

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

**nº30**

Segundo Trimestre. Año 2009

■ Presupuestos para la aplicación del art. 1903.4 CC a los daños causados directamente por las empresas subcontratadas

■ Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidad

■ El resarcimiento del lucro cesante en los supuestos de muerte e incapacidad permanente

**La mejor decisión es la que no hay que volver a tomar**

Desde 1988, más de 15.000  
Profesionales del Derecho  
lo utilizan a diario

# INFOLEX

## Gestión Jurídica

V.7 SQL Server

### 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 desde Escáner
- Conectividad con Agendas Electrónicas
- Acceso Directo a Fax y E-Mail
- Desarrollos 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

 **Jurisoft**

PARA MÁS INFORMACIÓN:

**902 090 001**

[www.jurisoft.es](http://www.jurisoft.es) [info@jurisoft.es](mailto:info@jurisoft.es)

"Infoplex implementa las medidas de seguridad de nivel alto que la normativa en materia de Protección de Datos exige a las aplicaciones software que traten datos de carácter personal."

PARA MÁS INFORMACIÓN:

**902 090 001**

[www.jurisoft.es](http://www.jurisoft.es) - [info@jurisoft.es](mailto:info@jurisoft.es)

**JURISOFT MADRID**

Velázquez nº17, 6º  
28001 - MADRID  
[madrid@jurisoft.es](mailto:madrid@jurisoft.es)

**JURISOFT CENTRAL**

Victoria Balfe nº52-54  
09006 - BURGOS  
[info@jurisoft.es](mailto:info@jurisoft.es)

**JURISOFT CATALUÑA**

Paseo de Gracia nº42, 2ª  
08007 - BARCELONA  
[catalunya@jurisoft.es](mailto:catalunya@jurisoft.es)

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

**nº30**

Segundo Trimestre. Año 2009

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

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



# CONTENIDOS

## EDITORIAL

- ◆ Almería 2009, doce razones para no faltar. *Javier López y García de la Serrana* ..... 5

## DOCTRINA

- ◆ Presupuestos para la aplicación del art. 1903.4 CC a los daños causados directamente por las empresas subcontratadas. *Vicente Jesús Tovar Sabio* ..... 9
- ◆ Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades. *Luis Medina Alcoz* ..... 31
- ◆ El resarcimiento del lucro cesante en los supuestos de muerte e incapacidad permanente. *Alberto del Águila Alarcón* ..... 75

## JURISPRUDENCIA

### Tribunal Supremo

#### RESPONSABILIDAD CIVIL

- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 1 de abril de 2009.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Reclamación por la madre, cusante del accidente, de la indemnización correspondiente por el fallecimiento de su marido y sus hijas, que viajaban en el vehículo como ocupantes ..... 85
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 23 de abril de 2009.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Accidente laboral. No se aplica la doctrina del riesgo. Imputación objetiva del resultado dañoso a la actuación de los demandados. Competencia de la Jurisdicción Civil en aquellos casos en que han sido demandadas otras personas distintas de la empresa contratante del trabajador lesionado, y aun habiéndose "producido un incumplimiento del contrato de trabajo" ..... 94
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 12 de mayo de 2009.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad civil del procurador que no dio traslado de la sentencia de primera instancia al abogado en tiempo oportuno. Valoración del daño patrimonial por pérdida de oportunidades según las posibilidades reales de éxito de la acción impugnatoria contra la sentencia de primera instancia ..... 109



- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 20 de mayo de 2009.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Prescripción de la acción por culpa extracontractual en caso de lesiones corporales: El "dies a quo" no es el del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino el de la determinación invalidante de éstas, es decir, en el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas..... 117
  
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 25 de mayo de 2009.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Ejecución de sentencia. Fijación de cuantía de la indemnización por daños y perjuicios acordada la sentencia. La indemnización que fija el auto recurrido no guarda correspondencia con los resuelto por sentencia..... 126

#### **PERLAS CULTIVADAS**

- ◆ Pronunciamientos Relevantes. Por José Mª Hernández-Carrillo Fuentes ..... 133

#### **ENTREVISTA**

- ◆ *Javier Gómez Bermúdez.* Por María del Carmen Ruiz-Matas Roldán ..... 147

#### **LEGISLACIÓN**

- ◆ Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo. Nuevo Reglamento General de Conductores..... 151

#### **NOTICIAS Y ACTIVIDADES**

- ◆ Jornada de Responsabilidad Civil. Burgos. Mayo 2009 ..... 155
- ◆ VI Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Ronda (Málaga). Mayo 2009 ..... 157

**EDITA:**

Asociación Española de Abogados Especializados  
en Responsabilidad Civil y Seguro

C/Trajano, 8, Esc. 1ª - 1ºC · 18002 Granada ·  
Tel.: 902 361 350

C.I.F.: G-18585240

**PRESIDENTE:**

*Mariano Medina Crespo*

**DIRECTOR:**

*Javier López y García de la Serrana*

**SUBDIRECTORA:**

*María del Carmen Ruiz-Matas Roldán*

**CONSEJO DE REDACCIÓN:**

*Javier López y García de la Serrana, Mariano Medina Crespo, Andrés Cid Luque, José María Hernández-Carrillo Fuentes, Andrés López Jiménez, Fernando Estrella Ruiz, José Félix Gullón Vara, María Fernanda Vidal Pérez, José Manuel Villar Calabuig, Josep Viella i Massegú, Carmelo Cascón Merino, Andrés Garrido Álvarez, 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, José Luis Nava Meana, Javier Muro Insausti y José Antonio Badillo Arias.*

**MIEMBROS DE HONOR:**

*Mariano Yzquierdo Tolsada, Miquel Martín Casals, Fernando Pantaleón Prieto, Jesús Fernández Entralgo, Eugenio Llamas Pombo, Ricardo de Ángel Yágüez, José Manuel de Paúl Velasco, Miguel Pasquau Liaño y Fernando Reglero Campos (†)*

**DISEÑO:**

*Aeroprint Producciones S.L.*

**IMPRIME:**

*Aeroprint Producciones S.L.*

**D.L.** GR-1228/02

**ISSN** 1887-701

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



## Almería 2009: doce razones para no faltar

---

Javier López y García de la Serrana  
*Director*

En esta novena edición de nuestro Congreso Nacional de la Asociación, que tendrá lugar los próximos 24, 25 y 26 de septiembre, se optó por la ciudad de Almería y ello gracias a la persistencia de nuestro querido compañero **Pedro Torrecillas Jiménez** y su magnífico equipo, **Carmen Pérez Navero**, **Javier Soria Díaz**, **Juan Núñez Fenoy**, **Juan Miguel Cano Velázquez** y **Guillermo Lao Fernández**, que presentaron un proyecto tan ilusionante que la asamblea general de la Asociación acordó por primera vez adelantar la fecha del congreso del mes de noviembre, fecha en la que se celebró en las ocho anteriores ediciones, al mes de septiembre, entendiendo que los inconvenientes que pudiera representar dicho cambio de fecha eran asumibles con tal de poder celebrarlo en una provincia en la que el sol, la playa y su variedad paisajística son sus grandes protagonistas.

Este cambio de fecha venía igualmente motivado por la previsión de que la décima edición de nuestro Congreso Nacional tendrá lugar en el mes de septiembre de 2010 en Mallorca, pues igualmente esta ciudad se disfruta mucho más en estas fechas. Y es que la asamblea general de la Asociación estimó que, dado que la consolidación de nuestro congreso como evento de referencia es ya patente,



sería conveniente que fueran los organizadores de cada año los que decidan sobre las fechas que ellos entienden más propicias para disfrutar de su provincia, haciendo de esta forma que nuestro congreso sea itinerante no sólo en cuanto al lugar de celebración –que ya lo era casi desde el principio- sino también en cuanto a la fecha de celebración, convirtiéndolo en un punto de encuentro único dentro de nuestra especialidad.

En base a ello, el comité organizador del congreso de este año, estimó que septiembre era el mejor mes para poder celebrar este evento en Almería. Asimismo consideró conveniente que este año tan especial, el congreso empezara el jueves por la tarde, con el objeto de poder llegar el jueves por la mañana y no tener que pernoctar el miércoles por la noche, pudiendo así alargar la estancia habitual de tres noches hasta el domingo, disfrutando de esta forma de la espectacular jornada lúdico festiva prevista para el sábado, en la que podremos compartir nuestras experiencias profesionales y personales, en un ambiente muy divertido y distendido, que seguro hará las delicias de muchos. Esta es la primera de las razones para no faltar a esta cita de todos.

Con respecto al programa científico, se ha pretendido que esté por lo menos al mismo nivel de años anteriores. Para ello se ha cuidado como nunca la elección de las materias a tratar, todas ellas de mucha actualidad y contenido, así como de sus correspondientes ponentes, contando por tanto con diez ponencias, que ya han sido entregadas por sus autores para la confección del libro que será entregado en el congreso, y de las que puedo garantizar, por haber tenido el honor de ser el primero en poder disfrutar leyéndolas, su calidad y brillantez hasta extremos que sorprenderán a muchos. Además de estas diez ponencias, también disponemos de la de clausura, que este año hemos querido que fuera pronunciada por **Jesús Fernández Entralgo**, como homenaje sentido de nuestra Asociación a este magistrado tan querido y apreciado por todos.

Las once ponencias, vienen a ser las otras once razones para no faltar a esta cita de todos.

En la primera ponencia *“Medios y formas de reparación del daño”*, su autor, **Eugenio Llamas Pombo**, Abogado, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca y miembro de honor de nuestra Asociación, nos desvela los mecanismos que vienen siendo utilizados en nuestra doctrina y jurisprudencia para conseguir alcanzar el principio que inspira la institución de la responsabilidad civil, esto es, la restitución íntegra del daño causado a la víctima. Esta ponencia supone un magnífico trabajo de este autor, que ayuda a comprender mucho mejor esta materia y asimismo se convierte en una guía para el trabajo diario en la misma.

El segundo trabajo que se nos presenta *“La indemnización del daño derivado de intromisiones ilegítimas en el honor personal”*, corre a cargo de **Ignacio Rodríguez Fernández**, Fiscal de la Audiencia Provincial de Granada. En el mismo, en un primer lugar se nos presenta y analiza la reintegración civil del derecho al honor de forma autónoma, y como tutela jurídica de dicho derecho, ajena a la responsabilidad extracontractual. Seguidamente, se presenta y estudia el componente punitivo que se pretende otorgar conjuntamente al determinar las indemnizaciones ante intromisiones ilegítimas en el derecho al honor. Sin duda surgen muchos interrogantes acerca del régimen jurídico y cuantificación de estas indemnizaciones, los cuales se abarcan de forma explícita en este trabajo.

Como tercera ponencia *“La Responsabilidad Civil en el ámbito de la propiedad intelectual”*, nuestro ya asiduo ponente y miembro de honor de nuestra Asociación, **Mariano Yzquierdo Tolsada**, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense, analiza los distintos tipos de acciones existentes por infracción de los derechos de propiedad intelectual, infracción de derechos morales y de derechos patrimoniales, haciendo especial referencia, a un tema

de tan rabiosa actualidad como son las descargas de obras protegidas a través de Internet. Asimismo y en cuanto a lo que se refiere a la indemnización por daños y perjuicios que proceden en tales supuestos, se nos hace referencia tanto al régimen anterior a la reforma operada por la Ley 19/2006, de 5 de junio como al régimen adoptado por la Ley 19/2006, de 5 de junio.

La cuarta intervención trata sobre *“La STC 181/2000 y su extrapolación a los supuestos de muerte o lesiones permanentes”* y corre a cargo de **Jesús Tirado Estrada**, Fiscal ante el Tribunal Constitucional. En dicho trabajo se nos ofrece un estudio planteado sobre cómo salvar la situación actual donde, perviven resoluciones judiciales dispares que, o bien aplican estrictamente el baremo, entendiendo que, no declarada la inconstitucionalidad más que del apartado B de la Tabla V, no cabe en caso de muerte o lesiones permanentes, sino aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos previsto legalmente, lo que obsta e impide el adecuado resarcimiento del lucro cesante, u otras que o bien acuden a una lectura constitucional, proyectando la doctrina aplicable al lucro cesante en caso de lesiones temporales de la STC 181/2000 sobre las tablas II y IV; o bien, efectúan una interpretación del mismo posibilitando la satisfacción del lucro cesante con base en la consideración de concurrencia de circunstancias excepcionales y lo dispuesto en el apartado primero, número 7, inciso segundo, del Anexo.

La quinta ponencia *“Los falsos títulos de imputación de la responsabilidad civil”* es presentada por el Presidente de nuestra Asociación, **Mariano Medina Crespo**, Abogado, y recientemente nombrado Doctor en Derecho, quien, tal y como nos tiene acostumbrados, trata este asunto de forma profunda, que demuestra un completo conocimiento de la materia. Así, con este título se está refiriendo a aquellos que difieren de la culpa, el riesgo específico y el sacrificio necesario, que según el autor constituyen los tres títulos normativos de

imputación o atribución de la responsabilidad civil extracontractual. Con ello se analizan como tales, el lucro, el riesgo empresarial, el riesgo administrativo, la solidaridad, el defecto de seguridad del producto, la potestad familiar, la garantía, la vecindad, la equidad y finalmente el seguro.

En sexto lugar, se presenta el trabajo *“La reforma del Sistema Legal Valorativo (el Baremo). Necesidad y oportunidad”*, a cargo de **Sergio Álvarez Camiña**, subdirector de Política Legislativa de la Dirección General de Seguros. Para tratar ese asunto, tantas veces comentado en foros y encuentros de especialistas en la materia, se nos ofrece por parte de su autor, un estudio sobre cuáles son realmente las deficiencias y carencias de nuestro sistema de valoración actual, así como de cuáles deben ser los modos de plantear su reforma para conseguir una reforma práctica y útil a las necesidades actuales. En último lugar también se hace mención a las consecuencias económicas de la citada reforma, las cuales siempre van a suponer un factor determinante a la hora de llevarla a cabo.

La ponencia que se nos presenta en séptimo lugar, *“Responsabilidad civil derivada de los incidentes penales de familia”*, está realizada por **Manuel Estrella Ruiz**, Magistrado de la Audiencia Provincial de Cádiz, que nos presenta un interesantísimo tema poco tratado en congresos o conferencias sobre nuestra materia, el cual recoge una gran trascendencia en nuestra práctica habitual. Así se analiza el tipo del abandono de familia impropio, el alzamiento de bienes, el incumplimiento del régimen de visitas y la responsabilidad penal derivada de los actos cometido por menores de edad, todos ellos analizados junto a la responsabilidad civil derivada de los mismos. Un magnífico trabajo el realizado, tal y como nos tiene acostumbrados este ilustre jurista gaditano.

En cuanto a la octava ponencia *“La Responsabilidad Civil en delitos terroristas”*, corre a cargo de **Javier Gómez Bermúdez**, Presidente de la Sala



de lo Penal de la Audiencia Nacional. Se trata de un interesantísimo trabajo donde se nos explica y se nos da las claves para entender, cuáles son los criterios que se han tenido en cuenta para determinar y valorar la responsabilidad civil incluida en sentencias por delitos de terrorismo tan famosas como la del 11 M. De este modo se analiza la conveniencia o no de utilizar en estos casos sistemas de valoración del daño, como pudiera ser el existente para los daños derivados de accidentes de circulación.

La novena intervención trata sobre *“El resarcimiento de los daños causados por la incapacidad permanente en supuestos de Responsabilidad Civil Laboral”*, y es desarrollada por **José Manuel López y García de la Serrana**, Magistrado de la Sala 4ª del Tribunal Supremo. En esta ocasión se analiza en especial el tema de la incapacidad permanente, como concepto susceptible de indemnización en los accidentes de trabajo por responsabilidad del empresario. Tras las últimas sentencias de la Sala 4ª acerca del tratamiento de la compensación de indemnizaciones en los accidentes de trabajo, este trabajo analiza cuál es la naturaleza de la incapacidad permanente, qué es lo que realmente se indemniza bajo dicho concepto, para de este modo determinar cómo debe realizarse su compensación ante el resto de cuantías recibidas por la víctima ante el accidente sufrido. Sin duda se trata de un estudio necesario sobre una materia con la que nos tenemos que familiarizar y sobre todo conocer cuál va a ser su tratamiento.

Y como décima ponencia, que precede a la de clausura, *“Valoración del daño en supuestos de Responsabilidad civil extra-automovilista”*, a cargo de **José Antonio Seijas Quintana**, Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. En este caso se nos ofrece un estudio acerca de los distintos casos previstos en nuestra legislación, fundamentalmente en el código civil, y de los que nace la responsabilidad civil extracontractual. Para ello se analiza tanto el título que genera la responsabilidad civil,

como la determinación del daño y la cuantificación del mismo, tratando temas tan específicos como la responsabilidad médica o la responsabilidad profesional del abogado. Se trata de un estudio que nos sirve también de herramienta útil para el trabajo diario en nuestra profesión y que agradecemos enormemente que se nos presente de esta manera y a cargo de un excelente estudioso de la materia como es este ponente.

La conferencia de clausura trata *“La doctrina valorista de las sentencias plenarios de 17 de abril de 2007 y su proyección sobre los diversos órdenes jurisdiccionales”*, a cargo de **Jesús Fernández Entralgo**, Presidente de la Audiencia Provincial de Huelva y miembro de honor de nuestra Asociación. Este gran amigo y colaborador, viene a abordar la cuestión del valorismo, haciendo un análisis histórico a través de la distinta y sucesiva jurisprudencia nacida en torno a esta figura, y ello hasta llegar a las citadas Sentencias de nuestro Tribunal Supremo que han venido a determinar que el momento en el que deberá cuantifique el daño objeto de indemnización, debe ser el del alta médica. Finalmente aporta su opinión sobre el pronunciamiento de las citadas Sentencias, mostrando su disconformidad por los motivos que se exponen y afirmando que considera más acertada la postura de la Sala 4ª, según la cual el momento de la cuantificación debe ser el momento del juicio o la sentencia.

Por último quiero agradecer a todos los autores que han participado en el libro de ponencias que se entregará al comienzo del congreso, el interés que han puesto para conseguir un gran nivel doctrinal en todos sus trabajos. Asimismo mostrar mi agradecimiento a la Editorial SEPIN, a quien debemos la edición de este libro de ponencias, del que muy pronto podremos disfrutar junto con la exposición de estos once trabajos doctrinales, y que junto a la compañía de los compañeros venidos de todas las partes de nuestra geografía nacional, suponen esas **doce razones para no faltar a Almería 2009**.

# doctrina

## **Presupuestos para la aplicación del art. 1903.4 CC a los daños causados directamente por las empresas subcontratadas.**

**Vicente Jesús Tovar Sabio**  
*Magistrado. Profesor de la Escuela Judicial*



### **Sumario**

- 1) Introducción**
- 2) Doctrina mayoritaria: reserva de facultades de control o dirección sobre la obra**
- 3) Doctrina minoritaria**
- 4) Supuestos especiales**
  - a) Trabajadores por cuenta ajena
  - b) Subcontratación de la totalidad de la obra
  - c) UTES
- 5) Conducciones subterráneas**
  - a) Lugar descampado no urbano
  - b) Se tienen los planos y la información del lugar
  - c) No se solicitan planos



- 6) Empresa especializada en excavaciones
- 7) Negligencia del operario de la subcontratada
- 8) Ejecutor ciego
- 9) Empresas especializadas en general
- 10) Carga de la prueba de las reservas de facultades
- 11) Cláusulas de exclusión de responsabilidad
- 12) Sucesivas subcontrataciones
- 13) Misma empresa, distintas denominaciones
- 14) Responsabilidad de los administradores de la sociedad subcontratada

## 1) INTRODUCCIÓN

No cabe duda que la cuestión que se adelanta en el enunciado constituye uno de los principales problemas que plantea el fenómeno de la subcontratación, y para ello no hay más que ojear la jurisprudencia recaída sobre la misma, para comprobar la ingente cantidad de sentencias que tratan esta cuestión, y en este particular conviene destacar que la jurisprudencia ha ido evolucionando desde unas primeras sentencias en las que se hace responsable también, siempre y en todo caso, al contratista, por los daños y perjuicios causados a terceros por la empresa subcontratada, entendiendo que es siempre de aplicación el art. 1903.4 CC, hasta otras más recientes, y a mi juicio más acertadas, en las que sólo se hace responder al contratista principal si concurren ciertos presupuestos.

No obstante, y a pesar de que, como se verá, la mayoría de la jurisprudencia discurre ya por estos criterios, no puede hablarse de una jurisprudencia unánime, ni siquiera de una evolución en un sentido o en otro, pues a pesar de que todavía se puede hablar de un sector mayoritario, éste no lo es por goleada y se pueden encontrar todavía, sentencias recientes que mantienen el criterio anterior.

Es más, en el estudio de la jurisprudencia de los últimos años se encuentran un mayor número de sentencias que en años anteriores que vuelven a aplicar el criterio de que el contratista responde siempre y en todo caso por los daños ocasionados por el subcontratista en virtud del art. 1903 CC, como si éste fuese empleado o dependiente de aquel.

### 1. Doctrina mayoritaria: reserva de facultades de inspección o de dirección sobre los trabajos del subcontratista.

Según se ha expuesto, este sector mayoritario de jurisprudencia (SAP Córdoba de 11 de septiembre de 2001, SAP de Murcia de 11 de febrero de 2004) y doctrina sostiene que la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana es exigible, ciertamente, no sólo por actos u omisiones propios realizados sin la debida y necesaria diligencia (regulada en el art. 1902 CC, que contempla la denominada culpa “in operando” o “in omitiendo”) sino también por los actos u omisiones culposos o negligentes de aquellas personas por las que se debe responder (contemplada en el art. 1903 del mismo cuerpo legal, que regula la denominada culpa “in eligendo” o “in vigilando” del empresario y demás personas que en dicho precepto se relacio-

---

*Este artículo constituye un extracto del trabajo más amplio titulado “Aspectos civiles de la subcontratación en el proceso de edificación”, elaborado junto a Miguel Pasquau Liaño y M<sup>a</sup> José Rivas Velasco, y que fue premiado, a nivel nacional, con una bolsa de investigación, por la Fundación Wellington y el Consejo General del Poder Judicial.*

nan con respecto a la conducta de sus dependientes, responsabilidad ésta última, que viene a ser objetiva, soslayando prácticamente el elemento de culpabilidad y que requiere, como presupuesto indispensable, una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada, siendo el caso, que cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar la norma a no ser que una de ellas (la contratista) se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, reservándose la facultad de dirección, inspección o vigilancia de la obra subcontratada. En definitiva, que la comitente ostente cierto control sobre lo subcontratado. Dicho de otro modo, sólo de persistir una relación más o menos extensa o intensa de dependencia persiste a la par el deber de vigilancia y control.

En estos casos no se pone en duda que los empleados de la empresa subcontratada para ejecutar unas obras concretas y determinadas son los que causaron directamente el daño a terceros y que, por tanto, actuaron de forma negligente al no advertir los previsibles y evitables daños, respondiendo esta entidad directamente en virtud del art. 1902 CC que, como es sabido, regula los daños propios.

## **2. Reserva de facultades directivas como fundamento de la responsabilidad**

Donde surge la discrepancia jurídica es en si debe predicarse o no, además, la responsabilidad de la empresa que subcontrata a otra para la ejecución material de los trabajos o de parte de ellos.

Y aquí es donde la jurisprudencia coloca el acento en la existencia de reserva de ciertas facultades de dirección, inspección o vigilancia de la obra subcontratada para hacer caer también la responsabilidad de la contratista.

Como se ha dicho, ello tiene su fundamento en el hecho de que la empresa subcontratada no es una empresa jerárquicamente dependiente de la contratista. Son dos empresas independientes y autónomas entre sí que celebran un contrato determinado para efectuar unos trabajos.

Entre las dos entidades celebran un contrato libremente aceptado y consentido que genera obligaciones para ambas partes, pero ambas están situadas en un plano de igualdad que solo las obliga a cumplir con los deberes inherentes al contrato, como ocurre con cualquier contrato que se celebra en el mundo jurídico, sin que ninguna de ellas pueda dirigir ordenes o instrucciones hacia la otra.

Esta argumentación tiene como corolario necesario, que cuando en virtud del principio de libertad de pactos, consagrado en nuestro Ordenamiento en el art. 1255 CC, ambas entidades consientan de mutuo acuerdo que la contratista se reserva sobre los trabajos subcontratados una cierta facultad de inspección, supervisión o dirección, ahí sí debe responder también de las consecuencias dañosas de la falta de diligencia de la subcontratada, pues para ese caso concreto sí existe cierta relación subordinada pues la contratista puede cursar ordenes sobre la subcontratada y puede fiscalizar su trabajo.

Para que ello ocurra, hay que insistir, es presupuesto necesario e indispensable que se haya subcontratado la ejecución de la obra o servicio determinado con la reserva de la facultad de dirección, inspección o vigilancia de la misma.

En el mismo sentido, la SAP de Madrid de 11 de junio de 1998 señala que el dato de la dirección o control ejercido por la contratista, el sometimiento del agente productor del daño a sus ordenes o instrucciones, constituye un criterio de imputación de la responsabilidad a que se refiere el art. 1903 CC.



También recoge esta doctrina, y lo hace de forma magnífica, la SAP de Sevilla de 11 de julio de 2006, y a modo de resumen concluye diciendo que no es preciso que exista una relación de dependencia sino que lo relevante es la atribución de facultades de fiscalización, vigilancia y control y la correlativa obligación para la empresa ejecutora de atender y seguir las instrucciones

La SAP de Tarragona de 8 de mayo de 2003, recogiendo la doctrina expresada en la SAP de Córdoba de 7 de junio de 2002, señala que en el ámbito de personas o empresas ligadas entre sí por una relación contractual (en este caso una subcontrata), se puede concluir en la existencia de un doble régimen de responsabilidad determinado por la distinta incidencia de las relaciones de jerarquía o dependencia entre el ejecutor del acto causante del daño y en su caso empresa de la que depende, por un lado, y el dueño de la obra o comitente, por otro.

Un primer régimen el que el contratista actúa con plena independencia o total autonomía, es decir libre de todo tipo de intromisión del dueño o comitente, en cuyo supuesto la doble responsabilidad extracontractual de aquel no puede hacerse extensiva a éste. Y un segundo régimen, en el que actuando ambos con una cierta autonomía en el desempeño de sus respectivos cometidos, el dueño viene a reservarse algunas facultades de dirección, vigilancia o participación en los trabajos del contratista, o en parte de ellos, en cuyo caso esta injerencia, más o menos intensa y extensa, hace persistir aquella relación de dependencia, generadora de una doble responsabilidad, en su caso, tanto del ejecutor material de la actividad, como del comitente en cuanto partícipe en las tareas directivas y controladoras.

Por tanto, cuando las empresas contratan en régimen de igualdad, trabajos que no son de su especialidad, se establecen relaciones que se ca-

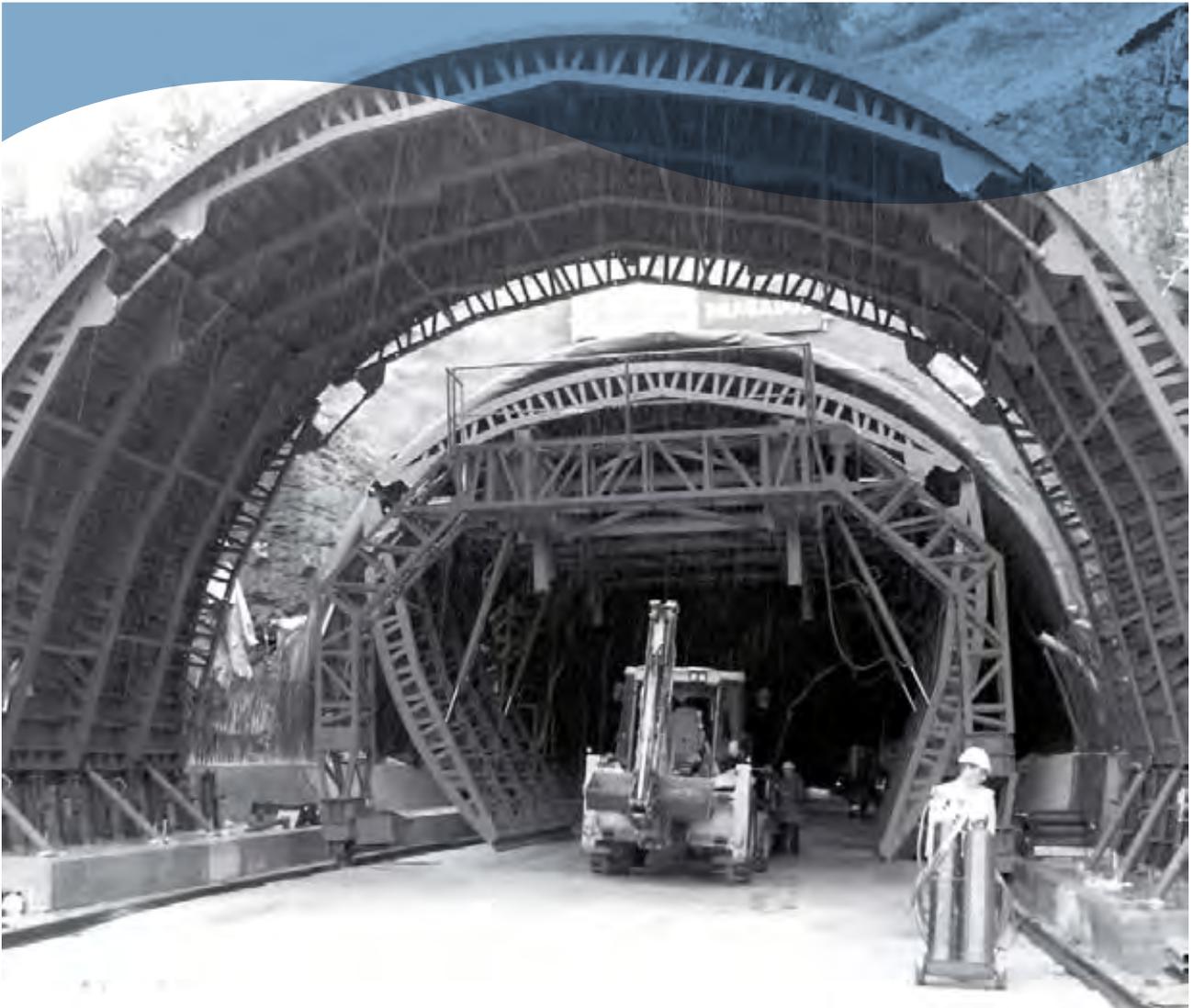
racterizan por su horizontalidad, con autonomía e independencia de cada una de las empresas y sin que cada una de ellas tenga que responder frente a terceros de las actividades de la otra.

Ahora bien, cuando la empresa subcontratada se somete a la dirección e instrucciones de la empresa principal se establece entre ellas una relación caracterizada por la verticalidad, con relación de dependencia o subordinación que obliga a la principal a asumir las consecuencias de las directrices dadas a las subcontratistas cuando se someten a ellas y precisamente por cumplirlas se ocasionan daños y perjuicios. En este sentido es significativa la SAP de Badajoz de 18 de marzo de 2004.

A sensu contrario, cuando ninguna facultad de dirección o inspección se haya reservado el contratista principal sobre los trabajos de la subcontratada, sólo responderá frente a terceros, la empresa subcontratada, única que incurrió en imprudencia al ejecutar su trabajo.

Como dice la Audiencia Provincial de Las Palmas en sentencia de 15 de enero de 2001, cuando se trata de empresas ligadas entre sí por vínculos contractuales, si el subcontratista goza de plena independencia o autonomía para realizar el trabajo encomendado, asume los riesgos inherentes a la labor desempeñada, pero si la autonomía fuere relativa porque el contratista se ha reservado algunas facultades de dirección, vigilancia o supervisión de los trabajos encomendados al subcontratista, surge el vínculo de dependencia determinante de la aplicación del art. 1903 del CC, respondiendo entonces de manera solidaria, frente a terceros, de los daños producidos en la ejecución material de la obra subcontratada tanto la empresa subcontratista como la entidad contratista o subcontratante de las obras.

Por este motivo, la SAP de Zaragoza de 1 de julio de 2003, absuelve al contratista, al afirmar



que constituye principio jurisprudencial consagrado aquel que sostiene que, por lo general, quien encarga cierta obra o servicio a una empresa, autónoma en su organización y medios, y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, es lógico que no deba responder e los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia o dirección.

Con esta sentencia no se hace sino seguir escrupulosamente la doctrina marcada por el propio Tribunal Supremo en sentencias de 12 de marzo de 2001, 5 y 11 de junio de 1998, o la de 26 de diciembre de 1995 por citar sólo algunas, y condena sólo al subcontratista por considerar probado que

ésta ejecutó las obras con absoluta independencia de la comitente, con medios técnicos propios y que ésta a su vez, no se reservó facultad alguna de vigilancia o dirección.

Pero para que opere esta responsabilidad de la contratista no se requiere que de manera expresa se reserve las facultades de control o fiscalización, sino que a las cláusulas contractuales ha de darse una interpretación extensiva y así junto a determinadas cláusulas referentes a controles sobre el cumplimiento del contrato entre las partes, como las que se suelen incluir para controlar que se pongan todos los medios técnicos y humanos necesarios para la ejecución en el plazo pactado, se han de entender incluidas las que comprenden facultades de vigilancia sobre la obra propiamente



dicha o de supervisión para la correcta ejecución del trabajo encomendado.

Idéntica doctrina será de aplicación a los supuestos en los que los daños sean causados por la imprudencia de los empleados de la empresa subcontratada, de tal forma que con carácter general no responderá quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en su organización y medios y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, respondiendo sólo, cuando la empresa subcontratada no asuma tales riesgos.

### **3. Jurisprudencia minoritaria: se responde siempre, bien por culpa in eligendo, bien por culpa in vigilando**

Expuesto ya el fundamento de la responsabilidad, considero acertadas la mayoría de las sentencias que he tenido ocasión de analizar, aunque no todas siguen la línea mayoritaria, y así, creo que es interesante comentar una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de febrero de 2001 que prescinde totalmente de la doctrina que venimos exponiendo y que es ampliamente mayoritaria.

Tal sentencia hace responsable al contratista siempre y en todo caso sobre el criterio de que no puede exigirse al tercero que realice una minuciosa investigación de la responsabilidad de los distintos intervinientes en las obras, máxime cuando consta claramente quien es el beneficiario de las mismas.

Naturalmente, no comparto tal criterio, y pese a que la sentencia quiere proteger en cualquier caso al perjudicado, lo cierto es que habrá que examinar en cada caso si concurren los presupuestos técnicos, es decir, si hay o no reserva de facultades directivas, porque si se subcontrata a una empresa especializada en el sector de que se trate y precisamente se la contrata por ello, y el contratista no tiene ningún poder de disposición de control ni de inspección sobre ella, no hay ningún

título de imputación frente a ella ni es aplicable ni el art. 1902 ni el art. 1903 CC y deberá responder única y exclusivamente el causante directo de los daños y único culpable.

También constituye una excepción a esta regla general, la SAP de Cádiz de 23 de mayo de 2001 cuando dice que del mismo hecho de la subcontratación se deduce una relación de dependencia o subordinación entre el subcontratista y el contratista, que justifica la imputación a este último de la responsabilidad por los daños ocasionados. Habitualmente, continúa diciendo la sentencia, aunque no de modo necesario, aquella relación de dependencia o subordinación implica la emisión de órdenes o ejercicio del poder de dirección por parte del contratista principal.

Esta sentencia, aunque admite que puede haber reserva de facultades directivas, concluye diciendo que eso no es lo relevante para determinar la responsabilidad de la contratista y que ésta responde siempre y en todo caso, porque la relación de subcontratación implica necesariamente una subordinación o relación jerárquica.

En este sentido, la SAP de Barcelona de 30 de marzo de 2005, se limita a decir que el comitente ha de responder frente al tercero perjudicado, de la eventual negligencia de los operarios de ésta por conducto de lo dispuesto en el art. 1903 CC, modalidad de responsabilidad patrimonial directa por hecho ajeno.

Es decir, esta sentencia hace responsable siempre y en todo caso al comitente, de los daños causados a terceros por parte de una empresa subcontratada y lo hace con el exclusivo fundamento del art. 1903 CC, como si el subcontratista fuese un empleado de la empresa contratista.

Creo que estas resoluciones son erróneas, pues por el simple hecho de la subcontratación, no

hay relación de jerarquía ni de dependencia entre ellas al tratarse de sociedades independientes y colocadas en un plano de igualdad, a menos que sí vaya acompañada de la reserva de facultades directivas, y por tal razón, acierta más la SAP de Tarragona de 1 de junio de 2001 cuando desarrolla muy bien la doctrina general del art. 1903.4 CC y finaliza con tres conclusiones que además comparto:

- a. La regla general es que entre contratista y subcontratada no existe ninguna relación de jerarquía o de subordinación.
- b. La excepción a esa regla general viene dada, precisamente, por aquellos supuestos en donde el contratista se reserve alguna facultad de control o vigilancia.
- c. Se presume responsabilidad en todos los intervinientes o implicados en la obra salvo que estos demuestren que la empresa causante material del daño ha actuado autónomamente por aplicación de la objetivación de la responsabilidad que viene haciendo la jurisprudencia.

No obstante lo cual y aunque creo que está resuelto con claridad, a pesar de ello, en la jurisprudencia más reciente se encuentran un mayor número de resoluciones que se acogen a esta doctrina (que creemos errónea), como le ocurre también a la SAP de Sevilla de 30 de diciembre de 2005 y en la que se imputa responsabilidad al contratista por daños causados por la subcontratista, basándose sólo en la culpa in eligendo, sin hacer ninguna mención a la reserva de facultades de dirección o inspección.

Esta doctrina, puede encontrar una explicación muy lógica, pero carece de un fundamento legal para imputar la responsabilidad al contratista.

Más o menos el razonamiento sería el siguiente:

Si un contratista se compromete a ejecutar una obra y lo hace por medio de su propia organización empresarial y con sus propios trabajadores, el daño a terceros que éstos ocasiones le será imputable al contratista al amparo del art. 1903 CC. Por tanto, si el contratista opta, no por ejecutar la obra a través de sus empleados sino a través de otra empresa a la que subcontrata, sería razonable que respondiera como si de sus trabajadores se tratase, pues no tiene sentido que se premie más al contratista que subcontrata que al que ejecuta la obra por sí mismo.

Hasta ahí, podemos compartir el razonamiento, pero el mismo se encuentra con un obstáculo y es que el art. 1903 CC exige que entre una y otra exista una relación de jerarquía o de dependencia y esa relación de subordinación no existe cuando las dos empresas son autónomas e independientes.

Por ello, creemos que sólo cuando haya reserva sobre el control de la subcontratada se generará un vínculo de dependencia que justifica la aplicación del art. 1903 CC, sin el cual, deviene inaplicable.

Lo mismo cabe decir de la SAP de Huelva de 4 de septiembre de 2003 que condena indistintamente a contratista y subcontratista por los daños causados en la vivienda colindante a causa de las obras de reforma ejecutadas y sostiene que no cabe individualizar responsabilidades porque de hacerlo se estaría desconociendo un principio esencial de la responsabilidad aquiliana, cual es la solidaridad entre los responsables ex art. 1902 del Código Civil, sin perjuicio de las facultades de repetición que luego del pago pudieran darse entre ellos. Y concluye diciendo que en base a este principio y al dispuesto en el art. 1903 CC la constructora que subcontrató la demolición, excavación y cimentación del nuevo edificio debe responder solidariamente con dicha empresa subcontratada frente al tercero perjudicado.



Insisto en lo erróneo de esta doctrina que parte del principio de la solidaridad entre los responsables, lo cual, a no dudarlo, comparto plenamente, pero olvida esta resolución que antes de aplicar la relación de solidaridad entre responsables, habrá que determinar primero quiénes son los responsables, y ahí sí que hay que colocar el acento en la reserva o no de facultades directivas como se ha expuesto en repetidas ocasiones sin que se pueda obviar este dato y hacer responsable sin más a todos los intervinientes sin distinción.

#### 4. Supuestos especiales

##### A) Trabajador por cuenta ajena

Hechas estas declaraciones de carácter general, hay que mencionar algunas especialidades de carácter concreto, y así una cuestión mencionada en alguna sentencia (aunque es verdad que resuelta con total unanimidad y sin ningún tipo de polémica) viene determinada por los casos en los que el daños terceros sea causado por trabajadores por cuenta ajena de la empresa subcontratada.

En estos supuestos está claro que responde siempre la empresa para la que trabaja y si es una empresa subcontratada, responderá en todo caso, en tanto que la contratista sólo responderá si se reservó facultades de dirección.

Así lo ha entendido la AP de Sevilla en la sentencia de 13 de febrero de 2006, recogiendo esta doctrina que no es sino una aplicación de la teoría general que venimos exponiendo en todo el trabajo y que por tanto no merece mayor atención al carecer de especialidad alguna.

##### B) Subcontratación de la totalidad de la obra

Una pequeña referencia merece también el supuesto concreto y específico de subcontratación de la totalidad de una obra.



Es decir, el contratista que asume la obligación de ejecutar una obra, y no realiza ni una sola de las actividades que la ejecución del proyecto prevé, sino que a pesar de esta obligación del todo, con una finalidad meramente especulativa, a su vez, subcontrata de nuevo la totalidad de los trabajos a otra empresa.

Tal actividad no está expresamente prohibida en nuestro Ordenamiento, y por tanto, en principio es plenamente lícita.

En estos supuestos sí aplica la jurisprudencia el art.1903 CC acudiendo exclusivamente a la culpa in eligendo o in vigilando, considerando que hay



una presunción de relación de dependencia que ha de presumirse existente entre quien se compromete a la realización de la totalidad de una obra y las diferentes personas o empresas a las que encomienda su ejecución.

(Muy significativa en este sentido resulta la SAP de Asturias de 14 de octubre de 2003).

Sí creo que esta doctrina es la correcta, pues existe una clara diferencia con la subcontratación parcial en donde al contratarse a empresas especializadas para la ejecución de una parte de toda la obra puede no haber reserva de facultades directivas, pero en el caso de subcontratación de la

totalidad de la obra, el contratista, debe responder por la mala elección de la empresa subcontratada.

Pero incluso, aún aplicando la doctrina general, entiendo que en estos casos siempre ha de haber una reserva de facultades de control, pues no sería admisible que el contratista se enriqueciera, que subcontratara la totalidad de la obra y que se desentendiera de la misma sin más.

Es decir, no cabe contratar una obra, especular, enriquecerse y que sea otro el responsable.

Deberá siempre mantener al menos una mínima inspección, lo que le va a hacer responsable en todos los casos.

### C) UTES

Este mismo criterio es utilizado por la Audiencia Provincial de Madrid en la Sentencia de 29 de marzo de 2001, para atribuir a una Union Temporal de Empresas que actúa como contratista de unas obras, la responsabilidad de unos daños causados a un tercero por una empresa subcontratada.

Esta resolución dice que los posibles pactos internos de la concreta ejecución de la obra o de una posible limitación de la responsabilidad de cualquiera de los contratantes carecerían de virtualidad frente a terceros conforme a las previsiones contenidas en el art. 1257 del C.Cv, en tanto que conforme a la previsto en los arts 7 y 8 de la Ley 18/1982 de 26 de mayo sobre Regimen Fiscal de Agrupaciones Temporales de Empresas y de Sociedades de Desarrollo Industrial Regional, la responsabilidad de las empresas integrantes de una unión temporal de empresas es solidaria frente a terceros, sin perjuicio de las acciones de repetición que entre las mismas pudieran ejercitarse, y ello en cuanto a los actos y operaciones realizados en beneficio del común.



En definitiva, sostiene la Audiencia de Madrid, que habiéndose ejecutado las obras en beneficio de la UTE, la cual cobró por ellas, sin que ninguna de las empresas integrantes en la misma cobrase por su ejecución, el beneficio obtenido con ello no redundó sino en la propia UTE, y atendiendo a esta circunstancia aplica el principio de responsabilidad solidaria.

Como en la sentencia anterior, el destino del beneficio no debe ser el criterio rector para atribuir o no responsabilidad a la empresa subcontratista, debiendo acudir, como se ha dicho antes, a si hay o no reserva en la dirección de la obra, y si la hay, entonces sí será de aplicación el principio de responsabilidad solidaria entre todas las integrantes de la UTE, pero no antes.

## 5. Conducciones Subterráneas

Un análisis de toda la jurisprudencia recaída en esta materia de responsabilidad extracontractual por daños a terceros ocasionados por empresas subcontratadas por otras para la ejecución de una obra o parte de ella demuestra que la mayoría de las sentencias se han dictado en supuestos de daños ocasionados en conducciones subterráneas.

Ninguna especialidad presentan en principio estos siniestros, y por tanto, será de aplicación lo que hasta ahora se ha expuesto con carácter general sobre la reserva de facultades de dirección al objeto de dilucidar qué empresa o empresas están obligadas a responder, pero sí que concurren algunos matices que deben precisarse.

Con carácter general, cuando existen conducciones subterráneas, las mismas, se encuentran reflejadas en los correspondientes planos sobre el terreno. Por tanto, a la hora de fijar la responsabilidad, hay que distinguir varios supuestos:

### a) Lugar decampado y no urbano

En primer lugar, diferenciar según se trate de una obra que se pretende ejecutar en un lugar decampado, alejado de una población o núcleo urbano, de una obra que se vaya a ejecutar en el núcleo urbano, en donde es mucho más previsible que tales conducciones subterráneas existan y por tanto, el daño es mucho más evitable.

Tal y como se explica en la SAP de Cuenca de 13 de febrero de 2004, que dados los riesgos que implica la excavación de zanjas en los núcleos urbanos ante la proliferación de conducciones subterráneas de electricidad, agua, gas y teléfono, la empresa que realiza la excavación deberá iniciar sus trabajos conociendo o debiendo conocer la posible existencia en el subsuelo de estas conducciones, que si bien discurren en general por las aceras, es común o cuanto menos frecuente que al llegar a la altura de las arquetas existentes en las mismas, en ocasiones se desvíen por la calzada con la finalidad de salvarlas y eso debe saberlo una empresa que de ordinario, por su especialización, está dedicada a la ejecución de trabajos de excavación, lo que le obliga a extremar su diligencia y a adaptarse a todas las precauciones necesarias.

### b) Se tienen planos y se causan daños

En segundo lugar, habrá que distinguir, según que el que ejecuta las obras haya o no reclamado los planos que existan sobre el terreno y en los que tienen su reflejo las referidas conducciones, de manera, que si el encargado de la subcontrata dispone de los planos, los tiene en su poder, en los mismos figura la existencia de una conducción subterránea y a pesar de ello provoca los daños, sólo él será responsable, pues su imprudencia fue máxima al no mirar ni siquiera los planos, en tanto que ninguna responsabilidad será predicable del contratista quien ha cumplido fielmente con sus obligaciones y en concreto, con del deber de informarse por

donde discurren las posibles conducciones subterráneas antes de dar inicio a la obra para evitar, precisamente la posible causación de daños.

No obstante, sí responderá también el contratista si pese a cumplir con su obligación de información, se reserva la dirección de la obra o parte de ella y no vela porque los trabajos se ejecuten en los lugares donde según el plano hay conducciones en el subsuelo.

En este caso responderán los dos, como ocurrió en la SAP de Sevilla de 10 de abril de 2002.

### c) No se solicitan los planos

Mayor problema presenta, sin embargo, el supuesto en el que los daños en las conducciones subterráneas se ocasionan porque no se ha tenido la diligencia de reclamar los tan referenciados planos, y surge entonces la cuestión de dilucidar a quien le es exigible reclamar tales planos por cuanto en función de ello, la negligencia será predicable de uno o de otro.

Y en este particular, la jurisprudencia ha sido oscilante, aunque sí que puede hablarse de una línea mayoritaria, la cual, claro está, al no ser unánime, presenta sentencias contradictorias.

Como ejemplo de estas resoluciones minoritarias, se puede citar la Sentencia de la AP de Castellón de 2 de septiembre de 2002 que no distingue y condena a todos los intervinientes en el proceso constructivo. Se trata de un supuesto en el que una empresa subcontrata con otra los trabajos de excavación de una obra y ésta a su vez, encarga los trabajos a otra persona con la que no guarda ninguna relación personal o profesional.

Entiende la Audiencia que todos tenían el deber de informarse donde estaban las conducciones y no distingue si hay alguno que tenga el verdadero

deber y si los demás son meros ejecutores, basándose, en esencia, en que todos los intervinientes se dedican a ello y son profesionales en la materia, por los que cabe suponerles a todos una adecuada experiencia en la materia y finaliza condenándolos a todos.

La SAP de Barcelona de 30 de octubre de 2002 también busca un fundamento para condenar a todos los partícipes en los trabajos de excavación y proteger con ello a los perjudicados y lo encuentra en la atribución de culpa en todos los intervinientes en la obra en tanto que resulta previsible la existencia en todo subsuelo urbano de las citadas conducciones evidenciándose su falta de diligencia por no haber desarrollado las precauciones requeridas y debiéndose desvirtuar dicha imputabilidad por quienes verificaron la obra o se lucraron con su explotación con aplicación de la inversión del onus probandi que rige en materia de la obligación de indemnizar tipificada en el art. 1902 CC sobre el elemento subjetivo de la culpa, para lo cual, la demandada habrá de justificar la interferencia de caso fortuito o fuerza mayor o la culpa exclusiva de la empresa propietaria de las líneas o conducciones enterradas en el subsuelo.

Desde luego, al propietario de las conducciones subterráneas no se le podrá imputar responsabilidad alguna si remitió los planos de situación de las instalaciones o mantuvo conversaciones con el contratista para acudir in situ a comprobar el lugar de las conducciones antes del comienzo de las obras (SAP Pontevedra 15 de noviembre de 2002).

Sólo se le podrá atribuir culpa en su actuar si no facilita los planos al contratista o facilita unos planos o da indicaciones equivocadas y la rotura se produce por seguir sus instrucciones.

Podemos compartir con esta sentencia la presunción de que todos son responsables mientras no se pruebe otra cosa al ser todos ellos profesio-



nales en la materia, pero no estamos de acuerdo en que sin más, se haga responsable a todos los partícipes en la obra, so pretexto de que todos se han lucrado con la obra.

Pero, insisto, lo determinante no debe ser quien se lucra, porque ello en sí mismo es una conducta lícita. Lo que hay que probar es quien tenía la dirección de la obra o quien estuvo negligente, porque si el contratista encargado de informarse sobre el lugar de las conducciones, las cuales deben constar en el proyecto, incumple con su deber, será responsable en todo caso, al igual si el subcontratista, observando la proximidad de núcleo urbano y observando que el contratista no le facilita los planos, en vez de retrasar el inicio de las obras hasta la facilitación de los mismos, prescinde de ello y comienza la excavación, en cuyo caso también será el responsable de los daños ocasionados.

Ahora bien, como señala la SAP de Badajoz de 18 de marzo de 2004, a la contratista, como directamente beneficiaria de los trabajos subcontratados es a la que corresponde comprobar el estado del terreno donde deben excavar, ya que, si no se prueba otra cosa, ella tiene la dirección técnica de la obra. De donde se desprende que debe partirse de la presunción de que es a la contratista a la que corresponde realizar los actos de investigación y averiguación necesarios para evitar la rotura de las conducciones subterráneas, presunción que como todas las que son "iuris tantum" admite prueba en contrario.

De esta manera, si tras el juicio, no consta si se solicitaron o no los planos o se realizaron actos de averiguación del lugar por donde podrían discurrir las conducciones, deberá responder el contratista pues a él le corresponde la carga de probar que hizo todo lo que estaba en sus manos para evitar el resultado dañoso (SAP de Asturias de 9 de julio de 2004).

Pero junto a esta norma general, la jurisprudencia cada vez es más estricta y exige también responsabilidad a la empresa subcontratada cuando las zanjas en cuestión se hacen en las calles o núcleos de población, pues en tales casos, considera que el subcontratista nunca es un mero ejecutor ciego (la pregunta siguiente va dedicada a esta figura), sino que cuenta, por razón de su profesión, con los conocimientos necesarios para advertir las consecuencias perjudiciales o la improcedencia de las soluciones constructivas adoptadas por el constructor principal, de manera que para salvar su responsabilidad debe indicar las consecuencias perjudiciales que pueden seguirse de determinadas ordenes y direcciones en la ejecución de las obras, siempre que por su profesión puedan conocerlas (en este sentido se pronuncian las sentencias de la AP de Tarragona de 1 de septiembre de 2006 y de Pontevedra de 10 de mayo de 2005).

Más modernamente, la SAP de Barcelona de 14 de marzo de 2007 condena al contratista por los daños ocasionados por un trabajador de la subcontratada al considerar que el maquinista actuaba bajo órdenes de la contratista, pero también condena al subcontratado, pues pese a tales órdenes no hizo nada para cerciorarse por donde iban las conducciones subterráneas, cuando por ser núcleo urbano había bastantes posibilidades de ello.

En base a estos criterios, la Orden de la Generalitat de Cataluña 341/03 de 22 de julio exige la petición de planos antes de efectuar zanjas, y tal exigencia se impone tanto al promotor como al ejecutor material de la obra, con lo que, al menos en Cataluña, se zanja el problema, pues desde el punto de vista normativo la exigencia de averiguar el sitio de las conducciones es de todos los intervinientes.

## 6. Empresas especializadas en excavaciones

Ahora bien, esta doctrina es matizada por las SS del TS de 18 de abril de 1994 y de 26 de di-



ciembre de 1995 en el sentido que tal dependencia o subordinación absoluta no puede hacerse valer cuando la subcontratista es una empresa que por su especialización y conocimientos en la ejecución del concreto trabajo de que se trate fue contratada precisamente en atención a tales conocimientos o dedicación específica en tal actividad.

La jurisprudencia distingue además otro supuesto concreto cuando el subcontratista es una empresa especializada en la materia y existen importantes indicios sobre la posible existencia de conducciones subterráneas. En tal caso, como hace la SAP de Murcia de 9 de octubre de 2002, además de declarar la responsabilidad de la contratista por no cerciorarse previamente del lugar concreto de las conducciones subterráneas, hace también responsable al subcontratista por cuanto dada su especial pericia en esta materia debió prever la posible existencia de las mismas, pues en este caso eran evidentes las cámaras de registro y las arquetas junto al lugar de la excavación, lo que

hace predecible que en las proximidades hubiera alguna conducción en el subsuelo.

Como dice la SAP de Barcelona de 22 de abril de 2005, la especialización y naturaleza del encargo recibido por estas empresas especializadas le conceden efectivo poder de dirección sobre su propia actividad, de tal modo que ha de ser consciente de los riesgos de la misma, a cuyo efecto debe asegurarse de que actúa conforme a las prescripciones de la dirección facultativa.

Doctrina que se ha seguido en la SAP de Badajoz de 23 de mayo de 2006 cuando sostiene que cuando varias empresas intervienen en la ejecución material de una obra, unas subcontratadas de otras, a éstas últimas no se les puede exigir responsabilidad por daños a terceros si la primera se reservó íntegramente las facultades de dirección y supervisión, pero lo dicho hasta aquí no es aplicable a empresas especializadas en una materia y que se contrataron por ello.



## 7. Negligencia del operario de la subcontrata

Un supuesto curioso se contempla en la SAP de Murcia de 23 de enero de 2002 en donde los daños ocasionados en el tendido telefónico fueron debidos a un proceder negligente del operario que manejaba la máquina retroexcavadora de una empresa que, previamente, había sido subcontratada por otra.

