro de responsabilidad civil, en consonancia con la realidad de las pólizas, y establecer a qué queda obligado el asegurador.

En el artículo 73, párrafo 2, se debería eliminar la referencia a las cláusulas de delimitación temporal de la cobertura, como “cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3”, pues no se trata de una limitación de los derechos del asegurado, sino de una delimitación de la cobertura del seguro.

Y el artículo 76 sería bueno que distinguiera los seguros de responsabilidad civil obligatorios de los voluntarios. En los obligatorios, estableciendo la inoponibilidad total de las excepciones que

el asegurador pueda tener contra el asegurado; mientras que en los voluntarios, no tiene sentido otorgar al tercero un derecho más amplio que al propio asegurado.

Sobre el reaseguro

El artículo 77, párrafo 2º, sobre el llamado pacto de reaseguro interno, debería suprimirse, ya que en sentido estricto todo reaseguro es interno y ajeno a los asegurados. Precisamente si el reaseguro es externo, en el sentido de que sea contratado por la aseguradora con intervención del asegurado, dejaremos de estar ante una figura de reaseguro y se convertiría en un supuesto más próximo al coaseguro o al seguro subsidiario, según los casos. Si se quiere mantener este párrafo 2º con una finalidad más útil, podría establecerse expresamente aquí que el pacto de coaseguro interno, concertado entre las coaseguradoras sin intervención del asegurado, tendrá tratamiento de reaseguro y por tanto el asegurado solo podrá reclamar a su aseguradora y por la totalidad de la indemnización que proceda, sin perjuicio de las relaciones internas que tengan entre sí las llamadas coaseguradoras internas.

Y, también respecto del reaseguro, en el artículo 78, párrafo 1º, debería subsanarse la omisión en que incurre la LCS, al no indicar que el sujeto del privilegio especial que tienen los asegurados, sobre el saldo acreedor que arroje la cuenta del asegurador con el reasegurador, es el conjunto de los asegurados y no cada asegurado o grupo específico de asegurados.

Sobre el seguro de vida

En el artículo 90, se debería utilizar una terminología más correcta e indicar que, en caso de inexactitud en la edad del asegurado de vida, cuando la verdadera edad exceda de los límites establecidos por el asegurador, la facultad de éste no es la de impugnar el contrato, sino la de rescindirlo.

Y en el artículo 93, respecto del tratamiento general del suicidio en el seguro de vida, debería diferenciarse el supuesto de los seguros sobre la vida de un tercero, en los que, como señala TIRADO SUÁREZ, el tercero, más que asegurado, es un mero “portador del riesgo”, cuya conducta en orden al suicidio no debe ser relevante, sino que, en tales casos, siempre quede cubierto el riesgo de suicidio, al que por naturaleza es ajeno el tomador-beneficiario. Piénsese en el seguro de vida de sus futbolistas que concierte un Club, para caso de muerte de los mismos, en el que debería quedar cubierto el riesgo de suicidio de los mismos, aunque ocurriera antes del año.

Sobre el seguro de accidentes

En el artículo 100, párrafo 2º, relativo al régimen jurídico de los seguros de accidentes, que establece la aplicación de los artículos 83 al 86 y 87, párrafo 1 sobre los elementos personales de los seguros sobre la vida, debería completarse con que también son aplicables algunos otros preceptos, como los artículos 89 y 90 sobre las reticencias e inexactitudes, o el artículo 99 sobre la cesión de la póliza.

Por el contrario resulta absolutamente innecesario el artículo 102, que determina que si el asegurado provoca intencionadamente el accidente, el asegurador se libera del cumplimiento de su obligación, ya que en ese caso no habría accidente en los términos del artículo 100, párrafo.1, al no tratarse de una causa externa y ajena.

El artículo 103 debería concordarse mejor con el artículo 17, relativo a los gastos de salvamento. Este precepto determina que los gastos de asistencia sanitaria únicamente quedan incluidos en el seguro de accidentes, como de cuenta de la aseguradora, cuando expresamente se haya establecido su cobertura en la póliza y siempre que la asistencia se acomode a las condiciones



previstas en la misma, sin que tales condiciones puedan excluir la asistencia necesaria de carácter urgente. Con ello se limita, por ministerio de la ley y naturalmente salvo pacto en contrario, la aplicación al seguro de accidentes de los principios generales del artículo 17 sobre los gastos de salvamento, que imponen al asegurador atender los gastos necesarios para aminorar las consecuencias del siniestro, es decir los originados al tomador o al asegurado por el cumplimiento del llamado deber de salvamento.

Pero en todo caso debe aclararse que, como indica Pérez Torres, las previsiones del artículo 17 se seguirán aplicando respecto de otros gastos de salvamento diferentes de la asistencia sanitaria, que pueden ser a veces muy costosos, como la búsqueda del asegurado accidentado en el mar o en la montaña.

Sobre las normas de Derecho internacional privado

Finalmente, en relación con los artículos 107 y 108, que trasponen las Directivas Europeas en materia de Derecho Internacional Privado, además de eliminar del primero de ellos el concepto de seguros de grandes riesgos, para llevarlo a otro precepto específico dentro de las disposiciones generales sobre los seguros contra daños o al TRLOSSP, debería cuidarse de acomodar mejor la redacción de estos artículos a las referidas Directivas.

Y es que, en la transposición española, se han omitido el inciso final del apartado letra a) y el apartado letra d) del artículo 7.1 de la Segunda Directiva de 1988 sobre los Seguros No de Vida, y el inciso final del párrafo 1º del artículo 4 de la Segunda Directiva sobre los Seguros de Vida de 1990. Con ello se recorta la autonomía de la voluntad y se merma la seguridad jurídica, ya que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, los Tribunales españoles habrán de interpretar las normas espa-

ñolas del modo más acorde a las Directivas, para buscar su efecto útil.

Conclusion

Termino. Hay que pensar que el ideal es mirar siempre más lejos. Por ello es de esperar que efectivamente se lleve a cabo la revisión de la LCS, con las consideraciones que he expuesto u otras parecidas, sin caer en tentaciones de anquilosarla.

Huir de ese y de cualquier otro anquilosamiento, será siempre una buena enseñanza que aprender y, desde luego que difundir entre nuestros Alumnos, partiendo de que el Derecho es el sentido común institucionalizado y, cuando no sucede así, habremos de preguntarnos la causa.

La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

L. Fernando Reglero Campos

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Abogado-Consultor de Pérez-Llorca*



Sumario:

1. Introducción.
2. Las obligaciones legales y contractuales del Abogado. Fuentes.
3. Naturaleza de la relación. Contrato de servicios o contrato de obra.
4. Naturaleza de la responsabilidad profesional del Abogado. Responsabilidad contractual y no extra contractual.
5. Canon de diligencia en la práctica profesional del Abogado.
6. Carga de la prueba.
7. Casuística.
 - 7.1. Existencia de responsabilidad.
 - 7.1.1. Transcurso de plazos.
 - A) Por dejar transcurrir plazos sustantivos.
 - B) Por dejar transcurrir plazos procesales.
 - 7.1.2. Negligencia por omisión.
 - A) Por omisión de información al cliente:
 - B) Por omisión de elementos relevantes en los escritos judiciales.
 - 7.1.3. Responsabilidad por no devolución de la documentación entregada por el cliente.
 - 7.1.4. Otras negligencias
 - 7.2. No hay responsabilidad.
8. Los Abogados no responden de la negligencia de los Procuradores en el ejercicio de las actuaciones que competen exclusivamente a ellos.
9. Los daños. Conceptos indemnizatorios y su valoración.
 - 9.1. Consideraciones generales.
 - 9.2. Daños patrimoniales o materiales. El juicio de probabilidad.
 - 9.3. Pérdida de oportunidad procesal y daño moral.
 - 9.4. Cuantificación en la fase de ejecución de sentencia.



1. INTRODUCCIÓN¹

En los últimos años se viene advirtiendo una cierta proliferación de acciones contra Abogados en demanda de reclamación de daños derivados de una práctica profesional negligente, normalmente en actividades judiciales. Como en su momento ocurrió con los profesionales de la medicina y de la construcción, lo que hasta no hace mucho era una tímida tendencia hacia la obtención de una reparación de daños por casos de negligencia particularmente grave, se va transformando en una corriente cada vez más acusada hacia la responsabilidad del profesional poco cuidadoso por los daños derivados de una dirección letrada negligente en un determinado litigio. Lo mismo sucede con otros profesionales del Derecho, como los Jueces, Procuradores de los Tribunales, Notarios, Registradores de la Propiedad, ... Ningún profesional es ya «intocable».

El presente estudio tiene como propósito el de dar cuenta del tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad de los Abogados frente a sus clientes, con particular atención a sus aspectos más problemáticos, como la naturaleza de esa responsabilidad, su alcance en relación con otros profesionales (singularmente los procuradores de los Tribunales), los

casos más frecuentes de reclamación de daños la cuantificación de éstos, etc.

En cuanto a la naturaleza de la relación del Abogado con su cliente, cabe calificarla como de contrato de prestación de servicios, y, como tal, cae dentro del ámbito de aplicación de de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [LGDCU]), particularmente en lo relativo al régimen de responsabilidad (capítulo VIII)².

Aunque, por sorprendente que parezca, ese particular régimen de responsabilidad de la LGDCU ha servido a nuestro Tribunal Supremo para objetivar la responsabilidad de los servicios médicos, pues esta Ley estatuye, con carácter general, una responsabilidad de naturaleza objetiva (art. 28.2). Algo que, al menos hasta ahora, todavía no ha llegado a los Abogados, aunque las mismas razones que las esgrimidas para hacer objetivamente responsables a los médicos avalan su aplicación al colectivo de letrados (y, en general, a todos los prestadores de servicios). Sea como fuere, lo cierto es que de las sentencias del TS consultadas sobre RC de Abogados, nunca se ha llegado a aplicar esta normativa³.

¹ Bibliografía: CASADO DÍAZ, Jurisprudencia relativa a la responsabilidad civil de los abogados. Aranzadi Civil 1999-II, p. 1771; IDEM, Una nueva visión de la responsabilidad profesional del Abogado. Actualidad Civil, núm. 40 de 2003, p.1075; CERVILLA GARZÓN, Responsabilidad civil del abogado por incumplimiento de la obligación de información (comentario a la STS de 14 mayo 1999). *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000-1, núm. 5, p. 281; CRESPO MORA, *La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil*. Thomson-Civitas. 2005; GARCIA VARELA, La responsabilidad civil de los abogados. *La Ley* 1998-3, p. 1527; GOMEZ POMAR, Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad civil del abogado y daño moral (comentario a la STS de 8 abril 2003). *InDret*, enero 2003; MARTI MARTI, *La responsabilidad civil del Abogado y del Procurador*. La Ley. 2007. IDEM, "Responsabilidad del Procurador y no del Abogado por error en el proceso". *La Ley*, núm. 6590, de 14 noviembre 2006; «La responsabilidad objetiva del Abogado en el ejercicio de su profesión», *La Ley*, núm. 5846, 10 de septiembre de 2003; «La distribución de competencias y responsabilidades en el proceso entre Abogado y Procurador», *La Ley*, núm. 6386, 26 de diciembre de 2005; MUÑOZ CAMPOS, La responsabilidad civil de abogados y procuradores. Centenario del Código Civil. II (dir. RICO PEREZ), 1989, p. 343; PERAN ORTEGA, "La responsabilidad civil profesional del abogado y su aseguramiento". *Revista de Derecho vLex* (2001) (VLEX-F1177); IDEM, "La Responsabilidad Civil profesional de los despachos colectivos de abogados: régimen de responsabilidad y aseguramiento". *Revista de Derecho vLex* (2001) (VN177); SERRA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil del Abogado*. 2ª ed. Aranzadi. 2001. TEJEDOR MUÑOZ, "Responsabilidad civil profesional. Responsabilidad civil de los abogados demandados.-daño moral inferido por negligencia profesional. indemnización mancomunada en atención a sus respectivas conductas. (STS de 12 de diciembre de 2003)". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 681 (enero 2004).

² En lo que se refiere a la responsabilidad de los prestadores de servicios, el legislador español ha desempeñado el papel de abanderado hacia ninguna parte, puesto que la regulación de forma uniforme de un fenómeno tan complejo y variado como son las relaciones nacidas de este tipo de contratos no ha dejado de ser un ejercicio de voluntarismo con una cierta dosis de pretenciosidad que ha dado lugar a más problemas que soluciones.

De hecho, en el ámbito de la Unión Europea, se abandonó una iniciativa semejante ante la enorme dificultad que suponía establecer un régimen uniforme para todos los servicios ofrecidos en el mercado, y terminó por considerarse preferible establecer reglas específicas para determinados sectores (protección de los inversores, viajes combinados, ...), y mantener para los demás la vigencia de las reglas existentes en el ámbito de los Derechos nacionales.

³ Alude a ello la STS de 26 mayo 2006 (RJ 2006, 3171), pero sin aplicarla por considerar que no existieron los daños reclamados.

Tratándose, normalmente, de una obligación de medios, al profesional sólo se le puede exigir un comportamiento, no un resultado (salvo que el encargo encomendado sea de obra), y el incumplimiento de su obligación se producirá, no por la insatisfacción del cliente en cuanto al resultado obtenido, sino por el desarrollo de la actividad sin la diligencia requerida por la *lex artis*.

En definitiva, fuera de las reglas que sobre responsabilidad contiene el capítulo VIII de la LGDCU, para el caso de que la víctima sea un consumidor o usuario en el sentido del art. 1 de la propia ley, no existe un régimen jurídico unitario que permita tratar el problema de la responsabilidad por servicios como un problema que permita soluciones homogéneas.

En cuanto a su tratamiento jurisprudencial, como queda dicho, curiosamente la responsabilidad civil del Abogado (como la de buena parte de la de los Profesionales liberales) es relativamente joven. De la consulta de la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo desde 1980, la primera que aborda la cuestión es la STS de de 20 octubre 1989 (RJ 6947).

2. LAS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES DEL ABOGADO. FUENTES

La relación que une al Abogado con su cliente puede ser de muy variada condición, atendiendo al objeto de la obligación de aquél. En el *ejercicio libre de la profesión*, normalmente se concibe como un contrato de prestación de servicios, que en ocasiones se aproxima al contrato de mandato, sustentado en la buena fe y, sobre todo, en una relación de confianza entre Abogado y cliente. Pero debe calificarse como contrato de obra cuando la prestación del Abogado consista en la realización de un trabajo cuya conclusión depende de su exclusiva voluntad, tal como la redacción de determinados documentos, etc. Con todo, no está clara la línea

divisoria de los diferentes trabajos que pueden desempeñar estos profesionales.

En consecuencia, y en lo que ahora interesa destacar, para determinar el régimen de las obligaciones del Abogado y, en concreto, el canon de diligencia que le es exigible, ha de acudir al Código Civil; concretamente a las normas sobre contrato de arrendamiento de servicios (arts.1583 ss.), sobre contrato de mandato (arts. 1542 ss.), o, en su caso, sobre contrato de obra (arts. 1588 ss. CC). En cuanto al régimen de responsabilidad, debe buscarse en el propio de la específica modalidad contractual de que se trate, en el general de las obligaciones contractuales (arts. 1101 ss. CC), y en el recogido en los arts. 25 y ss. de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU).

No obstante, tanto el régimen de responsabilidad del Abogado como el canon de diligencia que le es exigible encuentran una formulación más específica en las normas que regulan la profesión, si bien tienen un rango meramente reglamentario (o carecen de alcance normativo). Así,

– El Estatuto General de la Abogacía Española (Real Decreto 658/2001, de 22 junio) (EGAE).

De él deben destacarse los arts. 42 (relación con las partes) y 78 y 79 sobre la responsabilidad civil de los abogados, sobre los que luego volveremos.

A la vista del rango reglamentario del EGAE, cabe preguntarse si es posible invocar en el recurso de casación infracción de los artículos contenidos en él. La jurisprudencia ha respondido afirmativamente sobre la base del soporte que les proporciona las normas que regulan el contrato de arrendamiento de servicios. Así lo ha declarado la STS de 4 febrero 1992 (RJ 1992\819), en un caso en el que en el recurso de casación se denunció la infracción de las



normas del ordenamiento jurídico contenidas en los arts. 53, 54 y 102 del Real Decreto 2090/1982, de 24 julio, del Estatuto General de la Abogacía, según la cual que “cabe estimar correctamente invocados los preceptos del Estatuto de la Abogacía, pues aunque es reiteradísima la jurisprudencia de esta Sala según la cual no pueden servir de apoyo a la casación por el núm. 5.º del art. 1692 los preceptos reglamentarios, también es constante el criterio de admitirlos cuando, como en este caso, tienen el soporte legal del contrato de arrendamiento de servicios al cual se puede asimilar la actividad profesional, y el soporte del art. 1902 del Código Civil cuando la actuación profesional fuera de los límites contractuales produzca daños”.

– El Código Deontológico de la Abogacía (CDA), fundamentalmente el artículo 13, sobre “Relaciones con los clientes”. De aquí han de destacarse los números 8 a 10.

– El Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Europea (adoptado por unanimidad por los representantes de los Colegios de Abogados de la CEE, en la sesión plenaria del CCBE celebrada en Estrasburgo, el 28 octubre 1988⁴.

Sobre la responsabilidad civil de los despachos colectivos, debe tenerse presente la reciente Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades

profesionales (BOE del 16 de marzo), particularmente lo dispuesto en su art. 11 sobre responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales⁵. De este artículo cabe destacar lo dispuesto en su núm. 2. Después de proclamarse en el núm. 1 la responsabilidad de la sociedad por las deudas sociales, el núm. 2 añade lo siguiente:

“No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan”.

Se trata de una previsión particularmente desafortunada (con mayor motivo si se tiene presente que la constitución de la sociedad profesional tiene carácter obligatorio) en la medida en que se hace responsables solidarios a todos los profesionales que hayan intervenido en un asunto, con independencia de su grado de participación en el mismo y de la naturaleza de su vinculación con la sociedad profesional. El régimen de responsabilidad debió haberse guiado o bien por los principios del art. 1903 CC, o bien atendiendo al criterio de la participación significativa, según los casos.

⁴ De aquí cabe destacar el aptdo. 3 (sobre relaciones con los clientes):

«3.1. Comienzo y fin de las relaciones con los clientes

3.1.1 El abogado no actuará sin mandato previo de su cliente, a menos que sea encargado de ello por otro Abogado que represente al cliente o por una instancia competente.

3.1.2 El Abogado asesorará y defenderá a su cliente rápida, concienzudamente y con la debida diligencia. Asumirá personalmente la responsabilidad de la misión que le ha sido confiado. Deberá mantener a su cliente informado de la evolución del asunto del que ha sido encargado.

3.1.3. El abogado no podrá aceptar encargarse de un asunto si sabe o debiera saber que no posee la competencia necesaria para ocuparse de él a menos que colabore con un abogado que tengo dicha competencia.

El abogado no podrá aceptar encargarse de un asunto si se encuentra imposibilitado para ocuparse de él con la debida rapidez, habido cuenta de sus otras obligaciones.

3.1.4. El Abogado que haga uso de su derecho a abandonar un asunto deberá asegurarse de que el cliente podrá encontrar la asistencia de un colega a tiempo para evitar sufrir un perjuicio.»

⁵ “1. De las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada.

No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan.

Las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social.”

Lo mismo cabe decir de la previsión contenida en el art. 20.7 de los Estatutos del ICAM⁶.

3. NATURALEZA DE LA RELACIÓN. CONTRATO DE SERVICIOS O CONTRATO DE OBRA

Ya hemos visto que dependiendo de la tarea que se encomiende al abogado, la relación que le une con su cliente podrá calificarse como contrato de arrendamiento de servicios, contrato de obra o, incluso, contrato de mandato.

En cuanto a la jurisprudencia, por regla general concibe la relación del abogado con su cliente como un contrato de servicios⁷, si bien lo cierto es que las más de las veces aborda la cuestión desde la perspectiva de la prestación del abogado como director letrado en un determinado pleito. Es desde esta perspectiva que se llega a la tradicional concepción de su obligación como de medios y no como de resultado, de donde resulta el canon de diligencia exigible⁸.

Pero esto debe ser matizado. Existirá *obligación de medios* (y no de resultados) en los casos en los que el resultado final pretendido por el cliente *no dependa de forma exclusiva de la voluntad del Abogado*, sino de un tercero (Juez, contraparte [v. la **STS de 25 noviembre 1999** -RJ 9133-], etc.). Como dice la **STS de 3 octubre 1998** (RJ 8587), el Abogado no puede ser responsable de un acto de tercero (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que

hayan formulado en defensa de los intereses encomendados. En estos casos, una vez aceptado el encargo, la obligación del abogado consistirá en desplegar la actividad necesaria con la diligencia exigible dirigida a obtener el resultado pretendido por el cliente.

Por el contrario, habrá *obligación de resultados*, cuando habiendo recibido y aceptado el encargo del cliente, la obtención de aquéllos dependa de *forma exclusiva de la voluntad del Abogado*. Así sucede cuando lo que debe hacer el Abogado es redactar informes, dictámenes, otros documentos (contratos, estatutos, ...), realizar otros actos jurídicos (constitución de sociedades, ...), etc. Como señala la citada STS de 3 octubre 1998 (RJ 8587; FD 3º), se trata de un contrato de arrendamiento de servicios el que le vincula con su cliente, salvo que haya sido contratado para una obra determinada, como un informe o dictamen.

También cabe hablar de obligación de resultados en la realización de ciertos actos procesales: redacción de demanda, escritos, recursos, ...

Lo que ahora importa destacar es que, como en toda obligación de medios, nunca podrá hablarse de responsabilidad objetiva del Abogado, cuando su obligación sea de esta naturaleza. Este sólo responde por negligencia, cuya prueba corresponde al demandante, sin perjuicio, naturalmente, de que esa negligencia pueda inducirse de un resultado "atípico".

⁶ "7. La responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada. Además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente, con carácter personal, solidario e ilimitado."

⁷ Entre las más recientes, SSTS de 27 febrero 2006 (RJ 2006, 1564; FD 3º), 11 mayo 2006 (RJ 2006, 3950; FD 3º) y 23 mayo 2006 (RJ 2006, 5827; FD 4º).

⁸ Véase en este sentido la STS de 14 diciembre 2005 (RJ 2006, 1225), según la cual «El **contrato de prestación de servicios** es definido en el artículo 1544 del Código Civil conjuntamente con el de obra, a los que llama de «arrendamiento», como aquel por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto y que **en el caso del Abogado se concreta en llevar la dirección de un proceso, que es una actividad de medios, no de resultado, pues no se obliga a que tenga éxito la acción ejercitada sino a ejercitar esta de conformidad con lo pactado y por las normas previstas reglamentariamente**, constituidas en este caso por el Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, del Estatuto General de la Abogacía, y, en concreto, por los artículos 53, 54 y 102 ... Todas ellas configuran un marco normativo en el que el Abogado compromete su actuación para con la parte por él defendida, **ajustada a los términos de la relación contractual que entre ellos existe, y al cumplimiento con el máximo celo y diligencia de la misión de defensa que le sea encomendada, ateniéndose a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto y realizando, en suma, de una forma diligente las actividades que le imponga el asunto sometido a su consideración**; obligaciones cuyo incumplimiento da lugar a la exigencia de responsabilidad, de acuerdo con el artículo 102».



4. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y NO EXTRACONTRACTUAL

Parece claro que la relación que media entre un Abogado y su cliente es de naturaleza contractual (no se entiende, pues, por qué la STS de 14 mayo 1999 [RJ 1306], alude a la conducta negligente ex art. 1902 CC -FD 5º). La principal consecuencia que de ello se deriva es que el plazo de prescripción de la acción de reclamación de daños del cliente es de 15 años (art. 1964 CC), y no de un año (art. 1968.2º CC) (SSTS de 8 febrero 2000 [RJ 842] y 17 noviembre 1995 [RJ 8735]).

No obstante, en alguna ocasión el cliente encauzó su pretensión por la vía extracontractual, y en la instancia se resolvió sobre la base de que las relaciones entre las partes son de naturaleza contractual, estimándose la demanda al considerarse no prescrita la acción. Es el caso conocido por la STS de 16 diciembre 1996 (RJ 8971), que confirmó la sentencia de la Audiencia aplicando la conocida doctrina de la yuxtaposición de responsabilidades y el principio “iura novit curia”.

5. CANON DE DILIGENCIA EN LA PRÁCTICA PROFESIONAL DEL ABOGADO

¿Cuál es el canon de diligencia exigible a un Abogado? Desde el momento en que el Abogado puede ejercer como tal, se presume que ha alcanzado un grado de diligencia aceptable, que debe exigírsele en cada actuación o intervención.

A los deberes del Abogado en relación con sus clientes se refiere el art. 42 EGAE:

1. Son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven

de sus relaciones contractuales, **el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia** y guardando el **secreto profesional**.

2. El abogado realizará diligentemente las actividades profesionales que le imponga la defensa del asunto encomendado, ateniéndose a las exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas a la tutela jurídica de dicho asunto y pudiendo auxiliarse de sus colaboradores y otros compañeros, quienes actuarán bajo su responsabilidad.
3. En todo caso, el abogado deberá identificarse ante la persona a la que asesore o defienda, incluso cuando lo hiciera por cuenta de un tercero, a fin de asumir las responsabilidades civiles, penales y deontológicas que, en su caso, correspondan.»

Entre tales deberes destacan los siguientes⁹:

- a) El **deber de información** adecuada durante la vigencia de la relación contractual y también, con mayor fuerza, en el momento de la extinción.

Con carácter previo a un litigio, el abogado debe informar fielmente a su cliente de sus posibles pretensiones, de si éstas son fundadas o no, de las probabilidades razonables de éxito de las mismas atendiendo a su naturaleza y a las pruebas disponibles, de los medios de defensa, del eventual coste de tales medios, de la conveniencia de alcanzar un arreglo amistoso, aun a costa de disminuir sus pretensiones o renunciar a alguna o algunas de ellas, etc.

Durante la sustanciación de un proceso, el abogado debe mantener puntualmente informado a su cliente de la marcha del mismo, de la conveniencia o no de la presentación de recursos, etc.

⁹ V. STS de 25 marzo 1998 [RJ 1998, 1651]).

A su término, y en caso de desestimación de las pretensiones de su cliente, deberá informarle de otros posibles cauces procesales en los que aquéllas puedan ser estimadas.

Sirva de ejemplo de esto último la STS de 14 mayo 1999 (RJ 3106), en un caso en el que como consecuencia del fallecimiento de un menor en una piscina municipal se siguió causa penal en el que se dictó auto de sobreseimiento. El abogado que defendía los intereses de los padres del menor, se limitó a enviar una carta a sus clientes notificándoles el sobreseimiento y aconsejándoles no recurrir el mismo, sin informarles acerca de las posibles acciones en vía civil. Según el Tribunal Supremo, en la citada carta el Abogado

“no debió haberse limitado a aconsejar que no merecería la pena recurrir el auto de sobreseimiento de las referidas actuaciones penales, en cuanto que en buena técnica jurídica y en cumplimiento del deber de confianza que en él habían depositado sus clientes y a tenor de la diligencia correspondiente al buen padre de familia que impone el artículo 1104 del Código Civil, **tendría que haber extendido el consejo a las posibilidades de defensa de una reclamación en el orden civil por culpa contractual o extracontractual, y a la conveniencia de mantener una entrevista inmediata con el matrimonio para explicarles con detalle el alcance y significado de tales posibilidades, proceder el así indicado que, indudablemente, se habría acomodado al correcto y normal cumplimiento de las obligaciones deontológicas inherentes al ejercicio de la Abogacía rectamente entendida**, y sin que sea factible exculpar el proceder enjuiciado por las circunstancias de que los clientes no hubieran solicitado al señor Letrado les informase acerca de otras posibilidades de satisfacer sus pretensiones y de que en una entrevista

celebrada en fecha muy posterior, en junio de 1993, les indicase aquél «que quedaba la acción civil», pues esas circunstancias carecen de relevancia respecto a desvirtuar la omisión inicial en que se incurrió en la carta de referencia.” (FD 4º).

“Las consideraciones que anteceden permiten llegar a la conclusión de que **el comportamiento que ha quedado explicado vino a suponer un quebrantamiento, por vía omisiva, en la observancia de los deberes y obligaciones profesionales que incumbían al Letrado señor D. y que le eran exigibles a tenor de la disposición general contenida en el artículo 9 del Estatuto del que se hizo mención y de los concretos deberes reseñados en sus artículos 53 y 54, en una interpretación lógica y racional de los mismos**, siendo indudable que ello representó una conducta negligente por omisión y como tal, comprendida en el artículo 1101 del Código Civil y, especialmente, en el 1902 de dicho Texto Legal, así como en el 102 del repetido Estatuto...” (FD 5º).

V. También el aptdo. 7.1.2. a) Casuística. Omisión de información.

b) El deber de **adecuada custodia de todos los documentos**, escritos, traslados y actuaciones que se derivan de la relación contractual y actuación profesional y, también con mayor intensidad, en el momento de la extinción, la entrega de toda aquella documentación al cliente.

c) El deber de **devolución de la documentación** al cliente, sin perjuicio de reservarse copias.

d) El deber de **conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicables al caso** y su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no unívocas (v. **STS de 3 octubre 1998 [RJ 1998, 8587]**).



En cuanto al régimen específico de responsabilidad de los Abogados, se recoge en el art. 78 del EGAE

“1. Los abogados están sujetos a responsabilidad penal por los delitos y faltas que cometan en el ejercicio de su profesión.

2. Los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio¹⁰”.

No obstante, debe tenerse presente que, como en todas las profesiones, existe una enorme diferencia de pericia, formación y experiencia entre los diferentes profesionales. Esta circunstancia se ve agravada, además, por el hecho de que, a diferencia de lo que sucede en los países de nuestro entorno, en España hasta ahora (y hasta tanto no entre en vigor la Ley 34/2006, de 30 octubre 2006, de acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales [BOE de 31 de octubre], con un prolongadísimo periodo de *vacatio legis* [disp. final 3ª: 5 años]), una vez que el estudiante de Derecho ha obtenido la Licenciatura, no precisa de ningún requisito adicional para la colegiación y, a su través, para el ejercicio de la abogacía. Es más, el art. 15.2 EGAE prohíbe a los Colegios de Abogados denegar el ingreso en la corporación a quienes reúnan los requisitos establecidos en el artículo 13 del propio EGAE.

Una vez colegiado, el Abogado podrá «ejercer su profesión ante cualquier clase de Tribunales, órganos administrativos, asociaciones, corporaciones y entidades públicas de cualquier índole, ...» (art. 8 EGAE).

Como se ve, el sistema es particularmente “generoso”, puesto que al poco tiempo de haber obtenido la Licenciatura, un colegiado puede actuar ante cualquier Juez o Tribunal, de la jurisdicción que fuere; incluyendo al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional.

Ello impide hablar de un canon objetivo de diligencia (el del buen padre de familia; en este caso, la diligencia exigible a un abogado medio), y considerar aplicable uno subjetivo (“*quam in suis*”), de modo que la negligencia del abogado habrá de medirse atendiendo a su nivel de pericia. De esta forma, donde podría hablarse de conducta negligente en ciertos Abogados, no podría hacerse lo propio en el caso de otros.

No obstante, la jurisprudencia habla de un particular deber de diligencia del Abogado. Así lo hace la STS de 4 febrero 1992 (RJ 1992\819), según la cual los arts. 53 y 54 del Real Decreto 2090/1982, de 24 julio, del Estatuto General de la Abogacía (actual art. 42 EGAE) imponen al abogado actuar con diligencia, *cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia* dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto y que sirvan de buena y estricta medida de su actuación.

Lo que sucede es que el Abogado deberá tomar en consideración el estado de sus conocimientos, y si éstos o su especialización le permiten la dirección letrada de un determinado asunto, de manera que deberá rechazarlo si considera que su formación no le permite esa dirección. Así lo contempla el Código deontológico de los Abogados, que en su núm. 6.5 señala que “El Abogado no debe aceptar un asunto para cuya resolución no esté capacitado en función de sus conocimientos y dedicación profesional o que no pueda atender debidamente, por

¹⁰ Por su parte, el art. 79 viene a establecer una especie de “recomendación” para el abogado a quien se le haya encargado el ejercicio de una acción de reclamación de daños contra un colega: “El abogado que reciba el encargo de promover actuaciones de cualquier clase contra otro sobre responsabilidades relacionadas con el ejercicio profesional, deberá informar al Decano del Colegio para que pueda realizar una labor de mediación, si la considera oportuna, aun cuando el incumplimiento de dicho deber no pueda ser disciplinariamente sancionado.”

tener comprometida la resolución de otros asuntos urgentes”. De modo que el Abogado que acepta un asunto cuya dirección técnica no está en condiciones de asumir, responderá frente a su cliente cuando el resultado desfavorable tenga su causa en la falta de cualificación de aquél para ese concreto asunto, o en la falta de dedicación necesaria.

Aunque lo cierto es que aquí puede hablarse también de reglas del mercado y de asunción del riesgo por el cliente. Al contratar los servicios de un Abogado, el cliente deberá sopesar si quien contrató alcanza el grado de experiencia o pericia que desea, o bien si los honorarios percibidos por el Abogado compensan su insuficiente experiencia o pericia¹¹, por lo que también él asumirá el riesgo de un resultado desfavorable por tal causa.

Todo lo anterior sin perjuicio, naturalmente, de la existencia de un “mínimo de diligencia o pericia profesional” exigible a todo Abogado, sea cual fuere su experiencia, y que se define como “*lex artis ad hoc*”.

En consecuencia, el Abogado incurrirá en responsabilidad no por tener una formación o pericia inferior a otros Abogados, sino cuando en el concreto asunto que lleve su actuación no alcance la diligencia que le es exigible, o bien cuando no alcance el mínimo de diligencia exigible a cualquier Abogado. Como señala la STS de 3 octubre 1998 (RJ 8587), «A lo que está obligado el Abogado es,

pues, a prestar sus servicios profesionales con competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso (artículo 1258 CC). En esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso, y a su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no unívocas» (FD 3º). De otro lado se ha declarado también que los Tribunales no pueden entrar a revisar toda la actuación profesional del Abogado, sino comprobar si ha realizado actos (o los ha omitido) que supongan un cumplimiento defectuoso de la obligación, sin que el hecho de no haber tenido éxito judicial pueda ser valorado como una presunción de culpabilidad (STS de 8 junio 2000 [RJ 5098]).

No obstante, debe tenerse presente que no toda negligencia profesional da derecho a una pretensión indemnizatoria. Para ello es necesario que de dicha negligencia se derive un perjuicio cierto al cliente, y no uno eventual o meramente hipotético.

Sirva de ejemplo la STS de 30 marzo 2006 (RJ 2006\2129), sobre los siguientes hechos:

Dª Estela, reclamó del abogado D. Cristóbal una indemnización de 11.500.000 pesetas, a que ascendía la diferencia resultante respecto a las indemnizaciones que le fueron otorgadas en concepto de secuelas acreditadas en un pleito anterior, ascendente a 500.000 pesetas, y la suma de 12.000.000 pesetas a que ascendían los conceptos de secuelas funcionales (por 10.000.000

¹¹ El antiguo Código deontológico señalaba como causas de captación desleal de clientela la percepción “de manera sistemática honorarios inferiores a aquellos que como mínimos y orientadores haya fijado el Colegio (norma 6.12.d), y la norma 7.2 imponía a los Abogados el deber de ajustar la cuantía de sus honorarios a las reglas, normas, usos y costumbres del Colegio. Esta previsión ha desaparecido del nuevo Código Deontológico del año 2000, por ser contraria a las normas sobre competencia. El artículo 15.1 del vigente CDA se dice que “A falta de pacto expreso en contrario, entre Abogado y cliente, los honorarios se ajustarán a las Normas orientadoras del Colegio en cuyo ámbito actúe ..., normas que tendrán carácter supletorio”.

Sin embargo, el art. 16 del CDA mantenía la prohibición de la cuota litis, lo que fue declarado contrario a las normas sobre competencia por la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 septiembre 2002 (Pleno). Esta resolución declaró que la libertad de pacto entre Abogado y cliente a la que se refiere el art. 15 CDA resulta meramente retórica ante la expresa prohibición limitativa de tal libertad contenida en el art. 16, declarando que esta prohibición constituye una decisión colectiva de las prohibidas por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que en íntima al CGAE «para que, en el plazo de tres meses, proceda a modificar el citado art. 16 CDA, liberando de la ilegal prohibición que ahora contiene a la fijación de los honorarios de los Abogados, que deben quedar a la libre negociación entre abogado y cliente».

En su virtud, el texto del art. 16, relativo a la prohibición de la cuota litis fue suspendido de vigencia y eficacia por acuerdo del Pleno General del Consejo de la Abogacía Española de 10 diciembre 2002.



pesetas) y secuelas (cicatrices por 2.000.000 de pesetas) especificadas en escrito fechado a 5 de diciembre de 1988 por el demandado encargado de la defensa jurídica de la perjudicada, y por el que se modificaba la conclusión IV del escrito de calificación provisional, en el que se limitaban las indemnizaciones solicitadas a la cantidad de 2.000.000 de pesetas por lesiones producidas y 500.000 pesetas por las secuelas originadas. Daño económico que la demandante imputó a la negligente actuación profesional del letrado ahora demandado, al omitir en el acto del juicio oral celebrado a fecha 5 de diciembre de 1988 aquella modificación de cuantías previamente acordada, no ampliables tras las conclusiones definitivas. La demanda fue desestimada en ambas instancias¹².

El TS desestimó el recurso de casación atendiendo a las siguientes consideraciones:

«La jurisprudencia viene considerando que la responsabilidad de los abogados en la defensa judicial de sus patrocinados está en relación con los deberes contraídos en el marco de un **arrendamiento de servicios** que se ciñe al respeto de la *lex artis* [reglas del oficio], pero que no implica una **obligación del resultado**, sino una **obligación de medios**, en el sentido de que no comporta como regla general la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria.

Cuando se acredita la producción de una negligencia profesional por incumplimiento de algunas de las obligaciones imputables al

abogado, la apreciación del **nexo de causalidad** no se desenvuelve por lo general en el plano único de la causalidad física, cuya apreciación está reservada al tribunal de instancia como cuestión fáctica, sino **que penetra en el terreno de la llamada imputación objetiva, que consiste en un proceso de valoración jurídica para determinar si, producida la negligencia, puede atribuirse a ésta el daño o perjuicio producido con arreglo a los criterios de imputabilidad derivados de las circunstancias que rodean el ejercicio de la profesión desde el punto de vista de su regulación jurídica y de la previsibilidad del daño con sujeción a reglas de experiencia, atendida la naturaleza de dicha función.** Para ello es procedente examinar, dado el carácter de las obligaciones profesionales que ante los tribunales deben cumplir los abogados en defensa de sus clientes, **si, como consecuencia de la negligencia profesional, que debe resultar probada, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser configuradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva susceptible de ser traducida en existencia de un daño moral efectivo y por ello resarcible** por sí mismo en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC» (FD 3º).

En sentido análogo la **STS de 28 julio 2003 (RJ 2003, 5989)**, vista más arriba: si bien se trataba de un caso en el que no se entró en la posible

¹² La Audiencia desestimó el recurso de apelación por estimar que, **aunque la negligencia profesional en que incidió el letrado demandado no ofrece dudas**, por haber omitido la modificación del escrito de conclusiones o, cuando menos, haberse cerciorado de su incorporación al acta (el letrado recurrido omitió la modificación de las conclusiones provisionales, a pesar de que la recurrente había sido sometida a un nuevo examen médico-forense que puso de manifiesto mayores secuelas, o, al menos, omitió comprobar que había sido reflejada en el acta), **no se advertía que tal proceder profesional culposo hubiese acarreado daño alguno resarcible a la apelante, pues la sentencia penal que declaró probada la secuela recogida en el último de los reconocimientos practicados, no hizo alusión alguna a no haber concedido mayor indemnización por falta de petición superior de la perjudicada y el último informe forense, en que se fundaba la modificación de las conclusiones, decía que la secuela podía mejorar o empeorar hasta el punto de disminuir la capacidad funcional de la pierna, y en el momento de dictarse la sentencia penal no pudo tenerse en cuenta la hipótesis de empeoramiento, que no se había producido.**

existencia de daños morales o daños «por pérdida de oportunidad», al pedirse exclusivamente daños materiales (se solicitaba una determinada indemnización consistente en el valor de una finca sobre la que se había ejercitado una tercería de dominio, no pudiendo interponer la demandante recurso de casación por negligencia del Procurador), declarando el TS que era muy improbable que el recurso hubiera prosperado de haber sido admitido.

6. CARGA DE LA PRUEBA

¿A quién corresponde la carga de la prueba de la negligencia del Abogado? En materia de responsabilidad médica no cabe hablar exactamente de inversión de la carga de la prueba de la culpa del médico o, en general, del personal sanitario; sin embargo, cuando atendiendo a las particulares circunstancias del caso, cuando como consecuencia de la actividad o intervención médica se produce un resultado dañoso que no puede considerarse como “normal” o previsible de esa intervención o actividad, o el que normalmente se produce en casos idénticos o análogos (teoría del daño desproporcionado) deberá ser el demandado quien pruebe que las particulares circunstancias que dieron lugar a tal resultado eran absolutamente imprevisibles.

En la responsabilidad de Abogados por defensa letrada en un proceso judicial las cosas difieren sensiblemente, puesto que el resultado no depende de circunstancias materiales o empíricas, sino de una declaración de voluntad judicial; es decir, de una decisión humana, que podrá ser igual o no a otra decisión por hechos semejantes adoptada por el mismo órgano jurisdiccional u otro diferente (Sobre la no vinculación de los órganos judiciales a los precedentes, hay una copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional).

Por consiguiente, en materia de RC de Abogados no puede hablarse de inversión de la carga de la prueba de la culpa. Deberá ser el demandante

quien acredite que el resultado final perjudicial para sus intereses fue consecuencia de la conducta negligente del Abogado.

Esto se ve con claridad en la **STS de 27 febrero 2006 (RJ 2006, 1564)**, en un caso en el que la emisión del auto ejecutivo del art. 13 LRCS-CVM fue tardíamente notificado por el procurador al letrado que dirigió el juicio penal, declarándose prescrita la posterior acción civil. El perjudicado reclamó contra ambos profesionales, siendo el abogado absuelto en segunda instancia. En el recurso de casación, el actor alegaba que la Audiencia no había respetado las normas de distribución de la carga de la prueba, señalando que no había existido prueba fehaciente alguna por parte del Letrado exonerado que indicara su falta de responsabilidad. El TS desestimó el recurso señalando que “tal planteamiento distorsiona la propia norma de atribución a las partes de la carga probatoria y pretende hacer recaer sobre el demandado la prueba de un hecho negativo”.

En el caso conocido por la **STS de 7 febrero 2000 (RJ 2000, 283)**, en el recurso de casación el cliente demandante alegaba infracción de la doctrina jurisprudencial sobre inversión de la carga de la prueba en materia de obligaciones nacidas de la culpa o negligencia contractual (las sentencias de instancia desestimaron la demanda al considerar que no había sido probada la culpa del Abogado demandado). El TS desestimó el recurso, atendiendo a las siguientes consideraciones:

«El demandado cumplió en términos generales la prestación que le incumbía en virtud del contrato de prestación de servicios profesionales como es la de llevar la dirección letrada en el juicio por despido que resultó improcedente, que la había promovido el trabajador señor O.C., llevando el procedimiento laboral en sus diversas instancias en defensa de «Dunaoasis Palace, SA», interviniendo en todas las actua-



ciones y en sus instancias, por consiguiente hay que entender que el demandado en este procedimiento cumplió con su prestación contractual que es la de actuación en defensa de los intereses de la entidad demandante, supuestos para los que se da esa presunción de existencia de culpa por parte del contratante, que no cumple con lo que está obligado en virtud de lo pactado, y por consiguiente tiene que demostrar, que el cumplimiento de la obligación en sus propios términos ha sido imposible, por causas ajenas a su voluntad (fuerza mayor y caso fortuito), supuesto éste, muy distinto a aquél, **para los casos de que la prestación se refiera a los servicios de carácter profesional, cuyo feliz resultado no está al alcance de la persona que presta los servicios, por ello se ha dicho que la prestación de estos profesionales, es una prestación de medios y no de resultado, por lo que para que se entienda cumplida la obligación, solamente se precisa que se acredite que el profesional haya aportado los medios para conseguir el resultado apetecido, y éstos se hayan efectuado con arreglo a la «lex artis», aunque el resultado final apetecido no se haya conseguido;** supuesto que es el contemplado en el caso de autos, por lo que a lo que a esto respecta, **si recae la carga de la prueba** (acreditado como está que, el letrado ha asistido a la parte en el juicio y ha cumplido con su deber de asesoramiento), **de**

que lo ha hecho de forma negligente, o en forma contraria a la actuación normal de estos profesionales, supuesto este que no se ha acreditado, por lo que procede desestimar este motivo del recurso, no siendo de aplicación la doctrina jurisprudencial alegada por la parte recurrente».

La presunción de culpabilidad no existe en casos como el presente, en cuanto esa presunción solamente ha de apreciarse cuando se dé la falta de cumplimiento de la prestación por parte del obligado a hacerlo, y en este supuesto el Letrado ha prestado los servicios contratados de asistencia letrada en el juicio seguido contra la actora, aunque no haya conseguido la finalidad pretendida por la hoy recurrente

Ver también las **SSTS de 3 octubre 1998 (RJ 8587)**¹³, y **23 diciembre 1992 (RJ 10715)**¹⁴.

7. CASUÍSTICA

En este apartado se examinarán los casos concretos por los que la jurisprudencia ha declarado la responsabilidad de los Abogados y aquellos otros por los que se les ha exonerado de responsabilidad.

7.1. Existencia de responsabilidad.

7.1.1. Transcurso de plazos.

El abogado responde por dejar transcurrir plazos sustantivos, de prescripción (o caducidad),

¹³ "... el hecho de no haber tenido (el Abogado demandado) éxito judicial en su cometido no puede ser valorado como una presunción de culpabilidad, con la consecuencia de imponerle la carga de probar que aquella falta de éxito estaba fuera de su hacer profesional, en otras palabras, que éste ha sido totalmente correcto. No existe norma positiva en nuestro Código Civil que tal efecto recoja, pues el artículo 1183, que preceptúa la inversión de la carga probatoria para el deudor, se refiere a la pérdida de una cosa determinada debida, estando esta cosa en su poder, y tal regla no la extiende a las obligaciones de hacer en los preceptos siguientes. Una hipotética aplicación analógica del artículo 1183 sólo sería posible cuando el hacer no se haya efectuado, pero es claro que esta situación no tiene nada que ver con la que se da cuando, por el contrario, el servicio se ha realizado, pero el acreedor estima que defectuosamente. Es éste un caso de incumplimiento contractual, cuya prueba debe incumbir al que lo alega (artículo 1214 CC).

Además, ha de tenerse en cuenta que el Abogado no puede ser responsable de un acto de tercero (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que hayan formulado en defensa de los intereses encomendados". (FD 3º).

¹⁴ "... en los supuestos de responsabilidad por infracción de deberes profesionales no es de generalizada aplicación la inversión de la carga de la prueba [S. 24-5-1990 (RJ 1990\3836)]. Lo esencial en este caso es que no se ha probado la realidad de los perjuicios que se dice haber sufrido los demandantes, pues, como ya se ha dicho, no existe la menor base para entender que la sentencia penal hubiera sido más favorable a la señora L. con otra defensa.

para la presentación de la demanda, o plazos procesales para la contestación a la demanda o para la presentación de recursos.

A) Por dejar transcurrir plazos sustantivos.

- Caducidad o prescripción de la acción ejercitada por presentación de la demanda fuera de plazo:

- Presentación de demanda en la jurisdicción social habiendo transcurrido el plazo de 20 días desde la celebración del acto de conciliación sin avenencia. STS de 9 julio 2004 (RJ 2004\5121).

- Letrado que, tras intervenir en proceso penal previo, decide acompañar a los familiares -sus clientes- de las víctimas al juzgado para solicitar abogado de oficio cuando faltaban tan sólo cuatro días para que prescribiese la acción indemnizatoria. STS de 12 diciembre 2003 (RJ 2003, 0285)¹⁵.

