

nº 42

Segundo Trimestre. Año 2012



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

El levantamiento del velo como mecanismo impeditivo de la elusión de la Responsabilidad Civil

La responsabilidad patrimonial de la Administración en los accidentes de circulación: la deficiente señalización de los obstáculos en la calzada

La Responsabilidad de los cotos de caza por daños causados por animales. Especial referencia a la aplicación del artículo 449.3 de la LEC

asociacionabogadosrcs.org

1982 - 2012

30 años

vocación editorial
con rigor jurídico

 MATERIAS:  BUSCAR en la base de datos:  buscar

soluciones jurídicas en tiempo récord





nº42

Segundo Trimestre. Año 2012



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 42

EDITORIAL

Derecho de defensa y protección de datos

Por *Javier López y García de la Serrana* 5

DOCTRINA

- El levantamiento del velo como mecanismo impeditivo de la elusión de la Responsabilidad Civil

José Luis Seoane Spiegelberg 9

- La responsabilidad patrimonial de la Administración en los accidentes de circulación: la deficiente señalización de los obstáculos en la calzada

Alejandro Román Márquez 25

- La Responsabilidad de los cotos de caza por daños causados por animales. Especial referencia a la aplicación del artículo 449.3 de la LEC

Eduardo García Sánchez 39

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 11 de junio de 2012.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Reclamación por las graves lesiones sufridas por una niña al precipitarse al vacío desde una tercera planta cuando se encontraba en unas vacaciones organizadas para disminuidos psíquicos. Se condena a la entidad organizadora y a su compañía aseguradora a indemnizar en la cantidad de 379.953,40 euros al apreciar nexo de causalidad entre la escasa formación y negligente actuación de los monitores y la producción del accidente. Aplicación analógica del Baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a Motor 47

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 18 de junio de 2012.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Reclamación por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la pérdida de dos hijas criadas como tales y concebidas por los demandados ocultándole la verdadera paternidad de las mismas. Se desestima por prescripción de la acción al considerar como día inicial para el cómputo del plazo, en lugar de la fecha en la que se obtiene la sentencia que resuelve el procedimiento de paternidad, la fecha de la emisión del informe médico que determina el daño moral padecido, lo cual tiene lugar en el momento que tras el divorcio, la madre decide que las hijas se fueran a vivir con el padre biológico 53

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 19 de junio de 2012.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Reclamación por responsabilidad patrimonial por la mala aplicación de la *lex artis* al no haber realizado todas las pruebas necesarias para el diagnóstico de la enfermedad. La Sala reduce la cuantía estimada por el Tribunal *a quo* en un 50% por no haber acreditado la pérdida de oportunidad, ya que la realización de la prueba no habría cambiado el desenlace..... **57**

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 25 de junio de 2012.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Acción de repetición en base a un seguro de responsabilidad civil de una entidad contra su propia aseguradora, por indemnizaciones no pagadas al haberse llegado a un acuerdo con los perjudicados de un incendio ocurrido en sus dependencias. Recurso desestimado por la Sala y ello porque nadie puede ser deudor o acreedor de sí mismo ni adquirir derechos y acciones contra sí mismo, y esto es, en definitiva, lo que se pretendía en el recurso al dirigir la demanda contra la aseguradora de la propia responsable..... **67**

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 23 de julio de 2012.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Diferenciación entre daños permanentes o continuados y prescripción de acciones, en la solicitud de indemnización de tres funcionarios de carrera de las Comunidades Europeas por todos los daños que se les han causado, al no haber adoptado el Estado Español las normas necesarias para hacer efectivo el ejercicio del derecho a la transferencia que el artículo 11.2 del Anexo V del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas recoge. Se entiende que son daños permanentes y no continuados y por tanto se encontraban prescritos..... **73**

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José M^a Hernández-Carrillo Fuentes..... **85**

ENTREVISTA A...

Elena Agüero Ramon-LLin

Por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán..... **99**

NOTICIAS

- ➔ XII Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Cádiz 21, 22 y 23 de junio de 2012..... **103**
- ➔ VIII Congreso de la Abogacía Malagueña. Málaga, 18 y 19 de octubre de 2012..... **108**
- ➔ II Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro. Alicante, 25 y 26 de octubre de 2012..... **110**

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, Isidro Tormos Martínez, Víctor Martín Álvarez, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino Merino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez González, Pedro Torrecillas Jiménez, José Luis Nava Meana, Javier Muro Insausti, Susana Sucunza Toticagüena 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 Paül Velasco, Fernando Reglero Campos (), Miguel Pasquau Liaño, Juan Antonio Xiol Ríos y José Manuel López García de la Serrana.*

DISEÑO:

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

IMPRIME:

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

D.L. GR-1228/02

ISSN 1887-7001



asociacionabogadosrcs.org

Derecho de defensa y protección de datos

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

mejantes y nuestro amigo Fernando Estrella lo ha conseguido y ahora se siente radiante de haber logrado lo que ya adelantó en la presentación del congreso, que en Cádiz practicásemos al máximo el mejor verbo que hay: ¡Vivir! Gracias Fernando, eres el verdadero abogado “estrella” de nuestra Asociación.