Entiende la sentencia objeto de comentario que la culpa es del conductor por no extremar la precaución y cautela y por la propia previsibilidad de los daños ya que éstos hubieran sido evitables de haber solicitado la información y planos oportunos referentes a la ubicación del tendido telefónico, considerando también responsable a la entidad adjudicataria y contratista, la cual debió solicitar información sobre la eventual instalación telefónica.

A su vez, la sentencia, condena también solidariamente a la empresa subcontratada para la que prestaba su trabajo el conductor de la excavadora pero no por actos u omisiones propios, sino precisamente por la acción llevada a cabo por su operario, por la vía del art. 1903 CC, por razón de culpa in vigilando o in eligendo y en consecuencia sin perjuicio de la facultad que le confiere el art. 1904 CC.

La meritada sentencia merece varias consideraciones:

- a) Así, por una parte, la declaración de responsabilidad del contratista por no recabar la información de la posible conducción subterránea, que compartimos plenamente.
- b) La atribución de responsabilidad a la subcontratista, pero no por actos propios sino por negligencia de su empleado, lo cual no compartimos, pues si como dice la sentencia era pre-

visible que en el lugar hubiera una conducción de teléfono, suponemos que porque estuviera ejecutándose la obra en núcleo urbano o porque hubiera indicios externos, el propio subcontratista, que fue contratado como especialista en la materia, al observar la inexistencia de los planos de las posibles conducciones en el proyecto, debió reclamarlos al contratista y no iniciar las obras, no dando instrucciones a su conductor para que comenzara la excavación.

- c) Si el conductor de la excavadora era un simple empleado de la empresa subcontratada, su actuación era de mero ejecutor ciego y por tanto, a él no le debiera haberle sido exigida ningún tipo de responsabilidad, pues si se limitó a cumplir órdenes de su empresa la cual le dijo por donde tenía que hacer la excavación, carecía de autonomía e independencia, y no tenía que cerciorarse de si había planos o no, pues era presumible que su jefe los tuviera a su disposición y por tanto que en el lugar que le indicaron para ejecutar su trabajo era un lugar seguro y sin riesgos de daños a terceros

## 8. El llamado “ejecutor ciego”

Este figura, ha sido muy estudiada por la jurisprudencia, que es la que en definitiva ha venido a dar esta denominación, considerando el supuesto en donde el subcontratista o tiene ninguna capacidad decisoria en la ejecución de la obra.

Así, y aunque lo normal será que el subcontratista responda, nunca podrá ser considerado responsable el subcontratista que actúa como mero ejecutor de la obra y se limita a seguir las instrucciones del contratista que le dice por donde debe hacer los trabajos, conservando el contratista la dirección exclusiva y colocando un jefe de obra para que controle los trabajos del subcontratista,

pues en estos casos salvo que haya elementos que permitan deducir la existencia de conducciones (arquetas, etc) el subcontratista puede pensar que el lugar que le indica el contratista no hay ningún riesgo de daño a terceros pues éste ya se ha encargado de verificar este extremo.

Por ello, y a pesar de estas sentencias minoritarias, que vengo comentando, lo cierto es que la mayoría de la jurisprudencia considera que el responsable de comprobar el trazado de las canalizaciones es el titular de la ejecución de obra, dado que la función del subcontratista es realizar unidades de obra que le marca el responsable de la obra, ya que el subcontrato carece por definición, salvo pacto en contra, de poder de dirección sobre la obra a realizar.

En palabras de la SAP de Málaga de 24 de mayo de 2001 el contratista es el único obligado a comprobar el trazado de las infraestructuras subterráneas y el subcontratista se limita a trabajar con la excavadora allí donde le indique el contratista, actuando como un mero ejecutor.

La AP de Barcelona en la sentencia de 29 de noviembre de 2002, sintetiza muy bien la doctrina mayoritaria y dice que es una realidad incuestionable que en suelo urbano son previsibles conducciones de todo tipo, no sólo telefónicas, sino agua, luz, gas, etc que por lo general son fácilmente observables por signos externos que muestran su existencia, como arquetas, cámaras de registro, etc, habida cuenta, además, que tales servicios suelen discurrir por los mismos o muy próximos lugares, de tal suerte que, identificado uno, puede presumirse la existencia de otros cercanos, sosteniendo también este criterio jurisprudencial que no se precisan requerimientos, admoniciones, o advertencias especiales para predicar o exigir una diligencia por parte de quien, ejecutando una obra en dichos lugares, ha de perforar o excavar en las inmediaciones.

Cuando se trata de varias empresas, unas contratantes y otras subcontratadas, la jurisprudencia exime de responsabilidad a quien no es más que un ejecutor ciego a las órdenes impartidas por otro que le dirige y controla su trabajo porque en tal supuesto no existe independencia o autonomía en la actuación del primero.

Ahora bien, como señala la SAP de Tarragona de 8 de mayo de 2003, si bien es cierto que la jurisprudencia exime de responsabilidad a quien no es más que un ejecutor ciego de las órdenes impartidas por otras personas que le dirigen y controlan su trabajo, ya que en tal caso no existe independencia en su actuación como ejecutora material de la obra, la misma jurisprudencia se encarga de matizar que tal dependencia o subordinación no puede hacerse valer cuando el contratista es una empresa que por su especialización y conocimiento en la ejecución del concreto trabajo de que se trate, fue contratada precisamente en atención a esos conocimientos o dedicación específica en tal particular.

En estos casos, la propia especialización le otorga un margen de autonomía independiente de la vinculación formal con el dueño de la obra, que también le obliga y responsabiliza para con el tercero perjudicado.

En este sentido las SSTs de 8 de febrero de 1994 y 26 de diciembre de 1995 precisan que el subcontratista, como profesional que es en el ramo para el que ha sido contratado, debe indicar las consecuencias perjudiciales que se pueden seguir de determinadas órdenes y direcciones en la ejecución de la obra, salvando su responsabilidad, siempre que por su profesión pueda conocerlas, no requiriéndose para ello otros conocimientos, pero lo que no puede es escudarse en la simple y socorrida excusa de que hace lo que le mandan, pues siempre estaría en su mano huir de la responsabilidad pretextando las órdenes recibidas.



También se analiza este concepto de ejecutor ciego en la SAP de Murcia de 29 de enero de 2004 o en la SAP de Cantabria de 2 de febrero de 2004, que centran la responsabilidad en el grado de autonomía en la realización de los trabajos, eximiendo de responsabilidad al ejecutor “a ciegas” de trabajos íntegramente dirigidos por otro, pero tal dependencia o subordinación absoluta no puede hacerse valer cuando la subcontratista es una empresa que por su especialización y conocimientos en la ejecución del concreto trabajo de que se trate, fue contratada precisamente en atención a sus conocimientos o dedicación específica en tal particular.

## 9. Empresas especializadas en general

Esta misma jurisprudencia (SAP Asturias 23-6-1998 o STS 26-12-95, entre otras muchas) se encarga de matizar que, además, tal subordinación o dependencia necesaria para la aplicación al contratista del art. 1903.4 CC no puede predicarse o hacerse valer, en principio, cuando la subcontra-

tista es una empresa que por su especialización y conocimientos en la ejecución del concreto trabajo de que se trate fue contratada precisamente en atención a sus conocimientos o dedicación específica de tal particular.

Si a pesar de esta especialización en la empresa subcontratada hay reserva de dirección y control por el comitente sí responderá también éste, pero nunca en caso contrario por cuanto como se reitera, y en aplicación del art. 1903 CC y de la doctrina jurisprudencial que lo define, no existe ninguna relación de dependencia sino, por cuanto, a mayor abundamiento, mal puede imputarse tampoco al demandado culpa “in eligendo” o “in vigilando” cuando contrata de forma diligente a una entidad solvente para la realización de una obra sobre la que no tiene control ninguno –en este sentido se ha pronunciado la SAP Córdoba de 21 marzo de 2001 que exige como presupuesto indispensable la relación de jerarquía o dependencia entre el ejecutor material del daño y la contratista–.

Finalmente se puede concluir señalando que cuando la empresa subcontratada, lo fue, precisamente por sus conocimientos especializados sobre los trabajos de que se trate, y, al amenos aparentemente sea una empresa solvente que opera en el tráfico jurídico publicitando esa especialidad, existirá una presunción de que el contratista no se ha reservado ninguna facultad directiva y de control sobre la misma, correspondiendo, en suma, a la subcontratada, demostrar que sí hubo un pacto de reserva de dirección a cargo del comitente.

Dicho esto, sin embargo hay que significar que en la práctica se dan una serie de situaciones concretas y particulares que matizan este principio general.

#### **10. Carga de la prueba de la reserva de facultades de control o dirección.**

Si, como vengo manteniendo, la reserva de las facultades directivas constituye la piedra angular de este tipo de responsabilidad cuando intervienen empresas subcontratadas, se hace necesario determinar a quien le corresponde probar en el acto del juicio, que existe o que no tal reserva, por aplicación de las reglas generales sobre carga de la prueba del art. 217 LEC.

En este sentido, se encuentran un gran número de sentencias que parte de la presunción de que no hay reserva de facultades directivas por parte del contratista principal.

En base a esta presunción negativa de no reserva de facultades directivas por parte del contratista, la Audiencia provincial de Burgos, en la Sentencia de 5 de enero de 2001 condena a la empresa subcontratada por los daños ocasionados con una excavadora en unas conducciones subterráneas y entiende que "precisamente, por no haber acreditado la dependencia de otro en el trabajo, es a ella a quien le correspondía adoptar las medidas precisas

para saber si en un lugar donde, lógicamente, cabe la existencia de conducciones subterráneas, como lo es el borde de una carretera, las mismas existían mediante la solicitud de planos o informaciones al respecto. Por ello, era la empresa subcontratada a quien le correspondía desplegar la actividad normal al efecto, sobre todo si actuaba a través de un profesional que sabía lo que tenía que hacer y si no lo hizo, y no interesó los planos de referencia, ello implica una clara desatención a las obvias medidas de cautela que eran exigibles a cualquier profesional, por lo que al haber causado los daños, debe responder de los mismos, según la doctrina de los arts. 1902 y concurrentes del Código Civil.

Aplicando esta misma teoría, la SAP de Asturias de 15 de mayo de 2001 exonera al contratista encargado de la conservación de una carretera, de los daños ocasionados por una empresa subcontratada diciendo que se trata de una empresa autónoma en organización y medios que debería cerciorarse de que los vehículos que trabajaban para ella no derramaran tierra sobre la calzada (que fue la causa del accidente), sin que quepa imputar responsabilidad a su contratista porque no consta que se hubiera reservado vigilancia alguna o dirección de estas labores que es el requisito exigido jurisprudencialmente para que responda un contratista de los daños causados por subcontratista.

No obstante, y a pesar de esta doctrina muy seguida por las Audiencias, existen algunos pronunciamientos contrarios, y así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de noviembre de 2001, sostiene que el hecho mismo de la subcontratación de parte de una obra, implica ya una cierta relación de dependencia o subordinación entre la subcontratista y la contratista, una cierta participación o vigilancia de ésta última (puesto que se trata del desarrollo de su propia actividad, de la ejecución de sus propios deberes contractuales), que justifica la imputación a la misma de la



responsabilidad por los daños causados por la primera conforme a lo dispuesto en el art. 1903 CC (en este sentido también las SS de la AP de Madrid de 11 de junio y 11 de septiembre de 1998).

Para exonerar a la empresa contratista se hace necesario, pues, que verifique que ha habido exclusión y/o dejación de las facultades de dirección o supervisión de los trabajos a desarrollar en la obra.

A sensu contrario, si no prueba que no se reservó facultades directivas se presumirá que sí mantenía cierta dirección de la obra.

El propio TS en la reciente sentencia de 25 de enero de 2007 matiza que se presume que el contratista se reserva el control de la obra cuando en ella tenga un director de obra.

Opino que en esta cuestión de las presunciones también hay que distinguir, según se trate de la subcontratación a otra empresa especializada en la construcción en cuyo caso, normalmente ésta actuará con autonomía e independencia de personal y de medios, o de la subcontratación de una parte específica de la obra (instalación eléctrica, carpintería, etc) manteniendo la contratista la ejecución del resto de la obra, en cuyo caso, la contratista no tendrá que mantener siempre cierto control en la dirección de obra.

Por ello, en el primer caso debe presumirse que no hay reserva de facultades directivas, como hace la sentencia de la AP de Alicante, mientras que en el segundo, la presunción será de reserva.

Así lo entiende también la SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 2006, que parte de la presunción de que el contratista se reserva siempre facultades directivas o de control de los trabajos de la empresa subcontratada aclarando que la prueba de que no hay vigilancia o dirección corresponde al contratista.

El caso que resuelve esta sentencia tiene además la particularidad de que sólo hay una persona física subcontratada y realiza los trabajos conjuntamente con los trabajadores del subcontratista.

Otras sentencias, sin embargo, sostienen que según las normas sobre carga probatoria, al perjudicado compete únicamente demostrar la realidad del daño que ha sufrido, mientras que a los demandados atañe acreditar que tales desperfectos no son consecuencia adecuada o eficiente de su actuación, según se predica en materia de culpa extracontractual en general y de la doctrina del riesgo en especial, sin olvidar la del interés por el beneficio obtenido a través de la actividad productora del daño, de la que, ciertamente se lucra quien lo causó.

Por todo ello, como señala la SAP de Alicante de 5 de julio de 2004, para que a la contratista no le fuera exigida responsabilidad con base en el art. 1903 del CC, debe probar que la empresa subcontratada actuaba con plena independencia o autonomía, libre de todo tipo de intromisión por parte de ella, y sin que la misma se reservara alguna facultad de dirección, supervisión o vigilancia de los trabajos que realizaba la subcontratada.

Y esta prueba no puede recaer en el perjudicado al no haber sido él parte en dicho contrato, sino que a quien le corresponde probar dicha relación es a la propia empresa subcontratante, ya que conforme a la moderna doctrina sobre normalidad y facilidad probatoria, a cada parte le corresponde la prueba de lo que, conforme a la razón ya la experiencia es más fácil probar para ella que para la parte contraria.

Esta doctrina, encuentra su fundamento en la necesidad de proteger a la víctima o al perjudicado, en el sentido de no hacer recaer sobre él la carga de probar si hubo o no hubo reserva de facultades, sino que el perjudicado demanda a am-

bas empresas y que sean ellas las que diriman sus diferencias en juicio.

Técnicamente es más incorrecta, aunque busca soluciones de justicia material.

### **11. Cláusulas de exclusión de la responsabilidad**

Es también frecuente en el mundo de la construcción, que en el contrato que liga a la contratista y a la subcontratista se incluyan cláusulas por las que se exime de cualquier tipo de responsabilidad al contratista de los daños que el subcontratista ocasione a terceros.

Pues bien, como queda ya dicho, lo determinante para responder frente a terceros es la prueba de que no hay reserva de facultades directivas y de control de la obra que ejecuta la subcontratada pero tal cláusula de asunción de responsabilidad por la entidad subcontratada regirá solo en las relaciones internas entre las partes contratantes, siendo completamente ineficaz frente al tercero perjudicado, debiendo en tal caso, responder ambas entidades solidariamente, y ello sin perjuicio de la acción de repetición que, en su caso, ostentará la contratista para reclamar frente a la subcontratista, lo abonado por ella, pues así lo exige el principio de relatividad de los contratos proclamado en el art. 1257 CC con carácter general y que impide que lo pactado entre partes afecte o pueda afectar a terceras personas ajenas al negocio jurídico.

### **12. Sucesivas subcontrataciones**

Otro supuesto frecuente en la práctica es el de que a su vez, la empresa que ha sido subcontratada, subcontrate parte de las obras a otra tercera empresa y así sucesivamente.

En estos casos, cuando los daños son causados directamente por esta tercera empresa, las

empresas contratistas tratan de eludir su responsabilidad alegando que ninguna relación contractual tienen ellas con esta tercera empresa causante de los daños, la cual fue contratada directa y exclusivamente por la subcontratista.

Tales argumentos, sin embargo deben ser rechazados y así lo hace a SAP de Asturias de 25 de junio de 2001 cuando afirma que lo relevante no es si la contratación se hizo de forma autónoma o desvinculada entre los diferentes intervinientes en el proceso de ejecución, sino, como ya se indicó, si entre todos existe una cierta dependencia jerárquica, porque como enseña la jurisprudencia, aún actuando cada una de las empresas con una cierta autonomía en el desempeño de sus respectivos cometidos o actividades, la contratante principal puede reservarse algunas facultades de dirección, vigilancia o participación en los trabajos de sus respectivos contratistas o en parte de ellos, en cuyo caso, esta ingerencia, más o menos extensa o intensa hace persistir aquella relación de dependencia generadora de una doble responsabilidad, tanto del subcontratista ejecutor material de la actividad negligente como del contratista principal que participe en las tareas directivas y de control o supervisión.

De nuevo el énfasis para atribuir responsabilidad es colocado por la jurisprudencia en la existencia o no de cierto control sobre la ejecución de las obras, sean una o varias las empresas intervinientes.

Esta materia ha experimentado algunos cambios con la nueva Ley de subcontratación de 2006 en el ámbito de la construcción.

### **13. Responsabilidad del contratista cuando el subcontratista es un trabajador autónomo y sufre lesiones o daños**

El Tribunal Supremo contempla este supuesto en la sentencia de 7 de abril de 2006 y condena



al contratista porque el trabajador autónomo subcontratado no trabajaba en forma autónoma en la obra, si no, en condiciones de igualdad con los demás que sí eran trabajadores por cuenta ajena, y en consecuencia, realizaba su labor bajo el régimen de organización y dirección de la empresa contratista aunque el contrato que le unía con ella no fuese de naturaleza laboral.

#### 14. Misma empresa con distintas denominaciones

La SAP de Valencia de 8 de marzo de 202 recoge un supuesto interesante, y lo resuelve de forma muy acertada.

Se trata del supuesto de daños a tercero ocasionados por una empresa, si bien, a pesar de que la contratada era ésta, la que ejecutó las obras fue otra, pero existiendo entre ellas idéntico accionariado, objeto social, administradores domicilio social, etc.

En suma, se está ante el supuesto de una misma empresa ue opera en el trafico jurídico como dos sociedades diferentes, gozando claro está, cada una de ellas de propia personalidad jurídica.

La Audiencia de valencia condena solidariamente a ambas y sostiene que si bien es cierto que de derecho, una era la sociedad adjudataria y otra la que ejecutó las obras y que ambas tienen distinta personalidad jurídica, de hecho, las mismas suelen colaborar en las obras a una o a otras adjudicadas.

Es decir, media una subcontratación que aún no documentada se induce del actuar de ambas o de ciertos datos objetivos exteriores como que en la obra figuraba el logotipo de la no contratada, en las vallas el nombre de ésta empresa, etc, lo que implica que como subcontratista y ejecutora material de las obras en virtud del art.





1902 cc deba responder frente a tercero, sin que sea de recibo excusarse de ello por esas diferentes personalidades y mera colaboración pues ello sería contrario al art. 7CC al permitir, según se dirija el pleito contra una u otra, alegar para eximirse de responsabilidad o tal adjudicación o tal subcontrata.

### 15. Responsabilidad de los administradores de la sociedad subcontratada

Ninguna especialidad sobre las reglas generales presenta esta cuestión, cuando deba responder una sociedad anónima o limitada subcontratada de los daños ocasionados a terceras personas.

La SAP de Valencia de 14 de febrero de 2005 ha tenido la oportunidad de analizar este concreto problema y se refiere expresamente a la doctrina jurisprudencial que señala que la obligación que se impone en el supuesto del art. 262.5° de la LSA, de responsabilidad solidaria de los administradores del pago de las deudas sociales “ex lege” se da en el supuesto que incumplan la obligación de convocar a junta general para acordar la disolución de la sociedad cuando la misma se encuentre en imposibilidad del cumplimiento del fin social, supuesto del art. 260.3 de la misma Ley.

Igualmente, la STS de 22 de diciembre de 1999 indica que resulta de aplicación a los supuestos de responsabilidad ex art. 262.5 LSA la causa de exoneración que establece el art. 133.2 de la propia Ley al decir que 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 o ejecución, desconocían su existencia, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o al menos se opusieron expresamente a aquel.

Es de destacar que a los efectos de la responsabilidad que se analiza, los supuestos más



corrientemente apreciados son aquellos que se refieren a la imposibilidad de realizar el fin social, paralización de los órganos sociales, falta de ejercicio de actividad durante el plazo de tres años, supuesto de pérdidas, reducción del capital social por debajo del mínimo legal o cualquier otra establecida en los estatutos.

En todos estos supuestos, si se trata de una sociedad subcontratada para la ejecución de una obra y en su actuar ocasiona daños a terceros, también deberán responder los administradores, si en ellos concurren todos los presupuestos que se exigen en los preceptos citados de la LSA o LSRL.

Pudiendo, entonces, el perjudicado, acumular en su demanda las dos acciones, frente a la sociedad, por responsabilidad extracontractual y frente a los administradores, por resultar responsables por la negligencia en su administración.

Para el conocimiento de esta demanda será competente el Juzgado de lo Mercantil según dispone el art. 86 ter de la LOPJ, si bien hay que reconocer que cuando se ejercitan de forma acumulada ambas acciones, no todos los Juzgados de lo mercantil se consideran competentes para conocer de la acción acumulada frente a la sociedad, pero esa cuestión excede de la materia propia de este trabajo.



# Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades

**Luis Medina Alcoz**

Profesor titular de Derecho Administrativo  
Universidad Complutense de Madrid



*¿Qué son las ficciones? Un modo de innovar, literalmente "guardando las formas", sin que lo parezca. Un modo de rectificar el derecho existente, pero sin decirlo, haciendo correr y haciendo como si lo oyera uno mismo que se aplican las normas que de antiguo vienen dadas.*

*Emilio Gómez Orbaneja, 'Ficciones y conceptos formales en el Derecho', Moneda y Crédito, nº 128, 1974*

## RESUMEN

La teoría general de la causalidad en la responsabilidad contractual (y extracontractual) obliga a que el peso de la incertidumbre recaiga en su conjunto sobre un solo sujeto: sobre el agente dañoso, cuando, ante las dificultades probatorias, el juzgador rebaja el estándar ordinario de prueba para afirmar un nexo causal dudoso, y ordena la reparación total del daño padecido; o sobre la víctima, cuando el órgano judicial mantiene ese estándar ordinario y niega el nexo causal y la responsabilidad. Es el principio del "todo o nada".

La teoría de la pérdida de oportunidad o "chance" altera este planteamiento, pues distribuye el peso de la incertidumbre causal entre las dos partes implicadas: el agente responde sólo en proporción a la medida en que fuera autor del menoscabo. De este modo, se brinda una solución equilibrada que pretende acomodarse a una sensibilidad judicial a la que repugna la liberación del agente dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le comine a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado.



*Este estudio analiza el proceso de formación y consolidación, el ámbito de aplicación, el contenido y el fundamento de la teoría de la pérdida de oportunidad así como su relación con otras doctrinas causales. Y concluye que la regla de indemnización proporcional que establece puede captarse, no como una incómoda anomalía o excepción cuya asimilación requiere de forzosísimas explicaciones (p. ej., la “chance” es una cosa en sí misma cuya pérdida produce un daño emergente de carácter económico o personal), sino como manifestación de una nueva teoría general de la causalidad, que ha dejado de basarse ya, siempre y en todo caso, en el principio del “todo o nada”.*

## SUMARIO

- 1. La formación de la teoría de la pérdida de oportunidad.**
- 2. La pérdida de oportunidad como remedio ante la imperfección del conocimiento empírico.**
- 3. Aproximación a los supuestos de pérdida de oportunidad.**
- 4. El ámbito de aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad.**
- 5. El contenido de la teoría de la pérdida de oportunidad.**
- 6. El fundamento de la teoría de la pérdida de oportunidad.**
- 7. Uso y abuso de la teoría de la pérdida de oportunidad.**
  - 7.1. La negación de probabilismo.
  - 7.2. La reparación parcial de daños ciertos y la reparación total de daños inciertos.
  - 7.3. La inaplicación de criterios precisos de valoración del daño y de la probabilidad causal.
- 8. La teoría de la pérdida de oportunidad y su relación con otras teorías causales.**
  - 8.1. La teoría de la pérdida de oportunidad y las técnicas de facilitación probatoria.
  - 8.2. La teoría de la pérdida de oportunidad y las técnicas de responsabilidad sin causa probada.
  - 8.3. La teoría de la pérdida de oportunidad y la doctrina de la equivalencia de las condiciones.
  - 8.4. La teoría de la pérdida de oportunidad y la doctrina de la imputación objetiva.
- 9. Hacia una nueva teoría general de la causalidad.**

### 1. La formación de la teoría de la pérdida de oportunidad

La pérdida de oportunidad o “chance” es una técnica a la que se acude en el ámbito de la responsabilidad civil contractual (y extracontractual) de los particulares (y de la Administración) para salvar las dificultades de la prueba del nexo causal. A través de ella pretende evitarse la drástica solución a que conduce el modelo causal tradicional: el todo o nada.

La teoría general de la causalidad obliga a que el peso de la incertidumbre recaiga en su conjunto sobre un solo sujeto: sobre el agente dañoso,

cuando ante las dificultades probatorias, el juzgador rebaja el estándar ordinario de prueba para afirmar un nexo causal dudoso, y ordena la reparación total del daño padecido; o sobre la víctima, cuando el órgano judicial mantiene ese estándar ordinario y libera de toda responsabilidad al agente (posiblemente) dañoso. Frente a este planteamiento, la teoría de la *chance* distribuye el peso de esa incertidumbre entre las dos partes implicadas: el agente responde sólo en proporción a la medida en que fuera autor del menoscabo. De este modo, se brinda una solución equilibrada que pretende acomodarse a una sensibilidad justicial a la que repugna que se exonere al agente dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le



obligue a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado.

Después de gestarse entre finales del siglo XIX y principios del XX en los sistemas jurídicos francés e inglés, en supuestos de incumplimiento contractual, la teoría de la pérdida de oportunidad ha circulado *horizontalmente*, penetrando otros muchos ordenamientos nacionales (Estados Unidos, Canadá, Australia, Bélgica, Holanda, Italia, Argentina, entre otros); y *verticalmente*, alcanzando a organizaciones europeas e internacionales de diverso signo

(Consejo y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT–; Academia de Jusprivatistas Europeos; Grupo Europeo de Responsabilidad Civil –EGTL–) que, después de identificarla a través del método comparado, la han recogido o aplicado en algunos de sus instrumentos (art. 2.7 Directiva 92/13/CE<sup>1</sup> y jurisprudencia comunitaria<sup>2</sup>; sentencias en materia de derechos humanos<sup>3</sup>; art. 7.4.3 Principios UNIDROIT<sup>4</sup>; art. 163 Parte General del Código Europeo

<sup>1</sup> “Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este Derecho, y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esa violación”. El mandato cohonesta con lo establecido en el undécimo Considerando, que señala: “cuando una persona presente una demanda de daños y perjuicios por los gastos realizados con ocasión de la preparación de una oferta o de la participación en un procedimiento de formalización de un contrato, no se le exigirá, para obtener el reembolso de dichos gastos, que pruebe que en ausencia de esta violación se le habría adjudicado el contrato”.

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recaída en el asunto *Farrugia*, T-230/94, que indemniza la pérdida de la posibilidad de obtener una beca de investigación.

<sup>3</sup> Pueden reseñarse, en tal sentido, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 1984, resolutoria del caso *Goddi*; 12 de febrero de 1985, resolutoria del caso *Collozza*; 19 de diciembre de 1990, resolutoria del caso *Delta*; 10 de julio de 1998, resolutoria de los casos *Tinnelly y McElduff*; y 10 de enero de 2006, resolutoria del asunto *Gruais y Busquet*. De la Corte Interamericana, puede citarse la Sentencia de reparaciones de 27 de noviembre de 1998, resolutoria del caso *Castillo Páez c. República del Perú*, que maneja en *obiter dictum* el concepto de “chance cierta”.

<sup>4</sup> “Certeza del daño. Sólo es reparable el perjuicio que se establece con un grado razonable de certeza, aunque sea futuro. La pérdida de una oportunidad puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización. El perjuicio cuyo importe no puede determinarse con un grado suficiente de certeza, ha de ser valorado según la discreción del tribunal”.



de Contratos<sup>5</sup>; art. 3:106 Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil<sup>6</sup>).

El concepto ha sido tradicionalmente ajeno a la cultura jurídica española, que no la recoge en sus textos generales de responsabilidad (el Código Civil y la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Sin embargo, la teoría ha penetrado el sistema español a partir de finales de los años ochenta del siglo pasado de la mano de los Tribunales, que la han tomado de los ordenamientos francés e italiano; del Consejo de Estado, que la ha conocido gracias a la jurisprudencia estrasburguesa; y del legislador, que, por influjo de la Directiva 92/13, ha consagrado el derecho a indemnización del licitador que hubiera contado con “posibilidades reales” de resultar adjudicatario de haberse tramitado limpiamente el procedi-

miento de contratación (art. 112 Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales<sup>7</sup>, que reitera el contenido del artículo 63 de la derogada Ley 48/1998; y art. 213 de Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos<sup>8</sup>). La implantación de la doctrina de la *chance* en España viene así a culminar un proceso de influencias recíprocas entre sistemas jurídicos y, en particular, entre el Derecho europeo y los Derechos nacionales, en el que las instituciones europeas han servido de vehículo de comunicación.

En este proceso, la doctrina científica ha desempeñado un papel crucial. La oportunidad perdida es una técnica de origen judicial, pero su desarrollo se ha caracterizado desde su nacimiento, tanto en el *Droit Civil* como en el *Common Law*,

<sup>5</sup> “Daño patrimonial resarcible. 1. El daño patrimonial resarcible comprende: a) Tanto la pérdida sufrida, b) como el lucro cesante, que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de oportunidad de ganancia que puede considerarse –con certeza razonable– ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora. (...)”.

<sup>6</sup> “Causas inciertas en la esfera de la víctima. La víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera”. Este artículo viene acompañado de un comentario del Director del Proyecto, el profesor holandés Jaap SPIER, que aclara que su tenor tiene que ver con causas potenciales pertenecientes a la esfera de la víctima; y se basa, en parte, en el concepto de pérdida de oportunidad (*perte d'une chance*) (“General introduction”, en AAVV, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, SpringerWien/NewYork, Horn, 2005, pp. 12-18). Advierte, además, que el Grupo ha preferido no expresar un punto de vista en cuanto a si, conforme al artículo 3:106, cabe aplicar la doctrina de la *chance* porque, aunque la mayoría de sus miembros se ha mostrado cautelosamente favorable, no se ha logrado consenso en este punto. No obstante, dice SPIER, no puede desconocerse que los Principios se basan parcialmente en una responsabilidad proporcional, que, en determinados casos, es vista, no como la solución ideal, pero sí como la mejor de las posibles. A mi juicio, es posible que en la elaboración del precepto y la decisión del Grupo de no pronunciarse en torno a si cabe aplicar con base en él la teoría de la *chance* haya pesado la posición de Francesco Donato BUSNELLI, uno de los nueve miembros de la Comisión que redactó el borrador sobre el que se ha aprobado el texto definitivo. Este profesor sostuvo hace tiempo que la *perdita di chance* no es resarcible (*Perdita di una “chance” e risarcimento del danno*, nota S. Tr. Apel. París, 06-03-1994, Foro it., 1965/4, cc. 47-52); y es de los pocos autores italianos que, en la actualidad, sigue adscrito a tal postura (“Lesione di interessi legittimi: dal ‘muro di sbarramento’ alla ‘rete di contenimento’” *Danno Resp.*, núm. 3/1997, pp. 269-272; “Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il ‘muro’ degli interessi legittimi”, *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 335-354). Es uno de los más fervientes críticos de la figura y la jurisprudencia italiana que la invoca. Según él, la oportunidad es una invención “*made in France*” que es, en unos casos, puramente inútil y, en otros, distorsionante y, en todo caso, de fisonomía indescifrable, llegando así a la conclusión de que la *chance*, caracterizada por sus contornos ambiguos y evanescentes, constituye una “(pseudo)categoría normativamente inexistente” (“Dopo...”, cit., p. 346).

<sup>7</sup> “(...) 2. Para que proceda la indemnización se exigirá que se haya probado que ha habido infracción de lo dispuesto en la presente Ley y que el reclamante hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato si no se hubiera cometido tal infracción. (...) 4. La indemnización deberá cubrir cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación”. Si se compara el tenor de este artículo con el del mencionado artículo 2 de la Directiva 92/13 que transpone, se constata una diferencia destacable. El precepto comunitario no afirma expresamente que, en presencia una posibilidad real de adjudicación, deben indemnizarse parcialmente las ganancias dejadas de obtener. Se limita a concretar que en estos supuestos han de abonarse los gastos de preparación de la oferta y participación en el procedimiento. La regla ha sido significativamente matizada en la Ley española, que establece que, cuando el perjudicado tuviera posibilidades reales de obtener el contrato, la compensación deberá cubrir cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. Ese *cuando menos* encierra la idea de que la reparación que se conceda a quien pierda una posibilidad real de victoria puede incluir parte del beneficio neto que la ejecución del contrato habría reportado. Ese más que puede abarcar la reparación puede corresponderse, en definitiva, con un porcentaje del lucro inobtenido (el denominado beneficio industrial, que la jurisprudencia española suele identificar con el 6% del importe del contrato previsto).

<sup>8</sup> “(...) 3. En los casos en que la reclamación fuera estimada, se haya iniciado la ejecución del contrato y mediaren razones técnicas o de equidad que hagan desaconsejable dejar sin efecto la adjudicación, la entidad contratante podrá, con carácter excepcional y de forma motivada, sustituir la ejecución de la resolución adoptada por la Junta de Contratación Pública por la concesión de una indemnización de daños y perjuicios. La indemnización deberá tener en cuenta la posibilidad real de que el reclamante hubiera obtenido la adjudicación de no haber mediado la infracción y deberá cubrir, al menos, los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de licitación”.

por corresponder al impulso proporcionado por la doctrina científica. Hay, de un lado, países donde la noción de *chance* apareció por vez primera en sentencias (p. ej. Francia, Estados Unidos), pero los autores han cumplido un rol fundamental, no tanto porque, en clave exegética, hayan explicado y racionalizado la teoría -dando cuenta sin más de la elaboración jurisprudencial-, sino, más bien, porque la han propuesto como respuesta ineludible para otros casos y han intentado hallar los fundamentos dogmáticos que la hacen compatible con la teoría general de la causalidad. Hay, de otro, ordenamientos en los que la teoría de la *chance* ha sido postulada en la literatura científica antes que manejada en las resoluciones judiciales (p. ej. Italia), donde resulta más que evidente el protagonismo desenvuelto por los autores críticos, auténticos propulsores de su incorporación a través de su influjo sobre la jurisprudencia. Hay, por fin, sistemas en que aún no se conoce la doctrina de la *chance* (Suiza), donde, no obstante, la literatura jurídica reivindica su utilización, sin que parezca arriesgado sospechar una próxima acogida legal o jurisprudencial. Por eso puede decirse que la *chance* es una teoría en cuya generación, desarrollo y fundamentación ha sido decisiva la aportación de los autores críticos. La singularidad del Derecho español radica en que han sido los Tribunales y el Consejo de Estado quienes, con protagonismo poco compartido, han abordado el tema de la pérdida de oportunidad. Los estudios sobre la materia han sido escasos hasta hace poco; y sólo últimamente han empezado a surgir, después de que el Tribunal Supremo, junto con el legislador (de la contratación pública), hayan reconocido la resarcibilidad de la *chance*<sup>9</sup>.

## 2. La pérdida de oportunidad como remedio ante la imperfección del conocimiento empírico

El surgimiento y consolidación de la teoría de la pérdida de oportunidad se debe a muchas razones, pero, sin duda, una de las más importantes es la toma de conciencia, relativamente reciente en el mundo del Derecho, de que el conocimiento humano es imperfecto y limitado y de que sólo puede expresarse en términos de probabilidad.

El pensamiento filosófico y jurídico en relación con el conocimiento de los hechos ha evolucionado a partir de una fase primitiva en que imperaba una concepción mágica hasta el momento actual, en que se adoptado la óptica racional<sup>10</sup>. El motor de esta transformación ha sido, en buena medida, el pensamiento ilustrado que, influido por los avances científicos y el paradigma mecanicista newtoniano, depositó una confianza ciega en el conocimiento empírico, como vehículo capaz de proporcionar certezas incuestionables. Esta idea se proyectó casi sin variación al campo de las ciencias jurídicas, donde hubo autores que llegaron a creer que la verdad obtenida en el proceso puede ser reflejo fiel de lo efectivamente acaecido. A nivel teórico o académico, planteamientos de este género sólo fueron defendidos por una "minoritaria epistemología positivista" que concebía el conocimiento como un proceso guiado por normas seguras; pero la práctica procesal, sobre todo la de la Europa continental, se escudó en la regla del libre arbitrio o convicción para dejarse dominar por la idea de que los hechos pueden y deben probarse con *toda* certeza<sup>11</sup>. Muchos ilustrados reconocían que la certe-

<sup>9</sup> Me abstengo de citar los trabajos españoles en materia de pérdida de oportunidad, de número ya considerable; y me remito al efecto a mi estudio *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007, donde se desarrollan varios de los planteamientos que aquí se apuntan. Sobre esta cuestión puede encontrarse algo más breve en el Tratado de responsabilidad civil, coord. L. F. Reglero Campos, T. I, *Parte General*, 4ª ed., Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2008, en el Capítulo V "El nexa causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor", a cargo de L. F. REGLERO CAMPOS y L. MEDINA ALCOZ, pp. 780-822.

<sup>10</sup> Sigo en este punto la magnífica y más amplia exposición de M. GASCÓ ABELLÁN, "Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba", 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 7-45.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 30-31; L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7ª ed., pról., N. Bobbio, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, R. Cantarero Bandrés, Trotta, 2005, p. 50.



za de los hechos nunca es absoluta u objetiva, pero no los juristas, probablemente porque no prestaban atención al problema del hecho y su prueba y han centrado sus preocupaciones en la teoría de la interpretación de las normas.

En la dogmática jurídica ha imperado así el “desprecio de los hechos<sup>12</sup>”. El estudio de las cuestiones de orden fáctico se ha relegado a un segundo plano, por detrás del análisis de los conceptos<sup>13</sup>, ignorándose que la mayoría de los juicios son “pleitos sobre hechos”<sup>14</sup>. Por eso los juristas han tenido dificultades para reconocer que “en la Tierra la verdad es una cuestión de grado” y han creído que los hechos deben quedar demostrados con absoluta certeza<sup>15</sup>. Sin embargo, los avances científicos, singularmente los desarrollos de la física cuántica, han puesto de manifiesto más que nunca que el mundo físico no está regido por leyes causales, sino probabilísticas del tipo “si X, entonces Y en un porcentaje Z<sup>16</sup>”. Se ha acabado imponiendo el criterio de que el conocimiento empírico, del que el conocimiento judicial no es más que uno de sus tipos, no permite saber con absoluta certeza si un hecho, como el hecho causal, es verdadero; pero sí intentar hallar su grado de probabilidad a partir de los elementos de juicio disponibles y determinadas pautas de racionalidad<sup>17</sup>.

El conocimiento de los hechos se fundamenta, pues, en la probabilidad, no en la absoluta certeza, lo que significa que siempre cabe la discrepancia entre lo efectivamente acaecido y lo efectivamente demostrado. La posibilidad de tal discrepancia se percibe especialmente en el proceso, por los

límites añadidos del conocimiento judicial de los hechos; y se siente intensamente como un problema en algunos de ellos, por la insuficiencia de los elementos de juicio en que apoyar las declaraciones de hechos probados. Esto es lo que ocurre en muchos asuntos de responsabilidad civil, en relación con la causalidad, donde, a veces, la imposibilidad de acreditarla no elimina la sospecha de que pudo verificarse en el mundo real. Esta sospecha explica en gran medida el surgimiento de la doctrinas de la oportunidad perdida. Es una técnica que, en cierto modo, regula la incertidumbre bajo el entendimiento de que a veces hiere la sensibilidad judicial que la víctima quede sin reparación por un daño que, quizá, no habría padecido de no haber mediado el hecho ilícito; o que la contraparte quede obligada a reparar un perjuicio que pudo no haber causado.

### 3. Aproximación a los supuestos de pérdida de oportunidad

En el mundo anglosajón, el ejemplo clásico a partir del cual se explica la figura se refiere al juego de lotería o similares; y en el entorno francófono, a las competiciones hípicas. El primero es el de la víctima que compra un cupón de lotería, con premio de 10.000 \$, que el organizador de la rifa debe colocar en un sombrero. Se extrae un cupón que no es el de la víctima, descubriéndose después que éste no llegó a introducirse. No puede afirmarse que el organizador propiciara la pérdida de esos 10.000 \$ porque, en cualquier caso, era poco probable que venciera, pero sí que frustró una posibilidad de ganancia<sup>18</sup>. El segundo

<sup>12</sup> Así, en palabras del profesor Luis MUÑOZ SABATÉ (*Técnica probatoria. Estudio de las dificultades de la prueba en el proceso*, pról. S. Sentis Melendo, Praxis, Barcelona, 1967, pp. 20-21), uno de los primeros autores españoles que se ha ocupado de estas cuestiones. Como trabajos recientes que denuncian la escasa atención brindada a los hechos en el Derecho pueden citarse los de J. A. CRUZ PARCERO, “Los métodos para el jurista” y C. COURTIS, “Detrás de la Ley. Lineamientos de análisis ideológico del Derecho”, ambos en AAVV, *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, pról. M. Atienza, dir. C. Courtis, Trotta, Madrid, 2006.

<sup>13</sup> L. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria...*, cit., pp. 20-21.

<sup>14</sup> En este sentido, Jerome FRANK, *Derecho e incertidumbre*, 2ª ed., trad. original inglés “Short of sickness and death: a study of moral Responsibility in Legal Criticism”, *NY Univ. L. Rev.*, oct. 1951, núm. 4, C. M. Bidegain, pról. J. Cueto Rúa, Fontamara, México D. F., 1993, p. 37.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>16</sup> M. GASCÓN ABELLÁN, “Los hechos...”, cit., p. 21.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 42-45.

<sup>18</sup> D. HAMER, “Chance would be a fine thing: proof of causation and “quantum” in an unpredictable world”, *Melbourne Univ. L. Rev.*, núm. 33, 1999, p. 589.



ejemplo es el del transportista de un caballo de carreras que llega tarde al hipódromo, cuando la competición ya se inició; no puede afirmarse que su propietario perdiera el premio que corresponde al campeón porque era improbable que ganara la carrera, pero sí que ha perdido la oportunidad de obtenerlo<sup>19</sup>.

En el ámbito de la *Commonwealth* (en particular, Reino Unido, Canadá y Australia) es frecuente la utilización de la figura en casos en que el daño –cuya ligazón causal con el hecho ilícito es sólo posible– tiene naturaleza económica o patrimonial<sup>20</sup>. Así, la primera sentencia inglesa que indemnizó

la pérdida de una *chance*, de 1911, en el asunto *Chaplin vs Hichs*, de la *Court of Appeal*: Un agente teatral convocó un concurso de belleza, con el compromiso de contratar como actrices durante tres años a las 12 candidatas que él eligiera entre las 50 más votadas por los lectores de un periódico, abonando 20 libras esterlinas mensuales a las 4 primeras, 16 a las 4 siguientes y 12 a las otras 4. La demandante fue una de las preseleccionadas, pero el agente no le comunicó la fecha de la entrevista personal prevista en las reglas del concurso, de modo que no fue una de las 12 finalmente elegidas; y su demanda fue acogida con el reconocimiento de una indemnización de 100

<sup>19</sup> Es el supuesto resuelto por el Tribunal de Apelación de Limoges mediante sentencia de 24 de marzo de 1896 (caso Rousseau vs. Ferrocarriles de Orleans) en la que se estimó que la pérdida de la oportunidad de ganar la carrera no constituía un perjuicio suficientemente cierto como para repararse. Para los hermanos MAZEAUD y TUNC se trataba de un supuesto claro de pérdida de oportunidad (*Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. I, trad. 5ª edic. L. Alcalá-Zamora Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1962, ap. 219, p. 308).

<sup>20</sup> Esta conclusión general se encuentra desarrollada en David A. FISCHER, "Tort recovery for loss of a chance", *Wake Forest L. Rev.*, núm. 36, 2001, pp. 635-638, 651-654.



libras. La explicación técnica del caso es que la demandante tenía una posibilidad entre cuatro de ser escogida, por lo que esa *chance* debía dar lugar a la correspondiente indemnización<sup>21</sup>. Un ejemplo más reciente lo proporciona el asunto *Sellars* (1994) de la *High Court* de Australia, en el que el agente dañoso, al presentar una magnífica oferta, incitó a la víctima a interrumpir las negociaciones con otra empresa; pero, firmado el contrato, rehusó darle cumplimiento. La víctima hubo de retomar las negociaciones originarias, pero los términos del nuevo contrato eran menos favorables que los establecidos en el borrador proyectado, que, según estimó el Tribunal, se habría firmado muy probablemente de no haber mediado la oferta del agente dañoso. En este asunto, de lo que no se tenía la completa certeza era de que el contrato primigenio se hubiera podido cumplir, pues su objeto estaba sometido a, al menos, siete condiciones. Por eso la indemnización se ciñó a la pérdida de una oportunidad comercial<sup>22</sup>.

En los Estados Unidos, aunque hay un cuerpo doctrinal y jurisprudencial muy articulado en cuanto a la pérdida de oportunidad, las jurisdicciones que acuden a la figura, lo hacen sólo en supuestos de daños personales producidos en el ámbito médico. El antecedente de esta jurisprudencia es la sentencia resolutoria del caso *Hicks vs United States* (1966). Se refiere a un paciente que acudió al médico de la *United States Naval Amphibious Base* por sus frecuentes vómitos y sus fuertes dolores abdominales. Después de diez minutos, el doctor diagnosticó gastroenteritis, recetándole determina-

dos medicamentos. De vuelta a casa, el paciente comenzó a vomitar, desvaneciéndose. El personal de la *United* no logró reanimarle. El fallecido sufría una oclusión intestinal que fue mortal por no tratarse a tiempo. La *United Court of Appeals for the Fourth Circuit* estimó que la conducta médica fue negligente y que sacrificó una oportunidad substancial de sobrevivencia ("*substantial possibility of survival*")<sup>23</sup>.

En la Europa continental, los países nórdicos y centroeuropeos son, por lo general, refractarios a la figura, pero los demás la aplican con frecuencia en supuestos de daños de naturaleza tanto económica como personal, sobre todo en supuestos de responsabilidad de profesionales forenses y sanitarios. En Francia, la primera resolución que invoca una oportunidad perdida es el *arrêt* de la *Cour de Cassation (Chambre de Requetes)*, de 17 de julio de 1889, en relación con la culpa de un *huissier* judicial que impidió la tramitación de un proceso. La misma doctrina fue utilizada después por la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación en sentencia de 17 de marzo de 1911, relativa a un mandatario procesal que se abstuvo de ejercitar la acción, consolidándose definitivamente en el *arrêt* de la *Chambre de Requetes* de 26 de mayo de 1932, sobre la actuación negligente de un notario<sup>24</sup>. Con estos antecedentes, el país galo ha alcanzado las más altas cotas de desarrollo y refinamiento de la teoría<sup>25</sup>. Se ha indemnizado, por ejemplo, la frustración irremediable de una posibilidad seria y real de victoria en: competiciones deportivas (de caballos<sup>26</sup> o de atletismo<sup>27</sup>) y artísticas (pictóricas<sup>28</sup>, escultóricas<sup>29</sup>

<sup>21</sup> Vide M. A. JONES, *Textbook on Torts*, 4ª ed., Blackstone press limited, London, 1993, p. 146.

<sup>22</sup> D. HAMER, "Chance would...", cit., pp. 591-592, 609.

<sup>23</sup> Cfr. J. H. KING, "Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences", *Yale L. Journal*, núm. 90, 1981, pp. 1353 ss., y "Reduction of likelihood' reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine", *Univ. Memphis L. Rev.*, núm. 28, 1998, pp. 491-559; E. M. FORAN, "Medical malpractice: a lost chance is a compensable interest", *Bridgeport L. Rev.*, núm. 12, 1992, pp. 486 ss.

<sup>24</sup> Cfr. F. CHABAS, "Cent ans de responsabilité civile", *Gaz. Palais*, núms. 236-237, 23 ag. 2000, p. 21, y "La perdita di "chance" nel diritto francese della responsabilità civile", *Resp. civ. previd.*, 1996, pp. 227 ss.

<sup>25</sup> Esta valoración puede leerse también en C. MÜLLER, *La perte d'une chance*, Stämpfli Verlag, Bern, 2002, p. 51.

<sup>26</sup> Sentencias del Tribunal de Casación de 4 de mayo de 1972 y 6 de junio de 1990, comentadas por C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 57-59.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Administrativo de París, de 27 de noviembre de 1985.

<sup>28</sup> Sentencia de la Corte de Apelación de Rennes, de 15 de diciembre de 1961.

<sup>29</sup> Sentencia de la Corte de Apelación de Lyon, de 17 de noviembre de 1958.

o literarias<sup>30</sup>); o en concursos públicos<sup>31</sup>. También, entre muchas otras, la oportunidad perdida de que una ópera, cuyo tenor hubo de ser sustituido por otro de menor calidad, hubiera obtenido mayor éxito<sup>32</sup>; o de obtener una licencia de importación ilegalmente denegada por el servicio de aduanas<sup>33</sup>. A su vez, en el ámbito de la responsabilidad civil médica, la doctrina ha sido ampliamente utilizada<sup>34</sup>.

En Italia, la Sección Laboral de la *Corte di Cassazione*, en dos importantes sentencias, estimó la pretensión resarcitoria en relación con la *chance* de dos sujetos que habían visto sacrificadas sus posibilidades de ser contratados o ascendidos por la empresa. En el asunto de la primera resolución, de 19 de noviembre de 1983, núm. 6906, un empresario había solicitado a la oficina de colocación una serie de trabajadores para una eventual contratación. Tales trabajadores fueron sometidos a las pruebas físicas previstas, pero no a los correspondientes tests psicotécnicos, privándoles así de la oportunidad de ser contratados<sup>35</sup>. En el caso de la segunda sentencia, de 19 de diciembre de 1985,

núm. 6506, se reconoció el resarcimiento por pérdida de *chance* a un sujeto que, después de competir en dos concursos de promoción profesional, vencer el primero y superar el segundo, fue excluido de la prueba oral definitiva en aplicación de una norma, posteriormente declarada ilegal, que prohibía la participación en concursos convocados por la empresa de la que se era dependiente<sup>36</sup>. La doctrina ha sido aplicada después en muchos otros supuestos: frustración de la posibilidad de proseguir negociaciones comerciales<sup>37</sup>, de la oportunidad de victoria en un proceso<sup>38</sup> o en un procedimiento administrativo competitivo de contratación o función pública<sup>39</sup>; o de la posibilidad de supervivencia<sup>40</sup>.

Por influjo de los Derechos francés e italiano, Argentina ha reconocido la resarcibilidad de la oportunidad de obtener ganancias a través de un nuevo empleo<sup>41</sup>, una actividad empresarial<sup>42</sup> o una actividad deportiva<sup>43</sup>. Del mismo modo, la doctrina de la *chance* viene aplicándose para valorar el daño que sufre quien pierde una posibilidad seria y real de supervivencia<sup>44</sup>; y para cuantificar el detri-

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal civil de Sena, de 16 de diciembre de 1953.

<sup>31</sup> Así, la decisión del Consejo de Estado de 3 de agosto de 1928, que es la primera que toma en consideración la *chance* de promoción (*avancement*) de que disponía un funcionario. Cfr. F. SALLET, *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, LGDJ, Paris, 1994, pp. 16-25

<sup>32</sup> Sentencia de la Corte de Casación (Civil 2ª), de 14 de noviembre de 1958. Se indemnizó en concepto de *chance* bajo el entendimiento de que el éxito de una obra depende de numerosos factores, lo que posibilitaba sólo afirmar que había una probabilidad real de mejor acogida (C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 63).

<sup>33</sup> Decisión del Consejo de Estado de 13 de enero de 1974, comentada por F. SALLET, *La perte...*, cit., pp. 26-27.

<sup>34</sup> Las resoluciones del Consejo de Estado, de 24 de abril de 1964, y de la Sala Civil de la Corte de Casación, de 14 de diciembre de 1965, junto con la de la Corte de Apelación de Grenoble, de 24 de abril de 1962, representan el punto de partida de la jurisprudencia francesa favorable a la indemnización de las oportunidades pérdidas en el ámbito médico-sanitario.

<sup>35</sup> Vide, C. SEVERI, "Perdita di 'chance' e danno patrimoniale risarcibile", *Resp. civ. previd.*, 2003/2, p. 302; E. CAPPAGLI, "Perdita di una 'chance' e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione", *Giust. civ.*, 1984/1, pp. 1841 ss.

<sup>36</sup> Véanse V. ZENO ZENCOVICH, "Il danno per la perdita di un'utilità futura", *Riv. Dir. comm.*, 1986/2, pp. 217 ss.; A. DE CUPIS, "Il risarcimento delle perdite di una 'chance'", *Giurispr. it.*, 1986, cc. 1181-1183; A. M. PRINCIGALLI, "Quando è più sì che no: perdita di 'chance' come danno risarcibile", nota S. Tr. Cas., Lab., 19 dic. 1985, núm. 6506, *Foro it.* 1986/1, cc. 384-387.

<sup>37</sup> Sentencia de la Corte de Apelación de Roma, Secc. 3ª, de 17 de febrero de 1988

<sup>38</sup> Sentencia de la *Corte Conti*, Sez. Lombardia, de 13 de marzo de 1998, núm. 436; y sentencia de la Casación Civil (Secc. 3ª) 1286/1998, de 6 de febrero de 1998.

<sup>39</sup> Sobre el tema, con cita de varios pronunciamientos en este sentido, L. MEDINA ALCOZ, "Dal dogma dell'infallibilità dello Stato alla teoria della perdita di 'chance': l'evoluzione della responsabilità civile da provvedimento nell'ordinamento italiano (1865-1999)", *Dir. Reg.*, mayo-ag 2005, núms. 3-4, pp. 437-447.

<sup>40</sup> Así, la Sentencia del Tribunal de Monza de 30 de enero de 1998 y la de la Casación Civil (Secc. 3ª), 4400/2004, de 4 de marzo, recogida y comentada por M. FEOLA, "Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in cassazione", nota S. Tr. Cas., Civil (Secc. 3ª), 4400/2004, de 4 de marzo, *Danno resp.*, 1/2005, pp. 45-56.

<sup>41</sup> STS de Córdoba, de 10 de mayo de 1985.

<sup>42</sup> Sentencia de la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala 2ª, de 26 de agosto 1988.

<sup>43</sup> Sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala D, de 17 de diciembre 1982. Sobre esta jurisprudencia, M. M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, t. 2, *Daños a las personas. Integridad psicofísica*, 2ª ed., Hammurabi-Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 450 ss.

<sup>44</sup> Sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 25 de junio de 2003 y 5 de octubre de 2004, resumidas y comentadas por J. C. GALÁN CORTÉS, *La responsabilidad civil médica*, pról. F. Marín Castán, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 215-218.



mento patrimonial que padecen los padres a raíz de la muerte un hijo menor, calculando la razonable posibilidad de ayuda que éste podría haber prodiado a aquéllos<sup>45</sup>. Por lo demás, el concepto no es ajeno al Derecho de otros países iberoamericanos como Brasil, Colombia, Perú o Uruguay<sup>46</sup>.