- Interposición de demanda indemnizatoria por culpa extracontractual después de prescrita la acción. El abogado demandado no interpuso finalmente el recurso de casación que en su día había preparado. STS de 14 julio 2003 (RJ 2003, 4630).

- En su actuación profesional en defensa de su cliente (un trabajador despedido por su empresa), el Abogado erró al calcular el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción por despido improcedente, no informando adecuadamente a su defendido, acción que fue desestimada por los tribunales. Igualmente está demostrado que la parte apelada incurrió en reiterados defectos técnicos en la formulación del recurso de casación, lo que motivó su rechazo por el Tribunal Supremo. Lo expuesto

evidencia una actuación profesional del apelado, en su calidad de abogado, carente de la diligencia debida (STS de 8 febrero 2000 [RJ 842]).

- Presentación de demanda contra el Fondo de Garantía Salarial, una vez caducado el derecho a reclamar. STS de 3 octubre 1998 (RJ 8587).

- Abogado que dejó transcurrir el plazo de un año en la reclamación al Fondo de Garantía Salarial de las indemnizaciones debidas a sus clientes. STS de 28 enero 1998 (RJ 1998, 357).

- Abogado que dejó transcurrir el plazo de prescripción sin llevar a cabo ninguna actividad dirigida a interrumpir la acción de reclamación de daños extracontractuales. STS de 16 diciembre 1996 (RJ 8971). V. también la STSJ Navarra, de 9 diciembre 1997 (RJ 9414)

B) Por dejar transcurrir plazos procesales.

- Falta de contestación a la demanda en plazo y consiguiente declaración de rebeldía del cliente demandado. STS de 28 abril 2005 (RJ 2005\3646)¹⁶.

- Transcurso del plazo para presentar el recurso de casación.

STS de 28 julio 2003 (RJ 2003, 5989). Recurso de casación declarado desierto por negligencia del Procurador al no dar traslado al Abogado del Auto de la Audiencia por la que se tenía por preparado.

STS de 8 julio 2003 (RJ 2003, 4613). Recurso de casación no presentado por negligencia del Abogado.

¹⁵ Comentada por TEJEDOR MUÑOZ en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 681 (enero 2004).

¹⁶ Condena al demandado al desalojo de las fincas arrendadas y al pago de las costas del juicio. (Falta de presentación en el Juzgado de Primera Instancia de la correspondiente contestación a la demanda en los autos de juicio seguidos ante este órgano judicial sobre resolución de contrato de arrendamiento rústico por expiración del término contra el hoy actor, en cuyo proceso fue declarado en rebeldía y condenado al desalojo de las fincas arrendadas y al pago de las costas). El Juzgado acogió parcialmente la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia en el sentido de la condena al demandado a indemnizar al actor en la cantidad de 590.000 pesetas como consecuencia del incumplimiento contractual denunciado.



STS de 29 mayo 2003 (RJ 2003, 3914). Preparación fuera de plazo de recurso de casación para unificación de doctrina en proceso de despido.

STS de 25 junio 1998 (RJ 1998\5013). Abogado que presentó un recurso de casación fuera del término alegado.

7.1.2. Negligencia por omisión

A) Por omisión de información al cliente:

– No informar al cliente de la posibilidad de interponer recurso de apelación frente a la Sentencia de instancia que estimaba sólo parcialmente su demanda. STS de 14 diciembre 2005 (RJ 2006, 1225) (FD 4º)¹⁷.

– Omisión de advertencia a cliente sobre plazo a partir de firmeza de Sentencia para pagar precio aplazado evitando resolución de venta y pérdida de inmueble: inexistencia de conocimiento por el cliente: indemnización por el valor de mercado del piso menos actualización proporcional del precio aplazado. STS de 18 febrero 2005 (RJ 2005\1682)

– Fallecimiento de un menor en una piscina municipal hechos por los que se siguió causa penal en el que se dictó auto de sobreseimiento. El abogado que defendía los intereses de los padres del menor, se limitó a enviar una carta a sus clientes notificándoles el sobreseimiento y aconsejándoles no recurrir el mismo, sin informarles acerca de las posibles acciones en vía civil. STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 3106) (joven ahogado en piscina municipal).

– Omisión del deber de informar sobre el posible fracaso de la demanda por hallarse prescrita la acción, deber que forma parte de los que al Abogado impone el contrato por el que hace prestación de sus servicios profesionales. STS de 16 diciembre 1996 (RJ 8971) (FD 5º).

B) Por omisión de elementos relevantes en los escritos judiciales.

(i) Omisión de pretensiones en el súplico de la demanda. Omisión de reclamación del lucro cesante derivado de la destrucción de la máquina retroexcavadora del actor (obligación de indemnizar por el daño moral infligido). STS de 14 diciembre 2005 (RJ 2006, 1225)¹⁸.

¹⁷ «No consta, y tampoco se dice en la sentencia, que el contenido de la relación abogado cliente excluía la posible formulación del recurso de apelación contra una sentencia que restringía considerablemente los intereses inicialmente demandados. Lo que se confió al Letrado es la dirección técnica de un proceso conforme a los criterios que estimaba más convenientes, y esta relación incluye el deber de acomodar su actuación a las reglas que constituyen el lógico y necesario cumplimiento del contrato y que deriva de la norma general del artículo 1258 del Código Civil (LEG 1889\27). Ciertamente es que la decisión de recurrir no corresponde al Letrado sino a su cliente y que **para que ello tenga adecuada efectividad se le debe comunicar el resultado del juicio, traducido en este caso en una sentencia parcialmente estimatoria de sus pretensiones**. No lo hizo así por evidentes y unilaterales razones que no encuentran justificación alguna desde la idea de que no consta que fuera esa la intención de su cliente y de que si entendía inviable el recurso, debió comunicárselo con antelación suficiente para que pudiera adoptar la solución procesal más conveniente a su derecho. **Esta falta de diligencia privó al actor de toda posibilidad de impugnar eficazmente la sentencia de instancia, y ello se traduce en un incumplimiento contractual culposo generador de un perjuicio que ha de ser reparado. Se reitera que no se trata de que el Abogado haya de garantizar un resultado favorable a las pretensiones de la persona cuya defensa asumió, si no de que ponga en disposición de su cliente todos los conocimientos, la diligencia y la prudencia que se esperan de un profesional del derecho, y que en condiciones normales debería haber hecho, como es la formulación y personación en forma para sostener el recurso de apelación;** razón que determina la admisión del segundo motivo.»

¹⁸ El cliente contrató los servicios profesionales de los Abogados demandados para instar una reclamación de daños y perjuicios derivados de la destrucción e inutilización de una máquina retroexcavadora. El encargo –dice el TS– «fue cumplido defectuosamente al no haber reclamado el lucro cesante de tal forma que pasó de trabajar diariamente y de obtener unos ingresos, a dejar de prestar el servicio para el que era contratado; alegaciones que la sentencia valora pero que califica de forma indebida, puesto que el citado Letrado no actuó de forma diligente en la ejecución del encargo. Y es que una cosa es que nadie puede prever con absoluta seguridad que aquella reclamación podía ser obtenida ante los Tribunales, y otra distinta que no se obtenga porque no fue planteada, al no haberla incluido en la demanda, teniendo en cuenta que se trataba de una pretensión asociada a unos criterios lógicos y razonables de actuación profesional. La reclamación de daños y perjuicios, a cuya indemnización obliga todo incumplimiento contractual culpable, comprende no solamente los materiales o económicos, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante (artículo 1106 del Código Civil [LEG 1889\27]), sino también los daños morales que directamente se deriven de aquél, siempre que unos u otros (o los dos), aparezcan debidamente probados (SSTS 11-11-97 [RJ 1997\7871]; 25-3-98 [RJ 1998\1651]); daños que son especialmente importantes en una persona como el recurrente que tenía como instrumento de trabajo la máquina retroexcavadora dañada. No se trata, por tanto, de que no hubiera obtenido un resultado favorable a los intereses de su

(ii) Falta de alegación de la cláusula de limitación de responsabilidad civil en la póliza de seguro (Abogado de Compañía aseguradora).

Omisión de un dato objetivo, ostensible e indefectible, de especial trascendencia para el resultado del proceso, como es el límite cuantitativo de la obligación del asegurador (suma asegurada). STS de 30 noviembre 2005 (RJ 2005, 7859)¹⁹. La AP consideró que hubo concurrencia de culpas del Abogado y la entidad aseguradora, apreciación que fue rebatida por el TS:

«La apreciación de existencia de concurrencia de culpas a partes iguales entre Compañía aseguradora y el Abogado de la misma, que constituye «ratio decidendi» de la resolución recurrida para reducir la indemnización a percibir por la entidad actora, no tiene el más mínimo fundamento, no solo desde la perspectiva subjetiva de un juicio de reprochabilidad, sino incluso, ni siquiera, desde la perspectiva causal de la doctrina de la imputación objetiva. Cuando una Compañía de Seguros encarga a un Abogado de la defensa de un asunto, obviamente corresponde al Letrado, en el desempeño diligente de su profesión, efectuar todas las alegaciones fácticas y jurídicas que resulten provechosas para su cliente. **Y aun-que no toda deficiencia en dicha tarea es**

determinante de responsabilidad, sí lo es cuando, como sucede en el caso, se incurre en la omisión de alegación de un dato objetivo, ostensible e indefectible, de especial trascendencia para el resultado del proceso, como es una cláusula de limitación de responsabilidad civil de una póliza de seguro. La mera falta de alegación determinó una condena cuantitativamente superior a la que se hubiera producido por la simple invocación; y dicha falta obedeció única y exclusivamente, como por lo demás se reconoció expresamente por el Sr. Vallvé y resulta con claridad meridiana de las actuaciones, a un olvido del Letrado, el cual constituye un error de bulto (como, por lo demás, señala la propia resolución recurrida) que no se habría producido de haberse observado la diligencia que exigía la prestación contractual realizada y las circunstancias de tiempo y lugar, a lo que debe añadirse que el olvido no se produjo en un instante o momento procesal (mero desliz o descuido), sino durante un tiempo amplio, que debió haber permitido advertir sin dificultad la problemática de la póliza».

(iii) Por no instar la prórroga de anotación preventiva de un embargo trabado sobre ciertas fincas,

cliente, sino de una actuación profesional errónea o negligente por parte del Abogado que asumió el encargo y no lo cumplió en los términos exigidos por la lex artis, al no haber acomodado su actuación a simples criterios de racionalidad y lógica en la formulación de las pretensiones más favorables al mismo».

¹⁹ Hechos: 1.—El 18 de agosto de 1986 se produjo el fallecimiento de un bañista en la piscina de la Urbanización Planas del Rey sita en Hospital del Infant (Tarragona), lo que dio lugar al juicio de faltas núm. 28 de 1990 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Reus. 2.—En dicho juicio se dictó sentencia en la que se condenó, en concepto de responsable civil subsidiaria, a la Comunidad de Propietarios, que fue anulada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 2 de julio de 1991. Celebrado nuevo juicio con citación de la entidad aseguradora Catalana Occidente el 18 de octubre de 1991, el Juzgado dictó Sentencia el día 21 siguiente en la que declara la responsabilidad civil directa de la Compañía de Seguros Catalana de Occidente por la cantidad, por todos los conceptos, de quince millones de pesetas; cuya resolución fue confirmada en apelación por la Sentencia de la Audiencia Provincial de 20 de noviembre de 1992; 3.—El 24 de mayo de 1993 el Juzgado requirió a la Compañía mencionada para que en el plazo de cinco días abonara la cantidad de 15 millones de pesetas en concepto de indemnización, más 13 millones que se calculan para intereses y costas, y el 22 de julio siguiente acordó el embargo. Consignada la suma de 2 millones de pesetas, que constituía el límite de responsabilidad civil establecido en la póliza de seguro concertada con la Comunidad de Propietarios, por el Juzgador se exigió el total expresado en la ejecutoria, practicando liquidación de intereses que ascendió a once millones trescientas cuarenta y cinco mil setecientos quince pesetas –11.345.715 ptas.–, cuya suma total se hizo efectiva por la entidad aseguradora; y, 4.— La defensa de la Comunidad de Propietarios (en los dos juicios) y de Catalana Occidente, SA (en el segundo), en las dos instancias, la ejerció, por encargo de la segunda entidad, el Abogado Don Alberto Vallvé, que conocía el límite máximo de responsabilidad por siniestro establecido en la póliza, y que en ninguna de las dos instancias del juicio de faltas alegó o hizo valer tal limitación.



permitiendo así la caducidad de la anotación practicada, y la posibilidad de que la contraparte pudiera transmitir libremente los bienes a un tercero, que inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad. STS de 17 noviembre 1995 (RJ 8735)²⁰.

(iv) Falta de subsanación de los defectos de representación del Abogado que había asumido también la representación de los clientes en demanda laboral. STS de 23 mayo 2006 (RJ 2006, 5827)²¹.

7.1.3. Responsabilidad por no devolución de la documentación entregada por el cliente

STS de 25 marzo 1998 (RJ 1651): En cuanto a la devolución de expedientes: es clara la obligación de hacerlo por parte de quien -como el demandado- los retiene una vez extinguida la relación contractual de prestación de servicios y si bien la venia es una «regla de cortesía» como dice el primer párrafo del artículo 33.1 del aludido Estatuto, no es una norma que impida el cumplimiento de preceptos del Derecho Civil, ni, mucho menos, que sirva como arma de coacción frente al cliente que, tras la extinción del contrato, precise y se reclame información y devolución de documentación.

7.1.4. Otras negligencias.

STS de 14 julio 2005 (RJ 2005\6532). Recurso de casación para unificación de doctrina inadmi-

tido por la Sala de lo Social del TS por defectos de forma en su formalización: negligencia profesional del abogado al no realizar un examen comparativo de los hechos, fundamentos y pretensiones de las sentencias de contraste citadas y de la recurrida.

Sin embargo, en un caso análogo, la STS de 14 julio 2005 (RJ 2005\6701) consideró que no hubo responsabilidad del abogado, al ser su obligación de medios y no de resultado.

7.2. Inexistencia de responsabilidad

– Cliente que da la orden de presentar demanda de reclamación de daños cuando la acción ya estaba prescrita. STS de 26 mayo 2006 (RJ 2006, 3171).

– Inadmisión de recurso de casación para unificación de la doctrina por despido improcedente: arrendamiento de servicios: obligación del abogado de medios no de resultados. STS de 14 julio 2005 (RJ 2005\6701). Compárese con la citada STS de de la misma fecha (RJ 2005\6532)

– Falta de relación contractual entre el actor y los abogados demandados. STS de 18 mayo 2005 (RJ 2005\6071)

– Inexistencia de un específico deber de interponer querrela criminal contra los socios del actor; reducción del valor de la sociedad: falta de acredita-

²⁰ El Abogado demandado alegó que el posible perjuicio causado al demandante, lo realizó el tercero, dueño de las fincas embargadas, que sabiendo esta circunstancia las vendió a un extraño. Argumentación que no es posible compartirla por las razones siguientes: lo que al recurrente se le imputa en la sentencia recurrida es un negligencia profesional, al haber dejado transcurrir el plazo de vigencia de la anotación preventiva de embargo, dando lugar a su caducidad automática, con lo que se produjo la indefensión de su cliente, frente a la postura defraudatoria del dueño de las fincas; conducta y postura ilícita que hubiera sido irrelevante si se hubiera solicitado la prórroga de la anotación preventiva en tiempo oportuno, o se hubiera practicado una nueva anotación. Luego el origen del daño hay que atribuirlo a la negligencia del señor Letrado, más que al dolo del dueño de las fincas, y esta negligencia está inmersa en el contrato de arrendamiento de servicios.

²¹ “En el presente caso, el Abogado ahora recurrente, había asumido, dentro de sus obligaciones profesionales, la de representar a sus clientes en el procedimiento a seguir ante la jurisdicción de lo social y a tal efecto designó su domicilio para oír notificación de acuerdo con los arts. 18.1 y 19.1 de la Ley de Procedimiento laboral; debió de actuar, por tanto, con la diligencia necesaria para obtener los poderes notariales que acreditasen la representación asumida, en tiempo hábil procesalmente. Fue esa falta de diligencia lo que dio lugar al archivo declarado por el Juzgado de lo Social; con su comportamiento negligente, como dice la sentencia de 14 de diciembre de 2005 ([JUR 2006\56501](#)), privó a los actores de la oportunidad de someter a la consideración judicial una determinada pretensión y si bien nadie puede prever lo que hubiera ocurrido de haberlo formulado, con su conducta no sólo impidió a sus clientes la posibilidad de conseguirlo, sino que vulneró su derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 de la Constitución Española, pues el derecho de acceso a la jurisdicción forma parte del patrimonio jurídico de los actores. No consta acreditado que el recurrente recabase con tiempo suficiente a sus clientes la entrega de los poderes necesarios, por lo que no cabe atribuir la resolución de archivo dictada por el Juzgado a culpa de éstos.

ción de que sea causada por la actuación del letrado. STS de 24 febrero 2005 (RJ 2005\4737).

– Clientes que comunican a su abogado su decisión de interponer recurso contencioso-administrativo cuando ya había finalizado el plazo. STS de 2 diciembre 2003 (RJ 2003\8471).

– No haber solicitado la suspensión de última sesión de juicio oral al no poder asistir a la misma el inculpado y de no haber sido debidamente citado para ello: perjuicio no acreditado. STS de 13 octubre 2003 (RJ 2003\7031).

– Presentación de la demanda en el Juzgado territorialmente competente, sin atender a la cláusula de sumisión de un contrato cuya nulidad de postula. Cuestión jurídica, no sólo discutible, sino perfectamente atendible; en uno y otro supuesto, no cabe imputar incumplimiento contractual y derivar responsabilidad. STS de 8 junio 2000 (RJ 5098)²².

– Inexistencia de negligencia del Abogado. STS de 7 febrero 2000 (RJ 2000, 283)²³ y STS de 25 noviembre 1999 (RJ 9133)²⁴.

8. LOS ABOGADOS NO RESPONDEN DE LA NEGLIGENCIA DE LOS PROCURADORES EN EL EJERCICIO DE LAS ACTUACIONES QUE COMPETEN EXCLUSIVAMENTE A ELLOS

Hasta no hace mucho, la demanda dirigida conjuntamente contra Abogados y Procuradores solía finalizar, cuando se declaraba la existencia de una conducta negligente, con la condena de ambos profesionales.

Sirva de ejemplo la STS de 18 febrero 2005 (RJ 2005\1682), que condenó tanto al Abogado como al Procurador por haber omitido advertir al cliente el plazo de que disponía a partir de firmeza de Sentencia para pagar el precio aplazado evitando resolución de venta y pérdida de un inmueble.

²² Se alegaba por el recurrente-demandante que el Abogado demandado incurrió en responsabilidad, destacando el error en la presentación de un documento y la presentación de la demanda en el Juzgado de 1ª Instancia de Huelva, habiendo una cláusula contractual de sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Granada.

“Los dos motivos se desestiman. (...) no aparece declarado probado hecho alguno que suponga verdadero incumplimiento de la obligación del Abogado, sino todo lo contrario. El error en la presentación de un documento carece de trascendencia jurídica y la presentación de la demanda en el Juzgado territorialmente competente, desconociendo la cláusula de sumisión de un contrato cuya nulidad de postula, es una cuestión jurídica, no sólo discutible, sino perfectamente atendible; en uno y otro supuesto, no cabe imputar incumplimiento contractual y derivar responsabilidad” (F 5º).

²³ El cliente reclamó los perjuicios causados por la actuación del letrado en una causa por despido instada por un empleado de la actora, cifrando la falta de diligencia en dos actuaciones que fueron causantes de los daños:

1. Haber admitido el hecho primero de la demanda promovida por el trabajador contra el despido, en el que se señalaba el importe del salario, la antigüedad y la categoría profesional del trabajador despedido;

2. Haber aconsejado a la empresa ahora recurrente que no admitiera al trabajador despedido, porque el mismo se encontraba fuera de plazo de 30 días que establecía la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1980\1719 y ApNDL 8311) vigente en la fecha de autos, para solicitar el trabajador la readmisión.

El TS desestimó el recurso de casación presentado por la demandante, en la consideración de que no hubo negligencia del Abogado, pero no se pronuncia en concreto sobre las anteriores alegaciones de aquélla (v. F. 5).

²⁴ Se alegaba por el cliente demandante incumplimiento del trabajo profesional encomendado al Abogado demandado, consistente en la propuesta de arreglo amistoso con otra empresa acreedora de la mandante. Se señalaba que el encargo fue instrumentalizado en escritura pública para su fehabencia, prohibiéndose la sustitución de Abogado mandatario por otro. El poder contenía instrucciones precisas y concretas sobre la forma en que debía realizarse el mandato, y el demandado no hizo más que enviar una carta a los pocos días, a «Rodríguez Montalvillo Construcciones, SA», en la que se contenía una liquidación unilateral y arbitraria de las cuentas entre la recurrente y la susodicha sociedad, en la que no aportaba el poder, y además sustituye una tercera persona, sustitución para la que no estaba autorizado. Todo ello demostraba que no tenía interés en la resolución extrajudicial del mandato.

El TS desestima el recurso de casación de la demandante atendiendo a las siguientes consideraciones:

“a) el letrado negoció con «Rodríguez Montalvillo, SA» la liquidación de la deuda

b) El buen éxito de la negociación no dependía del demandado, sino de la aceptación por «Rodríguez Calvillo Construcciones, SA» del arreglo, lo que nunca se produjo.

c) La no inclusión del poder dentro de la carta enviada por conducto notarial por el demandado a «Rodríguez Calvillo Construcciones, SA» en la que le daba cuenta de la cantidad debida por su mandante no aparece como causa directa de los procedimientos que inició contra «Anber, SA»; no puede unívocamente afirmarse que si lo hubiera conocido hubiera llegado a un arreglo, por lo menos absolutamente nada se ha probado en tal sentido.

d) Es evidentemente erróneo calificar como sustitución en el mandato el que una persona distinta del mandatario comparezca en una Notaría y requiera al notario para que envíe la carta a que tantas veces nos hemos referido, redactada y firmada por el mandatario. Se trata de una mera colaboración, de índole subordinada y elemental.”



Sin embargo, en tres recientes sentencias, el TS ha deslindado las funciones que corresponde a cada uno de estos profesionales, de modo que cuando el resultado desfavorable tiene su causa definida en la omisión de la función específica de cada uno de ellos, no existe una “comunicación” de responsabilidades.

La primera sentencia en “abrir el fuego” en esta dirección fue la STS de 27 febrero 2006 (RJ 2006, 1564). En el caso por ella conocido, la demandante se dirigió contra su Procurador y Abogado, al haber prescrito la acción derivada del Auto ejecutivo del art. 13 LRCSCVM. En el juicio quedó probado que el Procurador no había notificado ni dado traslado a su poderdante y al Abogado el citado auto, dictado en diligencias penales que fueron archivadas. La notificación no se hizo sino dos años después de la emisión del auto.

En primera instancia se condenó a ambos demandados, pero la sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial que absolvió al Abogado. En el recurso de casación la actora alegaba que el Letrado no había presentado “prueba fehaciente” que indicara falta de responsabilidad.

El recurso fue desestimado por el Tribunal Supremo, en atención a las siguientes consideraciones:

1. No corresponde al Abogado la carga de la prueba de su diligencia:

“Con independencia de que tal planteamiento (del recurso) distorsiona la propia norma de atribución a las partes de la carga probatoria y pretende hacer recaer sobre el demandado la prueba de un hecho negativo, es lo cierto que la Audiencia no ha aplicado en ningún sentido dicha norma de distribución por lo que no ha podido conculcarla” (FD 3º).

2. El resultado desfavorable es sólo imputa-

ble al Procurador, en cuanto a él le competía dar traslado al Abogado de toda la documentación que recibiera en el desempeño de su función.

En el caso presente la Audiencia, “tras valorar el resultado de las pruebas practicadas, llegó a la convicción de que el origen del perjuicio causado a la actora, al ver desestimada por prescripción la acción de reclamación entablada en vía ordinaria, tuvo su origen en el hecho de que el Procurador demandado don Rafael –condenado en ambas instancias y aquietado a dicha condena– no comunicó oportunamente al Letrado Sr. Federico el auto de cuantía máxima dictado por el Juzgado con ocasión del accidente sufrido por el hijo de la actora, cuya fecha de notificación al Procurador significaba el establecimiento del «dies a quo» para el ejercicio de cualquiera de las acciones de reclamación civil que en ese momento nacían: la ejecutiva y la ordinaria” (FD 3º).

“Partiendo así del desconocimiento por el demandado, el Letrado don Federico, del dictado del repetido auto de cuantía máxima y, en consecuencia, del inicio del período de prescripción de la acción civil que habría de entablarse en nombre de la actora, no cabe imputar al mismo la responsabilidad profesional que se pretende –aunque ahora por la vía inadecuada del artículo 1902 del Código Civil– dado que no puede exigirse al abogado una obligación de vigilancia sobre el cumplimiento por el procurador de las obligaciones profesionales que le incumben y que derivan tanto de la relación de mandato con su cliente como de su propio estatuto profesional en cuanto el artículo 14 del Real Decreto 2046/1982, de 30 de julio (RCL 1982\2294, 2656), que aprobó el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales (RCL 1982\2238, 2562) –vigente en la

fecha en que los hechos tuvieron lugar— le obligaba a transmitir al abogado «todos los documentos, antecedentes e instrucciones que se les remitan, o que ellos mismos puedan adquirir, haciendo cuanto conduzca a la defensa de su poderdante, bajo la responsabilidad que las Leyes impongan al mandatario», así como a «tener al cliente y letrado siempre al corriente del curso del negocio que se les hubiere confiado» (FD 3º).

3. El Abogado responde de la actividad que le compete una vez ha recibido la notificación del procurador.

“... el abogado, presupuesta la existencia de tal comunicación, únicamente habrá de responder por un mal planteamiento procesal, la defectuosa fundamentación jurídica de la pretensión, la errónea elección de la acción planteada o el desconocimiento de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso, lo que comporta la aplicación por su parte de la llamada «lex artis» propia de su ejercicio profesional (sentencia, entre otras, de 8 de abril de 2003 [RJ 2003\2956]), imputaciones que no cabe efectuar a su actuación en el caso presente” (FD 3º).

Meses después el Tribunal Supremo deslinda la responsabilidad de ambos profesionales con mayor precisión. Así lo hizo en la ilustrativa STS de 11 mayo 2006 (RJ 2006, 3950)²⁵. Se trataba de un caso en el que el Procurador de oficio no presenta escrito de personación en el recurso de apelación. Interpuesta demanda contra el Procurador y los Abogados, la Audiencia condena a ambos. Al segundo al considerar que los abogados intervinientes debieron instruir al procurador sobre la posibilidad y procedencia de solicitar un nuevo nom-

bramiento de oficio para la segunda instancia ante el órgano ad quem, tal como prevé el artículo 844 I LECiv/1881, y que cuando se incumple el deber de personación a raíz del emplazamiento derivado del recurso de apelación interpuesto ejerciendo la representación conferida de oficio, la responsabilidad no debe quedar limitada al causídico, sino que debe extenderse también al letrado, en virtud del incumplimiento de dicho deber de instrucción y de vigilancia de la actividad del procurador inherente a su función de dirección del asunto.

En el recurso de casación el Abogado condenado alegaba lo siguiente:

a) la personación omitida por el procurador y exigida por el artículo 840 LECiv/1881 no necesita de las instrucciones del abogado director del asunto y ni siquiera requiere firma de éste; y el procurador, mientras no haya cesado en su cargo, viene obligado a seguir el juicio, así como a hacer cuanto conduzca a la defensa de su poderdante aun en caso de ausencia de instrucciones o insuficiencia de las existentes (artículos 5 y 6 LECiv/1881); falta, en consecuencia, toda relación de causalidad entre el daño producido y la actuación de los codemandados;

b) la responsabilidad se basa por la sentencia en no haber informado al actor del «contenido del párrafo primero del artículo 844 LECiv», pero consta en autos que ninguno de los abogados tuvo conocimiento de la providencia por la que se emplazaba a las partes ante la Audiencia Provincial, y el emplazamiento a las partes para comparecer ante la misma tuvo lugar más de dos años después de tenerse por interpuesto el recurso, por lo que el procurador incumplió la obligación

²⁵ Comentada por MARTÍ MARTÍ, “Responsabilidad del Procurador y no del Abogado por error en el proceso”. *La Ley*, núm. 6590, de 14 noviembre 2006.



contenida en el número 5.2.4º LECiv/1881 de tener al cliente y al abogado siempre al corriente del curso del negocio, pasando al segundo copias de todas las providencias que se le notifiquen, por lo que no puede apreciarse una responsabilidad solidaria por hechos ajenos cuando el único sujeto interviniente ha sido el procurador.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por uno de los Abogados condenados por la Audiencia. Después de señalar la diferente naturaleza de las relaciones que unen al Abogado y al Procurador con su cliente (prestación de servicios en el primer caso, y contrato de mandato en el segundo), declaró que

“El procurador, en consecuencia, tal como expresa la LECiv/1881, aplicable a este proceso por razones temporales (artículo 5 LECiv/1881), y sanciona asimismo el Estatuto de la Procuraduría (artículo 14.2 del Real Decreto 2046/1982 [RCL 1982\2238, 2562], vigente a la sazón), está obligado a no abandonar su representación en tanto no concurra alguna de las causas de extinción del mandato previstas en la Ley procesal y a hacer aquello que convenga a su cliente según la índole del asunto en el caso de que carezca de instrucciones claras” (FD 4º)

El Tribunal Supremo rechaza la tesis de la Audiencia, poniendo de relieve que “el abogado director del asunto no tiene obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los procuradores”:

“... el abogado director del asunto no tiene obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los procuradores (STS de 27 de febrero de 2006 [RJ 2006\1564]), los cuales deben tener conocimiento de cuáles

son sus obligaciones y facultades y de cómo las particularidades de la representación de oficio les imponen especiales deberes de vigilancia para garantizar la continuidad de las acciones procesales cuando la posible sustitución de unos profesionales por otros, permitida por la Ley, puede redundar en perjuicio de quienes han obtenido la declaración de justicia gratuita” (FD 5º).

Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado resulta el deber prevalente del procurador, que supone la ausencia de un nexo causal entre la actividad (omisiva) del Abogado y el resultado desfavorable:

“En el caso aquí enjuiciado, **la prevalente obligación del procurador de conocer el deber de personación que le incumbía y el deber de diligencia que imponía la representación otorgada de oficio para evitar el perjuicio de la acción, comporta que la conducta por parte de los abogados carezca de relevancia alguna desde el punto de vista del nacimiento de una responsabilidad contractual por los perjuicios producidos, pues aunque se entendiese que una mayor vigilancia por su parte hubiera podido redundar en la evitación del resultado dañoso, el carácter predominante de la omisión del procurador, por estar en relación con los deberes que directa y específicamente le incumben, conduce a una situación que puede entenderse como de ausencia de nexo de causalidad entre la conducta de las recurrentes y los perjuicios ocasionados por imposibilidad de llegar a una atribución o imputación objetiva a aquéllos de los perjuicios originados, o como de falta de los elementos de culpabilidad necesarios (dolo, negligencia o morosidad, en palabras del CC) para la imputación de responsabilidad civil como**

consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales.” (FD 5º).

Esta doctrina ha sido continuada por la STS de 27 julio 2006 (RJ 2006, 6548), sobre un caso similar.

9. LOS DAÑOS. CONCEPTOS INDEMNIZATORIOS Y SU VALORACIÓN

9.1. Consideraciones generales.

La cuestión relativa a la valoración o cuantificación del daño indemnizable es, sin duda, una de las más complicadas de cuantas suscitan los casos de responsabilidad de Abogados y Procuradores, puesto que en no pocas ocasiones se trata de daños de naturaleza conjetural. Muchas sentencias de instancia han desestimado la demanda a pesar de declarar la existencia de un incumplimiento por el Abogado, por considerar que no existía un daño patrimonial demostrado. La determinación del daño concreto sufrido por el cliente como consecuencia de la negligencia o de la impericia del Abogado o Procurador abocaría a la necesidad de llevar a cabo un juicio dentro del juicio, pronunciándose, a modo de conjetura, sobre cuál habría sido el resultado del conflicto de no haber mediado una actividad profesional negligente.

Así lo expresa la **STS de 29 mayo 2003 (RJ 2003, 3914)** respecto de los recursos presentados fuera de plazo:

«El caso que nos ocupa consiste en determinar si existe culpa en el Abogado por no entablar una demanda a tiempo (la acción prescribe o caduca), o por no interponer un recurso dentro del plazo establecido.

Sobre esta segunda hipótesis versan la mayor parte de los casos de la jurisprudencia. **Y en ellos se plantea una primera y princi-**

pal disyuntiva, que es la siguiente: cuando el órgano judicial enjuicia la posible responsabilidad del Abogado, ¿puede o no –o tiene o no– que realizar ese órgano judicial una «operación intelectual» consistente en determinar (con criterios de pura verosimilitud o probabilidad) cuál habría sido el desenlace del asunto si la demanda se hubiese interpuesto o el recurso se hubiese formulado a tiempo?

Si contestamos afirmativamente a esta pregunta, el juzgador podrá condenar al Abogado a satisfacer a su cliente una indemnización equivalente al interés que se hallaba en juego, o bien reducirla prudencialmente en función de la mayor o menor dosis de probabilidad de éxito (prosperabilidad que suelen decir los Tribunales) que el propio juzgador estime que habría tenido la demanda o el recurso intempestivos.

Si la respuesta es negativa, el Juez deberá establecer una indemnización en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para éste ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido. Una expresión del razonamiento conducente a la condena, en ese caso, podría ser el consistente en la llamada «pérdida de oportunidad».

Otra posibilidad, en este segundo caso, es la de que el Juez señale en favor del cliente una indemnización (también de discrecional estimación) por el daño moral que al cliente le ha supuesto verse privado de acceso a la Justicia».

En otras ocasiones el Tribunal Supremo realiza ese juicio de probabilidad. Vid., por ejemplo, las **SSTS de 28 julio** [RJ 2003, 5989; FFD 2 y 3] y **14 julio 2003** [RJ 2003, 4630; FD 1]).



9.2. Daños patrimoniales o materiales. El juicio de probabilidad.

Para la indemnización de la eventual pérdida patrimonial del cliente como consecuencia de la negligencia del profesional se ha de proceder al juicio de probabilidad, de modo que la indemnización por tal concepto guarde relación con el grado de probabilidad de que la pretensión del cliente hubiera prosperado de no mediar tal negligencia.

(i) Pretensión cuya probabilidad de éxito es muy escasa.

STS de 28 julio 2003 (RJ 2003, 5989).

Pretensión de indemnización por daños patrimoniales consistentes en el valor de una finca sobre la que se había ejercitado una tercería de dominio. Habiendo sido desestimada la tercería en ambas instancias, el recurso de casación fue declarado desierto por negligencia del Procurador al no dar traslado al Abogado del Auto de la Audiencia por la que se tenía por preparado. El TS consideró que era muy improbable que el recurso hubiera prosperado de haber sido admitido²⁶.

STS de 14 julio 2003 (RJ 2003, 4630).

En el recurso de casación el demandante alegaba que la indemnización por daño moral, cifrada por la sentencia impugnada en 1.500.000 ptas., se elevara hasta los 60.000.000 ptas. solicitados en la demanda, realizando un pronóstico de prosperabilidad de la demanda de reclamación de daños extracontractuales, que fue desestimada por prescripción de la acción, circunstancia esta última imputable al profesional demandado. El TS desestima la pretensión en la consideración de que tal pronóstico es «absolutamente opuesto tanto a la valoración de la prueba que en relación con la causa del daño sufrido por el también entonces demandante ofrece la sentencia recurrida como a la doctrina de esta Sala en materia de responsabilidad civil²⁷.»

STS de 8 julio 2003 (RJ 2003, 4613).

«La sentencia recurrida reconoce que se ha vulnerado por la negligencia del demandado el derecho de acceso al recurso de la actora, que hay un daño que califica de «moral indirecto», no siendo combatida tal calificación. Se preocupa la Audiencia de cuantificar el daño producido, y para ello analiza la probabilidad del éxito del recurso de casación ante el Tribunal

²⁶ Existe una múltiple valoración judicial coincidente en entender la falta de razón de la demandante (cuatro Sentencias: las dos de la tercería y las dos del proceso en que se ha formulado el recurso que se enjuicia), circunstancia «que se pondera por la resolución recurrida en un conjunto de razones o datos muy significativos (actividad comercial mercantil del marido, conocida y consentida por la esposa; constituir la misma fuente ordinaria de los ingresos del matrimonio; capitulaciones de separación de bienes no registradas y efectuadas ya en fecha próximas al deterioro de su economía; y sentencia de separación matrimonial posterior a la deuda); y consta la declaración de no haber lugar al recurso de casación nº 1.626/95 recaído para un proceso sensiblemente, por no decir absolutamente igual al en que se suscitó la incidencia del recurso desierto, dando lugar a este juicio de responsabilidad civil del Procurador negligente».

²⁷ «Promovido en su día el litigio en reclamación de una indemnización por las gravísimas secuelas que el demandante, ingeniero de caminos, sufrió cuando trabaja para una empresa que había subcontratado a otra las obras de movimientos de tierra en las inmediaciones de una vía férrea, y alegándose en la demanda como hecho causante de las lesiones el desplome sobre el demandante de un poste arrastrado por otro que a su vez había sido golpeado por una máquina de la empresa subcontratada, la sentencia ahora recurrida entiende que, de no haberse apreciado prescripción de la acción, la viabilidad de tal demanda aparecía «como muy escasa» porque su versión de los hechos carecía de todo respaldo probatorio, ya que tanto la declaración testifical de la única persona que acompañaba al perjudicado como las investigaciones de la Inspección de Trabajo «desvinculan por completo la caída del poste de cualquier impacto sufrido en el mismo o los próximos, o de vibraciones ocasionadas por la maquinaria que estuviere trabajando en las proximidades de la vía férrea, sin que tan siquiera llegara a identificarse, ni en la demanda ni la fase probatoria, la máquina y su conductor a cuya actividad se atribuía la caída del poste», añadiéndose que el único testigo presencial, desvinculado desde hacía tiempo de la empresa subcontratada, había imputado el siniestro a una racha de fuerte viento, así como que incumbía precisamente al perjudicado, como ingeniero jefe de la obra y presidente del Comité de Seguridad e Higiene en el Trabajo, procurar que en los movimientos de tierra se respetara el debido sustento del tendido eléctrico. Así las cosas, fácil será comprender que frente a tales razonamientos nada puedan unas alegaciones que, como las de este motivo, o bien ofrecen una valoración de las mismas pruebas en sentido diametralmente opuesto a la del tribunal sentenciador, aunque no tanto por dejar aquéllas algún margen de duda como por no merecerle el testigo presencial crédito alguno al recurrente, planteamiento radicalmente inaceptable en casación, o bien dan por sentada una responsabilidad de la titular de la vía férrea absolutamente objetiva o por el resultado, es decir, ajena a los arts. 1902 y 1903 CC que constituían el fundamento jurídico de la demanda. Si a todo ello se une que las tendencias objetivadoras o las técnicas de inversión de la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil por culpa extracontractual en ningún caso eximen al demandante de probar el elemento de la acción u omisión y que, como atinadamente razona el tribunal sentenciador, era precisamente el actor quien, como ingeniero de caminos jefe de obra, tenía encomendada la seguridad de los trabajos de movimientos de tierra que se ejecutaban, forzoso será concluir que el pronóstico de escasa viabilidad de la demanda, al margen de la prescripción de la acción, se ajusta cabalmente a la realidad.» (FD 3)

Supremo, que el demandado no interpuso en plazo, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, a pesar de haberlo preparado ante este último órgano. Del examen de la resolución recurrida llega a la conclusión de que en un orden racional, la probabilidad de que hubiese prosperado serían nulas. Por otra parte, y dado que la sentencia recurrida declaraba la invalidez del título por el que la actora ocupaba un local para la explotación de un negocio de bar en el interior de un centro cultural municipal, la Audiencia analiza las repercusiones económicas que tendría la prosecución de la explotación durante el tiempo de tramitación del recurso de casación si hubiere interpuesto, y niega que el demandado tenga que indemnizar por las inevitables demoras en la administración de la justicia.

(ii) Elevada probabilidad de éxito de la pretensión.

– Una indemnización por la cuantía correspondiente a la pérdida de los ingresos que el cliente hubiera obtenido en caso de que el Abogado se hubiera conducido de forma diligente.

Debido fundamentalmente a su carácter conjetural, no son muy frecuentes las ocasiones en las que se conceden indemnizaciones por el valor de la pretensión “perdida” (v. SSTS de 11 noviembre 1997 (RJ 7871) (sobre responsabilidad de Procuradores) y 25 junio 1998 (RJ 5013)). No obstante, cuando el daño material se considera “cierto”, sí se tiende a su concesión, si bien con determinados matices.

— STS de 18 febrero 2005 (RJ 2005, 1682), en un caso en el que no se informó al cliente del plazo a partir de la firmeza de la sentencia en la que se condenaba al comprador a pagar el precio aplazado de un contrato de compraventa, evitando la resolución del contrato y la pérdida de inmueble. Se indemnizó por el valor de mercado del piso menos la actualización proporcional del precio aplazado. Vid. FF.D. 7º y 8º de la sentencia.

— **STS de 3 octubre 1998** (RJ 8587); FD 4º. Transcurso del plazo para accionar contra el Fondo de Garantía Salarial.

— **STS de 17 noviembre 1995** (RJ 8735); F.F.D. 3º y 4º.

9.3. Pérdida de oportunidad procesal y daño moral.

Posiblemente el concepto indemnizatorio que mejor cuadre con la naturaleza del daño sufrido por el cliente de un Abogado por negligencia de éste en el ejercicio de una acción o durante la tramitación de un proceso sea el de la «pérdida de oportunidad procesal». Como queda dicho, el daño en estos casos es normalmente conjetural, de modo que no es susceptible de valoración concreta. El daño real sufrido por el cliente se refiere a la pérdida de la oportunidad de presentar y defender adecuadamente su pretensión.

¿Cómo se valora la pérdida de oportunidad procesal? Aquí debe acudir también al **juicio de probabilidad** y atender, en consecuencia, a elementos estadísticos. La cuantía de la indemnización debe acercarse o alejarse del valor de la pretensión según la probabilidad de éxito de ésta, atendiendo a las circunstancias del caso y a la naturaleza de la acción. Si como consecuencia de un accidente de tráfico en el que claramente ha intervenido la culpa de un conductor, he sufrido daños, la pérdida de la pretensión por negligencia del Abogado debe dar lugar a una obligación de indemnizar por una cuantía cercana a la que obtendría si se hubiera ejercitado la acción o ésta hubiera seguido su curso normal durante el proceso.

Esto implica, naturalmente, que el valor de la prestación está determinado o es fácil de determinar. En otro caso habrá de ser calculado por el Juez que conozca de la acción de reclamación de daños contra el Abogado, atendiendo a criterios de proporcionalidad y de ponderación.



De lo anterior puede extraerse una regla general: cuando atendiendo a las circunstancias del caso puede calcularse qué probabilidad de éxito tiene una determinada pretensión, el daño de la pérdida de oportunidad procesal debe calcularse aplicando el porcentaje de probabilidad de éxito de la acción al valor de la pretensión (o, en su caso, aunque esto es más raro, de la defensa contra la misma).

El Abogado condenado alegó que no se había producido un mal real y efectivo, en relación directa de causa a efecto, al recurrido. Sin embargo, “consta perfectamente acreditado el evidente incumplimiento de sus obligaciones como profesional del demandado y recurrente, incumplimiento que al impedir el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para conocer de la acción, por despido laboral, ha originado la pérdida indebida de oportunidades procesales, con la consiguiente generación de perjuicios que deben ser indemnizados” (**STS de 8 febrero 2000 [RJ 842]**).

En no pocas ocasiones y de forma parecida a como ha hecho en otros ámbitos²⁸, el Tribunal Supremo ha considerado como daño moral derivado de la frustración del derecho a la tutela

judicial un daño equivalente al valor patrimonial de la prestación sufrida. Se trata de una doctrina al menos cuestionable²⁹.

En efecto, no parece técnicamente correcto inscribir el concepto «pérdida de oportunidad» dentro del más genérico de «daño moral», como hacen las sentencias citadas. La «pérdida de oportunidad» debe tener un contenido fundamentalmente patrimonial, pues de otra manera habría que indemnizar por pretensiones no ya con escasas, sino con nulas probabilidades de éxito o manifiestamente infundadas.

9.4. Cuantificación en la fase de ejecución de sentencia

En otras ocasiones, el TS ha declarado la existencia de un daño, sin dejar de reconocer la dificultad de su cuantificación, si bien es cierto que en no pocos casos ha dejado esa cuantificación para la fase de ejecución de sentencia, con lo que se nos priva de conocer los criterios seguidos para ello: v. **STS de 25 marzo 1998 (RJ 1651; FD 3^o)**³⁰ y **STS de 16 diciembre 1996 (RJ 8971; FD 6^o)**³¹.

²⁸ Vid. PARRA, CCJC 35, 1994, especialmente p. 587 y ss.

²⁹ Vid. STS de 11 noviembre 1997 (RJ 1997, 7871) (responsabilidad de procuradores), STS de 28 enero 1998 (RJ 1998, 357), STS de 25 junio 1998 (RJ 1998, 5013), STS de 3 octubre 1998 (RJ 1998, 8587), STS de 14 mayo 1999 (RJ 1306) (FD 5^o), En contra la STS de 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 8971).

³⁰ En cuanto al incumplimiento del deber de informar, tanto más al extinguirse «prácticamente» (es decir, no totalmente) la relación contractual, ha quedado claramente constatado; la sentencia recurrida entiende que no se ha probado el daño, que ciertamente es preciso para que pueda darse lugar a la indemnización que deriva del incumplimiento; pero olvida dicha sentencia otra regla de reiterada e indiscutible aplicación: acreditado un incumplimiento, si el daño es patente, no es preciso probar su existencia sino su cuantía (en autos o en ejecución) y en el presente caso, en que la entidad demandante ha necesitado acudir a la tutela judicial para obtener unos informes que debería haber dado el Abogado desde el principio y obtener incluso la devolución de documentación que pertenecía a la demandante, es patente la producción de un daño, que se cuantificará en ejecución de sentencia”.

³¹ Respecto a la determinación del «quantum» indemnizatorio, las dificultades que presenta la misma en esta clase de procesos no impide que el juzgador haya de buscar los medios adecuados para alcanzar una correcta compensación por los daños y perjuicios causados por la actuación negligente del Letrado demandado y si bien esa indemnización no puede consistir en lo que los actores hubieran podido percibir como indemnización de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento del esposo y padre de los actores en el procedimiento en que se dio la actuación negligente a que se contrae este litigio, trasponiendo a este pleito aquella indemnización como hace la Sala «a quo» mediante un estudio de la acción que no llegó a prosperar al ser estimada la excepción de prescripción, sí pueden ser examinadas las posibilidades de que la acción, caso de haber sido temporáneamente ejercitada, hubiese prosperado y partiendo de ello y atendida la cuantía litigiosa así como la causa de que la demanda no llegase a ser examinada en cuanto al fondo del asunto, fijar la indemnización procedente, pues, como dice la Sentencia de esta Sala de 20 mayo 1996 (RJ 1996\3793), «ninguna contradicción existe en que al examinar la Sala, como único medio de aproximarse al alcance de los posibles daños y perjuicios, razone sobre la improsperabilidad de la alzada y sus expectativas, que se perdió por negligencia del Procurador, en términos que son plenamente aceptables y que, desde luego, no pretenden sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello tarea imposible». Atendido lo anterior, procede mantener el «quantum» de la indemnización fijada por la Sala de instancia puesto que las posibilidades de éxito de la demanda en reclamación de aquellos daños y perjuicios por la muerte del causante de los actores recurridos eran ciertas y se vieron truncadas de raíz por la conducta negligente del recurrente al no realizar en tiempo oportuno los requerimientos necesarios para interrumpir la prescripción.