Realizadas estas imprescindibles palabras de agradecimiento, quisiera tratar someramente un tema, la compatibilidad en materia de responsabilidad civil entre el derecho de defensa y la protección de datos, que será objeto de una ponencia en el próximo Congreso de la Abogacía Malagueña que se celebrará los días 18 y 19 de octubre, dada la relevancia que este asunto va tomando en los últimos tiempos. De esta forma aprovecho para ir dando forma a lo que será esta “dichosa ponencia” que mi buen amigo **Juan Manuel Herrera Rodríguez**, responsable de la Comisión de Responsabilidad Civil del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, ha tenido a bien encargarme para dicho congreso –de cuyo programa tienen cumplida información en el apartado de Noticias–, sin darse cuenta, imagino, de la complejidad y aridez inicial de la misma.

Todos somos conscientes de la importancia que tiene conocer los antecedentes médicos de las víctimas de accidentes, a la hora de valorar la incidencia que dichos antecedentes tienen en las posibles secuelas que puedan quedarle. Pero el acceso a los antecedentes médicos, que son datos incluidos en la historia clínica, constituye una modalidad de ejercicio del derecho de acceso regulado por el artículo 15 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, siendo, como consagra la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos y, en consecuencia,



En el segundo trimestre de este año, coincidiendo con el bicentenario de “La Pepa” se ha celebrado en Cádiz nuestro XII Congreso Nacional, del que se da cumplida reseña en el apartado de noticias de esta revista. No obstante, quisiera trasladar a todos los asistentes al congreso, en nombre del verdadero artífice del mismo, **Fernando Estrella Ruiz**, y del mío propio, el agradecimiento por vuestra presencia, pues entre todos hemos hecho un Congreso distinto, donde nos marcamos como objetivo que en todo momento se pudiera disfrutar de esta maravillosa ciudad andaluza y que os sintierais como en casa, felices y rodeados de la buena gente que da vida a nuestra magnífica Asociación. Fueron dos jornadas intensas, con grandes ponencias durante el día, pero también con tiempo para el ocio, los paseos, la gastronomía y la agradable convivencia con los compañeros. Hemos restado gustosamente horas de sueño a cambio de una tertulia, unas risas o un baile rodeado de personas a las que merece la pena conocer, de compañeros que ante todo son amigos, y a los que ya estamos deseando volver a ver en nuestra próxima cita en Valencia.

Dicen que el hombre más feliz es el que intenta la felicidad del mayor número de sus se-

parte esencial de un derecho de la personalidad del afectado.

Y es que la confidencialidad de los datos médicos es un aspecto clave de la relación entre médico y paciente, pues conlleva la confianza de este último de que la información que facilita va a quedar preservada, al igual que todos los datos de su historia clínica. **Javier Antomás Osés** y **Susana Huarte del Barrio**, en su trabajo "Confidencialidad e historia clínica: Consideraciones ético-legales" ponen de relieve que "al ser la historia clínica el documento donde la relación con el paciente queda reflejada, requiere de una protección extraordinaria por la naturaleza especialmente sensible de la información en ella contenida". En dicho trabajo se hace un estudio histórico sobre el secreto profesional en el ejercicio de la medicina, pues desde tiempos inmemoriales se ha tenido un especial cuidado en mantener la reserva de la información médica recabada. De hecho, ya en el año 460 a.C. se formula el "Juramento Hipocrático" que entre sus cinco obligaciones incluye la siguiente: "Guardaré silencio sobre todo aquello que en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no deban ser públicos, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas". Este punto del juramento, presente en la tradición médica occidental a lo largo de los siglos es recogido y adaptado en los códigos deontológicos de las distintas profesiones sanitarias.