En España, todavía hoy la jurisprudencia ofrece ejemplos de esa vieja tendencia que, lejos de favorecer el manejo de técnicas de facilitación probatoria, invoca la regla del libre arbitrio para exigir que los hechos sean demostrados con *toda* certeza. Heredera del pensamiento ilustrado y positivista, esta postura goza aún de predicamento entre nuestros jueces y tribunales, que a veces desestiman reclamaciones indemnizatorias por la falta de acreditación de un nexo causal cuya existencia era, en realidad, verosímil o suficientemente probable. La exigencia de estos altísimos requerimientos probatorios es frecuente, en particular, en supuestos de lucro cesante futuro en que el actor solicita la reparación de las ganancias que habría obtenido de no haber mediado el hecho ilícito. Con todo, de manera gradual, la praxis jurisprudencial está admitiendo que es imposible asegurar con plena certeza la verdad del hecho causal; y que, consecuentemente, la causalidad acreditada es, no la absolutamente cierta, sino la razonablemente probable. Por eso la doctrina de la pérdida de oportunidad ha cobrado últimamente una relevancia especial, pues

está consagrándose como remedio ante la incertidumbre causal y, consecuentemente, está propiciando la superación de la vieja idea de que la verdad procesal (prueba) y la verdad material (verdad en sentido estricto) son conceptos perfectamente identificables; de que si se ha sufrido un daño por culpa de otro, los procedimientos probatorios permiten siempre demostrarlo en el proceso. Desde hace casi dos décadas, nuestros juzgados y tribunales (y el Consejo de Estado) invocan la idea de la oportunidad perdida para conceder indemnizaciones ante la falta de prueba de la conexión causal; y a partir de la entrada del nuevo siglo, esta tendencia se está intensificando extraordinariamente. La jurisprudencia se mueve así entre dos tendencias antitéticas, una tradicional, que parece estar superándose y que parece inspirarse en el paradigma mecanicista newtoniano para rechazar la indemnización de daños ciertos ante la presencia del más mínimo resquicio de duda; y otra nueva, que parece estar imponiéndose y que admite la relatividad del conocimiento humano para reparar daños aún sin la prueba patente del nexo causal.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo, en particular, ha consolidado una jurisprudencia que, afirmada inicialmente a finales de los años ochenta por Juzgados y Audiencias<sup>47</sup>, es favorable a la aplicación de la doctrina de la oportunidad perdida en asuntos de responsabilidad civil de profesionales legales,

<sup>45</sup> Sentencias de 7 de febrero de 1989, 30 de marzo 1990, 15 de noviembre de 1990 y 27 de febrero de 1991 de la Cámara Nacional Civil. Extractos de éstas y otras sentencias en materia de pérdida de oportunidad, en la sistematización de jurisprudencia argentina llevada a cabo por C. A. GHERSI, *Teoría general de la reparación de daños*, Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 400-403.

<sup>46</sup> Para el ordenamiento argentino, pueden consultarse, además de los trabajos mencionados, entre otros, J. BUSTAMANTE ALSINA, "La responsabilidad de los abogados", en AAVV, *Derecho de daños*, Libro homenaje al prof. Mosset Iturraspe, t. I, La Rocca, Buenos Aires, dir. Trigo Represas y Stiglitz, 1991, pp. 488-493; J. Jpp. 357-378; S. Y. TANZI, "La reparabilidad de la pérdida de la 'chance'", en AAVV, *La responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, dirs. A. A. Alterini y R. M. López Cabana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995; E. A. ZANNONI, *El daño*. MOSSET ITURRASPE, "Frustración de una 'chance' por error en el diagnóstico", coment. S. Cámara Nac. Apelacs. Civil Buenos Aires, 21 dic. 1981, *in re Almonacid vs Debora Centro Médico*, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, t. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982, pp. 61-77; R. D. PIZARRO, *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pp. 106-112; A. R. SOBRINO, "La responsabilidad profesional de los abogados", en AAVV, *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, vol. 1, coord. C. A. Ghersi, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, *Responsabilidad civil*, 2ª ed. act. ampl., Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 73-86; M. M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, t. 2a, *Daños a las personas. Integridad psicofísica*, 2ª ed., Hammurabi-Depal, Buenos Aires, 1990, pp. 304-305, 439-458, y *Persona, casos y cosas en el Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pp. 33 ss. Para Brasil, Sérgio SAVI, *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, Altas, São Paulo, 2006. En Colombia, J. C. HENAO, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Univ. Externado Colombia, Bogotá, 1998, pp. 161-162. Para Perú, F. DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual* (arts. 1969-1988), 3ª ed., t. 2, Pontif. Univ. Cat. Perú, Lima, 1988, pp. 47-48. Para Uruguay, J. PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, Temis, Bogotá, 3ª ed. 1984, pp. 364-365.

<sup>47</sup> Así, en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de Madrid, de 2 de diciembre de 1994, recaída en juicio civil 909/1993.

aunque no siempre se maneje rigurosamente<sup>48</sup>. Del mismo modo, ha reconocido la resarcibilidad de las *chances* de curación en la emblemática sentencia de 10 de octubre de 1998 (a la que me refiero con mayor detenimiento más adelante), después de que las Audiencias Provinciales inauguraran una importante línea jurisprudencial favorable a la aplicación de la teoría de la oportunidad en el ámbito médico-sanitario<sup>49</sup>. Aunque, como señala la SAP de Madrid (Secc. 20ª) núm. 248/2004, de 29 de abril (JUR 2004/228347), *“nuestra jurisprudencia no ha recibido con carácter general (...) la denominada doctrina de la ‘pérdida de oportunidad’ en el ámbito de la responsabilidad médica”*; parece estar en vías de hacerlo, pues durante los últimos años han empezado a abundar los pronunciamientos que mencionan o emplean la teoría.

La doctrina de la oportunidad perdida ha penetrado igualmente en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a través de la Audiencia Nacional. Desde que en 2002 admitiera por vez primera la resarcibilidad de la oportunidad de curación o supervivencia<sup>50</sup>, la AN aplica la teoría de la *chance* con bastante rigor y mucha frecuencia en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria<sup>51</sup>. Últimamente, el carácter resarcible de este tipo de oportunidades ha empezado a afirmarse también en sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de algunos Tribunales Superiores de Justicia<sup>52</sup> y del Tribunal Supremo<sup>53</sup>.

En este plano, son muy relevantes dos recientes Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, por vez primera, aplican abiertamente la teoría de la pérdida de oportunidad: Las SSTS, Sala 3ª, de 7 de julio y 26 de junio de 2008, a las que me refiero después.

La oportunidad perdida se presenta así como una doctrina en auge a la que los jueces y tribunales españoles, tanto de lo civil como de lo contencioso-administrativo, acuden a menudo en supuestos de negligencia de profesionales legales o sanitarios. Fuera de este ámbito, todavía son raros los pronunciamientos que acogen la figura. No obstante, el Consejo de Estado ha aconsejado la indemnización de *chances* laborales y de la posibilidad de evitar los gastos aparejados al sostenimiento de una acción resarcitoria ante la jurisdicción civil en supuestos en que la prescripción del ilícito penal por la prolongada paralización de las actuaciones ha impedido un examen de fondo de la acción penal ejercitada y, con ello, de la acción civil acumulada<sup>54</sup>. Además, es posible que algunos pronunciamientos recientes estén anunciando una extensión de los supuestos a que se aplica la teoría. La SAP Zaragoza (Secc. 5ª) núm. 718/2005, de 28 de diciembre (JUR 2006/27090), se refiere a ella en un caso de pérdida de la oportunidad de suscribirse al pago de una indemnización por la negligencia de un corredor de seguros<sup>55</sup>. A su vez,

<sup>48</sup> Cfr. SSTS (Sala 1ª) de 20 mayo de 1996 (Ar. 3793), 16 de diciembre de 1996, 11 de noviembre de 1997 (Ar. 7871), 14 de julio de 2003 (Ar. 4630).

<sup>49</sup> Cfr. Sentencias de la Audiencia Provincial de León (Secc. 2), de 15 de septiembre de 1998 (AC 1998/1504) y de Madrid (Secc. 18), de 5 de mayo del mismo año (AC 1998/7198).

<sup>50</sup> SAN (Secc. 4ª), de 13 de noviembre de 2002 (JUR 2003/25811).

<sup>51</sup> SSAN (Secc. 4ª), 5 de noviembre de 2003 (RJCA 2004/274), 13 de abril de 2005 (JUR 2005/277440), 25 de mayo de 2005 (RJCA 2005/1029), 2 de noviembre de 2005 (JUR 2006/122314), 11 de octubre de 2005 (JUR 2006/122656), 15 de febrero de 2006 (JUR 2006/119520).

<sup>52</sup> STSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1205/2001 de 14 de diciembre (JUR 2002/84276), y núm. 525/2005, de 3 de junio (JUR 2005/207921); STSJ Madrid de 31 de enero de 2006 (JUR 2006/120373) y núm. 156/2006, de 2 de febrero (RJCA 2006/383).

<sup>53</sup> En supuestos de ausencia de consentimiento informado, SSTS, Sala 3ª, de 25 de febrero de 2004 (Ar. 3889) y 22 de junio de 2005 (Ar. 5323). En casos de diagnóstico intempestivo de dolencias o enfermedades, STS, Sala 3ª, de 13 de julio de 2005 (Ar. 9611).

<sup>54</sup> En relación con las oportunidades laborales, Dictamen núm. 221/1994, de 28 de abril. Aconsejan la indemnización de esas peculiares oportunidades procesales, entre otros, los Dictámenes 35/1999, de 18 de marzo; 1582/1999, de 24 de junio; 3423/1999, de 22 de diciembre; 3425/2000, de 14 de diciembre; 857/2001, de 21 de junio; 1671/2001, de 19 de julio; 2043/2002, de 26 de septiembre; 2752/2002, de 31 de octubre.

<sup>55</sup> La SAP Málaga (Secc. 7ª, sede en Melilla), núm. 107/2000, de 27 de octubre (JUR 2001/86648) maneja también la figura fuera del ámbito de la responsabilidad por negligencia de profesionales forenses o sanitarios.



la sentencia 153/08, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Granada, acogiendo parcialmente las recomendaciones del Ministerio Fiscal en relación con la acción resarcitoria acumulada, ordena la reparación de la oportunidad de acceder al cuerpo de bomberos, a cuyas oposiciones no pudo presentarse el recurrente como consecuencia de un accidente constitutivo de ilícito penal y civil. Por su parte, algunas sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) afirman el carácter resarcible de la pérdida de la oportunidad de victoria en oposiciones y, en general, procedimientos administrativos competitivos<sup>56</sup>.

Hay razones para pensar que es posible que la teoría acabe extendiéndose a este tipo de casos, denominados de *chance provvedimentoale* en el Derecho italiano. Hay que recordar que, al transponer la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero, el Derecho español ha positivizado la doctrina de la *chance* en el ámbito de la contratación pública para indemnizar al licitador que no logra demostrar que, sin la infracción cometida por el órgano de adjudicación, habría resultado beneficiario. A su vez, podría ser un síntoma de una ampliación futura del ámbito judicialmente atribuido a la doctrina de la oportunidad perdida el hecho de que los tribunales de países que se han adelantado a los españoles en el reconocimiento de la resarcibilidad de las *chances* médicas y procesales lleven tiempo indemnizando las oportunidades que se pierden en el contexto de los procedimientos administrativos ampliatorios (Francia) o hayan empezado a hacerlo en cumplimiento de las Directivas comunitarias de recursos (Italia)<sup>57</sup>.

#### 4. El ámbito de aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad

La teoría de la pérdida de oportunidad se aplica en supuestos de incertidumbre causal estricta, irreversible e intrínseca. 1) Por incertidumbre estricta se entiende aquella que expresa una probabilidad causal seria, no desdeñable, que, sin alcanzar el nivel (máximo) que permite tener por cierto el hecho causal, supera el nivel (mínimo) que permite asegurar que el agente dañoso no causó el daño<sup>58</sup>. Por eso se dice que el concepto técnico de *chance* remite a la posibilidad fundada, seria, real, no desdeñable. 2) La incertidumbre es irreversible cuando no hay, razonablemente, la posibilidad de que después de la *æstimatio* llegue a conseguirse la certidumbre de que el agente no causó un daño, bien porque, producido éste, puede obtenerse después la reparación (v. gr., licitador que pudo ser adjudicatario en el concurso del que fue ilegalmente excluido pero que puede obtener el contrato en razón de la condena judicial a la repetición del procedimiento), bien porque, no habiéndose producido aún al tiempo de la liquidación de los daños, puede no materializarse nunca (v. gr., médico que, al exponer a radiación a su paciente, no causa daño alguno, pero aumenta las posibilidades de que acontezca después). Es lo que, gráficamente, se expresa al señalar que la oportunidad perdida es una *chance* inexorablemente sacrificada<sup>59</sup>, una ocasión irremediamente frustrada, una posibilidad que el agente dañoso, con su actuación, ha mutilado definitivamente, una oportunidad de la que la víctima gozaba inicialmente y que resulta cerrada irreversiblemente<sup>60</sup>. 3) La incertidumbre es intrínseca cuando quien la propicia no es la propia víctima. La teoría de la pérdida de oportunidad se

<sup>56</sup> Cfr. SAN de 8 de junio de 2006 (JUR 2006/1777226).

<sup>57</sup> Véase L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 196-214.

<sup>58</sup> A estos umbrales probabilísticos me refiero con más detenimiento después en aps. 5 y 8.3.

<sup>59</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Utet, Torino, 2000, p. 75.

<sup>60</sup> En este sentido, G. P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Cedam, Padova, 2001, pp. 208-209; O. BONARDI, "Concorsi invalidi: risarcimento del danno per perdita di "chance" o ripetizione del concorso ora per allora", nota S. Tr. Cas., Lab., 14 jun. 2000, núm. 8132, Riv. it. Dir. lav., 2001/2, pp. 463-467.

aplica de este modo a supuestos de falta de prueba del nexo causal, cuando el perjudicado, después de agotar los recursos que tenía a su disposición, sólo consigue demostrar que las posibilidades de consecución de una ventaja habrían sido serias y reales de no haber intervenido el hecho ilícito. Es la idea la idea de que la teoría de la *chance* entra en juego únicamente en supuestos de imposibilidad material de prueba.

En ocasiones, se adjudica un significado netamente distinto a la distinción entre incertidumbre extrínseca e intrínseca. Se ha dicho que la primera está presente en supuestos en que la probabilidad de causalidad es necesariamente del 100% o del 0%, cuando el desconocimiento de la manera en que se ha desarrollado un proceso etiológico real y verdadero impide averiguar lo ocurrido. La segunda interviene cuando hay un componente de aleatoriedad que impide radicalmente saber cuáles serían las consecuencias futuras de un hecho pasado. Según se dice, la aleatoriedad extrínseca está ligada a procesos causales ya determinados, que no han podido desentrañarse por la imperfección del conocimiento humano. La aleatoriedad intrínseca está asociada, en cambio, a procesos causales indeterminados cuyo conocimiento es ontológicamente imposible porque nunca ocurrieron verdaderamente. Partiendo de esta distinción, se insiste en que el problema de la pérdida de una estricta *chance* no puede ligarse a un problema de pura dificultad procesal de prueba –incertidumbre extrínseca–, sino a un problema de imposibilidad material, por la presencia de elementos aleatorios que no resultan marginales –incertidumbre intrínseca–. Atendiendo a la producción del denominado perjuicio final,

es decir, a la frustración de la ventaja pretendida, la pérdida de una estricta *chance* supone que se está, no ante un perjuicio indemostrado pero teóricamente demostrable, sino ante un perjuicio que de suyo es indemostrable<sup>61</sup>.

Los efectos de esta distinción pueden captarse a través de los siguientes ejemplos -propuestos por J. H. KING<sup>62</sup>: Paula compra un título que le da derecho a extraer una judía de una bolsa oscura que contiene 100, de las que 30 son de color dorado y 70 azules. De acuerdo con las reglas del juego, ganará un premio de 100.000 \$ si la judía extraída es dorada, pero no obtendrá nada si es azul. Paula encarga a su abogado la custodia del título, pero éste lo pierde negligentemente. La probabilidad de que el abogado haya impedido que Paula obtenga el premio es sólo del 30%, lo que impide afirmar la existencia de un lazo causal entre la culpa y la falta de consecución de las ganancias. La incertidumbre en este caso es de carácter intrínseco, pues es ontológicamente imposible demostrar que la probabilidad de obtención de premio es del 0% o del 100%. El proceso causal es incompleto e indeterminado, pues su derrotero no puede averiguarse porque no va a producirse nunca. Consecuentemente, podría aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad. Sin embargo, no se manejaría si, por ejemplo, Paula hubiera podido participar en el juego y en el mismo momento en que seleccionó la judía y sin que le diera tiempo a sacarla a la luz, hubiera sido empujada negligentemente, cayéndose y desperdigándose todas las judías. Paula llegó a seleccionar una concreta judía, pero no se sabe cuál, pues cayó al suelo con las demás antes de que fuera extraída de la bolsa. En este caso, el proceso causal se

<sup>61</sup> En Francia, F. CHABAS (*La perdita...*, cit., pp. 230-232) defiende planteamientos de este tipo; y S. R. PERRY ("Protected interest and undertakings in the Law of Negligence", *Univ. Toronto Law Journal*, 42, 1992, pp. 259-260) y H. REECE, "Losses of chance in the Law", *Mod. L. Rev.*, núm. 59, 1996, p. 194) en el mundo anglosajón.

<sup>62</sup> "Reduction of...", cit., pp. 516-519.



ha desarrollado por completo y puede asegurarse que Paula habría ganado el premio, si la judía seleccionada era dorada, o que lo habría perdido, si era de color azul. Paula no puede demostrar que por culpa del empujón dejó de obtener 100.000 \$, pero, no por la intervención de una aleatoriedad intrínseca, sino por las dificultades que enmarcan el caso, pues éstas son las que impiden descubrir el color de la judía efectivamente elegida. El suceso está en la realidad de las cosas, pero las limitaciones humanas y las circunstancias del supuesto impiden conocerlo. En la primera hipótesis, hay una incertidumbre absolutamente insuperable (aleatoriedad intrínseca) que habilita el resarcimiento en concepto de *chance* perdida; y en el segundo hay una incertidumbre superable (aleatoriedad extrínseca), pero que queda insuperada por las dificultades probatorias del supuesto, por lo que hay que liberar al autor del comportamiento culposo.

No puede aceptarse esta distinción entre aleatoriedad intrínseca y extrínseca. Presupone una visión determinista que, asumida coherentemente, prohíbe una diferenciación entre sucesos preordenados e indeterminados: El determinismo parte de que todos los acontecimientos tienen un único derrotero posible, sin que, por tanto, quepa hablar estrictamente de aleatoriedades intrínsecas<sup>63</sup>. En cualquier caso, aunque se admita la diferenciación, no parece que pueda hacerse depender de ella la aplicación de la doctrina de la oportunidad perdida. Hay veces que es imposible distinguir cuándo los procesos causales parecen completos y preordenados o incompletos e indeterminados<sup>64</sup>. Además, y esta es la razón de mayor peso, aunque en supuestos como los expuestos *ad hoc* la distinción se

patentiza como posible, hay que admitir que, en realidad, la conducta del agente dañoso tuvo en ellos los mismos efectos prácticos: la acción culposa cerró las puertas de la percepción porque impidió averiguar el color de la judía (que se iba a elegir o que estaba ya seleccionada) y, consecuentemente, comprobar si Paula habría ganado el premio<sup>65</sup>. No se entiende por qué el lugar en que se ubicaba la judía puede tener consecuencias tan disparas cuando lo relevante es comprobar que la víctima está materialmente incapacitada para acreditar el nexo de causalidad. Si la judía de la que dependía la consecución del premio estaba en la bolsa porque la víctima no pudo participar en el juego, el planteamiento en cuestión admite la utilización del concepto de *chance* para librar un resarcimiento. Si estaba en la mano del perjudicado, se niega la protección resarcitoria bajo el entendimiento de que no hay nexo causal probado ni procede aplicar la doctrina de la oportunidad perdida. Podrá cuestionarse la validez de una teoría que habilita una reparación sin la prueba patente de la causalidad, pero, si se admite, hay que reconocer que restringir sobre estas bases su campo de aplicación resulta un tanto arbitrario. Lo que hiera la sensibilidad judicial y explica la creciente utilización de la técnica de la *chance* es que la víctima no obtenga nada por la imposibilidad de acreditar un nexo causal posible, no que esa imposibilidad conecte con una cadena causal preordenada o con otra indeterminada. La doctrina de la *chance* no ha surgido para encarar el problema de la incertidumbre causal en función de sutiles clasificaciones de imposibilidad probatoria. Lo determinante es, no la fuente de la ignorancia (el azar o las limitaciones humanas), sino que ésta subsista después de que

<sup>63</sup> J. H. KING, "Reduction of...", cit., p. 531.

<sup>64</sup> D. A. FISCHER, "Tort recovery...", cit., p. 623.

<sup>65</sup> J. H. KING, "Reduction of...", cit., p. 531.

la víctima haya intentado superarla con los recursos probatorios que el ordenamiento ha puesto a su disposición. Así pues, si se admite la doctrina de la oportunidad, no parece que pueda restringirse su ámbito de aplicación a través de una distinción de supuestos que, a efectos prácticos, son materialmente iguales.

La exigencia de la incertidumbre causal encierra así una serie de criterios que permiten restringir en alguna medida el ámbito de aplicación de la teoría de la *chance*. 1) No se aplica cuando la proba-

bilidad es nula, escasa o insignificante, pues puede descartarse con práctica seguridad que haya nexo causal, sin que, por tanto, la víctima tenga derecho a indemnización. Tampoco cuando esa probabilidad es alta o suficiente, pues puede tenerse por cierto el lazo causal, reconociéndose al dañado el derecho a la reparación total<sup>66</sup>. 2) Del mismo modo, la doctrina no resulta aplicable a supuestos en que el daño cuya conexión causal es sólo posible aún no se ha materializado<sup>67</sup> ni a los casos en que acontecimientos venideros pueden razonablemente propiciar su reparación<sup>68</sup>. 3) No se maneja tampoco, en fin, cuando el perjudicado ha dejado de emplear

<sup>66</sup> No obstante, hay una doctrina norteamericana minoritaria que postula la aplicación del criterio de responsabilidad proporcional a la probabilidad causal incluso en supuestos en que la medida probabilística hallada en el caso es superior al umbral de certeza radicada en el Derecho angloamericano en el 50% o inferior al nivel mínimo de seriedad que de ordinario presupone la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad y que puede fijarse convencionalmente en la barrera del 15%. Es la postura que defienden J. H. KING (“Reduction of...”, cit., pp. 556-558) y J. MAKDISI (“Proportional liability: A comprehensive rule to apportion tort damages based on probability”, *North Carolina L. Rev.*, núm. 67, 1989, pp. 1092-1093, aunque con importantes diferencias de fondo. Un análisis crítico de sus posturas en L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 367-377, 425-432).

<sup>67</sup> Hay, sin embargo, una doctrina minoritaria que preconiza la aplicación de un criterio de responsabilidad proporcional en hipótesis de exposición de riesgo, esto es, en casos en que el agente no causa el daño, pero incrementa la probabilidad de que acontezca en el futuro. Bajo esta perspectiva, la pérdida de la posibilidad de sustraerse a un daño futuro constituye un daño resarcible y cuantificable en proporción a la probabilidad de que el daño acabe materializándose. Bajo esta óptica, la doctrina de la *chance* admite dos tipos de reparación: la indemnización proporcional del daño (*proportional damage recovery*) y la indemnización proporcional del riesgo (*proportional risk recovery*). Cfr. D. A. FISCHER, *Tort recovery...*, cit., p. 630; R. M. CHERMERS/ R. J. FRANCO, *The lost chance doctrine could bring recovery for the increased risk of harm*, *Chicago Bar Ass. Rec.*, núm. 5, 1991, pp. 27-32. Cierta jurisprudencia francesa y norteamericana se atiene a esta doctrina en estos supuestos, denominados de creación de un riesgo duradero, estableciendo la procedencia de una indemnización proporcionada a la importancia del peligro generado (cfr. C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 114-118, 96-98, 309-310; J. S. PHILLIPS, “The ‘lost chance’ theory of recovery”, *Colorado Lawyer*, núm. 27, 1988, pp. 85-87). Por lo general, se parte de la idea (a mi juicio inaceptable) de que el padecimiento de ese riesgo puede configurarse como un daño cierto y actual, distinto del perjuicio futuro que puede o no materializarse (C. MÜLLER, *la perte...*, cit., pp. 309-310). Esta idea es la que, según veremos (ap. 6), se utiliza (incorrectamente, a mi modo de ver) para conciliar la doctrina de la pérdida de oportunidad – que indemniza en ausencia de un nexo causal acreditado – y la exigencia ineludible de que haya causalidad efectiva para obligar resarcitoriamente al agente. Una revisión crítica de este planteamiento en L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 61-62, 94-98.

<sup>68</sup> No obstante, hay también una tendencia favorable a indemnizar en estos casos. Así, una importante sentencia del Consejo de Estado italiano (Secc. VI) de 31 de marzo de 2006. La recurrente, la empresa “Ati Eac”, compitió con “Ati la Linea” en un procedimiento para la adjudicación de los servicios automovilísticos de transporte de personas en la ciudad de Mestre. Se valoró su oferta con 83,50 puntos, mientras que la otra participante obtuvo 86’53, resultando adjudicataria. El Tribunal Administrativo de la Región del Veneto desestimó el recurso que aquella interpuso contra los actos del procedimiento. Apelada la sentencia, el Consejo de Estado dictó el pronunciamiento en cuestión, declarando la ilegalidad de la actuación administrativa y el derecho al resarcimiento en concepto de pérdida de *chance*. La sentencia considera que el *modus operandi* prefijado por la Administración para la selección de la oferta es contrario a los principios de no discriminación y transparencia. La Administración contratante estableció en el acto de la convocatoria los criterios de valoración, pero remitió a la *comissione di gara* la graduación de varios de ellos. A juicio del Consejo de Estado, los potenciales aspirantes debieron conocer desde el principio esos criterios con el fin de evitar el peligro de que la comisión realizara una puntuación *ex post* y a placer de las ofertas, determinando el resultado del procedimiento después de conocer el perfil de los concretos solicitantes. Se considera de este modo que el sistema establecido otorgaba a la comisión adjudicadora un poder que no era de simple especificación de las pautas generalmente contempladas en la convocatoria. Tal conclusión se apoya en convocatoria y deben estar ligados al objeto del contrato, sin que puedan conceder una libertad la normativa italiana aplicable y, además, en la jurisprudencia del TJCE (sentencia de 17 de septiembre de 2002, C 13/99, *Concordia Bus Finland*, entre otras), para la que los criterios de adjudicación definidos por la Administración contratante han de mencionarse en la incondicionada de elección. La irregularidad mencionada justifica, según el Consejo de Estado, la anulación de los actos del procedimiento. Se añade que, dada la discrecionalidad del método de selección establecido, no procede condenar a la adjudicación de los servicios a la empresa recurrente. Se establece, consecuentemente, que la Administración debe repetir el procedimiento y valorar cuáles son los instrumentos idóneos para garantizar la realización del servicio. En cuanto a la pretensión resarcitoria, se dice que, en principio, debería rechazarse bajo el entendimiento de que la víctima tendría que plantear su reclamación una vez que la Administración haya resuelto el nuevo procedimiento. Considera, sin embargo, que, al tramitarse en otro contexto histórico, no puede asegurarse que en él vayan a implicarse las partes de la controversia de la misma manera y sobre la base de los mismos presupuestos. Además, la solución negativa posterga irrazonablemente la posibilidad de obtener una indemnización. Por eso, a juicio del Alto órgano, cabe indemnizar la pérdida de una *chance*, entendida como bien susceptible de valoración económica que se distingue en el plano ontológico de la ventaja a la que está teleológicamente orientada. A mi juicio, esta solución es cuestionable. Al otorgarse esa reparación parcial, se corre el riesgo de enriquecer injustamente a la víctima, si resulta finalmente adjudicataria y, por tanto, desaparecen las dudas en torno a si la Administración ha impedido el acceso a la utilidad deseada. Parece que la teoría de *chance* ha de entrar en juego en supuestos de incertidumbre causal irreversible, no cuando, sin poderse asegurar que la víctima perdió la ventaja como consecuencia del comportamiento ilícito del agente (posiblemente) dañoso, subsiste aún la posibilidad de obtenerla en el futuro.



los medios probatorios que, estando a su alcance, habrían podido articular un juicio (más) seguro en torno a la existencia del lazo causal.

Hay, pues, una variedad de criterios que, ligados a la idea de la incertidumbre causal permiten acotar series de casos en que no resulta aplicable la doctrina de la *chance*. No obstante, es evidente que la pauta de la incertidumbre causal no permite una definición clara y precisa del ámbito operativo de la doctrina de la *chance*. La doctrina de la oportunidad perdida suele emplearse en supuestos de responsabilidad de profesionales legales y sanitarios así como en el contexto de negociaciones contractuales y procedimientos selectivos, pero puede virtualmente aplicarse a una inmensa variedad de hipótesis. Al carecer de los suficientes criterios de delimitación, la oportunidad perdida se presenta como una teoría *ubiquitaria*, dotada del carácter de la ubicuidad, por más que la práctica judicial no acuda a ella siempre que se producen situaciones de incertidumbre causal<sup>69</sup>. El concepto de *chance* proporciona relevantes criterios de limitación que, sin embargo, no sirven para resolver adecuadamente todas las hipótesis de incertidumbre que pueden plantearse, distinguiendo cuándo procede liberar o condenar al (supuesto) agente dañoso. Por eso se ha dicho que no hay bases para construir una teoría general (*general policy considerations*) de la oportunidad perdida a cuya luz determinar en todos los casos cuándo ha de indemnizarse (parcialmente) el daño ocasionado<sup>70</sup>.

Los partidarios de la doctrina de la *chance* no suelen subrayar este problema, pero son conscientes del mismo, pues, por lo general, se esfuerzan en pergeñar criterios que, a modo de parapeto, conten-



gan las potencialidades aplicativas del concepto de oportunidad perdida. Son los *garde-fous* (pretiles) a que hace referencia Geneviève VINEY<sup>71</sup>; los *floodgates* (esclusas) que menciona Michelle L. TRUCKOR<sup>72</sup>; o los *filtros* a los que se refiere Elena DE VICENTE<sup>73</sup> al insistir en la necesidad de que la resarcibilidad de la pérdida de una oportunidad de ganancia se contemple de forma restrictiva. Se trata de límites formulados en diversos ordenamientos para excluir la aplicación de la doctrina de la *chance* en determinados casos: supuestos en que la ausencia de prueba del nexo causal está ligada a procesos casuales com-

<sup>69</sup> La caracterización de la pérdida de oportunidad como doctrina *ubiquitaria* es de Tulia TORRESI, "Il danno da perdita di "chance" tra contratto e torto: diritto alla integrità patrimoniale? danno meramente patrimoniale?", *Giurispr. it.*, 1999, pp. 2073-2074.

<sup>70</sup> D. A. FISCHER, "Tort recovery...", cit., 653-654.

<sup>71</sup> *Les conditions de la responsabilité (Dommage. Causalité. Faute. Fait d'autrui. Fait des choses. Troubles de voisinage. Accidents de la circulation)*, 2ª ed., LGDJ, Paris, 1998, p. 79.

<sup>72</sup> "The loss of chance doctrine legal recovery for patients on the edge of survival", *Univ. Dayton L. Rev.*, núm. 24, pp. 363, 371-373: "application of pure loss of chance should be narrow in scope".

<sup>73</sup> *Daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 42-43.



pletos y determinados; en que la apreciación del elemento etiológico depende de un pronóstico en torno a la conducta que habría adoptado la víctima de no haber mediado el hecho ilícito (doctrina del *Choice, Not Chance*); en que la dificultad probatoria consiste en averiguar qué habría ocurrido si el agente hubiera cumplido un deber (causalidad omisiva); en que el beneficio inobtenido es de naturaleza patrimonial; o en que la ventaja inconseguida es de índole personal<sup>74</sup>. Se han propuesto así una variedad de criterios que, sumados al de la incertidumbre causal, permiten restringir el marco en que opera la noción de *chance*. Sin embargo, la selección de casos que realizan resulta un tanto arbitraria y en cualquier caso difícilmente justificable. Además, hay que ser conscientes

de que incluso el criterio base de la incertidumbre causal es cuestionable. Su utilización contradice un postulado básico del Derecho de daños: incurre en responsabilidad quien causó un daño, no alguien del que sólo se sabe que pudo ocasionarlo. La pauta de la incertidumbre causal es controvertida porque lo es *per se* la doctrina de la *chance*.

No obstante, el Derecho positivo español resuelve, al menos en parte, los problemas de la fundamentación de la teoría de la pérdida de oportunidad y de su desmesurada potencialidad aplicativa. Esto porque, en realidad, en España, dada la ausencia de un reconocimiento expreso y general de la teoría, el problema técnico que se plantea es el de determinar los supuestos en que ésta resulta aplicable por extensión analógica de la *ratio* probabilística de los concretos preceptos que, para casos específicos, afirman que basta una posibilidad real para obtener una indemnización. De esta cuestión me ocupo con mayor detenimiento después, al hilo de la explicación del fundamento de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

## 5. El contenido de la teoría de la pérdida de oportunidad

La doctrina de la pérdida de oportunidad se traduce en un mecanismo de responsabilidad proporcional en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización de la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre constituida por la probabilidad de que el agente dañoso no fuera, en verdad, causante del padecimiento. Indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final [del daño incierto o eventual, es decir, de la ventaja frustrada] el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso<sup>75</sup>. Por eso se dice que

<sup>74</sup> Una análisis detallado de estos expedientes en L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 99-106.

<sup>75</sup> A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, LGDJ, Paris, 1973, ap. 237, p. 179; J. J. MOSSET ITURRASPE, "Frustración de una 'chance' por error en el diagnóstico", coment. S. Cámara Nac. Apelacs. Civil Buenos Aires, 21 dic. 1981, in re *Almonacid vs Debora Centro Médico*, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, t. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982, p. 73.



“la incertidumbre del resultado se refleja en el valor económico de la posibilidad perdida”<sup>76</sup>.

La doctrina de la pérdida de oportunidad es, pues, esencialmente, un cálculo de probabilidad<sup>77</sup>. Éste es fundamental, tanto para delimitar su ámbito de aplicación (que queda acotado entre un nivel mínimo de seriedad de la *chance* y otro máximo de certeza del hecho causal), como para concretar su contenido. La teoría establece, en resumen, una especie de regla de indemnización o responsabilidad proporcional, fraccional, parcial o probabilística que, desde luego, no es ajena al sistema español de responsabilidad civil, que, en otros ámbitos, acude a ella para resolver problemas igualmente ligados al nexo de causalidad. Me refiero, fundamentalmente, a las establecidas en el marco de las doctrinas de la culpa de la víctima, la intervención de tercero, la fuerza mayor concurrente y el daño causado por miembro indeterminado de grupo. También a la teoría de la responsabilidad por cuota de mercado que, aplicada por algunos Tribunales norteamericanos, ha sido estudiada por la doctrina civil española. A estas doctrinas me refiero después.

Bien entendido, la teoría causal tradicional y su corolario del todo o nada se basan también en un cálculo de probabilidad. En efecto, la afirmación o la negación del nexo causal depende de un juicio de aceptabilidad enderezado a determinar si la probabilidad causal alcanza o no en el caso concreto un determinado umbral de certeza: el 50%, en el Derecho angloamericano en virtud del criterio *more probable than not*; y en torno al 80% en el Derecho europeo continental (y, según creo, en el hispanoamericano) en razón de la máxima *id quod plerumque accidit*<sup>78</sup>. Bajo este planteamiento, si las probabilidades causales alcanzan el dintel de certidumbre, se tiene por cierto el hecho causal y

se brinda una reparación total; si, en cambio, no llegan a esa cifra, se niega su existencia y, con ello, se libera por completo al agente (posiblemente) dañoso. Así, pues, la teoría general de la causalidad se apoya también en un juicio de verosimilitud encaminado a concretar la probabilidad de que, sin la intervención del hecho ilícito, el daño no se hubiera padecido.

Sin embargo, la respuesta resarcitoria del régimen alternativo establecido a través de la doctrina de la *chance* no depende ya de que tal probabilidad pueda reputarse suficiente ni implica que el perjudicado obtenga todo o nada. Hallado el grado de probabilidad en el caso concreto, si es serio o apreciable, se proyecta sin más sobre la indemnización para afirmar una responsabilidad parcial basada en una causalidad probabilística; la doctrina de la pérdida de oportunidad se vale de esa misma valoración probabilística, sólo que, si la probabilidad resultante supera un nivel (mínimo) de seriedad sin llegar a alcanzar el estándar (máximo) de certidumbre, impone una responsabilidad parcial, proporcionada a esa probabilidad. Por eso, cuando la teoría de la oportunidad perdida resulta aplicable, la decisión final es, simplemente, el resultado de proyectar el porcentaje calculado de probabilidad sobre el valor total del daño, que proporciona la medida exacta de la causalidad parcial que liga el hecho ilícito con el daño así como el preciso alcance tanto de la indemnización a que tiene derecho el perjudicado como de la responsabilidad a que queda sujeto el agente dañoso.

Las teorías que, para hacer frente a la incertidumbre causal, establecen una suavización del estándar ordinario de prueba, como la teoría del incremento del riesgo que se estudia después (ap. 8.1), alteran la *forma* de valorar la prueba, pero mantienen invariado su *objeto*, que es siempre el

<sup>76</sup> Así, la administrativista italiana F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica...*, cit., p. 76.

<sup>77</sup> Según precisa A. BÉNABENT (*La chance...*, cit., p. 7) la teoría de las *chances* y la teoría del cálculo de probabilidades son sinónimas (p. 7).

<sup>78</sup> A los umbrales de certidumbre me refiero después, en el epígrafe 8.3.

hecho de la causalidad. Sin embargo, la teoría de la *chance* entraña una transformación más profunda, pues, en ella la probabilidad deja de ser un método de valoración probatoria y se convierte en el objeto mismo de la prueba. Se está, pues, ante una doctrina que resuelve el conflicto entre el *cómo* se prueba y el *qué* se prueba a que conduce la teoría clásica de la causalidad en hipótesis de incertidumbre, es decir, la inevitable tensión de acceder a un procedimiento que permite averiguar las probabilidades de que la víctima no sufriera el daño y desperdiciar sus resultados, porque el juez se crea forzado a elegir entre la causalidad demostrada y la indemostrada; entre la reparación total o su radical ausencia<sup>79</sup>.

## 6. El fundamento de la teoría de la pérdida de oportunidad

La realidad es que la teoría de la pérdida de oportunidad se enfrenta derechamente a la teoría de la causalidad y a los preceptos sobre los que ésta se ha edificado; en España, arts. 1101 y 1902 del Código Civil, para la responsabilidad contractual y extracontractual de los particulares y art. 139 de Ley 30/1992, para la responsabilidad de las Administraciones públicas. Estos preceptos presuponen la prueba del nexo etiológico; que sin ella no puede surgir la obligación de indemnizar, y, por tal razón, la responsabilidad por una causalidad que es sólo posible parece incompatible con ellos.

Tanto en España como en los ordenamientos de nuestro entorno, doctrina y jurisprudencia han camuflado este dato a través de los más variados expedientes: la mayoría defiende el otorgamiento de indemnizaciones parciales en supuestos de falta de prueba patente del nexo causal, pero

se apoya en artificios para afirmar su compatibilidad con la concepción tradicional de la causa. Se dice que, en los casos en que la probabilidad causal no es alta, sino simplemente seria, la víctima pierde una propiedad anterior (teoría ontológica del perjuicio patrimonial, desarrollada en Italia y en los Estados Unidos) o sufre un daño moral (teoría ontológica del perjuicio personal, aplicada en Francia y, sobre todo, en España). Bajo esta perspectiva, el daño indemnizado es, no el daño final incierto, sino la posibilidad de evitarlo, configurado como un daño *asistente* de carácter económico o personal.

Pero se trata de construcciones doctrinales que no resisten un análisis crítico y cuyo único sentido es proporcionar la protección que se estima debida, pero sin cuestionar el concepto tradicional de causa. Tales construcciones hacen depender la existencia de un daño emergente (económico o personal) de las posibilidades cognitivas del juez, esto es, de las informaciones de que dispone para formarse un juicio en torno a las circunstancias fácticas del caso. Si tales informaciones arrojan una probabilidad causal seria y no desdeñable, se afirma que la víctima ha perdido un bien de naturaleza patrimonial o moral, pero si, en el mismo caso, nuevos datos determinan que tal probabilidad sea, en realidad, muy alta o muy baja, ese bien desaparece “misteriosamente” para afirmarse o negarse la existencia del nexo causal (y, por tanto, conceder o denegar la reparación total)<sup>80</sup>.

El problema es que no puede rechazarse fácilmente la teoría de la oportunidad perdida porque el reconocimiento de algunos supuestos de responsabilidad sin causa acreditada es concebido, por lo general, como justo. Los casos de pérdida de oportunidad son, pues, problemáticos o anómalos

<sup>79</sup> En este sentido, J. MAKDISI (“Proportional liability...”, cit., p. 1084) considera que, si la discusión se traslada de la cuestión de la acreditación del hecho de la causalidad a través de pruebas probabilísticas a la de la demostración de las probabilidades del hecho de la causalidad, desaparece el conflicto inherente entre el qué ha de probarse y el cómo ha de probarse: “Once the discussion moves from the problem of proving the fact of causation with probabilistic evidence to the problem of proving the probability of the fact of causation, there is no inherent conflict between what is to be proved and how is to be proved”.

<sup>80</sup> Una exposición detallada y revisión crítica de las diferentes modalidades de teorías ontológicas en L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 349-411.



porque, al encararse, surge la discordancia entre la solución que aporta el modelo tradicional (no hay derecho a indemnización) y la que, según el sentir general, debería proporcionarse (hay derecho a indemnización). La única solución lógica y coherente con la teoría general de la causalidad es el rechazo de la doctrina de la *chance* y, consecuentemente, de toda protección resarcitoria, pero tal solución lastima la comprensión general de lo que es justo.

A mi juicio, para resolver el turbador enigma, al menos en el Derecho español, pueden evitarse las ficciones que, en la actualidad, sostienen la mayor parte de los autores y juzgadores para encubrir que la teoría de la *chance* se enfrenta a la teoría general de la causalidad. Basta fijarse en las normas en que está consagrada y constatar que allí no se dice que procede indemnizar a la víctima que sólo acredita una causalidad simplemente posible porque sufre un daño moral o porque pierde una cosa integrada previamente en su patrimonio jurídico. Tales normas quieren, sencillamente, que en los supuestos de hecho tomados en consideración surja la responsabilidad, aunque no pueda reputarse alta la probabilidad de que, sin la acción ilícita (o con la conducta debida omitida), el daño dejara de producirse. De este modo, esas reglas establecen un sistema alternativo de imputación causal que deja de basarse en la idea de que la causalidad es o no es (todo o nada), según se supere o no un umbral de certeza radicado en la alta probabilidad. Se trata de un *régimen especial de imputación probabilística* que da entrada a la idea de una causalidad meramente posible y que permite la reparación parcial de un daño eventual sin negarle ficticiamente esta calidad. Planteada así la cuestión en el Derecho español, la dificultad no es en poner coto a una teoría cuyo ámbito operativo es potencialmente ilimita-

do. Es concretar hasta qué punto el recurso a la analogía permite aumentar el inicialmente estrecho campo aplicativo de la doctrina de la oportunidad perdida y la concepción causal probabilística que lleva incorporada. El problema consiste, pues, en determinar si (y hasta qué punto) cabe proyectar el principio de causalidad probabilística que la Ley ha sancionado para un caso a supuestos imprevistos en que resulta igualmente imposible conseguir el grado de certeza que de ordinario es preciso para tener por cierto el hecho causal y ordenar la reparación total de perjuicio ocasionado.

Desde luego, facilitaría la labor del intérprete una reforma legal que estableciera con carácter general los supuestos en que procede brindar indemnizaciones parciales ante causalidades sólo posibles. A tal efecto, deberían ponderarse los resultados que arroja el análisis económico del Derecho, tanto a favor como en contra de un sistema de responsabilidad proporcional o probabilística<sup>81</sup>.

Según se ha dicho, si se da un amplio alcance a la responsabilidad probabilística pueden acrecentar desmesuradamente los costes administrativos. Dos son las razones: 1) al incrementar los supuestos en que se reconoce el derecho resarcitorio, aumenta el número de litigios; 2) la concreción del grado de probabilidad de cada uno de los posibles agentes puede ser fuente inagotable de discusión, dada la relevancia que cobra en orden a concretar el alcance de las distintas indemnizaciones<sup>82</sup>. Además, se dice, tal responsabilidad sobreincentivaría o infraincentivaría a los sujetos, dificultando la adopción de las medidas que minimicen las consecuencias lesivas de los comportamientos a un coste equilibrado o ade-

<sup>81</sup> Cfr. D. KAYE, "The limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation", *Am. B. Found. Res. Journal*, 2/1982, pp. 487-516; S. SHAVELL, *Economic analysis of accident law*, Cambridge, Harvard Univ. press, 1987, pp. 115-117; J. MAKDISI, "Proportional liability...", cit., pp. 1063-1101; S. LEVMORE, "Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs", *Journal Legal Stud.*, núm. 19, 1990, pp. 705-707. Sobre los planteamientos de estos autores, L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 325-327, 342-343, 427-432.

<sup>82</sup> S. SHAVELL, *Economic Analysis...*, cit., p. 117.

cuado. Esto porque el Derecho, cuando obliga a un sujeto a reparar parte de un daño que, en realidad, no causó, incita a extremar las medidas de precaución; y, al revés, cuando obliga a compensar sólo parte del perjuicio que pudo causarse, desincentiva a los sujetos, pues no anima a aumentar las cautelas con que evitar futuros menoscabos<sup>83</sup>.

Sin embargo, algunos analistas económicos sostienen la tesis contraria. El todo o nada es ineficiente porque deja de disuadir a los agentes de las decisiones menos perjudiciales para la colectividad<sup>84</sup>, según pone de manifiesto el siguiente ejemplo: un operador de energía nuclear puede utilizar dos procesos, “x” e “y”, siendo el segundo más barato, pero más peligroso porque incrementa el riesgo de que los empleados contraigan cáncer en un 33%. La concepción más ortodoxa de la causalidad exonera de toda responsabilidad al empresario que ha utilizado el proceso “y” porque, cuando un trabajador sufre cáncer, las probabilidades de que aquél sea la causa no alcanzan el umbral de certeza que impone el criterio de lo más probable. Por eso, es una teoría ineficiente, porque alienta al empresario a elegir “y” en lugar de “x”, pues la adopción del método más dañino no le obliga a reparar los daños personales que se produzcan<sup>85</sup>. Además, se dice, está cumplidamente demostrada la mayor eficiencia de la responsabilidad probabilística en algunos casos. Son los de “fallos recurrentes o repetidos” (*Recurring Wrongs*)<sup>86</sup>. No es sencillo identificar este tipo de supuestos en la medida en que el cálculo de las probabilidades depende de circunstancias concretas que suelen variar en cada caso<sup>87</sup>. No obstante, en el marco de la responsabilidad civil médica,

legal o empresarial puede ocurrir que un profesional aplique sistemáticamente la estrategia equivocada a un mismo tipo de casos. Cuando en tales hipótesis el nivel de probabilidades de que tal profesional causara el daño no supera el umbral de certidumbre, la teoría del todo o nada resulta ineficiente porque deja de incitarle a actuar con mayor diligencia –es decir, a modificar sus métodos y procedimientos–, pues nunca estará obligado a afrontar una indemnización. Cuando, en cambio, las probabilidades alcanzan el dintel de certeza, el sujeto estará sobreincentivado porque la regla del todo o nada le fuerza siempre a reparar la totalidad del daño. En cambio, si, con base en una regla de reparación proporcional, se obliga al agente a indemnizar en la medida de la probabilidad de que fuera causante adoptará, según se dice, las adecuadas precauciones porque estará incentivado en una medida óptima, justa y equilibrada.

Pero las reformas que se proyecten de ninguna manera pueden basarse exclusivamente en parámetros de eficiencia económica y prevención. La proliferación y consolidación de mecanismos de facilitación probatoria y técnicas de reparación proporcional en ausencia de prueba del nexo causal tienen que ver fundamentalmente, en realidad, con algo tan relevante como evanescente y difícilmente mensurable: la transformación de la sensibilidad judicial, que ya no tolera que sólo la causalidad cumplidamente acreditada encienda la mecánica de la responsabilidad. Y es que, tal sensibilidad, encauzada a través de pronunciamientos jurisprudenciales, estudios doctrinales y medidas legislativas, obliga a admitir que, de la misma manera que la causalidad perfectamente demostrada genera una responsabilidad “total” (*total liability*) por el daño

<sup>83</sup> Este planteamiento ha sido expuesto en los Estados Unidos por el profesor D. KAYE, *The limits...*, cit., pp. 487, 486, 500-502.

<sup>84</sup> J. MAKDISI, “Proportional liability...”, cit., pp. 1070-1071.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 1070.

<sup>86</sup> S. LEVMORE, “Probabilistic Recoveries...”, cit., pp. 705-707; S. SHAVELL, *Economic analysis...*, cit., p. 116.

<sup>87</sup> En esto ha insistido particularmente D. A. FISCHER, *Tort recovery...*, cit., pp. 632-633.



causado, la simplemente posible puede en algunos casos generar una responsabilidad “parcial” (*partial liability*) por la posibilidad del daño causado<sup>88</sup>. En lugar de acudir a ficciones o estratagemas jurídicas, debe reconocerse que la teoría de la *chance* establece una regla de responsabilidad proporcional en virtud de la cual el agente dañoso indemniza, no por el daño que ha causado, sino, simplemente, por el daño que posiblemente causó<sup>89</sup>. Se trata, en definitiva, de una redefinición del concepto clásico de causalidad que da entrada a las ideas de “causalidad sospechada”, “causalidad probabilística”, “porcentajes de causalidad”, “causalidad de proporciones” o “causación probable”, ligadas a las de “reparación proporcional” o “responsabilidad parcial”. Por eso no parece exagerado afirmar que esta severa transformación expresa un cambio de paradigma o revolución científica en sentido técnico<sup>90</sup>.

## 7. Uso y abuso de la teoría de la pérdida de oportunidad

Examinados el ámbito de aplicación, contenido y fundamento de la teoría de la pérdida de oportunidad conviene revisar las aplicaciones jurisprudenciales para comprobar en qué medida se adaptan a la exposición teórica realizada. En este sentido, pueden resaltarse hasta tres aspectos del manejo de la teoría de la pérdida de oportunidad que distan mucho de aproximarse a los parámetros de racionalidad señalados.

### 7.1. La negación de probabilismo

Hay, en primer lugar, una comprensión errónea del concepto de “probabilidad”. La probabilidad constituye una noción clave, no sólo de la doctrina

de la pérdida de oportunidad, sino, en un plano mucho más general, de la teoría de la prueba. Dada la incapacidad de alcanzar un conocimiento incontrovertible en el mundo de la experiencia, probar es apoyar la existencia de hechos en la formulación de hipótesis válidas, no desde la seguridad total, sino desde la probabilidad<sup>91</sup>. La actividad probatoria se convierte así un juicio de *aceptabilidad* de los hechos en función de su nivel de probabilidad; y, por eso, la apreciación fáctica queda sujeta a las reglas o criterios (positivos) con que apreciar que se ha alcanzado un “grado de probabilidad suficiente”<sup>92</sup>. Bajo esta perspectiva, la pérdida de oportunidad es la llave que abre la puerta a un resarcimiento cuando no se alcanza ese grado suficiente de probabilidad y, por tanto, cuando no puede tenerse por cierto el hecho de la causalidad. Pues bien, resulta que, en ocasiones, se produce una defectuosa captación jurisprudencial del problema de la prueba del nexo causal. Un ejemplo clarísimo es la opinión que a veces merece la denominada doctrina del “juicio dentro del juicio”.

La locución “juicio dentro del juicio” (*trial within the trial; procès-dans-le-procès*) no es más que una forma plástica de expresar la exigencia fundamental de que se aprecie el nexo causal a través un juicio probabilístico en una concreta serie de casos de responsabilidad civil: los que plantean las actividades forenses y, en particular, los de culpa de abogados y procuradores, por falta de interposición de un recurso. Cuando el cliente-perjudicado demanda al profesional legal negligente -reclamándole la cantidad que habría conseguido de haber obtenido un pronunciamiento favorable-, para apreciar si hubo o no nexo causal entre el hecho ilícito (la falta de presentación del recurso) y el daño producido (la inobtención de las ganancias esperadas), hay que

<sup>88</sup> J. MAKDISI, “Proporcional liability...”, cit., pp. 1083-1084. Con parecidos términos, J. BORÉ, “L’indemnisation pour les chances perdues: une forme d’appréciation quantitative de la causalité d’un fait dommageable”, *Juris-Classeur pér.*, Semaine jur., 1974, Doctr., marg., ap. 16.

<sup>89</sup> J. MAKDISI, “Proporcional liability...”, cit., p. 1073.

<sup>90</sup> A esta cuestión me refiero con mayor detenimiento en el último epígrafe de este estudio (ap. 9).

<sup>91</sup> M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 42-66, 143-144; M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., pp. 20-27.

<sup>92</sup> M. GASCÓN ABELLÁN, *ibidem*, pp. 160-161.

determinar la probabilidad de que las pretensiones frustradas hubieran sido estimadas en el proceso que no tuvo lugar. En estas hipótesis, para valorar si hay o no causalidad y, en su caso, aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad, el órgano decisor está obligado a realizar un “juicio dentro del juicio”, esto es, una representación ideal de lo que habría ocurrido en el proceso que arroje cuáles son las probabilidades de que fueran atendidas las pretensiones del cliente. Dicho en otros términos, el curso de los acontecimientos que es preciso imaginar para averiguar si hubo conexión causal es aquí el curso de ese procedimiento jurisdiccional que no llegó a comenzar; y el grado de probabilidad de que el agente dañoso fuera causante del daño es el grado de prosperabilidad del recurso que no llegó siquiera a plantearse. Es importante, pues, retener que el “juicio dentro del juicio” no es más que la aplicación particular a un ámbito concreto de la realidad de la regla general de que la certidumbre del nexo causal se comprueba a través de un juicio pronóstico de probabilidades en torno a si el hecho ilícito fue *condicio sine qua non*.

Pues bien, en el Derecho español hay una jurisprudencia que niega la viabilidad del “juicio dentro del juicio”; una jurisprudencia que no ha tomado conciencia de que, de este modo, están vulnerándose reglas basilares del Derecho procesal y de la institución resarcitoria que obligan al juez a pronunciarse en torno a la concurrencia del nexo causal a través de un examen retrospectivo del que resulten las probabilidades de que el hecho ilícito generara el menoscabo. Pueden leerse en las sentencias de

nuestros Tribunales relativas a estos temas afirmaciones tales como que “*resulta totalmente imposible saber sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados (por la no personación del procurador demandado) recursos de apelación*”<sup>93</sup>. De este modo, el daño (la pérdida de las ganancias que esperaba obtener el cliente) deja de repararse, pero no porque no concorra el nexo de causalidad, sino porque el Alto Tribunal no quiere siquiera examinar si lo hubo o no. Estamos, simple y llanamente, ante casos en que la autoridad judicial expresa abiertamente su voluntad de no ejecutar la tarea con que decidirse en torno al elemento causal<sup>94</sup>.