La prueba del lucro cesante



Juan F. Garnica Martín

Magistrado

Profesor Ordinario de la Escuela Judicial

SUMARIO

- I. Conceptos integrantes del daño: la necesidad de distinguir entre ellos
- II. El concepto de lucro cesante
 1. El lucro como ganancia probable
 2. ¿Es resarcible la pérdida de oportunidades?
 3. Lucro cesante y actividades ilícitas o inmorales
 4. La distinción entre la prueba del lucro y la de su entidad o importancia
- III. La tutela del lucro cesante derivado del daño personal producido en accidentes de tráfico
 1. Consecuencias indeseables del sistema baremizado de resarcimiento del lucro cesante analizadas desde la perspectiva del responsable civil
 2. Consecuencias indeseables del sistema contempladas desde la perspectiva de la víctima
 3. El concepto de culpa relevante y el resarcimiento del lucro cesante
- IV. La prueba del lucro cesante
 1. La prueba de la existencia del lucro
 2. La prueba de la cuantía de la ganancia frustrada
 3. Lucro cesante derivado de la paralización de vehículos industriales
 4. Ganancias frustradas derivadas de la necesidad de cierre de un negocio



I. Conceptos integrantes del daño: la necesidad de distinguir entre ellos

No resulta una cuestión discutida, ni discutible, que el daño resarcible no puede ser reducido a una idea única sino que está integrado por una pluralidad de conceptos, cada uno de los cuales presenta particularidades propias en su enjuiciamiento.

A pesar de la fortaleza conceptual de esa idea que se acaba de exponer, ha constituido una práctica muy generalizada en nuestra tradición jurídica la de que nuestros tribunales no exigieran, ni se autoexigieran tampoco, una verdadera distinción entre los diversos elementos o conceptos integrantes del daño, de forma que con frecuencia éste quedaba en la más completa indefinición, y por consiguiente indeterminación, en el momento del resarcimiento.

Fruto de esa pereza intelectual y conceptual ha sido que en nuestro derecho no se hayan definido suficientemente las pautas que el enjuiciamiento del daño exigía para hacer realidad un principio que es esencial en esta materia, el principio de la indemnidad. En lugar de afrontar esa cuestión en toda su complejidad y riqueza de matices, la idea que ha preponderado en el enjuiciamiento de nuestra responsabilidad civil fue la de la comodidad. Comodidad que tiene una doble perspectiva: (i) una comodidad argumentativa, la de no exigirse un esfuerzo de diferenciación entre los diversos conceptos de daño que, a título de mero ejemplo, pueden resultar implicados cuando alguien es atropellado por un vehículo y sufre lesiones; y (ii) también se trata de una comodidad de acreditación. Podría decirse que fundamentalmente se ha tratado siempre más de esto último que de lo primero, porque la prueba del daño, particularmente de algunos de sus aspectos, como el que nos ocupa, no resulta fácil.

Para resolver esos inconvenientes y poder asegurar un efectivo resarcimiento del daño, la práctica judicial se refugió en convenciones, en “prácticas”,

que a fuerza de ser repetidas por los tribunales parecieron convertirse en norma obligatoria. Así ocurrió, por ejemplo, para cuantificar los daños derivados de la incapacidad temporal: juzgados y tribunales fueron definiendo “módulos” que utilizaban como parámetro único de resarcimiento de todos los conceptos de daño que pudieran verse afectados por ese genérico concepto de “incapacidad temporal”. Aunque existía una justificación razonable para esa práctica judicial tan poco propia, tan viciosa podríamos decir sin ruborizarnos, el problema fundamental que comportaba, y por el que fue especialmente denostada, fue el de la inseguridad jurídica que comportaba, porque los criterios aplicados por los diversos jueces no siempre coincidían, y el juez se podía sentir libre (y de hecho con frecuencia así ocurría) de prescindir de parámetros medios y utilizar los que personalmente le parecían más justos en el caso concreto.

El fundamento de ese sistema se encontraba en el arbitrio judicial; se partía de la idea de que el juez era libre de valorar el daño según su criterio y si aceptaba someterse a módulos definidos en la práctica judicial era porque quería, no porque tales criterios tuvieran valor obligatorio.

Un sistema de valoración del daño en el que se había producido una completa perversión de las reglas razonables del enjuiciamiento del daño, particularmente del llamado daño personal, un sistema completamente chapucero e irracional de valoración del daño se había vuelto tan acomodaticio que no era esencialmente criticado en sus propios fundamentos, que era donde se encontraba el mal, sino por cuestiones puramente accesorias, porque el sistema se había vuelto tan caprichoso que la seguridad jurídica resultaba comprometida, y con ella la seguridad económica del sector asegurador, que era quien debía sufrir los inconvenientes de tal sistema. Así se puede explicar lo que ha venido ocurriendo durante los últimos veinticinco años: no se ha cuestionado propiamente el sistema de valo-

ración del daño que no distinguía entre las diversas partidas que lo integran y procedía a resarcirlo in totum, como un verdadero totum revolutum. Por esa razón la crítica que se ha hecho al poder público cuando ha introducido mecanismo para resolver el “problema” de la valoración del daño personal ha sido una crítica de baja intensidad, una crítica hecha desde el acomodo que todos los operadores jurídicos sentían por el sistema.

El poder público (primero el poder ejecutivo en el año 1991 y luego el poder legislativo en el año 1995) lo que hizo fue simplemente sustituir los “módulos judiciales” o el desmesurado arbitrio judicial por unos módulos objetivados con los que intentar, en un principio, orientar la aplicación judicial, y que más tarde se terminaron imponiendo como único criterio posible. No es sino hasta el momento en el que se da este último paso, esto es, cuando el legislador introduce en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, el sistema de baremos para el resarcimiento del daño corporal cuando se comienza a producir una verdadera reacción entre los jueces y en la doctrina contra tal sistema.

Bien mirado, y desde una perspectiva puramente económica o sociológica, el legislador no había hecho otra cosa que poner cordura allí donde no existía: establecer parámetros objetivos que limitaran el excesivo arbitrio judicial sustituyendo los que antes se habían ido imponiendo por generación interna en la práctica judicial.

Desde una perspectiva jurídica, en cambio, lo que se hizo fue atribuir categoría de norma jurídica a un sistema chapucero de valoración del daño. Tal sistema de “valoración integral del daño” no tiene parangón en ningún otro ordenamiento jurídico y ha sido descalificado como inadmisibles por la doctrina extranjera que se ha pronunciado sobre él. Se trata de una solución jurídica “a la española” que se asienta sobre unas bases intelectuales inasumibles, pero que está perfectamente acomodado

en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de las serias objeciones que el Tribunal Constitucional se vio forzado a ponerle (STC 181/00).

La referida Sentencia del Tribunal Constitucional, que ha considerado en parte inconstitucional el sistema, tiene la virtualidad de permitir una amplia reflexión sobre los fundamentos de todo el sistema de resarcimiento de daños, reflexión que nos permita entender cuál es el verdadero derecho vigente en la materia.

Los daños, desde la perspectiva que aquí los contemplamos, la de su valoración y resarcimiento, se pueden clasificar en dos grandes categorías: a) daños de carácter patrimonial; y b) daños de carácter no patrimonial, que también se pueden denominar daños morales.

El ámbito de los daños morales no es una cuestión fácil de determinar, ni tampoco su concepto, particularmente porque en nuestra jurisprudencia se ha hecho un uso perverso de este concepto, ampliándolo de manera excesiva e incluyendo en su interior muchos supuestos de verdaderos daños patrimoniales. Eso sí, tal perversión se ha hecho con las mejores intenciones, por razones de equidad, con la voluntad de intentar evitar que daños patrimoniales que se pueden presumir existentes queden sin resarcimiento por la falta de una cumplida prueba. Pero lo que creemos esencial a la hora de definir el concepto de daños morales es la nota de insusceptibilidad de valoración económica. En el pretium doloris, uno de los conceptos en los que no se discute el carácter de daño moral, puede advertirse esa imposibilidad de valoración económica. Por esa razón se afirma que el daño moral no se pueda resarcir sino que únicamente se puede compensar. Para señalar esa compensación no existen parámetros objetivos, de forma que siempre existirá un alto grado de arbitrariedad en cualquier sistema que se proponga resarcir tales daños. Por ello no parece demasiado razonable



que el resarcimiento de tales daños se haga siguiendo el arbitrio judicial, lo que puede comportar una gran inseguridad jurídica, además de un posible trato desigual de los ciudadanos ante la Ley. Esas razones determinan que sea muy bien recibido en cualquier ordenamiento jurídico un sistema que objetive el resarcimiento del daño moral, un baremo de daño moral, como el que se aplica en otros países de nuestro entorno.

El daño moral resulta muy difícil de acreditar e imposible de cuantificar. Pese a ello, existe coincidencia en que debe ser resarcido, porque es verdadero daño. Por consiguiente, el ordenamiento positivo debe poner los medios que lo posibiliten y, en el caso de que no lo haga, serán los jueces los que se encarguen de introducirlos. La apreciación o valoración judicial será en tal caso la única alternativa a las propias dificultades que la tutela de este tipo de daño plantea.

En cambio, en el ámbito del daño patrimonial las cosas resultan diferentes: pueden existir dificultades para determinarlo y para cuantificarlo, pero no son dificultades a priori insuperables. Es posible que algunos de sus conceptos resulten difíciles de acreditar, si bien son la excepción, no la regla. Por tal razón, en principio, no parece justificado que el legislador deba establecer mecanismos adicionales que permitan su resarcimiento sino que deberían bastar las reglas generales del enjuiciamiento. De acuerdo con ellas, le corresponde a quien ha sufrido el daño, por lo común el demandante, la carga de su acreditación, como hecho constitutivo de la demanda que es (art. 217.2 LEC).

Por otra parte, los problemas de prueba de los perjuicios económicos, si son insuperables objetivamente para quien los ha sufrido, tampoco debieran impedir su resarcimiento. Y ello sin necesidad de acudir al concepto de daños morales para dar entrada a su través a razones de equidad. Creemos que es preferible considerarlos en todo

caso como perjuicios económicos y aplicar en su enjuiciamiento las reglas sobre la carga de la prueba de la manera más flexible, algo que permite el propio sistema legal, que modera enormemente el alcance de la regla básica de que la carga de la acreditación de los hechos constitutivos pesa sobre la parte actora.

Si profundizamos un poco más en los dos conceptos que integran el daño patrimonial, esto es, daño emergente y lucro cesante, observaremos que el problema de prueba que se produce respecto de cada uno de ellos es bien distinto. Mientras respecto del daño emergente no existen mayores problemas de prueba que respecto de cualesquiera otros hechos constitutivos de la demanda, para la prueba del lucro cesante existe un problema añadido que resulta del hecho de que tal daño no se ha materializado, sino que normalmente se debería materializar en el futuro. Esa dificultad se concreta en la imposibilidad de llegar a conseguir el mismo grado de certeza en la prueba del daño emergente que en la del lucro cesante. Mientras respecto del primero es exigible certeza, respecto del segundo es preciso contentarse con probabilidad, alto grado de probabilidad si se quiere, pero muy difícilmente certeza.

Esa dificultad, en ocasiones incluso extrema, está insita en la naturaleza de las cosas, si bien no puede suponer un obstáculo insuperable al resarcimiento. A la parte que lo reclama le corresponderá extremar su diligencia probatoria y a los órganos jurisdiccionales aplicar con sabiduría y prudencia las reglas de enjuiciamiento que permitan que la tutela de ese daño no quede desprovista de contenido efectivo.

En suma, el propósito de esta introducción no es otro que el haber puesto de manifiesto que los distintos conceptos que se incluyen dentro del daño resarcible no se pueden reducir a la unidad porque su régimen jurídico es muy diverso. Aunque

el legislador haya podido dar pie a la idea de que es posible el reduccionismo, no se pueden ignorar los problemas que entraña. Ese reduccionismo no es propiamente un mecanismo que permita resolver tales problemas sino sólo ignorarlos. Y como no siempre pueden ser ignorados, es preciso examinarlos con detalle para conocer qué posibilidades de actuación se tienen cuando, como víctima o como responsable, se está frente a la necesidad de determinar y cuantificar el daño.

II. El concepto de lucro cesante

El lucro cesante es, siguiendo la terminología del art. 1106 del Código Civil, la ganancia que se haya dejado de obtener por consecuencia del hecho del que se es responsable. Si concebimos como daño cualquier lesión de un interés, sea patrimonial o no, el concepto de lucro cesante se circunscribe a la lesión de un interés patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto (esto es, deducidos costes) que se haya dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento contractual por el deudor o bien del acto ilícito que se imputa a un tercero.

La ganancia frustrada no es preciso que se fundamente en un título que exista en el patrimonio del acreedor en el momento del daño. Esto es, no resulta imprescindible que en el momento en el que se produce el hecho dañoso el incremento patrimonial susceptible de integrar el lucro cesante ya se haya concretado, sino que basta que se pudiera razonable haber llegado a concretar en el futuro.

Ello no significa que deba identificarse el concepto de lucro cesante con el de daño futuro. El lucro cesante puede ser tanto actual como futuro y también puede existir daño emergente actual y daño emergente futuro. Esa diferencia se puede ilustrar muy bien con un ejemplo que tomamos de

Yzquierdo Tolsada¹. En un accidente de circulación con lesiones corporales será: (1) daño emergente actual, el coste de reposición del vehículo y los gastos de farmacia y hospital; (2) lucro cesante actual, los perjuicios derivados de la imposibilidad de la víctima para trabajar mientras duró la convalecencia; (3) daño emergente futuro, los gastos que deberá acometer para afrontar el tratamiento de las secuelas permanentes; y (4) lucro cesante futuro, las ganancias que se dejaron de percibir como consecuencia de la incapacidad permanente.

En nuestra legislación, aparte de esa identificación del lucro cesante con la ganancia que se haya dejado de obtener, no puede considerarse que exista un verdadero concepto normativo de lucro cesante, como tampoco existe un concepto normativo de daño. En el art. 252 del B.G.B. alemán se considera como lucro cesante la ganancia que con cierta verosimilitud cabía esperar según el curso normal de las cosas o según las circunstancias especiales del caso.

La jurisprudencia no se ha preocupado del concepto de lucro cesante, aunque sí ha establecido las pautas esenciales para su resarcimiento. Ya la Sentencia de fecha 22 de junio de 1967 de la Sala 1ª del T.S. se encargó de resumir la doctrina sobre el lucro cesante en los siguientes términos:

«El lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el Derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, y nuestra jurisprudencia

¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., en *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001, pág. 150.



se orienta en un prudente criterio restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, por lo que estas pretendidas ganancias han de ser acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad de tal lucro cesante».

Esa doctrina jurisprudencial exige certeza respecto de las ganancias, que las mismas no sean contingentes o inseguras, esto es, que no pueden derivarse de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre. Además, es una constante en la doctrina jurisprudencial la afirmación del carácter restrictivo con el que hay que proceder en el resarcimiento del lucro cesante. A continuación procederemos a examinar esas dos notas (certeza y restrictividad) intentando matizar el significado de los pronunciamientos jurisprudenciales, que no siempre son bien comprendidos.

1. El lucro como ganancia probable

Ese planteamiento jurisprudencial al que acabamos de hacer referencia puede parecer que todavía se encuentra vigente, pues en algunas sentencias en las que se quiere fundamentar que no existe lucro cesante se acude a fórmulas similares para justificar esa idea. No obstante, creemos que se trata más bien de una argumentación de conveniencia. Nuestra actual doctrina jurisprudencial no exige certidumbre sobre la ganancia sino que se conforma con algo menos, como puede verse en la STS, 1ª, de 8 de julio de 1996: «las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las

que concurre verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva».

Por consiguiente, no resulta indispensable la certeza absoluta sobre la ganancia, algo difícil de lograr cuando la misma aún no se ha producido, sino que basta una alta probabilidad, rayana en la certeza, pero en definitiva probabilidad. En la STS (1ª) de 15 de julio de 1998 (RJ 1998/5550) se baja incluso más el listón y se habla de “ganancias frustradas o lucro cesante que, con cierta probabilidad, fuera de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias del caso”.

En sentencias mucho más recientes se habla más abiertamente de que el principio básico en la determinación del lucro cesante se funda en un juicio de probabilidad (SSTS 26 de septiembre de 2002 -RJ 2002/8094- y de 14 de julio de 2003 -RJ 2003/4629-, entre otras). En la STS de 29 de diciembre de 2001 (RJ 2001/1474) se precisa que debe tratarse de una “cierta probabilidad objetiva”, que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto.

En conclusión, la jurisprudencia no exige certeza absoluta sobre la existencia de las ganancias futuras frustradas, lo que resultaría una exigencia excesiva porque resulta imposible acreditar la existencia de algo que aún no se ha producido, sino una fundada probabilidad de que las mismas se produzcan en el normal desarrollo de las circunstancias del caso. Se trata, por consiguiente, de un juicio de probabilidad respecto del advenimiento de esas ganancias esperadas que no se producirán o que ya no se han producido. Como tal juicio no puede producirse sobre hechos concretos siempre será un juicio hipotético, que debe ser realizado a partir de juicios de valor. Por esa razón ocupa un lugar destacado en él el parámetro de la normalidad. Por consiguiente, para

² SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1993, pág. 290 y ss

que las ganancias frustradas se estimen acreditadas basta que se llegue a la conclusión de que se habrían normalmente producido de no mediar el hecho generador de responsabilidad.

El lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso². Este juicio de probabilidad plantea los siguientes problemas:

- 1º) ¿En qué momento debe hacerse?
- 2º) ¿Quién debe hacerlo?
- 3º) ¿Con qué criterio?

Respecto al primero de esos puntos, el juicio sobre el lucro cesante es siempre un juicio de pronóstico, un juicio respecto de algo que debería haberse producido en el futuro. No obstante, el juicio de pronóstico debe hacerse en referencia al propio momento en el que el daño se produjo, particularmente en el caso de responsabilidad extracontractual. En el caso de la responsabilidad contractual puede parecer discutible si también el juicio debe referirse al momento del incumplimiento o bien debe anticiparse al momento de constitución de la obligación. No obstante, parece que lo más razonable es que se refiera a ese segundo momento. No faltan opiniones que apuntan que incluso deben tomarse en consideración las circunstancias posteriores a ese momento para enjuiciar si la ganancia frustrada era previsible y en qué medida lo podía ser.

En cuanto al segundo problema, el juicio de probabilidad en que consiste el juicio sobre el lucro cesante no puede ser un juicio subjetivo, esto es, un juicio realizado por el propio perjudicado, sino un juicio objetivo, realizado por un tercero, sea el propio juez o bien un perito.

En cuanto a los criterios a tomar en considera-

ción para realizar es juicio de pronóstico, son criterios de normalidad, que los podemos ver constantemente expresados en la jurisprudencia con la referencia a «según el curso normal de los acontecimientos».

El juicio sobre las ganancias es un juicio de probabilidad, sí, pero un juicio que se debe efectuar con parámetros objetivos. Cuando no es posible objetivar esos parámetros nos encontramos ante lo que la jurisprudencia viene denominando como meros “sueños de fortuna”, esto es, situaciones en las que las ganancias no se pueden representar como probables sino más bien como contingentes o fundadas en meras esperanzas o expectativas sin sustento real. En tales casos no se puede considerar que estemos ante un verdadero lucro cesante que se deba resarcir (SSTS 2 Oct. 1999 –RJ 1999/7849-). Ni siquiera con fundamento en la equidad puede procederse a resarcir ese tipo de expectativas, porque las mismas no pueden ser consideradas como daño (STS 6 de Sept. 1991 –RJ 1991/6045-).

2. ¿Es resarcible la pérdida de oportunidades?

Ya hemos visto como se ha tendido a negar la posibilidad de que la ganancia que constituye una mera expectativa merezca la consideración de lucro cesante resarcible. De ello parece derivarse la idea de que la pérdida de una oportunidad de ganancia no resultaría resarcible, lo cual creemos que resulta muy discutible. En principio, se trata de una ganancia sobre la que no existe ninguna certeza de que se vaya a producir sino que únicamente existen meras posibilidades de que se llegue a producir. Con los parámetros que utiliza nuestra jurisprudencia para el resarcimiento del lucro esa pérdida de oportunidades no parece, en principio, resarcible, cosa que no consideramos razonable.

³YZQUIERDO TOLSADA, op. cit. pág. 153.



Para ilustrar mejor la idea que nos proponemos desarrollar hay que hacer referencia a algunos de los supuestos que se suelen citar por la doctrina como de pérdida de oportunidades:

1/ El caballo de carreras que debe ser transportado a otra ciudad para asistir a una carrera y no llega a tiempo de poder participar por culpa imputable al transportista.

2/ El opositor que no puede llegar a presentarse a un examen por causa imputable a un tercero.

3/ La parte que no puede presentar un recurso por causa imputable a su procurador o abogado.

En todos esos casos se da un mismo problema: se ha perdido una oportunidad de ganancia por causa imputable a un tercero. Y la cuestión es si esa pérdida no merece una reparación. El problema que concurre en estos casos no es que no exista daño sino que resulta muy difícil de determinar en qué consiste, y por consiguiente de valorar. No existe ninguna seguridad de que el caballo pudiera ganar la carrera, ni que el opositor ganara la oposición o que la parte ganara el recurso y, por consiguiente, no se puede considerar como ganancia frustrada el premio de la carrera, o el sueldo que el opositor podría haber llegado a ganar o la cantidad reclamada en el pleito. No obstante, sí que es seguro que existía una probabilidad razonable de que tales resultados se pudieran producir. Por consiguiente, existe, como dice YZQUIERDO TOLSADA³, incertidumbre de perjuicio pero certidumbre de probabilidad.

Esa incertidumbre de perjuicio no creo que pueda justificar que el daño quede sin resarcimiento porque el daño no consiste propiamente en la frustración de la ganancia que se esperaba sino en la propia pérdida de la oportunidad de llegar

a conseguirla. En materia de responsabilidad de abogado y procurador la jurisprudencia ha venido admitiendo de forma bastante generalizada que la mera pérdida de una oportunidad es acreedora de ser considerada como daño resarcible, de forma que ha admitido con frecuencia la acción de resarcimiento. El problema que se ha debido afrontar es el de cómo valorar el daño, lo que obliga al juez a realizar un juicio de pronóstico sobre el resultado favorable o adverso del juicio, esto es, un juicio dentro del juicio que permita valorar cuanto vale la oportunidad perdida.

Los ejemplos sobre ello son muy numerosos en la jurisprudencia, que acepta de forma reiterada el resarcimiento de las pérdidas indebidas de oportunidades procesales (SSTS de 26 de enero de 1999 –EDJ 1999/308-, de 8 de febrero de 2000 –EDJ 2000/604-, de 8 de abril de 2003 –EDJ 2003/9751- y de 28 de julio de 2003 –EDJ 2003/80466-). No obstante, en la mayor parte de las ocasiones en las que se concede resarcimiento no se hace en concepto de daño patrimonial (lucro cesante) sino como daño moral (así puede verse en SSTS de 28 de abril de 2005 –EDJ 2005/55109- y de 28 de enero de 2005 –EDJ 2005/6955-, entre otras muchas cuya cita puede verse en la segunda de las citadas). En la Sentencia de 28 de Julio de 2003 (RJ 2003/80466) se precisa que la indemnización procedente por la pérdida de una oportunidad procesal puede resarcirse tanto por la vía del daño moral como por la del daño material, si bien únicamente es útil la primera cuando la posibilidad de éxito del recurso frustrado es escasa. Sería admisible, en cambio, obtener el resarcimiento en concepto de daño material, si la probabilidad de éxito del recurso es elevada.

En suma, lo que hace la jurisprudencia en estos casos es aplicar a los supuestos de pérdida

⁴ En ese sentido puede verse ALBIEZ DHORMANN, K. J., en *El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo*, en RDP, 1998, pág. 382.

⁵ En esa línea puede la opinión de VICENTE DOMINGO, Elena, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch 1994, p. 125.

de una oportunidad procesal los criterios del resarcimiento del lucro cesante, de forma que se estima la pretensión con fundamento en él cuando existía una alta probabilidad de éxito de la oportunidad frustrada. En cambio, fuera de tales casos se estima que el resarcimiento de las oportunidades frustradas únicamente puede hacerse en concepto de daño moral. Creemos que tal proceder, aunque justo, es objetable. Una cuestión relativa a la valoración del daño se ha sustantivado hasta el extremo de determinar dos clases de daño distinto. En realidad lo que ha hecho la jurisprudencia con ese proceder no es otra cosa que dar entrada a criterios de equidad en el resarcimiento, sólo que de forma disimulada o encubierta, acudiendo a un concepto (el de daño moral) que poco o nada debería decir aquí. El concepto de daño moral sirve con frecuencia en la jurisprudencia como un simple comodín que permite dar solución a problemas que no son atinentes a la clasificación de los daños sino a su prueba y valoración, porque, como es bien conocido, el daño moral tiene unas reglas de enjuiciamiento tan laxas que deja en manos del tribunal tanto su existencia como su valoración.

3. Lucro cesante y actividades ilícitas o inmorales

Un sector de la doctrina estima que no procede el resarcimiento del lucro cesante procedente de actividades ilegales. No obstante, no faltan voces que propugnan que debe distinguirse entre los ingresos procedentes de actividades ilícitas de aquellas otras simplemente inmorales. En ningún caso se pueden reparar las pérdidas de ganancias que deriven de actividades sancionadas por el ordenamiento penal y la misma suerte deberían correr las procedentes de una actividad sancionada administrativamente, como por ejemplo, las ganancias procedentes de la economía sumergida

o de un trabajo clandestino⁴. En cambio, el planteamiento debe ser distinto cuando se trata de actividades simplemente inmorales, como, por ejemplo, la prostitución. Respecto de esa actividad no faltan opiniones favorables a que no se penalice su resarcimiento, siquiera sea por un criterio de equidad⁵.

4. La distinción entre la prueba del lucro y la de su entidad o importancia

La exposición que hemos realizado sobre el resarcimiento de las oportunidades ha puesto al descubierto una idea que no siempre ha sido bien tratada en el ámbito de la tutela del lucro cesante: la necesidad de distinguir entre la existencia de la ganancia frustrada y su valoración. Los problemas que se producen en cada uno de esos ámbitos tienen un perfil distinto, de forma que no es conveniente mezclarlos, porque no a ambas cuestiones les convienen unos mismos principios. Así, cuando en la jurisprudencia se habla del carácter restrictivo que tiene el lucro cesante no se discrimina suficientemente bien el alcance de esa idea y ello es una constante fuente de problemas.

Los problemas que plantea la acreditación del lucro cesante se traducen de manera fundamental en cuestiones de relación de causalidad. En cambio, los problemas de cuantificación de la pérdida sufrida se suelen traducir en un juicio de probabilidad o razonabilidad⁶. Por esa razón puede estar justificado que se adopte un criterio restrictivo respecto de la cuantificación de la pérdida, pero no así respecto de la acreditación del lucro. Respecto a esto último más que restrictivo lo que se ha de ser es riguroso, esto es, exigente en la acreditación de la existencia de relación de causalidad, si bien no en una medida distinta a la de cualquier otro concepto de daño.

⁶ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, en «El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo», en Revista de Derecho Privado, 1998, p. 364..



III. La tutela del lucro cesante derivado del daño personal producido en accidentes de tráfico

Según llevamos visto, para conseguir el resarcimiento del lucro cesante como concepto autónomo y diverso de otros de los que componen el daño es preciso afrontar el problema de su acreditación o prueba, lo que no resulta tarea fácil atendida la concepción restrictiva que sobre concepto se ha extendido en nuestros tribunales.

En cambio, existe un ámbito en el que esas dificultades se han visto enormemente atenuadas: es el del lucro cesante asociado a daños de carácter personal. Ya hemos anticipado, al menos en parte, la razón por la que en este ámbito existen particularidades propias: se encuentra en la inveterada costumbre de nuestros tribunales de no exigir una diferenciación entre los diversos conceptos integrantes del daño, que tradicionalmente se había venido valorando de forma conjunta formando un totum revolutum en el que no resulta fácil distinguir entre el lucro cesante y los demás conceptos, particularmente el daño moral. Aprovechando las dificultades que la cuantificación del daño moral plantea, que no resulta posible someter a reglas objetivas, había que confiar en el criterio de los tribunales para compensar por tal daño. A partir de ahí se dio un paso más adelante: el de utilizar esa flexibilidad para no sólo resolver los problemas de cuantificación del daño moral sino para resolver también, de una tacada, los problemas que la tutela del lucro cesante venía planteando.

El legislador siguió por la misma senda en la Ley 30/1995, establecer un sistema de valoración de daños personales que no se detenía a discriminar realmente entre el daño moral y el lucro cesante. En las cuantías que se establecen en las diversas tablas se advierte que está incluido el daño moral, si bien no exclusivamente, de forma

que también puede presumirse que dentro de ellas se encuentra incluido, al menos en parte, lucro cesante, además del daño emergente. Y decimos que en parte, porque las cuantías básicas no son el único instrumento a través del cual el legislador admite que se pueda resarcir el lucro cesante, pues también dispone que se pueda aumentar la cuantía básica con la aplicación del llamado “factor de corrección” por perjuicios económicos que se recoge en las tablas II, IV y V.

Esa forma de resarcimiento del lucro cesante derivado de daños corporales ofrecía innumerables ventajas prácticas sobre la que anteriormente venía aplicando nuestros tribunales, que se fundaba esencialmente en su criterio discrecional, y es que introducía un factor de racionalidad en el sistema, lo dotaba de parámetros objetivos que permitían atribuirle una dosis de seguridad jurídica de la que carecía el anterior. El sistema legal supuso dar un gran paso adelante para quien debía pagar los daños, particularmente para los aseguradores, porque les permitía poder hacer sus cálculos de previsiones de gastos de forma más racional y segura, y también supuso un gran beneficio para las víctimas, porque seguían estando exoneradas de la mayor parte de los problemas que plantea la tutela del lucro cesante: no se veían forzadas a acreditar las ganancias frustradas de las que se habían visto desprovistas como consecuencia del hecho dañoso, ya que el legislador había venido en su ayuda estableciendo unas pautas de enjuiciamiento que exoneraban de su prueba o la facilitaban de manera muy notable.

Se imponía a las víctimas un sacrificio, porque se establecía un límite al importe máximo que podrían percibir en concepto de lucro cesante, si bien los beneficios eran incomparablemente mayores, al quedar exonerados de la prueba del lucro, dado que el legislador había acudido a criterios objetivos, criterios fundados (al menos presuntamente) en el cálculo de los perjuicios que en término medio soporta una persona ante una situación similar.

Esa forma de proceder del legislador puede resultar impecable desde una perspectiva colectiva, si bien plantea muchas dudas desde una perspectiva singular: la perspectiva de cada una de las víctimas de un accidente. Y también lo hace desde la perspectiva de los que han causado el accidente, que deben reparar el daño causado, pero únicamente el causado. Si nos olvidamos de que el pagador usual del daño es un asegurador y pensamos que lo es un ciudadano normal, como con cierta frecuencia ocurre, sea porque no existe seguro, aunque se trate de un accidente de tráfico, o bien porque se trate de una aplicación analógica del sistema fuera del ámbito propio de la circulación, podremos ver que el sistema puede producir consecuencias indeseables desde la perspectiva del responsables civil.

1. Consecuencias indeseables del sistema baremizado de resarcimiento del lucro cesante analizadas desde la perspectiva del responsable civil

Cuando se utiliza el sistema de baremos para el resarcimiento del lucro cesante, sea en el ámbito estricto de aplicación de la Ley 30/1995 o bien cuando el sistema instaurado por dicha Ley se aplica de forma analógica fuera del ámbito de la responsabilidad civil derivada de accidentes de tráfico (lo que constituye una constante a consecuencia del éxito que el sistema ha tenido) se priva al responsable de poder cuestionar que el daño que ha causado se corresponde estrictamente con el que se le está reclamando de acuerdo con el sistema tabular. El sistema de baremos únicamente permite discutir a partir de las bases del sistema, pero no las propias bases del sistema, de forma que ante una situación en la que el daño haya consistido en la muerte de una persona, si existen legitimados para reclamar la indemnización señalada en el sistema, el responsable no puede discutir: (1) si de verdad existe daño moral y si es equitativo que el mismo se compense con la cuantía preestableci-

da; (2) si los perjuicios económicos resarcibles son efectivamente los que se están resarciendo por el legislador.

Y algo similar ocurriría ante una situación de incapacidad temporal o de lesiones permanentes: el modelo legal no le permite al responsable discutir que el daño moral y los perjuicios económicos que se puede ver forzado a abonar en concepto de resarcimiento no son los que efectivamente ha causado, sino que son muy superiores a ellos. Eso creemos que no es razonable, y que es contrario al derecho a la tutela efectiva del art. 24.1 de la Constitución, en los mismos términos en los que el propio Tribunal Constitucional (STC 181/2000) ya consideró que conculcaba esa misma norma la restricción que se imponía a la víctima en la tabla V del sistema de baremos al limitar la cuantía máxima que se podría reclamar por perjuicios económicos (fundamentalmente lucro cesante) en situaciones de incapacidad temporal.

El responsable civil debe responder del daño que cause, pero no así del que no cause, de forma que el derecho a la tutela de su posición jurídica que el constituyente consagra como derecho fundamental en el art. 24.1 CE debe incluir la posibilidad de combatir cualquier concepto de daño que le sea reclamado y que crea que no ha producido. Pues bien, a cualquier operador jurídico que sea mínimamente conocedor del sistema de baremos instaurado por la Ley 30/1995 no se le escapa que el legislador no permite que el responsable pueda cuestionar la procedencia de la indemnización que con el carácter de mínimo legal se establece en cada caso. El legislador, por consiguiente, procede no sólo a tasar el daño de manera objetiva sino a predeterminar en cada caso cual es el daño moral y patrimonial que se asocia a la producción de daños personales. El legislador no permite la prueba en contra respecto de los conceptos y cuantías que se asocian al daño personal por el que se reclama y con ello restringe de manera inadmisibles los derechos del responsable.



Esa lectura del sistema no es frecuente que se haga, porque no existe la misma sensibilidad respecto de la cuestión de la restricción de los derechos de defensa del responsable que de la víctima. No obstante, debe reconocerse que la idea que late en uno y otro supuesto es exactamente la misma. Y, si se apura, la cuestión nos parece intelectualmente incluso más clara contemplada desde la perspectiva del responsable que desde la de la víctima.

2. Consecuencias indeseables del sistema contempladas desde la perspectiva de la víctima

La principal de esas consecuencias ya la hemos adelantado: si bien el baremo establece un sistema que facilita el resarcimiento del lucro cesante, también lo limita. El legislador ha establecido un techo a la posibilidad de resarcir el lucro, no permitiendo que dentro del sistema se puedan sobrepasar los límites que en cada caso se señalan. Tal limitación se dijo que suponía un atentado respecto de los derechos constitucionales de la víctima y así lo sostuvo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 181/2000, en la que estimó contraria al derecho a la tutela efectiva parte de la tabla V, aquella parte en la que se establece el sistema que se debe aplicar para el resarcimiento del lucro cesante derivado de la incapacidad temporal. El sistema legal consiste en aplicar sobre el valor de la indemnización básica un porcentaje de incremento de hasta un 75%, porcentaje que se aplica en función del nivel de los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal.

El pronunciamiento de inconstitucional al que se acaba de hacer referencia no cabe duda alguna de que es extensivo a todas las demás tablas del sistema establecidas para el resarcimiento del lucro cesante, a pesar de que el Tribunal Constitucional no lo dijera expresamente, permitiendo con ello que subsista la duda en nuestro ordenamiento

jurídico. Las razones de esa extensión están en que los mismos reproches que se hacen a la tabla V son de aplicación a las demás. No creemos que existan razones que justifiquen una idea distinta.

No obstante, no puede hablarse en sentido estricto de un pronunciamiento de inconstitucionalidad. Un pronunciamiento de ese tipo expulsa la norma que se reputa inconstitucional del ordenamiento jurídico y no ha sido eso lo que hiciera la STC 181/2000 con las normas en cuestión. Lo único que hizo el Alto Tribunal fue interpretar el sistema en términos acordes con la Constitución, de forma que su Sentencia se limita a considerar inconstitucional la limitación (el techo) que el sistema impone en el resarcimiento de los daños y perjuicios. El sistema sigue vigente, pero no puede impedir que se reclame y que se resarza un lucro cesante por cantidades superiores a las que el sistema contempla.

Una buena muestra del resultado a que ha conducido el pronunciamiento de inconstitucionalidad contenido en la STC 181/2000 lo encontramos en la STC 104/05, de 9 de mayo de 2005 (EDJ 1005/61628). El Tribunal Constitucional concede amparo en un juicio verbal enjuiciado por el Juzgado de Primera Instancia 10 de Barcelona y más tarde por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, porque se había aplicado de manera imperativa el “baremo” no entrando a valorar si era resarcible un concepto de daño emergente asociado a la incapacidad temporal. Se había pretendido por la víctima de un accidente de tráfico que se le indemnizaran los gastos derivados de la contratación de un trabajador que supiera el trabajo de la actora durante su incapacidad. Tal pretensión se desestimó, no porque no se considerara acreditada sino argumentando que el sistema legal no lo permitía. El Alto Tribunal anula la sentencia de la Audiencia y le ordena que dicte nueva sentencia respetuosa con el derecho a la tutela efectiva de la actora, esto es, que le dé respuesta a la cuestión

planteada y proceda al resarcimiento del daño sin tomar en consideración el techo establecido en la norma legal reputada inconstitucional. El pronunciamiento del TC se limita a indicar a la Audiencia que resuelva sobre la pretensión relativa a los gastos de contratación de un trabajador y mantiene los demás pronunciamientos. Con ello el Alto Tribunal, sin advertirlo, ha incurrido en el error de permitir que se pueda producir una situación de teórico doble resarcimiento: los perjuicios económicos han sido, todos ellos, resarcidos⁷ de forma conjunta a través de la aplicación del baremo; por otro lado, también puede serlo un concepto concreto de forma separada. Para que esa duplicidad de resarcimiento no se produjera, debería poder descontarse de la indemnización baremizada la parte correspondiente a perjuicios económicos, o al menos a parte de los perjuicios económicos, lo que en la práctica resulta imposible.

Este es el desajuste fundamental que se puede producir cuando se conjugan, como resulta indispensable hacer hoy, los “baremos” con elementos ajenos al sistema. ¿Cómo se combinan esos dos sistemas que responden a principios completamente distintos? Si en el sistema de baremos se hubiera precisado lo que corresponde a cada uno de los conceptos (daño moral, lucro cesante, daño emergente) se podría descontar la parte correspondiente cuando la víctima decide acudir a las reglas generales del enjuiciamiento civil, tal y como le permite la STC 181/2000. Pero como las cuantías del sistema de baremos integran un totum revolutum tal discriminación no resulta posible, de manera que el sistema debe convivir con esa inconsecuencia.

El resultado práctico de esta situación viene siendo el mismo que resulta de la Sentencia del TC núm. 104/05, es decir, la conversión de las cuantías del sistema tabular en un baremo de daño moral, algo que no se corresponde en absoluto con el espíritu de la norma. Por lo tanto, el baremo ha pa-

sado de tener la consideración de medida de todo el daño producido, de límite máximo a la reclamación de la víctima a adquirir el carácter de un baremo de mínimos, un parámetro que marca el umbral del resarcimiento por los daños personales, pero que deja abierta la puerta a que separadamente se pueda conseguir el resarcimiento del lucro cesante y del daño emergente que se acrediten.

Buen ejemplo de ello lo podemos encontrar en la SAP de Córdoba (Sec. 1ª) de 30 de marzo de 2004 (EDJ 2004/14477), en la que puede leerse lo siguiente:

«Pero lo que no ofrece la menor duda es que el lucro cesante, acreditado, es perfectamente indemnizable y no se origina duplicidad indemnizatoria por el hecho de haberse abonado al perjudicado el importe de los días de impedimento por incapacidad y el factor de corrección».

Aún así, esto es, con un sistema que ha quedado completamente pervertido, la situación sigue siendo incomparablemente mejor a la previa a su instauración. La razón de ello se encuentra en la escasa frecuencia con la que se acude a la prueba de daños específicos y distintos a los baremizados, lo que sin duda se debe a la dificultad que entraña su acreditación, particularmente cuando se trata de lucro cesante. Y la propia existencia del “baremo”, aun herido de muerte, ha hecho descubrir a los tribunales algo que había quedado en el olvido: la necesidad de probar el lucro cesante para que pueda darse lugar a su resarcimiento.

3. El concepto de culpa relevante y el resarcimiento del lucro cesante

Una interpretación interesada que se ha hecho de la STC 181/2000 es la de quienes opinan que para que proceda el resarcimiento del lucro



cesante hace falta que exista “culpa relevante” del responsable. A su vez, esa limitación puede ser referida a dos cosas distintas:

1.ª) Si no existe culpa relevante no puede reclamarse lucro cesante extratabular.

2.ª) Si no existe culpa relevante no puede reclamarse lucro cesante ni extratabular ni tampoco el tabular, dado que el TC ha declarado inconstitucional la tabla V.

No es preciso decir lo poco afortunada que ha sido la referencia por parte del Tribunal Constitucional al concepto de “culpa relevante”, no sólo porque no se sepa muy bien en qué consiste, sino porque ha introducido un parámetro interpretativo nuevo, que no estaba en la Ley y que no tenía por qué estar. Con ello el Tribunal Constitucional puede habernos devuelto al pasado del enjuiciamiento de la responsabilidad civil del automóvil. El daño del que se responde en el ámbito de aplicación de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación del vehículo de motor por daños personales no es más o menos amplio en función del título de imputación de la responsabilidad, porque el baremo no es un baremo de seguro obligatorio sino un baremo de responsabilidad civil. Eso no creemos que lo haya cambiado el pronunciamiento de parcial inconstitucionalidad, aunque lo puede parecer.

Pero, si pudiera sostenerse que tal pronunciamiento ha convertido el baremo en un baremo de seguro obligatorio, ello no sería razón para sostener que el resarcimiento del lucro cesante pudiera quedar limitado a las cuantías básicas del sistema y no al factor de corrección. En nuestra opinión ésa es una lectura incorrecta de la doctrina que el TC estableciera en la STC 181/00.

Por nuestra parte estimamos como criterio más acertado el que se sostiene en la SAP de Badajoz (Sec. 3ª) de 14 de diciembre de 2004 (EDJ 2004/198095) y que parcialmente transcribimos:

«1. El apelante considera que se ha producido infracción de precepto legal al no concedérsele el factor de corrección del 10% por perjuicios económicos establecidos en el baremo de la Ley 30/1995 EDL 1995/16212, derivado de una interpretación de la jurisprudencia constitucional al respecto.

2. En efecto, la Sentencia de instancia no aplica el citado factor de corrección “al haber sido declarado inconstitucional por la STC 29-6-00 EDJ 2000/13213”, pero una recta interpretación de la referida doctrina nos ha llevado a adoptar una conclusión opuesta:

La STC 181/2000 de 29 de junio (EDJ 2000/13213), declaró “inconstitucionales y nulos, en los términos expresados en el último fundamento jurídico de esta Sentencia, el inciso final “y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla” del apartado c) del criterio segundo (explicación del sistema), así como el total contenido del apartado letra B) “factores de corrección”, de la tabla V, ambos del Anexo que contiene el “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor, en la redacción dada a la misma por la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados” y en tal fundamento jurídico (21) se dice que:

“De lo antes razonado se desprende que, en relación con el sistema legal de tasación introducido por la Ley 30/1995, y en los aspectos que las dudas de constitucionalidad cuestionan, la inconstitucionalidad apreciada, por violación de los arts. 9.3 y 24.1 de la Constitución, ha de constreñirse a las concretas previsiones contenidas en el apartado B) de la tabla V del Anexo, y ello no de forma absoluta o incondicionada, sino únicamente en cuanto tales indemnizaciones tasadas deban ser aplicadas a aquellos supuestos en que el daño a las personas,

determinante de “incapacidad temporal”, tenga su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo.

La anterior precisión conduce a la adecuada modulación en el alcance del fallo que hemos de pronunciar. En efecto, cuando se trate de resarcir daños ocasionados sin culpa, es decir, con base en responsabilidad civil objetiva o por riesgo, la indemnización por “perjuicios económicos”, a que se refiere el apartado letra B) de la tabla V del anexo, operará como un auténtico y propio factor de corrección de la denominada “indemnización básica (incluidos daños morales)” del apartado A), conforme a los expresos términos dispuestos en la Ley, puesto que, como ya hemos razonado, en tales supuestos dicha regulación no incurre en arbitrariedad ni ocasiona indefensión.

Por el contrario, cuando la culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, sea la causa determinante del daño a reparar, los “perjuicios económicos” del mencionado apartado B) de la tabla V del Anexo, se hallan afectados por la inconstitucionalidad apreciada y, por lo tanto, la cuantificación de tales perjuicios económicos o ganancias dejadas de obtener (art. 1.2 de la Ley 30/1995 EDL 1995/16212) podrá ser establecida de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso”.

En consonancia con ello, el reciente RDLeg. 8/2004 de 29 de octubre, explica al respecto que, por lo que se refiere a las “Indemnizaciones por incapacidades temporales (tabla V). Estas indemnizaciones serán compatibles con cualesquiera otras y se determinan por un importe diario (variable según se precise, o no, una estancia hospitalaria) multiplicado por los días que tarda en sanar

la lesión y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla, salvo que se apreciara en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada.

3. Dos son los efectos que ello lleva consigo en relación con las pretensiones de los recurrentes:

1º Que, como bien afirma el actor, el apartado B) de la Tabla V se declaró vigente por el TC pero ha de interpretarse conforme al criterio sustentado en la STC 181/2000; y

2º Que dado que en este caso se ha declarado judicialmente la culpa relevante del conductor del turismo como la causa determinante del daño que ha de repararse, la cuantificación de los “perjuicios económicos” o ganancias dejadas de obtener del mencionado apartado B) de la tabla V del Anexo (art. 1.2 de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, según redacción dada por la propia L 30/1995) podrá ser establecida de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite».

IV. La prueba del lucro cesante

La jurisprudencia, cuando se trata de la prueba del lucro cesante, viene haciendo invocaciones constantes al rigor o criterio restrictivo con el que se debe valorar la existencia del mismo. No obstante, no faltan pronunciamientos en los que se afirma que

«lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización, se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir –lucro cesante– y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de

⁸ SAP Córdoba (1ª) de 30 de marzo de 2004 (EDJ 2004/14477).



una pretensión (SS. 8.7.96 EDJ 1996/3549 y 21.10.96 EDJ 1996/6432)^{8»}.

La única diferencia que realmente existe entre la prueba del lucro cesante y la prueba de cualquier otro hecho constitutivo de una pretensión es que el lucro cesante no está referido a un hecho acontecido sino a un hecho que podría haber acontecido y que no se produjo. De ello se derivará una consecuencia esencial: el objeto de la prueba no podrá ser nunca de forma directa la propia ganancia frustrada sino otros hechos que sean indicativos de que la misma se habría realmente producido.

Esa forma de probar está expresamente prevista por el legislador al regular las presunciones. En el art. 386.1 (presunciones judiciales) se dice que a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Por otra parte, también debe distinguirse entre los problemas que plantea la prueba de la existencia de la ganancia frustrada y los que plantea la prueba de su cuantía, que son muy diversos. En cuanto a la prueba de la ganancia en sí misma, el problema consiste en convencer al juez de su existencia, lo que puede ser sencillo cuando la propia naturaleza de las cosas la conlleve, o más complicado, cuando escape a los parámetros de normalidad. Así, en la propia naturaleza de las cosas está que el propietario y conductor de un auto-taxi se va a ver privado de ganancias durante el tiempo en que resulte imposibilitado para conducirlo, particularmente en el caso de que el propio vehículo haya quedado dañado y deba permanecer en el taller para ser reparado, pero también cuando él personalmente resulte imposibilitado para su conducción. Por consiguiente, la prueba de la existencia de ganancias frustradas en estos casos es una prueba fácil: basta con acreditar que el dañado es

el titular de un auto-taxi y que va a resultar impedido para ejercer su oficio o bien para utilizar el vehículo para tal fin.. En cambio, para cuantificar el lucro los problemas son mucho mayores, porque su importe dependerá de muchas circunstancias distintas, como el número de horas que trabaje el taxista afectado o la posibilidad que haya tenido de ser sustituido en la conducción.