Por su parte, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12, como la Constitución Española, en el artículo 18, tratan la intimidad como un derecho fundamental del individuo. Asimismo, la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986), ya reconocía en su artículo 10.3 el derecho a la intimidad, al igual que posteriormente lo hace la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su Reglamento de Desarrollo, pero es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la que regula y desarrolla pormenorizadamente esta materia, recogiendo en su artículo 16.1 que la historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente, determinando expresamente en su artículo 17.6, que son de aplicación a la documentación clínica las medidas técnicas de seguridad establecidas por la legislación reguladora de la conservación de los ficheros que contienen datos de carácter personal y, en general, por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal.



Por tanto, el uso de los antecedentes médicos incluidos en la historia clínica o en cualquier registro, deberá garantizar el derecho a la intimidad del paciente como derecho fundamental de la persona. Este criterio general que sienta la Ley de Autonomía del Paciente queda matizado en su artículo 16.3 cuando establece que el acceso a la historia clínica con fines judiciales, se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, la cual en su artículo 11 establece que los datos de carácter personal requerirán el previo consentimiento del interesado, que no será preciso según el apartado 2.d de dicho artículo, cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.

Luego serán los Jueces y Tribunales quienes pueden, y así lo vienen haciendo, requerir los antecedentes médicos o historia clínica de un lesionado cuando así lo estimen oportuno para los fines judiciales. No obstante, un criterio prudencial aconseja solicitar al juez que defina la relación que pueda existir entre la historia clínica



y el objeto del proceso, pues si se acoge dicha petición, se podrán aportar únicamente aquellos documentos que sean relevantes al caso, garantizando así, en lo posible, la confidencialidad.

A juicio del forense **Guillermo Portero Lazcano**, en su artículo “Historia Clínica: Problemática sobre la propiedad”, únicamente pueden disponer de la HC íntegra (salvo consentimiento expreso de los terceros implicados), los médicos que participan en el proceso asistencial al paciente y ello en aras a que el fin primordial de la HC es la salud del paciente, y el otro caso, sería en un proceso penal para la investigación de una presunta mala-praxis médica o la verificación del preceptivo consentimiento informado previo a toda intervención. De lo contrario, entiende este forense, que se vulneraría el derecho a la intimidad de las terceras personas, derecho reconocido constitucionalmente y protegido por nuestras leyes penales y civiles. Además, hay que tener en cuenta que las anotaciones, impresiones subjetivas, comentarios, etc. que el médico refleja en la HC, deben estar sujetas a la misma consideración protectora que la información de las terceras personas, si bien debemos

partir de la base de que toda la información recogida en la HC ha de ser relevante y necesaria para el fin que se persigue, y que no es otro, que el beneficio del paciente. Estas anotaciones o comentarios podrían ser mal interpretadas por el paciente y su divulgación sistemática, amén de atentar contra el derecho de confidencialidad del médico, conduciría a un cambio en el proceder del médico cuando elabore la HC y al final, ello redundaría en un perjuicio para el propio paciente. Por último, llama la atención sobre el abuso que desde la Administración de Justicia se hace sobre la petición de HCs completas, coincidiendo ya también en este punto cuando dice que “en la mayoría de los casos, con informes clínicos, sería suficiente para solucionar el problema puntual que se pueda plantear”.

Con respecto al posible tratamiento por las Compañías Aseguradoras de los datos de salud de aquellas personas respecto de las que deben prestar asistencia, **Luis Sarrato Martínez**, magistrado sustituto y gran especialista en Derecho Sanitario, en su artículo “El régimen legal de acceso a la historia clínica y sus garantías” se plantea la cuestión de si es posible que la Compañía Aseguradora obligada a la prestación asistencial pueda conocer los datos del lesionado sin su consentimiento y si es posible que esos datos se los facilite, por ejemplo, el servicio público de salud que haya prestado la correspondiente asistencia.

La AEPD ha elaborado varios Informes sobre esta cuestión que parecen, en principio, contradictorios, pero que no lo son, pues analizan supuestos diferentes. En concreto, el Informe 526/2003 de la AEPD, de fecha 11 de agosto, admite que no se exija el consentimiento en el caso de la cesión por los centros sanitarios públicos a las Compañías de Seguros de los datos relativos a la asistencia sanitaria prestada derivada de accidentes de tráfico, por entender que el tratamiento de datos de salud está habilitado legalmente sin el consentimiento del afectado, dado que las Compañías de Seguros son responsables del pago de la asistencia en aplicación de lo previsto por los artículos 16.3 y 83 de la LGS, con dos matices: a) solo se pueden ceder los datos imprescindibles para la facturación, y b) no se prejuzga el criterio que deba seguirse en el caso de centros privados.