Sin duda, esta tendencia tiene que ver con la idea de que en el proceso ha de asegurarse la verdad de los hechos con absoluta certeza. Nadie mejor que un juzgador para explicar la dificultad de predecir el resultado de un procedimiento jurisdiccional. Se trata de una dificultad probatoria que no es en absoluto privativa de este tipo de pleitos, pero en éstos, al requerirse conocimientos específicamente jurídicos, el juez puede interiorizar mejor que en ningún otro la relatividad de las hipótesis que puedan formularse en torno a la concurrencia del hecho causal. Son supuestos en que el órgano decisor está especialmente capacitado para comprender que cualquier conjetura es falsable o refutable. La imperfección del conocimiento humano se le hace especialmente presente en estos pleitos, pero, ante la imposibilidad de conseguir

<sup>93</sup> STS de 11 de noviembre de 1997 (Ar. 7871). En relación con un caso de falta de proposición por parte del abogado de la prueba pericial para determinar el valor real de las fincas objeto de expropiación forzosa, la STS de 8 de abril de 2003 (Ar. 2956), entendió que no se podía tratar de determinar cuál podría haber sido el desenlace de la contienda judicial precedente si el Abogado que en ella actuaba hubiese propuesto una prueba pericial plenamente ajustada a las normas procesales vigentes. En esta misma línea, se sitúa a veces la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Así, La SAP de Asturias (Secc. 1ª) de 8 de abril de 1997 (extractada por A. ILLESCAS, “El daño moral estricto”, en AAWV, *Valoración judicial de daños y perjuicios*, dir. J. Fernández Entralgo, Cuads. Der. Jud., t. II, Cons. Gen. Poder Jud., Madrid, 1999, pp. 263-264).

<sup>94</sup> El Tribunal intenta compensar su actitud claudicante con el reconocimiento de una cantidad en concepto de daño moral: “*si aparece probado el perjuicio o daño moral que sufrieron los demandantes, aquí recurridos, al verse irremisiblemente privados, por la negligente conducta de dicho procurador, del derecho que les asistía a que su demanda fuera estudiada por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo*”. En la línea de la sentencia criticada se sitúa la STS, Sala 1ª, de 25 de junio de 1998 (Ar. 5013). En contra de este criterio, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (“Responsabilidad de abogados y procuradores”, Ar. civ., 1997/3, Portadas, pp. 20-21), F. GÓMEZ POMAR, “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral”, coment. STS, Sala 1ª, de 8 de abril de 2003, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com 3/2004, p. 5.).



certezas absolutas, en lugar decidirse con pautas de probabilidad, claudica y deja de encarar el cálculo del grado de prosperabilidad del recurso con que determinar si hubo o no nexo causal y, por tanto, si puede aplicarse o no la teoría de la pérdida de oportunidad. Resulta que el conocimiento judicial de los hechos y la valoración de si hubo o no nexo causal se basan, precisamente, siempre y en todo caso, en ese “*resbaladizo terreno de las conjeturas*”, que, lejos de ser “*absolutamente inadmisibles*”, es necesario y obligado. La determinación del grado de probabilidad de una hipótesis o conjetura es, precisamente, el vehículo que orienta cualquier investigación científica e histórica y todo pronunciamiento judicial sobre *quæstiones facti*. La probabilidad es el recurso con el que afrontar el ineludible problema de la incertidumbre. El cálculo de probabilidad permite así, en los asuntos planteados, depurar la medida en que el cliente hubiera vencido en el hipotético proceso y, de este modo, aceptar o rechazar la hipótesis de que el abogado o procurador ocasionó el daño. No cabe, por tanto, renunciar al cálculo de probabilidad, entendido como método racional impuesto por las reglas de la sana crítica y las normas de responsabilidad civil; método que justifica a veces que el profesional legal quede liberado de toda responsabilidad; pero que otras conduce a la apreciación del nexo causal o a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad porque no puede excluirse *a priori* que las pretensiones del cliente hubieran sido estimadas por estar amplia y netamente fundadas y basarse en circunstancias fácticas indubitadas.

## 7.2. La reparación parcial de daños ciertos y la reparación total de daños inciertos

Hay, además, una utilización abusiva de la oportunidad perdida que consiste en reparar (parcialmente) daños sobre cuya conexión causal no hay dudas razonables; o perjuicios que nada tienen que ver con el hecho ilícito porque, sin éste, es muy probable que hubieran seguido padeciéndose.

En el primer caso, hay abuso, por defecto, pues la víctima deja de obtener parte de la reparación a la que tenía derecho; y en el segundo, lo hay por exceso, pues el agente no fue causante o es poco probable que lo fuera. La oportunidad perdida es la fórmula con que proporcionar tutela en supuestos de estricta incertidumbre, no una técnica con que reducir la indemnización de daños ciertos; ni un instrumento con que vincular a quien casi con toda seguridad no causó el perjuicio.

La doctrina legal del Consejo de Estado ofrece un interesante ejemplo en este sentido. Me refiero al Dictamen núm. 221/1994, de 28 de abril sobre un ciudadano francés que, después de haber realizado estudios de lengua española en Francia y en España así como estudios empresariales también en España, llegó a un acuerdo con una empresa informática con sede en Sevilla, en virtud del cual percibiría por sus servicios laborales una remuneración anual de 2.800.000 Ptas., además de recibir una participación del 10% en el capital de la sociedad titular. Suscrito el precontrato, la firma del contrato definitivo quedaba condicionada a que obtuviera el permiso de trabajo y la tarjeta de residencia en España. Teniendo solicitadas esas autorizaciones, el reclamante viajó a España para iniciar su período de prácticas, pero fue detenido en la frontera porque había una orden de detención preventiva cursada por un Juzgado de Instrucción de Barcelona, que tramitaba contra él (aparentemente) un procedimiento por delito de robo cometido el día 21 de junio de 1989. Tras permanecer detenido cuatro días, fue puesto en libertad, porque, al realizarse la prueba de identificación dactiloscópica, se comprobó que las huellas del presunto autor del hecho delictivo no se correspondían con las del detenido. Además, éste acreditó que el día 15 de febrero de 1989, estando precisamente en Barcelona, había sufrido la sustracción de su documentación personal (pasaporte, documento nacional de identidad y carnet de conducir) y que lo había denunciado en una Comisaría y ante el Consulado de su país.



Después se comprobó que el supuesto autor de dicho delito era un ciudadano libanés que utilizaba la indicada documentación. Una vez puesto en libertad, reanudó su viaje a Sevilla, donde realizó las prácticas de trabajo con el resultado positivo que dio lugar a la suscripción del precontrato señalado. Sin embargo, el día 16 de noviembre de 1990 fue expulsado del territorio español por orden del Gobierno Civil de Barcelona de 26 de julio anterior, sin que, en esa ocasión, se realizara la prueba de identificación dactiloscópica que habría permitido comprobar que, aunque a su nombre, la orden de expulsión iba dirigida verdaderamente contra el ciudadano libanés. La orden no fue revocada hasta el día 28 de marzo de 1992, en que se esclareció definitivamente la verdadera identidad del presunto delincuente. Promovida reclamación al Ministerio del Interior por el funcionamiento anormal de los servicios policiales, el Consejo de Estado conside-

ró que el reclamante no llegó a adquirir derecho laboral alguno, pues era exclusivamente titular de una expectativa, habida cuenta que la prestación de los servicios laborales había quedado condicionada a la obtención del permiso de trabajo y residencia que tenía solicitados. Con base en tal razonamiento, declaró que no podía entenderse que se produjera un lucro cesante, sino sólo una “pérdida de oportunidades laborales reales” que debían ser valoradas en términos de equidad. A tal efecto, invocando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estimó que el interesado debía ser indemnizado en la suma total de 2.000.000 Ptas., sin perjuicio de la cantidad que pudiera corresponderle por los daños causados como consecuencia de los 4 días de prisión preventiva.

Se trata, a mi modo de ver, de una manifestación de la utilización abusiva (por defecto) de la



figura de la *chance* perdida, al resarcirse como tal lo que constituía un lucro cesante acreditado. Debe recalcar que el perjudicado contaba con un precontrato laboral, obtenido después de haber superado positivamente el período de prácticas, y que la obtención de los permisos de trabajo y residencia que condicionaban el concierto del contrato definitivo no ofrecía especial dificultad habida cuenta de su condición de ciudadano de un Estado de la Comunidad Europea. Esto supone que, de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos (*id quod plerumque accidit*), había una altísima probabilidad de que, de no haber mediado la expulsión, el perjudicado hubiera suscrito el contrato previsto, por lo que sufrió, en realidad, la pérdida de las ganancias que tal contrato le habría reportado y no la mera posibilidad de obtenerlas.

Las primeras sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que aplican abiertamente la teoría de la pérdida de oportunidad son también ejemplos de este uso abusivo. La *STS, Sala 3ª, de 7 de julio de 2008*, se refiere a un submarinista que sufre un accidente de descompresión en Cullera. Este tipo de contingencia exige actuar con la máxima celeridad introduciendo al afectado en una cámara hiperbárica, de modo que, a mayor demora, mayor riesgo de que el tratamiento resulte ineficaz. En Valencia no había una cámara hiperbárica, por lo que hubo de trasladarse al buceador a un hospital barcelonés. El problema fue que el traslado no se hizo en helicóptero, sino en ambulancia, y que ésta salió casi cuatro horas después de que el paciente ingresara en el hospital “La fe” de Valencia. El tratamiento fue ineficaz quedando el paciente postrado en silla de ruedas. Por su parte, la *STS, Sala 3ª, de 26 de junio de 2008*, se refiere a un error de diagnóstico: ante la sospecha de enfermedad tuberculosa, se indicaron determinadas medicinas. La paciente no sufría tuberculosis y tenía una predisposición individual a padecer toxicidad por esas medicinas. Se suspendió el tratamiento, pero la paciente ya había desarrollado una neuritis

óptica bilateral con disminución de agudeza visual. En ambos casos el Tribunal afirma que la actuación de la Administración sanitaria no se ajustó al estándar exigible de calidad: en el primero, por la ausencia de cámara hiperbárica en una zona de costa como es Valencia, la no utilización de helicóptero para el traslado y el retraso de la salida de la ambulancia. En el segundo, por la falta de pruebas encaminadas a verificar el diagnóstico de tuberculosis y, en todo caso, por la no indicación de las vitaminas que hubieran podido contrarrestar los efectos de las medicinas antituberculosas. A su vez, en los dos supuestos se descarta que exista la prueba del nexo causal entre el hecho ilícito y el daño (la paraplejia y la neuritis) porque es posible que éste hubiera seguido produciéndose, aunque la Administración hubiera actuado correctamente (transportando rápidamente al buceador a Barcelona; y diagnosticando adecuadamente la dolencia o, al menos, aconsejando la toma de esas medicinas que contrarrestan los efectos de las antituberculosas). Por eso condenan a abonar en concepto de pérdida de oportunidad unas cantidades (90.000 € y 30.000 €) notablemente inferiores a las pretendidas por los recurrentes (123.604 € y ?). En el primer caso se afirma: “aquel principio [de reparación integral] no demanda el reconocimiento a favor del actor de una indemnización que le satisfaga por las secuelas que no soporta, entre otras razones porque la curación nunca se encuentra médicamente garantizada. En otras palabras, no debe pagársele por las dolencias reales padecidas a consecuencia del accidente disbárico, sino tan sólo por la mera posibilidad de que, de no haberse sufrido la repetida dilación, hubiera podido obtener un resultado distinto, más propicio y benigno”. En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo declara en esta misma línea: “no se indemniza por la neuritis óptica que se le ocasionó al recurrente en ambos ojos, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad, pues del informe pericial practicado cabe sostener que de haberse administrado vitamina B6, los resultados hubieran podido ser otros”.

Hay que valorar positivamente estas sentencias, pues hacen suyo un expediente que, aunque difícilmente compatible con la teoría clásica de la causalidad, puede servir para proporcionar soluciones equilibradas en supuestos en que no parece justo que se condene a la Administración a reparar totalmente un daño que pudo no haber causado; ni que se obligue a la víctima a pechar totalmente con un perjuicio que pudo no haber padecido. Y resulta comprensible que a tal efecto el Tribunal se acoja al artificio de afirmar que el concepto indemnizado es un daño en sí mismo, distinto del perjuicio *real*, como si la posibilidad de curación fuera un bien integrado en el patrimonio personal de la víctima. Pero es altamente criticable que cuando el Tribunal recobra la instancia y valora el daño deje de acogerse a criterios de racionalidad con que cuantificarlo, estableciendo las indemnizaciones de manera global y a ojo. También que abuse por defecto de la doctrina de la pérdida de oportunidad para rebajar indemnizaciones que, en rigor, deberían ser totales por haber suficientes elementos de juicio para tener por demostrado el nexo causal. De hecho, este uso abusivo se ha producido, posiblemente, en las dos sentencias referidas. En la primera el Tribunal hace suyo un informe según el cual se recupera globalmente el 71,5% de los accidentados disbáricos sometidos a tratamiento durante las primeras seis horas. Y si esto es así, pudo perfectamente afirmarse la prueba de la causalidad, pues el umbral de certeza se sitúa en cifras cercanas a ese porcentaje; o pudo, en todo caso, concederse el 71,5% del valor de los perjuicios padecidos. En el segundo pronunciamiento parece que no hay duda de que la medicina tuberculosa generó la neuritis óptica, pudiéndose afirmar el nexo causal. Lo dudoso es, probablemente, que la Administración infringiera la “*lex artis*” al aplicar un protocolo establecido y no indicar las vitaminas que contrarrestan los efectos adversos de la medicina tuberculosa en el escasísimo número de pacientes en que tales pueden manifestarse. De hecho, la sentencia *a qua* no tuvo problema en afirmar el nexo causal, pero

liberó a la Administración por entender que había actuado correctamente.

### 7.3. La inaplicación de criterios precisos de valoración del daño y de la probabilidad causal

Hay, en fin, una tendencia general a dejar de calcular rigurosamente el valor del daño sufrido y las probabilidades de que, en ausencia del hecho ilícito, tal daño hubiera dejado de padecerse. Tal cálculo es crucial para aplicar correctamente la teoría de la pérdida de oportunidad, pero no suele realizarse estrictamente, pues lo habitual es que el juzgador se refugie en la equidad para establecer “a ojo de buen cubero” indemnizaciones generalmente parcas. Sirva para ilustrar esta cuestión el tratamiento brindado a la oportunidad de curación de la famosa STS, Sala 1ª, de 10 de octubre de 1998 (Ar. 8371), a la que nos hemos referido con anterioridad.

Se enjuicia el caso de un trabajador que, tras sufrir la amputación de una mano, perdió la oportunidad de que le fuera reimplantada, debido a las condiciones en que se produjo su transporte al hospital. La mano llegó en un avanzado estado de congelación que impidió el éxito de la operación realizada. El acogimiento del recurso se basó en que podía apreciarse que la enfermera encargada de habilitar el transporte de la mano amputada actuó con un cierto descuido profesional, por lo que se la condenó a indemnizar al lesionado por la pérdida de la oportunidad de que se hubiera efectuado con éxito el reimplante de la mano amputada. No podía atribuirse a la profesional sanitaria el fracaso de la operación realizada, porque ésta podría haber resultado fallida aunque la mano hubiera llegado al hospital en óptimas condiciones; pero sí la privación de una oportunidad de curación. El Tribunal Supremo fijó la indemnización en 1.500.000 Ptas., estimándose parcialmente la demanda en la que la pretensión se había cifrado en 20.000.000 Ptas.



Dedicado el último fundamento de la sentencia a la dimensión resarcitoria del caso, se fijó en él la indicada cantidad, pero no se expresó al respecto la más mínima motivación justificativa de la cantidad decretada. Por eso se ha dicho que, valorada la oportunidad perdida a ojo de buen cubero, la sentencia no merece en este punto aplauso alguno, pues no incluye la más “mínima reflexión acerca de la vara de medir que ha utilizado”. Frente a la práctica de fijar indiscriminadamente una indemnización global y no fundamentada, “se ha de tener en cuenta la correlación entre incertidumbre acerca del éxito y certeza del fracaso” y debe acudir necesariamente a “criterios de razonabilidad estadística”<sup>95</sup>. Pero esa propuesta doctrinal debe ser objeto de desarrollo y concreción.

Para ejecutar una correcta aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, el Tribunal Supremo tendría que haber partido del parámetro constituido por el valor de la ventaja frustrada; y, una vez fijado, tendría que haber ponderado la oportunidad perdida de acuerdo con el porcentaje de probabilidad previamente determinado. El valor de la ventaja frustrada en el caso se corresponde con el de los daños y perjuicios derivados de la pérdida de la mano. Dado que estamos ante un daño corporal, el instrumento idóneo (orientativo, al menos) a tal efecto es el sistema de valoración de los daños corporales causados en accidente de circulación incluido hoy en el Texto Refundido aprobado por RD Legislativo de 29 de octubre de 2004<sup>96</sup>. Esto significa, por lo pronto, que había que computar la edad que el lesionado tenía en la fecha del siniestro, al objeto de aplicar el Baremo económico de la tabla III, después de haber fijado los pun-

tos que correspondieran a la pérdida de la mano, a cuyo efecto previamente tendría que acudir a la tabla VI. Situados en ella, tenemos el perjuicio fisiológico en que consiste la pérdida de la mano, cabiendo un mínimo de 25 puntos (si la amputación de la mano se había producido a la altura de los metacarpianos) y un máximo de 40 puntos (si la amputación estaba situada a la altura del carpo). Por otra parte, habría que acudir al capítulo especial del perjuicio estético y, calificándolo de bastante importante, corresponderían entre 15 y 20 puntos.

Así las cosas, suponiendo que el enjuiciamiento del caso en primera instancia hubiera tenido lugar en 1995 ó 1996, así como que el lesionado tuviera entre 21 y 40 años, el mínimo de 40 puntos supondría adjudicar a cada uno 189.192 Ptas. (1.137,07  $\square$ ) y el máximo de 60 supondría adjudicar a cada punto 241.678 Ptas. (1.452,51  $\square$ )<sup>97</sup>, con lo que se obtendría un valor básico respectivo de 7.567.768 Ptas. (45.483,20  $\square$ ) y de 13.500.680 Ptas. (81.140,72  $\square$ ). A continuación, tendría que aplicarse el factor de corrección de la incapacidad permanente, previsto en la tabla IV. Estándose ante una incapacidad en grado de total, correspondería entre 2.000.0001 Ptas. (12.020,25  $\square$ ) y 10.000.000 Ptas. (60.101,21  $\square$ ), que es un valor que, según la mejor doctrina interpretativa del factor, se refiere a los perjuicios morales ligados a los efectos impositivos de la lesión permanente<sup>98</sup>. Si se adjudica a la incapacidad permanente un valor prudencial de 8.000.000 Ptas. (48.080,97  $\square$ ), los valores básicos señalados quedarían corregidos aumentativamente, resultando las sumas respectivas de

<sup>95</sup> M. YZQUIERDO TOLSADA, “Indemnización por la pérdida de una expectativa. Comentario de la STS (Sala 1ª) de 10 de octubre de 1998”, CCJC, 1999/2, marg. núm. 1354, p. 539.

<sup>96</sup> Aunque para los cálculos que siguen me atengo al texto que estaba vigente en la fecha del enjuiciamiento.

<sup>97</sup> Los puntos indicados resultan de la suma aritmética de los funcionales y estéticos: 25 y 15, en un caso; 40 y 20, en el otro. Se efectúa así una interpretación literal de la regla de la suma aritmética de puntos que se contiene en el apartado segundo del sistema legal; interpretación desautorizada por la STS (Sala 2ª) de 11 de octubre de 2001, que se atiene al criterio de las valoraciones separadas, el cual ha sido acogido al reformarse la tabla VI del sistema legal valorativo por el artículo 3 de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de Modificación y Adaptación a la Normativa Comunitaria de la Legislación de los Seguros Privados.

<sup>98</sup> M. MEDINA CRESPO, *La valoración*, cit., t. VI, *Las lesiones permanentes*, Dykinson, Madrid 2000, pp. 196-210.

15.567.768 Ptas. (93.564,17 □) y 21.500.680 Ptas. (129.221,69 □). A estas cantidades habría que añadir las ganancias dejadas de percibir como consecuencia de la lesión sufrida. A tal efecto, habría de verse si el importe de la pensión que le quedara fuera equivalente o no al de las retribuciones que percibía, para concretar el lucro cesante en la diferencia existente entre uno y otro, proyectadas hasta la fecha de la jubilación. De forma muy convencional, sin contar con los imprescindibles datos de referencia, podemos estimar que el lesionado pudo sufrir un lucro cesante cifrado por lo menos en 4.000.000 Ptas. (24.040,48 □). Nos encontramos así con que el valor de la ventaja a la que se aspiraba ascendía a una cantidad oscilante entre un mínimo de 19.567.768 Ptas. (117.604,65 □) y un máximo de 25.500.680 Ptas. (153.262,17 □).

Fijado tal valor, hay que acudir al coeficiente de probabilidad con que contaba el lesionado en orden al éxito de la operación de reimplante. La insuficiente motivación de la sentencia impide comprometer una opinión fundada sobre el grado de probabilidad de que, en ausencia de la negligencia profesional, se hubiera reimplantado adecuadamente la mano amputada. El Tribunal tendría que haber fijado pormenorizadamente ese grado de probabilidad, pues de él depende que se niegue el derecho al resarcimiento (si esa probabilidad es baja y, por tanto, puede rechazarse con práctica seguridad la existencia de causalidad), se indemnice el daño en su totalidad (si la probabilidad es alta y, por tanto, puede tenerse por cierto el lazo causal); o se repare sólo parcialmente (si la probabilidad no es ni baja ni alta

y, por tanto, puede aplicarse la teoría de la pérdida de oportunidad). El Tribunal da a entender que las probabilidades de éxito de la operación de reimplante son serias, pues niega la existencia de nexo causal y aplica la teoría de la pérdida de oportunidad; pero no cifra, ni siquiera de manera aproximada, la concreta consistencia de esas probabilidades. Al no haberlo hecho y no poderse inducir de los datos de hecho recogidos por la sentencia mencionada, hemos de hacer los cálculos pensando en que esa probabilidad pudiera corresponderse con un 20%, un 40% o un 60%. Aplicados esos porcentajes, que operan como coeficientes de reducción sobre el valor de la ventaja frustrada, en el primer caso (20%), el valor mínimo y el máximo de la oportunidad perdida quedarían cifrados, respectivamente, en 3.913.554 Ptas. (23.520,93 □) y 5.100.136 Ptas. (30.652,43 □); en el segundo (40%), en las sumas respectivas de 7.827.107 Ptas. (47.041,86 □) y 10.200.272 Ptas. (61.304,87 □); y, en el tercer supuesto (60%), en las cantidades respectivas de 11.740.661 Ptas. (70.562,79 □) y 15.300.408 Ptas. (91.957,30 □).

Si tenemos en cuenta que el valor mínimo de la oportunidad perdida se cifra en 3.913.553,60 Ptas. (23.520,93 □) —que corresponde al valor mínimo de la ventaja futura y al grado mínimo de probabilidad de éxito—, la conclusión a la que se llega es que el Tribunal Supremo minusvaloró la oportunidad de la que se privó al lesionado, confirmándose que en esta materia el cubero judicial puede ser un mal cubero y que, incluso, la referencia al buen cubero puede constituir un eufemismo con el que ocultar que se trata de un resarcimiento a ciegas<sup>99</sup>.

<sup>99</sup> Téngase en cuenta que los cálculos efectuados se han realizado con el manejo del sistema legal de valoración al que se ha hecho referencia, que ha sido objeto de tantas críticas por parte de cierto sector de la doctrina y de la propia judicatura sobre la base de considerar que las cantidades resultantes de dicha disciplina son infrarrestauradoras. Naturalmente, para fijar la suma correspondiente al lucro cesante, nos hemos atenido al criterio interpretativo de que cabe perfectamente su restauración de acuerdo con la doctrina sentada por la STC 181/2000, de 29 de junio, en relación con el factor de corrección de los perjuicios económicos ligados a las lesiones temporales reguladas en la tabla V. Sobre esta concreta cuestión, vide M. MEDINA CRESPO, *La bendición constitucional del Baremo. Razones y consecuencias. Estudio de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 29 de junio de 2000, sobre el sistema de valoración de los daños corporales causados en accidentes de circulación*, Dykinson, Madrid, 2000; y *Daños corporales y Carta Magna. Repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo*, Dykinson, Madrid, 2003.



En este punto, son realmente destacables los *dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha*. Así, el número 91/2008, de 29 de abril, en relación con la reclamación administrativa de un paciente cuyo cáncer de pulmón fue tardíamente diagnosticado e intervenido, lo que “le restó probabilidades de sobrevivir a tan grave dolencia”. También el *Dictamen número 199/2008, de 1 de octubre*, en relación con la reclamación administrativa por una incorrecta interpretación de síntomas: la paciente fue diagnosticada de gastritis crónica astral y padecía, en realidad, cáncer gástrico. En ambos casos se aconseja la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, recogiendo el párrafo siguiente: “Creación jurisprudencial que sustituye la reparación de un daño no probado por la de un daño que no consiste en otra cosa que en la pérdida de una posibilidad de curación, de manera que del estudio de la casuística jurisprudencial se puede concluir que sería suficiente la existencia de la posibilidad de que la intervención médica hubiera podido evitar el daño para que nazca el derecho a reclamar una indemnización; todo ello en la hipótesis de que un tratamiento más acorde a la *lex artis* hubiera podido producir un resultado final distinto y más favorable (Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2003, Ar. 264821)”.

Lo más destacable es que este órgano consultivo se esfuerza, de un lado, en valorar el daño personal y sus consecuencias económicas utilizando al efecto los criterios del sistema legal de valoración incluido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; y, de otro, en proyectar sobre esta valoración un porcentaje que expresa de manera aproximada las probabilidades de curación. El primer dictamen señala: “la indemnización debe ir referida a la oportunidad y no al daño real. En consecuencia, la indemnización debe ser necesariamente inferior a la que correspondería por éste y, en todo caso, proporcional a las expectativas de éxito (de curación o de supervivencia) de la oportu-

nidad que se perdió. Partiendo de la dificultad de la determinación en cifras de lo que ha supuesto esa pérdida en las posibilidades de sanación, o simplemente, de supervivencia, la propuesta de resolución la ha estimado en un 30% sobre la indemnización procedente, ya que entiende que, ‘no todos los daños alegados por la parte reclamante derivan del retraso del diagnóstico y tratamiento del tumor, sino de su propia patología’. Porcentaje en el que se valora el daño consistente en la pérdida de oportunidad que este Consejo considera adecuado. Difícil es, sin duda, también determinar sobre qué concepto cuantitativo se aplica el anterior porcentaje. La propuesta de resolución –al igual que hizo el Consejo en dictámenes tales como el 142/2005 y 34/2006– toma como referencia la cantidad que, según el baremo del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor de 29 de octubre de 2004, señala para causa de muerte, y que, por aplicación del antecitado 30%, se cifra en 29.766,81 euros. A juicio de este Consejo con relación a la indicada cantidad deben realizarse las siguientes presiones: – El momento al que habría que referir el cálculo de la cuantía no sería el año 2007, como se hace en la propuesta de resolución, sino el año 2006, que fue en el que se produjeron las actuaciones sanitarias por las que se indemniza, y, por tanto, la valoración debe realizarse utilizando la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 3 de febrero de 2006, con lo que la cantidad a tener en cuenta por cónyuge no sería la figurada en la propuesta de 99.222,70 euros, sino 96.614,12 euros. Aplicando a esta cantidad el porcentaje del 30% ya indicado la indemnización ascendería a 28.984,23. – Tal cantidad debería ser incrementada en un 10% por aplicación del factor de corrección previsto en la Tabla IV del indicado Baremo, por tratarse de un paciente de 64 años al ocurrir los hechos por los que se le indemniza, lo que haría un total de 31.882,66. En la expresada indemnización deben considerarse incluidos los daños morales, conforme señala expresamente el Ba-

remo que se ha utilizado para cuantificarla, y debe ser objeto de actualización conforme a lo previsto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”. En el segundo caso, la propuesta de resolución cuantificó la probabilidad causal en un 45%, pero el Consejo no considera que esta cifra se ajuste a “las verdaderas posibilidades que la paciente hubiera tenido de curarse si el mal hubiera sido detectado cuando se realizó la gastroscopia. Así, a la vista del informe de la inspección, se concluye que, si el análisis histológico se hubiera realizado cuando se efectuó la gastroscopia, para confirmar el diagnóstico o bien detectar el cáncer, éste se hubiera descubierto precozmente, lo que habría favorecido que la paciente tuviera un 95% de probabilidades de sobrevivir a los 5 años”. Con base en esta probabilidad y en las reglas del Baremo, establece cantidades separadas para el viudo (94.261,565 □) y cada hijo menor (39.275, 6505 □). Y a estas cantidades añade los ingresos de la fallecida que, al no haberse concretado su alcance, se cifran en un 10%, “según criterio reiteradamente señalado por este Consejo en sus dictámenes”. Y, por último, para alcanzar la “plena indemnidad del perjuicio causado”, se ordena la actualización de la indemnización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de acuerdo con el artículo 141.3 de la Ley 30/1992.

Hay en estos dictámenes algún aspecto criticable. Así, el segundo de ellos no tiene por cierto el nexo causal ante un 95% de probabilidad de que lo haya: la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica en supuestos en que la probabilidad causal supera un umbral mínimo de seriedad sin llegar al máximo de certeza; y éste último se sobrepasa claramente en el caso. A su vez, los dos informes aplican el incremento del 10% en concepto de lucro cesante una vez proyectada la probabilidad causal sobre el valor de los daños personales (calculados de conformidad con el sistema legal de cuantificación para accidentes de circulación). Aunque no afecta al resultado final, lo estrictamente correcto

sería calcular primero el valor de los daños padecidos (tanto personales como económicos) y multiplicar después la cantidad resultante por el porcentaje de probabilidad. Porque la incertidumbre causal afecta a todos los daños, de uno y otro tipo. Pero, en todo caso, si estas críticas pueden realizarse, es por la ciertamente encomiable voluntad del Consejo de vertebrar y razonar sus soluciones indemnizatorias. Cuando la determinación del alcance de la responsabilidad se ventila con soluciones globales y no muy razonadas, como ocurre habitualmente en la jurisprudencia española, resulta difícil o imposible el análisis crítico que concrete su grado de acierto o corrección. Ahí radica la maravilla institucional de la vertebración y de la motivación, pues son éstas las que permiten la discusión. Son garantías metodológicas con las que, a la postre, resulta más fácil asegurar la justicia de la decisión. Por lo demás, las críticas formuladas no deben ocultar el muy correcto manejo de la teoría de la oportunidad, afirmándose claramente su ámbito de aplicación (casos de incertidumbre causal) y su contenido (una regla de responsabilidad proporcional que exige valorar de manera aproximada el porcentaje de probabilidad causal para multiplicarlo por el importe de los daños padecidos).

## **8. La teoría de la pérdida de oportunidad y su relación con otras teorías causales**

### **8.1. La teoría de la pérdida de oportunidad y las técnicas de facilitación probatoria**

La pérdida de oportunidad es una técnica emparentada con otras surgidas en el marco de la responsabilidad civil, como la denominada “prueba por presunciones” o la teoría de la creación (o incremento) del riesgo, que persiguen evitar que la dificultad de probar la causalidad en determinados sectores (actividades sanitarias e industriales; fabricación y distribución de productos; procesos, procedimientos y concursos) conduzca a la completa exoneración de quien, con su actuación, pudo



provocar el daño. Todas éstas son técnicas que, en cierto modo, regulan la incertidumbre bajo el entendimiento de que a veces hiere la sensibilidad judicial que la víctima quede sin reparación por la incapacidad de averiguar lo que habría sucedido realmente, de no haber mediado el hecho ilícito.

La denominada “prueba por presunciones” hace referencia a un recurso probatorio utilizable con carácter general, en todo tipo de pleitos, pero que, como pone insistentemente de manifiesto la doctrina especializada, está llamado a desenvolver un papel fundamental en los procesos de responsabilidad civil cara a facilitar la prueba del nexo de causalidad. De ahí que la técnica de la presunción se haya desarrollado en los sistemas de responsabilidad civil de otros países bajo diferentes denominaciones: prueba *prima facie* o *Anscheinsbeweis der Kausalität* (Alemania), regla de que *res ipsa loquitur* o “las cosas hablan por sí mismas” (*Common Law*) o teoría de la causalidad virtual o *causalité virtuelle* (Francia)<sup>100</sup>. Pues bien, las presunciones (*hominis* o simples), reguladas en el artículo 386 LEC (idéntico en lo sustancial al derogado artículo 1253 CC), alivian en parte la tarea probatoria, pues permiten al juez valorar la certeza de un hecho a partir de indicios suficientemente significativos. Con base en ellas, puede conectarse el hecho desconocido (la causalidad) con los conocidos (los hechos base o indicios) a través de reglas o máximas de experiencia que reflejan realidades empíricamente observadas.

La teoría de la creación de riesgo persigue, como la técnica presuntiva, favorecer la demos-



tración del nexo de causalidad. No obstante, su virtualidad es distinta. Tal teoría, partiendo de la consideración de que el comportamiento del agente incrementó objetivamente el riesgo de que se desencadenara la lesión, suaviza el estándar ordinario de prueba, rebajando el grado o nivel de probabilidades que normalmente es necesario para tener por cierto o demostrado el hecho de la causalidad<sup>101</sup>.

<sup>100</sup> Un amplio estudio de estos mecanismos en A. LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pp. 431-451.

<sup>101</sup> Es preciso diferenciar este planteamiento de la teoría del mismo nombre (*Risikoerhöhung*) formulada por el penalista Claus ROXIN (*Derecho penal. Parte General, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, 4ª reimpr., trad. 2ª ed. alemana de D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Thomson/Civitas, Elcano, 2006, pp. 379-384), que ha tenido una considerable acogida doctrinal. La teoría alemana, según sus expositores, se aplica una vez apreciada la existencia de una etiología material o natural, para determinar si la causa física probada cobra o no relevancia jurídica. Es, pues, un criterio, que, según ha sido formulado, no opera en el ámbito de la causalidad física, relajando el estándar de probabilidad con el que valorar si el hecho ilícito provocó o no materialmente el daño; sino en el de la causalidad jurídica (imputación objetiva), determinando si cabe atribuir relevancia jurídica a una causa física acreditada. No obstante, no siempre resulta sencillo determinar cuándo la idea del “incremento de riesgo” se emplea para facilitar la prueba del nexo causal natural; o para otorgar relevancia jurídica a una etiología demostrada. Por lo demás, nada que ver tienen estas doctrinas con la que postula la indemnización probabilística en supuestos de exposición a un riesgo, en que el hecho ilícito no genera el daño, pero incrementa la posibilidad de su futuro acaecimiento (mencionada en ap. 4, en nota). Cfr. L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 98, 269-275.



El mecanismo presuntivo intenta justificar la solución indemnizatoria sin alterar la teoría general de la causalidad (que impone un determinado estándar probatorio) ni la teoría general de la prueba (que admite la prueba por presunciones). En cambio, la teoría del incremento del riesgo justifica la respuesta resarcitoria adoptando una corrección o modulación puntual de la concepción general de la causalidad física (se reduce el nivel ordinariamente exigido de probabilidad) e, incluso, de la noción legal de presunción simple. En relación con este último extremo, la del riesgo aumentado, al menos en el Derecho español, se presta a favorecer que se

induzca la causalidad material a partir de otros hechos conocidos, aunque su enlace sólo sea posible o probable; y no *directo y preciso*, es decir, aunque no esté dotado del alto grado de verosimilitud o probabilidad de certeza que exige el artículo 386 LEC. De ahí que, si resulta indiscutible la admisibilidad de la técnica presuntiva, no esté tan clara la compatibilidad de la teoría de la creación de riesgo con el sistema jurídico español<sup>102</sup>.

La doctrina de la pérdida de oportunidad garantiza una indemnización a la víctima cuando no puede acreditarse que la pérdida de una determinada ventaja entronca derechamente con el hecho ilícito, si las probabilidades de que hubiera conseguido la ventaja no eran desdeñables. Se trata, en definitiva, de una teoría que extiende la tutela resarcitoria a una serie de supuestos en los que la causalidad es sólo posible o probable, pero no cierta o segura. Las presunciones simples y la teoría del incremento del riesgo sirven para que el juzgador tenga por demostrada la causalidad en supuestos difíciles. La doctrina de la pérdida de oportunidad puede entrar en juego también en ese tipo de casos, pero sólo cuando no haya podido acreditarse la concurrencia del nexo de causalidad porque el operador jurídico encargado de apreciarla considere que las probabilidades de que la víctima no hubiera sufrido el daño no alcanzan el nivel suficiente para formar la convicción de que el agente provocó el daño. La corrección técnica de la doctrina de la pérdida de oportunidad, al igual que la teoría del incremento del riesgo, es discutible, según hemos visto, pues supone también la alteración de la teoría clásica de la causalidad, que impone la exoneración de todo aquél que no aparece como causante. Pero lo que interesa subrayar ahora es, sencillamente, que la doctrina de la pérdida de oportunidad, al igual

<sup>102</sup> De ahí que el profesor PANTALEÓN PRIETO haya escrito: "Es sin duda admisible la prueba de presunciones (v. la muy importante STS 2ª 12-V-86; y comp. La muy generosa STS 28-II-75 con la STS 9-VII-85). Pero no cabe sostener con carácter general que, constatada la creación por el demandado de un riesgo de producción del evento dañoso acaecido, le corresponde a él la prueba de la que fue otra causa la que en verdad lo produjo" (Comentario al artículo 1902 del Código civil, en AAVV, *Comentario del Código civil*, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo Ponce de León, C. Paz-Ares Rodríguez y P. Salvador Coderch, t. II, Min. Just., Madrid, 1991. p. 1983).



que la técnica presuntiva y la teoría del incremento del riesgo, pretende auxiliar a la víctima que se encuentra en dificultades a la hora de probar que el daño padecido es consecuencia del hecho ilícito; y que, a diferencia de éstas, no persigue una estricta facilitación de la prueba del nexo causal, sino indemnizar a la víctima, precisamente, cuando el lazo etiológico no se tenga por cierto y demostrado.

Por eso puede concluirse que la pérdida de oportunidad pertenece, más que a la familia de las doctrinas encaminadas a facilitar la demostración del nexo causal, al grupo de teorías que garantizan una indemnización parcial en ausencia de esa prueba, que incluye la doctrina de la responsabilidad por causa anónima y la responsabilidad por cuota de mercado. A ellas me refiero a continuación.

## 8.2. La teoría de la pérdida de oportunidad y las técnicas de responsabilidad sin causa probada

La doctrina de la responsabilidad, *causa o culpa anónima, sospechada, colectiva o conectada* encara también un problema de prueba del nexo causal. Resulta aplicable a supuestos en que varias personas ejecutan conjuntamente una misma actividad, produciéndose un daño sin que pueda determinarse qué concreto sujeto realizó la conducta efectivamente productora del mismo. La singularidad de este tipo de casos estriba en que se sabe que sólo uno de los miembros del grupo causó el daño, pero se desconoce exactamente cuál, por lo que, en rigor, no hay concurrencia causal. La solución, no obstante, es la misma que en la intervención de tercero, pues consiste en imputar a cada uno de los partícipes la totalidad del menoscabo,

debiendo, por tanto, responder solidariamente frente a la víctima; y admitiendo que, dentro de la relación interna que vincula a los distintos deudores, la indemnización se distribuya entre ellos en función de las probabilidades de que fueran los causantes. Se impone, pues, en el ámbito interno una regla de indemnización proporcional<sup>103</sup>.

La doctrina de la responsabilidad por cuota de mercado (*Market Share liability Approach*), originaria de los Estados Unidos, se refiere a casos en que el juzgador verifica que el consumo de un producto genera un daño, pero desconoce la identidad del concreto fabricante porque la víctima es incapaz de acreditarlo por razones que no se le pueden imputar. Cuando las unidades puestas en circulación por los diversos productores tienen idéntica potencialidad lesiva, la teoría reconoce al perjudicado el derecho a ser indemnizado por los fabricantes, quienes habrán de compensar en proporción a su cuota de mercado, salvo que demuestren que no produjeron la concreta unidad cuyo consumo generó la lesión. Se impone así una regla de indemnización proporcional, pues la responsabilidad del fabricante se afirma sólo en la medida de las probabilidades de que fuera causante del daño; y se calcula esa medida atendiendo a su cuota de mercado bajo el entendimiento de que cuanto mayor es, mayor es la probabilidad de que ocasionara el perjuicio<sup>104</sup>.

La responsabilidad por cuota de mercado, al igual que la responsabilidad colectiva, impone una regla de indemnización proporcional que atiende a las probabilidades de que el agente causara el daño. Hay, no obstante, dos importantes diferencias que afectan al momento o relación en que opera el criterio de la indemnización probabilística,

<sup>103</sup> Sobre el tema, hay una reciente y completa monografía: V. MÚRTULA LAFUENTE, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de grupo*, Dykinson, Madrid, 2005.

<sup>104</sup> Cfr. A. RUDA GONZÁLEZ, "Entre todo y nada. Una visión crítica de la responsabilidad por cuota de mercado", *R. Asoc. Esp. Abogs. Especs. Resp. civ. Seg.*, núm. 5, 2003/1, p. 23, reproducido con el título de "La responsabilidad por cuota de mercado a juicio" en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, [www.indret.com](http://www.indret.com) 3/2003, pp. 15-16.

por un lado, y al método o forma de cálculo de las probabilidades de que el agente dañoso causara el daño, por otro. En la responsabilidad colectiva, la reparación proporcional se impone sólo en la relación interna de los diversos miembros del grupo que, frente a la víctima, están obligados *in solidum*. En la responsabilidad por cuota de mercado, se establece directamente, sin que, por tanto, las víctimas tengan derecho a recabar el 100% de cualquiera de los productores. A su vez, la doctrina de la causa anónima no determina las reglas conforme a las cuales han de calcularse las probabilidades de causalidad, que habrán de ser los criterios generales con que se averigua en el marco de un proceso el grado de correspondencia de un hecho con la realidad objetiva<sup>105</sup>. La teoría de la cuota de mercado, en cambio, introduce un rígido criterio de medición, pues equipara la probabilidad de que el fabricante ocasionara el daño al volumen de su mercado<sup>106</sup>.

Pero, al margen de estas diferencias, es claro que ambas doctrinas abordan un problema de causalidad *alternativa* o *disyuntiva*, en los que el daño deriva de la conducta de un sujeto o del comportamiento de otro, pero no de ambos a la vez<sup>107</sup>. La teoría de la pérdida de oportunidad, en cambio, se proyecta, no sobre casos de causalidad *alternativa*, sino sobre supuestos de causalidad *ausente* o *incierto* en los que las probabilidades de que no se hubiera producido el daño no alcanzan la entidad que permite apreciar la efectividad del elemento etiológico. En las hipótesis de causa “sospechada”, se sabe que el daño está etiológicamente unido al

comportamiento de uno de los miembros de la colectividad, por más que no pueda determinarse exactamente cuál. En cambio, en los supuestos de pérdida de oportunidad se ignora si el daño es o no consecuencia del hecho ilícito. En rigor, los casos en que se aplica la doctrina de la responsabilidad colectiva son también de causalidad incierta, pues se ignora si la conducta del miembro de un grupo provocó el daño. Sin embargo, la circunstancia de que se sepa que una actuación, de entre un número determinado, ha causado el daño aporta un elemento de certeza que no está presente en las hipótesis de pérdida de oportunidad.

Las circunstancias que determinan la aplicación de estas doctrinas son, pues, en principio, distintas: en un caso, la incertidumbre en torno a cuál de los miembros de un grupo generó el perjuicio y la certidumbre de que sólo uno de ellos ha podido provocarlo; y, en el que aquí interesa específicamente, la incertidumbre en torno a si un sujeto causó o no el menoscabo, que impide afirmar el nexo de causalidad, y la certidumbre de que la víctima albergaba una posibilidad seria y real de obtener un beneficio, que habilita el libramiento de la reparación fraccionada. Hay, pues, dos grupos de casos perfectamente diferenciables que, no obstante, tienen el denominador común de que justifican la reparación proporcional en ausencia de prueba patente del nexo de causalidad. Las cuotas porcentuales que se descuentan del valor total del daño se corresponden en ambos casos con *cuotas de incertidumbre*, que, derivadas de la carencia de elementos suficientes de juicio, reflejan las pro-

<sup>105</sup> No obstante, hay disposiciones españolas que tipifican un criterio especial de cálculo en supuestos de causa anónima o responsabilidad colectiva: la “cuota de superficie”. Me refiero a los preceptos que, en supuestos en que se desconoce el lugar del que procedía la especie cinegética que provocó el daño, se obliga solidariamente a los titulares de derechos personales o reales de los terrenos de los que pudo provenir y, en la relación interna, se calibra el grado de su responsabilidad en proporción a la superficie colindante con el predio del perjudicado [art. 35.1.a) Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la Ejecución de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970; art. 71.4 Ley 5/2002, de 4 de abril, de Caza de Aragón].

<sup>106</sup> Esta circunstancia determina muy probablemente que en Europa se admita corrientemente la doctrina de la responsabilidad colectiva, pero no la de la responsabilidad por cuota de mercado. Ambas afirman derechos resarcitorios en supuestos en que no puede apreciarse la existencia de un auténtico vínculo causal natural. La diferencia sustancial radica en los criterios con que se calculan las probabilidades causales. La teoría norteamericana, afirmada sin matices para todo el ámbito de la responsabilidad por productos, desplaza los criterios generales o “reglas de la sana crítica” y, en su lugar, emplea un rígido criterio que no garantiza la calidad epistemológica del grado probabilístico hallado.

<sup>107</sup> El concepto de causalidad alternativa o disyuntiva ha sido acuñado en Alemania (E. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ª ed., Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996, p. 331) por oposición al de causalidad concurrente o cumulativa.



babilidades de que el responsable no fuera autor material de la lesión. Esas cuotas expresan la ignorancia en cuanto a qué concreto individuo entre varios identificados realizó la conducta lesiva, en un caso; o, sin más, la ignorancia en cuanto a si el hecho ilícito tuvo o no incidencia en la producción del daño, en otro.

Puede concluirse que, en España, de la misma manera que en todos los sistemas de nuestro entorno, se acude sin discusión, en el marco de teorías de diverso signo, a una regla de indemnización fraccional para hacer frente a un conjunto de supuestos que plantean problemas relacionados con la prueba del nexo de causalidad. Conforme a esta regla, el cómputo de la indemnización ha de reflejar la probabilidad de que éste no fuera causante. Por eso es importante retener que la regla de la responsabilidad proporcional que se establece a tra-

vés de la doctrina de la pérdida de oportunidad no resulta en absoluto ajena al sistema jurídico español que, en el marco de diversas teorías, la utiliza para brindar protección en supuestos de ausencia de prueba del nexo de causalidad.

### **8.3. La teoría de la pérdida de oportunidad y la doctrina de la equivalencia de las condiciones**

En el ámbito de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, se dice que hay causalidad física cuando, representado idealmente el curso de los acontecimientos, como si no hubiera mediado el hecho ilícito, resulta, lógicamente, que el daño no se habría producido. Causa material es, pues, aquel factor o condición que puede considerarse indefectible porque, en su ausencia, la víctima habría dejado de padecer el menoscabo.

Ésta es, en síntesis, la teoría la *condicio sine qua non*, de la equivalencia de las condiciones o de la condición, conocida en el mundo anglosajón como “but-for test”. Pues bien, interesa resaltar que la teoría de la pérdida de oportunidad entra en juego, justamente, cuando el análisis de la causalidad física se resuelve insatisfactoriamente porque no logra concluirse que el hecho ilícito fue condición necesaria de la inobtención del beneficio o de la evitación de un daño. El comportamiento que priva de una *chance* es un suceso que, según se desprende de la información disponible, ha podido ser condición necesaria del daño, pero ha podido no serlo. La doctrina de la pérdida de la oportunidad significa, por tanto, el intento de extender la tutela resarcitoria a una serie de supuestos que, en principio, quedan al margen del sistema de responsabilidad civil por no cumplirse una de sus exigencias elementales: la prueba de que el hecho ilícito provocó materialmente el daño porque, sin él, éste no se habría producido.

De este modo, la teoría de la pérdida de oportunidad constituye una prueba más de lo desacertado de la tesis aún dominante favorable a la radical diferenciación del plano de los hechos (causalidad física) y el plano del Derecho (causalidad jurídica o imputación objetiva). Según se dice, el primero se refiere al dato fáctico de la causalidad y está libre de valoraciones específicamente jurídicas o normativas, pues, en él, lo que interesa es, sencillamente, que el hecho ilícito provocara materialmente el daño. El segundo, en cambio, requiere de la aplicación de normas, pues, en él, se toma aquel dato para calificarlo jurídicamente como relevante, si del sistema de responsabilidad se desprende una regla o criterio favorable a ello; o irrelevante, si el Derecho no encuentra razón alguna para imputar objetivamente el perjuicio al agente dañoso, por más que lo causara efectivamente. Sin embargo, los mecanismos de facilitación probatoria y las

técnicas de reparación proporcional pertenecen, en realidad, a la teoría de la causalidad física y representan instrumentos jurídicos en el más estricto de los sentidos con que perseguir y realizar valores sociales. En este sentido, la doctrina de la *chance*, al igual que la responsabilidad por causa anónima, ayuda a desmentir la creencia de que corresponde al científico natural averiguar si una conducta fue *condicio sine qua non* de tal manera que, sólo cuando su criterio es positivo, debe pronunciarse el jurista calificando la causa física probada como relevante o intrascendente a los efectos de la responsabilidad civil.

En general, valorar qué habría ocurrido, de no haber mediado el hecho ilícito, es un juicio *normativo*, sujeto a criterios variables de racionalidad, que mide el grado (de correspondencia con la) verdad de la hipótesis de que el agente causó el menoscabo. El Derecho procesal e, incluso, normas sustantivas del sistema de responsabilidad civil aportan un buen número de reglas y criterios con que afirmar la causalidad física (o la probabilidad de su existencia). Entre ellos cobra una relevancia especial el umbral de certeza o estándar de probabilidad que elige cada ordenamiento jurídico para tener por cierto el dato causal.

En el Derecho angloamericano de la responsabilidad por daños el juicio de causalidad se decide, por lo general, a través de un juicio de aceptabilidad, comúnmente denominado “balance de probabilidades” (*balance of probabilities*), con el que se trata de averiguar, atendidas las circunstancias del caso, qué era más probable, que se produjera el perjuicio o que tuviera lugar su contrario (*more probable than not, more likely than not*)<sup>108</sup>. El problema de la causalidad se encara así mediante la aplicación de la regla de la prueba preponderante, prevalente o prevaleciente (*preponderance of the evidence*), en cuya virtud se considera acreditada

<sup>108</sup> Por todos, C. D. BAKER, *Tort*, 6ª ed., Sweet and Maxwell, London, 1996, pp. 9 ss.



la causalidad entre el hecho ilícito y el daño cuando la probabilidad de que el sujeto agente haya propiciado el daño es más alta que la probabilidad de que no, de modo que, si la prueba alcanza el umbral del 51%, responderá de la lesión, pero, en cambio, si la probabilidad es sólo del 49%, no hay causalidad, por lo que, en principio, la víctima no percibe nada. El Derecho español y, en general, los ordenamientos hispanoamericanos y de la Europa continental imponen un estándar de persuasión bastante más riguroso para apreciar la existencia del nexo causal. Éste se afirma cuando es alto el grado de probabilidad de que el daño haya sido producido por el (supuesto) agente dañoso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica que, en este punto, se concretan en la apreciación de la normalidad y regularidad de los acontecimientos. Se sigue el principio de *regularidad* o criterio de *lo que acontece normalmente*, esto es, el que encierran los apotegmas latinos *quod plerumque et sæpe accidit, id quod plerumque accidit* o *quod plerumque fit*, lo que implica afirmar la causalidad cuando se llega a la conclusión de que el curso *normal* de las cosas, de no haber mediado el hecho ilícito, hubiera conducido a la obtención de unas ganancias (*lucrum emergens*) o a la evitación de un daño (*damnum cessans*). Lo que acontece *normalmente* no es, sin más, lo que tiene más probabilidades de ocurrir que de no, sino lo que *muy probablemente* acontece o tiene bastantes posibilidades de suceder. Aunque los juristas del ámbito jurídico europeo continental e hispanoamericano han sido tradicionalmente más reacios que los anglosajones a la plasmación de los criterios probatorios en fórmulas porcentuales, puede decirse que, a través de la pauta de la normalidad o regularidad, tales sistemas sitúan el umbral de convicción, persuasión o certidumbre en algún punto entre el 50% y el 90%<sup>109</sup>. Por razones de operatividad y claridad expositiva, fijamos

convencionalmente este dintel de certidumbre en el 80%.

Estos umbrales de certidumbre constituyen, pues, reglas jurídicas en el más estricto de los sentidos. Y la doctrina de la pérdida de oportunidad viene a ser otra regla jurídica con la que viene a garantizarse una respuesta resarcitoria moderada en supuestos en que, precisamente, la probabilidad de que el hecho ilícito fuera *condicio sine qua non* no alcanza el umbral de certidumbre. La doctrina de la pérdida de oportunidad entra en juego, en el ámbito del *Common Law*, cuando las probabilidades de causalidad no superan el umbral del 50% (*less-than-even-chances*); y, en la cultura jurídica hispanoamericana y de la Europa continental, donde se inserta el Derecho español, cuando tales probabilidades no sobrepasan una barrera situada en el 80%. Si tales niveles se alcanzan, habrá de afirmarse la causalidad, pero si no, habrá de entenderse que el hecho ilícito no fue *condicio sine qua non* de la inobtención de la ventaja apetecida, pudiéndose entonces plantear una hipótesis de pérdida de *chance*.

La prueba de los hechos está, pues, sujeta a pautas jurídicas de valoración racional impuestas por el Derecho procesal o derivadas de exigencias intrínsecas del instituto resarcitorio. Es preciso, pues, relativizar en cierta medida la distinción entre *quæstio facti* y *quæstio iuris*, pues también las del primer tipo están “teñidas de normatividad”<sup>110</sup>; y reconocer dignidad jurídica a la teoría de la causalidad física. En conclusión, el problema de la pérdida de oportunidad atañe a la teoría de la causalidad física. Una hipótesis de pérdida de *chance* puede plantearse cuando haya dejado de demostrarse la causalidad física o, lo que es lo mismo, cuando no se haya acreditado que el hecho ilícito fue condición necesaria de la pérdida del beneficio esperado

<sup>109</sup> Sobre esta cuestión, L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 282-288.

<sup>110</sup> D. GONZÁLEZ LAGIER, “Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal”, *Jueces para la Democracia*, núms. 46-47, 2003, <http://cervantesvirtual.com> pp. 19 ss.

o del daño padecido. Esta apreciación es de orden fáctico y se llega a ella aplicando las reglas y estándares probatorios que impone el Derecho procesal y el Derecho de la responsabilidad civil. La cuestión de la presencia o ausencia de la causalidad (y, por ende, la de la pérdida de oportunidad) se traslada así, básicamente, a la teoría general del conocimiento judicial o de la valoración de la prueba, que es la que escudriña los criterios con que apreciar la certeza de un hecho que ha podido acaecer efectivamente (hecho real) o que habría podido acaecer en otras circunstancias (hecho hipotético)<sup>111</sup>.