1. La prueba de la existencia del lucro

La carga de la acreditación del lucro le corresponde al que lo reclama, al tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión (art. 217.2 LEC).

Se trata de una prueba que debe hacerse de manera indirecta, a través de indicios, ya que, por concepto, no pueden existir medios de prueba directos de algo que no ha llegado a existir. La prueba por indicios es relativamente frecuente en el enjuiciamiento civil en todos aquellos supuestos en los que no se dispone de medios de prueba directos.

Así, para acreditar la ganancia frustrada de un negocio que se ha debido cerrar se deberá acudir a la prueba de hechos indirectamente indicativos de los mismos, tales como las ganancias experimentadas durante el año anterior, sea en el mismo período del cierre, o bien sea en término medio. A su vez, tales ganancias tampoco resultan fáciles de acreditar y es preciso acudir a medios de prueba tales como la propia contabilidad del comerciante afectado o sus declaraciones fiscales o bien a una pericial que las determine de acuerdo con criterios medios, esto es, las ganancias habituales o normales en el sector de actividad para un establecimiento como el afectado.

Como se puede apreciar, todos esos parámetros indirectos que permiten determinar si han existido ganancias frustradas pueden parecer discutibles, pero más desde la perspectiva de la con-

creción de su importe que de la existencia o inexistencia de la propia ganancia. Por consiguiente, la prueba de la existencia del lucro puede representarse a priori como extraordinariamente más fácil que la prueba de su importe.

Con todo, no se trata de una prueba fácil. El problema fundamental que esta prueba plantea es el de la intensidad probatoria precisa para que se pueda estimar acreditada la ganancia frustrada. Esa intensidad no tiene por qué exasperarse sino que tiene que ser la razonable, en función de:

1º) Las dificultades probatorias que en el caso de plantean, esto es, de las abstractas posibilidades de prueba que se encuentren a disposición de las partes; y,

2º) El grado de previsibilidad de esas mismas ganancias. Sólo cuando las mismas se separen de la normalidad es cuando cabe exigir un mayor grado de esfuerzo probatorio.

Por otra parte, para que el lucro cesante se pueda resarcir no basta con acreditar su existencia genérica sino que también debe probarse su entidad o alcance, lo que es algo distinto a su valoración propiamente dicha. La prueba de la extensión o conceptos a los que alcanza la ganancia frustrada es la prueba de la relación de causalidad entre los concretos conceptos que lo integran y el hecho del que se deba responder. Cuando las ganancias frustradas que se reclamen sean muy diversas no es posible tratarlas a efectos probatorios como un todo único sino que resulta indispensable hacer esfuerzo probatorio para acreditar que en cada uno de los casos la ganancia se ha frustrado y que lo ha

sido por consecuencia del hecho dañoso del que se debe responder.

2. La prueba de la cuantía de la ganancia frustrada

La prueba de la cuantía de la ganancia frustrada plantea problemas mayores que los de la propia ganancia en sí. En cualquier caso, acreditada la ganancia, las dificultades probatorias respecto de su cuantía no debieran determinar que no se conceda resarcimiento. Con frecuencia, en cambio, los tribunales dejan de conceder indemnización por las ganancias frustradas, no porque éstas no se hayan determinado sino porque no se han cuantificado bien, lo que creemos que constituye un error de concepto⁹.

En otros ordenamientos jurídicos, como ocurre en el italiano, se autoriza expresamente al juez a usar criterios de equidad para cuantificar el daño si el mismo no ha resultado posible probarlo en su debida entidad. Así se dispone en el art. 1226 del Código Civil (en sede de obligaciones contractuales, aunque con aplicación también al daño contractual por la expresa disposición del art. 2056, 1 CC): «si el daño no puede ser probado en su debida entidad, puede liquidarlo el juez según su prudente criterio de equidad¹⁰». El recurso a la equidad para proceder a la cuantificación del daño tampoco es extraño a nuestra tradición jurídica. En los arts. 103 y 104 del Código Penal de 1973 también se establecía que para la cuantificación de los daños y perjuicios se procedería según la regulación del tribunal, expresión en la que se consideraba insita

⁹ Claro ejemplo de ello lo constituye la SAP de Zaragoza (Sec. 5ª) de 30 de mayo de 2005 (EDJ 2005/70667). Se trataba de una reclamación por lucro cesante a consecuencia de la paralización de un vehículo de auto-escuela. Acreditada la paralización, la pretensión se desestima porque para fundar el importe a percibir únicamente se aporta una certificación del Secretario de la Asociación Provincial de Autoescuelas de Zaragoza expresiva del precio de una clase para un vehículo como el siniestrado. En opinión de la Audiencia tal certificación no era prueba suficiente de la cuantía del daño porque la autoescuela, que sólo contaba con dos vehículos, tenía a su disposición otros medios de prueba que permitieran conocer con mayor exactitud la entidad del daño.

Otro ejemplo, aún más discutible, es el de la SAP Zamora de 14 de Septiembre de 2005. Se trataba de un camión que hubo de permanecer paralizado por consecuencia de un accidente. La Audiencia estima plenamente acreditada la existencia de ganancia frustrada, si bien desestima la demanda porque el criterio utilizado por la parte actora para cuantificarla (un certificado del observatorio de costes de Comité Nacional de Transportes por Carretera) no le parece una prueba suficientemente objetiva.

¹⁰ Sobre el particular puede verse en DE CUPIS, A., El daño, trad. de Martínez Carrión, A., Bosch, 1975, pág. 548 y ss.



una referencia a la equidad hasta el extremo que la cuantificación realizada por el juez se consideraba inatacable por vía de recurso. Y no es el único supuesto en el que se recurre a la equidad: también en el art. 1103 del CC (que la jurisprudencia suele considerar aplicable también a la culpa extracontractual) se faculta al juez para moderar la responsabilidad. Si bien lo más usual es que se trata de un facultad que permite a los tribunales reducir el importe del resarcimiento, creemos que en su interior encierra la posibilidad de acudir a criterios de equidad para fijar el importe efectivo del daño cuando no haya podido ser acreditado de otro modo.

La dificultad para cuantificar la ganancia frustrada reside en que las bases a partir de las cuales se puede llevar a cabo esa valoración no resultan fáciles de determinar y menos aún de acreditar. Por tal razón se ha tendido en la práctica de los tribunales a acudir a criterios estandarizados, como por ejemplo, los criterios según los cuales por cada día de inactividad de un vehículo la ganancia frustrada se traduce en una cantidad concreta. Tales criterios pueden ser objetables por muchas razones, pero constituyen un valioso instrumento de cuantificación del lucro cesante, dado que su aplicación se encuentra completamente generalizada.

El fundamento de esos criterios se encuentra en la propia experiencia humana: son criterios de valoración que aplican los jueces a partir de datos de la experiencia práctica. Su fundamento se encuentra en el principio de normalidad, del que son aplicación.

Tales criterios creemos que son admisibles, como de hecho vienen siendo considerados por la mayor parte de la denominada jurisprudencia menor, y constituyen un parámetro inestimable para proceder a la valoración del daño, en la medida en que constituyen una alternativa razonable a las dificultades de su acreditación. No obstante, tampoco

creemos que deban constituirse como el parámetro fundamental, que desplace a la verdadera prueba del daño. Al contrario, creemos que debe ser aplicado como un parámetro subsidiario, que impida que el daño quede sin resarcimiento por falta de cumplida prueba de su cuantía. Pero el parámetro fundamental debe seguir siendo el de la prueba de la entidad del daño a partir de datos que lo intenten determinar de manera más concreta. Tratándose de un daño hipotético, esos datos siempre han de ser una medida relativa del daño. De lo que se trata es que supongan una medida objetiva del mismo, lo que se puede conseguir acudiendo tanto a datos internos como externos, esto es, datos pertenecientes a la esfera interna de la actividad del que ha sufrido el daño o bien ajenos a ella y pertenecientes a la experiencia de otro con el que exista similitud de situación.

No creemos que se pueda establecer una regla general sobre cuáles de esos datos son preferibles. Los procedentes de la esfera interna pueden parecer más sospechosos, pero son también más directamente indicativos. Si se consigue dotarlos de objetividad, demostrar que no se han manipulado, son el mejor parámetro para la prueba del lucro cesante. Los externos pueden parecer a priori más objetivos, pero también están más alejados del objetivo que se pretende: son indicativos de las ganancias de otros, no de las propias. La combinación de unos y otros es siempre el mejor remedio.

3. Lucro cesante derivado de la paralización de vehículos industriales

Los criterios que sigue la jurisprudencia menor a la hora de proceder al resarcimiento de este lucro son los siguientes:

1.º) La paralización de un vehículo industrial durante el tiempo de su reparación es susceptible de ser indemnizado.

2.º) No toda paralización, sin embargo, implica por ello lucro cesante.

3.º) No puede tomarse como base para la valoración del lucro los beneficios o ingresos brutos que pudiera haber reportado el vehículo siniestrado, sino los importes líquidos que su actividad pueda producir.

Los problemas más frecuentes que se plantean para el resarcimiento del lucro cesante en estos casos son dos:

1.º) La determinación de los días de inactividad por los que se debe responder.

2.º) La cuantía con la que se debe indemnizar cada día de inactividad.

Respecto de la primera cuestión, como está relacionada con la existencia del lucro, no con la cuantificación propiamente tal, el criterio determinante será el de nexo de causal. El responsable debe responder de los días de inmovilización que sean consecuencia natural del daño, de forma que, si la paralización se ha prolongado por causas imputables al propio perjudicado, de ello no debe responder el autor del daño¹¹. Si la prolongación se ha llevado a cabo por circunstancias imputables a un tercero, por lo general el propio taller, el criterio general es incluir esos días en el resarcimiento, con el argumento de que no pueden estar a disposición de quien sufre el daño todos los medios para su reparación sino en la medida en que lo permita la propia disponibilidad de medios¹². Con mayor motivo cuando haya podido ser el propio demandado o agentes suyos (por ejemplo, un perito) la causa del retraso, como ocurre en el caso sobre el que recayó la SAP Las Palmas (Sec. 5ª) de 22 de abril de 2005 (EDJ 1005/64963).

Por otra parte, los días de paralización no son un parámetro absoluto del daño, sino un parámetro relativo que es preciso poner en relación con los días de efectiva inactividad de la máquina, para lo que será preciso descontar los días en los que previsiblemente no se hubiera utilizado.

En cuanto a la cuantía por día de paralización los criterios que se manejan son diversos:

a) Para algunas Audiencias Provinciales basta con certificados gremiales proceder a cuantificar el daño a partir de lo que de ellos resulta. Así la SAP Asturias (Sec. 5ª) de 18 de septiembre de 2002 (AC 2002/2000).

b) Para otras hay que acudir a criterios de la experiencia humana acudiendo a cuantías normalizadas que se vienen aplicando en la práctica de los tribunales. En este último sentido puede verse la SAP Madrid (Sec. 10ª) de 16 de mayo de 2005 (EDJ 2005/79587). En el mismo sentido la SAP Madrid (Sec. 11ª), de 13 de diciembre de 2002 (AC 2003/374) o la SAP Zaragoza (Sec. 4ª) de 8 de septiembre de 1998 (AC 1998/6345).

c) La mayoría acepta como criterio determinante la cuantía que resulte de las declaraciones fiscales del perjudicado.

d) En algunos casos se acude con carácter orientativo a la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1997¹³, para el caso de vehículos industriales. Así se hace en SAP de Asturias (Sec. 5ª) de 8 de febrero de 2002 (AC 2002/1881), en SAP Almería (Sec. 2ª) de 14 de diciembre de 2001 (JUR 2002/67430) y en SAP Cantabria (Sec. 1ª) de 30 de mayo de 2001 (JUR 2001/258894).

¹¹ Así puede verse en SAP Lleida (Sec. 2ª) de 25 de febrero de 2003 (AC 2003/606).

¹² No se trata de otra cosa que de una aplicación del principio de normalidad. Conforme a él, no puede presumirse una completa disponibilidad de talleres sino una disponibilidad relativa, de forma que una razonable demora en la reparación entra dentro de la normalidad.

¹³ Tal O.M., de Ministerio de Fomento regulaba las tarifas de transporte público por carretera y fue derogada y sustituida por la posterior O.M. de 30 de diciembre de 1999 (EDJ 1999/64124).



En la mayor parte de las ocasiones, ninguno de los criterios se utiliza con carácter excluyente sino como un parámetro más para la cuantificación de un concepto de daño que se reconoce difícil de cuantificar.

4. Ganancias frustradas derivadas de la necesidad de cierre de un negocio

Otra problemática frecuente en nuestros tribunales es la derivada de la necesidad de acreditar el lucro cesante en los supuestos de cierre de un negocio como consecuencia de un hecho dañoso. También aquí parece poco cuestionable en principio la existencia de un lucro cesante que se deriva del hecho del cierre y el problema se suele centrar en su cuantificación. Los parámetros a los que se puede acudir para acreditar esa cuantía son diversos: la propia contabilidad del comerciante, sus declaraciones fiscales, etc.

Las declaraciones fiscales suelen tener un valor excepcional como medio de prueba de ese daño, salvo en el caso de que el comerciante esté acogido al régimen fiscal de estimación objetiva. En este caso puede existir una importante diferencia entre los beneficios reales y aquellos por los que se tributa, por lo que puede no ser precisamente el medio de prueba más adecuado. Una magnífica aplicación de esta idea se puede ver en la SAP Barcelona (Sec. 17^a) de 18 de febrero

de 2003 (EDJ 2003/82862), en el caso de cierre de un restaurante. La Audiencia se decantó por los datos que resultaban de la propia contabilidad del comerciante, que se encontraban soportados por las conclusiones probatorias que se pudieron extraer de otros medios de prueba, tales como testimoniales de clientes sobre el grado de ocupación y documentales relativas al éxito del establecimiento.

PRINCIPAL BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN, *El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo*, en Revista de Derecho Privado, 1998, p. 361 y ss.

CARRASCO PERERA, *Comentario al art. 1106 del Código Civil*, en los Comentarios al Código Civil dirigidos por M. Albaladejo.

CERDÁ OLMEDO, MIGUEL, *Responsabilidad civil por daños futuros*, en ADC, 1985, pp. 623 y ss.

DE CUPIS, A., «El daño», traducción de Angel Martínez Carrión, Edit. Bosch, 1975.

MOISSET DE ESPANES, *Reflexiones sobre el “daño actual” y el “daño futuro”, con relación al “daño emergente” y al “lucro cesante”*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1975, pp. 195 y ss.

SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1993.

YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Responsabilidad patrimonial de la Administración ante accidente de circulación provocado por el deficiente estado de la calzada. Inexistencia de concurrencia de culpas

*Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2007.
Ponente: Excmo. Sr. D. Agustín Puente Prieto*

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Por la representación de D^a María Rosa, D^a Antonieta, D. Jose Ramón, D^a Estefanía, D^a Luisa y D. Javier se interpone recurso contencioso administrativo contra resolución del Consejo de Ministros de 15 de julio de 2.005 que resuelve, estimándola parcialmente, la reclamación presentada en solicitud de reconocimiento de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración del Estado en relación con un accidente de circulación sufrido por D. Victor Manuel y D. Franco en fecha 14 de mayo de 1.998, como conductor y ocupante del vehículo matrícula RA-....-R , ocurrido en el pk. 336,400 de la carretera N-IV del término municipal de Marmolejo.



La resolución, estimatoria parcial de la reclamación administrativa, resuelve la solicitud formulada con fecha 15 de febrero de 1999 y en la que se exponía por los interesados, sucesores de los intervinientes en el accidente fallecidos, que el día 14 de mayo de 1.998 los mismos circulaban en el vehículo indicado en el punto kilométrico precisado de la carretera N-IV cuando, a las 18,30 horas, sufrieron un accidente de circulación, al pasar por una balsa de agua existente en la calzada, perdiendo el conductor el control del vehículo al hacerle “aquaplaning” saliéndose de la calzada por el margen izquierdo rozando con el lateral izquierdo de la valla protectora, realizando maniobra evasiva al conductor a la derecha y chocando el vehículo contra el frontal izquierdo del turismo Audi 80, matrícula W-....-IH . A consecuencia del accidente se produjo el fallecimiento de D. Víctor Manuel y de D. Franco.

La reclamación incluía la solicitud de una indemnización para los herederos de los fallecidos en cuantía total de 153.986,51 €, habiéndose reconocido por la Administración pública, a través de la resolución objeto del presente recurso, una indemnización del 50%, al apreciar la existencia de concurrencia de culpas en los daños ocasionados teniendo en cuenta las circunstancias existentes en la carretera y la intervención de culpa del perjudicado.

En el atestado e informe técnico de la Guardia Civil se reflejan los siguientes hechos de interés para la resolución del presente recurso: En cuanto al trazado se afirma que se trata de un tramo ligeramente curvo hacia la derecha con un peralte del 5% y una pendiente del 2%. Respecto al firme, es de clase bituminoso, en buen estado de conservación y mantenimiento, mojado por lluvia. En el lugar donde se produjo el accidente en el carril izquierdo existe un tramo, de unos 50 metros de longitud, cuyo asfalto presenta deficiencias en su textura (se ha desgranado) motivando con ello que en caso de lluvia muy intensa se forme una ligera bal-

sa de agua en dicho punto. Siendo la velocidad la genérica de la vía de 120 kms/hora, sin que exista señal indicadora del límite de velocidad específica, ocurriendo el accidente en día que se encontraba nublado con lluvia intensa y sin viento apreciable que pudiera afectar al accidente, sin que se pueda apreciar, al encontrarse la calzada mojada por lluvia, huellas de derrape o fricción en el pavimento.

Está acreditada la existencia de una plano superior de la calzada en el sentido Madrid que permite que, con lluvias intensas, se vierta el agua sobre el carril izquierdo de la calzada en el sentido Cádiz en que se produjo el accidente, conforme al atestado de la Guardia Civil, habiéndose procedido, con posterioridad a los hechos, a hacer una cuneta revestida en la mediana de la autovía en dicho tramo.

SEGUNDO.- La resolución objeto del presente recurso estimó, como decimos, parcialmente la reclamación formulada, reconociendo a los herederos de los fallecidos una indemnización del 50% del total reclamado por apreciar, sin cuestionar la procedencia del total del daño sufrido y la realidad de éste, que existía una concurrencia de culpas entre el deficiente estado de la calzada y la actuación de los perjudicados, puesto que el vehículo no se acomodó, en cuanto a la velocidad del mismo, a las circunstancias que imponía la situación de la circulación, derivada de la lluvia intensa que en aquel momento caía al producirse del accidente.

Con ello el Consejo de Ministros se ha apartado del criterio del Consejo de Estado que entendió improcedente el reconocimiento de cualquier tipo de indemnización así como del informe del Consejo de Obras Públicas que, por el contrario, consideró indemnizable en su totalidad el perjuicio sufrido.

TERCERO.- La propia indeterminación de la apreciación de lo inadecuado de la conducción supone calificar de irrelevante a efectos del presente

recurso dicha circunstancia, que ha conducido a la apreciación de una concurrencia de culpas, tanto por parte de la Administración en el mantenimiento del servicio irregularmente, como por la propia conducta de los perjudicados, y ello por cuanto que no existe prueba o constancia objetiva, como puso ya de relieve el Consejo de Obras Públicas, que permita concretar en qué consistió tal inadecuación, puesto que la presunta inadecuación de la conducción sólo se pone de manifiesto al coincidir, y no antes, con una circunstancia como es el tramo inundado de la carretera por defectos comprobados en la calzada resultante de la propia defectuosa contextura del asfalto que se encontraba desgranado y la situación en un plano superior de la calzada en el sentido Madrid que, permite que, con lluvia intensa, se vierta el agua sobre el carril izquierdo de la calzada sentido Cádiz en el que se produjo el accidente, circunstancias éstas que escapan a la voluntad del conductor, por lo que, como correctamente apreció el Consejo de Obras Públicas, la inadecuación de la conducción resultaría por tanto del hecho de que el conductor no acomoda velocidad a una circunstancia anómala e inesperada, constituida por los defectos y consiguiente inundación de la calzada atribuibles al servicio público, ajenos a su voluntad y que se presenta inopinadamente dado que, por su naturaleza, no se puede prever ni controlar en sus consecuencias.

Si a ello añadimos que la Unidad de Carreteras hace constar en su informe que después del accidente se construyó una cuneta revestida en la mediana de la Autovía, para evitar sin duda el vertido del agua en la calzada en sentido Madrid que contribuyó decisivamente al embalsamiento y, con ello, a la producción de daño, ha de entenderse que no cabe exigir al perjudicado que asuma los perjuicios derivados del daño sufrido en un 50% sobre la base de atribuirle una inadecuada conducción carente de toda prueba ante la acreditada deficiencia del servicio.

Hemos dicho en sentencia de 9 de abril de 2.002 que es doctrina de esta Sala la que constata que el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima, suficientes para considerar roto el nexo de causalidad corresponde a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó al daño procedió con negligencia, ni aquélla cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quién padeció el perjuicio actuó con prudencia. En análogo sentido se expresa la sentencia de 15 de marzo de 1.999, y las que en ellas se citan, así como la de 6 de abril de 1.999, conforme a las cuales, en caso de alegación de culpa de la víctima, la carga de la prueba pesa sobre la Administración.

En definitiva, y en el presente caso, lo único acreditado es la anómala prestación del servicio en una autovía nacional con los defectos ya indicados que, sin señalamiento de ningún tipo, se presenta al conductor inopinadamente, impidiéndole adoptar ninguna medida de precaución y adecuación a esa imprevista circunstancia, lo que impide considerar que en el presente caso exista esa concurrencia de culpas, sino que antes bien la misma ha de atribuirse en su integridad a la Administración, a la que corresponde reparar el perjuicio en el total importe del daño producido.

Teniendo en cuenta lo anterior la indemnización a abonar por la Administración a los recurrentes, previo descuento de la que en su día hubiera sido ya satisfecho, ha de reconocerse en los términos siguientes:

- Respecto a los herederos de D. Víctor Manuel: a su viuda D^a María Rosa un total de 116.458,69 €; a su hijo D. Jose Ramón 9.704,89 €; a su hija D^a Antonieta 9.704,89 €. Como indemnización común



por el valor del vehículo corresponde a dichos herederos la cantidad de 937,10 €.

- Respecto a los herederos de D. Franco: a su hermano D. Javier 11.645,87 €; a su hermana D^a Luisa y su hermana D^a Estefanía la misma cantidad de 11.645,87 €.

Las indicadas indemnizaciones habrán de ser incrementadas con el correspondiente interés de demora desde el momento de la reclamación patrimonial hasta la fecha de esta sentencia al objeto de conseguir la plena indemnidad del daño sufrido, sin perjuicio de la procedencia de los intereses a que se refiere el artículo 106.2 de la Ley de la Jurisdicción.

CUARTO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no procede la condena en costas en el presente recurso.

FALLAMOS

Ha lugar a estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de D^a María Rosa, D^a Antonieta, D. Jose Ramón, D^a Estefanía, D^a Luisa y D. Javier contra resolución del Consejo de Ministros de 15 de julio de 2.005 por la que se estimó parcialmente la reclamación presentada por los recurrentes en solicitud de reconocimiento de responsabilidad de la Administración patrimonial, cuya resolución anulamos por su disconformidad a derecho, reconociendo el derecho de los recurrentes a ser indemnizados en las cantidades expresadas en el fundamento de derecho tercero y de cuyo total importe habrán de deducirse las satisfechas ya por la Administración. Sin costas.

Comentario:



Raquel Ruiz García

Viene a ser objeto de estudio en la presente sentencia el recurso contencioso administrativo que fue formulado contra la resolución dictada por la Administración demandada, en la que se venía a estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial que había sido formulada por los herederos de los fallecidos en un accidente de tráfico, al haberse determinado la concurrencia de culpas debido a las circunstancias existentes en la carretera y la intervención de culpa del perjudicado, dictándose finalmente sentencia por el Alto Tribunal en la que se atribuye la totalidad de la responsabilidad a la Administración al establecerse que el accidente se produjo por los desperfectos comprobados en una autovía nacional.

De este modo en la sentencia se viene a poner de manifiesto el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, en virtud del cual corresponde a ésta la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima que vengán a poner de manifiesto la ruptura del nexo de causalidad, quedando únicamente exonerada de responsabilidad cuando el comportamiento del perjudicado haya sido el único determinante del daño producido.

Así, como hemos manifestado, para que pueda venir a determinarse la responsabilidad patrimonial de la Administración han de concurrir una serie de requisitos como son la efectiva

realidad del daño o perjuicio, siendo las características del mismo que ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que el daño haya derivado como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa e inmediata sin intervención de elementos extraños, la ausencia de fuerza mayor y el hecho de que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño de acuerdo con la ley.

En definitiva, aun cuando no cabe negar el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, para apreciar éste resulta necesaria la concurrencia de sus requisitos definidores y por tanto ha de quedar acreditado que el resultado lesivo por el que se reclama trae su causa directa y eficaz en una actuación u omisión de la Administración, debiendo de otorgar especial importancia al requisito del nexo causal, puesto que si bien es cierto como hemos referido que ha de tenerse en cuenta el carácter objetivo de esta responsabilidad, tal circunstancia no supone que la Administración haya de responder de todas las lesiones que se produzcan en el ámbito del servicio público, puesto que será necesario para ello que la lesión pueda imputarse al funcionamiento del servicio, quedando por lo tanto exonerada cuando la intervención del tercero o del propio perjudicado revista la suficiente intensidad para resultar determinante del resultado lesivo, aún cuando el funcionamiento del servicio público haya sido incorrecto



Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Supuestos de responsabilidad de la Promotora ante accidente de trabajo. Inexistencia de prescripción de la acción

*Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2007
Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana*

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- José falleció en accidente laboral ocurrido el día 7 de noviembre de 1989 cuando trabajaba en la construcción de un edificio de cuarenta y dos viviendas, entre las calles San Isidro, Ingeniero Villaplana e Isabel la Católica, de Alicante, y le cayó el conjunto del polipasto más el gancho de la grúa instalada en la obra, golpeando previamente el borde del suelo del primer piso, que en aquel momento se encontraba encofrando, e incidir, tras el rebote, en la parte superior del torso e inferior del cráneo del citado trabajador. La obra era promovida por la empresa Promociones Inmobiliarias Bonet., SL, la que había subcontratado la realización de la estructura a la mercantil Construcciones Benavent, SL, empresa a su vez propietaria de la grúa que allí se encontraba instalada y que había sido montada por D. Pedro Enrique. Por estos hechos, el Juzgado de Instrucción número 2 de Alicante instruyó las Diligencias Previa número 771/98 en las que se personó como perjudicada la

madre del trabajador, D^a María Antonieta, las cuales dieron lugar al juicio de faltas número 111/92 en el que recayó sentencia absolutoria con fecha 24 de enero de 1994, posteriormente confirmada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de 10 de diciembre de 1994.

Los padres del fallecido, D. Jesús María y D^a María Antonieta, formularon demanda con fundamento en los artículos 1902 y 1903 del CC, contra la citada constructora, en cuanto empleadora del mismo y propietaria de la grúa; contra General Europea de Seguros, SA, con la que la anterior code mandada tenía concertado seguro de responsabilidad civil; contra Promociones Inmobiliarias Bonet, SL en cuanto promotora y dueña del edificio en construcción; contra Seguros Aegon Unión Aseguradora., SA, aseguradora de la promotora; contra la Asociación de Seguros Mutuos de Arquitectos Superiores (ASEMAS), aseguradora de la responsabilidad de los profesionales encargados de la dirección superior de la obra; contra la Mutua de Seguros para Aparejadores y Arquitectos Técnicos a prima fija, entidad aseguradora de la responsabilidad civil profesional de los técnicos intervinientes en la construcción, y, por último, contra el instalador de la grúa, D. Pedro Enrique.

La Audiencia Provincial revoca en parte la del Juzgado de 1^a Instancia, que estimó parcialmente la demanda, acoge la excepción de prescripción de la acción ejercitada por el padre del fallecido y condena a la constructora, a la promotora y a su aseguradora a que abonen solidariamente a la madre del fallecido la suma de diez millones de pesetas, más el interés legal desde la interposición de la demanda.

SEGUNDO.- El recurso de Aegon Unión Aseguradora y Promociones Inmobiliarias Bonet, acusa a la sentencia de falta de motivación puesto que, dice, se limita a establecer un criterio de imputación a partir de la siguiente afirmación: «los

fundamentos jurídicos de responsabilidad extracontractual» son correctamente conjugados en la sentencia de instancia, y, a juicio de la Sala, hacen operativa la examinada presunción de culpa, no solo contra Construcciones Benavent SL, sino también frente a Promociones Inmobiliarias Bonet SL». El motivo, que no denuncia infracción del art. 120 CE (RCL 1978, 2836), se desestima desde el momento en que se plantea más como una aplicación incorrecta de la presunción de culpa, que por una real y efectiva falta de motivación de la sentencia, hecha a partir de una sesgada y parcial lectura de la misma. El criterio de imputación es mucho más amplio y argumentado que el que se dice en el motivo puesto que, con base en la interpretación que la jurisprudencia ha hecho del artículo 1903 del CC (LEG 1889, 27), cuando el comitente se ha reservado la vigilancia, dirección o participación en los trabajos o en parte de ellos, establece lo siguiente: «Promociones Inmobiliarias Bonet, SA se





había reservado la dirección técnica de las obras, lo que le llevaba a realizar periódicas visitas de inspección y control de las mismas (testimonio del acta del juicio de faltas) sino que además y como responsable máxima de las obras fue la encargada de solicitar de la Administración los permisos precisados para la puesta en funcionamiento de la grúa causante del siniestro, presentando a tal efecto ante la misma el certificado de instalación y buen funcionamiento, los planos de situación y la póliza de seguro del aparato elevador y asumiendo de forma expresa y para su concesión el cumplimiento sobre instalación y funcionamiento de grúas en la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971 (RCL 1971, 539, 722) (condición segunda de la licencia, folio 262). En virtud de todo ello debe afirmarse también la culpa «in vigilando», en que también ha incurrido la promotora codemandada, al haber desatendido sus deberes de supervisión que, en todo caso y al margen de los que incumbían a la empresa constructora, le correspondía ejercer sobre los elementos de trabajo proporcionados por esta a sus empleados que igualmente pertenecían a la esfera de su actuación empresarial y lucrativa y compartir por ello con aquella y en modo solidario el deber de indemnizar el daño causado».

TERCERO.- En el motivo segundo, y al amparo del los artículos 1902 y 1903, en relación con el 1908.1 del Código Civil (LEG 1889, 27), se viene a cuestionar que existan acciones u omisiones concurrentes, que determinen la condena solidaria que establece la sentencia. El motivo, que cita un artículo ¿1908.1 CC? que nada tiene que ver con el caso, viene a hacer supuesto de la cuestión puesto que lo que niega es lo que la sentencia sostiene como hecho probado respecto de su actuación en la obra, toda vez que no se limitó a recabar los permisos y licencias necesarias para obtener la licencia municipal, sino que se reservó la dirección técnica de las obras, lo que le llevaba a realizar periódicas visitas de inspección y control de las mis-

mas, al margen de los deberes de seguridad que incumbían a la empresa constructora. Y esta actuación tiene perfecto encaje en el artículo 1903 del CC a partir de la interpretación reiterada que este Tribunal ha hecho en el sentido de que en los casos en los que la realización de la obra se encarga a un contratista, la responsabilidad corresponde exclusivamente a éste, como contratista independiente, siempre que dicho contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia entre la empresa promotora y la contratista, asumiendo de manera exclusiva sus propios riesgos (SSTS de 4 de enero de 1982 [RJ 1982, 178]; 8 de mayo de 1999 [RJ 1999, 3101]), dependencia que se produce cuando el contratista no actúa formalmente como autónomo si, de hecho, está sujeto al control de la propiedad o promotora de la obra o se encuentra incardinado en su organización correspondiéndole el control, vigilancia y dirección de las labores encargadas, de tal forma que será posible responsabilizarle del daño en aquellos supuestos en que no solo encarga la obra a personal especializado y cualificado profesionalmente con suficientes conocimientos para un ejercicio normalmente correcto de la «lex artis», sino que designa al un director facultativo de la obra a quien compete exigir el cumplimiento de las especificaciones del proyecto, las normas de buena ejecución y las de Seguridad e Higiene en el Trabajo, pues ello es determinante de la responsabilidad por hecho de otro, según la interpretación jurisprudencial del artículo 1903, y ésta no puede ser enervada por la existencia de un pacto en contrario entre los responsables, que no puede producir efectos en perjuicio de terceros ajenos al ámbito contractual en virtud del principio de relatividad del contrato.

Es asimismo jurisprudencia de esta Sala la que señala que puede también incorporarse al vínculo de responsabilidad extracontractual a la empresa comitente en aquellos supuestos en los cuales se demuestre la existencia de culpa en la elección, cuya concurrencia depende de que las caracterís-

ticas de la empresa contratada para la realización de la obra no sean las adecuadas para las debidas garantías de seguridad, caso en el que podrá apreciarse la existencia de responsabilidad, que la más moderna doctrina y jurisprudencia no consideran como una responsabilidad por hecho de otro amparada en el artículo 1903 CC, sino como una responsabilidad derivada del artículo 1902 CC (LEG 1889, 27) por incumplimiento del deber de diligencia en la selección del contratista (SSTS de 18 de julio de 2005 [RJ 2005, 9251]; 3 de abril [RJ 2006, 1916] y 7 diciembre de 2006; 25 de enero 2007).

CUARTO.- La sentencia tampoco infringe, por inaplicación, los artículos 73 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295), en relación con el artículo 1137 del Código Civil (LEG 1889, 27), puesto que la condena no va más allá de lo que dichos preceptos autorizan en la relación asegurador-asegurada. El contrato de seguro de Responsabilidad Civil es un contrato de naturaleza especial, en favor de tercero, que crea una solidaridad pasiva entre asegurado y asegurador frente a la víctima, que aparece dotada de acción directa contra la Compañía aseguradora, y es evidente que la responsabilidad exigible por la aplicación de los artículos 1902 y 1903 del Código civil, cuando en la producción del daño existen varios agentes, es solidaria entre los mismos, cuando no es posible especificar el grado de participación de cada uno de ellos, por lo que, en caso de autos, habiéndose condenado en forma solidaria a los demandados Inmobiliarias Bonet, Construcciones Benavent SL y Aegon Unión Aseguradora, hay que entender que frente a la perjudicada deben solidariamente la suma en que se cifra en daño sin que la aseguradora responda más de lo que por razón de la condena deberá hacer efectivo su asegurada.

QUINTO.- El cuarto motivo se analiza conjuntamente con el tercero del recurso formulado por los actores dado que la estimación de este hará inútil aquel. Ambos se refieren al abono de los inte-

reses que la sentencia niega a los actores en la forma solicitada, es decir, desde la fecha del siniestro en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295), para establecer los de demora desde la interposición de la demanda, con el argumento de que «al haberse puesto de manifiesto que la oposición de la dicha demandada al pago de la cantidad instada por la parte demandante era en cierta medida fundada y en tanto en cuanto hasta la presente resolución no se ha impuesto a aquélla ningún deber indemnizatorio ni concretado su cuantía, manteniéndose hasta entonces ilíquida la suma dineraria cuyo pago a la demandante debía ser objeto de condenar».

Dispone el artículo 20 de la LCS, antes de su reforma por Ley 30/95 (RCL 1995, 3046), que «Si en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro el asegurador no hubiere realizado la reparación del daño o indemnizado su importe en metálico por causa no justificada o que le fuere imputable, la indemnización se incrementará en un 20 por 100 anual»; precepto que ha sido interpretado en numerosas resoluciones de esta Sala, especialmente en la consideración de lo que se debe entender por justa causa, como precisa la Sentencia de 8 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6719), habiendo señalado la de 21 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 10149) que «reconociendo que es ficticia la polémica sobre su aplicación en función de una previa decisión judicial respecto a la obligación de su abono y su concreción, ya que de admitirse lo haría prácticamente inviable, como también la subjetividad del daño moral, una inadecuada redacción de la cobertura, responsabilidad de la aseguradora, o la posible iliquidez de la deuda puesto que no se trata de la respuesta a un incumplimiento de la obligación cuantificada o liquidada en la sentencia, sino de una obligación que es previa a la decisión jurisdiccional». Y es el caso que si bien la aseguradora no podía conocer el importe de la indemnización que iba a ser reclamada por los perjudicados, o en su caso, la concedida en la resolución judicial,



ni se objetiva una causa justificada ni la posible iliquidez de la indemnización exonera a la compañía a acudir a algo tan simple y efectivo para liberarse del pago como es el ofrecimiento de pago, o en su caso, la consignación judicial de lo que entendía adecuado, lo que no hizo.

SEXTO.- En el recurso de los actores, se denuncia en el primer motivo infracción del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295), y de la jurisprudencia que lo interpreta, y como submotivo, la infracción del artículo 7.1 del CC (LEG 1889, 27), respecto a los actos propios, todo ello con relación a la demandada «General Europea de Seguros SA» a la que la sentencia de instancia absuelve por estimar que el contrato de seguro celebrado con Construcciones Benavent., SL solo cubría la responsabilidad civil frente a terceros, de los que se excluyen expresamente los profesionales de la obra. El motivo se desestima. En efecto, si se analiza la póliza aportada a las actuaciones y suscrita en nombre de la dicha entidad constructora para la cobertura de los riesgos derivados del uso de la grúa en cuestión, aparece en las condiciones generales que el objeto del seguro es la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivarse para el asegurado como consecuencia de los daños y perjuicios causados involuntariamente a terceros por hechos que deriven del riesgo especificado en la póliza. En el artículo preliminar de dichas condiciones se definen los terceros como cualquier persona física o jurídica distinta de: «...los asalariados y personas que de hecho o de derecho, dependan del tomador del seguro o del asegurado mientras actúen en el ámbito de dicha dependencia», mientras que en las condiciones particulares del documento se concreta el riesgo asegurado en la responsabilidad civil extracontractual, con exclusión de la profesional, por propietario de una grúa-pluma para trabajos de carga y descarga en la construcción, y se describe el mismo como el pago de las indemnizaciones pecuniarias que le sean imputables

por daños corporales y/ o materiales causados a terceros en sus personas o en sus bienes. Y esta suerte de cláusulas, acordes con la posición doctrinal de no considerar terceros a los asalariados del asegurado, delimitan y no limitan el objeto y el ámbito del seguro por lo que, no discutiéndose la validez del contrato por falta de alguno de sus elementos esenciales, no es posible aplicar a las mismas el tratamiento que para las cláusulas limitativas o lesivas de los derechos de los asegurados establece el art. 3 LCS (RCL 1980, 2295), traducido en una doble exigencia: necesidad de que sean destacadas de modo especial y estar específicamente aceptadas por escrito.

Igual suerte desestimatoria se ofrece al submotivo. Para aplicar el efecto vinculante de la doctrina de los actos propios, es preciso que los actos considerados, además de válidos, probados, producto de una determinación espontánea y libre de la voluntad, exteriorizados de forma expresa o tácita, pero de modo indubitado y concluyente, es preciso que tengan una significación jurídica inequívoca, de tal modo que entre dicha conducta y la pretensión ejercitada exista una incompatibilidad o contradicción. Lo que se pretende es que en ningún caso pueden contradecir a los anteriores provocando una situación de incertidumbre que desconcierte a terceros afectados por los mismos y que rompa el principio de confianza y de buena fe que debe presidir las relaciones privadas, determinado en el artículo 7.1 CC (LEG 1889, 27); razón por lo que no resulta aceptable la tesis de la recurrente de que la aseguradora vino a admitir la existencia de cobertura a través de la reserva de acciones civiles a los perjudicados, hecha en el juicio penal previo, y de una argumentación cautelar para el supuesto de condena de su asegurado pues ello no comporta más que una simple estrategia procesal de defensa de los intereses de su representado, teniendo en cuenta el diferente contenido y alcance de una y otra vía, penal y civil, en la que esta se produce.

SÉPTIMO.- En el segundo motivo se denuncia infracción de los artículos 1968.2 y 1969 del Código Civil (LEG 1889, 27), en relación con los artículos 1902 y 1273, del mismo Texto, por cuanto estima indebidamente prescrita la acción formulada por el padre del fallecido trabajador. Se estima por dos razones: En primer lugar, porque los únicos demandados que en la contestación a la demanda se refirieron a la posible prescripción de la acción, se aquietaron respecto de la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia, que desestimó la excepción planteada y esta sentencia no fue apelada por AEGON, adherido únicamente en cuanto a las costas, y como esta Sala tiene declarado con carácter general en sus sentencias de 23 de junio de 1993 (RJ 1993, 4722), 30 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9170) y 13 diciembre 2005 (RJ 2006, 197), en relación a la misma, «si alguno de los demandados propuso tal excepción, ello no vincula al juzgador en punto a su posible estimación en cuanto se refiere a diferente demandado, porque cada uno de ellos se encuentra en distinta posición procesal respecto a la parte actora en orden a posibles relaciones sustantivas o materiales con ella e incluso por la existencia o no de interrupción del lapso prescriptivo, que puede operar respecto de unos y no de otros». En segundo lugar, la acción civil sobre el hecho que motiva la apertura de un proceso penal no puede ejercitarse hasta que sea resuelta la cuestión penal o el fallo de la cuestión civil no se hace posible hasta la decisión del proceso penal, bien sea mediante sentencia o por auto de sobreseimiento firme, de tal forma que mientras esté subsistente, cualesquiera que sean las personas implicadas, el perjudicado no puede formular la demanda civil, ni contra ellas, ni contra otras distintas. Así resulta de los arts. 111 («mientras estuviese pendiente la acción penal, no se ejercitará la civil con separación») y 114 («promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho...») de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), 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 versaran sobre el mismo hecho y se asentarán sobre iguales presupuestos (SSTS 12 de abril de 2004 [RJ 2004, 2611]; 7 de febrero 2006 [RJ 2006, 629], entre otras).

Como quiera que la demanda se interpuso el día 3 de noviembre de 1995 y el proceso penal concluyó mediante sentencia de 10 de diciembre de 1994, es evidente que la acción civil fue ejercitada dentro de plazo, debiendo esta Sala asumir la instancia y resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, como dispone el artículo 1715.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1) y, a la vista de lo razonado, al estimar el recurso, es claro que debe resolverse aceptando la resolución del Juzgado de 1ª Instancia en cuanto le indemniza en la cantidad solicitada de cinco millones de pesetas, a cargo de los condenados por la Audiencia, con más los intereses del artículo 20 de la LCS (RCL 1980, 2295) desde la fecha del siniestro.

OCTAVO.- También infringe la sentencia el artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1), y no así el 523 de la misma Ley, a que se refiere el cuarto motivo del recurso de los actores. La infracción del art. 523 se formula como subsidiario del anterior motivo por cuanto la desestimación de la excepción de prescripción conllevaría, según los recurrentes, la imposición de las costas a los demandados en virtud del principio del vencimiento establecido en la citada norma. La del artículo 710 con base en que la Sentencia recurrida no condena a la entidad demandada-adherida a pagar las costas causadas a su instancia a pesar de que haberla desestimado, sin hacer motivación alguna al respecto.



El primero no se infringe porque por cuanto la demanda formulada conjuntamente por los actores fue estimada solo en parte. Si el segundo que establece tal condena cuando «la sentencia confirmatoria o que agrave la de primera instancia» salvo que la Sala estime motivadamente que concurren circunstancias excepcionales que justifiquen otro pronunciamiento, puesto que habiendo desestimado la adhesión formulada por la aseguradora, la Sala de instancia no introdujo motivación alguna para no imponerlas a quien vio desestimada su pretensión en la alzada.

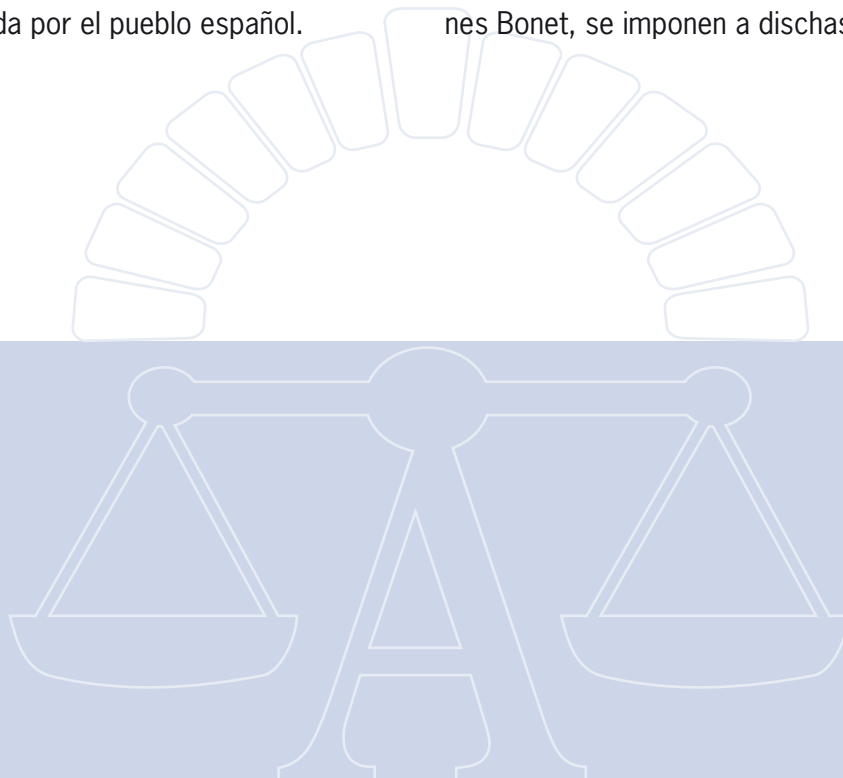
NOVENO.- En cuanto a las costas del recurso, no se hace especial declaración de las causadas por el de los actores, salvo las correspondientes a la entidad General Europea de Seguros, a cuyo pago se les condena. Las del recurso de AEGON y Construcciones Bonet, se imponen a dichas partes; todo ello en correcta aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.715 de la LECiv/1881 (LEG 1881, 1).

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

FALLAMOS

Declarar haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la Procuradora Doña Isabel Afonso Rodríguez, en la representación que acredita de Doña María Antonieta y Don Antonio López, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante con fecha 13 de diciembre de 1999, la cual casamos y anulamos en lo siguiente: Primero: condenar a Construcciones Benavent, SL, a Promociones Inmobiliarias Bonet, SL y AEGON a que indemnicen solidariamente a Don Jesús María en la suma de cinco millones de pesetas, con más los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295) desde la fecha del siniestro a cargo de la aseguradora, tanto respecto de esta indemnización como de la señalada en favor de Doña María Antonieta. Segundo, condenar a AEGON al pago de las costas causadas en dicha instancia por la adhesión al recurso.

En cuanto a las costas del recurso, no se hace especial declaración de las originadas por el de los actores, salvo las correspondientes a la entidad General Europea de Seguros, a cuyo pago se les condena. Las del recurso de AEGON y Construcciones Bonet, se imponen a dichas partes.



Comentario:

Andrés Cid Luque

“Varios son los temas, muy interesantes, que desgrana esta resolución del Alto Tribunal.

Pero antes de entrar en cada punto concreto, hagamos un extracto de lo que recoge la sentencia.

Se trataba de un accidente laboral, (con fallecimiento del hijo de los actores-padres), que había seguido el trámite penal contra el Promotor, Constructor y la Aseguradora (AEGON) del Promotor. Una vez terminada la vía criminal, se inicia civilmente (en este momento incorporándose en la jurisdicción penal), y ejercitan sus acciones nuevamente contra el Constructor, Promotor, y en este caso contra las 2 aseguradoras de ambos.

Comencemos con los motivos del recurso de casación:

1º.- La Promotora, esgrimía que debía ser desestimada la pretensión frente a ella, pues, no existía el vínculo del artículo 1.903.4 del Código Civil, (no realizaba labor nada más que como titular de la obra) para engarzar su condena.