Por otra parte, el Informe 449/2004 de la AEPD, entiende que podría plantearse si la comunicación de los datos sería admisible como consecuencia de la existencia de una relación contractual que vincula al asegurado con la entidad aseguradora y a ésta con el centro sanita-

rio o profesional, planteándose la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 11.2 c) de la Ley Orgánica, que habilita la cesión de los datos sin contar con el consentimiento del afectado “Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros”.

En este sentido, según dispone el artículo 105 de la Ley reguladora del Contrato de Seguro “cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica”. A su vez, el artículo 106 establece que “los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria quedarán sometidos a las normas contenidas en la sección anterior en cuanto sean compatibles con este tipo de seguros”, previendo el artículo 103, dentro de dichas disposiciones, que “los gastos de asistencia sanitaria serán por cuenta del asegurador, siempre que se haya establecido su cobertura expresamente en la póliza y que tal asistencia se haya efectuado en las condiciones previstas en el contrato”. En consecuencia, la Ley impone a la entidad aseguradora la obligación de satisfacer el gasto de asistencia sanitaria efectuado como consecuencia de la enfermedad del asegurado, lo que exigirá conocer cuál será éste, dado que la asistencia se realizará generalmente por terceros ajenos a la propia entidad aseguradora, y en consecuencia esta obligación parecería incluir un indicio de la necesidad de comunicación a la aseguradora de los datos necesarios para conocer la actividad asistencial realizada.

Sin embargo, la AEPD entiende que la aplicación del mencionado artículo 11.2 c) no resulta aplicable en el supuesto analizado, dado que la propia Ley Orgánica 15/1999 viene a exigir, en el caso del tratamiento de datos relacionados con la salud de las personas la existencia, en caso de no contarse con el consentimiento del interesado, de una norma específica con rango de Ley que autorice la cesión de dichos datos. De este modo, frente a la regla general establecida en el artículo 11 de la Ley Orgánica, la propia norma restringe expresamente los supuestos contemplados en dicho precepto en caso de encontrarnos ante el tratamiento de los datos mencionados en el artículo 7.3, del mismo modo que en el caso previsto en el artículo 7.2 únicamente posibilita el tratamiento o cesión de los datos previo consentimiento expreso y por escrito del afectado. Todo ello se funda en la especial na-

turalidad de dichos datos, directamente vinculados con la esfera más íntima del afectado. Igualmente entiende que en el supuesto planteado no sería de aplicación la doctrina sostenida por la propia Agencia Española de Protección de Datos, en su informe de 11 de agosto de 2003, referida al supuesto de valoración o curación de los daños causados al perjudicado no asegurado en el caso de existir seguro de responsabilidad civil, en que la comunicación de los datos a la entidad aseguradora se encuentra habilitada por las normas contenidas en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que imponen a las entidades aseguradoras el deber de constitución de las correspondientes provisiones técnicas para la cobertura del siniestro, debiendo conservar toda la información exigible para la constitución de las provisiones a disposición de la Dirección General de Seguros. Por el contrario, en el caso de perjudicado asegurado, que es el caso que analiza este informe 449/2004, dado que las provisiones mencionadas son constituidas con base en la realización de cálculos actuariales, no es precisa la obtención de la información referida a cada siniestro (cada acto médico realizado), ni dicha información ha de encontrarse a disposición de la Dirección General de Seguros, por lo que la comunicación de los datos deberá contar con el consentimiento del interesado.

De todo lo expuesto hasta el momento, puede observarse la relevancia que tiene la historia clínica como documento médico-legal susceptible de ser utilizado con diferentes finalidades. Sarrato Martínez, reconoce que existen cuestiones jurídicas pendientes de ser reguladas con mayor rigor y precisión. Incidiendo en que el acceso a los datos de salud es un tema especialmente sensible, que exige tener muy presentes determinados aspectos, como el derecho a la intimidad de los pacientes, la confidencialidad de la información sanitaria, etc., pero también que el acceso a la historia clínica no sea indebidamente negado a quien está legitimado para ello. Se hace necesario, como dice el mencionado autor, dejar la exposición teórica y bajar a la realidad de cada día para comprobar cómo todo lo expuesto hasta ahora no responde a una simple elucubración alejada de la práctica, y ello es precisamente lo que haré en el Congreso de la Abogacía Malagueña, analizar los distintos casos que se dan en el día a día del ejercicio de nuestra profesión, al objeto de intentar conjugar las compatibilidades entre el derecho de defensa y la protección de datos en materia de responsabilidad civil.

julio, 2012

El levantamiento del velo como mecanismo impeditivo de la elusión de la Responsabilidad Civil