#### 8.4. La teoría de la pérdida de oportunidad y la doctrina de la imputación objetiva

La doctrina de la *chance* está llamada a funcionar en el marco de la causalidad de hecho, cuando aún no ha podido penetrarse en el de la causalidad jurídica ni, consecuentemente, discurrirse en torno a la concurrencia de motivos o razones que permitan imputar objetivamente el daño; y, en aquel plano, trata de ser el remedio con el que asegurar que la víctima obtenga un resarcimiento que, acomodado al grado de probabilidades de que el hecho ilícito propiciara la lesión, venga a paliar la situación en que queda, al sufrir el sacrificio irremediable de una posibilidad real de ventaja sin que haya resultado acreditado el lazo causal natural. Por eso puede decirse que el sentido institucional de la teoría de la oportunidad perdida se opone diametralmente a la teoría de la imputación objetiva. Esta última introduce valoraciones normativas para negar la responsabilidad civil en casos en que ha quedado acreditada la causalidad física y la primera, en cambio, busca argumentos para condenar al agente, pese a que su actuación no se presenta como condición necesaria del daño.

La circunstancia de que, en la actualidad, gocen de predicamento la doctrina de la pérdida de oportunidad y otras que, como las teorías de la responsabilidad colectiva o de la responsabilidad por cuota de mercado, persiguen idénticos fines (proporcionar tutela en casos en que no es patente la presencia del vínculo causal, reconociendo el derecho a una indemnización acomodada a la probabilidad de que el sujeto agente fuera responsable) revela un cambio de actitud o percepción del problema de la causalidad. La teoría de la imputación objetiva, al igual que sus predecesoras (teorías de la causa próxima, eficiente y adecuada), se ha formulado con la intención de recortar las potencialidades aplicativas de un sistema que, de basarse en la estricta realidad causal, se creía, no tendría límite. En cambio, la doctrina de la oportunidad perdida, de la misma manera que la de la causa anónima y la de la responsabilidad por cuota de mercado, se formula para ampliar esas potencialidades aplicativas porque, se cree, hay casos en que resulta injusto condicionar el surgimiento del crédito resarcitorio a la prueba fehaciente del lazo causal.

Cierto es que la percepción de que el elemento causal es un problema y de que la teoría de la *condicio sine qua non* no lo resuelve satisfactoriamente constituye una constante en todos los estudios de responsabilidad civil. Ahora bien, si, tradicionalmente, la causalidad se ha considerado problemática porque se temía que, a través de ella, pudieran multiplicarse exponencialmente las demandas de responsabilidad civil; ahora se ve de la misma manera, pero, en gran medida, porque empieza a constatarse que con ella está llegándose al resultado exactamente contrario: el peligro de una sis-

<sup>111</sup> Incluyo en la teoría de la causalidad física el problema de las denominadas "causalidades omisivas", por más que tales no sean causalidades naturales en sentido estricto, pues de esa calidad son sólo las acciones positivas. Esto porque problema práctico que plantean es el propio de la teoría de la causalidad física (concretar si hay o no causa), no el de la causalidad jurídica (determinar si esa causa es o no jurídicamente relevante). Cuando el hecho ilícito es una omisión, la diferencia es que, para determinar si hubo o no nexo causal, hay que figurarse el derrotero de los acontecimientos que habría tenido lugar de no faltar la acción positiva omitida. La *supresión mental* del hecho ilícito (método de la eliminación) para apreciar causalidades físicas en sentido estricto es, en las causalidades omisivas, la *agregación mental* de la conducta debida (método de la sustitución).



temática exoneración de responsables debida a la dificultad de acreditar el nexo causal natural.

Por lo menos en algunos sectores (actividades sanitarias, legales e industriales; fabricación y distribución de productos; procesos, procedimientos, concursos y oposiciones), se aprecia cómo los teóricos del Derecho de daños y la propia jurisprudencia han empezado a dirigir sus esfuerzos en otro sentido, movidos por un espíritu de ampliación más que de restricción; y ello obedece, quizá, al convencimiento de que demostrar la causalidad no es sencillo en absoluto. Se está tomado conciencia de que el juzgador no accede directamente a los hechos; de que llega a ellos a través de una percepción que, inevitablemente contaminada por la subjetividad, la imperfección del conocimiento empírico, las limitaciones inherentes al proceso y las dificultades del caso enjuiciado, sólo puede expresarse en términos de probabilidad. Se está abandonando, en definitiva, la clásica actitud del jurista acerca de los hechos, consistente en dar por descontado que en el proceso es posible asegurar su verdad. Por eso, se constata primero que, en determinados casos, la exigencia de la prueba de la causalidad, lejos de incrementar exageradamente el círculo de responsables, lo suprime totalmente; y se proponen después doctrinas y teorías que tratan de proporcionar tutela aunque falte la prueba patente del nexo causal.

Y es que el debate causal tradicional –en el que se insertan las modernas reflexiones en torno a la doctrina de la imputación objetiva– ha girado en torno a una serie de problemas que no se plantean en la inmensa mayoría de los casos de responsabilidad por daños: la identificación de pautas de negación de relevancia jurídica a causalidades demostradas. De ahí que se haya denunciado la desproporción desmesurada entre la enorme cantidad de literatura jurídica dedicada a la cuestión,



sobre todo en el ordenamiento alemán –aunque también en el norteamericano–, y su relativa importancia práctica. Por eso, se dice, los juristas franceses a menudo parafrasean las palabras de VOLTARIE relativas a la existencia de Dios y afirman que, si no existiera la causalidad, los alemanes la habrían inventado para tener algo con lo que ejercitar sus mentes<sup>112</sup>. Dejando a un lado la provocación, lo cierto es que las cuestiones causales a las que se enfrentan nuestros jueces y tribunales no suelen tener que ver con la doctrina de la causalidad.

<sup>112</sup> B. S. MARKESINIS, *The German Law of Torts. A comparative introduction*, 2ª ed., Clarendon, Oxford, 1990, pp. 82, 90, 484-485.



dad adecuada o la teoría de la imputación objetiva, esto es, con la necesidad de encontrar un criterio de “restricción” para negar relevancia jurídica a una causa física probada. Son mucho más frecuentes las sentencias que encaran la dificultad de valorar el dato fáctico de la causalidad, debiendo realizar un juicio en torno a qué habría ocurrido sin la intervención del hecho ilícito en situaciones de precariedad informativa.

Parece así que las teorías de la causalidad jurídica (y su versión dominante, la imputación objetiva) son fruto de un “pensamiento dogmático” que

pone el acento en la construcción de un sistema y que, al efecto, se fija en casos (muchas veces de laboratorio) que ponen a prueba las teorías esbozadas. Los nuevos planteamientos de la causalidad fáctica (la pérdida de oportunidad, la responsabilidad por causa anónima o la responsabilidad por cuota de mercado) son expresión, en cambio, de un “pensamiento problemático” que coloca ese acento en el caso con el único fin de solucionarlo, sin la pretensión de pergeñar una construcción sistemática acabada. En el primer supuesto, el fin perseguido es la construcción de una buena teoría, y, al efecto, opera una selección de problemas. En



el segundo, el objetivo es la solución de problemas y, al efecto, opera una selección de teorías. En el primero, las doctrinas se construyen desde la dogmática y sientan criterios con que resolver una serie de casos que a menudo carecen de trascendencia jurisprudencial. En el segundo, las teorías se elaboran a partir de un problema real, y proporcionan criterios para resolver buena parte de las cuestiones causales con que lidian en la actualidad los jueces y tribunales. Las primeras producen una reconfortante sensación de orden, pero no solucio-

nan la mayor parte de los problemas de la realidad. Las segundas producen una desasosegante impresión de desbarajuste, pero valen para resolver muchos de esos problemas. Y es que, mientras las primeras ignoran las dificultades de la prueba del nexo causal, las segundas han surgido precisamente para superarlas<sup>113</sup>.

La prueba del hecho causal es, ciertamente, un problema práctico de primer orden al que la doctrina jurídica no ha brindado tradicionalmente

<sup>113</sup> Sobre las diferencias entre el “pensamiento dogmático” y el “pensamiento problemático”, T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. L. Díez Picazo, pról. E. García de Enterría, Taurus, Madrid, 1964, pp. 53 ss.

excesiva atención: en 1969 una de las autoridades mundiales en materia de causalidad, el profesor HONORÉ, dedicaba a la cuestión de la prueba las últimas tres páginas de su amplio y magnífico artículo<sup>114</sup>; y, todavía en 1984, la imprescindible monografía del argentino GOLDENBERG era casi igual de parca<sup>115</sup>. Solo en tiempos recientes la prueba del nexo de causalidad ha empezado a considerarse uno de los principales problemas con los que se enfrenta el instituto de la responsabilidad, al que se consagran ya bastantes estudios. Como ha puesto de manifiesto la doctrina norteamericana, el debate en torno a la causalidad física se ha convertido en un debate de carácter “transcursal”, pues está convocando “no sólo a la doctrina de la causalidad sino también a otras áreas del derecho”; y, entre éstas, están siendo fundamentales las de la prueba y las del proceso, en general<sup>116</sup>. Este fenómeno empieza a manifestarse en España, donde, al menos en parte, se está desplazando la atención de la teoría de la imputación objetiva a la teoría de la causalidad física y su prueba.

Es, pues, preciso determinar hasta qué punto esta nueva preocupación de los juristas, traducida en la inversión radical del sentido de sus planteamientos, puede desembocar en una crisis (transformación) de la teoría clásica de la causalidad y el advenimiento de un modelo distinto del que la prueba de la *condicio sine qua non* deje de constituir siempre y en todo caso uno de sus elementos. De tal cuestión me ocupo a continuación.

## 9. Hacia una nueva teoría general de la causalidad

A través de la teoría de la pérdida de oportunidad y otras doctrinas, como la responsabilidad por daño causado por miembro indeterminado de grupo y la *Market Share Liability*, está generalizándose la aplicación de un criterio de proporcionalidad según el cual, ante la incertidumbre causal, es decir, ante la posibilidad de que el hecho ilícito no causara el daño, se opta, no por negar o conceder una reparación total, sino por reconocer una indemnización reducida porque descuenta una parte proporcional a la probabilidad de que el agente (posiblemente) dañoso no propiciara la lesión.

Este criterio, de la misma manera que los preceptos codiciales que establecían responsabilidades sin culpa, expresa una transformación del paradigma tradicional, motivada por un cambio en la conciencia social que –si entonces no admitía que sólo el elemento subjetivo originara responsabilidad– ahora no tolera que sólo la causalidad cumplidamente acreditada encienda la mecánica resarcitoria. Pero, al igual que aquella vieja doctrina civil no se atrevió inicialmente a cuestionar abiertamente el monismo culpabilístico, los juristas de hoy intentan comprender estas reglas de causalidad probabilística desde los rudimentos teóricos del sistema tradicional, aunque eso suponga introducir artificios o ficciones que no resisten un análisis crítico. En efecto, si en el pasado, ante la necesidad de reconocer responsabilidades sin culpa, se acuñaron los denominados *expedientes paliativos del monismo culpabilístico* (la culpa ampliada, la culpa presumida o la culpa inventada)<sup>117</sup>; ahora, ante la necesidad de reconocer responsabilidades sin causa probada, se acude a argumentos tales como

<sup>114</sup> “Causation and remoteness of damage” (Cap. 7º), en vol. 11º de la *Internacional Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen/Paris/New York, 1983, pp. 1-156.

<sup>115</sup> *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984, 240 pp.

<sup>116</sup> P. H. SCHUCK, “Dos cuestiones causales: daños masivos y causas sociales”, trad. esp. C. F. Rosenkrantz, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, comp. C. F. Rosenkrantz, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 172.

<sup>117</sup> Sobre la denominación, vide, C. ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1977, p. 92, “Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la jurisprudencia en la mano”, RGLJ, 1999/5, pp. 596. Para su estudio, además, M. MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, pról. J. Pérez de Vargas Muñoz, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 77-91; M. MEDINA CRESPO, *Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas*, Comares, Granada, 1996, pp. 39-52; y F. PEÑA LÓPEZ, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, pp. 524-553.



que la *chance* es una cosa cuya pérdida produce un daño emergente. Se trata, en definitiva, de *expedientes paliativos del principio de indivisibilidad de la causa* (del “todo o nada”) con que camuflar una responsabilidad que, proporcionada a la probabilidad de que el sujeto agente causara el menoscabo, sirve para impedir la desprotección total de la víctima que sufre un daño meramente eventual (la “nada”) y, al mismo tiempo, evitar que el agente dañoso acabe afrontando la indemnización total de un perjuicio que pudo no haber causado (el “todo”). Porque, de la misma manera que, tiempo atrás, decir “responsabilidad” era tanto como decir “responsabilidad por culpa”, no existiendo en el “vocabulario jurídico” los términos que pudieran explicar la necesidad sentida de que surgiera el crédito resarcitorio por razones distintas; en la actualidad, decir “responsabilidad” es tanto como decir responsabilidad por causalidad física, real, natural, total, única, indivisible, cierta, efectiva y segura y se encuentran enormes dificultades para localizar las “palabras” con que afrontar la necesidad sentida de que surja la obligación indemnizatoria en determinados supuestos en que el vínculo etiológico es sólo posible. Y, si, en el primer caso, las ficciones y artificios fueron la solución provisional que dio paso a la gestación de un nuevo sistema, plagado de nuevos conceptos (riesgo creado, sacrificio especial, fuerza mayor exógena, etc.); en el segundo, las ficciones y artificios constituyen la respuesta inicial que encubre la aplicación de un modelo distinto que, con otros vocablos (pérdida de oportunidad o causalidad proporcional, parcial, fraccionada,

probabilística), está desplazando en determinados supuestos los de indivisibilidad y certeza.

Por eso, si los *expedientes paliativos del monocentrismo culpabilista* anunciaron la definitiva consolidación de un sistema *poligenético* de responsabilidad, que incorpora otros criterios o razones con que obligar al causante del daño (riesgo creado, sacrificio especial, incumplimiento); los *expedientes paliativos de la regla de la invisibilidad causal* podrían dar paso a la afirmación, sin tapujos, de un sistema *probabilístico* de responsabilidad que, complementando el tradicional, admita abiertamente en algunas hipótesis de incertidumbre causalidades fraccionables, posibles y eventuales para vincular al agente (posiblemente) dañoso. En resolución, si se ha asistido ya al declive del monismo culpabilístico y al derrumbe de la responsabilidad exclusivamente basada en el elemento subjetivo, parece estar adviniendo ahora el declive de la certidumbre del daño y el derrumbe de una responsabilidad exclusivamente basada en la prueba patente del nexo de causalidad<sup>118</sup>.

Creo así que las reglas de indemnización proporcional que hoy día se admiten en el marco de las teorías de la oportunidad perdida y de la causa anónima pueden percibirse, no como incómodas anomalías o “excepciones” cuya asimilación requiere de forzadísimas explicaciones, sino como manifestaciones de una nueva teoría general de la causalidad, que ha dejado de basarse ya, siempre y en todo caso, en el principio de la indivisibilidad causal.

<sup>118</sup> L. CADIET (“*Métamorphose du préjudice*”, en AAVV, *Les métamorphoses de la responsabilité. Colloque común aux Facultés de droit de l'Université de Montreal, de l'Université catholique de Nimègue et de l'Université de Poitiers. Sixièmes Journées René Savatier*, pról. C. Chêne, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, pp. 44-45) realiza una apreciación similar refiriéndose al Derecho francés y evocando la feliz y bien conocida expresión de la profesora G. VINEY con la que dio título a una de sus obras: *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, Paris, 1965.

# El resarcimiento del lucro cesante en los supuestos de muerte e incapacidad permanente

**Alberto del Águila Alarcón**  
Magistrado titular del Juzgado de  
1ª Instancia nº 8 de Granada



## INTRODUCCIÓN

La presente exposición se ocupa del tratamiento resarcitorio que debe recibir el lucro cesante causado por la muerte e incapacidad permanente principalmente en los supuestos de accidentes de circulación, teniendo como elemento valorativo de referencia el comúnmente conocido como “Baremo” que consiste según es sabido, en un anexo que, afectado por dos reformas parciales muy puntuales, se halla hoy incorporado al TR que fue aprobado por el RD Legislativo de 29 de octubre de 2004.

Las reflexiones a realizar tienden a intentar revelar si la práctica judicial lleva a su máxima significación el principio de la restitutio in integrum o si la dificultad a la hora de interpretar y aplicar la ley está produciendo un efecto limitador del derecho a obtener la plena reparación del daño patrimonial sufrido



## El lucro cesante y nuestra jurisprudencia

Partamos para ello, brevemente, de una primera definición de lo que es el lucro cesante, pudiendo definirlo como la ganancia dejada de obtener a la que se refiere el art. 1106 del Código Civil, derivada, en lo que ahora nos interesa, de un daño corporal, que se caracteriza por la certidumbre de su existencia y choca con la dificultad de su cuantificación económica, dificultad que se agrava cuando no solo nos encontramos ante un lucro cesante en sentido concreto (piénsese en el profesional que fallece o queda totalmente impedido para su profesión, respecto del que puede realizarse una aproximación teniendo en cuenta los ingresos que seguiría percibiendo según un devenir normal de los acontecimientos) sino principalmente cuando atendemos a su consideración en sentido abstracto (como por ejemplo el menor de edad que queda impedido para realizar cualquier tipo de profesión u ocupación). 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 puede constituir un error de concepto. 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 italiano (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 equidad»).

No hay que olvidar que la jurisprudencia viene repitiendo desde tiempo pasado que la prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa, sin que puedan admitirse las dudosas y contingentes, pero teniendo suma cautela en no caer en el error de equiparar el problema de la prueba de la cuantificación del lucro cesante con la prueba de su existencia. Así el Tribunal Supremo ha declarado que los perjuicios por ganancias dejadas de percibir o lucro cesante han de apreciarse con prudencia rigurosa (STS de 30 de junio de 1993), incluso con criterio restrictivo (STS de 30 de noviembre de 1993), llegando a matizar la STS de 5 de noviembre de 1998, 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; y se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir –lucro cesante– y la realidad de este, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier otro hecho que constituye la base de una pretensión, (así también SSTS de 8 de julio y 21 de octubre de 1996). Nuestra jurisprudencia se muestra excesivamente prudente en orden a la reparación de las ganancias frustradas, pues éstas parecen sonar casi siempre a conjetura, duda, contingencia y expectativa no contrastada, olvidándose que entre la ganancia posible y la segura existe el justo término de la ganancia probable o verosímil pudiendo dar la sensación de que la jurisprudencia trata el instituto del lucro cesante por el principio tendencial pro debitore porque cualquier duda existente sobre la existencia y la cuantificación del daño se resuelve con la solución más favorable al agente dañoso, con detrimento de la víctima, siendo este principio en realidad, el contrario al que a mi juicio debe operar en el instituto de la responsabilidad civil, en el sentido de que en caso de duda ha beneficiarse a la víctima y no al agente dañoso, bien entendido en el sentido de que de la misma forma, debe evitarse cualquier tipo de enriquecimiento injusto.



En el derecho europeo de la responsabilidad civil y en lo que se refiere al lucro cesante relativo al daño corporal, la Resolución 75/7, del Comité de Ministros del Consejo de Europa 134, se ocupó, naturalmente, del resarcimiento del lucro cesante, tanto cuando lo causan las lesiones como cuando lo produce la muerte. En lo que refiere a las lesiones (apartado II de su anexo), el principio 6 establece: “La evaluación de la ganancia dejada de obtener debe realizarse tanto para el período anterior al juicio como para el futuro. Con esta finalidad deben tenerse en cuenta todos los elementos conocidos o previsibles, entre otros, el grado de incapacidad, el tipo de actividad desempeñada por la víctima, sus ingresos después del accidente, comparados con los que hubiera obtenido si el hecho perjudicial no se hubiera producido, así como la probable duración de sus actividades profesionales y de su vida”.

El daño se evalúa siempre sobre la base de los ingresos que se han perdido efectivamente para el período anterior al juicio y para el período posterior, según la pérdida previsible de los ingresos.

La adecuada valoración del lucro cesante referido al daño corporal exigiría que el cálculo de las indemnizaciones se efectuase con base a una serie de principios que se van enlazando entre sí. En primer lugar habría de valorarse el daño producido en su consideración estrictamente personal o biológica, es decir el daño corporal padecido, valorando en un segundo momento las consecuencias estrictamente personales o daño moral sufrido para por último entrar en el estudio del daño patrimonial efectivamente sufrido y en particular el que se va a producir en el futuro, fruto del acto lesivo, es decir el lucro cesante.



## La sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000 y las posibles soluciones ante la misma

Punto de inflexión en el tratamiento de la materia viene constituido por la sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000 de 29 de junio que vino a establecer la posibilidad de indemnizar el verdadero lucro cesante padecido y acreditado mediante la prueba de los concretos ingresos económicos que se han dejado de percibir en los supuestos de incapacidad temporal por encima de los límites establecidos en el apartado B de la Tabla V del Baremo siempre que en la causación de las lesiones hubiese intervenido la culpa relevante del conductor causante de las mismas.

Pero la STC 181/2000 no resolvió directa y específicamente el problema del resarcimiento del lucro cesante derivado de la lesión permanente laboralmente impeditiva y de la muerte. Sentada dicha doctrina y teniendo asimismo en consideración lo resuelto por dicho Tribunal en sentencias posteriores a las que a continuación me referiré, surgen sustancialmente dos posibles soluciones para el tratamiento del lucro cesante en estos concretos supuestos de muerte e incapacidad permanente, así como en los supuestos de incapacidad parcial, que a mi juicio son los más difíciles de cuantificar.

La primera solución consiste en afirmar que, acreditado el perjuicio, el juez queda impedido para resarcirlo, por no tener otra posibilidad que aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos;

La segunda solución posible pasa por una interpretación constitucional de las normas del sistema y consiste en proyectar sobre el lucro cesante causado por la muerte y por la lesión permanente impeditiva la doctrina sentada por la STC 181/2000, respecto del lucro cesante causado por el impedimento de la lesión temporal. Tal solución es la apuntada por la STC 21/2001, de 29 de enero,

que corresponde a un supuesto de un comerciante madrileño lesionado; habiendo sufrido lesiones un frutero, la AP de Madrid le denegó la indemnización que solicitaba en concepto de lucro cesante. Recurrida en amparo la sentencia el TC lo otorgó en relación con los perjuicios derivados de la lesión temporal, por aplicación de la doctrina sentada por la STC 181/2000; pero lo rechazó respecto de los derivados de la lesión permanente, con base en que la resolución impugnada había declarado que el lesionado no los había sufrido. Una interpretación a sensu contrario de dicha resolución nos puede conducir a la idea de que en el caso que la parte hubiese acreditado el concreto lucro cesante padecido, el Tribunal Constitucional le habría concedido el amparo resolviendo en definitiva la aplicación de las pautas sentadas en aquella resolución.

Ahora bien, aunque podía pensarse que la postura a adoptar por el órgano constitucional sería la que apuntaba anteriormente, muchas dudas surgen tras el pronunciamiento de dicho Tribunal en las sentencias de 3 de marzo de 2003 y 29 de noviembre de 2004, respecto del cabal resarcimiento del lucro cesante ligado a una lesión permanente impeditiva, aunque a mi entender, en estas resoluciones el Tribunal Constitucional no niega la posibilidad de indemnizar el lucro cesante en cuantía superior a los límites del Baremo siempre que cumplidamente se acredite su existencia, sino que no considera que se vulnere ningún precepto constitucional al resolver el Juzgador ajustándose estrictamente a los límites de dicho Baremo, y en concreto mediante la aplicación de los factores de corrección de las Tablas II y IV. En este mismo sentido cabe citar la sentencia de 26 de septiembre de 2005 en la que tanto en la 1ª como en la 2ª instancia se denegaba el lucro cesante reclamado por la víctima más allá de las previsiones del Baremo por considerar la innecesidad de pronunciarse específicamente sobre el lucro cesante y sobre el daño emergente, pues entienden dichas resoluciones que tales conceptos están comprendidos en el sistema indemnizatorio

del baremo y, por tanto, se hallan ya incluidos en la indemnización fijada mediante la aplicación de dicho sistema concluyendo que esta interpretación judicial de la normativa cuestionada –efectuada en el ejercicio de la potestad inherente a los órganos judiciales, como queda indicado– no incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, por lo que se cumplió con todos y cada uno de los requisitos que, según doctrina de nuestro Tribunal desde la temprana STC 13/1981, de 22 de abril, se exigen para la efectiva satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (por todas, SSTC 198/2000, de 24 de julio).

Vamos a hacer referencia a continuación a una serie de resoluciones judiciales que se han planteado la cuestión de la posible trasposición al ámbito mortal de la doctrina sentada por la STC 181/2000, de 29 de junio.

La STS de 20 de diciembre de 2000 se planteó la cuestión de la posibilidad del resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte de una mujer productiva que deja viudo y dos hijas mayores dependientes. En ella se estimó un recurso de casación formulado por las partes pasivas de la causa contra la SAP de Navarra de 28 de enero de 1999. El accidente se había producido el día 23 de abril de 1998 y en él falleció una conductora de 47 años que dejó viudo y dos hijas convivientes mayores de edad (de 21 y 19 años, respectivamente), dándose por probado que la difunta percibía por su trabajo una retribución neta mensual de 99.824 de las antiguas pesetas, por lo que la califico como mujer productiva. La AP de Navarra fijó como indemnización de perjuicios, la suma de 25.000.000,- Ptas. para el cónyuge viudo y la de 5.000.000,- Ptas. para cada hija. Alzados en casación el condenado y su aseguradora, el recurso prosperó y, reconocido el carácter preceptivo del sistema (porque lo había declarado ya la STC 181/2000), el TS revisó aquellas cantidades y redujo a 14.497.968,- Pts. la del cónyuge viudo

y a 2.416.328,- Ptas. la de cada una de sus hijas, al aplicar las reglas del grupo I de la tabla I, con el factor de corrección por perjuicios económicos (porcentaje del 10%), previsto en la primera regla de la tabla II. De esta forma, una indemnización total originariamente establecida en 35.000.000,- Ptas. quedó disminuida a 19.330.624,- Ptas., es decir, a casi la mitad.

La sentencia dedica la mayor parte de su fundamento a una reproducción adhesiva de las conclusiones de la STC 181/2000. Censura así el criterio al que se había atendido la resolución impugnada y, en consecuencia, efectúa la valoración de los perjuicios producidos con acatamiento del sistema legal, declarando, además, lo siguiente: En el presente recurso no contemplamos un supuesto de cuantificación de los perjuicios sufridos por incapacidad temporal. Es cierto que la doctrina, al analizar la STC, se plantea la posibilidad de extender esta declaración de inconstitucionalidad a la baremación del lucro cesante en los supuestos previstos en las tablas II y IV. En el supuesto que nos ocupa, por muy difícil que resulte cuantificar y poner precio a una vida humana y al lucro cesante que ha generado tal pérdida, hay que partir de que el Baremo resulta obligatorio y no puede descartarse que los razonamientos expresados para declarar la inconstitucionalidad de determinados aspectos expresamente impugnados sean susceptibles de extenderse a otros daños corporales previstos en la Ley, como sería el de cuantificación del lucro cesante en casos de muerte o lesión permanente, cuando concurren circunstancias excepcionales, aunque considera que las mismas no se dan en el caso enjuiciado. La cuestión clave de esta resolución radica en que el Tribunal Supremo se plantea la posibilidad de un resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte o por la incapacidad permanente cuando concurren circunstancias excepcionales, pero no concreta la significación de este concepto dando la sensación de que acude a él como una especie de cláusula



material de posible reserva, para dar una respuesta resarcitoria distinta de la prevista en el Baremo en los casos que él considere excepcionales, aunque se abstiene de concretar el sustrato de esa posible excepcionalidad. Con todo, esta sentencia tiene el valor de dejar abierta una puerta para que se admita que la doctrina de la STC 181/2000 es perfectamente trasplantable al supuesto del fallecimiento e incapacidad permanente.

Partiendo de las insinuaciones efectuadas por la sentencia que acaba de estudiarse, la de 2 de abril de 2001 aborda con mayor precisión la cuestión del resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte. Su respuesta fue también negativa, pero dando un paso más, pues, en lugar de no descartar la posibilidad de resarcirlo cuando resulta insatisfecho con aplicación de las reglas tabulares, se pronuncia de forma contundente por la pertinencia de tal solución; y, a tal efecto, retomando el concepto de circunstancias excepcionales, parece aproximarse a su configuración técnica, pues viene a decir que lo son aquellas que, existentes y estando acreditadas, no han sido tomadas en consideración por las reglas tabulares. Tal es lo que sucede efectivamente con el perjuicio del lucro cesante, pues el factor de corrección por perjuicios económicos se monta sobre el nivel de los ingresos netos de la víctima, sin computar en absoluto las reales pérdidas económicas de futuro que pueden sufrir sus causahabientes, de modo que hay una circunstancia excepcional que, por lo menos, es atendible siempre que el lucro cesante acreditado no resulte completamente amparado por el indicado factor de corrección.

Sentada esa conclusión, el TS desestima el motivo porque afirma que no constan circunstancias excepcionales que sirvan para acreditar la existencia de un estricto lucro cesante dejado de resarcir. Viene a declararse lo mismo que en la STS de 20 de diciembre, pero con la importante diferencia de que aquí se está ante un supuesto de signo



opuesto, pues, en aquel caso, había un importante lucro frustrado dejado de resarcir, mientras que, en éste, no se contempla, dado que, según los hechos probados, los dos hijos (con 39 y 37 años de edad, respectivamente) vivían con independencia de los fallecidos, sin que haya dato alguno por el que atisbar dependencia alguna de índole económica. En todo caso, lo importante es que esta sentencia, proyecta la doctrina de la STC 181/2000 sobre el tratamiento resarcitorio del lucro cesante causado por la muerte y las lesiones permanentes impeditivas; y que incluso el concepto de circunstancias excepcionales, como circunstancias extra-



tabulares, no va referido exclusivamente al lucro cesante, sino a cualquier pérdida patrimonial que la regulación tabular haya dejado de ponderar.

### La cuantificación del lucro cesante

Ahora bien, cómo cuantificar el lucro cesante padecido se convierte en una tarea ardua a la vez que especialmente delicada, motivos éstos que en muchas ocasiones pueden llevar a la parte a la comodidad de no solicitarlo judicialmente o al órgano judicial a desestimar la pretensión en una cómoda aplicación de la doctrina constitucional ya referida.

Entiendo que para la concreta valoración del lucro cesante, la evaluación de la probabilidad constituye el soporte para calcular el importe de las indemnizaciones por los daños futuros causados en caso de muerte y de incapacidad permanente, conjugando por una parte la duración del perjuicio, y por otra el alcance económico de éste. En el caso de la muerte, la conjugación de la edad de víctima y perjudicados permite fijar aproximadamente el período de tiempo durante el cual puede considerarse razonable suponer que los perjudicados recibirían las aportaciones económicas procedentes del pariente fallecido.



Normalmente, se calcula que el cónyuge superviviente se beneficiaba de la mitad de las rentas obtenidas por el fallecido cuando no hay otros familiares dependientes (hijos, padres); o que el grupo familiar restante, formado por el cónyuge y un sólo hijo, se nutría de las dos terceras partes de esas rentas; o de tres cuartas partes, si son dos los hijos dependientes. Establecida así la renta útil, habría que determinar durante cuanto tiempo la obtendría cada perjudicado, pudiéndose entender que el cónyuge viudo la habría obtenido hasta el final de la vida del fallecido, aunque actualmente dicho criterio debería ser corregido ante la situación de la duración temporal de muchos matrimonios por la separación y el divorcio de sus miembros.

A mi entender y tal como he apuntado anteriormente, el Tribunal Constitucional a partir de la doctrina sentada en la sentencia 181/2000, no impide el resarcimiento del lucro cesante más allá de los límites establecidos en el Baremo y concretamente en las Tablas II y IV para los supuestos de muerte e incapacidad temporal siempre que como en el caso previsto, concurra la culpa relevante del agente causante de los daños. Ahora bien, también es cierto que la cuantificación del daño patrimonial concreto que se va a producir en el futuro a causa del hecho luctuoso o impeditivo es en ocasiones extremadamente difícil. E igualmente he de significar desde mi experiencia personal que solo en contadas ocasiones se somete al criterio del Juzgador la ponderación y valoración del lucro cesante en estos casos. Y siendo en la primera instancia donde debe fijarse y cuantificarse el concreto daño patrimonial, es a la propia parte a quien incumbe la carga de su prueba, y no solamente de su prueba, sino principalmente de su alegación en el correspondiente procedimiento judicial, sin que en la mayoría de los casos esta alegación se produzca. Entiendo que no hay motivo que justifique que no pueda realizarse una aplicación de la doctrina de la ya mentada resolución del Tribunal Constitucional, en los supuestos allí previstos, a los casos de

muerte e incapacidad, tanto permanente como parcial. Y de la misma manera que se ha generalizado la reclamación del lucro cesante en los supuestos de daños producidos por la paralización de vehículos industriales, no hay motivo para que dicho resarcimiento no se promueva en los supuestos que estamos contemplando, sin que ello se convierta sin más en una ampliación o aumento de las posibilidades resarcitorias del perjudicado, sino que lo hay que pretender es la valoración exhaustiva de las circunstancias concretas de cada perjudicado o perjudicados por su muerte según los casos, y si estos a través del cauce procedimental son capaces de acreditar que el hecho dañoso va a producir un daño patrimonial en su vertiente de lucro cesante, superior a los límites tabulares, no debe existir inconveniente en su concreto resarcimiento.

De no efectuarlo nos podemos encontrar ante situaciones poco justificables. Contemplemos por ejemplo, el caso de la incapacidad permanente de un deportista profesional, y más concretamente por la claridad del problema que se detecta, del deportista de élite derivada de un hecho de la circulación en la que quede acreditada la culpa relevante del agente causante del daño. En este caso y según las Tablas II y IV del Baremo, a la indemnización correspondiente según las Tablas I y III se aplicaría un factor corrector entre el 51 y 75%. Si resulta que el concreto deportista gana por ejemplo 1 millón de euros al año y le restan, cuando se produce el daño, tres años de contrato laboral, es evidente que hay elementos de prueba suficientes para acreditar que el lucro cesante que se va a producir es de 3 millones de euros, cuanto menos en dicho período de tiempo. Entonces ¿por qué no indemnizarlos aunque evidentemente superemos los límites baremados?

Sin llegar a dicho extremo paradigmático, nos podemos encontrar con el problema de la persona simplemente productiva. De acuerdo con las ideas que anteceden, una posible solución indemnizato-



ria podría comenzar por determinar si hay familiares que se beneficiaban de los ingresos obtenidos por la víctima. Efectuada esa primera determinación, hay que fijar el nivel de los ingresos netos de la víctima en el momento inmediatamente anterior a su fallecimiento, sobre la base de entender que el de los ejercicios sucesivos sería normalmente similar. Fijado el nivel de ingresos netos de la víctima, hay que deducir el importe de la cuota de autoconsumo de la víctima, la parte que de sus ingresos destinaba ella a sus gastos personales; y, fijada esta cuota, surgen las cuotas de beneficio que corresponden a la parte que de sus ingresos netos

destinaba la víctima a cada uno de sus familiares dependientes. De esta forma, si el perjudicado es el cónyuge viudo y le ha quedado una pensión de viudedad, el importe del lucro cesante estaría constituido por la diferencia entre una y otra cuota siempre que la primera sea de mayor importe.

Si el perjudicado es un hijo, debe, en su caso, computarse el importe de la pensión de orfandad, con el cálculo de su duración, debiendo tener en cuenta que debe fijarse un tope temporal en el que dicho sujeto alcance su independencia económica.



Pero persisten los problemas en los casos en que el lesionado no puede acreditar un estricto rendimiento económico ligado a su actividad laboral. Piénsese fundamentalmente en la problemática del perjuicio económico que sufre el/la lesionada/o que se dedique exclusivamente a las labores del hogar, pues, en este caso, al no poder acreditar ingresos, obtendrá en concepto de resarcimiento por perjuicios patrimoniales el que corresponda por la aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos padecidos por quien no justifica ingresos, con lo que la indemnización básica será incrementada como mucho con un 10%, que es el máximo del primer tramo de la escala de que consta el factor. Así las cosas, hay que concluir que el valor económico del trabajo de ama de casa que deja de realizarse es, a la luz de este funcionamiento, para 2009, como mucho, de 58,52 € diarios (10% del valor económico asignado al perjuicio fisiológico y moral del día impeditivo, cifrado en 53,20 □). Se echa así de menos que el valor económico del día perdido por el ama de casa sólo pueda, como mucho, fijarse a través de la realización efectiva de los gastos de sustitución (por tenerse que acudir a los servicios de un asistente; y siempre que el juzgador tenga la sensibilidad de atender su costo); Siendo necesario que, cuando el fallecido o lesionado no realizaba ningún trabajo remunerado en el mercado laboral las labores hogareñas deben ser igualmente tenidas en cuenta a efectos indemnizatorios, puede tomarse como criterio orientativo el importe anual del salario mínimo interprofesional. Son perjuicios que pueden

reconducirse al concepto de lucro cesante, pues los familiares del fallecido o lesionado quedan privados de la utilidad económica de sus labores domésticas, pero que también puede reconducirse al concepto de daño emergente, en la medida en que sus familiares se ven precisados a contratar unos servicios domésticos que sustituyan la actividad de aquel. En todo caso, no hay duda de que la muerte del ama/o de casa genera unos perjuicios patrimoniales que tienen que ser objeto de resarcimiento.

### Hacia una evolución jurisprudencial

Pues bien, son sólo algunas pinceladas sobre la problemática actual del resarcimiento del lucro cesante en los supuestos de muerte e incapacidad permanente, que posiblemente lleve a la necesidad de una amplia modificación del sistema valorativo, es decir la necesidad de revisar el sistema actual de modo que puedan cuantificarse de un modo lo más aproximado posible, los daños patrimoniales, principalmente futuros, que la muerte o incapacidad de una persona va a producir. Pero entretanto dicha modificación llega a producirse, el mayor impulso puede venir de la mano de una evolución jurisprudencial, de un paso adelante de la jurisdicción ordinaria teniendo en cuenta la puerta que, entiendo ha quedado abierta tras la doctrina de la STC 181/2000, la cual debe venir a su vez impulsada, en el marco de una justicia rogada, por la necesaria petición del perjudicado a través de su asistencia letrada. Y es ahí precisamente donde se encuentra el punto de inicio de esa pretendida evolución.



## Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Tribunal  
supremo

### **Reclamación por la madre, causante del accidente, de la indemnización correspondiente por el fallecimiento de su marido y sus hijas, que viajaban en el vehículo como ocupantes**

---

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 1 de abril de 2009.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.*

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Como datos necesarios para el estudio del actual recurso de casación hay que tener en cuenta lo siguiente.

A consecuencia del accidente de circulación ocurrido con fecha 25 de agosto de 1997, en el que fallecieron todos los ocupantes del vehículo que conducía (el marido y sus tres hijas),



hechos por los que fue declarada penalmente responsable, Mercedes promovió el pleito origen del actual recurso contra la entidad aseguradora de su vehículo, responsable civil directa en virtud del seguro de suscripción obligatoria, en reclamación de la indemnización de daños y perjuicios a que decía tener derecho, fundando su pretensión tanto en su condición de viuda y madre de los fallecidos, respectivamente (por lo que reclamaba la suma de 52.719.885 pesetas), como en su condición de heredera de una de sus hijas, Amanda, la cual había sobrevivido a su padre y hermanas (circunstancia por la que solicitaba la suma de 17.847.883 pesetas, a razón de 6.864.574 pesetas como cantidad que habría correspondido a la hija por la muerte del progenitor y 10.983.309 pesetas, por ser el importe de lo que habría recibido aquella por el óbito de sus hermanas).

Tras desestimarse la demanda en primera instancia, la actora mantuvo su inicial planteamiento en apelación, sosteniendo de nuevo, en lo que ahora interesa, la necesidad de diferenciar los diferentes conceptos por los que reclamaba, pues, por una parte, lo hacía como heredera de su hija, sobreviviente a su padre y hermanas, y por otra, como perjudicada por el fallecimiento de todos ellos, en la medida en que, según defendía, la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (en adelante LRCSVM) no excluye el supuesto de autos.

El tribunal de apelación dio una respuesta negativa a ambos argumentos impugnatorios, confirmando el pronunciamiento absolutorio del Juzgado. En primer lugar (Fundamento Jurídico Segundo, folio 45 del rollo de apelación), frente a lo dicho por la apelante sobre su condición de heredera de la hija que sobrevivió al resto de ocupantes fallecidos, la Audiencia argumenta que ninguna justificación causal ostenta la recurrente a efectos de fundamentar su pretensión

indemnizatoria en dicho título hereditario pues es doctrina de esta Sala Primera del Tribunal Supremo, afirmada en Sentencia de 20 de octubre de 1986, entre otras, que "el fallecimiento, por sí mismo, no genera una integración patrimonial a favor del fallecido susceptible de transmisión a título mortis causa", de modo que, según la sentencia objeto del actual recurso, "las personas a quienes corresponde la indemnización por muerte ocurrida con motivo de accidente de circulación son los perjudicados y no los herederos, conforme a la normativa vigente en la esfera civil, ya que, según la misma, sólo los vivos son capaces de adquirir derechos, y únicamente pueden transmitirse por vía hereditaria aquellos que al tiempo del fallecimiento del causante se hallasen integrando su patrimonio, condición que no concurre en la indemnización por causa de muerte producida a consecuencia de un accidente de tráfico, pues al ser la muerte la que genera el derecho a la indemnización, aparece evidente que este derecho lo adquieren los perjudicados originariamente, y no por vía derivativa, ya que mal podía haber ingresado en el patrimonio del fallecido un derecho que nace después de su muerte y precisamente a consecuencia de ella". En segundo lugar, y por lo que hace a la reclamación efectuada con cargo al seguro obligatorio y sustentada en la condición que se dice ostentar, de perjudicada por el fallecimiento de los familiares, la sentencia aprecia una absoluta falta de justificación a la luz del artículo 5.1 de la LRCSVM, según redacción dada por la Ley 30/95, revelador de que los daños sufridos por la propia persona del conductor del vehículo asegurado, incluyendo los daños morales, quedan fuera de cobertura, supuesto de hecho que se dice idéntico al de autos en que concurre en la actora-ape-lante la doble condición de tercero perjudicado y conductor del automóvil asegurado.

SEGUNDO.- Dicha parte actora y apelante recurre en casación por la vía del artículo 477.2.2º

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, articulando su recurso por medio de tres motivos, de los cuales superan la fase de admisión tan sólo los dos primeros, el primero de los cuales denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 657 y 659 del Código Civil, mientras que el segundo aduce la vulneración por aplicación indebida del artículo 5 de la LRCSVM.

En el desarrollo del primer motivo, con cita como vulnerados de los referidos artículos 657 y 659 del Código Civil, alega la parte recurrente, en síntesis, que la jurisprudencia en que se apoya la Audiencia para desestimar la pretensión indemnizatoria sustentada en la cualidad de heredera de su hija no es aplicable al presente caso, pues el derecho de Amanda a ser indemnizada no nace con posterioridad a la muerte de aquella sino que nace en el momento en que fallecen su padre y dos hermanas, siendo así que, como tal derecho lo adquirió la hija desde el instante de la muerte de aquéllos, sí llegó a incorporarlo a su patrimonio al sobrevivirles, por lo que la madre tiene, por sucesión mortis causa, como única heredera de su hija, derecho a sucederla en todos sus bienes incluyendo la indemnización que le pertenecía a Amanda por la muerte de su progenitor y hermanas. En línea con esta idea, se apunta que no puede ampararse la aseguradora en que Amanda fuera también una víctima mortal del accidente pues lo relevante es que, al menos durante las 8 horas que mediaron entre la muerte del resto de ocupantes y la suya propia, sobrevivió a aquellos, ostentando claramente la condición de perjudicado, lo que determina que sí incorporó a su patrimonio el derecho a ser indemnizada en que luego le sucedió su madre mortis causa. La postura de la Audiencia se tacha de contraria al principio de igualdad, en cuanto que se deja en manos de la aseguradora el percibo de la indemnización, ya que a la compañía de seguros, en casos semejantes, le interesa no pagar prontamente y dejar transcurrir el tiempo

para, si finalmente fallece otro de los ocupantes, no tener que hacer frente a la indemnización que, como perjudicado, le habría correspondido. En conclusión, con independencia del concreto espacio temporal que transcurrió hasta su muerte, desde el momento en el que su hija sobrevivió a su padre y hermanas, no puede cuestionarse la condición de perjudicada que ostenta la misma, dado que su derecho a percibir la indemnización nace por el mero hecho de sobrevivir a sus familiares y, en consecuencia, no puede quedar al arbitrio de la compañía aseguradora el retrasar el pago a la espera de una posible muerte para ahorrarse la indemnización.

Por su parte, el segundo de los motivos admitidos se basa en la infracción del artículo 5 de la LRCSVM, siendo la postura de la recurrente que el supuesto enjuiciado no se encuentra entre las excepciones que la aseguradora puede esgrimir, en base a dicho precepto, para eludir el pago de la indemnización, habida cuenta que, según precisa, en el presente litigio no se reclama por los daños sufridos por la conductora en su persona sino por los daños ocasionados a los ocupantes del vehículo, lo que dicho precepto, a su juicio, no excluye ni siquiera en supuestos, como el de autos, en que se ha declarado –en su opinión, injustamente– la responsabilidad exclusiva de la conductora accionante en la causación del siniestro.

Insistiendo en un planteamiento en gran medida similar al que le sirvió de base tanto para reclamar en primera instancia como para sostener su impugnación en la segunda, la parte recurrente suscita de nuevo la cuestión de si, de acuerdo con la doble condición a que alude, de heredera de una de sus hijas y de perjudicada, tiene derecho a ser indemnizada por los daños morales sufridos a resultas del fallecimiento de sus familiares en accidente de tráfico, y ello a pesar de que fue declarada en sede penal su responsabilidad



como conductora del vehículo en el que aquellos viajaban como ocupantes. Este designio común determina la conveniencia de abordar ambos motivos conjuntamente.

Estos dos motivos estudiados conjuntamente deben ser desestimados.

A) En relación con la pretendida condición de perjudicado que se atribuye la actora para reclamar por el fallecimiento de los familiares ocupantes del vehículo con cargo al seguro obligatorio (artículo 5 LRCSVM, citado en el motivo segundo), se ha de comenzar diciendo que el derecho a ser indemnizado por los daños materiales y personales –incluyendo los morales– sufridos a consecuencia de un accidente de tráfico es un derecho personal que se funda en la responsabilidad civil, concurrente o exclusiva, de conductor del vehículo causante del daño, y que esa responsabilidad civil es objeto de aseguramiento obligatorio (artículo 2 LRCSVM), si bien no se comprenden dentro de su cobertura (artículo 5 la LRCSVM) los daños ocasionados a la persona del conductor del vehículo asegurado.

Pues bien, en relación a la interpretación que merece dicho precepto, las Sentencias de esta Sala de 3 de noviembre de 2008, tuvieron la ocasión de pronunciarse sentando el criterio de excluir de la cobertura los daños que el fallecimiento del conductor, interviniente exclusivo en el accidente y tomador del seguro, puedan haber ocasionado a sus familiares en su condición de perjudicados, pues sólo estarían cubiertos los daños corporales causados a los familiares transportados gratuitamente pero no los daños y perjuicios indirectos o reflejos, no corporales, derivados del fallecimiento del conductor. La anterior hermenéutica toma en consideración, entre otros argumentos, el que el Derecho de la Unión Europea parece centrar la cobertura en el concepto de víctima y no de perjudicado, ca-



reciendo por ello de aquella condición los que sufren daños o perjuicios reflejos, derivados del fallecimiento del segundo.

La proyección de esta interpretación sobre el caso de autos permite concluir, ratificando la decisión que plasma la sentencia recurrida, que ninguna justificación tiene la reclamación de la actora, pues, no discutiéndose que el tenor literal del artículo 5 LRCSVM le impide reclamar



por los propios daños corporales sufridos, también le está vedado hacerlo en cuanto perjudicado "indirecto", ante la pérdida sufrida por el fallecimiento de los familiares que con él viajaban como ocupantes.

A lo dicho debe añadirse otro argumento esencial. Como señala esta Sala en Sentencia de 5 de marzo de 2007, con cita de las de 19 de diciembre de 2003, 14 de diciembre de 2005 y

25 de mayo de 2006, «lo que cubre el seguro de responsabilidad civil son los daños o perjuicios por los que haya de responder legalmente la parte asegurada, pero los propios que afectan a ésta no entran en el ámbito de esta clase de seguro», ni siquiera, se añade, cuando se trate de daños morales ligados a la pérdida de sus familiares. Ello es consecuencia directa de la propia naturaleza del seguro de responsabilidad civil. Es preciso recordar por todas, la sentencia de 3 de noviembre de 2008 que dice: «El seguro de suscripción obligatoria cubre, dentro de los límites establecidos, la responsabilidad civil en que pueda incurrir el conductor de un vehículo de motor por los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación (artículos 1 y 2 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor). El sujeto asegurado es el conductor y el objeto del aseguramiento los daños que cause, disponiendo el artículo 5.1 que la cobertura del seguro obligatorio no alcanzará a los daños ocasionados a la persona del conductor del vehículo asegurado. Lo que cubre, y a lo que se obliga el asegurador, dentro de los límites establecidos, es el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por el hecho de la circulación, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a Derecho (artículo 73 de la Ley del Contrato de Seguro). Como tal precisa al menos la posibilidad de una responsabilidad por parte del asegurado (conductor del vehículo, o persona que deba responder), de tal forma que si no ha nacido ninguna obligación con cargo a su patrimonio, ninguna obligación indemnizatoria se puede trasladar a la aseguradora frente a personas que, ciertamente tienen la condición de perjudicados, pero no son terceros respecto a aquél por el accidente de tráfico, pues no hay propiamente un supuesto de responsabilidad civil, que es lo que da eficacia y cobertura al riesgo. Lo contrario



supondría convertir el seguro en uno de accidentes personales, siendo así que uno y otro son de naturaleza jurídica distinta». Es evidente que en el caso que nos ocupa los únicos perjudicados, a los que se extiende la responsabilidad civil contraída por la actora, fueron los ocupantes del vehículo siniestrado, no así ésta última, conductora del vehículo accidentado, quien, precisamente por ser el sujeto del aseguramiento obligatorio y su propia responsabilidad civil el objeto de aquel seguro, carece de legitimación para reclamar los daños morales ligados al fallecimiento de tales familiares por faltar el requisito de la alteridad, señalando al respecto la Sentencia de 3 de noviembre de 2008, recurso 1907/2003, que la responsabilidad civil, como presupuesto de toda reclamación basada en el seguro obligatorio, resulta inexistente, por faltar el requisito de la alteridad, cuando el agente padece el daño sufrido, siendo imposible indemnizar «tanto si se trata del daño directo causado y padecido por el agente, como si se trata del daño o perjuicio indirecto causado y padecido por él mismo» -Sentencia de 3 de noviembre de 2008 -.

B) De igual modo, carece de justificación la reclamación que se formula por la vía hereditaria que se apunta (adquiriendo mortis causa de su hija Amanda la indemnización que a ella le habría correspondido como perjudicada por el fallecimiento de su padre y hermanas, a quienes sobrevivió).

Como acertadamente señala la Audiencia, y antes hemos indicado, es doctrina pacífica que « el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable "ex iure proprio", al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del "de cuius", por lo que la legitimación no corresponde a los herederos en cuanto tales, sino a los perjudicados por el fallecimiento, pues sólo los vivos son capaces de adquirir derechos» -sen-

tencias de 20 de julio de 1995, 12 de mayo de 1990 y 15 de abril de 1988, entre otras-. Ello supone que, siendo Amanda, su padre y hermanas, víctimas del accidente, cuyo fallecimiento trae causa del mismo, el derecho a indemnización que deriva del hecho de la muerte de cualquiera de ellos no es dable de ser adquirido por vía hereditaria, sino que sólo puede reclamarse iure proprio. Consecuencia de lo anterior es que no resulte relevante si la hija sobrevivió durante unas pocas horas al padre o no lo hizo a los efectos de apreciar la sucesión mortis causa de la hija en el derecho que al padre le habría correspondido, ya que el derecho a la indemnización ligado al fallecimiento del progenitor nació a la vida del derecho con su muerte, lo que impidió al padre incorporarlo a su patrimonio, y, por ende, que formara parte del caudal relicto del progenitor en que sucedió la hija antes de morir ella, siendo, por esta misma razón, también imposible que el primitivo derecho se transmitiera mortis causa a la madre viuda.

No obstante lo anterior, siendo consciente la recurrente de que la citada jurisprudencia le impide hacer suya, por vía de suceder mortis causa a su hija, la indemnización que hubiera correspondido al marido en cuanto que esta nace con la muerte del esposo y no se transmitió a sus herederos, lo que defiende es algo distinto: el derecho a suceder a su hija en toda su herencia, de la que formaría parte la indemnización que a la hija le habría de corresponder como familiar del fallecido -y por tanto, en cuanto perjudicada por dicho fallecimiento-, sobre la base de que, según la actora, este derecho sí que se incorporó al patrimonio de su hija y luego a su herencia, por sobrevivir a su padre. Pese a los argumentos expuestos en su escrito de interposición, su tesis no puede ser respaldada. Esta Sala en su sentencia de 14 de diciembre de 1996, tiene dicho que «la legitimación para reclamar resarcimiento en caso de muerte corresponde, de ordinario,

a los más próximos parientes de la víctima, si bien iure propio y no por sucesión hereditaria, prescindiendo de la distinción entre muerte instantánea y muerte ocurrida con posterioridad al accidente, pero debida a éste, para determinar si la indemnización por causa de muerte entra en el patrimonio del difunto y por ello transita a sus herederos o no», de forma que no es impedimento para mantener que el derecho a la indemnización del fallecido es un derecho de iure propio, no transmisible mortis causa en el momento en que se produzca la muerte. Por lógica, y con independencia de los efectos que en el plano sucesorio tiene la prelación, tampoco tiene razón de ser que la madre se base en ese dato para reclamar como heredera de su hija la indemnización que a ésta le correspondía por el fallecimiento del padre, pues lo esencial es si la muerte de éste ocasionó a Amanda un daño, siquiera moral, susceptible de reparación y tal cosa no sucedió. Al fallecer la hija en un lapso de tiempo tan corto (8 horas) respecto a cuando lo hizo la persona (su padre) cuya muerte se aduce como determinante del derecho a la indemnización, no resulta razonable ni lógico que en tan escaso tiempo la pérdida del progenitor supusiera para aquella, en el estado de coma en que se encontraba, un menoscabo efectivo o real que de lugar al deber de indemnizarlo. En definitiva, la distinción entre muerte instantánea y muerte ocurrida con posterioridad, que hace

la recurrente, cuando consta probado, como es el caso, que ésta última fue debida al mismo accidente, no justifica la consecuencia jurídica que se pretende, pues el derecho indemnizatorio no opera en clave sucesoria, sino que atiende al resarcimiento de un daño real y efectivo, el cual no se produjo, no incorporándose al patrimonio de Amanda ningún derecho por tal causa que fuera susceptible de ser adquirido a su fallecimiento por su madre.

TERCERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 394 del mismo texto legal, la desestimación del recurso da lugar a que se impongan al recurrente las costas causadas.

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

#### FALLAMOS

Que debemos declarar lo siguiente:

1º.- No haber lugar al recurso de casación formulado por doña Mercedes, contra la sentencia de 10 de febrero de 2004, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid.