Sin embargo el Tribunal Supremo le da dos motivos para la misma:

a) Ya que no se limitó a recabar los permisos y licencias necesarias para obtener la licencia municipal, sino que se había reservado la dirección técnica de las obras, lo que le llevaba a realizar periódicas visitas de inspección y control de las mismas, al margen de los deberes de seguridad que le incumbían a la empresa constructora.

b) De otra parte, se suele incorporar al vínculo extracontractual a la empresa comitente, en aquellos supuestos en los cuales se demuestre la existencia de culpa de elección, y que la más moderna doctrina y jurisprudencia, no consideran como una responsabilidad por hecho de otro amparada en el artículo 1.903 C.c., sino una responsabilidad derivada del artículo 1.902 C.c., por incumplimiento del deber de diligencia en la selección de contratista.

2º.- Se analiza el contrato de seguro de Responsabilidad Civil, y se indica que es de naturaleza especial, en favor de tercero, que crea una solidaridad pasiva (criterio que no comparte el profesor Reglero Campos, cuando defiende



las comunicaciones de interrupción de la prescripción frente a cualquiera de ellos), entre el asegurado y Asegurador frente a la víctima otorgándole una acción directa.

El estudio lo realiza para terminar afirmando, que existe solidaridad frente al dañado, de todos los intervinientes, cuando no se puede determinar la participación de cada uno.

3º.- Nuevamente se trata del eterno debate de las “causas justificadas”, a efectos del artículo 20 L.C.S. y el T.S. determina que de aceptarse lo que indica la Cía. haría prácticamente inviable el precepto (se refería a las alegaciones, de la necesidad de resolución judicial para determinar la condena, o en los casos de subjetividad del daño moral, o una inadecuada redacción de la cobertura, la posible iliquidez de la deuda, o de si una obligación puede ser previa a la decisión jurisdiccional), pues, si bien es cierto que la Aseguradora no podía conocer el importe de la indemnización (reclamada o después concedida judicialmente), podía haber acudido a algo tan simple y efectivo para liberarse del pago como, al ofrecimiento de pago, o en su caso, a la consignación judicial, de lo que entendía adecuado. Y no lo hizo.

4º.- En el recurso de los actores (ambos padres) intentando la condena de la Aseguradora del constructor esgrimía dos motivos:

a) Que la exclusión de la Póliza era una cláusula limitativa. No se entendió así con el Tribunal, pues la Póliza solo cubría la responsabilidad civil frente a terceros, y en el artículo preliminar se definían, como cualquier persona física o jurídica distinta de: «...los asalariados y personas que de hecho o derecho, dependen

del tomador del seguro...», (el trabajador fallecido dependía de la constructora). Y además, en las condiciones particulares, se especificaba que se cubría la responsabilidad civil extracontractual, con exclusión de la profesional. Por tanto no estábamos ante una cláusula limitativa.

b) El otro motivo de los padres, era, que por la teoría de los ACTOS PROPIOS esa Aseguradora de la Constructora, había asumido su responsabilidad. Y después de una detallada doctrina de la teoría de los actos propios, el Tribunal Supremo, dice, que la Aseguradora no vino a admitir la existencia de cobertura a través de una reserva de acciones civiles a los perjudicados, hecha en el juicio penal previo, sino que se trataba de una argumentación cautelar para el supuesto de condena de su asegurado, pues ello no comportaba más que una simple estrategia procesal de defensa de los intereses de su representado, teniendo en cuenta el diferente contenido y alcance de una y otra vía, penal y civil.

5º.- Al padre del fallecido, que no había intervenido en la vía penal, se le consideró prescrita su acción. Sin embargo, el T.S. consideró que no está perjudicada su pretensión por dos motivos:

a) Porque los únicos demandados que alegaban esta excepción, se aquietaron a la sentencia de 1ª Instancia, y AEGON sólo se había adherido al Recurso por las Costas.

b) Porque no puede ejercitarse la acción civil, mientras subsista abierto el proceso penal (arts. 111 y 114 Lecr.), pero siempre, claro está, que el proceso penal y el civil correspondiente versaran sobre el mismo hecho y se asentaran sobre iguales presupuestos.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Examen de los requisitos exigidos para determinar la responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva de los administradores de una sociedad

*Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2007
Ponente: Excmo. Sr . D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta*

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El recurso de casación que es objeto de examen trae causa del juicio de menor cuantía promovido por Jon, aquí recurrente, en el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores sociales demandados, por incumplimiento de los deberes que legalmente les impone el artículo 262.2, 3 y 4 de la Ley de Sociedades Anónimas, en los casos en que concurren las causas de disolución de la sociedad previstas en los números 3º, 4º, 5º y 7º del apartado primero del artículo 260 de la misma Ley. El demandante basó su pretensión en su condición de acreedor de la sociedad de la que los demandados eran administradores, consis-



tiendo su crédito en el importe no satisfecho de la minuta de honorarios profesionales, presentada en su día a la entidad por el asesoramiento y la dirección letrada prestada en un anterior procedimiento de suspensión de pagos, reclamando la cantidad de 8.415.000 pesetas, no abonada en el expediente de jura de cuentas también promovido con anterioridad, suma en que se cifra la responsabilidad de los administradores demandados.

Los administradores sociales Alexander y Rogelio se opusieron a la demanda alegando, en lo que interesa a la resolución de este recurso, su falta de legitimación pasiva, por no concurrir los presupuestos de los que depende el nacimiento de las obligaciones legales de cuyo incumplimiento deriva la responsabilidad que se les exige, y por no ser ellos quienes debían responder de las obligaciones sociales, sino quien ostentaba el cargo de Consejero Delegado de la entidad.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, y la Audiencia Provincial, desestimando el recurso de apelación interpuesto contra ella por el actor, la confirmó íntegramente. La sentencia de segunda instancia basa su decisión en que ?sintetizando su argumentación?, siendo la responsabilidad exigida la prevista en el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, no cabe la condena de los demandados toda vez que, por un lado, la suspensión de pagos en que se hallaba incurso la sociedad terminó al ser archivado el procedimiento, mediante Auto de fecha 16 de junio de 1995, al no haberse logrado el quórum necesario para la aprobación del convenio, y siendo definitiva la insolvencia de la entidad suspensa, habiéndose promovido el expediente de jura de cuentas en escrito fechado el 29 de mayo de 1995, cesando los administradores sociales demandados en su cargo en la Junta General Extraordinaria y Universal celebrada el 19 de julio de ese mismo año, siendo sustituidos por un administrador único, acuerdo formalizado en escritura de fecha 27 de julio de 1995, que no tuvo acceso al Registro

Mercantil hasta el día 5 de septiembre siguiente; y, por otro lado, falta la prueba de que la sociedad se hallase incurso en alguno de los supuestos comprendidos en los números 3º, 4º, 5º y 7º del apartado primero del artículo 260 de la Ley de Sociedades Anónimas, del mismo modo que no quedó acreditado el desahucio de la empresa del local que ocupaba, sino tan solo un cambio de domicilio legalmente acordado, ni el resultado negativo del embargo de sus bienes para garantizar el crédito del actor, por imposibilidad material de practicarlo. Concluye de todo ello la Audiencia que falta la legitimación pasiva de los demandados, considerada en su vertiente material o «ad causam», lo que determina la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida, desestimatoria a su vez de la demanda.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso denuncia la infracción, acaecida según su opinión en la sentencia recurrida, de los artículos 579, 580, 579 y 602 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de los artículos 1219 y 1232 del Código Civil, todo ello utilizando el cauce del artículo 1692-4 de dicha Ley.

A través de este motivo, y so pretexto de ser producto de una valoración errónea de la prueba, pretende el recurrente sustituir la resultancia probatoria consignada en la sentencia recurrida, en punto a los elementos de hecho que integran los requisitos de la acción de responsabilidad que ejercita, en particular, la insolvencia e inactividad de la sociedad, la condición de administradores de los demandados y el incumplimiento por parte de éstos de la obligación de convocar la correspondiente Junta o de solicitar su convocatoria para adoptar el pertinente acuerdo sobre su disolución.

El motivo debe ser desestimado.

E ineludiblemente ha de serlo, pues la cita de los preceptos que se alegan como infringidos, relativos a la prueba de confesión judicial, así como a la eficacia de los documentos públicos y privados, pone de

manifiesto que la finalidad del motivo no es otra que deducir de las alegaciones de los demandados, de la confesión judicial de éstos y de los documentos aportados al proceso, los datos fácticos precisos para afirmar, primero, la condición de administradores de los demandados al tiempo en que debió cumplirse la obligación de promover la disolución de la sociedad y, por tanto, para mantener la legitimación pasiva que fue negada por la sentencia recurrida, y después, la presencia de la causa de disolución de la sociedad que hacía nacer la obligación de aquéllos de promover la ordenada disolución de la mercantil, sustituyendo de ese modo la resultancia probatoria recogida en la sentencia impugnada por la que el recurrente ofrece, producto de una parcial y subjetiva valoración de la prueba de autos.

No debe olvidarse que el recurso de casación tiene por objeto la revisión de la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia, dejando intocados los hechos, que deben permanecer incólumes al formular la denuncia casacional, salvo que previamente se logre su sustitución por el cauce del error de derecho en la valoración de la prueba, que exige, como es sabido, su planteamiento a través del correspondiente motivo de casación, con la cita, como infringida, de la norma relativa a la prueba que se considere vulnerada, y la subsiguiente exposición de la nueva resultancia probatoria, según el recurrente; pero siempre desde la superior consideración de que el recurso de casación no es una tercera y postrera instancia, en la que sea posible examinar nuevamente el conjunto de la prueba y sustituir el resultado de su valoración judicial por el que ofrece el recurrente, producto de su particular apreciación, pues admitir tal cosa es tanto como desnaturalizar el objeto y la función del recurso, que se resume en la nomoflaquia, en la preservación de la pureza de la Ley, y es tanto como impedir la consecución de sus finalidades públicas, anudadas a los principios constitucionales de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la Ley.

Y si, por no pretender más que una nueva revisión del conjunto de la prueba, el motivo debe ser rechazado, su decaimiento se impone más aun al comprobar que de las alegaciones de los demandados y de las respuestas de los confesantes no cabe deducir el incumplimiento de sus obligaciones legales, dentro del plazo que señala el artículo 262.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, ni una racional valoración de los documentos aludidos en el desarrollo del motivo permite colegir la desaparición e inactividad de la sociedad que se afirma, pues, como se precisa en la sentencia recurrida, sólo sirven para apreciar una variación del domicilio social legalmente acordada, por más que dicha modificación no haya tenido el correspondiente reflejo tabular, y el resultado negativo del requerimiento de pago y de la diligencia de embargo de los bienes de la sociedad, pero no por razón de la inexistencia o insuficiencia de bienes, que es lo que pretende afirmar el recurrente para basar en tal hecho la concurrencia de la causa de disolución determinante de la obligación de los administradores sociales.

Y, en fin ¿y esto resulta ser decisivo?, en el planteamiento del motivo se advierte enseguida que se soslaya la relevante circunstancia de que los administradores cesaron en su cargo en la Junta General Extraordinaria y Universal celebrada el día 19 de julio de 1995, poco más de un mes después de ser decretado el archivo del expediente de suspensión de pagos, por no haberse alcanzado el quórum preciso para la aprobación del convenio, hecho y momento que determina el surgimiento de la obligación de los administradores de promover la disolución de la sociedad, caso de concurrir los presupuestos para ello, y desde el que debe computarse el plazo de dos meses dentro del cual debe cumplirse dicha obligación so pena de responder por todas las deudas sociales. Las consecuencias de ese dato, que, junto con la falta de acreditación de las circunstancias determinantes de las causas de disolución de la sociedad, resulta trascendente de cara a resolver el litigio, y en torno al que, junto a la referida ausencia



probatoria, gravita la argumentación de la sentencia recurrida, se quieren eludir a fuerza de negar la eficacia de dicho cese frente a los terceros, con lo que el argumento se apoya en el alegato y en la tesis que se esgrime en el siguiente motivo del recurso, el segundo, el cual, en cambio, no ha de aprovechar a ese fin, como seguidamente se verá.

TERCERO.- El segundo y último motivo del recurso se destina a denunciar, con la misma base que el anterior, la infracción de los artículos 21 del Código de Comercio , 1219 del Código Civil, 9 del Reglamento del Registro Mercantil, y 125, 141.2 in fine, y 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, así como de la jurisprudencia recogida en las sentencias citadas en el encabezamiento del alegato impugnatorio, que se orienta a sostener la inoponibilidad frente a los acreedores del cese de los administradores sociales que, si bien fue debidamente documentado, no tuvo acceso al Registro sino después de transcurrido el plazo para el cumplimiento por los administradores sociales de las obligaciones impuestas por el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, de donde se sigue, en la tesis del recurrente, su responsabilidad por virtud de lo dispuesto en el apartado quinto del mismo precepto.

Este motivo, igualmente, debe ser rechazado.

Ante todo debe retenerse que la sentencia recurrida, además de poner el acento en el cese de los administradores sociales, apenas un mes después del archivo del expediente de suspensión de pagos, circunstancia que conduce a la exoneración de la responsabilidad que les reclama el demandante, precisa también que no existe prueba de que la sociedad se hallare incurso en alguno de los supuestos integrantes de las causas de disolución previstas en los números 3º, 4º, 5º y 7º del apartado primero del artículo 260 de la Ley de Sociedades Anónimas. Consecuentemente, no se ha tenido por probada la conclusión de la empresa que constituya el objeto de la sociedad, la imposibilidad manifiesta de realizar el

fin social o la paralización de los órganos sociales, de modo que resultase imposible su funcionamiento. Tampoco se han considerado acreditadas las pérdidas que hayan dejado reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, como tampoco la reducción de capital social por debajo del mínimo legal ni, en fin, la concurrencia de cualquier otra causa de disolución prevista en los estatutos. Esta conclusión debe permanecer incólume en esta sede, pues no ha sido desvirtuada, en su componente fáctico, oportuna y convenientemente por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba, ni está en condiciones esta Sala de contradecirla, por más que se admita un déficit patrimonial, pues el desbalance no ha de evidenciar por sí mismo en todo caso la causa de disolución por pérdidas. Por tal razón, el argumento impugnatorio carece de virtualidad para lograr la anulación de la sentencia, al faltar en cualquier caso la constancia del hecho que condiciona el nacimiento de la obligación, de cuyo incumplimiento deriva la responsabilidad que se exige, de suerte que el motivo del recurso se revela desde ahora carente de efecto útil, lo que de por sí determina su rechazo.

Pero es que, con independencia de lo anterior, el argumento impugnatorio tampoco podría ser acogido. Debe adelantarse que el régimen de responsabilidad de los administradores sociales con arreglo al cual ha de analizarse la conducta de los demandados es el que establece el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, anterior, por tanto, a la reforma introducida por la Ley 22/2003, de 9 de julio , Concursal, y por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre , carentes de efectos retroactivos al respecto, según se ha reiterado en sentencias de esta Sala de 22 de noviembre de 2006 y 31 de enero de 2007 .

Precisado lo anterior, no está de más traer a colación la doctrina jurisprudencial acerca de la responsabilidad de los administradores sociales por in-

cumplimiento de los deberes legales en orden a promover la disolución de la sociedad, que establecen los artículos 262-5º de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de la que es exponente la reciente Sentencia de 22 de noviembre de 2006. Respecto de la responsabilidad de los administradores, esta Sala ha destacado su carácter abstracto o formal –Sentencia de 26 de junio de 2006, y, con mayor propiedad, su naturaleza objetiva o cuasi objetiva Sentencias de 25 de abril de 2002, 14 de noviembre de 2002, 6 y 28 de abril de 2006 esta última de Pleno, y 26 de mayo de 2006, entre otras–, que se resume en que su declaración no exige la concurrencia de un reproche culpabilístico que hubiera que añadir a la constatación de que no ha habido promoción de la liquidación mediante convocatoria de la Junta o solicitud judicial, en su caso y ahora también la solicitud de la declaración de concurso, cuando concorra su presupuesto objetivo, esto es, una negligencia distinta de la prevista en el propio precepto –Sentencias de 20 (RJ 2004, 838) y 23 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1138) y de 28 de abril de 2006 (RJ 2006, 4111)–, del mismo modo que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto de administrador, o, en otros términos, no exige más que el enlace causal preestablecido en la propia norma? Sentencia de 28 de abril de 2006?.

Ahora bien, esta caracterización de la responsabilidad no impide –como se indica en la señalada Sentencia de 22 de noviembre de 2006– a que los principios del sistema que rige en nuestro ordenamiento jurídico, y en especial la necesaria conexión entre las responsabilidades de la Ley de Sociedades Anónimas y las reglas generales de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil y la jurisprudencia que los desarrolla, determinen la necesidad de templar su apreciación y consecuencias, en razón de la valoración de la conducta de los responsables atendiendo a las circunstancias de carácter objetivo y subjetivo concurrentes; y así, entre las primeras,

esta Sala ha considerado relevante para mitigar el rigor del régimen de los artículos 262-5º de la Ley de Sociedades Anónimas y 105-5º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y para exonerar de responsabilidad al administrador el conocimiento del acreedor reclamante de la situación económica de la sociedad en el momento de la generación del crédito –Sentencias de 16 de febrero y de 28 de abril de 2006, del Pleno–, y, en términos más amplios, su actuación contraviniendo las exigencias de la buena fe ¿Sentencia de 12 de febrero de 2003?, la solvencia de la sociedad o la existencia de créditos compensables de la sociedad frente a los acreedores que reclaman Sentencia de 28 de abril de 2006, del Pleno; y entre las segundas, se ha atendido al hecho de que los administradores, aun cuando deban soportar la carga de la prueba, demuestren una acción significativa para evitar el daño, lo que se ha de valorar en cada caso ¿en este sentido, vid. Sentencia de 28 de abril de 2006, de Pleno?, o que se encuentren ante la imposibilidad de evitarlo, por haber cesado antes de que se produzca el hecho causante de la disolución –Sentencias de 28 de abril de 2006, de Pleno, y de 26 de mayo de 2006, entre las más recientes–, o, en términos generales, por haberse encontrado ante una situación ya irreversible –Sentencia de 28 de abril de 2006–. Todos estos casos, expuestos a título meramente enunciativo, contemplan –en palabras de la Sentencia de 26 de junio de 2006– situaciones que resultan incompatibles con el concepto de responsabilidad entendido con arreglo a los requisitos de la responsabilidad extracontractual en general.

Pues bien, las circunstancias del caso, de las que destacan, por ser relevantes, el hecho de que la sociedad se hallaba sujeta a un expediente concursal –un procedimiento de suspensión de pagos–, con respeto del principio «par conditio creditorum» –y a salvo, claro está, los créditos con derecho de abstención–; que éste concluyó por Auto de archivo dictado con fecha 16 de junio de 1995, al no haberse obtenido las mayorías necesarias para la



aprobación del convenio, habiendo sido calificada su insolvencia como definitiva; y que el 19 de julio siguiente, es decir, un mes y tres días después, y en Junta general Extraordinaria y Universal, los demandados cesaron en su cargo de administrador, modificándose en esa misma Junta el órgano de administración de la sociedad, que paso de un consejo de administración a estar constituido por un administrador único. Si a ello se le une que no quedó acreditada la desaparición ni la inactividad de la sociedad, sino únicamente un cambio de domicilio legalmente acordado, y que tampoco quedó probada la imposibilidad material de realizar los embargos acordados en garantía del crédito del actor, se ha de concluir, con el tribunal de instancia, que no es exigible responsabilidad alguna a los demandados, resultando irrelevante a estos efectos –y sin perjuicio de admitir, en cambio, su trascendencia para otros, como el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción– que el acuerdo de cese, modificación del órgano de administración y de nombramiento de nuevo administración no hubiera tenido acceso al Registro Mercantil hasta el día 5 de septiembre de 1995, pues, como se precisa en la Sentencia de 28 de abril de 2006 (recurso de casación 3287/99), «la renuncia impide una actuación eficaz desde la fecha en que se produce, que en este caso ha de tenerse por cierta, y que, dadas las específicas circunstancias del caso, ya destacadas, hace irrelevante que el momento de la inscripción se haya dilatado poco más de dos meses. La oponibilidad a terceros de los actos sujetos a inscripción y no inscritos, por otra parte, se presenta, en punto al cese de los administradores (artículos 21.1 CCom [LEG 1885, 21] y 9 RRM [RCL 1996, 2112]), como un problema de eficacia respecto de la sociedad de actuaciones o gestiones realizadas por los administradores no inscritos o que permanecen inscritos después de su cese, cuestión distinta de la que aquí se está contemplando sobre todo cuando, como ocurre en el caso, la permanencia de la inscripción registral del administrador que ya ha cesado no ha

sido determinante ni influyente en la relación entre la sociedad y el acreedor que reclama». Teniendo reiterado esta Sala el referido criterio en numerosas Sentencias (de 10 de mayo de 1999, 23 de diciembre de 2002, 24 de diciembre de 2002, 16 de julio de 2004, y de 28 de mayo de 2005), en las que se declara que las inscripciones registrales de los acuerdos de cese de los administradores de las sociedades mercantiles no tienen carácter constitutivo, al no imponerlo así precepto alguno, correspondiendo, en su caso, el deber de inscribir a los nuevos administradores, sin que ninguna responsabilidad por falta de inscripción pudiera exigirse a las cesados.

CUARTO.- En materia de costas procesales y en esta clase de recursos se seguirá la teoría del vencimiento a tenor de lo dispuesto en el artículo 1715-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; por lo que en el presente caso las mismas se impondrán a la parte recurrente, quien, además, perderá el depósito constituido, al que se dará el destino legal.

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

FALLAMOS

Que debemos acordar lo siguiente:

1º No haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Jon, frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 26 de noviembre de 1999 .

2º Imponer las costas procesales de este recurso a dicha parte recurrente, quien perderá el depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Comentario:

Iván Ventura Díaz

La Sentencia es beneficiosa para los administradores societarios que cesaron en su cargo, aunque no fuere inscrita en el Registro Mercantil frente a un acreedor societario.

Respecto a los motivos de casación se reitera y recuerda los motivos tasados, y que en el presente caso, no cabe la revisión de los hechos.

Frente a la legislación vigente que estipula que como administrador único de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general. No obstante, es el artículo 262.5 de la LSA el que contempla la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales como con-

secuencia del incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 260 del indicado texto legal. Además, hay que hacer referencia a la responsabilidad solidaria de los administradores en el artículo 262.5 de dicha Ley de sociedades anónimas.

La sentencia desestima el recurso al faltar en cualquier caso la constancia del hecho que condiciona el nacimiento de la obligación, de cuyo incumplimiento deriva la responsabilidad que se exige, de suerte que el motivo del recurso se revela desde ahora carente de efecto útil, lo que de por sí determina su rechazo.

Reitera la jurisprudencia de la Sala y de ahí lo beneficioso para el administrador societario que ha cesado y no se ha inscrito, que en el caso concreto la permanencia de la inscripción registral del administrador que ya ha cesado no ha sido determinante ni influyente en la relación entre la sociedad y el acreedor que reclama, y además ninguna responsabilidad por falta de inscripción pudiera exigirse a las cesados.

En definitiva, no hubo prueba suficiente para exigirse la responsabilidad extracontractual a los administradores societarios por cuanto cesaron en su cargo legalmente y no se acreditó la desaparición ni inactividad de la sociedad, ni la imposibilidad de materializar de realizar los embargos acordados en garantía del crédito del actor.



Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Existencia de Responsabilidad de los servicios médicos por culpa «in eligendo» o «in vigilando», daño imputable al servicio hospitalario

*Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007
Ponente: Excmo Sr. D. José Antonio Xiol Ríos*

Fundamentos de derecho

PRIMERO. Antecedentes.- 1) El actor y hoy recurrido, D. Jose Enrique, el 12 de octubre de 1992, en accidente doméstico, sufrió una punción por alambre en el ojo izquierdo. Fue operado de urgencia ese mismo día de herida corneal perforante y catarata traumática. Fue operado nuevamente el día 3 de noviembre de 1992. La evolución de dichas operaciones fue favorable, con las lógicas consecuencias, pues había perdido el cristalino. En el Hospital General de Huelva, centro en el que se le habían realizado las intervenciones, le informaron de que una vez se estabilizara podría efectuársele un transplante de córnea e implantársele una lente.

2) Por dicho centro se le remitió al Hospital Virgen del Rocío de Sevilla para que le fuera realizada la señalada operación. El día 1 de junio de 1994, se le intervino de queratoplastia penetrante más implantación de lente 10-2.º de cámara posterior del ojo izquierdo. Como quiera que el hoy recurrido sufría fuertes neuralgias hubo de ser nuevamente intervenido con carácter de urgencia el día 6 de junio de 1994. Se le efectuó una vitrectomía, se le extrajo la lente colocada el día 1 de junio, y posteriormente se descubrió una infección por *Staphylococcus aureus* resistente adquirida en el quirófano a resultas de la primera intervención. Como consecuencia de ello perdió totalmente la visión del ojo izquierdo.

3) El Juzgado desestimó la demanda por responsabilidad civil dirigida contra el Servicio Andaluz de Salud [SAS] y los médicos D. Víctor Manuel y D^a Laura.

4) Para ello, tras desestimar las excepciones de incompetencia de jurisdicción, prescripción y falta de litis consorcio pasivo necesario, consideró que, de acuerdo con el informe pericial, no existió negligencia o desatención alguna ni quiebra de los mandatos que la *lex artis* [reglas del oficio] impone a los facultativos.

5) La Audiencia revocó la sentencia y condenó al SAS a abonar al actor la suma de cinco millones de pesetas, absolviendo a los médicos también demandados. Ordenó que las costas causadas en la primera instancia fueran impuestas.

6) Para ello se fundó: a) en la responsabilidad directa de las entidades gestoras o titulares de hospitales al amparo del artículo 1903.4 del Código Civil (LEG 1889, 27) [CC] por deficiencias imputables a la asistencia masificada que dispensan; b) en la aplicación a los servicios sanitarios del principio de responsabilidad objetiva recogido en la Ley de protección de los consumidores y usuarios (RCL

1984, 1906) [LCU], dado que los niveles presumidos por Ley de pureza, eficacia y seguridad del servicio deben impedir por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario; y c) en que la actuación culposa que presupone el artículo 1903 CC se deduce del propio resultado producido, pues en todo caso, si la infección se consideraba como posible en el 1%, al que se hacía referencia en la prueba practicada, debía haber sido advertido el paciente.

SEGUNDO. En el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Servicio Andaluz de la Salud se formulan tres motivos de casación que pueden sistematizarse del siguiente modo:

a) En el primer motivo se combate la apreciación de la prueba pericial médica realizada por la sentencia recurrida.

b) En el segundo motivo se combate la existencia de un nexo de causalidad entre la actuación del servicio de salud y el daño sufrido por el paciente.

c) En el tercer motivo se combate la existencia de un criterio válido de imputación jurídica del daño al servicio de salud.

TERCERO. Motivo primero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del apartado 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LECiv/1881 (LEG 1881, 1)]. Por infracción del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».



Este motivo ¿encaminado a combatir la valoración de los dictámenes periciales médicos obrantes en los autos? se funda, en síntesis, en que la sentencia impugnada declara probada la no existencia de negligencia o falta de diligencia alguna en el personal médico y sanitario interviniente, pero se califica al virus [quiere decir bacteria] causante de la infección del actor como hospitalario. Sin embargo, siendo coincidentes las dos pruebas periciales practicadas en la instancia y no habiéndose practicado prueba pericial alguna (o de otra clase) en sede de apelación que pudiera desvirtuar el resultado probatorio apreciado por el juzgador de instancia, la parte recurrente sostiene que es un error patente y manifiesto de la sentencia calificar al virus [bacteria] causante de la infección del actor como hospitalario.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO. Valoración de las pruebas periciales médicas.

Como doctrina general, la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que la valoración de la prueba pericial corresponde a las facultades del tribunal de instancia, por lo que sólo puede ser impugnada en casación cuando concurre la vulneración de alguna de las normas que integran el régimen de este medio probatorio o cuando la valoración efectuada arroja un resultado erróneo, arbitrario o ilógico contrario a las reglas de la sana crítica, pero no cuando se trata de sustituir el criterio de valoración seguido razonablemente por el tribunal de instancia por el que la parte recurrente estima más adecuado o acertado (SSTS, entre las más recientes, de 27 de julio de 2005 [RJ 2005, 5101], 23 de mayo de 2006 [RJ 2006, 3800], 18 de mayo de 2006 [RJ 2006, 4724], 15 de junio de 2006 [RJ 2006, 3136], 21 de julio de 2006 y 15 de diciembre de 2006).

No puede atribuirse un valor inconcuso a las conclusiones de los dictámenes médicos, puesto que la función del perito es la de auxiliar al juez, ilustrándolo sobre las circunstancias del caso, pero sin privar al juzgador de la facultad de valorar el informe pericial (SSTS, entre otras muchas, de 30 de marzo de 1984 [RJ 1984, 1474] y 6 de febrero de 1987 [RJ 1987, 689]), la cual está sujeta a los límites inherentes al principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, al mandato legal de respetar las reglas de la lógica que forman parte del común sentir de las personas y a la obligación de motivar las sentencias.

Estas facultades de valoración son inherentes al ejercicio de la potestad jurisdiccional y están justificadas por las posibles discrepancias hermenéuticas provenientes del nivel relativo alcanzado por la ciencia, del diverso grado de conocimiento que sobre ella tienen los distintos peritos, de la posibilidad de que el dictamen se ajuste con mayor o menor rigor al método científico y formule conclusiones asequibles de ser apreciadas desde el punto de vista de su posible refutación o aceptación general y frecuencia estadística, y de la necesidad de que el juez considere las aportaciones de los expertos en su conexión con la realidad social que debe ser tenida en cuenta en la interpretación de las normas (artículo 3. 1 CC [LEG 1889, 27]) y desde el punto de vista de su trascendencia jurídica en armonía con los principios y valores que informan el ordenamiento jurídico en su conjunto (STS de 23 de mayo de 2006 [RJ 2006, 3535]).

A) En el caso examinado, no obstante la conclusión formulada por los peritos en el sentido de que la infección constituye uno de los riesgos propios de la intervención quirúrgica practicada ¿de la que la sentencia, efectivamente, parte? no puede considerarse fuera de la lógica la valoración que en definitiva hace aquella de los dictámenes periciales aportados, que conduce a estimar vinculada la infección sufrida al funcionamiento del servicio hospitalario.

En la sentencia, en efecto, no se afirma exactamente, en contra de lo que se sostiene en el recurso de casación, que la bacteria causante de la infección sea hospitalaria, sino que se afirma: a) que produjo una infección causada por la bacteria *Stafilococo aureus* resistente en el interior del Hospital Virgen del Rocío, la cual «existe en el medio hospitalario»; b) que consta que «la contaminación de dicha bacteria fue una infección quirúrgica que provocó la pérdida de la visión del ojo izquierdo»; c) que aparece acreditado que «que en dicho centro hospitalario se ha producido en relación de causa a efecto un daño al actor»; y d) que el daño ocurrió «en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en la visión del ojo, por la concurrencia al menos de un factor exógeno, como fue la infección por *Stafilococo aureus* resistente».

Estas inferencias de la sentencia recurrida son producto de una valoración crítica de los dictámenes periciales a que se refiere la parte recurrente, en relación con el conjunto de las pruebas aportadas, pues se ha practicado (y se hacen referencias a ella en la argumentación) abundante prueba documental, de confesión y testifical acerca de la práctica de la intervención quirúrgica y el tratamiento postoperatorio y sus consecuencias. Particularmente, las conclusiones obtenidas parecen adecuadas al peso específico que, en uso de sus facultades de valoración, la sentencia reconoce a determinadas afirmaciones contenidas en los dictámenes, pues en uno de ellos se especifica que «las bacterias, sobre todo en lugares donde están en contacto con [antibióticos], por ejemplo, hospitales, puede llegar a hacerse resistentes», mientras que la modalidad del *Stafilococo aureus* que causó la infección era precisamente uno de los resistentes; y en el segundo se afirma que «existen cepas del *Stafilococo* resistentes a los antibióticos por mutación ante su uso. Esta resistencia se observa más frecuentemente en medios hospitalarios donde se usan los antibióticos para combatirlos».

B) En consecuencia, no puede entenderse infringido el artículo 632 LECiv/1881 (LEG 1881, 1), en cuanto ordena valorar la prueba pericial con arreglo a las reglas de la sana crítica. No entramos todavía en las consecuencias jurídicas que la sentencia extrae de los presupuestos de hechos sentados por la sentencia impugnada, las cuales son combatidas en los siguientes motivos de casación.

QUINTO. Motivo segundo.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del apartado 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1). Por infracción de los artículos 1105, 1902 y 1903.4.º del Código Civil (LEG 1889, 27)».

El motivo –encaminado a combatir la existencia de nexo de causalidad entre la conducta del servicio demandado y el daño causado al paciente– se funda, en síntesis, en que no se ha probado que el virus [bacteria] *Stafilococo aureus* es un germen específicamente hospitalario y, por ende, que haya habido omisión de medidas diagnósticas, profilácticas o higiénicas, pues sólo un cultivo de una zona que se presume infectada, con los inconvenientes de la práctica de una biopsia, puede detectar un germen de estas características. De esto deduce la parte recurrente que no puede existir nexo causal con arreglo a la teoría de la causalidad adecuada y que, dado el carácter imprevisible e inevitable de la infección, por haber informado todos los peritos que el hábitat natural del germen es la piel, se aprecia la concurrencia de caso fortuito.

El motivo debe ser desestimado.



SEXTO. Nexo de causalidad.

Como la propia parte recurrente reconoce, el buen éxito de este motivo está subordinado a la estimación del primer motivo de casación, toda vez que este último va encaminado a combatir la afirmación de la sentencia recurrida de que la infección fue originada por una bacteria hospitalaria.

Por ende, el fracaso del primer motivo de casación determina –casi automáticamente– la procedencia de la desestimación de éste, en virtud de las siguientes razones:

a) De la declaración de hechos probados contenida en la sentencia recurrida se desprende que concurre un nexo fenomenológico entre la actuación del servicio hospitalario y el daño producido como consecuencia de una infección sufrida por una bacteria que, con un grado de probabilidad cualificada, suficiente para entender establecido el nexo de causalidad, se encontraba en el hospital, como demuestra el hecho de que se había hecho resistente por la administración de antibióticos.

b) En una valoración de naturaleza jurídica, el daño producido resulta imputable al servicio hospitalario, por cuanto era éste el que, en una posición de dominio y exclusividad, estaba obligado a instrumentar las medidas profilácticas adecuadas para evitar la contaminación y, en último término, las medidas diagnósticas posteriores encaminadas a la detección de la infección y a su tratamiento. La adopción de estas medidas hubiera evitado objetivamente el daño, por lo que concurre nexo de causalidad entre su omisión y la producción de éste, sin perjuicio de lo que procede estudiar acerca de los criterios de imputación aplicados por la sentencia para determinar la existencia de responsabilidad extracontractual, a los que se dedica el siguiente motivo de casación.

SÉPTIMO. Motivo tercero.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Por infracción de las normas del Ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del apartado 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1). Por infracción, por aplicación indebida, de los artículos 1, 26 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

El motivo se funda, en síntesis, en que, aun relativizada la culpa o negligencia del agente en la jurisprudencia, el elemento culpabilístico permanece como esencial y los sistemas de responsabilidad objetiva establecidos en la LCU obedecen a principios diferentes fundados en principios de equidad que tienen en cuenta la producción de riesgos y la obtención de beneficios, pero estos principios no pueden ser aplicados a la sanidad pública que ni genera riesgos ni obtiene beneficios dado su carácter universal gratuito.

El motivo debe ser desestimado.

OCTAVO. Criterio de imputación.

En este motivo combate recurrente el criterio de imputación seguido por la sentencia recurrida, la cual se funda en el deficiente funcionamiento de un servicio sanitario inferido del resultado dañoso producido y, en este contexto, apela a criterios de responsabilidad de carácter objetivo aplicables al funcionamiento de los servicios desde el punto de vista de los derechos de los consumidores.

El defectuoso funcionamiento de los servicios es susceptible de determinar la existencia de responsabilidad por hecho de otro con arreglo al artí-

culo 1903 CC también en el ámbito de los servicios sanitarios (SSTS de 1 de julio de 1997 [RJ 1997, 5471], 26 de junio de 1999, 13 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9196], 20 de julio de 2000 [RJ 2000, 6754], 28 de diciembre de 2000, 24 de marzo de 2001 [RJ 2001, 3986], 8 de mayo de 2001 [RJ 2001, 7379], 11 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 9640] y 19 de mayo de 2006 [RJ 2006, 3277]; salvo que no haya dependencia funcional con el cirujano a quien se imputa la causación del daño: SSTS de 24 de marzo de 2001 [RJ 2001, 3986] y, entre las más recientes, 20 de diciembre de 2006 [RJ 2006, 9248]). Como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, esta responsabilidad no tiene carácter objetivo, sino que se funda en el principio culpabilístico inherente al vicio in eligendo [en la elección] o in vigilando [en la vigilancia] respecto de las personas por quienes se debe responder (SSTS, entre otras, de 4 de enero de 1982, 4 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 8141], 30 de junio de 1995 [RJ 1995, 5272], 7 de enero de 1992 [RJ 1992, 149], 24 de mayo de 1996 [RJ 1996, 4009], 8 de mayo de 1999 [RJ 1999, 3101], 4 de julio de 1999, 5 de marzo de 1997 [RJ 1997, 1650], 11 de marzo de 2000 y 16 de mayo de 2000 [RJ 2000, 3930]).

En ocasiones la jurisprudencia ha hablado de responsabilidad cuasi objetiva, o de inversión de la carga de la prueba. Se trata de aquellos casos en que la producción de un daño desproporcionado o inexplicable constituye en determinadas circunstancias, como puede ocurrir en el ámbito de la sanidad, una evidencia o demostración de la existencia de negligencia por parte de los responsables del servicio en tanto por éstos no se pruebe haber actuado con diligencia y haber adoptado las medidas de prevención y de precaución adecuadas (entre otras, SSTS de 13 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 8816], 9 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 9427], 29 de junio de 1999, 23 de noviembre de 2002, 30 de diciembre de 2002, 30 de enero de 2003, 31 de enero 2003 [RJ 2003, 854] y 8 de mayo

de 2003 [RJ 2003, 3890]). Este concepto ha sido especialmente aplicado para apreciar la responsabilidad de los servicios médicos por la infección que contrae el paciente con motivo de una intervención quirúrgica, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del cirujano cuando se acredita la falta de omisión de medidas de prevención o diagnóstico a él imputable (SSTS de 26 de mayo de 1997, 1 de julio de 1997, 21 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 9427], 20 noviembre de 2000 [RJ 2000, 9310], 9 de septiembre de 2003, 18 de marzo de 2004, [RJ 2004, 1823], 17 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 7238] y 23 de junio de 2005 [RJ 2005, 4931]).

No se trata, sin embargo, propiamente, de que se acuda a criterios de imputación de carácter objetivo, pues la exigencia de responsabilidad de la institución o entidad que desempeña el servicio médico se funda en estos casos en la falta de una actuación diligente o de medidas de prevención o de precaución, independientemente de que la omisión pueda residenciarse en un sujeto determinado.

No se trata, tampoco, propiamente, de una inversión de la carga de la prueba, puesto que la exigencia de responsabilidad no comporta imputar las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una de las partes, sino admitir que existen hechos cuya evidencia queda demostrada por sí mismos (*res ipsa loquitur*, la cosa habla por sí misma) en tanto no son refutados (*facta refutanda* o hechos necesitados de refutación según la retórica clásica), de tal suerte que la ponderación de los resultados en su misma existencia, habida cuenta de las circunstancias de todo tipo concurrentes, lleva a la conclusión de que se han omitido los medios necesarios para evitarlos si no se demuestra lo contrario por quien está en condiciones de hacerlo.

Aunque este principio no sólo es aplicable al supuesto de responsabilidad por hecho de otro,



el CC lo recoge expresamente respecto de este supuesto, cuando en el art. 1903 CC (LEG 1889, 27) admite que puede desvirtuarse la existencia de responsabilidad demostrando haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

La aplicación en algunas sentencias de esta Sala de la doctrina llamada del daño desproporcionado no comporta, en consecuencia, al menos en sentido propio, la de un criterio de imputación por responsabilidad objetiva fuera de los casos previstos en la Ley sustantiva ni la aplicación de una regla procesal de inversión de carga de la prueba en supuestos no previstos en la Ley procesal, sino el reconocimiento de que la forma de producción de determinados hechos es susceptible de evidenciar en principio, con sujeción a reglas de experiencia, la concurrencia de la falta de medidas de diligencia, prevención y precaución exigible según las circunstancias (de especial intensidad en los casos de actividades creadoras de riesgos extraordinarios), sólo susceptible de ser refutada por parte de quien tiene en sus manos el dominio de la actividad y la proximidad y disposición de los instrumentos aptos para justificar lo ocurrido. Esta conclusión deriva de una combinación de los principios de facilidad de la prueba y de existencia de la llamada carga natural de la prueba, que recae sobre aquel a quien perjudican los hechos inicialmente probados por la contraparte, si, por su naturaleza y circunstancias, son susceptibles de ser desvirtuados.

La invocación por diversas sentencias de esta Sala de la LCU respecto de los servicios sanitarios (que debe proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario y no puede alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos: STS de 5 de febrero de 2001 [RJ 2001, 541] y SSTS allí citadas) tiene un sentido análogo al que resulta de los criterios que se vienen examinando (SSTS, entre otras, de 1 de julio de 1997 [RJ 1997, 5471], 9 de junio de 1998 [RJ 1998, 3717],

26 de noviembre de 1999, 5 de febrero de 2001 [RJ 2001, 541], 26 de marzo de 2004 [RJ 2004, 1668] y 18 de marzo de 2004 [RJ 2004, 1823]), pues el art. 26 LCU establece la responsabilidad de los productores o suministradores de servicios por los daños y perjuicios ocasionados «a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad» y el art. 28 LCU vincula la derivada de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios al hecho de que «por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario».

El principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC (LEG 1889, 27), no se opone, en suma, a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario.

En el ámbito de los servicios públicos, como es el sanitario, es aplicable el principio de responsabilidad objetiva consagrado por el artículo 139 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246); pero, en definitiva, los criterios de imputación aplicables no se separan en gran medida de los que derivan de la aplicación del principio culpabilístico con arreglo a los criterios que acaban de exponerse, puesto que, como es bien sabido, los tribunales del orden Contencioso-Administrativo vinculan la existencia de responsabilidad al incumplimiento de los estándares del servicio (o de la *lex artis* [reglas el oficio] por parte del personal sanitario, cuando el daño está directamente vinculado a la realización de actos médicos), dado que existe un criterio general de imputación, recogido hoy en la Ley, fundado en la ausencia de deber de soportar el daño por parte del perjudicado.

La atribución del daño a caso fortuito exige que los criterios de imputación fundados en la negligencia o falta de adopción de medidas a los cuales acaba de hacerse referencia no sean aplicables, bien por existir una asunción del riesgo por parte del perjudicado que destruya la imputación objetiva al servicio sanitario (como ocurre con los riesgos inherentes a la propia naturaleza del servicio y con los llamados riesgos del progreso, cifrados en la imposibilidad de conocimiento total de los efectos de los nuevos tratamientos científicamente comprobados), bien por derivar el daño producido por una causa ajena al funcionamiento del servicio sanitario de carácter imprevisible e inevitable.

En el caso enjuiciado no se plantea cuestión alguna en relación con las responsabilidades de los profesionales sanitarios, sino sólo en relación con el SAS. Es aplicable el criterio de imputación cifrado en que la legítima expectativa de seguridad inherente a la realización de una intervención quirúrgica en un centro hospitalario comprende la evitación de infecciones nosocomiales subsiguientes a la intervención, en tanto no obedezca a uno de los factores de excepción que han sido reseñados. La oposición del recurrente se funda en negar, en contra de lo afirmado por la sentencia, el carácter

nosocomial de la infección, por lo que, despejados los motivos que más directamente afectan a la valoración de la prueba, no es necesario ir más allá en el análisis de los hechos.

La sentencia impugnada, aunque su argumentación pueda ser discutible en alguno de sus aspectos, se atiende en resolución a este criterio, por lo cual no puede apreciarse la infracción que se denuncia. Por otra parte, no se apoya únicamente en los preceptos de la LCU (RCL 1984, 1906) que se citan como infringidos, sino también en el artículo 1903 CC (LEG 1889, 27), suficiente para fundamentar el juicio de responsabilidad formulado.

La desestimación del motivo se justifica, así, en que el principio de la equivalencia de resultados, que se funda en el principio de economía procesal y en el respeto al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, proscribió estimar un motivo de casación que carezca de efecto útil, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, ya que hacerlo comportaría sacrificar el *ius litigatoris* [derecho del litigante] al *ius constitutionis* [derecho del ordenamiento], rompiendo el equilibrio que debe existir entre ambos, expresado en el principio anglosajón *cases or controversies* [el proceso judicial sólo puede versar sobre un caso o controversia verdadera e inmediata], e implícito en nuestro Derecho en la concepción de la jurisdicción como potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, incluida la función de casación, que corresponde a este Tribunal como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes.

NOVENO. El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

«Por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del apartado 4.º del artículo 1692 de



la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1). Por infracción del artículo 523, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El motivo se funda, en síntesis, en que lo pedido por la parte actora en el suplico de su escrito de demanda era una indemnización de diez millones de pesetas, más los intereses legales y costas, a satisfacer solidariamente por el Servicio Andaluz de Salud y los facultativos codemandados, en tanto que la sentencia recurrida tan sólo ha concedido una indemnización de cinco millones de pesetas, sin intereses legales, por lo que no procede la condena en costas.

El motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO. Procedencia de la condena en costas en primera instancia.

La existencia de una sustancial discrepancia entre la suma solicitada a título de indemnización y la cantidad concedida debe ser considerada, según reiterada jurisprudencia, como excluyente de una situación de vencimiento del demandado y de la consiguiente imposición de las costas.

Sin embargo, en el caso examinado debe estimarse concurrente dicho vencimiento, dado que la oposición de la demanda se fundó de manera sustancial en la negación de la existencia de responsabilidad por no aceptar el carácter nosocomial de la infección y esta pretensión ha sido rechazada íntegramente.

UNDÉCIMO. La desestimación de todos los motivos de casación comporta la procedencia de declarar no haber lugar al recurso de casación e imponer las costas la parte recurrente, de acuerdo con el art. 1715 LECiv/1881 (LEG 1881, 1).

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

FALLAMOS

1º No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Servicio Andaluz de Salud contra la sentencia número 793, de 25 de octubre de 1999, dictada en el rollo 123/1999 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, cuyo fallo dice:

«Fallamos. Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Jose Enrique contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 9 de Sevilla en fecha 10 de noviembre de 1998, la cual revocamos parcialmente, condenando al SAS a abonar al actor la suma de cinco millones de pesetas (5.000.000 pesetas), absolviendo a los también demandados Dª Laura y a D. Víctor Manuel de todos los pedimentos contra ellos contenidos en la demanda, no haciendo pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada, y las costas causadas en la primera instancia serán impuestas de la forma establecida en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución».

2º Declaramos la firmeza de la expresada sentencia.

3º Se imponen las costas del recurso a la parte recurrente.



Comentario:



José María Hernández-Carrillo Fuentes

En esta sentencia el actor D. Jose, el 12 de octubre de 1992, en accidente doméstico, sufrió una punción por alambre en el ojo izquierdo. Fue operado de urgencia ese mismo día de herida corneal perforante y catarata traumática. Fue operado nuevamente el día 3 de noviembre de 1992. La evolución de dichas operaciones fue favorable, con las lógicas consecuencias, pues había perdido el cristalino. En el Hospital General de Huelva, centro en el que se le habían realizado las intervenciones, le informaron de que una vez se estabilizara podría efectuarse un trasplante de córnea e implantarse una lente.

Por dicho centro se le remitió al Hospital Virgen del Rocío de Sevilla para que le fuera realizada la señalada operación. El día 1 de junio de 1994, se le intervino de queratoplastia penetrante más implantación de lente 10-2.º de cámara posterior del ojo izquierdo. Como quiera que el hoy recurrido sufría fuertes neuralgias hubo de ser nuevamente intervenido con carácter de urgencia el día 6 de junio de 1994. Se le efectuó una vitrectomía, se le extrajo la lente colocada el día 1 de junio, y posteriormente se descubrió una infección por *stafilococcus aureus* resistente adquirida en el quirófano a resultas de la primera intervención. Como consecuencia de ello perdió totalmente la visión del ojo izquierdo.