José Luis Seoane Spiegelberg
Presidente Audiencia Provincial
de A Coruña

I. La sociedad capitalista: la separación de la sociedad y el socio

Las sociedades de capital pivotan bajo una serie de notas comunes que les dan identidad propia. Son ante todo personas jurídicas, y como tales constituyen un centro de imputación de derechos y obligaciones propias. Giran bajo el concepto de capital social, integrado por las aportaciones de los socios, dividido en acciones o participaciones sociales, que conforman el criterio decisivo para participar en los derechos sociales y entre ellos el fundamental de la percepción de dividendos, configurándose desde esta perspectiva en sociedades apersonales, pues lo que interesa no son sus accionistas o partícipes, sino la aportación económica que hacen a la sociedad, lo que posibilita además la denominada fungibilidad del socio, es decir su sustitución por otro, mediante la venta de su participación social.

La sociedad asume el deber de conservar, en beneficio de los acreedores sociales, un patrimonio equivalente al menos al capital social, al tiempo que aquéllos carecen de acción fren-

te a los socios para agredir su patrimonio individual y obtener de esta forma la satisfacción de sus créditos. Se produce pues una suerte de hermetismo societario, conforme al cual la sociedad y sus miembros ostentan personalidades jurídicas propias y patrimonios diversos sin comunicación entre sí.

El patrimonio de la sociedad que, al menos al tiempo de constituirse, habrá de ser igual a su capital, se halla sometido posteriormente a las incidencias de la marcha social. O dicho de otra forma, mientras que el capital es inamovible, el patrimonio social es variable, dependiendo del mayor o menor éxito que tenga la persona jurídica en la realización de su objeto social, en definitiva de su actividad en el mercado.

No es este el momento de entrar a analizar los mecanismos legales para garantizar el capital social, pero sí destacar que su función más importante radica en la protección de los acreedores. Es obvio, sin embargo, que la Ley no puede evitar que la sociedad sufra pérdidas, con la correspondiente repercusión patrimonial. Los principios de integración e intangibilidad del capital societario pretenden garantizar a los acreedores que los socios priven a la sociedad de su base económica. En la normativa contable el capital social ha de figurar en el pasivo del balance, de manera tal que no sean factibles ganancias a costa del mismo, cumpliendo la función de bloqueo de la distribución de beneficios. Cuestión distinta es que los terceros, a la hora de contratar con la sociedad, a lo que atiendan no sea tanto a la cifra de su capital social, sino a la situación patrimonial y financiera de la sociedad. Es cierto que la Ley fija en ocasiones un capital mínimo para constituir una determinada clase de sociedad, pero no existe un deber jurídico de capitalización suficiente.

La segunda nota determinante de la naturaleza jurídica de estos entes societarios radica en la limitación de responsabilidad, lo que conduce a los sujetos de derecho a la constitución de tales personas jurídicas, con la finalidad legal de evitar responder con sus bienes de las deudas sociales, produciéndose de tal forma una escisión patrimonial entre sociedad y socio. El socio no responde con su propio peculio, sino a través de sus aportaciones económicas al capital social, que se configura como un capital responsable frente a terceros, limitando de esta forma el riesgo de su inversión a las aportaciones efectuadas; por su parte, los acreedores, de tener la suficiente fuerza negociadora, como acontece de ordinario con las entidades financieras, podrán solicitar garantías adicionales a los efectos

de protegerse frente a la insolvencia social. En este sentido, es celebre la frase de GARRIGUES de que “la sociedad anónima es, puede decirse, un capital con categoría de persona jurídica”.

La personalidad jurídica, que se atribuye a los entes societarios, los convierte en sujetos de derecho, con su propio nombre, domicilio, capacidad para contratar y, por ende de concertar sus propias relaciones jurídicas, al tiempo que se constituyen en centro de imputación de obligaciones, produciéndose la separación entre el patrimonio social y el propio de sus socios, de manera tal que éstos no responden personalmente de las deudas sociales. Esta separación entre la sociedad y sus socios es la que determina que se hable del hermetismo de la persona jurídica.

II. La posibilidad de aprovechamiento ilícito del principio de la separación sociedad y socio: el abuso de la personalidad jurídica

Es innegable la importancia que históricamente adquirieron las sociedades anónimas para asumir las importantes inversiones, no exentas de elevado riesgo, que exigía el desarrollo del capitalismo, al tiempo que permitía a los pequeños ahorradores participar en los beneficios sociales de las grandes empresas a los que de otra forma no podrían acceder.