2º.- Imponer el pago de las costas causadas en este recurso a dicha parte recurrente.





## Comentario:

Mariano Medina Crespo

La sentencia de referencia tiene su origen en un accidente que produjo una conductora, dando lugar al fallecimiento de sus acompañantes, que eran su marido y sus tres hijas. Fallecidos instantáneamente el marido y dos de las hijas, la otra hija quedó en situación de coma, falleciendo ocho horas después. Tramitado procedimiento penal (hay que suponer que por denuncia de los perjudicados ligados a otro vehículo), la indicada conductora fue condenada como única responsable del accidente. Tras ello, la conductora promovió proceso civil contra la aseguradora de la responsabilidad civil ligada al uso de su vehículo, haciendo valer, de un lado, su condición de perjudicada por los (innegables) perjuicios que le causó la muerte de su marido y de sus hijas; y, de otro, su condición de heredera forzosa de la hija que sobrevivió por unas horas al accidente, reclamando la indemnización que le correspondía por los perjuicios que le causó la muerte de su padre. La demanda fue desestimada en las dos instancias ordinarias y, formulado por la actora recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestimó, adqui-

riendo así firmeza la sentencia recurrida. La decisión adoptada por el Alto Tribunal es escrupulosamente correcta. La demandante no podía ser indemnizada por los enormes perjuicios que ella se causó como consecuencia de la muerte de su marido y de sus tres hijas, pues el seguro de responsabilidad civil cubre la indemnización correspondiente a la responsabilidad civil en que el conductor del vehículo asegurado haya incurrido por los daños causados a terceros y, en este caso, se está ante un supuesto de autodaños. Brilla por su ausencia el requisito esencial de la alteridad (inesquivable en la relación de responsabilidad civil) al que explícitamente hace referencia la sentencia, pues no hay un “uno” (primero) que cause un perjuicio a “otro” (tercero), según resulta de cualesquiera preceptos que regulen la imputación de la responsabilidad civil, sino que hay un “uno” que se causa perjuicios a sí mismo. Por ello, no es tanto que se esté ante una exclusión legal de la cobertura del seguro obligatorio de la responsabilidad civil, sino ante un supuesto de imposibilidad intrínseca de cobertura, por inexistencia del sus-

trato constituido por la responsabilidad civil. Como muy bien dice la sentencia, el seguro obligatorio es un seguro de responsabilidad civil frente a terceros y no es un seguro de accidentes personales que opere al margen de la institución de la responsabilidad civil. Se desestimó así correctamente la pretensión de indemnización por los perjuicios que, ligados a la muerte de sus parientes, la conductora se causó. Se está en el caso ante unos perjuicios propios pero no de causación ajena, sino de propia causación. Sobre esa cuestión, me remito a las extensas consideraciones contenidas en mi obra “La valoración civil del daño corporal”, tomo 4, “El fallecimiento”, pp. 149-339. A su vez, también se desestimó la reclamación deducida por la conductora en su condición de heredera de la hija que falleció unas horas después del accidente. En este caso, el argumento era, en principio, formal-

mente impecable. Al morir esta hija después de su padre, habría ingresado en su patrimonio el crédito resarcitorio correspondiente a los perjuicios que le causó su madre por la muerte del progenitor y, al morir ella después, su madre adquirió por herencia ese crédito resarcitorio. Pero el argumento se desmonta cumplidamente al afirmar el Tribunal Supremo que, al haber quedado la hija en situación de coma, para fallecer sólo unas horas después, no llegó a sufrir los perjuicios que, de haber supervivido, le habría causado la muerte de su padre y, por lo tanto, al no ingresar en su patrimonio crédito resarcitorio alguno, no podía transmitirse por herencia a su madre. La solución adoptada por el Tribunal Supremo confirmando el criterio de las sentencias recurridas, es igualmente impecable. Sobre este supuesto, me remito también a la obra citada, pp. 868-876.



# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

**Accidente laboral. No se aplica la doctrina del riesgo. Imputación objetiva del resultado dañoso a la actuación de los demandados. Competencia de la Jurisdicción Civil en aquellos casos en que han sido demandadas otras personas distintas de la empresa contratante del trabajador lesionado, y aun habiéndose "producido un incumplimiento del contrato de trabajo"**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 23 abril de 2009.*

*Ponente: Excm. Sra. Doña Encarnación Roca Trias.*

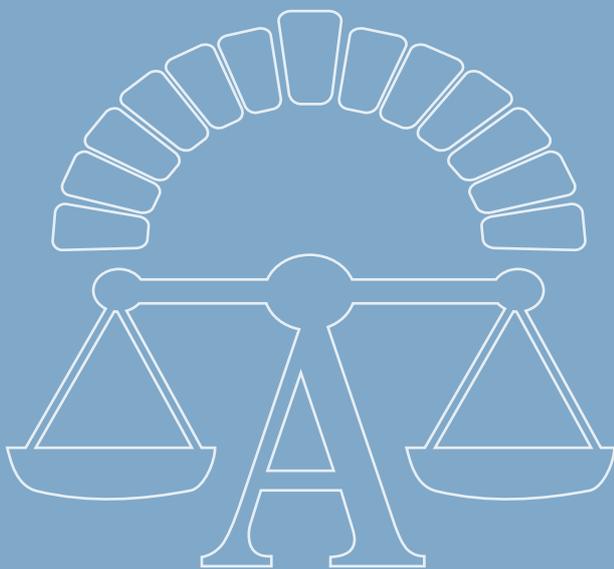
### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos.

1º D. Ernesto se encontraba trabajando para la empresa REDEM, Soc. Coop., en las obras de construcción del nuevo ambulatorio de Osakidetza (Servicio vasco de Salud) en Bilbao. El 29 de marzo de 1994, cuando iba a retirar unos materiales situados en una plataforma de la obra, ésta se hundió, produciendo graves lesiones al trabajador.

El trabajador lesionado demandó a:

Tribunal  
Supremo



– REDEM, Sociedad cooperativa limitada, subcontratista y su empleadora, así como a la aseguradora de ésta MAPFRE NORTE, Compañía de Seguros Generales y Reaseguros, S.A., por no revisar la plataforma.

– ONDARRA, S.A., contratista de la obra, constructora de la plataforma siniestrada, y a su aseguradora MAPFRE.

– D. Ernesto, aparejador, proyectista y director del plan de seguridad en la obra y su aseguradora MUSAAT, por no dirigir la ejecución de la plataforma, ni controlarla después de haber sido construida.

– D. Pedro Miguel y D. Avelino, arquitectos superiores, proyectistas y directores de la obra y su aseguradora ASEMAS, por no controlar la citada plataforma.

– AURORA POLAR, aseguradora de Osakidetza, dueña de la obra, ejercitándose contra dicha aseguradora la acción directa.

2º Los demandados contestaron de forma independiente y alegaron la falta de responsabilidad y la culpa del propio trabajador accidentado. Los demandados REDEM y su aseguradora y AURORA POLAR, alegaron, además, la incompetencia de la jurisdicción civil. ONDARRA y su aseguradora alegaron la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a la dueña de la obra, Osakidetza.

3º A la vista de las pruebas practicadas y después de rechazar las excepciones planteadas, la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Bilbao, de 19 julio 2001, estimó la demanda y condenó a todos los demandados de forma conjunta y solidaria a pagar al actor la cantidad de 292.624.762 Ptas. (1.758.710,24 euros). AURORA POLAR interesó aclaración de la sentencia, dictándose auto el 14 de diciembre de 2001, en el que se declaró que dicha condenada "deberá responder de aquellas cantida-

des hasta la suma declarada en sentencia no cubiertas por los contratistas y subcontratistas y sus respectivas aseguradoras".

4º Todos los demandados condenados apelaron la sentencia. La sentencia de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 4 diciembre 2002, anuló de oficio el auto aclaratorio por considerar que había producido una modificación de la sentencia y confirmó la apelada. Rechazó la excepción de incompetencia de jurisdicción. Se van a resumir a continuación los argumentos utilizados en la sentencia recurrida para imponer la obligación de responder a cada uno de los demandados, por su importancia en los respectivos recursos de casación.

a) Por lo que respecta a REDEM, se considera probado que no se supervisó "la estructura auxiliar que iba a ser utilizada por sus operarios", que había sido instalada por otra empresa, la code mandada ONDARRA, S.A. Ha quedado acreditado que no se supervisó ni comprobó la plataforma que se iba a utilizar durante la descarga del material para la realización de los trabajos, "lo que supone una omisión flagrante de las responsabilidades que la empresa REDEM, S.C.L. tiene hacia sus trabajadores de facilitarse las condiciones adecuadas para desarrollar con plena seguridad las tareas encomendadas".

b) La empresa ONDARRA, S.A. era la contratista principal, que realizó el plan de seguridad e higiene y construyó la plataforma. Ello lo hizo sin proyecto y sin plan de seguridad, no supervisó el mantenimiento y no limitó los usos para los que fue concebida. "Teniendo a su cargo el correcto uso de los elementos auxiliares [...] no despliega la mínima actuación tendente a una utilización adecuada al propio plan de seguridad, ni por parte de sus operarios, ni por parte de las subcontratas por ella misma elegidas" y no ha probado que lo revisara, ni que limitara la carga que podía soportar y son sus propios operarios los que la sobrecargan.



c) El arquitecto técnico Sr. Teodosio, proyectista del Plan de seguridad, una vez instalada la plataforma no la supervisó, no consta que indicase las limitaciones de la carga, no limitó los usos y no conoció, a pesar de sus frecuentes visitas a la obra, que se habían eliminado los puntales centrales de dicha plataforma.

d) Los arquitectos superiores Sres. Pedro Miguel y Avelino tenían como cometido supervisar la ejecución de la obra proyectada, no pudiendo excusar su actuación diciendo que a ellos no incumbía la seguridad, porque "la plataforma es un elemento fundamental, como elemento auxiliar tendente a la adecuada realización de la obra proyectada, y como tal, está bajo la supervisión de los arquitectos superiores, directores éstos últimos de todos los elementos que intervienen en la obra".

e) OSAKIDETZA era el dueño de la obra que como promotor no delegó totalmente el control a su personal, sino que "a través de sus servicios técnicos posee la suficiente calificación para reajustar elementos" "e incluso se reserva la facultad de tomar el control total de las obras".

En consecuencia, la sentencia recurrida concluye que "Queda pues establecida la responsabilidad de todos los agentes, Redem, S. C.L., Ondarra, S.A., arquitecto técnico [...], arquitectos superiores, [...], y Osakidetza, cada uno en su propia actuación concreta y negligente, o bien derivada de la responsabilidad por el riesgo que generaron al no obrar diligentemente poniendo todos los medios para evitar el daño causado, debemos considerar esta responsabilidad como solidaria entre todos ellos, [...] al no ser posible una individualización o cuantificación posible de sus actuaciones u omisiones, y ello frente al demandante y sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan entablarse entre los distintos condenados o intervinientes en vía procesal que proceda". Por lo que respecta a la culpa del trabajador accidentado, la sentencia

recurrida dice tajantemente que "[...] no puede afirmarse que Don. Ernesto permitiera un exceso de carga en la plataforma –es un simple peón que lleva dos días trabajando en la obra–, ni que fuera él quien ubicara la carga de forma desigual sobre la superficie de aquella, estimándose probado que se estibaba la carga de esa manera habitualmente por parte de la grúa que manejaba un empleado de Ondarra, S.A., siendo la supresión de los puntales centrales de la plataforma lo que provocó el derrumbe de la misma, información que el Sr. Ernesto no podía conocer, ya que era su segundo día de trabajo en la obra, y al parecer era desconocido por casi todo el mundo según alegan cada una de las partes apelantes. Carece de trascendencia el hecho de que [...] portase casco en ese momento, cuestión no suficientemente aclarada, al igual que la no utilización del pertinente cinturón o arnés de seguridad, pues tal y como explica la sentencia del tribunal de instancia, la largura que debería haberse utilizado, 6 metros aproximadamente, de ningún modo hubiese evitado, ni el desplome de la plataforma ni la caída de este sobre el suelo el desplome se produce desde 3,2 metros únicamente, que fue la causa de las lesiones que padece".

5º Todos los condenados presentan recurso de casación. El auto de esta Sala de 13 noviembre 2007 acordó lo siguiente: 1º No admitir el motivo tercero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Teodosio y MUSAAT. 2º No admitir el motivo cuarto del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de MAPFRE INDUSTRIAL S.A y la mercantil ONDARRA S.A. 3º No admitir el motivo cuarto interpuesto por la representación procesal de D. Pedro Miguel, D. Avelino y ASEMAS. 4º No admitir el motivo cuarto del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de REDEM S. C.L. y MAPFRE SEGUROS GENERALES. 5º Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal de REDEM S.C.L. y MAPFRE SEGUROS GENERALES, así como el resto de los motivos de su recurso de casación. 6º Admitir el recurso de

casación y el extraordinario por infracción procesal de AURORA POLAR.

SEGUNDO. Antes de entrar a examinar los diversos recursos de casación presentados, debe examinar esta Sala la excepción de falta de jurisdicción alegada por los recurrentes REDEM y MAPFRE SEGUROS GENERALES, que configura el motivo primero y único de su recurso por infracción procesal, en el que denuncian la contravención de las normas sobre jurisdicción y competencia y concretamente, el Art. 9.5 LOPJ, el Art. 2,a) de la Ley de Procedimiento laboral y los Arts. 36 y ss LEC. Señalan ambas recurrentes que debe decidirse si se ha producido una violación de las normas de cuidado ajenas a cualquier vínculo contractual o por el contrario significan una violación del contenido del contrato de trabajo y de la obligación de seguridad del empresario, de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores.

El motivo no se estima.

Es cierto que la sentencia del pleno de esta Sala de 15 enero 2008, fijó la doctrina, de acuerdo con la que [...]. "En virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social", doctrina seguida por las sentencias de 19 febrero 2008 y por las de 17 noviembre (en recursos 386/2001 y 133/2001) y 12 y 15 diciembre 2008, en los que se ha declarado la incompetencia en reclamaciones por accidentes laborales. Sin embargo, la propia sentencia de 15 enero 2008 señala que en aquellos casos en que han sido demandadas otras personas distintas de la empresa contratante del trabajador lesionado, y aun habiéndose "producido un incumplimiento del contrato de trabajo", "[...] debe descartarse la declaración de exceso de jurisdicción, y en virtud de la vis atractiva de la jurisdicción civil establecida en el artículo 9.2 LOPJ, debe declararse la competencia de esta jurisdicción para conocer de la acción de responsabilidad inter-

puesta por la demandante por la muerte de su hijo. Al no poder dividirse la causa, esta vis atractiva afectará también a aquellas demandadas [...], que ostentaban una relación laboral con el trabajador fallecido". Esta es la doctrina que debe aplicarse al presente recurso al haber sido demandadas la aseguradora de la dueña de la obra, los técnicos, arquitectos y aparejador, así como la empresa que colocó en su día la plataforma, cuyo colapso causó las lesiones al demandante. Por ello se declara la competencia de esta jurisdicción.

TERCERO. Los recursos de REDEM, S.C.L. y MAPFRE, SEGUROS GENERALES, S.A.; de ONDARRA, S.A. y MAPFRE NORTE, Compañía de Seguros Generales y Reaseguros, S.A.; de D. Teodosio y MUSAAT, Mutua de Seguros para Aparejadores y Arquitectos Técnicos a Prima Fija, y de ONDARRA, S.A. y MAPFRE NORTE, Compañía de Seguros Generales y Reaseguros, S.A. coinciden en dos series de argumentos: la primera referida a la concurrencia de negligencia en la actuación de cada uno de los recurridos, así como en la existencia de culpa del propio accidentado y la segunda, en la conveniencia o no de aplicar el Art. 20 LCS con respecto a los intereses impuestos a las aseguradoras. Por esta razón, después de efectuar un resumen de los motivos específicos de cada recurso, se van a responder de forma conjunta.

a) Recurso de D. Teodosio y MUSAAT. Presentaron recurso de casación, admitiéndose los motivos primero y segundo e inadmitiéndose el motivo tercero. En el primer motivo se alega la inaplicación de los Arts. 1902 y 1104 CC, discutiéndose si hubo o no negligencia por parte del arquitecto técnico recurrente. Se señala que de acuerdo con el Art. 1104 CC, la diligencia exigible es la que corresponde a las circunstancias que exijan la naturaleza de la obligación, según las personas, el tiempo y el lugar. La causa del siniestro fue la supresión de los puntales centrales de la plataforma cuya caída ocasionó el accidente y se entiende que el recurrente Sr. Teodosio



no pudo observar ni prever dicha situación, por lo que no puede ser imputado; considera asimismo que no se produce la causalidad adecuada, ya que no son suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos.

b) Recurso de REDEM, S.C.L. y MAPFRE, Seguros Generales, S.A. El recurso de casación formulado por estas recurrentes al amparo del Art. 477.1 LEC, estaba dividido en cuatro motivos, de los que esta Sala ha admitido los tres primeros.

El primer motivo denuncia la indebida aplicación de los Arts. 1902 y 1903 CC, en relación con los Arts. 1104 y 1105 CC y la jurisprudencia que los interpreta. Dicen las recurrentes que la sentencia recurrida aplica una presunción iuris tantum de culpa de todos los agentes, al entender que se trata de un supuesto de responsabilidad por riesgo que ocasiona una imputación cuasi-objetiva, con inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia exigida. Señala que debe exigirse la acreditación de una conducta culposa del empresario cuando se demanda una indemnización por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, por lo que en un análisis basado en la teoría subjetiva de la culpa y de la causalidad, la conducta de REDEM no generaría ningún tipo de responsabilidad, contrariamente a lo decidido en la sentencia recurrida. Debe tenerse en cuenta también que la autoridad laboral no apreció incumplimiento del empresario al considerar que se trataba de un hecho totalmente ajeno a REDEM, que, además, no tenía la obligación de supervisar la plataforma. Si además, la caída se produjo por una sobrecarga, no se puede atribuir ninguna responsabilidad a REDEM, ni a su encargado, porque era de uso común al conjunto de los trabajadores de la obra y la coordinación de todos los gremios intervinientes era función del contratista. El segundo motivo de este recurso denuncia la violación por incorrecta aplicación, de los Arts. 1902 y 1903 CC. Este motivo

está planteado con carácter subsidiario al anterior y pretende la disminución de la cuantía de la indemnización, sobre la base de que tiene lugar una concurrencia de indemnizaciones con lo ya percibido por el trabajador lesionado como cotizante en la Seguridad social, porque entiende que aun siendo compatibles las indemnizaciones, no son acumulables, sino que deben ser "contempladas unitariamente para no rebasar en ningún caso el límite del daño objeto de la indemnización".

c) Recurso de ONDARRA, S.A. Y MAPFRE NORTE, Compañía de Seguros Generales y Reaseguros, S.A. Los tres motivos admitidos del recurso de casación interpuesto por estas recurrentes se presentan al amparo del Art. 479 LEC. El primero denuncia que la sentencia recurrida incurre en infracción del Art. 1902 CC. Atribuye las razones del accidente a la propia víctima, porque solicitaba los materiales y era quien libremente distribuía los pesos en la plataforma. El segundo motivo achaca a la sentencia recurrida la infracción del Art. 1103 CC y considera que la conducta del trabajador que sufrió el accidente fue determinante porque: 1) al ser cooperativista de REDEM, asumía la obligación de garantizar para sí y los demás trabajadores el cumplimiento de las medidas de seguridad; 2) efectuaba la distribución de los materiales sobre la plataforma y pedía la nueva remesa, y 3) no utilizaba ningún medio de seguridad personal. Por ello entienden las recurrentes que quedaba acreditado que su conducta interfirió de forma definitiva en el nexo causal, debiendo atenderse a la concurrencia de culpas.

d) Recurso de D. Pedro Miguel, D. Avelino y ASEMAS. El primero de los motivos alega la infracción del Art. 1902 y siguientes en relación con el Art. 1103 y siguientes CC. En la argumentación de este motivo se pretende que la víctima del accidente tuvo culpa exclusiva en el "accidente laboral" acaecido y que su actuación ha de suponer la apreciación del principio de concurrencia de culpas y de acuerdo con el Art. 1103 CC, la moderación "en gran medida de

la cuota de responsabilidad que pudiera declararse de alguno de los demandados". El segundo motivo denuncia la infracción del Art. 1902 en relación con el Art. 1104 CC y con las normas que rigen las competencias profesionales de los arquitectos superiores y en especial, con el RD 555/1986, modificado por el RD 84/1990. Entienden que debe concretarse cuál debe ser la diligencia que debe exigirse a los arquitectos superiores en una obra en construcción, en relación a la protección de la seguridad de los trabajadores que en ella intervienen; aunque la jurisprudencia ha venido manteniendo una línea de aumento del nivel de exigencia, que debe estar en relación con la formación y capacitación del responsable y con los medios preventivos de que disponía, sin embargo, en el accidente no tuvo nada que ver el plan redactado por los arquitectos. Después de analizar diversas sentencias de esta Sala, resumen su motivo diciendo que "es evidente que la sentencia de instancia incurre en un error al analizar y discernir las respectivas atribuciones, facultades y obligaciones que correspondían a cada uno de los demandados en relación con la vigilancia de la seguridad y salud de los trabajadores, la prevención de riesgos y la supervisión y el control de los medios auxiliares de la obra [...] y que esta obligación correspondía "a la empresa para la que trabajaba el actor, a la contratista principal y, en último término, a la promotora", de acuerdo con la Ordenanza general de Seguridad e Higiene en el Trabajo y en la Ordenanza Laboral de la construcción, vigentes en el momento de producirse el accidente.

CUARTO. En este fundamento se van a examinar conjuntamente los argumentos vertidos por los recurrentes en relación a la existencia de culpa o negligencia por su parte y de la concurrencia de culpa del propio actor lesionado.

Todos los motivos de las recurrentes expresadas en el anterior Fundamento tienen un punto de partida erróneo desde el punto de vista casacional: intentar destruir la prueba producida que ha dado lugar a las conclusiones de la Sala de instancia en

la sentencia ahora recurrida, por sus propias apreciaciones. Efectivamente, todos los recursos hacen en este punto supuesto de la cuestión, porque para evitar la responsabilidad, parten de hechos distintos de los que se han considerado probados. En este sentido:

1º No es admisible repetir la tesis de la concurrencia de la culpa de la víctima sobre la base de las meras opiniones de los recurrentes. No ha quedado probado que el demandante recurrido hubiera participado en la producción de su propio daño, por lo que el recurso de los Sres. Pedro Miguel y Avelino, y de ONDARRA, S.A., con sus respectivas aseguradoras, incurren claramente en el defecto antes señalado, porque pretenden que esta Sala acepte sus planteamientos en torno a la prueba producida, intentando desvirtuar las conclusiones de la Sala sentenciadora y pretendiendo convertir el recurso de casación en una tercera instancia (ver STS de 30 mayo 2008, y las allí citadas). La sentencia recurrida se detiene en el examen de esta cuestión y concluye que no se ha probado que el trabajador accidentado permitiera un exceso de carga, ni que fuera quien la ubicara en la plataforma, "siendo la supresión de los puntales centrales de la plataforma, lo que provocó el derrumbe de la misma" y señala también que carece de trascendencia que el trabajador lesionado portase casco, o estuviese sujeto con el cinturón porque la largura del cinturón que debería haberse utilizado, 6 metros, no impedía la caída, en una plataforma que estaba elevada 3,2 metros. La valoración de la prueba efectuada en dicha sentencia no ha sido impugnada por la vía adecuada, por lo que no resulta estimable las diferentes argumentaciones de los diversos recurrentes.

2º La doctrina del riesgo como criterio de imputación ha sido claramente aplicada de forma restringida por la jurisprudencia de esta Sala que señala que "el riesgo, por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos. 1902 y 1903 CC" (STS



de 2 julio 2008, entre muchas otras), a no ser que se trate de "riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole" (SSTS de 22 febrero 2007 y las allí citadas, así como las de 3 de mayo de 2007, 2 marzo 2006 y 16 febrero 2009). Ninguno de los supuestos acontece en el caso enjuiciado, por lo que no es posible aplicar la doctrina del riesgo, ni ello ha ocurrido en la sentencia recurrida.

3º Con relación a la causalidad, se observa en los argumentos utilizados por los distintos recurrentes una línea común que llevaría a excluir la relación de causalidad entre su actuación y el resultado. Dejando aparte que, como ya se ha dicho, los recurrentes incurrir en el vicio procesal de hacer supuesto de la cuestión, bueno es recordar la doctrina de la Sala en relación a la causalidad. Como afirma la sentencia de 28 julio 2008, existen casos en que "[...] si bien concurre la causalidad física o material, [...], sin embargo no hay base alguna, en un juicio de causalidad jurídica, para atribuir participación o contribución causal de ningún tipo a la empresa titular del ferrocarril". La Sala ha aceptado así la denominada "imputación objetiva" en la que no se busca si uno de los elementos de la relación es la causa del resultado, sino si la conducta que se pretende sea la causa, es suficientemente relevante para la producción del daño por el que se reclama, de acuerdo con el criterio de la "adecuación" (SSTS de 6 septiembre 2005, 10 febrero y 12 diciembre 2006, así como otras posteriores). En este caso, se cumplen los requisitos que esta Sala ha atribuido a la causalidad jurídica o imputación objetiva.

4º No es aceptable tampoco la alegación formulada por REDEM, S.C.L. en relación con la incorrecta aplicación de los Arts. 1902 y 1903 CC en que pretenden la disminución de la cuantía indemnizatoria. Dejando aparte el tema de la compatibilidad o no de las indemnizaciones que se adeudan como



consecuencia de la concurrencia de la culpa del empresario en la producción del daño (Ver STS 24 julio 2008), debe señalarse que esta cuestión aparece por primera vez en el recurso de casación y que no se contiene en la contestación a la demanda. Por tanto, en aplicación del principio que prohíbe la mutación de los términos de la litis, debe desecharse este motivo por tratarse de una cuestión nueva.

En definitiva la sentencia recurrida analiza las diferentes contribuciones de la conducta de los code mandados en el daño finalmente producido y éstos



pretenden que ha quedado probado lo contrario; al no poder esta Sala entrar a examinar de nuevo la prueba, porque el recurso de casación no es una tercera instancia, deben rechazarse los motivos de los recursos de casación resumidos en el Fundamento Tercero de esta sentencia.

QUINTO. Se van a resumir a continuación los siguientes motivos de los recursos que se están examinando conjuntamente, dada la identidad en las disposiciones cuya violación se pretende producida y los argumentos utilizados.

a) El motivo segundo del recurso presentado por D. Teodosio y su aseguradora MUSAAT alega la infracción de la doctrina de esta Sala en relación a la interpretación del Art. 20 LCS y concretamente, de las sentencias de 9 marzo 2000, 10 noviembre 1997, y 20 enero 1995, porque a juicio de los recurrentes, la sentencia obvia el hecho de que la causa del siniestro y la imputación a cada uno de los intervinientes ha sido siempre un hecho controvertido, teniendo en cuenta, además, que la plataforma era un elemento auxiliar de la obra, que no requiere supervisión técnica y que su caída fue originada por mala manipulación y utilización defectuosa de la misma.

b) El tercer motivo, que presenta con carácter subsidiario el recurso de REDEM, S. C.L. y MAPFRE, Seguros generales, S.A., denuncia la indebida aplicación del Art. 20 LCS, en la redacción de 1995, vigente en el momento del accidente. Se dice que era prácticamente inevitable acudir a la vía judicial para determinar las indemnizaciones y, además, se había exonerado al asegurado en la vía laboral, al no imputarle las autoridades laborales el incumplimiento de sus obligaciones como empleador.

c) El tercer motivo del recurso presentado por ONDARRA, S.A. y su aseguradora MAPFRE INDUSTRIAL, S.A.S. denuncia la interpretación contraria a la doctrina de esta Sala, que cita, del Art. 20 LCS, porque la causa del siniestro debió ser determinada por la sentencia, igual que la participación de cada uno de los demandados y la cantidad a abonar en concepto de indemnización.

d) El tercer motivo del recurso presentado por D. Pedro Miguel, D. Avelino y su aseguradora ASEMAS, alega la infracción del Art. 20 LCS, entendiendo que no puede aplicarse la redacción de 1995, por la modificación operada por la Ley 30/1995, de 8 noviembre, porque el accidente se produjo en 1994; porque se trata de un accidente laboral y no de un accidente de tráfico, porque la obligación de indemnizar no era evidente, ni siquiera cierta, lo que



obligó al perjudicado a interponer diversas acciones, entre ellas un procedimiento penal, en el que resultaron absueltos y además, debe aplicarse el principio *in illiquidis non fit mora*.

Estos motivos se desestiman.

La imposición de los intereses del Art. 20 LCS tiene un carácter sancionatorio, para evitar que se utilice el proceso "[c]omo maniobra dilatoria para retrasar el cumplimiento de la obligación correspondiente [...]" (SSTS de 2 y 27 marzo 2006) y además, debe tenerse en cuenta que la aplicación concreta de las causas de exoneración del pago de los intereses entendidos en el sentido expresado anteriormente, tiene un componente casuístico indudable (SSTS de 16 marzo 2004, 2 marzo 2006). Por ello, esta Sala aplica el criterio según el cual el pago de los intereses del Art. 20 LCS queda restringido al caso de que la aseguradora no hubiese pagado la indemnización correspondiente por causa que no esté justificada o que no le sea imputable.

Para determinar si nos encontramos o no ante una causa de exclusión de la mora, la sentencia de 29 de noviembre de 2005, aplicada por la de 22 octubre 2008, propone examinar si concurre alguna de las circunstancias que señala, método que se va a utilizar también en el presente recurso:

a) "Cuando la determinación de la causa del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, en especial cuando es discutible la existencia o realidad del siniestro, como sucede cuando no se han determinado sus causas y esto es determinante de la indemnización o de su cuantía, y cuando exista discusión entre las partes, no sobre el importe exacto de la indemnización, sino sobre la procedencia o no de cubrir el siniestro". En el presente recurso la existencia del siniestro era obvia y nunca se discutió; las causas también estaban determinadas, y tampoco discutieron las aseguradoras acerca de las mismas. De este modo, este primer

test no permitiría aplicar en este caso concreto la exclusión pedida.

b) La segunda forma de determinar si existe o no causa de exclusión se produce "cuando junto a la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional competente para la determinación de la causa, culposa o no, de la producción del siniestro, sea necesaria la decisión judicial para la fijación exacta de la cantidad que debe abonar el asegurador por la vía de indemnización ante las discrepancias existentes entre las partes". En este test, la propia sentencia de 29 noviembre 2005 señala que si bien la Sala ha venido aplicando la regla *in illiquidis non fit mora*, una "relativamente reciente doctrina jurisprudencial introduce importantes matizaciones en su aplicación" sobre la base de que la sentencia "no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que tiene un carácter meramente declarativo". En el caso presente no se produce la incertidumbre respecto de las causas del siniestro, ni, por consiguiente no concurrió ninguna dificultad para determinar la procedencia de la indemnización.

Para excluir la mora se requiere, por tanto, que exista un motivo razonable de excusabilidad, que no se produce en este caso, porque las aseguradoras recurrentes hubieran podido evitar las consecuencias de la mora consignando el importe mínimo establecido en el artículo 18 LCS, lo que no realizaron. Lo anterior nos lleva a concluir que la condena al pago de los intereses es una consecuencia de su propia conducta, de modo que conociendo el siniestro, no se preocuparon de tener una actitud diligente para evitar el pago de los intereses a los que ahora han resultado condenados (sentencia de 14 julio 2008, así como las de 17 septiembre, 10 octubre, 29 octubre y 10 noviembre 2008, entre las más recientes), y tampoco se aprecia que se haya aplicado la nueva redacción del art. 20, conforme a la Ley 1995.

SEXTO. AURORA POLAR (ahora AXA AURORA IBÉRICA) fue demandada porque el actor ejerció

contra ella la acción directa al ser la aseguradora del Servicio Vasco de Salud, OSAKIDETZA, promotora y dueña de la obra, a quien no demandó. La aseguradora presenta ahora un recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que se examinarán a continuación.

A) Recurso extraordinario por infracción procesal de AXA AURORA IBÉRICA, S.A.

SÉPTIMO. El primer motivo del recurso por infracción procesal de esta recurrente denuncia la infracción del Art. 267.1 LOPJ, que permite que los jueces aclaren conceptos oscuros o suplan cualquier omisión que contengan las sentencias. En el presente recurso, se señala que la sentencia de 1ª instancia dictó un auto aclaratorio, que ha sido declarado nulo de oficio por la Sala sentenciadora en la sentencia recurrida, por considerar que dicho auto modificaba la sentencia dictada en 1ª Instancia el 19 de julio de 2001 y al efectuarlo, la Audiencia ha infringido el Art. 267.1 LOPJ, al haber negado la posibilidad de aclaración.

Este motivo se va a examinar conjuntamente con el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por esta misma recurrente. Entiende que la sentencia recurrida ha vulnerado el Art. 20 CE, al haber provocado indefensión, por no haber entrado en el fondo de la cláusula delimitadora de la cobertura del seguro en los supuestos de trabajos realizados para el asegurado, ya que esta cuestión no se había planteado en el recurso de apelación, como consecuencia del citado auto aclaratorio.

Ambos motivos se desestiman.

No se va a repetir aquí, por sabida, la doctrina de esta Sala sobre la indefensión. Baste señalar, a los efectos argumentativos de este recurso, que existe cuando se produce una limitación no imputable al justiciable de cualquier medio legítimo de defensa, de

modo que produzca la falta de la plena contradicción (SSTC 101/2001 y 143/2001, entre muchas otras).

Aplicando esta doctrina al recurso de casación por infracción procesal, debe negarse que en este caso se haya producido indefensión de la parte recurrente. Efectivamente, al integrarse la sentencia de 1ª Instancia con el auto de aclaración, AURORA POLAR no tenía ningún interés en apelar esta parte de la sentencia; al anular de oficio la sentencia recurrida dicho auto, resurgió el fallo originario de la sentencia de 1ª Instancia y AURORA POLAR perdió la oportunidad de apelar, pero a pesar de ello, no se produjo la indefensión alegada porque la admisión a trámite de su recurso de casación, permite, sin que ello suponga entrar a tratar una cuestión nueva no planteada en apelación, juzgar sobre la corrección o incorrección jurídica del fallo originario, que en definitiva, es el confirmado en la sentencia recurrida. Por eso, el recurso extraordinario por infracción procesal acaba siendo irrelevante porque el medio de reparar la indefensión de esta recurrente no sería ya la nulidad de actuaciones, sino el examen de los motivos del recurso de casación. Por tanto no ha tenido lugar la indefensión alegada y no puede aceptarse el presente recurso por infracción procesal.

B) Recurso de casación de AXA AURORA IBÉRICA, S.A.

OCTAVO. Se van a examinar en primer lugar los motivos cuarto y quinto del recurso presentado por AXA AURORA POLAR IBÉRICA, S.A.

En el motivo cuarto, se denuncia la infracción, por violación, del Art. 73 LCS, en relación con el Art. 1 LCS. Señala que AURORA POLAR, S.A. (ahora AXA AURORA IBÉRICA, S.A.), no pudo alegar en la segunda instancia los argumentos necesarios para defender las cláusulas de la póliza, que recogían la delimitación de la cobertura del seguro en el supuesto de trabajos realizados para el asegurado, por contratistas, subcontratistas y adjudicatarios. Al haber



tenido en cuenta la sentencia recurrida el límite de cobertura establecido en la póliza, no había ninguna razón para ignorar que la cláusula exigía que la reclamación al asegurado o al asegurador se efectuase dentro del periodo de vigencia de la póliza, y, por el contrario, ha considerado que bastaba para que el siniestro quedase comprendido dentro del ámbito de cobertura temporal, sin haberse cumplido el requisito pactado de que la reclamación se hubiese practicado en la persona del asegurado o del asegurador dentro del periodo de vigencia. Ello ha producido indefensión a la recurrente.

El motivo quinto denuncia la infracción, por violación del Art. 76 LCS, en relación con el Art. 73 y el Art. 1, ambos de la Ley de Contrato de seguro. La sentencia declara que no son oponibles a terceros las cláusulas y relaciones entre la aseguradora y el tomador del seguro; sin embargo, la acción directa del Art. 76 LCS tiene su fundamento en el propio contrato por lo que su contenido puede hacerse valer frente al asegurado y así, en el seguro de responsabilidad civil, la regla general es que la obligación del asegurador viene determinada frente a terceros por la cobertura del asegurado. Las cláusulas aceptadas por la Administración pública asegurada constituyen el contenido del contrato, de modo que son una excepción que el asegurador puede oponer al perjudicado, por lo que la acción directa queda excluida, ya que éste no puede alegar un derecho al margen del propio contrato.

Los motivos cuarto y quinto se estiman.

Tal como ha venido definido en el Art. 76 LCS, la acción directa contra el asegurador de quien presuntamente ha causado el daño, constituye un derecho del perjudicado para exigirle el cumplimiento de la obligación nacida en cabeza del asegurado y ello para evitar el circuito de acciones a que llevaría la necesidad de reclamar en primer lugar al causante-asegurado, para que éste reclamase a su aseguradora, una vez hubiese pagado la correspondiente

indemnización. Se trata, por tanto, de un derecho propio del tercero perjudicado frente al asegurador, reconocido en el seguro de responsabilidad civil, tal como está regulado en el actual Art. 76 LCS. Tal como se ha señalado en esta Sala, es necesario que el daño "[...] tenga su origen en un hecho previsto en el contrato de seguro. Porque es presupuesto de la obligación del asegurador que se verifique el evento dañoso delimitado en el contrato" (STS de 20 diciembre 2005 y las allí citadas, así como las de 10 mayo y 14 diciembre 2006).

El Art. 76 LCS establece que si bien la acción directa es inmune a las excepciones que el asegurador pueda oponer al asegurado, frente a la reclamación pueden oponerse las denominadas "excepciones impropias", es decir, aquellos hechos impositivos objetivos, que deriven de la ley o de la voluntad de las partes, tal como señala la sentencia de 22 noviembre 2006, entre otras. Por tanto, el asegurador podrá oponer frente al tercero que ejercite la acción directa, todas aquellas condiciones establecidas en el contrato y relativas a su contenido, que podría haber opuesto frente a su asegurado en el caso de que éste fuera quien hubiese reclamado.

La cláusula relativa al período de cobertura establecía lo siguiente: "modificando en lo preciso las condiciones generales impresas, quedan cubiertas las reclamaciones presentadas al asegurado, o al asegurador en el ejercicio de la acción directa, durante el período de vigencia de la póliza, que se deriven de siniestros ocurridos a partir de 1 de marzo de 1989". Además, para el caso de no renovación de la póliza o de su vencimiento, se estableció un período de doce meses a partir de la fecha de vencimiento, para la reclamación de siniestros producidos durante la cobertura de la póliza hasta el vencimiento.

Para resolver la reclamación de AXA-AURORA IBÉRICA, S.A. se requiere fijar las fechas en que han acontecido los hechos con la finalidad de determinar si AXA podía o no oponer al demandante ahora re-

currido las excepciones que señala: a) el accidente tuvo lugar el 29 de marzo de 1994, por tanto, dentro del período de vigencia de la póliza, b) la póliza estuvo vigente hasta el 1 de marzo de 1996, por lo que teniendo en cuenta el período de doce meses establecido en las condiciones a que se ha hecho referencia, la reclamación debería haberse presentado antes de 1 de marzo de 1997 y c) la demanda se presentó el día 14 de mayo de 1999.

Existía, por tanto, una delimitación del período temporal de cobertura, que las partes podían pactar en virtud de lo establecido en el Art. 73 LCS, que les afecta y que nadie ha impugnado. En consecuencia, afecta también a los que ejerciten la acción directa. Como afirma la sentencia de 4 de junio de 2008, "En conclusión nos hallamos ante unas cláusulas delimitadoras del riesgo, que definen de forma clara el siniestro que dará lugar a la reclamación y además, determinan el período temporal de la cobertura, que se identifica en tiempo de vigencia del contrato, dentro del que debe haberse efectuado la reclamación que obliga al asegurado a indemnizar al perjudicado, [...]".

Al no haberse podido oponer dichas cláusulas por la aseguradora, se ha vulnerado la norma del Art. 76 LCS, porque es cierto que dicha aseguradora es responsable si su asegurado lo es, pero siempre de acuerdo con las condiciones pactadas en el contrato.

NOVENO. La estimación de los motivos cuarto y quinto del recurso de AXA AURORA IBERICA, S.A. exime a esta Sala de entrar en el examen de los otros motivos de su recurso, que se refieren, el primero, a la infracción del Art. 1902 CC y del Art. 134 del Reglamento General de contratación del Estado, D 3410/1975, de 2 noviembre, que insiste en que la aseguradora podría haber utilizado las defensas jurídicas que correspondían a su asegurada; el segundo, que denuncia la violación de los Arts. 1902 y 1104 CC, porque la asegurada tenía sólo la facultad,

pero no la obligación de supervisar a sus arquitectos; el tercero, que denuncia la violación del Art. 73 LCS, porque no se ha tenido en cuenta lo acordado entre la asegurada, OSAKIDETZA, es decir la administración sanitaria del País Vasco y la aseguradora, sobre la cobertura temporal del seguro, y el sexto, que señala la infracción del Art. 20 LCS, que al haber sido estimado su recurso en lo principal, carecen de razón de ser.

DÉCIMO. La estimación de los motivos cuarto y quinto del recurso de casación presentado por la recurrente AXA AURORA IBÉRICA S.A. contra la sentencia pronunciada por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 4 diciembre 2002 implica la de su recurso de casación y la anulación en esta parte de la sentencia recurrida. En consecuencia, procede dictar sentencia absolviendo a dicha recurrente de la demanda presentada frente a ella por D. Ernesto, imponiéndole las costas causadas en la primera instancia con respecto a esta recurrente.

La no estimación de los motivos de recursos presentados por REDEM, Sociedad cooperativa limitada; ONDARRA, S.A.; MAPFRE NORTE, Compañía de Seguros Generales y Reaseguros, S.A.; D. Teodosio; MUSAAT, Mutua de Seguros para Aparejadores y Arquitectos Técnicos a Prima Fija; D. Pedro Miguel, D. Avelino y ASEMAS, Asociación de Seguros Mutuos de Arquitectos Superiores determina la desestimación de los respectivos recursos de casación.

DÉCIMO PRIMERO. La estimación del recurso de casación presentado por AXA AURORA IBÉRICA, S.A. determina la no imposición de las costas de su recurso, de acuerdo con lo establecido en el Art. 398.2 LEC .

La desestimación de los recursos de casación presentados por REDEM, Sociedad cooperativa limitada; ONDARRA, S.A.; MAPFRE NORTE, Compañía de Seguros Generales y Reaseguros, S.A.; D. Teodosio; MUSAAT, Mutua de Seguros para Aparejadores y



Arquitectos Técnicos a Prima Fija; D. Pedro Miguel, D. Avelino y ASEMAS, Asociación de Seguros Mutuos de Arquitectos Superiores determina la imposición de las costas, de acuerdo con lo dispuesto en el propio Art. 398.2 LEC .

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

## FALLAMOS

1º Ha lugar al recurso de casación instado por la representación procesal de AXA AURORA IBÉRICA, S.A. contra la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de cuatro de diciembre de dos mil dos, dictada en el rollo de apelación nº 199/02.

2º Se casa y anula en parte la sentencia recurrida.

3º En su lugar se dicta sentencia absolviendo a AXA AURORA IBÉRICA, S.A. de la demanda presentada en su día por D. Ernesto.

4º No se hace pronunciamiento de las costas de la casación de esta recurrente.

5º No se imponen las costas de la apelación a AXA AURORA IBÉRICA, S.A. y se imponen las de la 1ª Instancia relativas a esta recurrente a D. Ernesto.

6º No se estiman los recursos de casación interpuestos por las respectivas representaciones procesales de REDEM, Sociedad cooperativa limitada; ONDARRA, S.A.; MAPFRE NORTE, Compañía de Seguros Generales y Reaseguros, S.A.; D. Teodosio; MUSAAT, Mutua de Seguros para Aparejadores y Arquitectos Técnicos a Prima Fija; D. Pedro Miguel, D. Avelino y ASEMAS, Asociación de Seguros Mutuos de Arquitectos Superiores contra la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 4 de diciembre de 2002.

7º Se confirma en esta parte la sentencia recurrida.

8º Se imponen las costas del recurso a las recurrentes.



## Comentario:



Javier López y García de la Serrana

La Sentencia del Tribunal Supremo (del Pleno de la Sala 1ª) de 15 de enero de 2008, vino a fijar una nueva doctrina sobre esta materia. Esta sentencia era muy esperada, pues llevaba tiempo hablándose de la posibilidad de que la Sala Primera aceptara por fin la competencia de la jurisdicción social en materia de reclamaciones de responsabilidad civil por accidentes laborales, y así parece ser que ocurre cuando al final del fundamento quinto de esta sentencia se dice que la responsabilidad por accidentes de trabajo nace del incumplimiento de una obligación legal como es la obligación de seguridad, la cual pertenece al ámbito estricto del contrato de trabajo al establecerlo la ley de Prevención de riesgos laborales en su artículo 14, por tanto la Sala Primera del T.S. fija la doctrina según la cual las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo, de cuyo contenido forman parte las obligaciones relativas a la seguridad de los trabajadores, deben ser competencia de la jurisdicción social.

Pero sin embargo, aunque aplicando la anterior doctrina debería haberse resuelto en el sentido de adjudicar la competencia a la jurisdicción social, al haber sido demandados conjuntamente con las empresas contratista y subcontratista, otras personas que no tienen relación laboral con la víctima del accidente, como son el técnico de la obra y el dueño de la obra, la Sala Primera descarta la declaración de exceso de jurisdicción,

y en virtud de la vis atractiva de la jurisdicción civil establecida en el artículo 9.2 LOPJ, declara la competencia de esa jurisdicción para conocer de la acción de responsabilidad interpuesta por accidente laboral, y entiende que al no poder dividirse la causa, esta vis atractiva afectará también a aquellas partes que ostentan una relación laboral con el trabajador fallecido.

Hay autores que se sintieron decepcionados por la solución adoptada por la Sala Primera en su sentencia de 15 de enero de 2008, pues entendían que se estaba dejando una puerta abierta para abstraer de la jurisdicción social el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad civil por accidentes laborales. Y no les faltaba razón, puesto que en base a la doctrina fijada por aquella sentencia basta con demandar también a los técnicos (coordinador de seguridad y salud, autor del proyecto, director de la obra, etc.) para conseguir que la jurisdicción civil acepte su competencia, como en el presente caso de la sentencia de 23 de abril de 2009, en contra de autores que entienden que tampoco se altera la competencia del orden social por el hecho de que la reclamación de un trabajador frente al empresario venga motivada por conductas de los trabajadores al servicio de éste último, pues lo que se hace en estos casos es imputar la responsabilidad al empresario por culpa in vigilando o in eligendo. En este sentido se pronunció ya hace unos cuantos años FERNÁNDEZ AVILES en su ponencia La responsabilidad Civil en el ámbito



de la Jurisdicción Social: Puntos críticos, expuesta en nuestro Segundo Congreso Nacional de la Asociación celebrado en Granada en Noviembre de 2002.

Ya dije al comentar la sentencia de 15 de enero de 2008 (en el nº 25 de esta revista) que la misma había supuesto un gran adelanto con respecto a la postura que venía teniendo la Sala Primera en esta materia, pero la presente sentencia de 23 de abril de 2009 me confirma que se ha dejado una puerta abierta para mantener la competencia de la jurisdicción civil cuando se reclama por responsabilidad extracontractual de personas distintas al empresario (empleados, técnicos, coordinador de seguridad, propietarios de la obra, etc.). Yo considero que en estos casos habría que distinguir entre aquellas situaciones en las que se acciona únicamente contra estos terceros, aceptándose en estos casos el conocimiento del orden civil ex art. 1.902 C.C., de aquellas otras en las que concurren una reclamación contra el empresario (por responsabilidad derivada del contrato de trabajo) con otra contra terceras personas (por responsabilidad extracontractual), en cuyo caso, pese a lo manifestado por la Sala Primera en esta sentencia, hay que

entender plenamente competente al orden social, dada la dimensión subsidiaria de la responsabilidad extracontractual de terceros en relación a la responsabilidad contractual del empresario.

Como puede comprenderse, el que dos jurisdicciones de tan distinto proceder estén resolviendo cuestiones idénticas, no puede ser bueno. El panorama es sencillamente indignante según YZQUIERDO TOLSADA, pues ante una siniestralidad laboral como la española, que triplica la media europea en accidentes, los trabajadores no saben con certeza ni ante qué juez deben acudir, ni tampoco cuál va a ser el montante indemnizatorio a recibir. Y al margen del serio conflicto jurisdiccional existente entre los órdenes civil y social, no hay que perder de vista que también se encontrarán sentencias de la jurisdicción penal, cada vez que suceda que, obedeciendo el accidente de trabajo a una acción u omisión empresarial constitutiva de delito se busque la responsabilidad civil del empresario en el proceso penal. De la misma forma, no han de faltar las respuestas de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando el accidentado trabajara para una administración, lo cual, como veremos, no dejará tampoco de presentar sus dificultades.

# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

### **Responsabilidad civil del procurador que no dio traslado de la sentencia de primera instancia al abogado en tiempo oportuno. Valoración del daño patrimonial por pérdida de oportunidades según las posibilidades reales de éxito de la acción impugnatoria contra la sentencia de primera instancia**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 12 mayo de 2009.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. Renfe interpuso demanda de responsabilidad civil por daños y perjuicios contra el procurador que la había representado en un anterior pleito judicial sobre acción confesoria de servidumbre de paso.

2. El demandado reconoció que la sentencia dictada en el procedimiento de menor cuantía seguido ante el Juzgado de Primera Instancia no fue

Tribunal  
Supremo





entregada en tiempo oportuno al abogado. Renfe no pudo interponer recurso contra la sentencia, que devino firme. En la sentencia se declaraba que la finca de Renfe estaba gravada con una servidumbre de paso a favor de la finca del actor y se condenaba a Renfe a estar y pasar por esta declaración y a restituir al solicitante en la plenitud del derecho de paso.

3. Al resultar la ejecución imposible, se abrió el incidente para fijar la indemnización procedente. Se dictó providencia de fecha 20 de febrero de 2001, por la que se dio traslado a la parte demandada para que en el plazo de 10 días contestase lo que estimase conveniente. La providencia fue notificada al procurador de Renfe el día 21 de febrero de 2001.

4. El procurador demandado manifestó que había dado traslado de dicha providencia al abogado en tiempo oportuno, mientras que Renfe afirmó que no se le entregó copia de la providencia, sino sólo del auto, de 17 de mayo de 2001, en que se fijaba la cantidad de 99.678.044 pesetas como indemnización de daños y perjuicios que debía abonar Renfe por imposibilidad de ejecución de la sentencia.

5. El Juzgado, considerando cierta en ambos extremos la versión de la parte actora, condenó al demandado al abono de 121.225,61 €.

6. La Audiencia Provincial, siguiendo el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, entendió que el procurador había notificado al abogado la providencia de 20 de febrero de 2001, pues en el escrito formulado por Renfe promoviendo incidente de nulidad de actuaciones se reconocía que se le había trasladado del contenido de dicha providencia.

7. Consideró, sin embargo, que la conducta del procurador de no notificar en tiempo oportuno la sentencia dictada había perjudicado los intereses legítimos de Renfe de interponer los oportunos recursos y le había producido un daño moral, que valoró en 60 101,21 €, a cuyo pago condenó al

demandado con los intereses legales desde la fecha de la sentencia dictada en primera instancia.

8. Contra esta sentencia interpusieron ambas partes sendos recursos de casación, de los cuales sólo ha sido admitido el interpuesto por Renfe en los motivos tercero y cuarto, al amparo del artículo 477.2.2.º LEC por razón de la cuantía.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo tercero.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción legal al amparo del n.º 1 del apartado 2.º del art. 477 LEC . La resolución de la Sala infringe el art. 1106 CC relativo a la indemnización de los daños y perjuicios, que comprende no solo el valor de la pérdida sufrida sino el de las ganancias dejadas de obtener en relación con el art. 1101 de la misma Ley sustantiva civil».

El motivo, que se formula en relación con el motivo cuarto, se funda, en resumen, en que la Sala (a) solo se refiere a una de las actuaciones negligentes del procurador y (b) tiene en cuenta únicamente el perjuicio de imposibilidad de acceso a la tutela judicial efectiva considerándolo como daño moral y desconoce que en la negligencia profesional de los profesionales del Derecho no se tiene en cuenta sólo el daño moral, sino también el perjuicio patrimonial según las circunstancias en relación con las posibilidades de actuación.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- La determinación del importe de la indemnización por perjuicios causados por negligencia del procurador.

A) Procede analizar, en primer lugar, la fundamentación del motivo recogida bajo la letra (a).

La sentencia de apelación llega a la conclusión probatoria de que la providencia por la que se dio traslado al procurador de Renfe de la tasación formulada por el perito fue oportunamente comunicada al abogado. Esta declaración entra en el terreno de los hechos cuya fijación corresponde al tribunal de instancia, los cuales no pueden ser impugnados mediante el recurso de casación, sino sólo, limitadamente, mediante el recurso extraordinario por infracción procesal. Por ello, so pena de vulnerar la declaración de hechos probados, sólo puede considerarse como vector o determinante de responsabilidad una de las dos actuaciones imputadas en la demanda al procurador, a saber, la consistente en no haber dado traslado en tiempo oportuno de la sentencia dictada en primera instancia. No puede, en cambio, considerarse como determinante de responsabilidad el retraso negligente del procurador en comunicar la providencia por la que se dio traslado de la tasación formulada por el perito en trámite de ejecución de sentencia, pues la Sala de apelación considera no probado este hecho.

B) Procede analizar, en segundo lugar, la fundamentación del motivo recogida bajo la letra (b).

La calificación jurídica que corresponde a la relación entre un procurador y su cliente es la del carácter contractual. La falta de un modelo central de la relación de gestión determina que doctrinal y jurisprudencialmente se construya, quizá de manera necesariamente no del todo satisfactoria, con elementos del mandato y del arrendamiento de servicios, que responden ambos a momentos históricos y necesidades sociales diferentes. Pueden citarse, entre otras muchas, las SSTS de 28 de enero de 1998, 25 de marzo de 1998, 3 de octubre de 1998, 23 de mayo de 2001, 7 de abril de 2003 y 11 de mayo de 2006, que acuden a la figura del mandato representativo, mientras que otras, como la STS de 25 de noviembre de 1999 entiende aplicable el régimen del contrato de arrendamiento de servicios (STS 27 de julio de 2006 RC n.º 4466/1999).

El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. La responsabilidad por negligencia o morosidad concurre cuando, producido objetivamente el incumplimiento, el obligado no acredita, si, como normalmente ocurre, está en su mano, haber actuado con el grado de cuidado exigible con arreglo a dichas circunstancias y haber concurrido circunstancias imprevisibles o inevitables que impidieron el cumplimiento en los términos convenidos.

Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales –en el caso examinado, por responsabilidad contractual imputable a un procurador respecto de su cliente– no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba (SSTS de 19 de octubre de 1990, 18 de julio de 1996, 14 de julio de 2000, 15 de marzo de 2001, 30 de julio de 2008, RC n.º 616/2002, 1 de diciembre de 2008, RC n.º 4120/2001), sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción (SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 24 de marzo de 1998, 23 de noviembre de 1999, 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001, 25 de enero de 2002, 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28 de marzo de 2005, recurso de casación núm. 4185/989 de junio de 2005, 21 de abril de 2005, 17 de enero de 2006, 27 de febrero de 2006, 5 de abril de 2006, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006, 16 de noviembre de 2006) o se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del quantum [cuantía] (SSTS de 15 de febrero de 1994, 18 de mayo de 1994, 21 de diciembre de 2006, 30 de julio de



2008, RC n.º 616/2002).