El Juzgado desestimó la demanda por responsabilidad civil – por cuantía de 10 millones de pts-dirigida contra el Servicio Andaluz de Salud [SAS] y los médicos D.y D.

La Audiencia revocó la sentencia y condenó al SAS a abonar al actor la suma de cinco millones de pesetas, absolviendo a los médicos .Para ello se fundó: a) en la responsabilidad directa de las entidades gestoras o titulares de hospitales al amparo del artículo 1903.4 del Código Civil (LEG 1889, 27) [CC] por deficiencias imputables a la asistencia masificada que dispensan; b) en la aplicación a los servicios sanitarios del principio de responsabilidad objetiva recogido en la Ley de protección de los consumidores y usuarios (RCL 1984, 1906) [LCU], dado que los niveles presumidos por Ley de pureza, eficacia y seguridad del servicio deben impedir por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario; y c) en que la actuación culposa que presupone el artículo 1903 CC se deduce del propio resultado producido, pues en todo caso, si la infección se consideraba como posible en el 1%, al que se hacía referencia en la prueba practicada, debía haber sido advertido el paciente.

En la sentencia de la instancia se afirma:

a) que produjo una infección causada por



la bacteria stafilococo aureus resistente en el interior del Hospital Virgen del Rocío, la cual «existe en el medio hospitalario»;

b) que consta que «la contaminación de dicha bacteria fue una infección quirúrgica que provocó la pérdida de la visión del ojo izquierdo»;

c) que aparece acreditado que «que en dicho centro hospitalario se ha producido en relación de causa a efecto un daño al actor»; y

d) que el daño ocurrió «en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en la visión del ojo, por la concurrencia al menos de un factor exógeno, como fue la infección por stafilococo aureus resistente».

Estas inferencias de la sentencia recurrida son producto de una valoración crítica de los dictámenes periciales, en relación con el conjunto de las pruebas aportadas, pues se ha desarrollado abundante prueba documental, de confesión y testifical acerca de la práctica de la intervención quirúrgica y el tratamiento postoperatorio y sus consecuencias.

Particularmente, las conclusiones obtenidas parecen adecuadas al peso específico que, en uso de sus facultades de valoración, la sentencia reconoce a determinadas afirmaciones contenidas en los dictámenes, pues en uno de ellos se especifica que «las bacterias, sobre todo en lugares donde están en contacto con [antibióticos], por ejemplo, hospitales, puede llegar a hacerse resistentes», mientras que la modalidad del estafilococo aureus que causó la infección era precisamente uno de los resistentes; y en el segundo se afirma que «existen cepas del estafilococo resistentes a los antibióticos por mutación ante su uso. Esta resistencia se observa más frecuentemente en medios hospitalarios donde se usan los antibióticos para combatirlos».

La resolución, sin duda recuerda ampliamente aspectos que pudimos leer en “Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba”, del excelente autor, y abogado Ricardo de Angel Yaguez, o más recientemente en “Responsabilidad civil médica”, del Doctor en Derecho, y Medicina, Julio César Galán Cortés.

Tribunal Supremo

Tribunal Supremo

CONTRATO DE SEGURO

Interpretación las cláusulas que determinan los grados de invalidez en los seguros de accidentes, inexistencia de iliquidez de la deuda a los efectos de la condena al pago de intereses moratorios

*Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2007
Ponente: Excma. Sra. Roca Trías*

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- D. Gregorio demandó a la Aseguradora General Ibérica, SA. El demandante había concertado con la mencionada Aseguradora un seguro de accidentes y además, un seguro multirriesgo por accidentes; se hallaba al corriente de pago de ambas pólizas. El 24 de mayo de 1996, estando ambas pólizas en vigor, el asegurado sufrió un accidente, que le produjo las secuelas que quedaron probadas en el procedimiento. La Aseguradora consideró que el porcentaje de invalidez era de un 10%, de acuerdo con los baremos establecidos en la póliza, y procedió a hacer efectivo el pago de la correspondiente indemnización de acuerdo con



esta valoración. El asegurado aceptó este pago como anticipo a cuenta, manifestando su conformidad con el porcentaje establecido y pidió que se pusieran en marcha los mecanismos establecidos en el contrato para el caso de discrepancia. La aseguradora insistió en que sólo era aplicable el porcentaje del 10% y no accedió a realizar el arbitraje exigido por el asegurado, de acuerdo con el contrato.

El Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Lucena estimó la demanda; declaró que el porcentaje de invalidez del demandante era de un 42%, según los informes periciales que obraban en los autos y condenó a la Aseguradora a pagar la cantidad que resultara de aplicar el porcentaje citado, junto con los intereses previstos en el artículo 20 LCS. Esta sentencia fue confirmada por la de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba. Contra esta sentencia, Aseguradora General Ibérica plantea el presente recurso de casación.

SEGUNDO.- El primero de los motivos de casación, al amparo del artículo 1692, 4º LECiv, considera infringidos los artículos 1091 y 1256 del Código civil 1 LCS y 8.2 de las condiciones generales del contrato. Considera, como ha hecho a lo largo de todo el litigio, que el asegurado tenía dos opciones conforme con la póliza: o bien considerar como definitiva la incapacidad, o bien solicitar una prórroga de 12 meses más para que se fijase definitivamente el grado de ésta, y según la recurrente, nada hizo D. Gregorio. Señala, además, que el pago se efectuó después de haber fijado el grado de incapacidad, y al no haberse apreciado así, se deja el cumplimiento del contrato al arbitrio del contratante y ahora se hace pagar a la recurrente por una invalidez absoluta, que no era objeto del contrato de seguro y que al no solicitarse por el asegurado una prórroga para la determinación definitiva de las secuelas, no puede hacerse valer posteriormente, una vez efectuado el pago conforme al porcentaje apreciado por la propia Aseguradora.

A ello debe responderse que la recurrente hace supuesto de la cuestión, puesto que este motivo se enfrenta con la valoración de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida y a partir de planteamientos fácticos que siempre ha sostenido en la litis, pero que resultan absolutamente distintos de los que la sentencia recurrida considera probados. Y todo ello sin atacar el resultado de la prueba por las vías establecidas legalmente (sentencias de 16 [, 30 y 23 de junio de 2006, entre muchas otras). Debe recordarse que la Sala de instancia consideró probado que las «secuelas producidas por el accidente son las mismas y se mantienen inalteradas desde la fecha del accidente», por lo que el demandante no tenía que hacer uso de la cláusula que la hoy recurrente considera infringida. También debe recordarse que la Sala sentenciadora no condenó al pago de la indemnización pactada en el contrato de seguro por causa de una invalidez absoluta, porque lo que se ha discutido a lo largo del procedimiento es qué porcentaje debe aplicarse para el cálculo de la indemnización del daño, de entre los pactados en el contrato concluido con la recurrente. Por tanto, al partir la recurrente de una consideración de hechos probados distinta de la que realiza la Sala de instancia, debe rechazarse el presente motivo del recurso de casación.

TERCERO.- Al amparo del artículo 1692, 3º y 4º LECiv se denuncia, de conformidad con el artículo 1703 LECiv, la infracción del artículo 533 de la propia Ley procesal, en relación con el artículo 1157 del Código Civil. Se dice que la recurrente excepcionó en base al pago efectuado conforme al artículo 1157 del Código civil como forma de extinción de la obligación, puesto que la aseguradora efectuó dicho pago, aunque fuera aplicando un porcentaje distinto de aquel al que ha sido condenada.

La recurrente intenta que se aplique aquí una excepción dilatoria, regulada en el artículo 532 LE-

Civ, que determina que «no estará obligado a contestar a la demanda hasta que se ejecute este artículo, que será siempre previo»; según la doctrina estas excepciones, contenidas en los artículos 533 y 534 LECiv entonces vigente, «retrasan el examen de una pretensión hasta que desaparezca el obstáculo que lo impide y, por consiguiente, sólo actúan temporalmente», de manera que sólo aplazan el ejercicio de la acción. La recurrente utiliza el mencionado artículo 533 LECiv, como infringido confundiendo lo que es una excepción en sentido procesal, con la excepción material o referida al fondo del asunto, como medio de defensa ante una reclamación, aspirando a obtener una sentencia absolutoria.

Todas estas razones llevan a la desestimación del segundo motivo del recurso.

CUARTO.- El tercer motivo, al amparo del artículo 1692 LECiv, considera infringidos los artículos 20 LCS, 24 Constitución Española y la doctrina jurisprudencial de acuerdo con la cual, *in illiquidis non fit mora*. Al efecto entiende que no se ha fijado una cantidad líquida como cuantía a pagar al demandante asegurado en la sentencia recurrida, por lo que debido a la iliquidez, no se puede condenar a los intereses establecidos en el artículo 20 LCS. Además, entiende que pagó y consignó una cantidad en el plazo de los tres meses a partir del siniestro, por lo que no incurrió en la mora que da lugar a la imposición de la obligación de pagar los intereses y aunque considera infringido también el artículo 24 Constitución Española, el desarrollo del motivo no contiene ningún argumento relativo a la indefensión en concreto, que debe entenderse causada, siempre según la recurrente, por esta imposición del pago de los intereses.

Son dos, por tanto, las cuestiones planteadas en este motivo, que van a ser examinadas separadamente.

1ª La referida a si se condenó o no a la ahora recurrente al pago de cantidad líquida. Ciertamente, ni la sentencia de 1ª Instancia, ni la de la Audiencia provincial de Córdoba que la confirma, contienen una expresa cantidad líquida, sino que han determinado un porcentaje a partir del cual debe calcularse la indemnización. Ahora bien, el demandante pidió que se condenara a la aseguradora demandada al pago de una cantidad como consecuencia del cálculo hecho según el porcentaje que él consideraba aplicable a su invalidez o en su defecto, el que se determinara en la sentencia. La sentencia recurrida condenó al pago de un porcentaje menor del pedido, 42%. Esto es lo que resulta determinante para poder establecer la cuantía de la indemnización. Por ello, hay que afirmar que aunque no se fije la cantidad exacta, en este caso debe entenderse que es líquida y exigible porque su determinación concreta depende únicamente de una operación aritmética que consiste en aplicar el porcentaje establecido en la sentencia al capital asegurado, de acuerdo con el contrato de seguro, cuya tabla de indemnizaciones establecía que «cuando el grado de invalidez supere el 25%, la indemnización se fijará según la tabla siguiente, aplicando el porcentaje fijado en la modalidad contratada correspondiente al grado de invalidez sufrido, sobre el capital base asignado en la póliza». La recurrente utiliza un argumento falaz, porque sabiendo el porcentaje a aplicar, 42% y el capital asegurado, podía perfectamente calcular y consignar, cosa que no hizo, por lo que no se puede decir que existe iliquidez cuando la cuantía de «la prestación pecuniaria depende de una sencilla operación aritmética cuyos factores son conocidos en su totalidad», como ocurría en este caso.

Esta solución se ajusta plenamente a la doctrina de esta Sala porque, a los anteriores argumentos debe añadirse el de la especialidad del régimen aplicado en el artículo 20 LCS. Así, la dice que, en orden a lo establecido en el artículo 20 LCS, «la Ley hace recaer los efectos del retraso sobre el deudor, sin que sirva el requisito tradicional de



la liquidez de la deuda a estos efectos», porque «se trata, pues de un régimen especial para el caso de demora en la liquidación del siniestro»; esta sentencia está confirmada por la de, según la cual «la iliquidez o no de la deuda carece de trascendencia definitiva para imponer el recargo contemplado en la Ley; [...] teniendo en cuenta no la iliquidez de la deuda reclamada, sino más bien la conducta obstruccionista o reticente del asegurador en el cumplimiento de su obligación indemnizatoria, pues más que del cumplimiento de una deuda normal, se trata de un régimen especial para el caso de la demora en la liquidación del siniestro», o la sentencia de 29 noviembre 2005, que afirma que «la mera iliquidez no es por sí misma excusa razonable para que el asegurador pueda demorar el pago». Estos argumentos confirman la postura aquí mantenida.

QUINTO 2ª.- La segunda de las cuestiones planteadas por la recurrente en el motivo tercero se refiere a si debe considerarse que la cantidad que pagó debe tener la conceptualización de cantidad mínima a los efectos del artículo 18 y evitar, así, la mora del artículo 20.3 LCS. Antes de entrar en la argumentación de esta parte del motivo, debe recordarse que la recurrente no pagó un mínimo a la espera de concretar más adelante la cantidad definitiva por la aplicación del porcentaje correcto según el contrato, sino que pagó una cantidad según un porcentaje que no ha resultado ser el aplicable. Por tanto, la conducta de la recurrente ha sido totalmente contraria a las peticiones de D. Miguel y ha incurrido en mora porque no se aprecia que haya causa justificada para aplazar el pago. Los informes médicos determinaron que las secuelas han sido siempre las mismas desde el momento del accidente; que la aseguradora lo conoció desde los primeros informes que se le enviaron, y que no ha puesto en marcha los mecanismos previstos en el contrato para los casos de discrepancia. Resulta evidente la actitud obstruccionista y reticente de la recurrente. Y además no puede aplicarse la ju-

risprudencia que cita, porque en el presente litigio no hay incertidumbre acerca de la procedencia de la indemnización, que es el tema resuelto por las sentencias aportadas. En definitiva y como afirma la sentencia de 29 noviembre 2005, para que el asegurador incurra en mora se requiere «que el resultado del incumplimiento de la obligación de satisfacer la indemnización en los plazos adecuados se deba a una conducta irresponsable del asegurador y que la causa de mora no esté justificada», que es lo que ocurre en el presente caso y ello sin perjuicio de que no se deban los intereses de la cantidad que ya pagó.

Por todo ello debe rechazarse el tercero de los motivos del recurso.

SEXTO.- En el cuarto motivo de su recurso, la recurrente considera infringido el artículo 523 LECiv (LEG 1881, 1), porque se le imponen las costas en la primera instancia, cuando no se había estimado íntegramente la demanda. Este motivo debe ser desestimado, porque la recurrente se refiere a las costas impuestas en la sentencia de 1ª Instancia, siendo así que no consta que este extremo hubiese sido recurrido en apelación. La sentencia de apelación resuelve sólo los que ella misma considera dos motivos del recurso de apelación, referidos a la valoración indemnizatoria de la invalidez y a la permanencia de las secuelas y no hay constancia de que se haya impugnado al mismo tiempo la imposición de las costas efectuada en la sentencia de 1ª Instancia. Por ello hay que entender que devino firme al ser consentida por la recurrente cuando pudo haber recurrido y no lo hizo y por ello debe desestimarse este motivo del recurso (sentencias de 4 febrero 2005 y 3 marzo y 21 diciembre 2006).

SÉPTIMO.- La desestimación de los motivos del recurso de casación formulado por la recurrente la sociedad Aseguradora General Ibérica, SA, determina la del propio recurso y la procedencia

de imponer las costas de este recurso a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

1º No ha lugar al recurso de casación presentado por la representación de Aseguradora General Ibérica, SA contra la sentencia de la Sección Terce-

ra de la Audiencia Provincial de Córdoba, de fecha quince de marzo de 2000, dictada en el recurso de apelación núm. 4/2000.

2º Que debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida en todos sus extremos, incluido lo relativo a las costas.

3º Imponer las costas causadas por este recurso a la parte recurrente y la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.





Comentario:

Javier López García de la Serrana

Es evidente, que la aplicación de aquellas cláusulas incluidas en los contratos de seguros de accidente, y en las cuales se determina el grado de invalidez cubierto en los mismos mediante una determinada baremación, que consiste en asignar un porcentaje distinto dependiendo de la limitación funcional del asegurado, no puede hacerse en modo alguno de forma automática e indiscriminada. De este modo, deberá acreditarse mediante la correspondiente prueba pericial necesaria en cada caso, cuál es realmente el grado en el que el asegurado ha quedado limitado funcionalmente por las lesiones sufridas, para de este modo poder conocer qué porcentaje, de aquellos fijados en la póliza, deberá aplicarse.

Y es que no podemos olvidar que este tipo de cláusulas suelen suponer una limitación de derechos para el asegurado, el cual se ve obligado por la aplicación de unos baremos que le vienen impuestos a la hora de firmar la correspondiente póliza de seguro, y que en muy pocas ocasiones conoce realmente. Por tanto, la aplicación de tales porcentajes a la hora de hacer efectivo el pago de la cuantía cubierta por invalidez permanente, deberá hacerse de forma contrastada, ofreciendo al asegurado la posibilidad de acreditar realmente el grado de limitación que le suponen las secuelas sufridas en cada supuesto.

Asimismo, y en cuanto al tema de los intereses moratorios, vuelve a pronunciarse aquí el Tribunal Supremo fijando el alcance del motivo de oposición que continuamente se utiliza por muchas aseguradoras para negar el devengo de intereses por mora, cual es la iliquidez de la deuda principal.

Así, esta sentencia pone en evidencia el hecho de que tan sólo cuando la cuantía debida por la Aseguradora carezca de todo tipo de elemento capaz de cuantificarla, es decir, que la Cía. de Seguros no disponga de ningún método para poder determinar la cuantía debida, sólo en este caso podrá hablarse de iliquidez a tales efectos. Por tanto, dado que en este supuesto quedaban fijadas las bases para el cálculo de la cantidad debida, carece de todo sentido acudir a dicho argumento para oponerse al pago de los intereses debidos.

Por todo ello debemos concluir que solamente cuando de la actitud de la Aseguradora se desprenda una voluntad dirigida a cumplir con su obligación de pago, y por tanto todos los motivos que hagan imposible la efectividad del mismo sean ajenos a la misma, podremos estar ante el supuesto contemplado en el apartado 8 de la Ley del Contrato de Seguro y por tanto justificar la no condena al pago de intereses por mora.

Tribunal Supremo

CONTRATO DE SEGURO

Unificación de la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación de los intereses moratorios previstos en el art. 20 LCS

*Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo
de 1 de marzo de 2007
Ponente: Excmo Sr. D. José Antonio Seijas Quintana*

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El recurso de casación somete a la consideración de la Sala la interpretación de la regla 4a del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, en su redacción dada por Ley 30/1995, de 8 de noviembre, conforme a la cual: «La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 Y, estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.

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

Tribunal
Supremo





El problema surge al determinar si el interés moratorio del 20% se aplica automáticamente, una vez transcurrido el segundo año desde la fecha del siniestro, o si este interés será el legal del dinero incrementado en un 50% hasta el segundo año, atendiendo a su cómputo por días, y a partir de este segundo año al tipo del 20%, si aquel resulta inferior.

Es lo que en la doctrina, y en distintas y contradictorias sentencias de las Audiencias Provinciales, se conoce como la teoría del tramo único o de los dos tramos de interés.

La primera se justifica en razón a la finalidad sancionadora y disuasoria que el legislador quiso atribuir al interés por mora y a su fin último, dirigido a obtener una rápida y eficaz reparación de los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor, para lo cual entiende que se impuso a las entidades aseguradoras un deber especial de diligencia en el pago de las indemnizaciones, con la consecuencia de que si no lo hace o consigna en el plazo de tres meses, se devengarán los intereses legales incrementados en un 50%, y de que si transcurren dos años desde la fecha del siniestro sin haberlo realizado, los intereses de demora serán al menos del 20% desde la fecha del accidente y no a partir de los dos años. Lo contrario, además, supondría considerar una nueva fecha para el cálculo de intereses -la del tercer año- y la norma no establece cómputo de intereses distinto que no sea el señalado en el n.º 6 del artículo 20.

La segunda tiene en cuenta que los intereses se computan por días desde la fecha del siniestro, de manera que fijado un devengo diario conforme al tipo vigente (el correspondiente a la anualidad incrementada en el 50%), lo único que establece el párrafo segundo, cuando la aseguradora se demora -6- más de dos años, es fijar un tipo mínimo más alto, como superior sanción, pero sin alterar la regla de cálculo diario; interpretación que atiende a la modificación

operada por ley 30/95 que supuso, como se desprende de su Exposición de Motivos y de los debates parlamentarios previos a su promulgación, que los intereses pasaran a devengarse por días cualquiera que fuera el tipo aplicable, lo que impide su aplicación retroactiva por cuando ello supondría modificar los ya devengados en los dos años anteriores, aplicando el que fuera más gravoso únicamente a partir del tercer año. Este criterio tiene también en cuenta el carácter restrictivo con que ha de interpretarse toda norma sancionadora y la literalidad de su párrafo segundo que utiliza el término «transcurridos» en conexión con una expresión de futuro no «podrá ser», indicativa de que solo entonces, cumplidos los dos primeros años y a partir del primer día del tercero, es cuando se produce el agravamiento del interés.

La sentencia que se recurre en casación acoge la postura del tramo único disponiendo que el tipo será, desde el primer día, el del 20%, al no haber pagado la aseguradora dentro de los dos años desde la producción del siniestro. Contra ella se alza el recurso de casación formulado por Plus Ultra C.A. de Seguros y Reaseguro en el que, a través del único motivo admitido a trámite casacional, denuncia infracción del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

SEGUNDO.- Estas contradicciones, y la falta de jurisprudencia sobre el devengo y cuantía de los intereses moratorios previstos en el artículo 20 LCS, exige que se fije definitivamente la doctrina de esta Sala, que, se adelanta, no es otra que la siguiente: Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementada en un 50 Y A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento.

Esta interpretación favorable a la existencia de tramos y tipos diferenciados, es conforme con la intención del legislador, expresada en la Exposición de Motivos de la Ley 30/1995, en cuyo apartado 6 justifica la reforma relativa al artículo 20 de la LCS en la necesidad de evitar las muy diversas interpretaciones a que había dado lugar, señalando que «se cuantifica el interés de demora, moderando la fórmula de un interés absoluto para hacerlo durante los dos primeros años, referencial al interés legal del dinero». Este posicionamiento legal no supone la concesión de un plazo de gracia mayor a las compañías de seguros, puesto que nada se dice al respecto, Supone establecer dos periodos con dos tipos de interés aplicables perfectamente diferenciados, que se fijarán sin alterar el cálculo diario con el mínimo del 20% si a partir del segundo año del siniestro no supera dicho porcentaje. Es además coherente con su tenor gramatical y con su devengo diario, pues ello resulta incompatible con la posibilidad de que haya que esperar dos años para conocer, caso de que la aseguradora incumpla, el tipo de interés que resulta aplicable para modificar retroactivamente los ya devengados día a día, conforme al interés vigente en cada momento, en los dos años anteriores.

El carácter disuasorio de los intereses que se impone en la conclusión contraria puede ser aceptado con reservas desde la idea de evitar la pasividad de las aseguradoras en el cumplimiento de sus obligaciones indemnizatorias, no desde la clara y evidente intención del legislador de dar nuevo un tratamiento a la norma y de contemplar la conducta del obligado al pago de una forma distinta tanto más cuanto que, al tiempo, se decreta de oficio el devengo del interés y este se produce por días, Si el legislador pretendía reforzar la situación de los perjudicados, difícilmente habría modificado la norma anterior pues le bastaba mantener vigente el tipo único de interés anual del 20%. Pretender, además, que esta fórmula es más gravosa, y como tal disuasoria, es algo defendible en la actualidad en

razón a unos tipos bajos del interés legal, no desde una situación distinta de futuro en la que la suma del 50% al interés legal del dinero puede proporcionar un interés muy superior al del 20%, que actúa como subsidiario de no alcanzarse este valor. Finalmente, la norma 6a del artículo 20, no queda alterada con esta interpretación, por cuanto viene referida al momento concreto en que empiezan a devengarse los intereses moratorios, siendo en el apartado 4,1 en el que se determina el tipo de interés para uno y otro periodo a partir del siniestro,

TERCERO.- La aplicación de la anterior doctrina al caso, determina la estimación del recurso formulado con la obligada casación y anulación en parte de la sentencia recurrida en el sentido de establecer que interés de demora a satisfacer al lesionado por la aseguradora recurrente debe calcularse, durante los dos primeros años siguientes al siniestro, al tipo legal más su 50% y, a partir de ese momento, al del 20% si aquel no resulta superior; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 1715 de la LEC,

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en pleno, e integrada por los Excmos, Sres. Magistrados al margen indicados

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

FALLAMOS

Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador Don Sergio Llopis Aznar, en la representación que acredita de Plus Ultra S.A. de Seguros y Reaseguros, contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha veintiocho de marzo de dos mil uno, que casamos y anulamos, en el único sentido de establecer que el interés de demora a satisfacer del lesionado por la aseguradora recu-



rente debe calcularse, durante los dos primeros años siguientes al siniestro, al tipo legal más su 50% y, a partir de ese momento, al tipo del 20% si aquel no resulta superior; manteniendo en el resto la citada resolución; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas del recurso de casación. Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol

Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- Francisco Marín Castán.- José Ramón Ferrándiz.- Gabriel Vicente.- Luis Montés Penadés.- Encarnación Roca Trías.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.-

Publicación,- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Comentario:

Mariano Medina Crespo

Los juristas –en cuanto juristas sin adscripciones de interés partidario– hemos recibido con satisfacción esta sentencia que ha dictado el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, con ponencia del magistrado Excmo. Sr. Seijas Quintana, referente al párrafo segundo de la regla 4ª el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, tal como quedó redactado tras la Reforma de 1995. Adscrita a la tesis del doble tramo, el valor inmediato que proporciona es el de la seguridad jurídica, pues lo normal es que, a partir de ahora, los Juzgados y Tribunales se atengan a ella, quedando desechada la tesis del tramo único. Por ello, la sentencia hubiera sido encomiable aunque se hubiera inclinado por la tesis que

desautoriza, pues en este punto proporcionaría el mérito de la certidumbre. Pero es que, además, la interpretación a la que se atiene la sentencia es, en mi concepto, la acertada y es la que tendría que haberse adoptado sin discusión si no hubiera primado en muchos Tribunales un criterio voluntarista que resuelve de forma acrítica cualquier duda en contra del asegurador. En cuanto al fundamento de la solución adoptada, la sentencia se comenta por sí sola, pues, bastante bien redactada, pone el dedo interpretativo en la llaga normativa y extrae las naturales consecuencias de que los intereses se devenguen por días, careciendo de sentido que el transcurso de dos años suponga la alteración del tipo aplicable de unos

intereses que ya se han devengado. Lo cierto es que la norma no generaba un *pulchrum dubium*, pues su cabal sentido se desprende de su tenor literal. Pero si se acepta que la norma generaba una verdadera duda, ésta tenía que resolverse partiendo de su carácter represivo.

Téngase en cuenta que el interés especial ordinario que prevé el precepto señalado (el legal del dinero incrementado en su mitad) es, al tiempo, resarcitorio y represivo: resarcitorio en cuanto al devengo del interés legal ordinario; y represivo en cuanto a su devengo inicial desde la fecha del siniestro, lo que implica tener que abonar intereses por una indemnización que, en su mayor parte, corresponde a consecuencias perjudiciales posteriores; y represivo también en cuanto al incremento señalado que es sobrecompensador, dado que la indemnización por los daños y perjuicios causados por el impago de una cantidad consiste en el interés legal del dinero del artículo 1108 del Código civil. A su vez, el interés reforzado o agravado que tiene lugar tras el transcurso de dos años es estrictamente represivo, por el incremento que supone sobre el interés inicial. Estamos ante una cláusula penal que la ley impone en cualquier contrato de seguro.

Los incrementos señalados son represivos porque se trata de castigar al asegurador culpablemente incumplidor y no de enriquecer al asegurado (al tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil) que se beneficia con una cantidad que sobrepasa el valor de

daños y perjuicios. Sobre esta base, al tratarse de una norma sancionadora o represiva, cualquier duda interpretativa que surja al respecto tiene que resolverse mediante una interpretación *pro reo*, *pro debitorum*, es decir, en favor del asegurador, y no *contra reum*, *contra debitorem*. Por estarse ante una norma de carácter sancionador, no puede resolverse la duda suscitada con un criterio interpretativo *pro creditore* o, en el seguro de responsabilidad civil, *pro damnato*. Ésta era la idea a la que acudía la recurrente cuando se refería a que, por estarse ante una norma sancionadora, tenía que ser objeto de una interpretación restrictiva y no expansiva. Pero el Tribunal Supremo no acude a ella porque se queda en el primer planteamiento.

Lo que el Tribunal Supremo viene a decir con suavidad expresiva es que no existe al respecto un *pulchrum dubium*. Así se desprende de su afirmación de que la solución adoptada es la que resulta de la “clara y evidente intención del Legislador”. Por otra parte, el TS explica de forma perfecta la expresión de que, tras un bienio de impago, el tipo del interés adeudado no puede ser inferior al 20%, quedando claro que será éste el que se fije en la medida en que el tipo del primer período haya sido inferior. De esta forma, se corta de raíz la *atrabiliaria* (aunque aislada) postura que en algún caso se ha adoptado, consistente en creer que el juez queda investido de facultades para fijar a su arbitrio, una vez transcurridos los dos años, un tipo interés superior al del 20%.



Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD CIVIL

Existencia de responsabilidad de los titulares del coto ante el accidente de circulación ocurrido por la irrupción de uno de sus animales en la calzada

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 9 de abril de 2007

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La cuestión debatida hace referencia a un accidente de circulación ocurrido en 25 de noviembre de 2006, a la altura del punto kilométrico 54,300 de la carretera CL-615 (Palencia-Gurdo), del término municipal de Renedo de la Vega, lugar incluido dentro de los límites del Coto Privado de Caza P-10.906 (cuya titularidad ostenta la Sociedad de Cazadores Vegas de Pecos), cuando el actor Sr. De Celis García conducía el vehículo matrícula 9831-BRY por la citada carretera y, de forma inopinada y repentina, un jabalí cruzó la calzada e impactó bruscamente contra su turismo, ocasionando daños por importe de 1.363,66 euros.

Audiencias Provinciales

La parte apelante, Asociación de Cazadores de Vegas de Pedrosa, plantea dos motivos de apelación, en primer lugar que la resolución recurrida aplicó de forma indebida en contenido del art. 12 de la Ley 4/1.996, de Caza de Castilla y León, y en segundo lugar alega que la sentencia apelada considera que, incluso aplicando la Disposición Adicional novena de la Ley 17/2.005 también sería responsable del pago de los daños causados por el accidente la entidad demandada- apelante por no haber adoptado ninguna medida precautoria para paliar la presencia de animales en la calzada.

Por su parte, el apelado Sr. De Celis Gala impugna el recurso interpuesto y sostiene que la legislación aplicable ha de ser la Ley de Caza 1/1.970 y también la legislación autonómica que estaba vigente cuando se produjo el siniestro, es decir, la Ley de Caza de Castilla y León 4/1.996.

SEGUNDO.- Para resolver la cuestión así planteada conviene realizar un somero análisis de la evolución legislativa que ha tenido lugar en cuanto a la regulación de la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación con intervención de especies cinegéticas, en este caso de un jabalí.

1.- La Ley estatal de Caza 1/1.970, en su art. 33.1 indica que los titulares de aprovechamientos cinegéticos, definidos en el art. 6 de esta Ley, serán responsables de los daños originados por la piezas de caza procedentes de los terrenos acotados.

Subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos. Estableciéndose pues una verdadera responsabilidad objetiva de los titulares de los terrenos cinegéticos en cuanto a los daños causados por las piezas de caza.

2.- También la Ley 4/1.996 de Caza de Castilla y León sienta una responsabilidad objetiva, al señalar en su art. 12 que la responsabilidad de los

daños producidos por la pieza de caza, excepto cuando el daño sea debido a culpa o negligencia del perjudicado o de un tercera, corresponderá:

a) En los terrenos cinegéticos, a quien ostente la titularidad cinegética de dichos terrenos, independientemente de que las piezas de caza pertenezcan a una especie incluida o no en el correspondiente plan de aprovechamiento cinegético, salvo lo dispuesto en el art. 57 de la presente Ley sobre palomares industriales.

A tales efectos, tendrá la consideración de titular cinegético de las zonas de caza controlada, la Junta o la sociedad de cazadores concesionario, en su caso.

3.- En cambio, la Ley 17/2.005 que entró en vigor el 9 de agosto del mismo año, establece una responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas al señalar en su Disposición Adicional novena que:

En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas será responsable el conductor del vehículo cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación.

Los daños personales y patrimoniales en estos siniestros, solo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto, a los propietarios de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado.

También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produce el accidente como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización.

TERCERO.- Dicho esto, es hora ya de entrar a resolver la primera de las cuestiones planteadas



en el recurso de apelación objeto de esta resolución.

Hace referencia a la legislación aplicable al evento que tuvo lugar el 25 de noviembre de 2.005. En esa fecha estaba en vigor, por un lado, la Ley 4/96 de Caza de Castilla y León que en su art. 12.1 establece una responsabilidad de naturaleza marcadamente objetiva (modificado por la Ley 13/2.005 que entró en vigor el 1 de enero de 2.006) y, por otro, la Ley Estatal 17/2.005 que está vigente desde el 9 de agosto de 2.005 y que establece un sistema de responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas, en los supuestos antes indicados.

Esta Sala ya tuvo ocasión de ocuparse de analizar la polémica relativa a la legislación aplicable en la sentencia 254/2.006, decidiendo que ante la controversia de ambas normas debemos entender aplicable la normativa estatal. Nuevamente ratificamos tal postura doctrinal pues si bien es cierto que la competencia en materia de caza corresponde a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, art. 26.1.10 de su Estatuto, no es menos cierto que, desde el punto de vista jurídico y a los efectos que nos ocupan, nos encontramos claramente en una materia que guarda relación con el tráfico y con la circulación de vehículos a motor (no olvidemos que estamos hablando de un accidente de circulación ocasionado por el atropello de una jabalí), cuya competencia viene atribuida, con carácter de exclusividad, al Estado de acuerdo con el art. 149.21 de la CE.

Resulta ya la cuestión relativa a la legislación aplicable al caso, que necesariamente tiene que ser la estatal, en la Disposición Adicional novena de la Ley 17/2005 se atribuye una responsabilidad civil subjetiva para los accidentes de circulación por atropello de especies cinegéticas, de tal forma que el conductor del vehículo sólo será responsable cuando haya infringido las normas de circulación,

mientras que los titulares de los aprovechamientos cinegéticos responderán cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado y la administración responderá en el caso de que el accidente traiga causa del estado de conservación y por la señalización de la vía. En definitiva, la nueva norma aplicable nos dice quien no responde del accidente en los supuestos indicados, pero la verdadera cuestión es precisamente la contraria, es decir ¿quién debe responder de los daños y los perjuicios causados en éstos casos?, cuando como ocurre en este caso, no solo no consta que el conductor haya infringido norma alguna de tráfico, sino que está demostrado que la única causa de la colisión fue la súbita irrupción del jabalí en la calzada.

En el primer supuesto, para que se pueda declarar la responsabilidad de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos es necesario que el accidente sea consecuencia de la acción de cazar. Por acción de cazar entiende el art. 2 de la Ley 4/1996 la ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos como piezas de caza, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o facilitar su captura por terceros. Pues bien, si analizamos el significado desde un punto de vista estrictamente gramatical llegamos a la conclusión de que será muy difícil el caso de que un accidente ocurra como consecuencia directa de una acción de cazar, ya que no debemos olvidar que habitualmente los accidentes con jabalies se producen de noche o en horario de poca visibilidad (en el caso que nos ocupa a las 22:10 horas del mes de noviembre), es decir, fuera de horas de caza, irrumpiendo el animal en la calzada de motu propio y no como consecuencia de la acción de cazar.

El segundo de los supuestos que establece la normativa para imputar responsabilidad a los

titulares de aprovechamientos cinegéticos, hace referencia al hecho de que el accidente sea consecuencia de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. En nuestro ordenamiento jurídico los daños causados por animales han sido siempre considerados como un claro supuesto de responsabilidad por riesgo y así lo contempla el art. 1.905 del Cc y lo ha indicado reiteradamente el Tribunal Supremo (SSTS 21-11-1998) Por otro lado, es claro que la actividad de un coto de caza es generadora de unos riesgos evidentes, como por ejemplo la invasión en la carretera de especies cinegéticas, y que quien se sirve de los animales con fines lucrativos o de esparcimiento debe responder de los riesgos que conlleva dicha actividad. Así pues, quienes exploten las especies cinegéticas deben responder de los daños y perjuicios que entraña dicha actividad, entenderlo de otra forma distinta supondría primar una muy concreta actividad, entenderlo de otra forma distinta supondría primar una muy concreta actividad y favorecer unos intereses (la abundancia y multiplicación de animales), que incrementan un riesgo (la invasión de calzadas), pero sin la contrapartida que impone la justicia y la equidad social en los términos que indica el art. 3.2 del CC.

La primera consecuencia de la responsabilidad por riesgo es la inversión de la carga de la prueba, es decir, que los titulares de derechos cinegéticos adjudicatarios del coto deben probar que actuaron con diligencia en la conservación del coto. La parte apelante argumenta que su comportamiento no puede ser calificado de negligente, invocando varias normas administrativas que establecen límites al vallado de terrenos cinegéticos y que el coto que explotan cumple con todos los requisitos legales. Sin embargo, la Sociedad de Cazadores demandada no ha demostrado que hubiera actuado con toda prudencia y diligencia exigida y necesaria para evitar que el jabalí cruzase por la carretera y el simple cumplimiento de la normativa aplicable a su

actividad, no le exonera de su responsabilidad por los daños causados. Tengamos en cuenta que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad de naturaleza extracontractual derivada de un accidente de tráfico, y habiendo quedado probado el daño causado y la relación de causalidad (la irrupción del jabalí en la calzada), sólo a los titulares de los derechos cinegéticos correspondía demostrar que habían actuado con diligencia en la llevanza del coto de donde provino el jabalí y, no haberlo probado, deben ahora pechar con las consecuencias derivadas.

Por otro lado, tengamos en cuenta que ante la irrupción de animales en la calzada, en unas ocasiones el conductor se encuentra indefenso y nada puede hacer por evitar el atropello al ser sorprendido por una pieza de caza, y mas si el accidente lo provoca un animal tan imprevisible con el jabalí y, en otras, solo le queda la posibilidad de realizar una maniobra evasiva y salida de la vía, con todas las gravísimas consecuencias que ello genera. Por ello la normativa aplicable al caso ha de interpretarse en los términos que indica el art. 3 de la Cc., es decir, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad del tiempo en que ha de ser aplicada atendiendo a su espíritu y finalidad. En este sentido es obvio que no debemos olvidar que todos los animales que se encuentran en un coto son, a priori, cazables aunque para ellos se necesite el oportuno permiso administrativo. En definitiva, el hecho de que el accidente no se produzca como consecuencia de una acción de cazar, entendida esta desde una interpretación puramente gramatical, no significa que los titulares del aprovechamiento cinegético no puedan ser declarados responsables de los daños y perjuicios ocasionados por el atropello de una especie cinegética, si la pieza se encuentra dentro de los límites del coto y si es cazable aunque sea con el correspondiente permiso administrativo, pues su responsabilidad trae causa directa del uso y disfrute del aprove-



chamamiento de la caza. Lo contrario supondría que de una situación tan anómala como es que un jabalí se encuentre en una carretera y cause un accidente de tráfico nadie debería responder. Desde luego, a quien no podemos hacer responsable es al conductor que, conduciendo con precaución y con observancia de las normas de tráfico, se ve sorprendido por un jabalí que, en los términos de un coto de caza, irrumpe en la calzada de forma totalmente inopinada e imprevisible.

A la misma conclusión llegamos si tenemos en cuenta el contenido de los arts. 6 y 33 de la Ley de Caza 1/1.1970, ya que los derechos y obligaciones de los titulares de los derechos cinegéticos se extienden al uso y disfrute del aprovechamiento de la caza lo que significa que deben responder de los daños y perjuicios causados por especies cinegéticas que estén dentro de los límites del coto. Sin embargo, esta Sala no desconoce la dificultad de aplicar esta normativa estatal toda vez que, en materia de caza, la competencia es exclusiva de la Comunidad de Castilla y León, de acuerdo con el art. 26.1.10 de su estatuto.

Con todo, no podemos desconocer que el contenido de esta resolución supone una modificación de la doctrina sentada por esta Sala en otras sentencias anteriores, como las dictadas los días 27 y 28 de septiembre de 2.006 (Recursos de Apelación nº 286/2.006 y 256/2.006, respectivamente) pero tan corrección se ha hecho utilizando unos cánones interpretativos más correctos y adecuados a las circunstancias del caso. Tengamos en cuenta que el cambio de criterio no supone infracción del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva puesto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido “la libertad para enjuiciar, para interpretar y para aplicar las normas que tienen los jueces y Tribunales” lo que permite que un órgano judicial no ya ante supuestos semejantes, sino incluso idénticos, “modifique su propia interpretación de unos mismos precep-

tos legales” siempre que el cambio sea razonado en términos de Derecho para que no resulte ni inadvertido ni arbitrario (STC 57/1.985). Pues, como ya se dijo en la STC 48/1.987, que recoge la de 21 de diciembre de 1.992. “el jugador está sujeto a la ley no a sus precedentes, por lo que no puede considerarse inconstitucional la evolución en la interpretación judicial de la legalidad, que constituye, junto con la modificación normativa, uno de los instrumentos para la adaptación del Derecho a la realidad cambiante. Y el cambio jurisprudencial interpretativa de un determinado precepto legal, puede venir impuesto entre otros factores, no sólo por la necesidad de corregir mediante cánones de interpretación más correctos o adecuados lo que se considera un entendimiento erróneo de dicho precepto sino también por la necesidad de acomodar la interpretación entrada en vigor, lo que se expresa en el art. 3.1 del Cc al establecer que, junto a otros criterios, las normas se interpretarán según “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”. Por consiguiente la exigencia de igualdad y no arbitrariedad en la aplicación judicial del derecho no puede en modo alguno traducirse en una petrificación de la jurisprudencia, de forma que cada órgano judicial quede rígidamente vinculado por sus propios precedentes- STC 91/1.990.

Por todos estos razonamientos jurídicos procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución recurrida, con las precisiones ya expuestas.

CUARTO.- Las costas causadas en esta alzada no se imponen a ninguna de las partes, dada la novedad del caso planteado y su complejidad jurídica, de acuerdo con el art. 397 de la L.E.C. en relación con el art. 394 de la misma norma.

Vistos los preceptos jurídicos citados y demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Asociación de Cazadores Vegas de Pedrosa y confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de

Primero Instancia de Carrión de los Condes el día 12 de diciembre de 2.006 en el Juicio Verbal Nº 218/2.006.

Las costas causadas en esta instancia no se imponen a ninguna de las partes.

Comentario:



José Manuel Villar Calabuig

Como introducción, "...todos los conductores nos debemos concienciar de que las vías públicas y caminos no son un circuito de competición; que, afortunadamente, aún formamos parte de la naturaleza junto con otras especies y que el resto de seres vivos deben poder disfrutar de la tierra al igual que nosotros.". Con esta frase terminaba el artículo LA RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL EN LOS ACCIDENTES EN QUE SE ENCUENTRAN IMPLICADOS ANIMALES, publicado por nuestra asociación y escrito por Armando Martín Costas del Equipo de Atestados de Fraga, Subsector de Huesca. Sin querer interpretar esta frase como conclusión de ese artículo, pues sería injusto con el autor que trataba de forma interesante la modificación introducida con la Ley 17/2005 en cuanto a la responsabilidad en accidentes de circulación en los que intervengan animales, sí puedo decir que se trataba de una "premonición" de lo que iba a ocurrir hasta que alguien empezara a poner un poco de cordura. Y la conclusión real era que "librese cualquier conductor de tener la desgracia de toparse con un animal en la carretera, pues lo mejor que le puede pasar es que tenga que asumir los daños en su vehículo, pues identificar al responsable, salvo que sea del propio conductor, será misión imposible".

A nadie se le escapa que estamos ante un tema especialmente controvertido y que incluso provocó dedicarle en el último congreso en Cáceres una ponencia, donde Wenceslao Olea Godoy en su ponencia escrita al tratar la regulación legal, comenzaba así "Es especialmente complejo el régimen de responsabilidad de los accidentes ocasionados por atropello de animales, por las variadas relaciones que surgen de ese único hecho, reguladas por legislación bien distinta según la óptica desde la que se examine el suceso y las propias características del animal; a lo que se suma una normativa, no siempre uniforme, por estar atribuida a la competencia de las Comunidades Autónomas, como veremos posteriormente. A mayor confusión, esta materia ha estado sometido a la deficiente delimitación competencial entre los Orden Jurisdiccionales, dando lugar al tan criticada doctrinalmente peregrinaje judicial." Lo que introduce un factor fundamental para entender este caos jurisprudencial actual, y es la (presunta) competencia de las comunidades autónomas para legislar en materia de accidentes producidos por animales. Y anticipo presunta, pues como vemos en esta sentencia, se determina que realmente desde el punto de vista jurídico sobre la



responsabilidad la competencia es estatal por tratarse de una materia que guarda relación con el tráfico y con la circulación de vehículos, pese a que la competencia sobre caza corresponda a las Comunidades Autónomas.

Centrando el objeto de debate de esta sentencia y de la problemática jurídica creada hasta la fecha, se trata de determinar primero que legislación es la aplicable y, una vez determinado por la sentencia que es la ley estatal, si con la modificación introducida por la Ley 17/2005, en su disposición Adicional novena, que modifica la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos y Seguridad Vial, nos encontramos ante un régimen de responsabilidad objetiva y si se invierte la carga de la prueba. La respuesta a ambas cuestiones dada por esta sentencia es que sí, primero por propia evolución histórica de la jurisprudencia en cuanto al tipo de responsabilidad, y segundo, en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, por ser una consecuencia propia de la primera.

He de anticipar que en este accidente lo primero que queda probado es que el conductor del vehículo no es responsable del accidente, pues se determina en la sentencia que "...a quien no podemos hacer responsable es al conductor que, conduciendo con precaución y con observancia de las normas de tráfico, se ve sorprendido por un jabalí que, en los términos de un coto de caza, irrumpe en la calzada de forma totalmente inopinada e imprevisible". Y es aquí donde se puede hacer un pequeño reproche a la misma, pues poca inversión probatoria, si ya se ha tenido que probar que el

conductor no tuvo culpa alguna en el accidente y que el accidente se produce dentro del término de un coto de caza, queda por hacer, salvo la relativa a las medidas adoptadas por el titular del coto para evitar el accidente. Bueno, no es momento de ser crítico con una sentencia que entiendo ilumina un poco esta oscura materia y que de forma plausible y honesta reconoce un cambio de criterio frente a su propia doctrina, basándose en "cánones interpretativos mas correctos y adecuados a las circunstancias del caso". Y digo honesto, porque el caso era incuestionable para determinar la responsabilidad del titular del coto, y como estamos acostumbrados a sentencias incomprensibles que la única justificación que tienen es que no se pueda interpretar un cambio de criterio de la sala, nos sorprende (lamentablemente) que se haga lo que se debe hacer.

Volviendo al primer punto de discusión, la competencia y legislación aplicable, y, si jurídicamente se va centrando hacia la legislación estatal, es en el trámite administrativo previo donde se están generando mayores problemas en la gestión de reclamaciones por este tipo de accidentes. Se llega al extremo de que en alguna comunidad se exigen unos niveles de determinación del lugar de ocurrencia tan rigurosos, que para solicitar la titularidad del coto donde se ha producido un accidente es preciso que intervengan ingenieros, a instancia del particular o de su aseguradora, que sobre plano cartográfico establezcan las coordenadas exactas del lugar, y eso siempre que haya intervenido autoridad y que haya establecido el punto exacto, ya que en caso de no haber intervenido mejor asumir

que no va a prosperar la reclamación. Y para complicar más la situación, en algunos ayuntamientos no informan del titular por protección de datos. Sé que esto realmente no son cuestiones jurídicas, pero es bueno darlo a conocer para situar mejor la problemática real de estos accidentes, y sobre todo porque es donde se observa que en esto si tienen competencia las autonomías, y que como dice Wenceslao Olea en su ponencia “deberá estarse a la normativa propia autonómica para hacer el título de imputación que deberá atribuirse, en principio, a la propia Administración Autonómica, en cuanto que titular del servicio público de protección del medio ambiente, en concreto de la fauna”.