Ahora bien, la regulación legal de las sociedades de capital se presta también a su utilización como mecanismo torticero para conseguir objetivos contrarios para los que fueron concebidas, constituyéndose de esta forma en campo abonado para que los socios se valgan del hermetismo social para incumplir sus obligaciones legales o contractuales o evadir responsabilidades patrimoniales de cualquier clase, jugando, según les convenga, con la personalidad de la sociedad o con la suya propia, intercambiándola a su antojo, o constituyendo sociedades dominantes y filiales para evadir la responsabilidad de alguna de ellas, generándose, en definitiva, situaciones de abuso de la personalidad jurídica.

O dicho en otras palabras, cuando el ordenamiento brinda el mecanismo de la responsabilidad limitada, el hermetismo social, la diferenciación patrimonial, la atribución de personalidad jurídica propia, pueden ser utilizados con fines torticeros, fraudulentos o abusivos, frente a los cuales el ordenamiento jurídico ha de tener mecanismos de reacción y no permanecer impasible como cómplice omisivo de tan desleales comportamientos.

III. La reacción frente al abuso de la personalidad jurídica del ente societario: la doctrina “disregard of the legal entity”, así como del “lifting the veil”

Constatada dicha realidad no es de extrañar que se produzcan reacciones ante tan indeseables conductas, que no son exclusivas del ámbito de la jurisdicción civil, sino que son comunes a los distintos sectores del ordenamiento jurídico: social¹, administrativo, penal² y constitucional³.

En este contexto va a ser la jurisprudencia norteamericana, en el siglo XIX⁴, la que primero reacciona frente al dogma del hermetismo social para evitar los abusos de la personalidad jurídica, mediante la elaboración de las doctrinas del “disregard of the legal entity⁵”, o “no hacer caso de la persona jurídica”, o la “lifting the

veil”⁶, en traducción al español “levantamiento del velo”, cuya divulgación en la Europa continental, en la que impera el sistema del civil law, frente al common law anglosajón, se va a llevar a efecto a través de la obra de SERICK: “*Recht-form und Realität juristischen Personem*”, traducida en nuestro país por PUIG BRUTAU. Según dicho autor concurriría tal abuso cuando se utiliza la persona jurídica para burlar la ley, quebrantar obligaciones contractuales o perjudicar fraudulentamente a terceros.

En definitiva, la mentada doctrina significa, como es sabido, que si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza como mecanismo de fraude, el Juez puede penetrar en el hermetismo societario, descorrer el velo de las personas jurídicas, para evitar que se produzca el resultado contrario a Derecho, en los casos en los que la estructura corporativa es una “mere façade”, esto es cuando se interpone la forma societaria para eludir la ley o cometer el fraude.

La jurisprudencia española⁷ inicialmente acudía al levantamiento del velo a través de lo que se venía denominando la doctrina de terceros (SSTS de 7 de junio de 1927, 8 de octubre de 1929, 12 de diciembre de 1950 entre otras), pero su recepción bajo tal denominación no se lleva a efecto, hasta la conocida STS de 28 de mayo de 1984, que señala al respecto:

“Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos primero, uno, y noveno, tres), se ha decidido prudentialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (artículo séptimo, uno, del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el «*substratum*» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada

¹ En el ámbito laboral normalmente el conflicto nace de la necesidad de la identificación del empresario o empleador cuando se utilizan sociedades de fachada o aparentes que dificultan la efectividad de los derechos de los trabajadores

² La sentencia de 27 de marzo de 2.003, de la Sala del Tribunal Supremo español prevista en el artículo 61 de la LOPJ 6/1.985, de 1 de julio, acude a la técnica del levantamiento del velo para declarar la ilegalidad de los partidos políticos Herri Batasuna y Batasuna, ante “la existencia de una unidad de sujeto real, frente al cual las distintas estructuras interpuestas vienen a ser puros ropajes jurídicos, insusceptibles de ocultar” la realidad de una identidad efectiva de los partidos mencionados y ETA, cuya atención a sus miembros apresados es notoriamente compartida por las demás organizaciones sólo aparentemente autónomas”.