La parte recurrente imputa a la sentencia recurrida no haber tenido en cuenta el daño patrimonial sufrido por la frustración de las actuaciones judiciales que hubiera podido emprender. Debe, pues, examinarse esta cuestión, por cuanto afecta a las bases para la determinación de la indemnización.

Quando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones -y, desde luego, en el caso enjuiciado- tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza. No puede, en este supuesto, confundirse la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales: SSTs de 20 de mayo de 1996, RC n.º 3091/1992, 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de mayo de 2006, 28 de febrero de 2008, RC n.º 110/2002, 3 de julio de 2008 RC n.º 98/2002, 23 de octubre de 2008, RC n.º 1687/03).

Aunque ambos procedimientos resultan indispensables, dentro de las posibilidades humanas, para atender al principio *restitutio in integrum* (reparación integral) que constituye el quicio del derecho de daños, sus consecuencias pueden ser distintas, especialmente en la aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la relación entre la importancia del daño padecido y la cuantía de la indemnización para repararlo. Mientras todo daño moral efectivo, siempre que deba imputarse





jurídicamente a su causante, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad, pues en este caso el daño patrimonial debe considerarse inexistente.

En aplicación de esta doctrina, resultaría atendible en abstracto la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la sentencia de apelación, al considerar que el daño producido era únicamente un daño moral, no tiene en cuenta los perjuicios patrimoniales ocasionados a Renfe por la actuación negligente del procurador demandado. Sin embargo, la valoración de la sentencia de apelación se funda en las circunstancias del caso y resuelve conforme a ellas otorgando una indemnización fundada en la imposibilidad de interponer recurso contra la sentencia de primera instancia. Aun cuando califica como daño moral el perjuicio padecido, no se acusa una notoria desproporción entre el daño económico que es susceptible de ser apreciado según las posibilidades reales de éxito de la acción impugnatoria contra la sentencia de primera instancia y la indemnización fijada, que se determina en un porcentaje prudencial sobre el total de la indemnización a que se condenó a la actora en la expresada sentencia y no puede afirmarse que no se haya tenido en cuenta la pérdida de oportunidades de obtener un beneficio patrimonial si se hubiese disminuido la indemnización fijada. Antes bien, se deduce lo contrario del hecho de que la sentencia de apelación (aunque detrae la suma correspondiente a uno de los vectores de la



responsabilidad) sigue los criterios de la sentencia de primera instancia, en la cual se valoran, entre otros extremos, las «legítimas expectativas en el proceso», «lo pagado efectivamente por Renfe», «los perjuicios causados por la pérdida de la posibilidad de obtener un beneficio económico de importancia», y «la legítima expectativa de la actora a que no fueran abonadas [las cantidades a que resultó condenada]» y a «que se hubieren estimado sus pretensiones».

En todo caso, la actora no alega en su escrito de interposición del recurso de casación hecho alguno, entre los admitidos como probados por la sentencia de apelación y susceptibles de ser tomados en consideración por esta Sala, del cual pueda deducirse una mayor probabilidad de éxito en sus pretensiones (en el caso de que no se hubiera producido la conducta negligente por parte del procurador) que pudiera justificar la procedencia de aplicar un porcentaje superior sobre la indemnización a cuyo pago resultó condenada.

Así se deduce del hecho de que la parte recurrente se remite al fundamento del motivo cuarto en el motivo que estamos examinando. De esto se sigue que trata de demostrar las posibilidades de éxito de la pretensión de Renfe afirmando que hubiera obtenido una valoración muy inferior a la fijada por el perito en el caso de haber podido impugnar el dictamen en el incidente de ejecución de sentencia. Pues bien, esta alegación no puede ser tenida en cuenta, pues, como ha quedado expuesto, la sentencia de apelación, en una declaración de hechos que no puede ser combatida en casación, afirma que la providencia por la que se acordaba oír a Renfe sobre el importe de la tasación pericial fue debidamente notificada al abogado de Renfe. En consecuencia, no puede considerarse imputable al procurador la falta de impugnación del dictamen pericial sin contradecir los hechos declarados probados por la sentencia recurrida. Sólo restaría como vector de la responsabilidad la considera-

ción de las posibilidades de éxito de un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (o de otro recurso extraordinario), en las cuales la parte recurrente no insiste de manera específica.

En suma, aunque sean discutibles los argumentos utilizados por la sentencia sobre la calificación del daño, no se advierte que se haya incurrido en una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido por la parte actora y la indemnización fijada –en un porcentaje de la suma a cuyo pago resultó condenada la actora– con arreglo a las circunstancias del caso, integradas, entre otros extremos, por las posibilidades de éxito de las actuaciones frustradas por la negligencia del procurador.

#### CUARTO.- Desestimación del motivo cuarto.

El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

«Interés casacional. Jurisprudencia contradictoria y oposición a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo al amparo del n.º 3 del apartado 2.º del art. 477 LEC».

El motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia no tiene en cuenta para el cálculo de indemnización las posibilidades de éxito de las pretensiones del actor, en contra de las SSTS que cita; pues, si el Tribunal admite la negligencia del procurador en los dos supuestos que recoge el Juzgador de instancia, ha de tener en cuenta que la imposibilidad de impugnar el informe-valoración realizado a instancia de parte en el incidente de ejecución por el perito que valoró los perjuicios en una cifra escandalosa determina que, si Renfe hubiera podido comparecer al incidente, como máximo hubiera tenido que abonar la cantidad tasada y no la que posteriormente, por la negligencia del procurador, tuvo que abonar.

En este motivo se plantea, desde la perspectiva de la contradicción con la jurisprudencia del Tribunal

Supremo, una de las cuestiones planteadas en el motivo tercero de casación, por lo que, al igual que éste, debe ser desestimado.

QUINTO. - Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 394.4 LEC, en relación con el 398 LEC.

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

## FALLAMOS

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Renfe contra la sentencia de 15 de enero de 2004 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo de apelación n.º 5269/2003, cuyo fallo dice:

«Que debíamos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por el Procurador Sr. Escudero Morcillo frente a la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia número 11 de Sevilla, resolución que confirmamos provisionalmente y en lo

que no se oponga a dispuesto en la presente resolución, debiendo condenar y condeno a Don Iván que abone a Renfe (Red Nacional de Ferrocarriles Españoles) la cantidad de 60.101,21 Euros, más intereses legales desde la fecha de la sentencia dictada en primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento de costas en la primera y segunda instancia».

Mediante auto de 23 de febrero de 2004 se aclara el fallo de la sentencia en el sentido de que en la parte dispositiva debe incluirse que se desestima el recurso de Renfe. Se añade que no se puede aclarar lo dispuesto sobre las costas de la segunda instancia, manteniéndose lo establecido en la sentencia dictada por la Sala.

2. No ha lugar a casar por los motivos examinados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

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

daron y sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas por los recursos de apelación y casación.

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





## Comentario:

M<sup>a</sup> Carmen Ruiz-Matas Roldán

**A**l analizar la responsabilidad profesional derivada de negligencia del procurador en el ejercicio de sus funciones, el Tribunal Supremo analiza cuáles deben ser los parámetros tenidos en cuenta a la hora de cuantificar el daño ocasionado como consecuencia de la citada actuación negligente.

En este sentido, y como viene haciendo con una línea jurisprudencia uniforme, se aclara la existencia de una doble vertiente en la determinación del daño causado. Por un lado existe un daño moral, identificado directamente con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del cliente, causado como consecuencia de la privación de su derecho a accionar en defensa de sus intereses. Este daño moral se cuantifica económicamente con una cantidad que vendrá determinada en función del perjuicio realmente sufrido por el cliente, y que se fija en atención a la libre facultad de valoración del juez.

Pero por otro lado existe el daño patrimonial, el cual queda identificado con la pér-

da económica que realmente ha sufrido el perjudicado como consecuencia de la pérdida de la expectativa sufrida. Así, la cuantificación de este daño patrimonial, dependerá de la realidad de las expectativas de éxito que tuviera la acción que finalmente se ha visto frustrada, de modo que si las expectativas eran nulas no corresponderá indemnización alguna. Por este motivo, deberá analizarse las posibilidades de éxito de aquella acción que finalmente no pudo ejercitarse, para de este modo determinar el perjuicio realmente ocasionado.

Así, en el presente supuesto el recurso planteado se desestima, dado que no ha existido una falta de indemnización en concepto del daño patrimonial sufrido, y ello por cuanto a la vista de la prueba practicada, el recurrente no ha acreditado que en base a las posibilidades de éxito del Recurso de Apelación que no llegó a formalizarse, por negligencia del Procurador, hubiera resultado un beneficio mayor a aquel con el que ya ha sido indemnizado en concepto de daño moral.

# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

**Prescripción de la acción por culpa extracontractual en caso de lesiones corporales: El "dies a quo" no es el del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino el de la determinación invalidante de éstas, es decir en el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas**

---

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 20 de mayo de 2009.*

*Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Como datos necesarios para el estudio del actual recurso de casación hay que tener en cuenta lo siguiente.

El presente recurso de casación trae causa de la demanda interpuesta por Eliseo contra Justo y la "Compañía de Seguros Allianz, S.A.", en reclamación de la suma de 254.306,63 euros, más inte-

Tribunal  
Supremo





reses legales, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del atropello que sufrió el día 18 de agosto de 1999 por la motocicleta marca BMW, modelo F-650, matrícula F-....-UQ, conducida por el demandado y asegurada por la indicada compañía, hecho ocurrido en una pista forestal situada en las afueras de la localidad de Pallezo.

El Juzgado de 1ª Instancia de San Vicente de la Barquera dictó sentencia el 31 de julio de 2003, estimando parcialmente la demanda interpuesta, y condenando a los demandados a que abonen a Eliseo la cantidad de 64.028,6 euros. En cuanto a intereses, se condenó a la demandada "Allianz, S.A." al abono, asimismo, del interés al tipo del 20% sobre el anterior importe desde la fecha del accidente hasta su completo pago, y a Justo al abono, en base a los artículos 1100 y 1108 del Código Civil, del interés legal del dinero desde la fecha de la interpelación judicial, incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia, sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas. Interpuesto recurso de apelación por Eliseo y por "Allianz, S.A.", la Audiencia Provincial de Santander, Sección 3ª, dictó sentencia el 22 de octubre de 2004, estimando el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora, y acordando la desestimación íntegra de la demanda, con imposición al actor de las costas de la primera instancia, y sin hacer imposición a la apelante de las costas causadas por su recurso. Asimismo, se desestimó el recurso de apelación formulado por Eliseo, imponiéndole las costas de su recurso.

La absolución acordada por la Audiencia se basó en la apreciación de la prescripción de la acción alegada por la demandada apelante. Al respecto, la Sala "a quo", teniendo en cuenta que se está ante una acción de responsabilidad extracontractual que trae causa de accidente de circulación ocurrido en fecha 18 de agosto de 1999, razonó textualmente lo siguiente: «el actor presentó denun-

cia que dio lugar a la incoación de un previo juicio de faltas que concluyó con el dictado de una sentencia absolutoria, de fecha 5 de junio del 2001, que fue notificada al ahora actor en fecha 18 de junio del 2001 (folio 17), al denunciado, Justo, en fecha 20 de junio del 2001 (folio 119) y a la aseguradora AGF, Unión Fénix (actual Allianz) en fecha 27 de agosto del año 2001 (...). En el supuesto ahora examinado, la notificación de la sentencia absolutoria al denunciante se produce en fecha 18 de junio de 2001, siendo el denunciante, y no el acusado absuelto, el único legitimado para recurrir una resolución que sólo a él le resultaba desfavorable, la indicada fecha es la que, por dejar efectivamente expedita la vía civil y por determinar la ulterior firmeza de la decisión judicial adoptada –una vez se dejó transcurrir el plazo de cinco días para apelar–, debe servir de día inicial del cómputo del plazo de prescripción, de conformidad con el criterio especificado en la Sentencia del T.S de 14 de julio de 2003. Por tanto, practicada la notificación al actor el día 18 de junio de 2001 y ganada la firmeza de la sentencia absolutoria, por ministerio de la ley, el día 24 de junio de 2001 (con independencia de cuál fuese la fecha en que se dictase el ulterior auto judicial de declaración de firmeza), es de ver que, a la fecha de la presentación de la demanda (cinco de septiembre del 2002) habría transcurrido en exceso el plazo de un año al que expresamente se refiere, sin posibilidad de prórroga o excepción, el art. 1968 del Código Civil, de manera que la acción se encuentra notoriamente prescrita. No desconoce este Tribunal la doctrina jurisprudencial conforme a la cual, en el caso de daños corporales, el día inicial del cómputo del plazo de prescripción viene dado por la fecha en la que se conoce el alcance y entidad de las lesiones producidas. Sin embargo, en el caso examinado, las secuelas derivadas del accidente ya aparecen definitivamente fijadas en el informe de sanidad del forense, emitido en fecha 7 de julio del 2000 (folio 49) y, por otra parte, el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, con causa

en estas secuelas, perfectamente estabilizadas, se produce en vía administrativa en fecha 14 de septiembre del 2000 (folio 134). En suma, consta que, con anterioridad a la finalización del proceso penal, el perjudicado ya estaba en disposición de efectuar la reclamación correspondiente a las secuelas e, incluso, la aplicable para los supuestos de incapacidad permanente total para la profesión habitual. De hecho, la reclamación que ahora se deduce ya fue formalizada en el acto del juicio verbal de faltas (folios 111 y 112)».

SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto se articula en un único motivo, por infracción, en concepto de violación o errónea interpretación, de los artículos 1968.2 y 1969 del Código Civil. En el desarrollo del motivo se invoca la doctrina jurisprudencial que excluye una aplicación rigorista de la prescripción al tratarse de una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo. También que el cómputo del plazo no puede comenzar desde la fecha de sanidad o alta, en la que se consignan o expresen las secuelas, sino que ha de esperarse hasta conocer el alcance o efecto definitivo de éstas, hasta la determinación invalidante de las mismas, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas, alegando que "la doctrina relativa a que en caso de reclamaciones por lesiones se computa el plazo prescriptivo a partir del conocimiento por el interesado, de modo definitivo, del quebranto padecido, puede decirse que constituye una constante en las declaraciones" de esta Sala. Se aduce que en el escrito de demanda se reclamaba de los demandados una indemnización por todas las secuelas del siniestro, incluida la incapacidad permanente total para su profesión habitual y que consta acreditado mediante Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria del mes de mayo de 2002, que hasta esa fecha no ha quedado definitivamente fijada y establecida la profesión habitual del actor sobre la que se concedía la Incapacidad Permanen-

te Total. "Y esa no ha sido una cuestión pacífica en el proceso, puesto que buena parte de la prueba de la aseguradora demanda tenía por objeto negar cualquier indemnización por la Incapacidad Temporal al entender que la profesión que realizaba el accidentado después del siniestro era la misma que desempeñaba antes del accidente". Considera el recurrente igualmente acreditado que, no siendo recurrido por el accidentado el grado de Incapacidad Permanente concedido por la Seguridad Social pero sí la profesión habitual, en consecuencia, el día inicial del plazo prescriptivo ha de fijarse en el de la Sentencia de la Sala que definitivamente fija la profesión habitual sobre la que ha sido declarado incapaz y por la que puede reclamar la indemnización correspondiente. Por tanto, siendo la Sentencia de la Sala de lo Social del mes de mayo de 2002 y estando presentada la demanda de procedimiento ordinario en septiembre de 2002, debe entenderse que se encuentra presentada dentro del plazo. También se argumenta que el procedimiento judicial de determinación de la profesión habitual no puede ser desconocido por la aseguradora que, simultáneamente al mismo, estaba recopilando por medio de detective privado las pruebas que entendía oportunas para acreditar la profesión habitual del actor.

Se añade por la recurrente que en la primera instancia se entendió que la actitud del demandante no podía ser interpretada como dejación o abandono de derechos al haber solicitado el desglose y testimonio del juicio de faltas, solicitud que coincide con la resolución del procedimiento de determinación de la profesión habitual a efectos de incapacidad temporal, y que, si la "interpretación antirrigorista ha llevado a entender que la presentación del escrito de asistencia gratuita o de presentación de la demanda de pobreza interrumpe la prescripción entendemos que en igual medida la petición del testimonio del procedimiento de Juicio de Faltas, con conocimiento del denunciado, debe ser interpretado en el mismo sentido".



El motivo debe ser estimado con las consecuencias que más tarde se dirán.

Y así es, ya que el objeto de impugnación es la aplicación que del instituto de la prescripción ha hecho la Audiencia y, en concreto, si debe o no tenerse por "dies a quo" para el cómputo del plazo de prescripción de un año el 10 de junio de 2002, día en que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó sentencia desestimatoria del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 25 de mayo de 2001 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Santander, por la que, estimando la demanda interpuesta por Eliseo contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), se declaró que la profesión habitual del actor para la que está afecto de incapacidad permanente total derivada de accidente no laboral es la de palista de maquinaria pesada y no la de conductor de camión.

Para la resolución de la cuestión planteada es preciso partir de que, según doctrina reiterada de esta Sala, la prescripción es una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, por lo que su aplicación por los tribunales no debe ser rigurosa, sino cautelosa y restrictiva –SSTS de 23 de octubre de 2007 y 17 de julio de 2008, entre muchas otras–. Por lo que se refiere al cómputo de la prescripción cuando se trata de responsabilidad extracontractual por lesiones sufridas por una persona, como se recoge en Sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2008, que cita la de 3 de diciembre de 2007, «es reiterada la doctrina jurisprudencial que establece que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo, "dies a quo", la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, es decir en el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta



que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas, ya que es en ese momento cuando el perjudicado tiene un conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad de los perjuicios. La doctrina relativa a que "en caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir de la determinación del quebranto padecido", constituye una constante en las declaraciones de esta Sala, y se encuentra recogida en numerosas sentencias (Sentencias de 3 de octubre de 2006, 20 de septiembre de 2006, 22 de julio de 2003, 13 de febrero de 2003, 22 de enero de 2003, o 13 de julio de 2003, que a su vez cita las de 22 de marzo de 1985, 21 de abril de 1986, 3 de abril y 4 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992, 24 de junio de 1993 y 26 de mayo de 1994)». En el mismo sentido, la Sentencia de 3 de octubre de 2006, distingue entre el alta médica y la determi-



nación de las secuelas invalidantes, con mención de numerosa jurisprudencia, concluyendo, «en los casos de lesiones corporales y daños consiguientes, que la determinación del evento indemnizable no se configura hasta que no se establezcan, con carácter definitivo, las secuelas causadas por el suceso lesivo, de manera que el "dies a quo" para el cómputo del plazo anual comienza a partir de la fecha en que se tiene constancia del alta médica definitiva o, en su caso, a partir del momento de fijación de la incapacidad o defectos permanentes originados por aquél». Igualmente, la Sentencia de 20 de septiembre de 2006 dice que ello se conoce como determinación invalidante de las secuelas y que esta determinación «sitúa el "dies a quo" no a partir de la fecha en que el perjudicado tiene constancia del alta médica definitiva sino del momento en que queda determinada la incapacidad

o defectos permanentes originados cuando tras el alta médica se mantienen secuelas residuales que precisan un tratamiento posterior, o, como sucede en el caso de autos, cuando se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador pues solo entonces se dispone de un dato –incapacidad– que afecta esencialmente a la determinación del daño padecido (SSTS 22 de noviembre y 21 de diciembre de 1999; 22 de enero; 13 de febrero 2003; 1 de febrero 2006 )». De modo específico, en la Sentencia de 1 de febrero de 2006 se dice que, tratándose de daños corporales, el plazo de prescripción no puede contarse desde la fecha de producción de la lesión, sino desde aquél en que el perjudicado tuvo un conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad del mismo, cuando se ha seguido expediente para dirimir, definitivamente, cuál ha sido la repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador sólo entonces se dispone de un dato –incapacidad– que afecta esencialmente a la determinación del daño padecido.

En el caso de autos, mediante resolución de 14 de septiembre de 2000, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconoció a Eliseo la prestación del Régimen General por incapacidad permanente total para la profesión habitual de conductor de camión derivada de accidente no laboral. Contra dicha resolución el actor presentó reclamación previa ante el INSS, que se desestimó por resolución de fecha 16 de enero de 2001, y presentada demanda ante la jurisdicción social, el Juzgado de lo Social nº 3 de Santander dictó Sentencia en la que, considerando acreditado que el trabajo del beneficiario consistió siempre, desde su alta el 16 de diciembre de 1983 hasta su baja el 18 de julio de 2000 en el de palista de maquinaria pesada (pulpos, imanes y palas), y por tanto también cuando ocurrió el accidente no laboral, declaró que la profesión habitual del actor para la que está afecto de incapacidad permanente total



derivada de accidente no laboral es la de palista de maquinaria pesada y no la de conductor de camión. Esta resolución fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en Sentencia de 10 de junio de 2002, desestimatoria del recurso de suplicación interpuesto por el INSS. Por lo tanto, el exacto quebranto producido por las lesiones no quedó determinado hasta que en la jurisdicción Social no se declaró cuál era la profesión habitual a la que afectaba la incapacidad invalidante.

Esta determinación puede tener consecuencias económicas, teniendo en cuenta la compatibilidad o incompatibilidad de las profesiones que después pueda ejercer el perjudicado, y también la posibilidad de revisión de la calificación por agravación o mejoría, para lo cual tiene incidencia la profesión que se determine como habitual. Ello justifica que el interesado impugnara ante la Jurisdicción Social la determinación de la profesión habitual que realizó el INSS. Y tan es así que, en el caso que nos ocupa, la profesión habitual del lesionado ha sido materia de debate durante el litigio, pues los demandados han dado gran importancia, en cuanto a la aplicación de los factores de corrección, a que la profesión habitual del lesionado fuese la de conductor de camión y no la de palista de maquinaria pesada, pues sostenían que el lesionado conducía un camión, hasta el punto de aportar un informe de detectives, e incluso en el recurso de apelación la compañía aseguradora alegó que el actor continuaba realizando el mismo trabajo que llevaba a cabo antes del accidente, a fin de que no fuera aplicada cantidad alguna como factor de corrección por la incapacidad permanente. Tampoco se debe ignorar que la demanda se interpuso al poco tiempo de dictarse Sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y que, previamente, el 5 de marzo de 2002, el Sr. Eliseo solicitó el desglose de todos los documentos aportados y el testimonio íntegro del juicio de faltas, al objeto de, se cita literalmente, "poder proceder a su presentación en procedimiento ordinario", lo que

constituye indicio de no haber sido procedido al abandono de sus derechos.

Así pues, se estima que el "dies a quo" en que ha de comenzar el cómputo de la prescripción es el 10 de junio de 2002, fecha en que se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, por ser aquélla en que de modo exacto se determinó la entidad del quebranto producido por el lesionado, al identificar la profesión habitual sobre la que recaía, y por lo tanto la acción no puede considerarse prescrita, al haberse presentado la demanda el 5 de septiembre de 2002.

TERCERO.- Por todo lo anterior se hace necesario asumir la instancia, al no haber entrado la Audiencia a resolver sobre el fondo de los recursos de apelación interpuestos.

Así, en lo que se refiere al recurso de apelación que interpuso la actora, en el que se impugnaban las cuantías estimadas por los diversos conceptos indemnizatorios por el Juez de instancia, esta Sala entiende que los criterios utilizados y cálculos subsiguientes fueron correctos, basados en una prolija y acertada valoración probatoria y en la ponderación de las diversas circunstancias que concurrían en el caso, pudiendo destacarse que en lo que se refiere al cálculo de los puntos por lesiones permanentes (secuelas), que es adecuado que por una parte se calculen los puntos resultantes de las incapacidades permanentes y por otro los puntos correspondientes al perjuicio estético, que se han de sumar aritméticamente a los que resulten de aquéllas, pues así se indica en los "criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización" contenidos en el Anexo a la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, por la que se modificó la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor.

Sin embargo, la sentencia de primera instancia no puede ser confirmada en su integridad, porque establece un método inadecuado para el cálculo de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, extremo éste que, entre otros, fue objeto de impugnación en el recurso de apelación formulado por la Compañía Aseguradora, que de este modo ha de ser estimado parcialmente.

El cálculo de los intereses del artículo 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro ha de hacerse conforme al criterio jurisprudencial sentado por la Sentencia del Pleno de la Sala de 1 de marzo de 2007, aplicada reiteradamente en posteriores resoluciones de esta Sala –como en Sentencias de 26 de noviembre de 2008 y 25 de febrero de 2009–, que estableció como doctrina jurisprudencial para el cálculo de los intereses de dicho precepto 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 incrementado en un 50%. 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 los ya devengados diariamente hasta ese momento".

Así pues, los intereses a satisfacer por la Compañía aseguradora "Allianz, S.A." deberán cuantificarse con arreglo a esta doctrina, y no en la forma que se resolvió en la sentencia de primera instancia.

Las demás cuestiones planteadas en el recurso de apelación que formuló la aseguradora "Allianz, S.A." no son estimables, debiéndose confirmar la sentencia de primera instancia respecto a tales extremos.

Así, respecto de la alegación de prescripción, ya ha sido examinada, y resuelta en el sentido

de que no concurre. También se ha resuelto, en favor de la aseguradora apelante, sobre el incorrecto sistema para el cálculo de los intereses del artículo 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro. Respecto a la incidencia de la consignación sobre los intereses moratorios especiales a satisfacer por la aseguradora, no ha lugar a atender los parcos razonamientos del recurso de apelación, por cuanto realiza una correcta aplicación de lo previsto en el apartado 3º de la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, en la redacción dada por la disposición final 13ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a la doctrina de esta Sala, expuesta en reciente Sentencia de 26 de noviembre de 2008 sobre la aplicación de dicho precepto, pues la consignación realizada en sede penal, sensiblemente inferior a la cantidad por la que se condena, fue declarada por el Juzgado de Instrucción extemporánea y sin efectos enervatorios, no declarando su suficiencia y quedando a espera de la sentencia que luego recayera, que resultó absolutoria con indicación en su fundamentación de la posibilidad de acudir a la vía civil, con devolución de la consignación, sin que, una vez iniciado el procedimiento civil se observara el plazo previsto en el apartado 3º de la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, en la redacción dada por la disposición final 13ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual "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 de 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 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". En lo que se refiere al factor de corrección por incapacidad temporal, ninguna justificación se da a la pretendida impro-



cedencia del mismo, siendo así que la posibilidad de su aplicación se contempla en la Tabla V de los anexos a la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995. Por último, en cuanto a la cantidad aplicada por el Juzgado de 1ª Instancia en concepto de factor de corrección por la incapacidad permanente total del actor, es correcta a la vista de las circunstancias concurrentes, debidamente expuestas y ponderadas por el Juzgado, que concedió por este concepto una cantidad sensiblemente inferior a la solicitada por la parte actora por perjuicios económicos y ninguna en concepto de daños complementarios, y ya tuvo en cuenta que el actor, al menos ocasionalmente, conducía camiones, no pudiendo tenerse por profesión habitual del demandante otra que la declarada con carácter firme por la jurisdicción social.

CUARTO.- Al estimarse el recurso de casación, no procede hacer especial imposición de las costas relativas al mismo. En cuanto a las costas de primera instancia, al estimarse parcialmente la demanda, tampoco procede hacer expresa imposición de las mismas a ninguna de las partes. Por lo que se refiere a las costas de la apelación, se imponen a la parte actora las causadas por su recurso de apelación, pues el mismo no debía ser estimado. No se hace especial imposición de las costas causadas por el recurso de apelación de la aseguradora "Allianz, S.A.", puesto que debió ser estimado parcialmente. Todo ello conforme a lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

## FALLAMOS

Que debemos acordar lo siguiente:

1º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por don Eliseo contra la Sentencia dictada por la

Audiencia Provincial de Santander, de 22 de octubre de 2004.

2º.- Procede estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la Compañía "Allianz, S.A." contra la sentencia dictada el 31 de julio de 2003 en el procedimiento ordinario nº 355/2002, por el Juzgado de 1ª Instancia de San Vicente de la Barquera, que se revoca en el extremo relativo al cálculo de los intereses del artículo 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro a satisfacer por la indicada aseguradora, cuya determinación se hará en el periodo de ejecución de sentencia atendiendo a que 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 incrementado 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.

3º.- No se hace especial imposición de costas del recurso de casación, ni de las de primera instancia. Se imponen a don Eliseo las costas causadas por su recurso de apelación, y no se hace especial imposición de las costas causadas por el recurso de apelación interpuesto por la "Compañía Allianz, S.A.".

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



## Comentario:

Andrés Cid Luque

La sala Primera, tiene oportunidad en esta sentencia de tratar temas muy interesantes, en primer lugar estudia, cual debe considerarse el “dies a quo” en un supuesto de reclamación por culpa extracontractual en caso de lesiones.

Después de analizar detenidamente el asunto concreto, se llega a la conclusión, que el Alta Médica del Médico Forense, o el Auto de Archivo de la vía penal, no valen como día de inicio a efectos de aplicar el instituto de la prescripción (institución no fundada en principios de estricta justicia, sino, en los de abandono o dejadez en le ejercicio del propio derecho en el de la seguridad jurídica, por lo que la aplicación de los Tribunales no debe ser rigurosa), sino, que cuando se está tramitando un expediente de la Seguridad Social, para conocer el alcance de la incapacidad, será la resolución firme sobre la misma la que marcará el inicio del “dies a quo”, pues lo definitivo, es, saber realmente cual ha sido la repercusión escueta de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador.

En segundo lugar la Sala Primera pierde la oportunidad de aclarar una polémica que existe

en multitud de Secciones de Audiencias Provinciales, cual es, la aplicación del factor de conexión en la incapacidad temporal, y en lugar, de definir su concreta aplicación, sólo se limita a decir, “...”. En lo que se refiere al factor de corrección por incapacidad temporal, ninguna justificación se da a la pretendida improcedencia del mismo, siendo así que la posibilidad de su aplicación se contempla en la Tabla V de los nuevos a la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995”... Una buena oportunidad perdida de haber aclarado su aplicación automática, o no, cuando no hay ingresos y se está en edad laboral.

Por último, la sentencia vuelve sobre el tema de las consignaciones judiciales a efectos de enervar los intereses moratorios, y se decanta por, considerar que es necesario cumplir rígidamente la norma, de que se consigne en vía penal (y que se declare su suficiencia), y que se consigne posteriormente en vía civil, sino, no se enervan los intereses moratorios con el nuevo Texto Refundido, habría que añadir, que ésta consignación se efectúe como pago, pues sino, deberemos acudir a la vía de las causas justificadas, para intentar evitar los intereses”.



# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

### **Ejecución de sentencia. Fijación de cuantía de la indemnización por daños y perjuicios acordada en sentencia. La indemnización que fija el auto recurrido no guarda correspondencia con lo resuelto por sentencia**

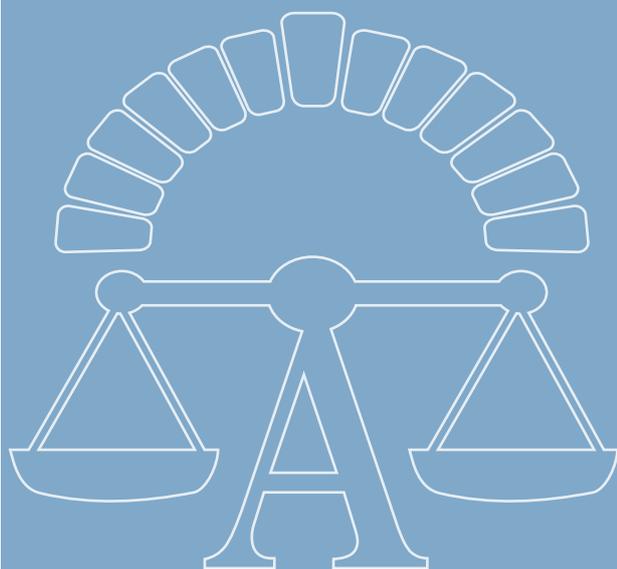
*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 3ª),  
de 25 de mayo de 2009.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación lo dirige la entidad Netrobil, S.A. contra el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, 4 de junio de 2007 que fija el importe de la indemnización a satisfacer en ejecución de la sentencia recaída en el recurso contencioso-administrativo 1133/92.

Hemos dejado reseñada la parte dispositiva de la sentencia de cuya ejecución se trata (antecedente primero) así como los apartados que aquí interesan de la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1999 (casación 3159/94), que declaró no haber lugar a los recursos de casación interpuestos contra aquella

Tribunal  
Supremo



(antecedente segundo). También hemos dejado señaladas las vicisitudes del incidente de ejecución (antecedentes tercero a quinto), y en particular, el diferente posicionamiento de la recurrente y del Ayuntamiento de Málaga con relación a las partidas y conceptos que habrían de ser indemnizados y al importe total de la indemnización. En fin, han quedado expuestas las razones dadas por la Sala de instancia en el auto de 4 de junio de 2007 para sustentar la decisión por la que se fija la indemnización de acuerdo con lo propugnado por el Ayuntamiento de Málaga (antecedente sexto). Conocidos ya tales antecedentes, procede entrar a examinar los argumentos aducidos por la recurrente en el escrito de interposición del recurso de casación así como las alegaciones que, oponiéndose al mismo, ha formulado la representación del Ayuntamiento.

SEGUNDO.- Después de destacar que el auto recurrido, de 4 de junio de 2007, se dictó siete años después de que Netrobil, S.A hubiese instado la ejecución de la sentencia mediante escrito que presentó el 24 de junio de 2000, la representación de la recurrente muestra su disconformidad con la fundamentación del auto señalando que en éste se recogen de manera incompleta y fragmentaria determinadas frases de la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1999 (casación 3159/94), con lo que se desfigura el sentido de lo allí razonado al resolver el recurso de casación. Es cierto que la fundamentación del auto recurrido, extremadamente lacónica, no ofrece demasiados detalles sobre las razones por las que la indemnización ha de quedar cifrada en la cantidad que allí se determina, coincidente con la postulada por el Ayuntamiento de Málaga. Pero a pesar de esa deficiente motivación, y de la falta de examen de algunos de los conceptos indemnizatorios que son objeto de controversia, la decisión de la Sala de instancia resulta certera al excluir aquellas partidas cuya indemnización ya fue declarada improcedente en la mencionada sentencia de 24 de diciembre de 1999 (casación 3159/94).

En efecto, pese al esfuerzo de la recurrente por integrar –se diría que intenta, más bien, reescribir– los razonamientos que se expusieron al resolver el recurso de casación, resulta indudable que la citada sentencia de esta Sala de 24 de diciembre de 1999 excluye la indemnización por el concepto "mayor coste de la edificación"; y ello porque, como la propia sentencia explica "...tales edificaciones no consta que se hayan levantado cuando la prueba se celebra, por lo que es insoslayable que no existen los perjuicios denunciados". De igual modo, también queda excluida en la sentencia la indemnización por "las eventuales ganancias dejadas de obtener, lucro cesante", pues "descansan sobre unos hipotéticos usos de edificaciones inexistentes en el momento en que la sentencia se dicta". Pues bien, no podemos sino atenernos aquí también a esa realidad, la falta de realización de la edificación, y al hecho de que los documentos aportados por la recurrente para respaldar la reclamación de estas dos partidas, que no son sino mera actualización de las estimaciones que presentó la recurrente en una fase anterior del procedimiento, nada acreditan frente a las consideraciones que acabamos de transcribir de la sentencia de 24 de diciembre de 1999.

En consecuencia, aunque el auto recurrido no lo haya explicado con el necesario detenimiento, debemos concluir que la decisión adoptada por la Sala de instancia no se aparta de lo resuelto por sentencia en lo que se refiere a la exclusión de las partidas indemnizatorias que acabamos de mencionar.

TERCERO.- Es cierto que la sentencia que resolvió el recurso de casación –que, como vemos, vino en buena medida a completar la escasa fundamentación de la sentencia de instancia– reconoce de forma indubitada que se han causado perjuicios graves a la recurrente, haciendo expresa mención a "...los que se derivan del segundo proyecto, que ha devenido en inútil, y la responsabilidad efecti-



vamente contraída y exigida por el incumplimiento del contrato de ejecución de la obra amparada en la licencia de 1988". Pero no se trata de una enumeración exhaustiva, pues la propia sentencia señala que será también procedente la indemnización de "... los que se acrediten en ejecución de sentencia, para cuya determinación cuantitativa y cualitativa, no hay otro límite, como no podía ser de otro modo, que su acreditamiento en el momento de la resolución del incidente que en ejecución de sentencia se produzca".

Pues bien, el auto recurrido no examina ni realiza valoración alguna sobre las distintas partidas indemnizatorias reclamadas por la recurrente, ni sobre la documentación que aportó para su acreditación, limitándose la Sala de instancia a su rechazo en bloque y a fijar la cuantía indemnizatoria propuesta por el Ayuntamiento. Para fundamentar esta decisión, la única explicación que se ofrece en el auto consiste en señalar que algunas de las partidas reclamadas –no especifica cuáles– habían quedado ya excluidas en la sentencia de 24 de diciembre de 1999 y que la liquidación presentada por el Ayuntamiento de Málaga –que tampoco se analiza– se ajusta a los parámetros fijados en sentencia.

Las razones dadas por la Sala de instancia son claramente insuficientes. Por ello, para determinar si la indemnización fijada en el auto recurrido se acomoda a lo resuelto en sentencia se impone que examinemos algunos puntos controvertidos.

CUARTO.- Hemos visto que la sentencia de este Tribunal Supremo de de 24 de diciembre de 1999 (casación 3159/94) contempla, entre los perjuicios susceptibles de indemnización, "... la responsabilidad efectivamente contraída y exigida por el incumplimiento del contrato de ejecución de la obra amparada en la licencia de 1988". La recurrente reclama por este concepto la cantidad de 36.936.801 pesetas (221.994,64 euros) en virtud

de la cláusula de penalización estipulada en su día con la empresa Construcciones Fernández Sánchez, S.A.; pero tal pretensión no puede ser acogida pues, frente a lo indicado en la sentencia, no hay un solo elemento de prueba que acredite que la recurrente haya satisfecho cantidad alguna en concepto de penalización o que la misma le haya sido siquiera exigida. Queda por examinar, en fin, la partida de 7.673.423 pesetas (46.118,20 euros), incrementada con sus correspondientes intereses, que la recurrente reclama en el capítulo de gastos que han devenido inútiles, en la que se comprenden los honorarios de arquitectos superiores y de arquitectos técnicos y las tasas de licencias de obras y ocupación de la vía pública. Frente a tal reclamación, el Ayuntamiento cifra en 20.761,10 euros el importe de los gastos que devinieron inútiles, si bien luego, aplicando el correspondiente incremento de intereses –que en el escrito del Ayuntamiento están ya calculados y computados– propugna una indemnización total por importe de 66.897,39 euros, que es la recogida en el auto recurrido.

Entendemos que los gastos cuyo abono reclama la recurrente en este apartado tienen cabida en los capítulos indemnizatorios contemplados en la sentencia que se ejecuta, pues ya vimos que la sentencia que resolvió el recurso de casación, aparte de referirse expresamente a "...los (gastos) que se derivan del segundo proyecto, que ha devenido en inútil", señala que también serán indemnizables"... los que se acrediten en ejecución de sentencia, para cuya determinación cuantitativa y cualitativa, no hay otro límite, como no podía ser de otro modo, que su acreditamiento en el momento de la resolución del incidente que en ejecución de sentencia se produzca".

Es cierto que junto a las minutas de honorarios y tasas de licencias correspondientes al segundo proyecto, que devino inútil, la recurrente aporta otros justificantes de cantidades satisfechas en relación con un tercer proyecto, siendo algunos de

esos documentos de fecha posterior al dictado de la sentencia de instancia (todos son, sin embargo, de fecha anterior a la sentencia que resolvió el recurso de casación).

Pero tales circunstancias no deben llevar a excluir la procedencia de la indemnización de las cantidades que allí se reflejan pues es indudable que se trata de perjuicios derivados de aquel acuerdo municipal de 2 de octubre de 1991 que indebidamente suspendió la efectividad de la licencia de 1988 –acuerdo de suspensión que fue anulado en la sentencia de 27 de julio de 1993, luego confirmada en casación por sentencia de este Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1999– y es igualmente indudable que la compensación por tales gastos, una vez producida su acreditación, tiene cabida en el enunciado de perjuicios indemnizables que se hace en la citada sentencia de 24 de diciembre de 1999.

QUINTO.- Las consideraciones expuestas en los apartados anteriores llevan a concluir que el auto de la Sala de instancia de 4 de junio de 2007 debe ser casado y anulado, pues la indemnización que allí se fija no guarda correspondencia con lo resuelto por sentencia; y que, en su lugar, la indemnización que el Ayuntamiento de Málaga debe satisfacer a Netrobil, S.A. debe quedar cifrada en la cantidad de 7.673.423 pesetas (46.118,20 euros), más los intereses legales correspondientes al importe de cada una de las minutas y documentos de pago que integran aquel capítulo computados desde la fecha indicada en cada uno de esos justificantes (documentos nº 1 al 16 aportados por la recurrente con su escrito de 24 de julio de 2000) y hasta la fecha en que se dicta el auto aquí recurrido (4 de junio de 2007).

Podría crearse una apariencia de reformatio in peius habida cuenta que el auto recurrido fija una indemnización de 66.897,39 euros, y ahora, habiendo sido acogido el recurso de casación de Ne-

trobil, S.A., declaramos su derecho a percibir una indemnización cuyo principal asciende 46.118,20 euros. Debe notarse, sin embargo, que en la liquidación que presentó el Ayuntamiento de Málaga, y que el auto recurrido acoge, ya incluye el cómputo de intereses legales, de modo que la expresión "con los correspondientes intereses legales" que se utiliza en la parte dispositiva del auto, aunque no se especifica allí la fecha de inicio del cómputo de tales intereses, sólo cabe entenderla referida a intereses devengados con posterioridad a aquellos otros que ya están liquidados e incluidos en el importe de 66.897,39 euros. En cambio, la cantidad de 46.118,20 euros que ahora declaramos procedente refleja únicamente el principal de la deuda, debiendo ser incrementada con la totalidad de sus intereses computados en la forma que hemos señalado en el párrafo anterior, lo que habrá de arrojar un resultado indemnizatorio superior al contemplado en el auto recurrido. En todo caso, aquella cifra de 66.897,39 euros constituye un límite mínimo, por lo que la cantidad resultante de lo aquí razonado no podrá ser inferior a dicho importe.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede imponer las costas del incidente de ejecución de sentencia a ninguno de los litigantes, corriendo cada parte con las suyas en lo que se refiere a las de la casación.

## FALLAMOS

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de NETOBRIL, S.A. contra el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de 4 de junio de 2007 que fija el importe de la indemnización a satisfacer en ejecución de la sentencia recaída en el recurso contencioso-administrativo 1133/92, quedando ahora anulado y sin efecto el mencionado auto.



2. Fijar como indemnización que el Ayuntamiento de Málaga que debe satisfacer a Netrobil, S.A. en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 46.118,20 euros, habrá de ser incrementada con los intereses legales correspondientes al importe de cada una de las minutas y documentos de pago que integran ese importe total, computados desde la fecha indicada en cada uno de esos justificantes (documentos nº

1 al 16 aportados por la recurrente con su escrito de 24 de julio de 2000) y hasta la fecha en que se dictó el auto aquí recurrido (4 de julio de 2007).

3. No hacemos imposición de costas causadas en los incidentes planteados ante la Sala de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en lo que se refiere a las del recurso de casación.

## Comentario:

Andrés López Jiménez

Una sociedad anónima malagueña se sintió perjudicada por determinados acuerdos del Ayuntamiento que modificaba en 1991 una licencia concedida en 1988. Tras el correspondiente recurso la Sala del TSJ dictó sentencia el 27/07/1993 declarando la nulidad del acuerdo municipal, aunque mantuvo la suspensión de los efectos de la licencia, y (en lo que ahora importa) condenando a la Administración a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. Contra esta sentencia se interpusieron recursos de casación por ambas partes, resuelto por sentencia de 24/12/1999, que fueron desestimados. Se declaró que unas partidas indemnizatorias no existían (“mayor coste de edificación”, por no haberse realizado; “lucros cesantes”, por descansar en “hipotéticos usos de edificaciones inexistentes en el momento en que la sentencia se dicta”), pero que “de modo indubitado se han causado perjuicios graves al actor, entre otros los que, lógicamente, habrán de computarse los que se deriven del segundo proyecto, que ha devenido en inútil, y la res-

ponsabilidad efectivamente contraída y exigida por el incumplimiento del contrato de ejecución de la obra amparada en la licencia de 1988. Además de estos perjuicios, serán procedentes los que se acrediten en ejecución de sentencia, para cuya determinación cuantitativa y cualitativa, no hay otro límite, como no podía ser de otro modo, que su acreditamiento en el momento de la resolución del incidente que en ejecución de sentencia se produzca”.

La sociedad se creyó el reseñado pronunciamiento y el 24/07/2000 instó la ejecución pidiendo una indemnización de más de 600 millones de pesetas, más sus intereses (incluía los gastos del segundo proyecto, la indemnización a la constructora por la paralización de las obras, el sobrecoste de la construcción, y las rentas dejadas de percibir durante 12 años. No hubo respuesta judicial alguna, y reiteraron la petición el 04/06/2003. Ahora sí se da traslado al Ayuntamiento que cuantifica los daños y perjuicios en poco más 60.000 euros (solo



los gastos efectivamente desembolsados). Finalmente, la Sala d el TSJ resuelve por auto d e 04/06/2007, fijando el daño en la cantidad ofrecida por el Ayuntamiento.

Contra ese auto se interpone recurso de casación, que da lugar a la STS, 3º, 25/05/2009, ponente D. Eduardo Calvo Rojas, que es origen del presente comentario.

Pues bien, se rechazan, de nuevo, todas las partidas que no sean facturas, dando por reproducidas y reproduciendo textualmente, lo que ya se dijo en la anterior sentencia de 1999, y se añade, para sorpresa general, que el daño efectivo es inferior al ya reconocido, cifrándolo en 46.118,20 euros, más intereses.

Se incluye un párrafo que rechaza la “apariencia de reformatio in peius”, por cuanto en la cantidad reconocida por el Ayuntamiento se incluían intereses.

Tras casi 20 años de reclamaciones es tranquilizador redescubrir que las empresas que se quedan sin poder hacer algo para lo que tenían licencia municipal, por revocación anulada de ésta, solo tienen realmente derecho a ser resarcidos en las facturas abonadas. Nada más. Todo perjuicio que no implique un efectivo desembolso, parece no existir para la sala tercera. La interpretación de la plena indemnidad por nuestros tribunales, junto con la agilidad en la respuesta, contribuye poco a mantener la confianza en la seguridad jurídica y en la tutela efectiva.

# perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes



En la Sentencia de 16 de Diciembre de 2008, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, –ponencia del Excmo. Sr. Xiol Rios– se contiene una certera concreción de su doctrina sobre la concurrencia de causas, veamos el supuesto de hecho: El 3 de agosto de 1997 un automóvil propiedad de la actora era conducido por su esposo, también demandante, detrás de varios vehículos en el mismo sentido y por el mismo carril. El demandado conducía, más atrás, otro vehículo que inició una maniobra de adelantamiento, rebasando al menos tres vehículos, cuando un coche desconocido, que circulaba en la fila detrás del primer vehículo, puso el intermitente para adelantar y empezó la maniobra, de la que desistió al observar adelantando al que conducía el demandado. El conductor demandado, en una maniobra evasiva, provocó la colisión con la parte posterior del vehículo de la actora, que produjo el desplazamiento de ambos vehículos hacia la parte izquierda de la calzada, de la que ambos se salieron y chocaron contra troncos de pinos. La actora reclamó contra el conductor demandado y su aseguradora por daños corporales de la hija, y materiales en el vehículo de su propiedad. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y estimó la demanda por considerar que, con independencia de la culpa en que pudo incurrir el conductor desconocido, lo cierto es que al conductor demandante no se le puede atribuir ninguna culpa, por cuanto circulaba correctamente y su vehículo fue acometido por el vehículo del demandado, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para maximizar la cobertura en lo posible de las consecuencias dañosas, ha ido quitando importancia, en el campo sustantivo, a la teoría de la culpabilidad, y en el campo procesal se ha ido imponiendo la inversión de la carga de la prueba. La particularidad de la recíproca colisión entre los vehículos de motor no reside en una supuesta alteración de las reglas sobre carga de la prueba o en la alteración de los criterios de imputación establecidos en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor 1995, sino



**en la necesidad de determinar a cuál de los dos corresponde la eficiencia causal en la producción del daño, o si ésta debe ser distribuida entre ambos por haber actuado concurrentemente, pero no supone obstáculo alguno a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por daños corporales que contempla la LRCSVM 1995, ni al principio de responsabilidad por riesgo –art. 1.1. LRCSVM– en los daños materiales.**

“B) Procede examinar, en primer lugar, la responsabilidad que se atribuye al conductor demandado por los daños corporales causados a la hija de la actora que viajaba en el vehículo con el que se produjo la colisión.

El art. 1.1 I y II LRCSVM 1995 establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción.

El régimen de responsabilidad por daños personales derivados de la circulación (artículo 1.1 II LRCSVM 1995) solamente excluye la imputación cuando se interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado (cuando los daños se deben únicamente a ellas) o una fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo, salvo, en el primer caso, que concorra también negligencia del conductor, pues entonces procede la equitativa moderación de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización (artículo 1.1 IV LRCSVM 1995).

En el caso de que el accidente de circulación se produzca entre dos vehículos debe interpretarse que el principio de responsabilidad objetiva por riesgo comporta el reconocimiento de la responsabilidad por el daño a cargo del conductor del vehículo que respectivamente lo ha causado, pues resulta evidente que en este supuesto no puede hablarse con propiedad de compensación

de culpas, sino que únicamente puede examinarse la concurrencia de causas en la producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos intervinientes.

En el caso examinado el conductor demandado, en una maniobra evasiva, provocó la colisión con el vehículo propiedad del conductor, el cual circulaba correctamente. No cabe duda, en consecuencia, de que el daño fue causado íntegramente por el vehículo propiedad de la actora, y no se ha demostrado la concurrencia como causa excluyente de la imputación, y con ello de la responsabilidad, de negligencia del perjudicado ni la concurrencia de una causa mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo. De los hechos que considera probados la sentencia de apelación se desprende, en efecto, que se ha justificado únicamente que un vehículo desconocido provocó una maniobra evasiva, pero no se ha probado que el expresado vehículo interviniese en el accidente como causa determinante con independencia de la conducta del conductor demandado, del que aparece que efectuaba una maniobra de adelantamiento sucesivo de varios vehículos, necesitada de una especial prudencia, y que al realizar la maniobra evasiva perdió el control del que conducía, acometiendo de esta forma al que circulaba correctamente.

C) No se contradice, en consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se cita, integrada por sentencias que aplican la legisla-

ción anterior a la entrada en vigor de la LRCSVM 1995, toda vez que, introducida por esta ley de manera franca el principio de responsabilidad objetiva por los daños corporales, la virtualidad de esta jurisprudencia radica en la necesidad de tomar en consideración la concurrencia causal de uno y otro vehículo en la producción del accidente cuando la colisión se ha producido entre ambos, pero no de alterar la carga probatoria en relación con una presunción de culpa entendida en un sentido subjetivo que la ley no contempla.

D) Procede examinar, en segundo lugar, la responsabilidad que se atribuye al conductor demandado por los daños materiales causados en el vehículo con el que se produjo la colisión.

En el caso de colisión entre los vehículos, según la jurisprudencia invocada por la parte recurrente, la única alteración significativa resulta, como se ha expuesto, de que, al encontrarse los conductores en la misma situación, se anulan las consecuencias de la presunción de culpabilidad en el sentido de que ésta no puede operar únicamente respecto de uno de ellos frente al otro; pero surge la necesidad de determinar en cuál de los dos se aprecia negligencia o una contribución causal en la producción del daño suficiente para presumir la existencia de culpa salvo prueba en contrario, o si la responsabilidad debe ser distribuida entre ambos por haber actuado concurrentemente en virtud de un principio de compensación de culpas. Esto no supone obstáculo alguno a la aplicación del principio de responsabilidad subjetiva ni a las particularidades de imputación de responsabilidad inherentes a las actividades que generan riesgos, según el sistema que establece la LRCSVM 1995.

En suma, la consecuencia práctica que, en el caso enjuiciado, procede adoptar en el examen de la responsabilidad por los daños materiales causados no difiere de la formulada en relación

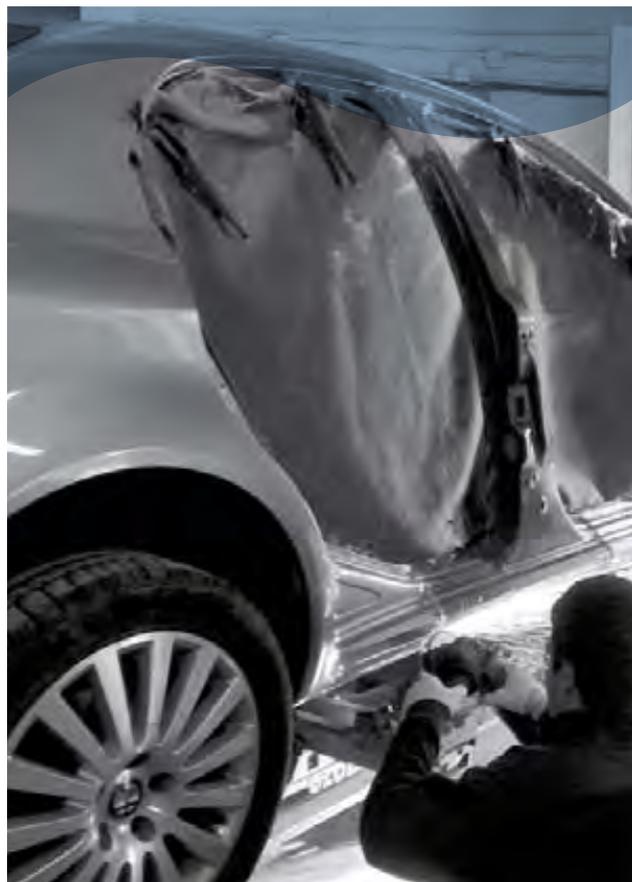


con los daños corporales. En efecto, de los hechos que considera probados la sentencia de apelación se desprende que se ha justificado únicamente que un vehículo desconocido provocó una maniobra evasiva, y que su conductor pudo incurrir en negligencia, pero no se ha probado su contribución causal a la producción del accidente suficiente para convertir en irrelevante la conducta del conductor demandado. La circunstancia de haberse producido la colisión entre dos vehículos es insuficiente, en estas circunstancias, para enervar la negligencia que cabe presumir en el conductor demandado, el cual efectuaba una maniobra de adelantamiento sucesivo de varios vehículos, necesitada de una especial prudencia, y al realizar la maniobra evasiva perdió el control del que conducía, acometiendo de esta forma al que circulaba correctamente”.