La Disposición Adicional novena de la ley 17/2005 introduce tres posibles responsables: 1º el conductor, cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación; 2º los titulares de aprovechamientos cinegéticos o los propietarios de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado; y 3º el titular de la vía pública, como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización. No entraré a tratar los tres de la norma, por no ser la finalidad de este comentario, solo los enuncio para introducir el elegido por la sentencia (que ya en el juzgado primera instancia fue fijado) y que ha sido el titular del aprovechamiento (Asociación de Cazadores Vegas de Pedrosa) por la falta de diligencia en la conservación, llegando a determinar que “el simple cumplimiento de la normativa aplicable a su actividad, no le exonera de su responsabilidad por los daños causados”. Y por ello, como “solo a los titulares de los derechos cinegéticos

correspondía demostrar que había actuado con diligencia en la llevanza del coto de donde provino el jabalí y, al no haberlo probado, deben ahora pechar con las consecuencias derivadas”.

Por último se hace mención a otra circunstancia que ha generado cierto debate, y es porque animales debe responder el titular de la actividad o del terreno, si solo por los animales que se encuentran en el coto propios de la actividad de caza o también por otros animales pese a no disponer del permiso administrativo. La sentencia entiende que, a priori, todos los animales que se encuentran en un coto son cazables, al margen del permiso administrativo. Esta circunstancia tiene su relevancia sobre todo para determinar si la responsabilidad nace exclusivamente cuando se esta desarrollando la acción de cazar, o si por el contrario se debe responder al margen de estar realizando en ese momento la actividad. Pues la sentencia, con buen criterio, entiende que su responsabilidad trae causa directa del uso y disfrute del aprovechamiento de la caza. “Lo contrario - y esta es la conclusión con la que me quedo como final - supondría de que de una situación tan anómala como es que un jabalí se encuentre en una carretera y cause un accidente de circulación nadie debería responder”.

Así, he empezado recordando que todo conductor debe cumplir las normas de circulación e intentar evitar accidentes con animales, pero si estos se producen y el conductor nada ha podido hacer para evitarlo alguien debe responder, ya sea el titular de la actividad o terreno, o la administración titular de la vía donde se produce el accidente, dependiendo del caso concreto.

Pronunciamientos relevantes

por José M^a Hernández-Carrillo Fuentes



Rompiendo con la línea de últimas resoluciones estimatorias en casos similares la **STC 43/2007**, de 26 de febrero de 2007 desestima el amparo en un supuesto en el que como consecuencia del atestado se instruyeron en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Alcobendas las diligencias previas y el procedimiento abreviado núm. 497-2002, cuyo enjuiciamiento correspondió como juicio oral núm. 112-2004 al Juzgado de lo Penal núm. 17 de Madrid, que dictó la Sentencia núm. 313/2004, de 15 de septiembre, en la que condenó al demandante de amparo por un delito de desobediencia grave a la autoridad y le absolvió del delito contra la seguridad del tráfico del que también había sido acusado. Posteriormente la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid dictó la Sentencia núm. 32/2005, de 25 de enero, que estimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal.

En relación con el recurso del Ministerio Fiscal la Sala estimó errónea la valoración de la prueba realizada por el Juez de instancia, entendiendo que la mera existencia de los signos externos descritos en el formulario del atestado era suficiente para apreciar la influencia del alcohol en la conducción:

“... la queja del demandante de amparo se centra exclusivamente en la falta de prueba sobre el elemento subjetivo del delito, esto es, en la influencia de la ingesta de alcohol en sus facultades psicofísicas para la conducción del vehículo a motor. Elemento del tipo que la Audiencia Provincial ha estimado acreditado a partir de los signos externos que los agentes intervinientes apreciaron en el conductor, descritos en el atestado y ratificados en el acto del juicio. **De aquellos signos externos —pupilas dilatadas, olor a**

alcohol y andar vacilante—, unidos a la negativa del demandante de amparo a practicar la prueba de alcoholemia, infiere la Sala la afectación de las facultades psicofísicas y de los reflejos del demandante de amparo para la conducción, pues —se razona en la Sentencia— “quien no es capaz de controlar su deambulacion, dificilmente va a poder controlar una actividad más compleja como lo es la conducción de un vehículo a motor”.



Como reflejo sociológico, es realmente simpática la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4ª, de 23 Dic. 2003, rec. 86/2003.:

“Efectivamente, en la actualidad existe un evidente y fortísimo sentimiento posesivo y excluyente del objeto representado por **el teléfono móvil** en ciertos ambientes escolares, de educación secundaria, con los jóvenes en plena edad adolescente: el teléfono móvil se concibe, fundamentalmente, como un obsesivo elemento de “prestigio”, “diferenciador”, y que, por lo tanto, no se comparte con nadie; se podría decir **que se ha convertido casi en una —en ocasiones absurda por lo**

innecesaria—“prolongación” del joven, de ahí que, **incluso físicamente, ya forma parte de la indumentaria habitual de tales adolescentes, como un accesorio más, al mismo nivel que, por ejemplo, las gafas de sol que las llevan puestas aún en pleno invierno, en días nublados, lloviendo a jarros y sea de día o de noche.** En este sentido, los amigos de Héctor M. Declararon que: “cada uno manda los mensajes que le da la gana desde su móvil”



El recurso decidido por la AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN TERCERA (PENAL), GIRONA, en la Sentencia N°80 ,de 2 de febrero de 2004, es tan anómalo que creo —espero— que es único; el recurso fue de este “tenor”.:

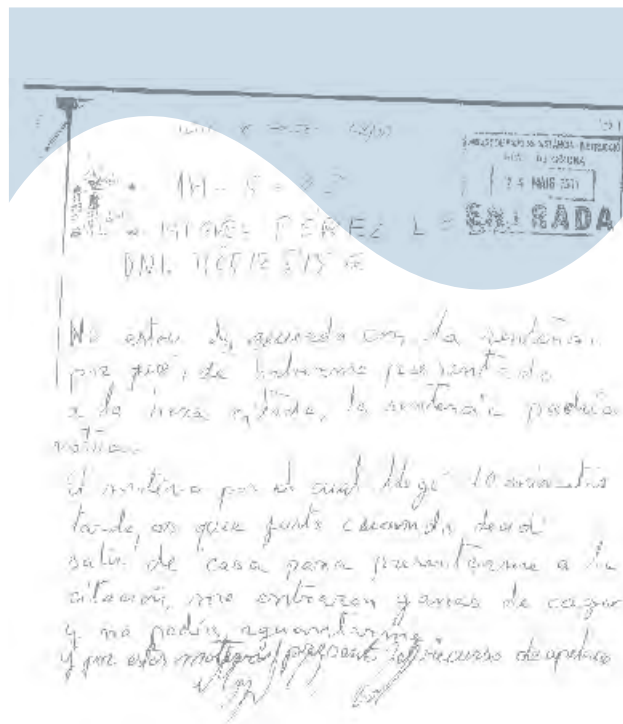
Y el fundamento jurídico con que el Ponente-D. Adolfo García Morales- resuelve:

“PRIMERO: Se alza la parte recurrente frente a la resolución de la instancia sobre la base de un



singular motivo cual es el de que llegó 10 minutos tarde al acto del juicio, lo que impidió su comparecencia, porque cuando decidió salir de casa para presentarse a la citación le entraron ganas de cagar y no pudo aguantarse. Simple y llanamente así.

Sin duda alguna, en la tesitura de escoger entre una y otra deposición, una, por evacuación del vientre, otra, por manifestación ante el Juez como acusado, cualquier persona habría de optar por la primera por los graves apremios que supone el caso de no ser satisfecha esa necesidad fisiológica, siendo poco higiénica la presentación ante un Tribunal en otras condiciones que no sean las de un completo descargo. Precisamente el recurrente sostiene que por hacer una cosa no pudo hacer la otra, lo que le supuso la inasistencia al acto del plenario y la condena por atender el Juzgador a una sola de las versiones, la del contrario. Sin embargo, pese a lo expuesto con anterioridad no podemos acceder a lo que se nos solicita **porque la parte ni demuestra la existencia del sorpresivo apretón que refiere, ni acredita que, cuando después de sofocar sus presurosas consecuencias, acudió inmediatamente al acto del juicio, este ya había concluido.**



Mucho nos tenemos que **la que el recurrente llama causa de su inasistencia no sea sino una forma de burlarse de la administración de justicia que le ha condenado, que si bien admitimos con sentido del humor desdeñamos como motivo de apelación**".



Un supuesto de suicidio causalmente relacionado con el ámbito sanitario, es el resuelto en la sentencia 21/03/2007 de la seccion sexta de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, respecto de los hechos:"- El hijo de la ahora recurrente, J.D.A.T., de 20 años de edad fue atendido en el Servicio de Urgencias del Hospital de Santa María del Rosell de Cartagena en la mañana del día 16 de Noviembre de 1996 y ello pues durante la noche se había provocado unos cortes en ambas muñecas.El medico que le atendió le suturó las heridas, que no revistieron gravedad, y aconsejó a los padres que lo llevaran a revisión por su psiquiatra de zona .Al salir del Hospital, el hijo de la recurrente se despistó de la vigilancia de sus padres y a las pocas horas se colocó en la vía del tren al paso de un convoy que lo atropelló y le provocó la muerte en el acto.:

“..., resulta que el hijo de la actora fue atendido por el servicio de urgencias del Hospital de Santa María del Rosell de Cartagena, precisamente por un intento de suicidio cortándose las muñecas, habiendo sido conducido a dicho servicio de urgencias ante el estado de alteración que presentaba y que había concluido en el citado intento de autolisis. Como sigue teniendo por probado el Tribunal “a quo” el médico de urgencia se limitó a aconsejar a sus padres que le llevaran a revisión por su psiquiatra de zona, y a pesar de que el intento de suicidio acababa de producirse, lo que sin ninguna duda era un exponente de una ausencia de normalidad evidenciadora de una alteración mental, el servicio médico ni prescribió ningún tipo de medicación o tratamiento, ni derivó al Sr.J.D.A.T. a ninguno de los servicios especializados de ese centro médico u otro, que evaluaran esa alteración que había determinado la conducta del hijo de la fallecida, sino que únicamente se limitaron a dar un consejo a los padres, sobre la conveniencia de que visitase a un psiquiatra.

De esos hechos que la Sala de instancia tiene por probado resulta evidente que por los servicios médicos de urgencia, que se limitaron a curar las heridas de la muñeca, se omitió el deber de dar una determinada respuesta medica a quien se encontraba privado de capacidad normal de discernimiento, circunscribiéndose a dar unos consejos a sus padres, lo que sin ninguna duda pone de relieve la omisión por parte de aquellos servicios, de los medios adecuados para seguir o controlar la alteración mental del paciente y de esa omisión se derivó en una relación de causalidad directa y eficaz... que el Sr.J.D.A.T., que persistía condicionado por la alteración mental que padecía y sobre la que los médicos no pautaron medida de control alguno, se arrojase unas pocas horas más tarde a la vía del tren con ánimo de quitase la vida, lo que efectivamente sucedió al ser atropellado por un convoy. De lo hasta aquí expuesto debe concluirse que concurren los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial de la Administración y por tanto ha de apreciarse la





vulneración por la sentencia de instancia de la jurisprudencia de esta Sala que la actora cita, en relación a la concurrencia de los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial, y por tanto surge para aquella la obligación de indemnizar, ello sin perjuicio de que como hemos dicho, entre otras en las sentencias de esta Sala que antes hemos citado, la conducta del fallecido haya de ser tenida en cuenta para atemperar la indemnización procedente. El motivo de recurso debe, por tanto, ser estimado.

QUINTO.- La estimación del motivo de recurso determina, que haya de fijarse la indemnización procedente para lo que habrá de tenerse en cuenta lo establecido en el art. 141 de la Ley 30 de 1.992, de 26 de noviembre, en la redacción dada al mismo por la Ley 4 de 1.999, de 13 de enero, ya en vigor cuando se pronunció la Sentencia que constituye el objeto del recurso, precepto que señala en el particular que nos interesa que “la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación

de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado”. Y que “la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria”. Para la fijación de la indemnización hemos de tener en cuenta la joven edad del Sr.J.D.A.T. en el momento de los hechos. No obstante, y aun cuando como hemos expuesto la conducta de aquel no constituye una ruptura del nexo causal, sí que ha de ser tenida en cuenta como factor de moderación de la indemnización procedente, que valorando todas esas circunstancias debe fijarse en la cantidad de 120.202,42 euros (20 millones de pesetas)”.



No puede tener –lamentablemente– mas vigencia la sentencia de treinta de Marzo de dos mil siete de la Sala Primera del Tribunal Supremo, siendo el supuesto de hecho una intoxicación por la inhalación de gas en un edificio en el que la empresa U se encargó de la instalación interior, y con fecha 3 de abril de 1991 emitió certificado de instalación individual de gas en edificio habitado, en la que se omite que no se había producido la adaptación del uso de gas butano al uso de gas natural, mediante la transformación de los quemadores del aparato de cocina y del calentador. El 15 de abril de 1991 la empresa suministradora NAT realizó la inspección, a la que viene obligada, de la instalación interior, sin que tampoco aparezca indicado estar pendientes de transformación los quemadores de los aparatos de cocina y calentador, que figuran instalados, declarándose, no obstante, que la instalación quedaba en disposición de servicio. El día 16 de abril de 1991 la empresa “Z, L.S.A.”, subcontratada por U, efectuó la transformación de los aparatos electrodomésticos (cocina y calentador) a gas natural, y en la documentación sobre tal intervención no figura que se hiciera trabajo sobre el calentador.:

“En primer término, es preciso significar que resulta de plena aplicación al caso la doctrina de la responsabilidad por la creación de riesgo, que obliga a las compañías de gas que se encargan de la implantación del servicio, por una parte, a emplear una diligencia extrema, requerida por el peligro inherente al medio de energía suministrado, y, por otra, supone desplazar a éstas la carga de la prueba de haber obrado con toda la diligencia necesaria, y que, en suma, el resultado dañoso ocurrió no obstante haberse empleado toda la diligencia necesaria. En tal sentido se pronuncia la Sala en Sentencia de 29 de octubre de 2004 (recurso nº 2842/1998) al declarar que “Para la aplicabilidad de la teoría del riesgo a los daños producidos por una conducta humana, es preciso que los mismos sean producidos en una actividad peligrosa, aplicándose esta doctrina del riesgo por esta Sala con un sentido limitativo (fuera de los supuestos legalmente prevenidos) no a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal con los estándares medios; y como dice la Sentencia de 17 de noviembre de 1998 , ello, no es sin embargo, causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también y como tiene proclamado esta Sala, es muy de tener en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado ha de tener influencia manifiesta desde un punto de vista de regulación, lo que indudablemente resulta aplicable por aplicación de los principios de justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica. Ante supuesto de hecho similar el ahora enjuiciado, dice la Sentencia de 30 de julio de 1998 que “ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre el riesgo acreditado, preexistente y concurrente que, en línea cuasi-objetiva minoradota del culpabilismo subjetivo, presuponé acción voluntaria que obliga a extremar todas precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la vida de las personas, lo que obliga a adoptar los medios y medidas de seguri-

dad disponibles, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligroso potencial cierto, por resultar entonces adecuada aplicación del artículo 1902 del Código Civil , con la consecuente inversión de la carga de la prueba (sentencias de 13 de diciembre de 1990, 5 de diciembre de 1991, 20 de enero, 11 de febrero, 25 de febrero, 8 de abril y 22 de septiembre de 1992, 10 de marzo y 9 de julio de 1994 y 8 de octubre de 1996), en razón a actividades que notoriamente son peligrosas, como así sucede en el caso que nos ocupa por el uso doméstico del gas butano...”.

“Como se expone en la Sentencia de 25 de octubre de 2000 (recurso nº 2617/1995 «en el ámbito de la Ley 26/84 y en su capítulo de garantías y responsabilidades -claramente ajustado al artículo 51 de la Constitución según ha determinado la Sentencias de 26 de enero de 1989 del Tribunal Constitucional- de acusada, aunque no absoluta, objetivación del deber indemnizatorio que regula cuando se quebrantan sus previsiones, se encuentra el artículo 25 que otorga al consumidor o usuario del derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios probados y derivados del consumo o utilización de productos o servicios con la salvedad de que tales consecuencias sean “causadas por su culpa exclusiva o la de las personas por las que deba responder civilmente, de forma que del total perjuicio, sin





posibilidades de compensación, ha de responder el suministrador del servicio en cuyo manejo haya tenido lugar la contingencia siempre que esta no se deba a culpa exclusiva del perjudicado, aunque el comportamiento de este haya tenido cierta incidencia en la producción y esta declaración se enlaza con la excluyente de tal responsabilidad del suministrador en el artículo 26 cuando “se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto servicio o actividad” aportados o prestados en cuyo caso la responsabilidad había de ser soportada por el propio perjudicado, si alguna negligencia hubo en su hacer o si lo fortuito o la fuerza mayor hubieran sido el origen del daño, con el posible daño a terceros y según los posibles supuestos. Insistiendo en la misma tendencia responsabilizadora, el artículo 27 de la Ley presenta diversos supuestos - siempre en “lo que resulte más favorable al consumidor o usuario”- que culminan en el artículo 28 descargando esa responsabilidad en el suministrador cuando el daño se origina pese al correcto uso del servicio y cuando se hayan desatendido las medidas de seguridad y las de controles técnicos que garanticen las condiciones con que, en ese orden preventivo, ha de llegar el servicio al usuario precisando que los de gas están, entre otros sometidos a ese régimen precautorio, siendo los propios recurrentes los que avisan de lo definitivo en este campo al hacer cita expresa de lo que previene el artículo 29 de la propia Ley».

En vista de todo ello, la compañía suministradora N debe responder de los perjuicios causados a la demandante D^a Carina, puesto que:

a) La inhalación de gas por la actora perjudicada se produjo en el interior de su vivienda, siendo su origen la existencia de defecto en la instalación interior, que produjo una mala combustión en los quemadores de los aparatos (cocina-calentador), que fueron transformados para su adaptación al



gas natural el día 16 de abril de 1991 por la empresa “Z”, subcontratada para tal menester por la instaladora U. Resulta evidente que, si por la instaladora y la empresa que ésta subcontrató se hubiera observado el deber de diligencia que las circunstancias requieren cuando se trata de la puesta en servicio de gas, que lleva aparejado un riesgo indudable para el consumidor, no se hubieran producido defectos en la instalación, ni consecuentemente la inhalación tóxica que aconteció el día 19 de abril de 1991, esto es, días después de emitirse certificado de haberse hecho la instalación interior y de la inspección de la misma, en la que se omitió que no se habían adaptado los aparatos domésticos (cocina y calentador), aunque declarando que la instalación era correcta y quedaba en disposición de servicio, no existiendo ninguna prueba de que la intoxicación se debiera a la negligencia de la parte actora. La inhalación de gas provocó a la demandante una serie de lesiones y trastornos psíquicos a los que más adelante se hará referencia.

b) Ante la parte demandante, usuaria y consumidora del servicio de gas, la empresa N asumió una posición de garante de la prestación e idoneidad del servicio, y encargó, en el marco de una oferta promocional integral de puesta en marcha y suministro del servicio de gas, la instalación interior a la empresa U, que, aunque formalmente fuera contratada por la actora y su marido para

la instalación interior, sin embargo no fue elegida por los mismos, sino que acudió a su domicilio enviada, proporcionada, y por encargo, de la empresa suministradora N, en virtud del vínculo establecido entre tales empresas derivado de un acuerdo previo entre ellas, y en el marco asumido por la suministradora ante el usuario, de realizar integralmente todas las gestiones y trabajos necesarios para la puesta en funcionamiento del servicio, lo que hace que la suministradora deba responder de la actuación de la instaladora conforme al artículo 1903 del Código Civil, en virtud de “culpa in eligendo” y de “culpa in vigilando”, por la deficiente o incompleta instalación realizada, y las facultades que tienen atribuidas en relación a

la vigilancia de la seguridad de la instalación. Que la transformación de los quemadores correspondiera a la empresa Z no libera de responsabilidad a la instaladora que la subcontrató (contra la que ya no se dirige la demanda), ni a la suministradora, pues no desvirtúa lo anteriormente expuesto sobre la posición de garantía que N asumió ante el usuario, el acuerdo que tenía con U y sus responsabilidades sobre la seguridad de la instalación, que constaba en la póliza de abono y que, como suministradora, se prevén en los artículos 26 y 28.2 de la Ley 26/1984, lo que determina que deba responder por la actuación de la empresa instaladora, en un sentido amplio, comprensivo tanto de su actuar negligente por la deficiente ins-





talación como de la falta de comprobación de la correcta actuación de la empresa subcontratada al transformar los aparatos de utilización.

c) La actuación inspectora de la suministradora N se ha revelado ineficaz, pues, pese a la proximidad de la inspección al suceso lesivo, no ha servido para prevenir el mismo, cuando en las condiciones generales de la póliza de abono para el suministro del gas natural, de fecha 8 de febrero de 1990, contrato impreso de adhesión, en cuya redacción en modo alguno intervino el cliente contratante, y en concreto en la condición 5ª, se recogía un compromiso de la instaladora en los términos siguientes:

“Condiciones de instalación interior. Todas las instalaciones receptoras en el interior de edificios habitados, para viviendas, comercios u oficinas destinados a suministrar cualquier tipo de gas combustible a uno o más abonados, deberán reunir los requisitos necesarios para que quede garantizada la regularidad y seguridad del servicio y habrán de ajustarse a las “Normas Básicas” de instalaciones de gas en edificios habitados y demás normativa

vigente. Dichas instalaciones sólo podrán ser realizadas por empresas instaladoras con “Carnet de Empresa con Responsabilidad”, expedido por el Órgano de la Administración competente. Si como resultado de la inspección la instalación no fuera considerada aceptable, por no ajustarse a las “Normas Básicas”, la empresa suministradora de gas señalará a quien la haya construido los defectos de ejecución y de funcionamiento encontrados para que los corrija antes de iniciar el suministro, remitiendo, en caso de discrepancia, comunicación de los reparos formulados a la Delegación Territorial del Departamento de Industria y Comercio del Gobierno Vasco, la cual, previas las actuaciones que estime oportunas, y en todo caso después de oír al instalador, dictará la resolución que proceda en el plazo de ocho días”. Desde la perspectiva de la responsabilidad en el ámbito civil, la transcrita “condición general” evidencia el compromiso de garantizar la seguridad de la instalación, y no basta para eliminar tal responsabilidad con que eventualmente se observen las prescripciones reglamentarias administrativas, con el simple cumplimiento de prevenciones legales y reglamentarias, si se revelan insuficientes para evitar el daño, por lo que se exige agotar la “diligencia necesaria”, como ya es reiterada doctrina de esta Sala (por todas, la anteriormente citada Sentencia de 29 de octubre de 2004), y resulta de lo establecido en el artículo 26 de la Ley 26/1984. Por consiguiente, cabe considerar en este punto que la suministradora no cumplió con la diligencia que las circunstancias demandaban su obligación de vigilancia de la empresa instaladora, que ella mismo eligió para tal menester, incurriendo en “culpa in vigilando”, por sus propias omisiones, dado el compromiso asumido frente al consumidor y en la labor inspectora, contrayendo una responsabilidad que cabría residenciar tanto en sede de obligaciones contractualmente asumidas en la póliza de abono, como también en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, pues estaba obligada a una eficaz vigilancia de la corrección de la instalación, y no efectuó la misma de modo eficaz, ni con toda la

diligencia exigible, siendo así que el suministro debía llegar al consumidor en condiciones de seguridad, después de efectuados controles técnicos de calidad (artículo 28 de la Ley 2671984), resultando significativo que ni se recogió en el certificado de inspección la circunstancia de faltar la adaptación de los aparatos de utilización al uso de gas natural, y que el técnico que realizó la inspección para N el 15 de abril de 1991 (4 días antes del accidente) haya declarado (fol. 339) que en la revisión que se hacía primero se comprobaba la estanqueidad de la tubería del gas hasta los aparatos, “a continuación se transforman los aparatos luego se les pone en funcionamiento y al calentador se le pone un espejo para ver si revoca y a la cocina se de un poco de aire con la mano para que no se apaguen los quemadores, y una vez efectuado esto y viendo que está correcto se le da el paso del gas, y esta comprobación es la que hicieron y se le dio el alta al estar todo correcto”; cuando lo cierto es que el certificado de la instaladora y las comprobaciones de la suministradora se hicieron cuando no se habían transformado los quemadores de los aparatos de utilización, sin que pudieran la necesaria diligencia en la evitación del daño.

d) En consecuencia, se da la responsabilidad derivada que acoge el artículo 1903, en relación con el 1902, del Código Civil, al obligarse no sólo por los actos propios sino por las de aquellas personas de las que se debe responder, por existir

culpa “in eligendo” e “in vigilando” en la creación del riesgo y que se acredita por un actuar no ajustado a las circunstancias del caso concreto tanto en la empresa instaladora como en la suministradora, que debían haber actuado con toda prudencia, diligencia y extrema atención para evitar la causación de daños y perjuicios, lo que presupone la adopción desde el principio de la garantías y medios precisos y eficaces para prever y eludir situaciones como las que es objeto del pleito y que bien pudo evitarse. En el presente caso, es obvio que la empresa instaladora U no obraba con total autonomía, pues la suministradora N tenía facultades de vigilancia y control sobre la seguridad de la instalación interior, que incluso asumió contractualmente frente a los usuarios, por lo que debe responder directa y solidariamente por las acciones y omisiones de la instaladora. El resultado dañoso ha sido causado por la deficiente instalación interior del servicio de gas, y es objetivamente atribuible a la empresa suministradora en función del alcance de sus obligaciones extracontractuales (y también contractuales), e incluso legales (artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984), y de la previsibilidad del resultado dañoso con arreglo a las reglas de la experiencia, siendo responsable de inspeccionar eficazmente la correcta instalación, y sin que haya existido conducta alguna atribuible al usuario de la instalación de la que haya resultado su culpa exclusiva en la intoxicación por la inhalación de gas».





En materia de ejercicio del derecho de defensa letrada es importante la STC 24/2007, de 12 de febrero de 2007, dictada en amparo contra el Acuerdo núm. 12 del Pleno de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 19 de diciembre de 2003, por el que se estima parcialmente el recurso de alzada contra el Auto del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Zamora de 24 de septiembre de 2003, por el que se desestima el recurso de audiencia en justicia contra el Acuerdo de 10 de septiembre de 2003, dictado en el expediente disciplinario tramitado como pieza separada del procedimiento abreviado núm. 209-2002.:

“... en el presente caso concurre la vulneración aducida del derecho a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa letrada. En efecto, en primer lugar, ha quedado debidamente acreditado que las manifestaciones y la conducta por la que ha sido sancionado el recurrente están vinculadas a la defensa y asistencia técnica de sus patrocinados, en tanto que tuvieron lugar en el marco de la vista oral, cuando se interrogaba a uno de los testigos propuestos, con el objeto, por un lado, de manifestar la protesta respecto del modo en que se estaba llevando a cabo la declaración y, por otro, de ejercitar la recusación, como instrumento procesal idóneo para separar del conocimiento del asunto a una Magistrada que se consideraba que había perdido su imparcialidad. A este respecto, no cabe dudar de que cualquier valoración que se realice respecto de las manifestaciones del recurrente debe hacerse teniendo en cuenta de que goza del privilegiado régimen derivado de su íntima conexión con el ejercicio del derecho de defensa de sus representados.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a ponderar si las manifestaciones y conducta desarrollada por el recurrente, atendiendo al significado de las concretas expresiones utilizadas y al contexto procesal en el que han sido empleadas, queda amparada en esta concreta manifestación

del ejercicio de la libertad de expresión, la conclusión también debe ser afirmativa. En cuanto al hecho de que se imputara a la Magistrada y al Ministerio Fiscal una actitud coactiva sobre los testigos que deponía en la vista oral, no cabe dudar de que la Magistrada, en el ejercicio de la función judicial que le es propia, puede poner de manifiesto al testigo las evidentes contradicciones de sus declaraciones con las emitidas en la fase sum representados, cuestionar la corrección de los interrogatorios realizados por el Ministerio Fiscal o por el Juzgador, si considera que concurre alguno de los supuestos vedados por el art. 439 LECrim, en que expresamente se incluye no sólo la interdicción de preguntas capciosas o sugestivas, sino el emplear coacción, engaño, promesa o artificio para obligar al testigo a declarar en determinado sentido. A partir de ello, en sí misma, la afirmación por parte del Letrado recurrente de que se está coaccionando al testigo, en el marco de una protesta sobre la incorrección de cómo se está efectuando el interrogatorio, no puede considerarse, por su propia finalidad y el marco en que se realiza, como un ejercicio abusivo y desproporcionado que exceda de los límites del derecho a la libertad de expresión en la defensa letrada, toda vez que, coincidiendo con la concreta expresión que se utiliza en el art. 439 LECrim, no puede considerarse descalificadora o insultante.

Por último, en cuanto al hecho de que, ulteriormente, el recurrente recusara a la Magistrada por falta de imparcialidad y fuera rechazada dicha recusación de plano al no estar comprendida entre las causas del art. 219 LOPJ, tampoco cabe apreciar que, siendo la utilización del instrumento procesal adecuado para separar del conocimiento del asunto al juzgador que se considere que ha perdido su imparcialidad, dicha conducta quede al margen del derecho a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho a la defensa letrada. Sin entrar en consideraciones sobre el momento y la forma de planteamiento de la recusación, lo cierto es que el mero hecho de considerar que la Magistrada había perdido su imparcialidad, en ausencia de otros datos en las resoluciones impugnadas, no cabe considerar tampoco que pueda resultar intrínsecamente injurioso u ofensivo hacia la titular del órgano judicial y, por tanto, que no quede amparado por el ejercicio del derecho a la libertad

de expresión. Y es que, como hace notar el Ministerio Fiscal, el mero hecho de que se plantee la recusación no puede constituir una ofensa, puesto que es un mecanismo que puede ser legítimamente utilizado por el Letrado si duda de la imparcialidad del órgano judicial que debe pronunciarse sobre el fondo del asunto.

En conclusión, las expresiones por las que fue sancionado el recurrente se encuentran amparadas por su derecho a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa [arts. 20.1 a) y 24.2 CE], ya que se emplearon con el fin de defender a sus patrocinados y no implican ninguna ofensa ni descalificación a la titular del órgano judicial o al representante del Ministerio Fiscal, como límite de esta específica manifestación del derecho a la libertad de expresión. Ello determina el otorgamiento del amparo y la anulación de las resoluciones sancionadoras impugnadas”.



Ciertamente curiosa es la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, de 16 de abril de 2007, referida al caso en el cual la recurrente interpuso demanda en solicitud de prestación de viudedad, alegando que en la cartilla de la Seguridad Social figuraba como beneficiaria del fallecido, en calidad de esposa, sin que tal dato constituyera error material, dado que se trata de su esposa según los ritos y normatividad del ámbito cultural gitano. A esos efectos se destacaba, invocando los arts. 9.2, 14 y 39.1 CE, que los requisitos necesarios para la existencia de forma matrimonial se cumplen en el matrimonio gitano, que está caracterizado por un acto formal, deber de fidelidad, comportamiento conyugal exigible, affectio, heterosexualidad y comunidad de vida, no siendo inscribible en el Registro Civil por una defectuosa exégesis jurídica. Por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid de 30 de mayo de 2002, dictada en el procedimiento núm. -2002, se estimaron las pretensiones de la recurrente al considerar probado que ésta y el fallecido son de origen gitano y contrajeron matrimonio en noviembre de 1971 por



el rito tradicional gitano, teniendo seis hijos, argumentando que “el matrimonio gitano entre la actora y el fallecido, se ha celebrado en territorio español y se ajusta a la ley personal de los contrayentes, se trata de una forma válida y admitida por la costumbre y usos de dicha etnia, por lo que hay que considerarlo válido y debería promoverse su inscripción en el Registro Civil, conforme a los arts. 256 y 257 del Reglamento de Registro Civil” (FJ 11) y concluyendo que “El INSS deniega a la actora la prestación de viudedad con el único impedimento de no considerar matrimonio el celebrado en su día por el causante y su viuda lo que indica un trato discriminatorio por razón de etnia contrario al art. 14 CE...” (FJ 14). El Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social interpusieron recurso de suplicación, que fue tramitado con el núm. 4445-2002 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y que fue estimado por Sentencia de 7 de noviembre de 2002., con afirmaciones como esta: “... no constituye “... discriminación alguna la exigencia de la observancia en España y por los españoles de la legalidad que a sí mismo se da el pueblo español en uso de su legítima soberanía y a través de sus representantes...” y que “... ha de distinguirse lo que es la legalidad vigente y aplicable en cada momento de aquella que puede entenderse deseable por parte de un sector de la sociedad o de un afectado o grupo de afectados...”. Respecto de lo segundo se señala que cualquier español puede contraer matrimonio en los términos establecidos en la ley, pero que entre ninguno de los supuestos legales “... se encuentra el matrimonio celebrado única y exclusivamente conforme al rito gitano, porque aunque se trate de una etnia, no por ello sus normas o formas trascienden jurídicamente de su propio ámbito, ni están consagradas en el ordenamiento jurídico en el que se prevé la pensión litigiosa, de modo y manera que teniendo su relevancia y reconocimiento social en dicho ámbito, no por ello excluyen, ni sustituyen actualmente, a la normativa general vigente y aplicable al efecto, en cuanto se trata de un matrimonio entre españoles celebrados en España”. Es justo destacar que la sentencia del T.C. afirma: “... en la vía judicial previa la recurrente interpuso demanda en solicitud de prestación de viudedad exclusivamente con fundamento en el art. 174 LGSS –existencia de vinculo



matrimonial con el causante-, con el argumento de que la interdicción de un trato discriminatorio por razones étnicas consagrado en el art. 14 CE imponía equiparar el tratamiento de los efectos civiles de las uniones celebradas conforme al rito gitano con el matrimonio. En ningún caso se hizo mención ni referencia alguna, directa o subsidiaria, a un eventual reconocimiento del derecho a la percepción de la prestación basado en la imposibilidad legal de haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha de fallecimiento del causante, según lo establecido en la regla 2ª de la Disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, ni tampoco a la posibilidad de aplicación analógica del tratamiento establecido para los matrimonios nulos.”
(El voto particular es igualmente relevante)

“... las razones para concluir que no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia. A esos efectos se argumentó que el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales, habida cuenta de que el derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado en el régimen contributivo a la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica por parte del cónyuge superviviente, ni a que éste estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido (FFJJ 3 y 4). En cualquier caso, el Pleno de este Tribunal también ha hecho especial incidencia en que la extensión de la prestación de viudedad a otras uniones diferentes por parte del legislador tampoco resultaba vedada por el art. 14 ni encontraría obstáculos en los arts. 32 y 39 CE, ya que la opción de requerir la existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia no es

la única constitucionalmente posible, por lo que es legítimo propugnar que la actual pensión de viudedad se extienda por el legislador a otras uniones...”

“... por un lado, de que no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia, y, por otro, de que la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio, no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos el hecho de que se haya denegado dicha prestación a la recurrente por no constar vínculo matrimonial con el causante en cualquiera de las formas reconocidas legalmente...”

“... tampoco se puede apreciar la existencia de un trato discriminatorio directo o indirecto por motivos raciales o étnicos, derivado de que no se haya equiparado la unión de la recurrente conforme a los usos y costumbre gitanos con el vínculo matrimonial a los efectos de dicha prestación y de que se les haya aplicado el mismo tratamiento jurídico que a las uniones *more uxorio*. En primer lugar, la pretensión de la recurrente de que, a pesar de recono-



cer que no concurre en las uniones celebradas conforme a los usos y ritos gitanos la existencia de un vínculo matrimonial reconocido legalmente, resulta discriminatorio que se les dé el mismo trato que a las uniones *more uxorio*, por existir diferencias relevantes con ellas como es la tradición y la base étnica, supone una invocación del art. 14 CE basada en lo que se ha denominado “discriminación por indiferenciación”. Al respecto este Tribunal ya ha reiterado que resulta ajeno al núcleo de protección del art. 14 CE la “discriminación por indiferenciación”, al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2). Cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos

sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En este sentido pudieran tomarse en consideración las peculiaridades y el carácter de minoría étnica de la comunidad gitana, en línea con los principios del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965 (BOE de 17 de mayo de 1969), y con las previsiones de su art. 1.4. Ahora bien, en defecto de dicha regulación, no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del art. 14 CE.

En segundo lugar, la exigencia legal de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad y la interpretación efectuada por la resolución judicial impugnada de que sólo cabe apreciar dicho presupuesto en relación con las formas legalmente reconocidas de acceder al matrimonio y no respecto de otras formas de convivencia, incluyendo las uniones conforme a los usos y costumbre gitanos, en ningún caso supone tomar como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas sino, como ha señalado en Ministerio Fis-

cal, una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, las cuales ni en su forma civil ni en las formas confesionales reconocidas legalmente están condicionadas a la pertenencia a una raza, con exclusión de las demás, ni toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos o costumbres de una determinada etnia en detrimento de otras, por lo que tampoco concurre en ellas una forma encubierta de discriminación de la etnia gitana”.

“Por último, además, también debe desestimarse que el reconocimiento de efectos civiles al vínculo matrimonial contraído conforme a los ritos de determinadas confesiones religiosas, pero no a los celebrados de acuerdo con los usos y costumbre gitanos, y la negativa del órgano judicial a hacer una aplicación analógica de los mismos, implique, directa o indirectamente, la aducida discriminación étnica. Siendo evidente que las formas confesionales reconocidas legalmente de celebración del matrimonio tienen como fundamento exclusivo consi-

deraciones religiosas, ello impide conceptualmente establecer un término válido de comparación con las uniones que, como la alegada por la recurrente, tienen su fundamento en consideraciones étnicas. Al margen de ello, además, no puede apreciarse tampoco una forma indirecta de discriminación de la etnia gitana a partir de la concurrencia de una concreta confesión religiosa identificada como mayoritaria o culturalmente predominante en dicha etnia, cuya forma de celebración matrimonial no cuenta con reconocimiento legal”.

“... sin perjuicio de que el legislador pudiera, en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles matrimoniales, verificado que no ha existido un trato discriminatorio ni por motivos sociales ni por razones étnicas o raciales, el presente recurso de amparo debe ser denegado”.





VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DICTADA EL 16 DE ABRIL DE 2007, EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 7084/2002

“Pues bien, el caso del viudo de funcionaria con matrimonio no inscrito coincide así, a mi entender en forma decisiva, con el de doña María Luisa en que se reclamaba en ambos pensión de viudedad por dos recurrentes que no tenían lo que afirmaban ser su matrimonio debidamente inscrito en el Registro Civil. El viudo de funcionaria con unión conyugal controvertida y no inscrita obtuvo nuestro amparo, y consiguió su pensión en la STC 199/2004, mientras que la viuda gitana que no ha visto inscrito en el Registro Civil el matrimonio conforme a las costumbres ancestrales de su pueblo ha visto rechazado el reconocimiento de su pensión de viudedad en la Sentencia de la que discrepo”.

“La situación que se ha planteado en este recurso de amparo muestra, y además por primera vez en nuestra jurisprudencia, que la protección de las minorías tiene una envergadura constitucional mucho más rica y compleja que la que resulta de estas escuetas declaraciones o de la respuesta que ha recibido doña María Luisa en este recurso de amparo. No hubiera sido necesario que doña María Luisa se vea obligada a recurrir a instancias supranacionales para obtener la protección que reclama. En los supuestos de protección de minorías étnicas, la consecución de la igualdad exige, a mi juicio, medidas de discriminación positiva a favor de la minoría desfavorecida y que se respete, con una sensibilidad adecuada, el valor subjetivo que una persona que integra esa minoría muestra, y exige, por el respeto a sus tradiciones y a su herencia e identidad cultural”.

“No basta, en mi opinión, la “escrupulosa neutralidad” de una norma cuando la realidad que se enfrenta ante ella es la de una persona que, como doña María Luisa, pertenece a una minoría étnica

que se queja de la injusta igualación de su situación matrimonial gitana, nacida en la buena fe, conforme a las normas ancestrales de su raza y a la conducta correspondiente a los miembros de su etnia con la situación –dice– de una pareja de hecho o de una convivencia more uxorio. Es deseable que la intervención del legislador respecto de estas parejas pueda cubrir en un futuro próximo la situación de la recurrente, pero su queja era, y es, muy distinta: La de obtener protección y respeto para su identidad cultural, sin que existan en el caso problemas de consentimiento, dignidad femenina o prueba que pudieran ser cuestionados desde la perspectiva de lo que he denominado orden público constitucional. Creo que se ha vulnerado a la recurrente su derecho a la igualdad y a no ser discriminada por motivos de raza (art. 14 CE)”.

“... En mi opinión la validez previa del matrimonio gitano a efectos de Derecho de familia no era necesaria para que otorgásemos el amparo que reclamaba en este caso doña María Luisa. Y es que resulta claramente desproporcionado que el Estado español que ha tenido en cuenta a doña María Luisa, y a su familia gitana al otorgarle Libro de Familia, reconocimiento de familia numerosa, asistencia sanitaria con familiares a su cargo para ella y para sus seis hijos y ha percibido las cotizaciones correspondientes a su marido gitano durante diecinueve años, tres meses y ocho días quiera desconocer hoy que el matrimonio gitano resulta válido en materia de pensión de viudedad (STJUE Becker 8/81, 24)”.



entrevista a...



Bartolomé Vargas Cabrera



por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán



Nuestra entrevista de este trimestre tiene como protagonista a Bartolomé Vargas Cabrera, fiscal del Tribunal Supremo, especializado en Seguridad Vial, que analiza la situación actual en la que se encuentran los denominados delitos de tráfico.

Desde un tiempo aquí hemos podido presenciar una gran instrumentalización de procedimiento penal ante accidentes de tráfico donde las partes tan sólo buscan finalmente una indemnización civil, ¿entiende que ello ha podido influir en la desnaturalización de los llamados delitos de tráfico?



Creo que sí y todo ello ha contribuido a que se instale una mentalidad exclusivamente privatista en relación con las infracciones penales de tráfico. De todos modos, en los últimos tiempos se vienen percibiendo actitudes diferentes en los propios perjudicados que aún cuando llegan a un acuerdo sobre la indemnización, ejercitan las acciones penales para buscar una reparación de orden moral ante la Justicia.

¿Entiende que se ha podido llegar a olvidar cuál es el fundamento de tales tipos penales?

Estimo que sí, y que en estas condiciones el Derecho Penal no está cumpliendo su función de protector de los bienes jurídicos más relevantes como son la vida y la integridad física.

En este como en muchos otros tipos penales como pueden ser actualmente los derivados de accidentes laborales ¿entiende que en realidad la intervención de la jurisdicción penal está siendo residual o con carácter restrictivo?

El derecho Penal está regido por el principio de intervención mínima y por eso solo debe intervenir ante las infracciones mas graves, pero la respuesta a éstas ultimas en materia de tráfico es en este momento insuficiente.

¿Cuál es la posición seguida actualmente desde la Fiscalía en este tipo de delitos?

El Ministerio Fiscal está procurando que haya una respuesta penal proporcionada, firme y disuasoria que colabore a fomentar una cultura de respeto a la Ley en las vías publicas.

¿Considera que el seguimiento y efecto del delito de imprudencia temeraria por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas está siendo el esperado?

Cuando hay resultados lesivos debidos a la ingestión de bebidas alcohólicas se produce en general una reacción penal por la via de los artículos 379 y 142 y 152 en relación de concurso de normas. En cambio en los casos en que la imprudencia grave no va unida al consumo de alcohol, se sigue la vía del juicio de faltas y en muchos casos es prácticamente inexistente la sanción penal al haber acuerdo en la indemnización. Este es el agujero negro de la justicia penal y es que no hay una adecuada depuración y diferenciación entre las imprudencias graves de los art. 142 y 152 y la leve del art. 621.

¿Se pronunciarán las nuevas circulares de la Fiscalía sobre este asunto?

El Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial tiene por función impulsar la unificación de criterios de todas las Fiscalías en ésta materia, bajo la inmediata dependencia del Fiscal General del Estado.

¿Cuál es la intervención que en su opinión deben de tener los Fiscales en este tipo de delitos?

Como antes decía, procurar que con sujeción a las circunstancias del caso se apliquen los tipos penales previstos en el Código. De otra parte es tarea esencial del Ministerio Fiscal velar por la adecuada protección de los derechos de las victimas.

¿Considera necesaria la reforma en la regulación normativa que actualmente rige en la materia, tanto en los aspectos procesales como en el fondo?

Considero que puede ser de gran utilidad la reforma penal en tramitación de los delitos contra la seguridad del tráfico siempre que se introduzcan las modificaciones pertinentes para dotarla de mayor eficacia.

legislación



Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES
CONGRESO DE LOS DIPUTADOS VIII LEGISLATURA

Serie A: PROYECTOS DE LEY

16 de febrero de 2007

Núm. 125-1

PROYECTO DE LEY 121/000125 Por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

La Mesa de la Cámara, en su reunión del día de hoy, ha adoptado el acuerdo que se indica respecto del asunto de referencia.

(121) Proyecto de ley

121/000125

AUTOR: Gobierno.

Acuerdo:

Encomendar su aprobación con competencia legislativa plena, por el procedimiento de urgencia, conforme al artículo 148 del Reglamento, a la Comisión de Economía y Hacienda.



Asimismo, publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, estableciendo plazo de enmiendas, por un período de ocho días hábiles, que finaliza el día 26 de febrero de 2007.

En ejecución de dicho acuerdo se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 13 de febrero de 2007.-P. D. El Secretario General del Congreso de los Diputados, Manuel Alba Navarro.

Exposición de motivos

I Mediante esta Ley se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, a fin de incorporar a derecho interno la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE del Consejo y la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (quinta directiva del seguro de automóviles). Asimismo, se efectúan otras modificaciones al objeto de avanzar en la regulación del seguro obligatorio de vehículos a motor, uno de los de mayor trascendencia del mercado español de seguros tanto en su vertiente social de protección a las víctimas de accidentes de circulación y a los asegurados, como en su dimensión económica, en continua expansión.

La Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo modifica la vigente normativa comunitaria en materia de seguro de responsabilidad civil de automóviles, incorporada a nuestro derecho interno a través del mencionado texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y de su reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 7/2001, de 12 de enero.

II En el ámbito de las modificaciones de carácter legal necesarias para transponer esta directiva cabe mencionar, en primer lugar, las que se refieren a la definición de estacionamiento habitual del vehículo en España a los efectos del seguro obligatorio, cuestión de gran relevancia a la hora de determinar, entre otros aspectos, quien debe hacer frente, en última instancia, a la indemnización. Son varios los supuestos que se incorporan a este concepto; así, se atraen a la condición de vehículos con estacionamiento habitual en España los importados desde otro Estado miembro de la Unión Europea, durante un máximo de treinta días a contar desde que el comprador aceptó la entrega del vehículo, aunque éste no haya sido matriculado en España.

También, se incluye el caso de los vehículos que ocasionan accidentes en España, que carecen de matrícula o que tienen una matrícula que no les corresponda o ha dejado de corresponderles. Además, se indica expresamente la irrelevancia de la condición temporal o definitiva de la matrícula del vehículo a la hora de concretar el lugar de estacionamiento habitual.

Se concreta la expresión “controles por sondeo”, acuñada en las anteriores directivas del seguro del automóvil, precisándose que podrán realizarse controles no sistemáticos del seguro siempre que no sean discriminatorios y se efectúen como parte de un control que no vaya dirigido exclusivamente a la comprobación del seguro.

La Ley recoge la obligación para las entidades aseguradoras de expedir el certificado de antecedentes de siniestralidad, previa petición del propietario del vehículo o del tomador del seguro, en una forma similar a la que ya recogía la normativa reglamentaria sobre el seguro de automóviles, aunque ampliando el plazo sobre el que se certifica a cinco años.

Se aclara y especifica que la cobertura del seguro incluirá cualquier tipo de estancia del vehículo asegurado en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea durante la vigencia del contrato.

Especial mención merece la obligación de presentación por las entidades aseguradoras de una oferta motivada de indemnización en el plazo máximo de tres meses desde la recepción de la reclamación por el perjudicado en el caso de que se haya determinado la responsabilidad y se haya cuantificado el daño o, en caso contrario, de una respuesta motivada a lo planteado en la reclamación. La falta de oferta motivada constituirá infracción administrativa conforme a la normativa reguladora de la ordenación y supervisión de los seguros privados, e implicará el devengo de intereses de demora.