³ En este sentido la sentencia del Pleno de la Corte Constitucional de Colombia de 7 de septiembre de 2004 sobre la inconstitucionalidad del art. 373 del Código de Comercio, que los accionistas de la sociedad anónima debían responder patrimonialmente de los pasivos laborales. La Corte en este caso consideró que el empleo de la personificación jurídica como instrumentos para desconocer los derechos de los trabajadores y pensionados, con fines fraudulentos resultaría contrario a la Constitución, pero sin embargo se constatan la existencia de remedios legales para proteger los trabajadores entre los cuales estaría la técnica del levantamiento del velo. En esta resolución la Corte analiza el estado de la doctrina, citando expresamente la obra de José Ignacio Narváez. “Teoría General de las Sociedades”, pág. 41, con transcripción literal: “El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación: Así mismo cuando se forma para burlar el ordenamiento jurídico, o si después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos, se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso”.

⁴ Se cita como primer caso en el que se aplicó tal doctrina en el “Bank of the United States vs Deveaux”, de 1809 del Juez Marschall”

⁵ Esta doctrina del disregard descansa bajo los conceptos de fraude y agency. El concepto de fraude en derecho anglosajón es más amplio que en sistema del civil law abarcan-

do los supuestos comprendidos en los actos fraudulentos, el dolo y la simulación. La aplicación de tal doctrina se lleva a efecto a través de las siguientes variantes: The instrumentality doctrine; The alter ego doctrine; The identity doctrine.

⁶ En los casos de grupos de sociedades el concepto utilizado fue el de “agency” y “partnership”.

⁷ De ÁNGEL YAGÜEZ, R, en su obra: “La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia” (1997), clasifica la doctrina del Tribunal Supremo en los grupos siguientes: responsabilidad civil; tercería de dominio y otras manifestaciones procesales; actos fiduciarios, y persona jurídica con un único miembro.



como camino del fraude (artículo sexto, cuatro, del Código Civil, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar «levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo séptimo, dos, del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (artículo diez de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un «ejercicio antisocial» su derecho (artículo séptimo, dos, del Código Civil), lo cual no significa -ya en el supuesto del recurso- que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la

auténtica y «constitutiva» personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad «ex contractu» o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, «quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes» y menos «cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad», según la doctrina patria”.

Como dicen las SSTs de 28 de enero de 2005 y 3 de abril de 2009, supone un procedimiento para descubrir y reprimir, en su caso, el



dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude cometido.

Podemos, por consiguiente, afirmar que la doctrina del levantamiento del velo es de creación inicialmente jurisprudencial por inexistencia en los ordenamientos jurídicos de un tratamiento legislativo general que la consagre. Nace mediante su aplicación por parte de los Tribunales, con carácter casuístico, a los efectos de evitar la consagración de abusos en la utilización del hermetismo societario, de la doble moral que supone alegar la distinta personalidad jurídica cuando la misma se utiliza precisamente para lograr fines fraudulentos.

IV. Dificultades de encontrar un criterio rector del fundamento del levantamiento del velo: los grupos de casos

A los efectos de obviar la ausencia de una concreta consagración normativa de tal doctrina se viene empleando con carácter general por parte de los distintos tribunales los institutos de la simulación, abuso de derecho, buena fe o fraude de ley.

No obstante, es difícil hallar un criterio rector susceptible de ser aplicado para el tratamiento unificado de dichos supuestos, dificultad que se transforma, para cierto sector de la doctrina, en crítica a su utilización, en tanto en cuanto si no se pueden delimitar adecuadamente sus contornos, si se justifica su aplicación tan solo en evitar resultados injustos, se estaría atribuyendo extraordinario poder a los tribunales para penetrar o no en el sustrato del ente societario en detrimento del principio de seguridad jurídica.

Advierte, en consecuencia, GIRÓN TENA que “una de las tareas más importantes de la doctrina y la jurisprudencia es continuar la elaboración de un grupo seguro de reglas sobre esta materia y podía utilizarse la aportación alemana por la semejanza legislativa sobre este punto”⁸.

Para salvar tal obstáculo, doctrina y jurisprudencia han acudido al procedimiento de la elaboración de grupos de casos, en los cuales puede encontrar fundamento el puntual desconocimiento de la personalidad jurídica propia del ente societario. La monografista sobre el tema, la profesora BOLDÓ RODA⁹ sistematiza los grupos de casos obtenidos del estudio de la doctrina alemana en los siguientes apartados:

A) Confusión de patrimonio y esferas, que supone que el patrimonio de los socios no puede distinguirse del de la sociedad.

B) Insuficiencia de capital, casos en los que los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social.

C) Dirección externa, cuando la voluntad de la sociedad depende, por lo general, de otra

⁸ GIRÓN TENA, J: “Derecho de Sociedades Anónimas” (1952), págs. 80 y 81.

⁹ BOLDÓ RODA, CARMEN: “Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español”, cuarta edición, (2006), págs. 268 y ss.

sociedad que participa mayoritariamente de su capital (sociedad dominante).