**El coste del alquiler de un vehículo de sustitución durante el tiempo empleado por el taller en la reparación del propio vehículo, no siempre se paga; más aún cuando el retraso no le es imputable al propietario, pero menos aún a la actora, sino a la dirección del taller. Así lo recoge la sentencia nº 155/09, de 27 de marzo de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada –Ponente Excmo. Sr. Jiménez Burkhardt–:**

“No obstante la evidencia que supone la desproporción existente entre los daños causados al vehículo asegurado y los 45 días que se dicen empleados para su reparación. y consecuente paralización. encuentra justificación en la sentencia apelada la reclamación del importe del arrendamiento del vehículo de alquiler. empleado como sustitución del siniestrado, en el hecho de la demora producida, no solo en la recepción de las piezas necesarias para la reparación, sino en el hecho de haber sido necesario pedir nuevas piezas cuando, estando ya el vehículo reparado y listo para ser entregado, se cayó en la cuenta de que había otras piezas rotas que también hubo que reparar, circunstancias que motivaron el retraso en la entrega y que considera no son imputables a la actora. Pero sin perjuicio de reconocerse que ese retraso no pudo ser imputable a la actora, desde luego también se puede afirmar que tampoco lo fue de la aseguradora y que, en todo caso, lo sería de la dirección del taller de reparación, que no actuó con la diligencia debida al permitir que la Salida prevista del taller se viera truncada por la aparición de otras piezas rotas que es evidente tuvieron que ser detectadas en el examen preliminar del vehículo o durante su reparación, pues tiempo se tuvo para ello. Además, resultando que el taller aparece como "servicio oficial" Ford, no deja de ser creíble que la llegada de unas Piezas de repuesto se demorase hasta tal punto cuando de un servicio oficial se trataba. Por ello. no habiendo cumplido la entidad actora la carga de prueba que la incumbía ex Art 217 LEC en cuanto a la realidad de los días de paralización y no constando que, no obstante la demora, hiciese gestión algu-



na cerca del taller para agilizar la reparación, resulta evidenciado que se ha de estar a la prueba proporcionada por la aseguradora demandada, en cuanto que acredita que una reparación de aquellas características no puede exceder de setenta horas, o nueve días, siendo éstos lo que en buena lógica han de ser considerados como suficientes para la reparación y consiguiente paralización .y resultando que si por 42 días de alquiler (22-3-2007 a 2-5-2007) se facturaron 1.040 euros, por nueve días habrían de ser 222-84 euros, siendo ésta la suma en que la entidad actora ha de ser indemnizada.”



**La Sentencia Audiencia Provincial Asturias núm. 52/2009 (Sección 5), de 17 febrero, no comparte la opinión del Tribunal Supremo expuesta en la reciente sentencia de 1 de abril de 2009, comentada en el apartado de jurisprudencia por nuestro presidente Mariano Medina Crespo:**

En consecuencia, tratándose las partidas solicitadas, salvo la referida al daño moral de los parientes, de unas indemnizaciones cuyo derecho a ellas había ingresado ya en el caudal de Don Florian, sus herederos tienen derecho a las mismas. En este sentido, como señala la sentencia del TS de 1 de julio de 1.981, hay que distinguir cuando los titulares de la indemnización fundamentan su derecho, no en ser herederos, sino en ser perjudicados por el fallecimiento, lo que ocurre en el supuesto de muerte inmediata o instantánea tras el accidente, pues en tal caso no se considera que el derecho de indemnización haya ingresado en la herencia de la víctima a efectos de su transmisión y sí en cambio se reconoce a favor de los más próximos parientes, cónyuge, viudo e hijos, una acción de indemnización por el hecho de la muerte, derecho originario para cuyo ejercicio no se necesita ser heredero del fallecido, porque se entiende que la indemnización no llegó a formar parte del caudal relicto y por tanto no fue transmitido a sus herederos, siendo esa situación totalmente distinta a aquella en que la muerte no se ha producido de forma instantánea, en cuyo caso la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el lesionado se transmite a sus herederos por haber entrado el derecho a aquella en su caudal relicto, y así en la sentencia de la Secc. 7ª de esta Audiencia Provincial de 9-4-02, en un supuesto que presentaba analogía con el de autos, se declaró: “Y es que por los recurrentes se introduce en el debate una rancia polémica no resuelta definitivamente por la doctrina cual es qué deben entenderse por derechos personalísimos y si el derecho al resarcimiento del daño sufrido en el propio cuerpo lo es.

Como se sabe, el Art. 659 del CC, relativo al contenido de la herencia (entendida en sentido objetivo, como masa hereditaria (Art. 1035 del CC) se limita a una formulación general declarando que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte dejando para cada caso la decisión sobre su integración o no y así y en principio, pueden y deben comprenderse los derechos patrimoniales, (pero no todos, pues algunos se extinguen con la muerte del titular como ocurre con el usufructo vitalicio Art. 531 CCo el derecho de uso y habitación Art. 525 CC) pero también derechos de carácter extrapatrimonial, derechos de la personalidad o inherentes a la persona, en los que también, puede suceder por decisión de la Norma (como el derecho moral de autos Arts. 15 y 16 LPlo el ejercicio de acciones para impugnación de la paternidad o filiación Arts 132, 133, 136 6 137 CC).

Esto así, si bien puede afirmarse que el derecho a la integridad física es un derecho inherente a la personalidad la cuestión que aquí se debate no es ésta sino la de si el derecho al resarcimiento derivado del daño causado por la conducta negligente de otro y de la contravención del principio del deber de no dañar es derecho de contenido patrimonial o no cuando de daños personales se trata.

En este sentido, el CP publicado por Decreto de 14-9-1973 (RCL 1973, 2255 y NDL 5670), derogado por el vigente Cuerpo legal, resolvía, sin necesidad de profundización alguna, el dilema al declarar su Art. 105 que el derecho del perjudicado se transmitía a sus herederos.



El actual CP nada dice al respecto por lo que cobra toda su vigencia lo dispuesto en el Art. 659 del CC.

Así las cosas, el Art. 76 de la LCS regula la “acción directa” del Tercero perjudicado, frente a la entidad aseguradora, a ser indemnizado en los daños y perjuicios causados por el asegurado (Art. 73 LCS [RCL 1980, 2295]) y declara este derecho al resarcimiento tanto respecto del perjudicado como de sus herederos y otro tanto cabe decir respecto de la regulación relativa al seguro obligatorio de automóviles al venir contemplada en el art. 6el derecho a la acción directa tanto del propio perjudicado como sus herederos, todo lo cual ha dado pie a un sector de la doctrina a declarar el carácter netamente patrimonial de ese derecho al resarcimiento lo que es cabal

pues se comprende que, siendo la figura de la acción directa un remedio excepcional, de disposición legal, para que el tercero perjudicado no se vea afectado por la relatividad de los contratos pudiendo dirigirse directamente frente al asegurador para el supuesto de que el asegurado sea responsable del daño que le fue causado (STS 17-5-2000 [RJ 2000, 6222]) ninguna necesidad había de referirse a los herederos si no es que se da por presupuesto la patrimonialidad del derecho al resarcimiento.

A mayores, sabido es que en caso de muerte o fallecimiento de una persona por el hacer de otro, se ha decantado la Sala del TS por entender que el derecho al resarcimiento no se reconoce a los herederos sino a los perjudicados y por iure propio (STS 4-5-83 [RJ 1983, 2622]) pero también lo es que el

Alto Tribunal sigue ponderando la posibilidad de la sucesión ex iure hereditatis y así cuando en el perjudicado concurre la condición de heredero, no ha dudado en declarar su legitimación para reclamar por esa doble condición (así STS 4-11-99 [RJ 1999, 8860]) lo que, cuando nos referimos a la condición de heredero, tanto significa como que se supone el carácter patrimonial del daño relativo a la afectación de la integridad física de las personas.”.

Consideración aparte merece el tema del daño moral de Don Florian. Sobre esa cuestión ya se pronunció esta Sala en su sentencia de 21 de abril de 2.006, en la que se declaró: “En este punto, nos encontramos con que existen sectores doctrinales que estiman que ese daño, en cuanto se trata de daño moral, su reparación no es transmisible, pues con la indemnización en este supuesto se pretende compensar el sufrimiento de quien lo padece.

Transmisibilidad por la que parece decantarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 19-06-03. Pero

es que aún los sectores que parten de la intransmisibilidad de la acción por el daño moral admiten como excepción el supuesto en el que el dañado hubiere expresado fehacientemente antes de morir su voluntad de reclamar una indemnización, y esto es lo que ha ocurrido en el caso de litis, en el que no puede ignorarse que fue el propio Sr. Robledo, quien tras sufrir la intoxicación alimentaria, el que interpuso una denuncia, sucediéndole en el procedimiento penal tras su fallecimiento, a través del oportuno personamiento, tanto su esposa como la hija que acciona en este proceso. Y en análogo sentido se puede citar el art. 6 de la Ley de Protección al honor, la intimidad y la propia imagen que prevé que si el titular fallece sin haber podido ejercitar la acción, por las circunstancias en que la lesión se produjo podrán ejercitarla las mismas personas mencionadas en el artículo 4º de la citada Ley, con el mismo efecto que el del art. 6, esto es que la indemnización queda comprendida en la herencia del fallecido.” Supuesto que como se observa de la lectura de las diligencias penales es el que se da en el presente caso”.



**El hecho de que una aseguradora consigne una cifra a favor de una lesionada, haga seguimiento médico e incluso asuma el pago de gastos médicos, no le impide rechazar el siniestro al acabar sus averiguaciones, si estas le llevan a concluir su inexistencia –Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de dos de junio de 2009–:**

“...si bien la entidad aseguradora promovió expediente de consignación de una determinada cantidad de dinero en concepto de indemnización por los daños corporales sufridos, e impulsó el seguimiento médico de la estabilización lesional y asumió el pago de determinados gastos médicos, ha de tenerse en cuenta que estas actuaciones suponen la debida actuación exigible ante la existencia de un parte por siniestro ocurrido con motivo de la circulación , pero no puede sostenerse que la puesta en marcha de tales medidas impida a la entidad aseguradora

rechazar el siniestro cuando el resultado definitivo de las correspondientes comprobaciones lleva a la conclusión de que no consta su acaecimiento como aquí ocurre.”





**Sin duda, la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo contribuye eficazmente a concretar el alcance de la Ley y el proceso del Tribunal del Jurado. En la Sentencia N° 499/09, de 18 de mayo, además de establecer la imposibilidad de ampliar el hecho justiciable a personas, sino solamente a hechos, ni de, por vía de apelación, modificar el auto imputando a personas distintas, aborda el debate –citando a la tela de Penélope– de “la irrecurribilidad de las sentencias absolutorias dictadas por el jurado, cuando el absuelto ha sido sometido a juicio con todas las garantías y sin defectos procesales de fondo”:**

“En relación con la tutela judicial efectiva, está íntimamente conectada con el núcleo del recurso, ya que lo que pone de relieve es que la Sala de Apelación del Tribunal Superior de Justicia, al anular parte de las actuaciones y retrotraerlas al momento de dictarse la providencia de 13 de Septiembre de 2007, por la que se denegaba la inclusión de la madre en el Auto de hechos enjuiciables, ordena devolver los autos a la Audiencia de origen para que, previa designación de Magistrado-Presidente de un nuevo jurado, es decir, un nuevo Magistrado-Presidente, dicte Auto que resuelva la cuestión previa, no dice, como es lógico, en que sentido, lo que implica respetar la libertad de criterio del nuevo Magistrado-Presidente.

10.- Ello resulta inoperante e innecesario, porque si el Magistrado- Presidente, esta vez por Auto, mantiene la exclusión de la madre del Auto de hechos enjuiciables, la cuestión resulta reiterativa y se asemeja a la tela de Penélope. Se volvería a juzgar al acusado, ahora recurrente, por los mismos hechos por los que ha sido absuelto y en las mismas condiciones de delimitación de la acusación, dando paso, como dice la sentencia de Apelación, a nuevo jurado que rompería la unidad del proceso. Tanto si se mantienen las mismas condiciones o se incluye como imputada a la madre del acusado, se le coloca a éste último ante un nuevo jurado, dando lugar a un doble enjuiciamiento por hechos por los que ya había sido absuelto, decisión cuya legalidad y acierto la Sala de

Apelación no cuestiona. Se limita a declarar que se incluya un nuevo acusado.

11.- La cuestión nos lleva al debate, nunca abordado por nuestro sistema, de la irrecurribilidad de las sentencias absolutorias dictadas por el jurado, cuando el absuelto ha sido sometido a un juicio con todas las garantías y sin defectos procesales de fondo. Cabe señalar que, en todo caso, el sobreseimiento respecto de la madre fue provisional, por lo que la sentencia absolutoria es inamovible al no encontrarse causa de anulación relativa al acusado. Este sobreseimiento provisional podría dar lugar a una serie de peticiones por parte de la acusación particular, sin perjuicio de que, dada la especial peculiaridad de este caso, crimen en un recinto en el que sólo había dos personas, el acusado, su madre y el muerto, al no poder ser juzgado de nuevo el absuelto, la autoría estaría indeleblemente asociada a la madre que no tendría derecho a un juicio justo y dispondría de escasas, por no decir nulas, posibilidades de defensa”





**La Sentencia nº 40/09, de 16 de mayo de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el tristemente célebre caso “Yakolev” si en el plano penal, es interesante, en sede de responsabilidad civil, y daño moral, contiene interesantes planteamientos, incluyendo la razón por la que exonera a las compañías aseguradoras en liza:**

“5.- Responsabilidad civil. 5.1. Daño moral.

Se trata de fijar la indemnización del daño moral derivado de la prolongación del duelo complicado que sufren las familias de los militares fallecidos como consecuencia de las falsas atribuciones de identidad. La existencia del daño moral en el presente caso deriva de manera directa y natural en el caso de las familias de los 30 cadáveres falsamente identificados.

No ocurre lo mismo respecto de las familias cuyos finados estaban correctamente identificados, porque el daño moral tiene que derivar del hecho ilícito, de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima (expresión de la STS 1366/2002, 22 de julio).

Por ello, aunque el Tribunal comparte el dolor de las familias y es consciente de que aquellas cuyos parientes estaban correctamente identificados han sufrido cierta zozobra, inquietud o desazón al enterarse de que había identificaciones erróneas, no puede establecer indemnización a favor de las mismas, pues el daño que han sufrido no deriva del hecho ilícito aquí enjuiciado. No son víctimas de este delito y, en consecuencia, no procede establecer indemnización a su favor.

En lo que se refiere a la cuantía de la indemnización, teniendo en cuenta que el único perito que depuso sobre el particular en la vista oral —el psicólogo Sr. Barbero— aclaró que el “duelo complicado” se produce en todos los casos de pérdida repentina y traumática de un familiar, a falta de prueba concre-

ta sobre una mayor incidencia sobre unos u otros familiares, se fija como cuantía única la de 10.000 € que se entregará a los herederos de los fallecidos falsamente identificados, bien entendido que el concepto herederos sólo delimita los destinatarios de la indemnización conforme al orden de preferencia que para la sucesión intestada establece el Código Civil, pero que la división material de la cantidad no se ha de efectuar conforme a las normas sucesorias civiles sino por partes iguales entre los concurrentes.

5.3. Ausencia de cobertura por los seguros del hecho origen de la indemnización.

El Ministerio Fiscal pidió que se declarara, además de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la responsabilidad civil de la Cía de Seguros Zurich España, aseguradora del Ministerio de Defensa en la póliza con efectos desde el 1 de abril de 2008 a 31 de marzo de 2009.

Ninguna de estas pretensiones puede ser acogida, pues con independencia de cualquier otro argumento (como la imposibilidad de asegurar las consecuencias de un hecho ya ocurrido y por lo tanto cierto), el daño moral que es objeto de indemnización en el presente caso está fuera de la cobertura de los seguros suscritos por el Ministerio de Defensa por no tratarse de un daño moral consecutivo a un daño corporal y también está excluido de la póliza suscrita a título particular por el capitán Sáez.

...que impiden considerar dentro de la cobertura del seguro el daño moral autónomo o no derivado



de un daño corporal en el ejercicio de la actividad sanitaria militar.

Por último, en la póliza suscrita por la Inspección General de la Defensa con Zurich para el período del 1 de abril de 2008 al 31 de marzo de 2009, también se define el daño moral como el derivado de un daño corporal (cláusula 4.8, folio 4837), por lo que no está cubierto por el seguro el hecho del que deriva la indemnización de la que tratamos.

5.4. Conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 116 CP, el condenado Vicente Carlos Navarro

Ruiz deberá indemnizar a los herederos de cada uno de los 30 militares fallecidos inverazmente identificados en la cantidad de 10.000 € con el alcance ya expuesto.

En el caso de que el referido Navarro Ruiz no satisficiera dicha indemnización, responderán de ella, con carácter solidario entre sí, los condenados como cómplices José Ramón Ramírez García y Miguel Ángel Sáez García, sin perjuicio de la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio de Defensa respecto de todos ellos (artículos 116.2 y 121 CP)".



**Constituye un premio a la tenacidad, la Sentencia nº 110/09 de 18 de mayo de la Sección 4ª del Tribunal Constitucional, sobre la no extemporaneidad de un recurso de apelación, y el correcto cómputo de los plazos procesales:**

“... el derecho invocado resulta en todo caso vulnerado, por incurrir en evidente irrazonabilidad su interpretación de los preceptos aplicables al caso -el art. 790.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LE-Crim), en conexión con el 182.1 y 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que determinan con absoluta claridad que en el cómputo del plazo de días para la interposición del recurso de apelación debían excluirse los días inhábiles. Resulta, en efecto, que, admitido por la Audiencia que la Sentencia de instancia fue notificada a los demandantes el 13 de junio

de 2005 (FJ 2 de la Sentencia) y que "el 23 de junio era el último día que tenía para presentar" el recurso de apelación (providencia), sólo es posible interpretar -como hacen los demandantes y el Ministerio Fiscal- que la Audiencia Provincial considera que el plazo de diez días que para la interposición del recurso de apelación establece el art. 790 LECrim debe computarse en días naturales, lo cual resulta manifiestamente irrazonable a la vista del sentido de los arts. 182.1 y 185 LOPJ, como, de hecho, significara para un asunto similar la STC 133/2000, de 16 de mayo, FJ 4”.



**Acerca de la trascendental teoría Jurisprudencial iniciada en la Sentencia 167/2002 de 18 de septiembre, que impone que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público -con posibilidad de contradicción-, de modo que cuando la apelación se plantee contra un sentencia absolutoria y el motivo concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitada por la valoración de pruebas personales, de las que dependen la absolución o condena, será necesaria la celebración de vista pública; es importante la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, nº 108/09, de 11 de mayo:**

“En consecuencia, y a sensu contrario, no será de aplicación dicha doctrina, y no estaremos por tanto ante la lesión del derecho fundamental al proceso con todas las garantías, "cuando la condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de pruebas documentales, porque, dada su naturaleza, no precisan de intermediación" (por todas STC 75/2006, de 13 de marzo,

FJ 2); ni tampoco "cuando la condena en segunda instancia se fundamenta en una distinta calificación jurídica de los hechos declarados probados" (por todas STC 347/2006, de 11 de diciembre, FJ 5); en definitiva, cuando "no [se] altera el sustento fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios



probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales" (por todas STC 15/2007, de 12 febrero, FJ 2).

En resumen, respecto de la lesión del derecho al proceso con todas las garantías por la condena en segunda instancia sin celebración de nueva vista y con modificación de hechos probados hemos mantenido la necesidad de la inmediación cuando aquélla se basa en pruebas personales (STC 180/2008, de 22 de diciembre FJ 2), pero no cuando se trata de pruebas objetivas, como la documental, ni tampoco cuando la nueva condena se basa en consideraciones estrictamente jurídicas debidamente exteriorizadas.

... el Juez ad quem –como hemos visto– dijo basarse exclusivamente en el atestado para emitir su juicio de experiencia (fundamento jurídico primero: "datos objetivos y objetivables"), y concluir en la culpabilidad del Sr. Gavril Camaras. Sin embargo basta un mero repaso de los indicios objetivos del atestado de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, base de la condena, para apreciar que el mismo se limita a aportar datos de los vehículos, de los lesionados, de la calzada, de las vías y del posicionamiento final de los móviles, datos que al constar en un atestado no ratificado ante el órgano judicial, carecen de la condición procesal de prueba y además tampoco por sí solos conducen a una conclusión unívoca acerca de la mecánica de los hechos, y menos aún, naturalmente, a la culpabilidad penal del Sr. Gavril Camaras, debiendo concluir que, con dichos datos, igual se podría haber construido la responsabilidad de uno o de otro interviniente.

..., no es solo que el atestado constituya un medio insuficiente de prueba, sino que los datos indiciarios de los que el juzgador extrae su juicio de que "el recurrente fue responsable de una infracción penal de lesiones y daños por imprudencia", y la forma en que lo hace, resultan insuficientemente articulados e inconcluyentes en la resolución condenatoria a efectos de destrucción de la presunción de inocencia".



**Siempre se ha afirmado que en el uso de la palabra el letrado ha de ser extremadamente cauto y responsable, y es cierto, véase sino el supuesto de la Sentencia nº 39/09 de 9 de febrero de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional, en el que, finalmente, se deniega el amparo a una compañera frente a una sanción de un colegio por imputar a una magistrado de Juzgado de Familia, parcialidad por la amistad más que pública y notoria con la letrada de “su parte contraria”:**

“Ciertamente tiene razón la demandante cuando subraya el contexto de defensa procesal de las afirmaciones por las que fue sancionada. Se observa así el presupuesto de legitimación de las mismas ex libertad de expresión en el ejercicio de la defensa, pues la amistad “más que pública y notoria” que se atribuía a la Magistrada y a la Abogada de la otra parte se incardinaba en el seno de una queja por el modo desigual en el que se había admitido y practicado las pruebas y por el hecho de que la Magistrada no se hubiera abstenido del conocimiento de la causa.

...sería necesario además que lo manifestado no fuera insultante o descalificador de las personas concernidas, y por ello lesivo de su honor y potencialmente atentatorio de la imparcialidad judicial, del libre ejercicio de la defensa letrada y, precisamente, del equilibrado desarrollo del proceso. Y esta segunda condición es la que no se observa.

...descalificación de parcialidad no se detiene en la resolución judicial, sino que se refiere personalmente a la Magistrada que la redactó ..., atribuyéndole una actitud de parcialidad subjetiva -de inclinación apriorística a una de las partes- no sólo respecto a la decisión interlocutoria que se criticaba, sino también respecto a otros procesos pasados e incluso futuros en los que tuviera participación la Abogada referida... late en la afirmación, realizada “en un escrito y, por tanto,

de forma reflexiva y consciente”..., “sin el calor inmediato que puede producirse en un debate oral” ..., una velada imputación de comportamiento judicial irregular que trasciende además al proceso en el que se aporta el escrito. Así lo entendió la aludida, que se querelló por calumnia. En estas circunstancias, el reproche atenuado que recibe la recurrente, una sanción de apercibimiento por escrito en atención sin duda a las finalidades de defensa perseguidas, no puede entenderse lesivo de la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada so pena de desfigurar el equilibrio constitucional de intereses que se concita en el proceso y en el que tal libertad tiene un papel preponderante pero no ilimitado ni único, ...

En tal conclusión abunda la incidencia de las expresiones objeto de sanción en el prestigio profesional de la Letrada aludida. La afirmación de su amistad “pública y notoria” con la Magistrada y la sugerencia de que tal amistad le había favorecido y le habría de favorecer en su actividad como Abogada ante la misma, supone, además de un condicionamiento indebido de su labor profesional, una descalificación en la deontología esencial que debe presidirla.

Hemos pues de concluir, tal como hacíamos en la STC 226/2001, de 26 de noviembre, que tildar de parcial cierta actuación judicial pasada, presente y futura por la intervención de determinada Letrada “entraña una descalificación perso-



nal... que no puede encontrar cobertura o justificación en la libertad de expresión del Letrado en el ejercicio de sus funciones. Las reseñadas son expresiones que resultan sin duda objetivamente ofensivas para un Juez en el desempeño de la función judicial... No es óbice para ello el opuesto por el Fiscal relativo a que la amistad íntima constituye una causa de recusación, por lo que su imputación por otro cauce no podría por ello convertirla en insultante. Lo que aquí sucede no es sin más la exteriorización de un motivo de recusación. Una cosa es plantear la posibilidad de que el Juez o Magistrado no reúna las condiciones

necesarias de imparcialidad o de su apariencia, y otra distinta, la aquí acaecida, es atribuir a la Magistrada una actuación parcial en el proceso en curso, y además en procesos anteriores, y augurar asimismo una conducta semejante en el futuro en relación con la intervención de determinada Letrada, y sugerir con todo ello la propia conciencia de tal supuesta parcialidad en la Magistrada y en la Letrada, con lo que comporta de descalificación radical de la propia función judicial, de la actuación profesional de la otra Letrada y de ruptura de las más elementales reglas de respeto intersubjetivo en la actividad procesal”.

# entrevista a...



**Jesús J. Tirado Estrada**



por M<sup>a</sup> Carmen Ruiz-Matas Roldán

Contamos en esta ocasión con la especial colaboración de don Jesús J. Tirado Estrada, Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, el cual ha escrito innumerables artículos sobre distintos temas relacionados con el derecho, así como ha colaborado también en distintas obras doctrinales, con un conocimiento técnico y jurídico que transmite de forma inmejorable en cada uno de sus trabajos. Próximamente podremos disfrutar de su exposición en el IX Congreso de nuestra Asociación, donde tratará el estudio de la STC 181/2000 y su extrapolación a los supuestos de muerte o lesiones permanentes.



**Como habitualmente hacemos desde este apartado, quiero aprovechar esta ocasión para preguntarle acerca de la opinión que le merece nuestra Asociación.**

Es tremendamente positiva por el rigor, la cualificación y la calidad técnica que viene acreditando en la actividad que despliega. Me consta que la Asociación está desarrollando una labor de extraordinaria importancia, tanto en la promoción de estudios, investigaciones y publicaciones relacionados con aspectos técnicos del Derecho sobre Responsabilidad Civil y Seguro, como en la difusión de las normas, jurisprudencia, doctrina y práctica existentes en dicha materia. También en este terreno me parece crucial la especialización y ésta tiene como presupuesto previo contrarrestar el conocimiento y el debate técnico con la praxis judicial, parcelas de la elaboración jurídica que permanentemente trabaja la Asociación.

**¿Podría explicarnos, qué funciones ejerce actualmente dentro de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional?**

Mi labor fundamentalmente se centra en la elaboración de dictámenes fundados en los recursos de amparo y las cuestiones de inconstitucionalidad que son planteados ante el Tribunal Constitucional. Dichos dictámenes se emiten en el curso de los diversos trámites de los procesos constitucionales a que unos y otras dan lugar (v. gr., admisibilidad, alegaciones sobre cumplimiento de requisitos procesales y cuestiones de fondo, solicitudes de suspensión o ejecución, interposición de recursos de súplica contra Providencias de archivo del TC, etc...).

**La Sentencia 181/2000 dictada por el Tribunal Constitucional supuso una controversia doctrinal y jurisprudencial desde un principio ¿porqué cree que aún en la actualidad no podemos contar con una interpretación unánime sobre la misma?**



En mi opinión, dicha Sentencia tiene un cierto carácter abierto en cuanto a su alcance, lo que ha propiciado que diversas posiciones puedan tener acogida sobre la base de su texto o incluso con apoyo en determinados aspectos de las tesis sostenidas en los votos disidentes. Desde distintas perspectivas se ha destacado el recorrido de algunas de sus aseveraciones que, contempladas aisladamente o enfatizadas según su versatilidad para servir a los propios postulados previos a su aparición, han dado lugar a interpretaciones dispares. La no utilización por el TC de las posibilidades, que permitía el art. 39.1 LOTC, de extensión de



guir según los casos y circunstancias concurrentes en cada supuesto. Es un hecho que, al respecto, existe una diversidad interpretativa judicial por las propias posibilidades que facilita lo que, para mí, es una deficiente regulación legal y esa sería la cuestión central a resolver. No creo que la solución definitiva al dilema venga de la mano de pronunciamientos del Tribunal Constitucional o de nuestros órganos judiciales. Creo preferible que nuestro Legislador intervenga pacificando lo que hoy se muestra como un escenario que propicia soluciones distintas, algunas de ellas patentemente contrarias a lo que demanda la justicia material, precisamente en un ámbito en el que la certeza, la uniformidad y la seguridad jurídica constituyen objetivos legítimos, pero en el que también el pleno resarcimiento es un valor crucial a garantizar. No resulta imposible conjugar los intereses en conflicto y el Legislador debe realizar un esfuerzo en tal sentido, esclareciendo los criterios de resolución mediante una reforma legal que aborde decididamente los problemas patentizados en la experiencia aplicativa del actual sistema de baremos.

### **¿Cómo podemos justificar jurídicamente dentro de nuestro sistema de valoración del daño corporal actual, la aplicación de la doctrina de la STC 181/2000 a los supuestos de lesiones permanentes y muerte?**

sus pronunciamientos a conceptos similares a los declarados parcialmente inconstitucionales de la Tabla V, apartado B, existentes en otras Tablas es un dato que permite la articulación de discursos interpretativos de diverso calado y sentido.

### **¿Estima que la indemnización en concepto de factor corrector por perjuicios económicos y el lucro cesante son compatibles dentro del sistema de valoración del daño corporal?**

Considero que, partiendo de la doctrina constitucional sentada en la STC 181/2000 cabría distin-

Me parece evidente que una postura favorable a la extensión o extrapolación a los supuestos de muerte y lesiones permanentes de la doctrina de la STC 181/2000 tendría como basamento la consideración de la existencia de una identidad sustancial de los conceptos o factores de corrección designados positivamente como “perjuicios económicos” de las Tablas II y IV con los declarados parcialmente inconstitucionales del apartado B de la Tabla V. Ello permitiría estimar que los perjuicios probados por lucro cesante en los casos de culpa relevante del conductor fueran considerados como un factor de corrección extratabular. Sin embargo no pue-



de dejarse de subrayar que es posible constatar notables diferencias en cuanto a las posibilidades de prueba del lucro cesante en unos y otros supuestos (la forma de probatura del lucro cesante es muy distinta, pues en la tabla V se trata de un perjuicio ya producido, mientras que en las tablas II y IV se trata de daños futuros que deben ser probados mediante valoraciones de carácter prospectivo) y una distinta condición de los perjudicado (en una tabla el perjudicado no es la víctima, mientras que en las otras sí lo es). En su STC 258/2005, el Tribunal Constitucional esgrimió ya, en contra de la extrapolación a la Tabla II, el argumento de las diferencias en la aplicación y funcionamiento de las Tablas, siguiendo en esto, las consideraciones del Fiscal, quien puso de manifiesto la diferencia entre las tablas II y V.B tanto en referencia al evento generador de la responsabilidad civil (en un caso la muerte de una persona, en otra la lesión corporal con efectos de incapacidad temporal), como al sujeto acreedor al pago (en un caso, los perjudicados por el accidente que se especifican en la tabla I, cuyo derecho proviene de su relación con una persona fallecida; en el otro, el propio accidentado), y las previsiones específicas de circunstancias familiares especiales que son contempladas en la tabla II y no en la tabla V. En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional ya concluyó que no cabía trasladar a la tabla II los argumentos empleados en la STC 181/2000 respecto a la tabla V.B.

### **¿Qué opina sobre la aplicación del sistema de valoración del daño corporal a supuestos distintos a los derivados de accidentes de circulación?**

Es un hecho que nuestra praxis judicial ya lo viene haciendo en buena medida y, en general, las aportaciones de seguridad jurídica y uniformidad que ello conlleva me parecen valores positivos. Sin embargo, no cabe duda que el actual sistema de valoración del daño corporal por hechos de la circulación presenta deficiencias y disfunciones

que es necesario no reproducir en otros ámbitos. De ahí que la traslación en bloque de los principios y criterios que lo rigen pueda conllevar riesgos, por otra parte fácilmente corregibles bajo la aplicación de principios generales de pleno resarcimiento.

### **¿Qué opina acerca del proyecto sobre la creación de un sistema de valoración único de aplicación general a todas las materias?**

Personalmente es una opción legislativa tan legítima como la actual. En su favor cabría indicar que podría aportar valores añadidos en términos de equiparación, uniformidad y seguridad jurídica. Sin embargo, me preocupa la concreción normativa y la posibilidad de que ésta abarque con la debida suficiencia, flexibilidad y previsión la riqueza de las circunstancias que se dan en la realidad. En cualquier caso, desde luego, no es una exigencia constitucional que así se haga. Nuestro Tribunal Constitucional, en la referida STC 181/2000 ya se encargó de señalar que de la Constitución no se deriva que el instituto de la responsabilidad civil extracontractual tenga que ser objeto de un tratamiento normativo uniforme e indiferenciado ni la Norma fundamental contiene una prohibición por la que se impida al legislador regular sus contenidos, adaptándolos a las peculiaridades de los distintos contextos en que se desenvuelven las relaciones sociales. Lo importante es que la concreta regulación diferenciada no se articule a partir de categorías de personas o grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico ámbito o sector de la realidad social en que tiene lugar la conducta o actividad productora de los daños, operándose así en función de un elemento objetivo y rigurosamente neutro, que explica por qué esa pluralidad de regímenes jurídicos especiales se aplica por igual a todos los ciudadanos, es decir, a todos los dañados, sin que implique, directa o indirectamente, un menoscabo de la posición jurídica de unos respecto de la de otros.

# legislación



## Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo: Nuevo Reglamento General de Conductores

### DISPOSICIONES GENERALES

El texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, fue desarrollado por el Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo. Las múltiples modificaciones parciales que ha sufrido el citado Reglamento, como por ejemplo la última realizada mediante el Real Decreto 62/2006, de 27 de enero, que la adaptó al sistema del permiso y licencia de conducción por puntos, hace necesario dictar un nuevo Reglamento General de Conductores que sustituya al vigente y que facilite su conocimiento y aplicación.

Por otra parte, la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre, sobre el Permiso de Conducción, en aras de una mayor claridad, ha procedido a refundir las distintas mo-

dificaciones de la Directiva 91/439/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el Permiso de Conducción, que a su vez fue incorporada a nuestro derecho interno a través del vigente Reglamento General de Conductores.

La Directiva 2006/126/CE, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 30 de diciembre de 2006, señala como uno de sus primordiales objetivos profundizar en su afán armonizador de las normas sobre el permiso de conducción, perseguido ya, aunque más tímidamente, por la Directiva 91/439/CEE, de 29 de julio. Pese a los avances conseguidos desde entonces, subsisten diferencias significativas entre los Estados miembros, particularmente las relativas a la periodicidad en la renovación de los permisos de conducción, las subcategorías de vehículos o el modelo comunitario de permiso. En este último punto, hay que tener en cuenta que actualmente coexisten más de 110 modelos y es preciso establecer definitivamente



un modelo único, todo ello como elemento indispensable de la política común que contribuya a aumentar la seguridad de la circulación vial facilitando, además, la libre circulación de las personas que se establecen en un Estado miembro distinto de aquel que ha expedido el permiso.

Es, por tanto, objeto de este reglamento, por una parte, hacer un desarrollo actualizado de los artículos 5 párrafos a), b) y h) del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, tras su última modificación por la Ley 17/2005, de 19 de julio, y de parte de su Título IV, «De las autorizaciones administrativas», en concreto de los artículos 59, 60, 63, 64, 65 y 67 y, por otra, transponer a la normativa española la Directiva 2006/126/CE, de 20 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, en una manifiesta voluntad de asumir con celeridad los principios que la inspiran.

Son novedades y objetivos de la citada Directiva y, por lo tanto, de este reglamento:

El reconocimiento recíproco de los permisos de conducción expedidos por los Estados miembros, señalando períodos de vigencia más uniformes, diez años para las categorías AM, A1, A2, A, B y B+E y cinco años para las que autorizan a conducir camiones y autobuses, así como para el BTP, permiso válido sólo en el ámbito nacional que se incluye por vez primera y autoriza a conducir taxis y vehículos prioritarios y vehículos de transporte escolar de hasta 9 plazas.

Así como el establecimiento, por una parte, de un modelo único de permiso de conducción ya que, a partir de la puesta en aplicación de la Directiva y de este reglamento, sólo podrá ser expedido en tarjeta de plástico, de acuerdo con el modelo que se recoge en el anexo I de ambos textos normativos, siendo progresivamente retirados los actualmente admitidos en los distintos Estados.

Y, por otra parte, el establecimiento de una red europea, o registro común de permisos de conducir, que permita a los Estados miembros el necesario intercambio de información sobre los permisos que hayan expedido, canjeado, sustituido, renovado o anulado.

Destaca la implantación del acceso progresivo como opción para obtener los permisos de conducción de determinados tipos de vehículos, como por ejemplo el de la nueva clase de permiso A2 que autoriza a conducir motocicletas de potencia media.

Igualmente, se prevé la posibilidad de autorizar con el permiso de clase B la conducción de conjuntos de vehículos que excedan de 3.500 kg, sin rebasar los 4.250 kg, tras la superación de de una prueba de control de aptitudes y comportamientos que podrá ser sustituida por la superación de una formación específica, en los términos que se fijan por Orden del Ministro del Interior.

Asimismo, se crea una nueva categoría de permiso, ésta sí con eficacia en el espacio comunitario, la clase AM, que sustituye a la hasta ahora existente licencia para conducir ciclomotores, estableciendo los quince años como edad mínima para obtenerlo, y los dieciocho años para que autorice a transportar pasajeros.

Novedosa y sin duda importante resulta la inclusión de normas referidas a los examinadores del permiso de conducción, cuya cualificación mínima se recoge en el anexo IV de la Directiva y que también es objeto de una detallada descripción en el anexo VIII del presente reglamento, relativo a las condiciones que debe reunir el personal examinador, requisitos, su cualificación inicial y garantía de calidad.

Se da con ello, por otra parte, cumplimiento a la previsión legal que en la disposición adicional undécima de la Ley 17/2005, de 19 de julio, se hace respecto de la profesionalización, especialización y nivel

requerido de formación de los empleados públicos, en particular de aquellos que se ocupan de la realización de las pruebas de aptitud para la obtención de autorizaciones administrativas para conducir, lo cual redundará finalmente en lograr una mejor seguridad vial.

Son, además, nitidamente identificables en este nuevo reglamento otros tres objetivos que le convierten en una norma de fácil manejo y de más segura aplicación.

En primer lugar, pretende armonizar, unificando gran parte de la normativa sobre conductores, en exceso dispersa y, sin duda, prolífica, en un sólo texto, dotando así al sistema de mayor certeza y consecuente seguridad jurídica.

En segundo lugar, se simplifican los procedimientos administrativos de conductores y se eliminan todos aquellos requisitos y exigencias a los ciudadanos no acordes con la normativa actual.

Por último, se elabora el reglamento con una estructura ya ensayada en otros y utilizada igualmente por la Directiva europea sobre el permiso de conducción, haciéndolo más racional. Se descarga de contenido el articulado y se lleva a los ocho anexos de que consta, que podrán ser modificados por Orden, todo aquello que hubiera necesitado en un desarrollo posterior del Real Decreto, de la aprobación de diversas Ordenes Ministeriales, facilitando previsoramente así eventuales modificaciones futuras.

Se estructura en un real decreto con un artículo único por el que se aprueba el presente reglamento, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales.

El reglamento se divide en cinco títulos, once disposiciones adicionales, doce disposiciones transitorias y ocho anexos.

El Título I, sobre las autorizaciones administrativas para conducir, recoge las normas generales y

condiciones para el otorgamiento, validez, vigencia y prórroga de éstas. Se regulan con especial minuciosidad las causas que pueden dar lugar a la declaración de pérdida de vigencia de tales autorizaciones cuando se constata la pérdida de los requisitos exigidos para su otorgamiento o de la totalidad del crédito de puntos que un conductor tenga asignado.

Regula, además, con suficiente nitidez todo lo relativo a los permisos expedidos en otros Estados miembros de la Unión Europea o que formen parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con estricta sujeción a las normas comunitarias y a los criterios de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas de 9 de septiembre de 2004, así como los requisitos para la validez en España de los permisos expedidos en terceros países.

Mejora la regulación de la autorización especial para conducir los vehículos destinados al transporte de mercancías peligrosas, ajustando ésta a las nuevas disposiciones del Acuerdo Europeo sobre Transporte Internacional de mercancías peligrosas por carretera (ADR).

Por otra parte, se suprime la autorización especial para conducir vehículos que realicen transporte escolar o de menores, por cuanto se impone como un requisito que dificulta el acceso a esta actividad pero sin que contribuya a aumentar la seguridad vial con respecto a las demás autorizaciones para conducir.

El Título II, sobre la enseñanza de la conducción y las pruebas de aptitud para obtener las autorizaciones administrativas para conducir, logra una importante clarificación al descargar del articulado todo aquello que, sobre documentación a presentar o incluir en los expedientes, previendo para ello métodos telemáticos, y sobre contenido y forma de realizar las pruebas, tanto las de conocimientos como las de aptitudes y comportamientos, resulta susceptible de ser incluido en los anexos correspondientes.



El Título III versa sobre los permisos de conducción expedidos por las Fuerzas Armadas y la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y sobre su canje.

El Título IV, sobre infracciones y sanciones a los preceptos de este reglamento, que se ajustarán en su tramitación y sanción a los preceptos del Título V del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en especial a su artículo 67.

Por último, el Título V se ocupa del Registro de Conductores e Infractores, y prevé, como novedad, que se incluya entre sus datos el crédito de puntos de que dispone un conductor.

Las once disposiciones adicionales regulan distintos aspectos que son necesarios para completar y hacer posible, conforme a la normativa vigente, la aplicación de lo dispuesto en el propio reglamento. Las doce disposiciones transitorias retrasan la aplicación de algunas novedades del mismo o, en su caso, permiten que algunas materias se sigan regulando por la normativa anterior durante un tiempo.

Finalmente, los ocho anexos referidos, respectivamente, al permiso comunitario de conducción; a la licencia de conducción, que ha quedado reducida sólo a dos clases, para vehículos agrícolas y para personas con la movilidad reducida, así como a las otras autorizaciones administrativas para conducir; a la documentación necesaria para obtener las distintas autorizaciones; a las aptitudes psicofísicas que deben reunir los conductores; a las pruebas a realizar para obtener las distintas autorizaciones; a la organización, desarrollo y criterios de calificación de dichas pruebas; a los vehículos a utilizar; y, para terminar, el ya señalado anexo VIII sobre el personal examinador, vie-

nen a hacer de este texto reglamentario un texto de fácil consulta y aplicación sencilla.

Cabe señalar que a través de los Anexos I y VII, se ha procedido a transponer la Directiva 2008/65/CE, de 27 de junio de 2008, por la que se modifica la Directiva 91/439/CEE, sobre el permiso de conducción, respecto al uso de vehículos sin pedal de embrague.

Este reglamento ha sido informado por el Consejo Superior de Tráfico y Seguridad de la Circulación Vial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2.e) del Real Decreto 317/2003, de 14 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Consejo Superior de Tráfico y Seguridad de la Circulación Vial.

Asimismo, ha sido informado por la Agencia Española de Protección de Datos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 b) del Estatuto de la citada Agencia, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, que establece que informará preceptivamente cualesquiera proyectos de ley o reglamento que incidan en la materia propia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

En su virtud, a propuesta del Ministro del Interior, con la aprobación previa de la Ministra de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 8 de mayo de 2009,

#### **DISPONGO:**

Artículo único. Aprobación del Reglamento General de Conductores.

**NOTA:** Debido a la extensión del Real Decreto, se publica sólo las disposiciones generales del mismo, estando el texto completo del nuevo Reglamento en nuestra web [www.asociacionbogadosrcs.org](http://www.asociacionbogadosrcs.org).

# noticias y actividades

---

## ■ JORNADA DE RESPONSABILIDAD CIVIL. BURGOS. MAYO 2009

Los pasados días 14 y 15 de mayo tuvo lugar la primera edición de la Jornada de Responsabilidad Civil que fue organizada por el Ilustre Colegio de Abogados de Burgos en colaboración con nuestra Asociación, y que en esta presente edición tuvo como escenario el Real Monasterio de San Agustín.

La sesión de apertura corrió a cargo del decano del Colegio de Abogados de Burgos, Pablo Hernando Lara, junto al presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, José Luis Concepción. Tras la presentación, correspondió el turno a la primera ponencia, protagonizada por **Eugenio Llamas Pombo**





que centró su trabajo en la responsabilidad civil médica.

A continuación, la jornada se tornó en coloquio, un buen momento para exponer las dudas y teorías sobre la materia tratada en la primera sesión para, a continuación, dar paso a una pausa para reponer fuerzas. Tras la misma, el turno fue para la intervención de **Mariano Medina Crespo**, que habló sobre 'Las incapacidades permanentes en los accidentes de circulación', exposición que se extendió, sin duda, con un nuevo espacio para el coloquio, que sirvió para poner el punto final a la jornada matutina.

La jornada de tarde del día 14 estuvo ocupada por la exposición de **Javier López García de la Serrana**, que disertó sobre 'La Responsabilidad Civil en los accidentes laborales', con su preceptivo espacio para el diálogo en una mesa redonda posterior. La última intervención de la jornada corrió a cargo de **José Antonio Seijas Quintana**, que comentó 'La última jurisprudencia de la Sala 1ª del TS en materia de Responsabilidad Civil'.

La sesión de mañana del día 15 se inició con la ponencia 'Responsabilidad Civil derivada de la actividad cinegética', y fue dictada por **José Miguel Carreras**. Tras el coloquio y una pausa para el café, el trabajo se reanudó con la exposición 'La reforma del baremo de Tráfico', por **Juan Antonio Xiol Ríos**. Un coloquio y una mesa redonda dieron paso a la clausura y fin de la jornada.



*Algunos ponentes de la Jornada junto con su organizadora, Carmen García-Luján.*



## ■ VI JORNADAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL. RONDA (MÁLAGA). MAYO 2009

La localidad malagueña de Ronda fue el escenario elegido para la celebración de la VI edición de la Jornada sobre Responsabilidad Civil, organizada por el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga y la vocalía de Málaga de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

La jornada se inició a las 9.45 horas con la recepción de asistentes y la entrega de documentación, tras lo que se dio paso a la sesión inaugural y la primera ponencia 'La teoría de la pérdida de oportunidad', realizada por **Luis Medina Alcoz**. Una pausa para el café sirvió para dar paso a la segunda de las



*Luis Medina Alcoz, presentado por Andrés López Jiménez, vocal de nuestra asociación.*



*La Jornada se desarrolló en el incomparable marco del Palacio de Mondragón de Ronda.*



exposiciones bajo el título: 'Daños personales extratabulares', expuesta por **José María Hernández-Carrillo Fuentes**, con lo que concluyó la sesión de mañana de la jornada. Tras las sesiones de trabajo se degustó un cóctel en los Jardines del Palacio Mondragón, escenario de la jornada.

Por la tarde, la tercera ponencia trató sobre 'La responsabilidad patrimonial de las administraciones locales', y tuvo a **Francisco Ledesma**

**Guerrero** como ponente. La jornada finalizó con una mesa redonda que estuvo centrada en 'Criterios de imputación de responsabilidad en colisiones recíprocas', en la que tomaron parte **José Manuel Villar Calabuig**, **Javier López García de la Serrana** y **Andrés López Jiménez**.

Los asistentes a la jornada rondeña finalizaron el día con una cena en el restaurante del Hotel Montelirio.



*Francisco Ledesma Guerrero, presentado por nuestros compañeros Gregorio Martínez Tello y Paloma García Gálvez.*







# IX congreso nacional Almería

24, 25 y 26 | septiembre | 09

en el Auditorio Maestro Padilla de ALMERÍA

IX Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

## INSCRIPCIÓN AL CONGRESO

Inscripciones  
902 361 350

Cuotas	Hasta 25/07/09	Después 25/07/09
Asociados	210 €	240 €
No Asociados	280 €	310 €
Cena de gala	acompañantes	60 €
Excursión Sábado	acompañantes	50 €
Excursión Sábado	congresistas	20 €



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
ABOGADOS  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

**La inscripción incluye:** Documentación del congreso (libro de ponencias editado por SEPIN), asistencia a ponencias y mesa redonda, cóctel de bienvenida en la Alcazaba de Almería el día 24, almuerzo de trabajo el día 25 con degustación de productos típicos, cena de gala el día 25 en el hotel Wellness Golf\*\*\*\* de Vúcar, descuento de 30 euros en la excursión del día 26, traslados en autobús, regalo recordatorio del congreso y certificado de asistencia y/o participación.

## FORMA DE PAGO DEL CONGRESO

Transferencia bancaria a la cuenta **2130 / 0851 / 91 / 0030006207**

## ALOJAMIENTO

HOTEL	INDIVIDUAL	DOBLE
HOTEL TRYP ****	59,00 €	64,00 €
HOTEL ELBA****	59,00 €	64,00 €
HOTEL HUSA GRAN FAMA ****	59,00 €	64,00 €
HOTEL AC ****	59,00 €	64,00 €
GRAN HOTEL ALMERIA ****	59,00 €	64,00 €
HOTEL NH****	75,00 €	85,00 €
HOTEL INDALICO ***	40,00 €	45,00 €

## FORMA DE PAGO ALOJAMIENTO

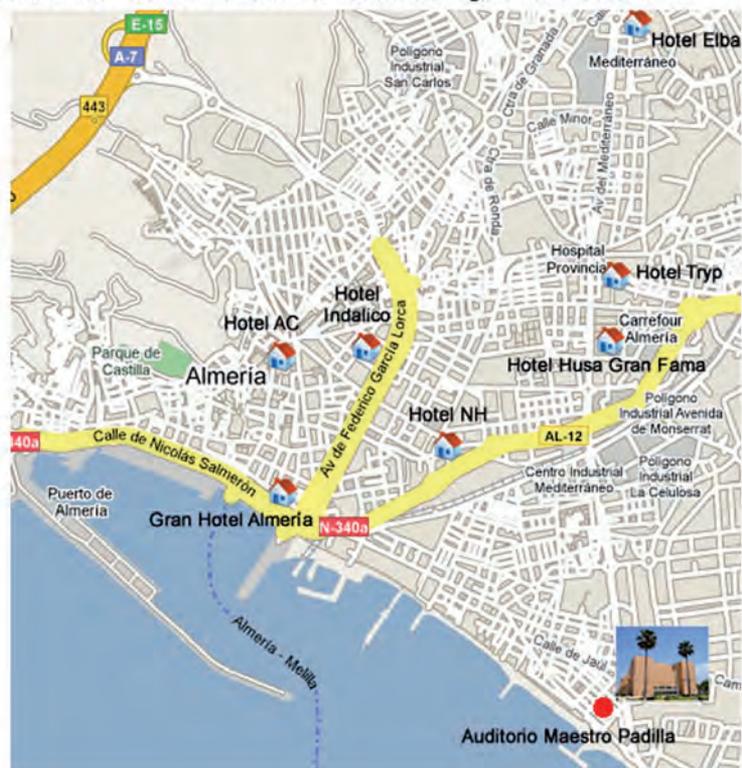
Transferencia bancaria a la cuenta **2100 / 2578 / 50 / 0210041123**

## RESERVAS

### VIAJES FRAHEMAR

Tifs. 950 266 612 / 660 976 043  
marivi@frahemar.com

www.asociacionabogadosrcs.org





Almería

24, 25 y 26 | septiembre | 09

en el Auditorio Maestro Padilla de ALMERÍA

IX Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

**Jueves 24**

**Jornada de mañana**

13:00 h. Asamblea General de la Asociación

Lugar: **Ilustre Colegio de Abogados de Almería.**

**Jornada de tarde**

16:30 h. Entrega de documentación en la sede del Congreso.

Lugar: **Auditorio Maestro Padilla de Almería.**

17:00 h. Inauguración oficial del Congreso.

17:15 h. 1ª Ponencia - Medios y formas de reparación del daño.

Eugenio Llamas Pombo. Abogado.  
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca.

18:00 h. 2ª Ponencia - La indemnización del daño derivado de intromisiones ilegítimas en el honor personal.

Ignacio Rodríguez Fernández.  
Fiscal de la Audiencia Provincial de Granada.

18:45 h. 3ª Ponencia - La Responsabilidad Civil en el ámbito de la propiedad intelectual.

Mariano Yzquierdo Tolsada.  
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense.

19:30 h. 4ª Ponencia - La STC 181/2000 y su extrapolación a los supuestos de muerte o lesiones permanentes.

Jesús J. Tirado Estrada. Fiscal ante el Tribunal Constitucional.

20:30 h. Salida de los autobuses desde el congreso para los hoteles.

21:30 h. Salida de los autobuses desde los hoteles para el Coctel de bienvenida.

22:00 h. **Coctel de Bienvenida en la Alcazaba de Almería.**

Para congresistas y acompañantes .

**Viernes 25**

**Jornada de mañana**

10:00 h. 5ª Ponencia - Los falsos títulos de imputación de la responsabilidad civil.

Mariano Medina Crespo. Abogado. Presidente de la Asociación.

10:45 h. 6ª Ponencia - La reforma del Sistema Legal Valorativo (el Baremo). Necesidad y oportunidad.

Sergio Álvarez Camiña.  
Subdirector de Política Legislativa de la Dirección General de Seguros.

11:30 h. **Pausa Café**

12:00 h. 7ª Ponencia - Responsabilidad civil derivada de los incidentes peneles de familia.

Manuel Estrella Ruiz. Magistrado de la Audiencia Provincial de Cádiz.

IX congreso nacional

12:45 h. Mesa redonda - Valoración de la incapacidad permanente en supuestos de circulación.  
Moderador: Javier López y García de la Serrana.  
Abogado. Secretario General de la Asociación.

- Intervienen:
- Andrés Veles Ramal. Magistrado de la Audiencia Provincial de Almería secc. 1ª
  - Juan Ruiz-Rico Morón. Magistrado de la Audiencia Provincial de Almería secc. 2ª
  - Soledad Jiménez de Cisneros Cid. Magistrada de la Audiencia Prov. de Almería secc. 3ª
  - José de la Higuera. Forense del Instituto de Medicina Legal de Granada.
  - José Manuel Villar Calabuig. Abogado. Vocal de la Asociación en Madrid.

14:30 h. **Almuerzo de trabajo. Degustación productos típicos**

**Jornada de tarde**

17:00 h. 8ª Ponencia - La Responsabilidad Civil en delitos terroristas.  
Javier Gómez Bermúdez.  
Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

17:45 h. 9ª Ponencia - El resarcimiento de los daños causados por la incapacidad permanente en supuestos de Responsabilidad Civil Laboral.  
José Manuel López y García de la Serrana, Magistrado de la Sala 4ª del Tribunal Supremo.

18:30 h. 10ª Ponencia - Valoración del daño en supuestos de Responsabilidad Civil extra-automovilística.  
José Antonio Seijas Quintana. Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

19:15 h. Conferencia de clausura - La doctrina valorista de las sentencias plenarias de 17 de abril de 2007 y su proyección sobre las diversas órdenes jurisdiccionales.  
Jesús Fernández Entralgo.  
Presidente de la Audiencia Provincial de Huelva.

20:00 h. Clausura del Congreso.

20:15 h. Salida de autobuses desde el congreso para los hoteles.

21:30 h. Salida de los autobuses desde los hoteles para la Cena de Gala.

22:00 h. **Cena de Gala en el Hotel Wellness Golf de Vícar (Almería).**

24:00 h. Actuación musical, baile y barra libre.

**Sábado 26**

10:30 h. Recogida de los Hoteles y traslado al "Poblado del Oeste" jornada de monta a caballo, grabación de película, comida vaquera, vuelta a hotel por la tarde.



Inscripciones  
902 361 350

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

ORGANIZA:



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
ABOGADOS  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