La directiva que se transpone extiende la cobertura de los fondos nacionales de garantía a los daños materiales causados por vehículos desconocidos, siempre que se hubiera indemnizado por daños personales significativos producidos como consecuencia del mismo accidente. Esto obliga a ampliar la cobertura del Consorcio de Compensación de Seguros a estos supuestos.

Con este objeto, la Ley dispone qué debe entenderse por daños personales significativos.

III Como se anticipaba, además de realizar la obligada transposición de la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se incorporan a esta ley ciertas modificaciones del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor tendientes a mejorar la protección a las víctimas y a los asegurados.

Con el objetivo de reforzar el carácter de protección patrimonial para el tomador o asegurado

se limitan las posibilidades de repetición por el asegurador sobre ellos a las causas previstas en la ley, eliminando la posibilidad de que el asegurador repita contra el tomador o asegurado por causas previstas en el contrato.

Otras novedades afectan al precinto público o domiciliario del vehículo en caso de incumplimiento de la obligación de aseguramiento. Igualmente se precisa la redacción de algunos preceptos como el referido a las exclusiones del ámbito del seguro obligatorio.

IV Además de las modificaciones que se llevan a cabo en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, la completa transposición de la norma comunitaria exige modificar también el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, al objeto de eliminar la restricción impuesta al representante de las entidades aseguradoras domiciliadas en otro Estado del Espacio Económico Europeo que operen en España en régimen de libre prestación de servicios para no realizar operaciones de seguro directo en nombre de la entidad que representa.

Artículo primero. Modificación del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

Se efectúan las siguientes modificaciones en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre:

Uno. El artículo 2 queda redactado del siguiente modo: "1. Todo propietario de vehículos



a motor que tengan su estacionamiento habitual en España estará obligado a suscribir y mantener en vigor un contrato de seguro por cada vehículo de que sea titular, que cubra, hasta la cuantía de los límites del aseguramiento obligatorio, la responsabilidad civil a que se refiere el artículo 1. No obstante, el propietario quedará relevado de tal obligación cuando el seguro sea concertado por cualquier persona que tenga interés en el aseguramiento, quien deberá expresar el concepto en que contrata.

Se entiende que el vehículo tiene su estacionamiento habitual en España:

a) Cuando tiene matrícula española, independientemente de si dicha matrícula es definitiva o temporal.

b) Cuando se trate de un tipo de vehículo para el que no exista matrícula, pero lleve placa de seguro o signo distintivo análogo a la matrícula y España sea el Estado donde se ha expedido esta placa o signo.

c) Cuando se trate de un tipo de vehículo para el que no exista matrícula, placa de seguro o signo distintivo y España sea el Estado del domicilio del usuario.

d) A efectos de la liquidación del siniestro, en el caso de accidentes ocasionados en territorio español por vehículos sin matrícula o con una matrícula que no corresponda o haya dejado de corresponder al vehículo.

Reglamentariamente se determinará cuándo se entiende que una matrícula no corresponde o ha dejado de corresponder al vehículo.

e) Cuando se trate de un vehículo importado desde otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo, durante un periodo máximo de treinta días a contar desde que el comprador aceptó la entrega del vehículo, aunque éste no ostente matrícula española. A tal efecto, dichos vehículos podrán ser asegurados temporalmente mediante un seguro de frontera.

2. Con el objeto de controlar el efectivo cumplimiento de la obligación a que se refiere el apartado 1 y de que las personas implicadas en un accidente de circulación puedan averiguar con la mayor brevedad posible las circunstancias relativas a la entidad aseguradora que cubre la responsabilidad civil de cada uno de los vehículos implicados en el accidente, las entidades aseguradoras remitirán al Ministerio de Economía y Hacienda, a través del Consorcio de Compensación de Seguros, la información sobre los contratos de seguro que sea necesaria con los requisitos, en la forma y con la periodicidad que se determine reglamentariamente. El incumplimiento de esta obligación constituirá infracción administrativa muy grave o grave de acuerdo con lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 40.3.s) y 40.4.u), del texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre. El Ministerio de Economía y Hacienda coordinará sus actuaciones con el Ministerio del Interior para el adecuado ejercicio de sus respectivas competencias en este ámbito.

Quien, con arreglo al apartado 1, haya suscrito el contrato de seguro deberá acreditar su vigencia para que las personas implicadas en un accidente de circulación puedan averiguar con la mayor brevedad posible las circunstancias relativas al contrato y a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las medidas administrativas que se adopten al indicado fin.

Todo ello en la forma que se determine reglamentariamente.

3. Las autoridades aduaneras españolas serán competentes para comprobar la existencia y, en su caso, exigir a los vehículos extranjeros de países no miembros del Espacio Económico Europeo que no estén adheridos al Acuerdo entre las oficinas nacionales de seguros de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo y de otros Estados

asociados, y que pretendan acceder al territorio nacional, la suscripción de un seguro obligatorio que reúna, al menos, las condiciones y garantías establecidas en la legislación española. En su defecto, deberán denegarles dicho acceso.

4. En el caso de vehículos con estacionamiento habitual en el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo o vehículos que teniendo su estacionamiento habitual en el territorio de un tercer país entren en España desde el territorio de otro Estado miembro, se podrán realizar controles no sistemáticos del seguro siempre que no sean discriminatorios y se efectúen como parte de un control que no vaya dirigido exclusivamente a la comprobación del seguro.

5. Además de la cobertura indicada en el apartado 1, la póliza en que se formalice el contrato de seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria podrá incluir, con carácter potestativo, las coberturas que libremente se pacten entre el tomador y la entidad aseguradora con arreglo a la legislación vigente.

6. En todo lo no previsto expresamente en esta Ley y en sus normas reglamentarias de desarrollo, el contrato de seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor se regirá por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

7. Las entidades aseguradoras deberán expedir a favor del propietario del vehículo y del tomador del seguro del vehículo asegurado, en caso de ser persona distinta de aquél, previa petición de cualquiera de ellos, y en el plazo de quince días hábiles, certificación acreditativa de los siniestros de los que se derive responsabilidad frente a terceros, correspondientes a los cinco últimos años de seguro, si los hubiere o, en su caso, una certificación de ausencia de siniestros.”

Dos. El apartado 1 del artículo 3 queda redactado del siguiente modo:

“1. El incumplimiento de la obligación de asegurarse determinará:

a) La prohibición de circulación por territorio nacional de los vehículos no asegurados.

b) El depósito o precinto público o domiciliario del vehículo, con cargo a su propietario, mientras no sea concertado el seguro.

Se acordará cautelarmente el depósito o precinto público o domiciliario del vehículo por el tiempo de un mes, que en caso de reincidencia será de tres meses y en el supuesto de quebrantamiento del depósito o precinto será de un año, y deberá demostrarse, para levantar dicho depósito o precinto, que se dispone del seguro correspondiente. Los gastos que se originen como consecuencia del depósito o precinto del vehículo serán por cuenta del propietario, que deberá abonarlos o garantizar su pago como requisito previo a la devolución del vehículo.

Cualquier agente de la autoridad que en el ejercicio de sus funciones requiera la presentación del documento acreditativo de la existencia del seguro y no le sea exhibido formulará la correspondiente denuncia a la autoridad competente, que ordenará el inmediato precinto y depósito del vehículo en establecimiento público o el precinto en el domicilio del titular o poseedor si en el plazo de cinco días no se justifica ante ella la existencia del seguro.

En todo caso, la no presentación, a requerimiento de los agentes, de la documentación acreditativa del seguro será sancionada con 60 euros de multa.

c) Una sanción pecuniaria de 601 a 3.005 euros de multa, graduada según que el vehículo circulase o no, su categoría, el servicio que preste, la gravedad del perjuicio causado, en su caso, la duración de la falta de aseguramiento y la reiteración de la misma infracción.”

Tres. Se añade un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 4 con la siguiente redacción:



“Dicha cobertura incluirá cualquier tipo de estancia del vehículo asegurado en el territorio de otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo durante la vigencia del contrato.”

Cuatro. El apartado 1 del artículo 5 queda redactado del siguiente modo:

“1. La cobertura del seguro de suscripción obligatoria no alcanzará a los daños y perjuicios ocasionados por las lesiones o fallecimiento del conductor del vehículo causante del accidente”.

Cinco. Se añaden tres párrafos al final del artículo 6 con la siguiente redacción:

“Tampoco podrá oponer aquellas cláusulas contractuales que excluyan de la cobertura del seguro al ocupante sobre la base de que éste supiera o debiera haber sabido que el conductor del vehículo se encontraba bajo los efectos del alcohol o de otra sustancia tóxica en el momento del accidente. El asegurador no podrá oponer frente al perjudicado la existencia de franquicias. No podrá el asegurador oponer frente al perjudicado, ni frente al tomador, conductor o propietario, la no utilización de la declaración amistosa de accidente”.

Seis. El artículo 7 pasa a tener la siguiente redacción:

“1. El asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes. El perjudicado, o sus herederos, tendrán acción directa para exigirlo. Únicamente quedará exonerado de esta obligación si prueba que el hecho no da lugar a la exigencia de responsabilidad civil conforme al artículo 1 de la presente ley. Prescribe por el transcurso de un año la acción directa para exigir al asegurador la satisfacción al perjudicado del importe de los daños sufridos por el perjudicado en su persona y en sus bienes.

2. En el plazo de tres meses desde la recepción de la reclamación del perjudicado, el asegurador deberá presentar una oferta motivada de indemnización si se ha determinado la responsabilidad y cuantificado el daño; en caso contrario, o si la reclamación hubiera sido rechazada, dará una respuesta motivada. El incumplimiento de esta obligación constituirá infracción administrativa grave o leve, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 40.4.t) y 40.5.d) del texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

Trascurrido el plazo de tres meses sin que se haya presentado una oferta motivada de indemnización se devengarán intereses de demora, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 de esta ley. Reglamentariamente podrá regularse el contenido básico de la oferta motivada y de la respuesta motivada.

Lo dispuesto en el presente apartado será de aplicación para los accidentes que puedan indemnizarse por el sistema de las oficinas nacionales de seguro de automóviles, en cuyo caso toda referencia al asegurador se entenderá hecha a la Oficina Española de Aseguradores de Automóviles (Ofesauto) y a las entidades corresponsales autorizadas para representar a entidades aseguradoras extranjeras.

3. En todo caso, el asegurador deberá, hasta el límite cuantitativo del aseguramiento obligatorio, afianzar las responsabilidades civiles y abonar las pensiones que por la autoridad judicial fueren exigidas a los presuntos responsables asegurados, de acuerdo con lo establecido en los artículos 764 y 765 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

Siete. El artículo 9 queda redactado del siguiente modo:

“Si el asegurador incurriese en mora en el

cumplimiento de la prestación en el seguro de responsabilidad civil para la cobertura de los daños y perjuicios causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación, la indemnización de daños y perjuicios debidos por el asegurador se registrará por lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, con las siguientes peculiaridades:

a) No se impondrán intereses por mora cuando el asegurador acredite haber presentado al perjudicado la oferta motivada de indemnización a que se refieren los artículos 7.2 y 22.1 de esta Ley, siempre que la oferta se haga dentro del plazo previsto en los citados artículos, se ajuste en cuanto a su contenido a lo previsto en las normas de desarrollo reglamentario de esta ley y el pago no se condicione a la renuncia del perjudicado al ejercicio de futuras acciones que puedan corresponderle.

La falta de devengo de intereses de demora se limitará a la cantidad ofertada.

b) No se impondrán intereses por mora cuando las indemnizaciones fuesen satisfechas o consignadas ante el juzgado competente en primera instancia para conocer del proceso que se derivase del siniestro, dentro de los tres meses siguientes a su producción. La consignación podrá hacerse en dinero efectivo, mediante un aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad consignada.

c) Cuando los daños causados a las personas hubiesen de sufrirse por estas durante más de tres meses o su exacta valoración no pudiera ser determinada a efectos de la presentación de la oferta motivada a que se refiere el párrafo a) de este artículo o de la consignación a que se refiere el párrafo b), el tribunal, a la vista de las circunstancias del caso y de los dictámenes e informes que precise, resolverá sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad ofrecida o consignada por el asegurador,

atendiendo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta ley. Contra la resolución judicial que recaiga no cabrá recurso alguno.

d) Cuando, con posterioridad a una sentencia absolutoria o a otra resolución judicial que ponga fin, provisional o definitivamente, a un proceso penal y en la que se haya acordado que la suma consignada sea devuelta al asegurador o la consignación realizada en otra forma quede sin efecto, se inicie proceso civil en razón de la indemnización debida por el seguro, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 20.4 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, salvo que nuevamente se consigne la indemnización dentro de los diez días siguientes a la notificación al asegurado del inicio del proceso.”

Ocho. El párrafo c) del artículo 10 queda redactado del siguiente modo:

“c) Contra el tomador del seguro o asegurado por causas previstas en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.”

Nueve. El artículo 11 queda redactado del siguiente modo:

1. Corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros, dentro del ámbito territorial y hasta el límite cuantitativo del aseguramiento obligatorio:

a) Indemnizar a quienes hubieran sufrido daños en sus personas, por siniestros ocurridos en España, en aquellos casos en que el vehículo causante sea desconocido.

No obstante, si como consecuencia de un accidente causado por un vehículo desconocido se hubieran derivado daños personales significativos, el Consorcio de Compensación de Seguros habrá de indemnizar también los eventuales daños en los bienes derivados del mismo accidente. En este último caso, podrá fijarse reglamentariamente una franquicia no superior a 500 euros.



Se considerarán daños personales significativos la muerte, la incapacidad permanente o la incapacidad temporal que requiera, al menos, una estancia hospitalaria superior a siete días.

b) Indemnizar los daños en las personas y en los bienes, ocasionados con un vehículo que tenga su estacionamiento habitual en España, así como los ocasionados dentro del territorio español a personas con residencia habitual en España o a bienes de su propiedad situados en España con un vehículo con estacionamiento habitual en un tercer país no firmante del Acuerdo entre las oficinas nacionales de seguros de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo y de otros Estados asociados, en ambos casos cuando dicho vehículo no esté asegurado.

c) Indemnizar los daños a las personas y en los bienes ocasionados por un vehículo con estacionamiento habitual en España que esté asegurado y haya sido objeto de robo o robo de uso.

d) Indemnizar los daños a las personas y en los bienes cuando, en supuestos incluidos dentro del ámbito del aseguramiento de suscripción obligatoria o en los párrafos precedentes de este artículo, surgiera controversia entre el Consorcio de Compensación de Seguros y la entidad aseguradora acerca de quién debe indemnizar al perjudicado. No obstante lo anterior, si ulteriormente se resuelve o acuerda que corresponde indemnizar a la entidad aseguradora, ésta reembolsará al Consorcio de Compensación de Seguros la cantidad indemnizada más los intereses legales, incrementados en un 25 por ciento, desde la fecha en que abonó la indemnización.

e) Indemnizar los daños a las personas y en los bienes cuando la entidad española aseguradora del vehículo con estacionamiento habitual en España hubiera sido declarada judicialmente en concurso o, habiendo sido disuelta y encontrándose en situación de insolvencia, estuviera sujeta a un procedimiento de liquidación intervenida o ésta hubiera sido asumida por el propio Consorcio de Compensación de Seguros.

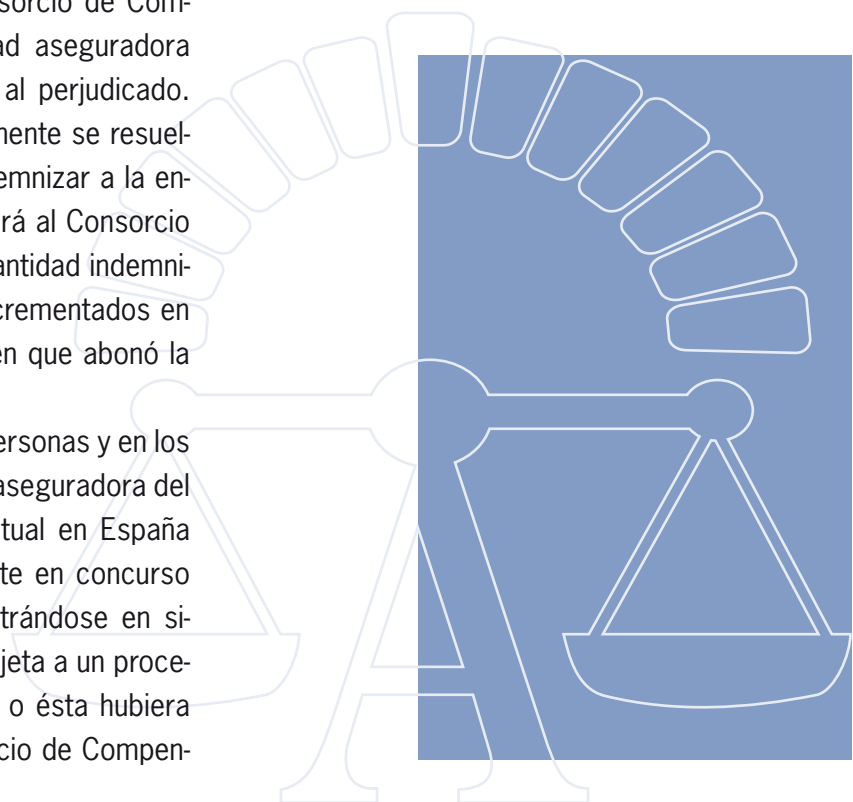
f) Reembolsar las indemnizaciones satisfechas a los perjudicados residentes en otros Estados del Espacio Económico Europeo por los organismos de indemnización, en los siguientes supuestos:

1.º Cuando el vehículo causante del accidente tenga su estacionamiento habitual en España, en el caso de que no pueda identificarse a la entidad aseguradora.

2.º Cuando el accidente haya ocurrido en España, en el caso de que no pueda identificarse al vehículo causante.

3.º Cuando el accidente haya ocurrido en España, en el caso de vehículos con estacionamiento habitual en terceros países adheridos al sistema de certificado internacional del seguro del automóvil (en adelante, carta verde) y no pueda identificarse a la entidad aseguradora.

g) Indemnizar los daños a las personas y en los bienes derivados de accidentes ocasionados por un vehículo importado a España desde otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que el vehículo no esté asegurado y el accidente haya ocurrido dentro del plazo de treinta días a



contar desde que el comprador aceptó la entrega del vehículo.

En los supuestos previstos en los párrafos b) y c), quedarán excluidos de la indemnización por el Consorcio los daños a las personas y en los bienes sufridos por quienes ocuparan voluntariamente el vehículo causante del siniestro, conociendo que éste no estaba asegurado o que había sido robado, siempre que el Consorcio probase que aquéllos conocían tales circunstancias.

2. El Consorcio de Compensación de Seguros asumirá las funciones que como organismo de información le atribuyen los artículos 24 y 25 de esta ley.

3. El perjudicado tendrá acción directa contra el Consorcio de Compensación de Seguros en los casos señalados en este artículo y éste podrá repetir en los supuestos definidos en el artículo 10, así como contra el propietario y el responsable del accidente cuando se trate de vehículo no asegurado, o contra los autores, cómplices o encubridores del robo del vehículo causante del siniestro, así como contra el responsable del accidente que conoció de la sustracción de aquél.

4. En los casos de repetición por el Consorcio de Compensación de Seguros será de aplicación el plazo de prescripción establecido en el artículo 10 de esta Ley.

5. El Consorcio no podrá condicionar el pago de la indemnización a la prueba por parte del perjudicado de que la persona responsable no puede pagar o se niega a hacerlo.

6. Corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros el fomento del aseguramiento de suscripción obligatoria de los vehículos a motor.”

Diez. El apartado 3 del artículo 22 queda redactado del siguiente modo:

“El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 constituirá infracción administrativa grave o leve de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 40.4.t) y 40.5.d) del texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.”

Once. El segundo párrafo del apartado 2 del artículo 25 queda redactado del siguiente modo:

“A la información de que disponga el Consorcio de Compensación de Seguros tendrán acceso, además de los perjudicados, los aseguradores de éstos, los organismos de información de otros Estados Miembros del Espacio Económico Europeo, la Oficina Española de Aseguradores de Automóviles, en su calidad de organismo de indemnización, y los organismos de indemnización de otros Estados Miembros del Espacio Económico Europeo, así como los fondos de garantía de otros Estados Miembros del Espacio Económico Europeo. Tendrán también acceso a dicha información los centros sanitarios y servicios de emergencias médicas que suscriban convenios con el Consorcio de Compensación de Seguros y las entidades aseguradoras para la asistencia a lesionados de tráfico.”

Artículo segundo. Modificación del texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

Se efectúan las siguientes modificaciones en el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre:

Uno. Se modifica el párrafo r) y se añade un nuevo párrafo s) al artículo 40.3 con la siguiente redacción:

“r) El incumplimiento de la obligación de suministrar al órgano competente la información a que



se refiere la legislación reguladora del registro de contratos de seguros de cobertura de fallecimiento, cuando tal conducta tenga carácter reincidente.

s) La falta de remisión de la información a que se refiere el artículo 2.2 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y sus normas de desarrollo, así como la falta de veracidad de la información remitida cuando con ello se dificulte el control del efectivo cumplimiento de la obligación de aseguramiento o la identificación de la entidad aseguradora que debe asumir los daños y perjuicios ocasionados en un accidente de circulación, siempre que tales conductas tengan carácter reincidente.”

Dos. Se añaden dos nuevos párrafos t) y u) al artículo 40.4 con la siguiente redacción:

“t) El incumplimiento del deber de presentar la oferta motivada o dar la respuesta motivada a que se refieren los artículos 7 y 22.3 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, cuando tal conducta tenga carácter reincidente.

u) La falta de remisión de la información a que se refiere el artículo 2.2 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y sus normas de desarrollo, así como la falta de veracidad de la información remitida cuando con ello se dificulte el control del efectivo cumplimiento de la obligación de aseguramiento o la identificación de la entidad aseguradora que debe asumir los daños y perjuicios ocasionados en un accidente de circulación.”

Tres. Se añade un nuevo párrafo d) al artículo 40.5 con la siguiente redacción:

“d) El incumplimiento del deber de presentar la oferta motivada o dar la respuesta motivada a que se refieren los artículos 7 y 22.3 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.”

Cuatro. El párrafo inicial del apartado 2 del artículo 86 queda redactado del siguiente modo:

“2. Las entidades aseguradoras a que se refiere el apartado anterior que pretendan celebrar contratos de seguro de responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles, excluida la responsabilidad del transportista, deberán además nombrar un representante, persona física que resida habitualmente en España o persona jurídica que esté en ella establecida. Sus facultades serán las siguientes:”

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

A la entrada en vigor de esta ley queda derogado el apartado 4 del artículo 86 del texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

Igualmente quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

Disposición final primera. Titulo competencial.

Esta Ley se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6.^a de la Constitución Española.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

Esta Ley entrará en vigor el 11 de junio de 2007.



noticias y actividades



■ XV CONGRESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. BARCELONA

Los pasados días, 22 y 23 de marzo se celebró en Barcelona el XV Congreso de Responsabilidad Civil organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y la Comisión de Abogados de Entidades Aseguradoras y Responsabilidad Civil.

Como de costumbre pudimos disfrutar de unas interesantísimas ponencias que trataron sobre temas tan dispares como la reforma del Código Penal, la adaptación a la V Directiva o la Responsabilidad por actividades deportivas o las lesiones en medios de transporte terrestre. Asimismo se analizó la responsabilidad de los agentes y mediadores de seguros y volvimos a tratar el tema de las reclamaciones por perjudicados extratabulares, tema que siempre despierta gran interés y curiosidad por los distintos supuestos ante los que podemos encontrarnos y a los cuales también cabe dar respuesta indemnizatoria. Y para finalizar se trató la responsabilidad de la Administración, cada vez más exigida y objeto de reclamación por los particulares, terminando con una interesantísima Mesa Redonda cuyos ponentes supieron captar nuestra atención después de dos du-



ras jornadas de trabajo, consiguiendo que los temas comentados resultaran atractivos y llegaran realmente y de forma productiva a los asistentes.

Junto al trabajo, por supuesto, la organización de la cena del primera día y almuerzo del segundo resultaron también exitosos, pudiendo disfrutar de la compañía de amigos y compañeros que siempre encontramos en estos acontecimientos, por lo que ya estamos deseando encontrarnos el próximo año en Barcelona.

PROGRAMA

JUEVES 22 DE MARZO

15.30h Recepción de los congresistas y entrega de la documentación

16.00h Inauguración del Congreso

16.15h **Proyecto de reforma del Código penal. Especial referencia a la imprudencia en los accidentes de circulación**

Sra. D^a M. Luisa C. Corcoy Bidasolo
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

Coloquio

17.15h **Adaptación del ordenamiento jurídico a la V Directiva**

Sr. D. Sergio Álvarez Camiña
Subdirector General de Seguros y Política legislativa de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones

Coloquio

18.15h **La responsabilidad civil en actividades deportivas y espectáculos públicos**

Sra. D^a. María Medina Alcoz
Profesora de Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Coloquio

21.30h Cena

VIERNES 23 DE MARZO

10.00h **Las lesiones del viajero de transportes**

terrestres. Coberturas obligatorias y su alcance

Excmo . Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos
Magistrado de la Sala 1^a del Tribunal Supremo
Coloquio

11.00h Pausa-café

11.15h **La responsabilidad Civil de agentes y mediadores en la nueva Ley de Mediación de Seguros Privados**

Sr. Juan Zabía de la Mata
Abogado-Abogado del Estado
Coloquio

12.15h **Reclamación de perjuicios al margen del Sistema de Valoración. (Perjudicados indirectos no tabulares)**

Ilmo. Sr. D. José Manuel de Paúl Velasco
Magistrado Presidente de la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Sevilla

Coloquio

14.00h Almuerzo

16.15h **Responsabilidad patrimonial de la Administración (distintos supuestos, intervención de la aseguradora y determinación de la indemnización)**

Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí
Magistrado de la Sala 3^a del Tribunal Supremo
Coloquio

17.15h **Cuestiones procesales en juicios declarativos por responsabilidad civil. Comentarios a la nueva reforma procesal.**

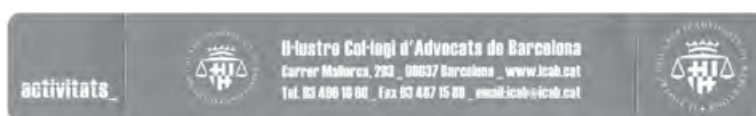
Mesa Redonda
Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Garnica Martín
Magistrado y Profesor Ordinario de la Escuela Judicial

Dr. Joan Picó Junoy

Profesor Titular de Derecho Procesal de la URV
Ilma. Sra. D^a. Nuria Alonso Malfaz. Magistrada del Juzgado de 1^a Instancia nº 28 de Barcelona

Coloquio

19.00h Clausura del Congreso



LA RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO Y SU ASESORAMIENTO

Madrid, 19 de abril
Centro de Convenciones Mapfre

INTRODUCCION

SEIDA ofreció a sus asociados la posibilidad de intervenir en un Foro en el que, acompañados por un elenco seleccionado de expertos de acreditado prestigio, puedan plantear las cuestiones más conflictivas en torno la responsabilidad civil de los abogados: su evolución en los últimos años, la incidencia de la nueva normativa de regulación de la profesión, la valoración del daño, su cobertura aseguradora, hasta dónde responden los Colegios de Abogados en el ejercicio de sus funciones.

Estos son algunos de los temas que SEIDA propone, pero el Foro quedó abierto a cualquier otra cuestión planteada por los asistentes.

PROGRAMA

9,00- 11,00 h. I. La responsabilidad civil profesional del abogado

1. Calificación de la relación profesional y calificación de contrato del contrato (mandato, arrendamiento de servicios, de obra ...).
2. Obligación de medios o de resultado. La culpa objetiva.
3. Actividades procesales y extraprocesales
4. La diligencia que exige la naturaleza de la obligación y los deberes impuestos por la normativa reguladora de la profesión: deberes de diligencia y pericia profesional, lealtad, fidelidad y secreto, información al cliente, custodia de documentos
5. La carga de la prueba: posibilidades de inversión de la misma

Ponente: Ricardo de Ángel Yagüez. Catedrático de Derecho Civil. Abogado

II. Incidencia de la nueva normativa de regulación de la profesión

1. La Ley de Sociedades Profesionales: el problema de los despachos colectivos, la potestad de dirección. Especialidades de la responsabilidad en los abogados de empresa.
2. La actuación de los pasantes. El acceso a la profesión de abogado; qué se entiende por "necesaria capacitación profesional (Ley 34/2006)"
3. La distribución de responsabilidades en el proceso entre abogado y procurador
4. Responsabilidad derivada de actuaciones en el extranjero: los distintos supuestos

Ponente: Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada. Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Granada

11,30-12,30 h. III. El daño o perjuicio

El daño indemnizable: equiparación o no del mismo a la pretensión deducida en la demanda; licitud de los juicios de valor sobre posibilidades de éxito de la pretensión; existencia de daño por privar a cliente de obtener una resolución; el daño moral por pérdida del derecho de defensa ; la teoría de la pérdida de la oportunidad. Valoración.

Ponente: Andrés Cid Luque. Abogado. Profesor asociado de la Universidad de Córdoba. Vicepresidente de la Asociación de Abogados de RC y Seguro

12,30-13,30 h. IV. La jurisprudencia del TS y AAPP en el 2006

Supuestos concretos de responsabilidad: errónea invocación de normas jurídicas; omisiones; ejecución de actos aislados; indebido planteamiento de cuestiones; recursos fuera de plazo; no subsanar



defectos de representación; no personarse ante la Audiencia en el recurso de apelación interpuesto.

Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Magistrado del Tribunal Supremo

16,00-17,00 h. V. La responsabilidad de los Colegios de Abogados derivada de sus funciones

Ponente: Nielson Sánchez Stewart. Abogado. Consejero del Consejo General de la Abogacía

17,00 -18,30 h. VI. La cobertura del seguro de Responsabilidad Civil

1. Objeto y alcance de la cobertura. El concepto de siniestro.

2. Delimitaciones cuantitativas (límites de indemnización por siniestro, por serie de siniestros, por año, límites agregados), cualitativas (exclusiones), geográficas y temporales (las cláusulas de delimitación temporal)

3. Las medidas preventivas antes de contratar la póliza, durante la vida de la misma y después del acaecimiento del siniestro.

4. Incidencias en la tramitación del siniestro: comunicación del siniestro, minoración de las consecuencias, pagos sin conocimiento ni consentimiento de la aseguradora...

Ponente: José M^a Elguero y Merino. Gerente de Riesgos Financieros y Profesionales Marsh SA



■ XXIII CONGRESO DE DERECHO DE CIRCULACIÓN. MADRID

Los días 23 y 24 de Abril se celebrará en Madrid, el XXIII Congreso de Derecho de la Circulación organizado por INESE RC.

Nuevamente se nos ofrece un completo temario con excelentes ponentes que tratarán, a lo largo de dos jornadas, desarrollar el siguiente Programa de actividades:

LUNES 23 DE ABRIL

9:00 Recepción y entrega de documentación

9:45 Presentación y apertura del congreso

D^a. Susana Pérez
Directora de INESE
D. José Antonio Badillo
Director Revista RC

10:00 La accidentalidad en España. Resultados Iniciales tras la implantación del carnet Por puntos Transposición de la quinta directiva en la Legislación española

10:30 La oferta de indemnización o respuesta motivada y su relación con el juicio ejecutivo y los intereses moratorios

D. Luis fernando Reglero Campos
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla La Mancha

11:15 Coloquio

11:30 Café

12:00 El estacionamiento habitual de los vehículos y otras modificaciones que afectan a la libre circulación de vehículos

D. Federico F. Garau
Abogado. Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Islas Baleares

12:45 Coloquio

13:00 Otras modificaciones de la ley. Funciones del consorcio. Cobertura de vehículos en caso de riesgos extraordinarios

D. Ignacio Machetti
Director general del consorcio de compensación de Seguros

13:45 Coloquio

14:00 Almuerzo libre

16:30 El resarcimiento del perjuicio del hermano mayor de edad del fallecido con algún ascendiente, a la luz del sistema legal valorativo

D. Mariano Medina
Abogado

17:15 Coloquio

17:30 Jurisdicción y responsabilidad patrimonial De la administración por accidentes de la Circulación

D. Ángel Vicente Illescas Rus
Magistrado. Audiencia Provincial de Madrid

18:30 Fin primera jornada

MARTES 24 DE ABRIL

10:00 Revisión de las indemnizaciones por daños personales. El derecho de repetición y las acciones del asegurador en casos de enriquecimiento injusto

D. Juan Antonio Xiol Ríos
Magistrado. Tribunal supremo

10:45 Coloquio

11:00 Café



D. Juan José Sánchez Noguerales
 Director de Verificación Técnica de Siniestros
 de Grupo Pelayo. Presidente Comisión Aseso-
 ra Fraude de UNESPA

D. José Luis Nieto
 Director General de Grupo Gesterec

12:30 Coloquio

12:45 Conferencia de clausura

Nuevos Criterios contra los delitos relati- vos a la Seguridad Vial

D. Bartolomé Vargas. Fiscal especial para deli-
 tos contra la Seguridad Vial. Tribunal Supremo

13:30 Fin del Congreso

Moderador: D. José Antonio Badillo
 Director Revista RC

Información general

Participantes

Profesionales directa o indirectamente intere-
 sados en la problemática del Derecho de la Cir-
 culación en general, y en particular del Seguro
 del Automóvil.

Reparto de Ponencias

Se entregará un dossier, al inicio del Congre-

so, con la documentación entregada por los
 ponentes en CD.

Sede

Las sesiones del Congreso se desarrollaran en
 el Hotel Meliá Castilla
 C/ Capitán Haya 43
 28020 MADRID

Secretaría del Congreso

La secretaría del XXII Congreso de Derecho de
 la Circulación se encuentra en:
 INESE, C/ Albarracín , 34 4ªPlta.
 28037 Madrid
 Tlf: 91 375 58 00 / Fax: 91 535 29 55

e-mail: formacionmad@inese.com

Web: <http://www.inese.es>

Cancelación

A la cancelación recibida con 8 días de antela-
 ción se le devolverán los derechos de inscrip-
 ción, deduciendo un 10% en concepto de gas-
 tos. Con menos de una semana se devolverá el
 50% de la cuota de inscripción. Una vez inicia-
 do el Congreso no se admitirán cancelaciones,
 pero si la sustitución por otra persona de la
 misma empresa.



■ V JORNADA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO. ALMERÍA

El próximo día 4 de Mayo tendrá lugar el Almería la V Jornada sobre Responsabilidad Civil y Seguro, organizada por el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Almería y el Grupo de Abogados de Derecho de la Circulación y Seguro del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Almería.

El programa que se ha preparado para esta ocasión es el que ahora os reproducimos:

10.00 h. Inauguración-Presentación

Inauguración y presentación del curso por el Ilmo. Sr. Decano de este Ilustre Colegio Provincial de Abogados, el Ilmo. Sr. Presidente y el Ilmo. Sr. Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Almería.

10.30 h. 1ª Ponencia “**La fuerza mayor como circunstancia exoneradora de la responsabilidad civil automovilística**”

Ponente: D. Mariano Medina Crespo
Abogado. Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en R.C. y Seguro.

11.45 h. Pausa-Café

12.15 h. 2ª Ponencia “**Responsabilidad civil médica y consentimiento informado**”

Ponente: D. Javier López y García de la Serrana
Abogado. Secretario General de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro.
Director de la Escuela de Prácticas Jurídica de Granada

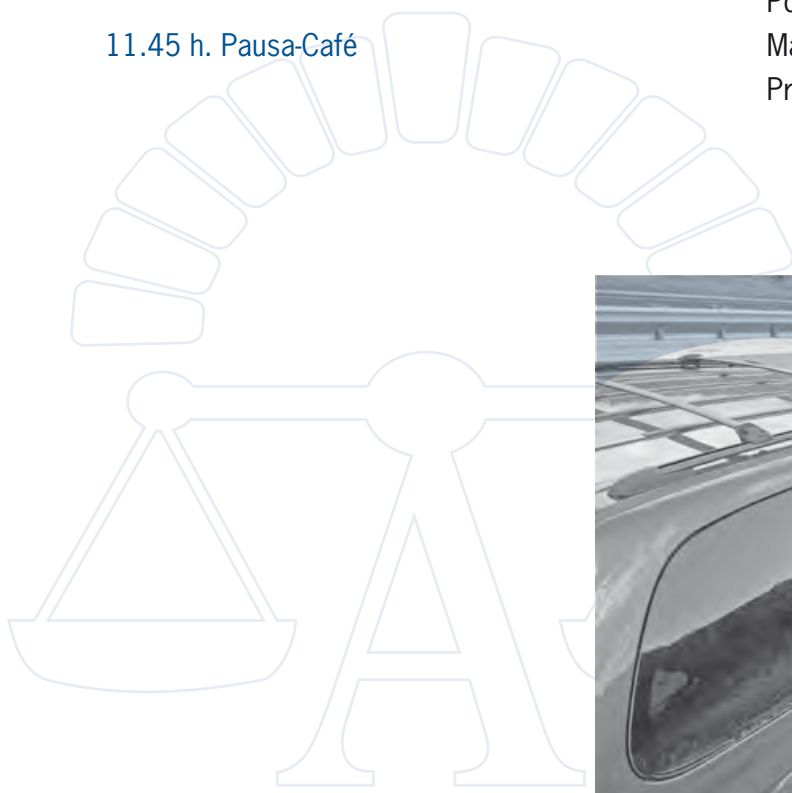
17.00 h. 3ª Ponencia “**La prueba del lucro cesante**”

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Garnica Martín
Magistrado y profesor ordinario de la Escuela Judicial de Barcelona

18.15h. a 18.30h. Pausa

18.30h. Mesa redonda “**Reclamaciones en accidentes de circulación: prescripción. Oposición al Auto Ejecutivo art. 13. Intereses (STS 1/3/07). Baremo, etc.**”

Ponentes: Ilmo. Sr. D. Manuel Espinosa Labella
Magistrado Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería





Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Garnica Martín
Magistrado y profesor ordinario de la Escuela
Judicial de Barcelona

Ilma. Sra. D^a Ana de Pedro Puertas
Magistrado-Juez del Juzgado de Primera
Instancia Número Uno de Almería

Ilma. Sra. D^a María Fe Tabasco Cabezas
Magistrado-Juez del Juzgado de Primera
Instancia Número Cinco de Almería

Moderador: D. Pedro Torrecillas Jiménez
Abogado. Presidente del Grupo de Abogados de
Derecho de Circulación y Seguro

22.00 h. Cena-baile en el Restaurante Club de Mar
Almería

Lugar de Celebración

Salón de Actos del Colegio de Abogados de Almería
Álvarez de Castro, 25, Bajo

Información

Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Almería
Teléfonos: 950 23 75 33 y 950 23 71 04

Web: www.icaalmeria.com

E-mail: icaal@aranzadi.es

Diplomas

A los asistentes se les otorgará el correspondiente diploma.

Organiza

Sociedad de Servicios del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Almería ICAALMERIA, S.L.U.

Colabora

Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro

V JORNADA
DE RESPONSABILIDAD CIVIL
Y SEGURO DE ALMERÍA

4 de Mayo de 2007



Ilustre Colegio
Provincial de
Abogados de Almería



Grupo de Abogados de
Derecho de
Circulación y Seguro
del Ilustre Colegio
Provincial de
Abogados de Almería



■ VIII CONGRESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. GIJÓN

Los días 7, 8 y 9 de junio, se ha previsto la celebración en Gijón del VIII Congreso Nacional de Responsabilidad Civil, organizado por la Cámara de Gijón y en el que además de poder disfrutar de esa preciosa ciudad, tenemos el siguiente programa de ponencias:

Jueves, 7 de junio

16:30 Entrega de acreditaciones

17:00 PRESENTACIÓN DEL CONGRESO

17:30 **“Daño e indemnización”**

Dña. Encarna Roca Trias

Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

19:00 Descanso

19:30 **“Causalidad y criterios de imputación objetiva en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo”**

D. Fernando Pantaleón Prieto

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid

Viernes, 8 de junio

10:00 **“LOE y Código Técnico de la Edificación”**

D. Angel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

11:30 Descanso

12:00 **“Responsabilidad Civil en materia concursal”**

D. José María Fernández Seijo

Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona

13:30 Descanso

17:00 **“Responsabilidad civil y urbanismo”**

D. Antonio Vercher Noguera

Fiscal de Sala. Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo

18:30 Descanso

19:00 **“Responsabilidad civil y proceso”**

D. José Luis Secane Spiegelberg

Presidente de la Audiencia Provincial de La Coruña

20:15 Cócktail

Sábado, 9 de junio

10:00 **“Responsabilidad civil y accidentes de trabajo”**

D. Francisco Marín Castán

Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

11:00 Descanso





11:30 “Responsabilidad civil y seguro”

D. Juan Antonio Xiol Rios

Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

13:00 CLAUSURA

Todas las conferencias irán seguidas del correspondiente coloquio.

IMPORTE DE INSCRIPCIÓN

Antes del 28 de Mayo de 2007 180 €

Posterior al 28 de mayo de 2007 200 €

Suscriptores El Derecho Editores 150 €

(Imprescindible Acreditación)

Estudiantes Escuela Práctica-Jurídica 150 €

(Imprescindible Acreditación)

* El importe de la inscripción da derecho a la libre asistencia de Ponencias y Mesas Redondas y a la participación en los actos previstos en el programa, como cafés y cóctail.

* Se expedirá diploma de participación.

* El importe total debe ser remitido:

- Mediante talón nominativo a la Cámara de Comercio de Gijón, Congreso de Responsabilidad Civil.

- Por transferencia bancaria a la cuenta que la Cámara de Comercio de Gijón tiene en CAJAS-TUR nº 2048 0003 64 0340012017, remitiendo por fax o e-mail el justificante del pago, indicando inscripción en el Congreso de Responsabilidad Civil.



publicaciones recomendadas



RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES DIMANANTES DE LA CAZA

Autores: **C. Ortuño Navalón, R. Manzana Laguarda**

Fecha: **2007**



RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL

Autor: **Javier Indalecio Barraza**

Fecha: **2006**



RESPONSABILIDAD PENAL, CIVIL Y PROFESIONAL DEL CONTADOR PÚBLICO

Autor: **Mario Brodsky**

Editorial: **Aranzadi - Thomson Company**

Fecha: **2006**

de encuentro para juristas y profesionales



El tiempo nos da la razón...

DESDE 1988, MÁS DE 12.000 PROFESIONALES DEL DERECHO CONFÍAN EN NUESTROS PRODUCTOS



INFOLEX

Gestión Jurídica

Módulos y Características

Gestión de Expedientes e Iguales | Seguimiento Judicial y Extrajudicial
| Agenda Integrada con Expedientes e Iguales | Escritos y Plantillas |
Minutación y Facturación | Contabilidad y Tributación | Listín
Electrónico y Mailing | Bases de Datos | Listados e Informes
Personalizables | Control de Trámites Para el Seguimiento de Cobros
| Control y Seguimiento de Tiempos y Llamadas | Incorporación de
Documentos e Imágenes Mediante Escáner | Conectividad con Agendas
Electrónicas | Acceso Directo a Fax y E-Mail | Desarrollos a medida |
Consulta Online de expedientes para sus Clientes | Cálculo de
Intereses Legales y Judiciales | Acceso remoto a su despacho |
Traspaso de datos de otras aplicaciones | Etc...

Información: 902 090 001

Jurisoft Central

Victoria Balfé 52-54 09006 BURGOS
Tlf.: 947 24 50 70 Fax: 947 24 50 71
info@jurisoft.es

Jurisoft Madrid

Velázquez 17, 6º 28001 MADRID
Tlf.: 91 436 48 44 Fax: 91 436 48 42
madrid@jurisoft.es

Jurisoft Cataluña

Paseo de Gracia 42, 2º 08007 BARCELONA
Tlf.: 93 467 06 53 Fax: 93 487 27 25
catalunya@jurisoft.es



WWW.JURISOFT.ES
INFO@JURISOFT.ES

ÚBEDA - NOVIEMBRE 2007

www.asociacionabogadosres.org

VII CONGRESO NACIONAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

JUEVES 15 NOVIEMBRE 2007

9.00 h
Acreditación de congresistas y entrega de documentación
9.30 h
Inauguración del Congreso
Intervención del Ilmo. Sr. Alcalde de Úbeda

CUESTIONES GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Moderador: **Miguel Pasquau Ljaño**
Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada

10.00 h
¿Existe la Responsabilidad Civil Subsidiaria?
Ponente: **Mariano Medina Crespo**
Abogado, Presidente de la Asociación

10.45 h
La asunción del riesgo por la víctima
Ponente: **Santiago Cavanillas Múgica**
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de las Islas Baleares

11.30 h Pausa, Café
12.00 h
La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas: criterios de imputación
Ponente: **Jesús Leguina Villa**
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá de Henares

12.45 h
Acciones colectivas contra daños
Ponente: **Eugenio Llamas Pombo**
Abogado, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca

VISITA A UNA ALMAZARA Y ALMUERZO TÍPICO

TALLER DE LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Moderador: **Mariano José Herrador Guardia**
Abogado, Director del Congreso.

16.30 h
Acertios y errores en la actuación de los abogados en asuntos de Responsabilidad Civil
Ponente: **José María Torres Fernández de Sevilla**
Magistrado de la Audiencia Provincial de Ciudad Real

17.15 h
Interrogatorio de partes, testigos y peritos
Ponente: **Jordi Estalella del Pino**
Abogado, Profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona y de la UNED en "Habilidades para Abogados"

18.00 h
Estrategias para una mayor eficacia de la prueba pericial de parte y de la judicial
Ponente: **Ignacio Flores Prada**
Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

18.45 h
Cómo argumentar con eficacia: las conclusiones orales
Ponente: **Antonio del Moral García**
Fiscal del Tribunal Supremo

VISITA GUIADA A ÚBEDA Y VELADA FLAMENCA

VIERNES 16 NOVIEMBRE 2007

TRÁFICO Y SEGUROS

Moderador: **Javier López García de la Serrana**
Abogado, Secretario General de la Asociación

10.00 h
Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras en el Contrato de Seguro. El deber de información del asegurador
Ponente: **Fernando Reglero Campos**
Abogado, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

10.45 h
La reforma de la LRCSCVM
Ponente: **María José Fernández Martín**
Abogada, Ex-Directora de OFESAUTO

11.30 h Pausa, Café

12.00 h
El asegurador en el proceso penal
Ponente: **Mariano Yzquierdo Tolsada**
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense

12.45 h
El Ministerio Fiscal y la protección de las víctimas de accidentes de tráfico
Ponente: **Bartolomé Vargas Cabrera**
Fiscal del Tribunal Supremo, Fiscal especial para los asuntos de Seguridad Vial

COMIDA DE TRABAJO (DEGUSTACIÓN DE PRODUCTOS TÍPICOS)

TEMAS ACTUALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Moderador: **Antonio Ortí Vallejo**
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Granada

16.30 h
La Responsabilidad Civil Médica: pérdida de oportunidad y daño desproporcionado
Ponente: **Clara Isabel Asúa González**
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco

17.15 h
La Responsabilidad Civil en las relaciones de vecindad
Ponente: **Silvia Díaz Alabart**
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense

18.00 h
El acoso en los centros de enseñanza (el "Bullying")
Ponente: **Juan Antonio Moreno Martínez**
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Alicante

19.00 h
CEREMONIA DE CLAUSURA
Asistencia de las autoridades y de todos los ponentes

CONFERENCIA DEL ESCRITOR **ANTONIO GALA**
22.00 h
CENA DE GALA
Hotel Ciudad de Úbeda


10.30 h
JUNTA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN

SÁBADO 17 NOVIEMBRE 2007

11.30 h
EXCURSIÓN, VISITA GUIADA Y COMIDA EN BAEZA


Se ha previsto un PROGRAMA PARA ACOMPAÑANTES Les acompañarán guías turísticos en visitas a interiores de monumentos, archivo municipal y alfarerías, entre otras.

ORGANIZA:



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

PATROCINA:



MAPFRE

Inscripciones
902 361 350