D) Abuso de la personalidad jurídica.

A su vez, la mentada autora trata los grupos de casos, con análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y disposiciones legales españolas, en los grupos siguientes¹⁰:

I) Casos de identidad de personas o esferas, con análisis de la sociedad unipersonal.

II) Casos de control o dirección efectiva externa, con análisis de la problemática de los grupos de sociedades.

III) Casos de infracapitalización, con sus dos variantes: infracapitalización material, cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a efecto el objeto social, ni por la vía de un capital de responsabilidad, ni por la vía de créditos otorgados por ellos mismos, supuesto en el que faltan tanto recursos propios como ajenos, e infracapitalización nominal, cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros para el desarrollo de objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios.

IV) Casos de abuso de la personalidad jurídica en fraude de ley o en incumplimiento de obligaciones.

En el derecho norteamericano se utilizan con frecuencia determinados indicios o estándares a la hora de determinar la procedencia de la aplicación de la doctrina del *disregard*. El caso es sometido a un test, a los efectos de determinar si concurren las circunstancias precisas para levantar el velo societario¹¹.

La STS de 17 de octubre de 2000 (EDJ 32603), desestima la aplicación de la mentada doctrina, dada la inexistencia de indicios de aprovechamiento fraudulento de la forma societaria, razonando: "a) no se ha acreditado que los accionistas de ambas compañías sean los mismos; b) ni se mantuvo la coincidencia de la

administración única, que, al principio, existió, c) ni, de la prueba practicada, se desprenda que exista coincidencia de domicilios sociales, o de establecimientos mercantiles; d) ni, finalmente, existe constancia alguna de que «S., S.L.» haya asumido deudas de «D., S.A.», ni que ambas sociedades tuvieran idéntico patrimonio. La conclusión, por tanto, de la sentencia impugnada resulta plenamente lógica, puesto que la doctrina jurisprudencial del «levantamiento del velo» se aplica, cuando consta probado que la sociedad, en cuestión, carece de funcionamiento real e independiente respecto de la otra persona que la controla, con lo que se convierte en simple instrumento de otra u otros para actuar en el tráfico mercantil sin voluntad, ni personalidad propia».

Apelan a que deben utilizarse el juicio indiciario las SSTS de 29 y 30 de noviembre de 2007 (EDJ 233265 Y 222906), cuando de la misma forma expresan: "la constatación de la falsedad de la apariencia de una persona jurídica, por tratarse de una situación no pública, resulta siempre compleja y para llegar a precisar si nos hallamos ante una persona jurídica usada para fines distintos de los propios de la personalidad, deben utilizarse los indicios que permitan llegar a la conclusión de que se ha producido un fraude o un abuso de la personalidad"¹².

efecto su constitución; 5) La sociedad subsidiaria está fuertemente descapitalizada; 6) La sociedad dominante paga los salarios y otros gastos o pérdidas de la subsidiaria; 7) La subsidiaria dedica toda su actividad a la sociedad dominante o no posee otro patrimonio que aquel que le transmite la sociedad dominante; 8) En los documentos de la sociedad dominante se describe a la subsidiaria como un departamento o división de la sociedad dominante; o se hace alusión a su actividad o responsabilidad financiera como propia de la sociedad dominante; 9) Los administradores o ejecutivos de la subsidiaria no actúan independientemente en el interés de la subsidiaria, sino que reciben órdenes de la sociedad dominante para actuar en el interés de esta última; 10) No se observan los requisitos formales de la sociedad subsidiaria; 11) La sociedad dominante utiliza las propiedades de la subsidiaria como suyas propias (Esta lista de indicios fue establecida en el caso *Fish v. East*, 114 F. 2d.177,191 (10th. cir. 1940), según cita Boldó, op. cit supra, pág 146.

¹² La STS de 2 de julio de 2010 (EDJ 45096) desestima la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo dado que "no hay base fáctica que permita sostener que las sociedades codemandadas fueron creadas "ex profeso" para defraudar a los acreedores ni que la entidad además de servir de la personalidad de las sociedades participadas para defraudar legítimos intereses de tercero, instrumentalizara en su exclusivo beneficio las sociedades del grupo al extremo de articular, para lograrlo, un alzamiento de bienes. Y por ello no es de ver en qué sentido se ha producido una situación de fraude, creada por las sociedades codemandadas".

¹⁰ BOLDÓ RODA: Op. cit. supra, págs..272 y ss.

¹¹ Así, por ejemplo, para determinar el grado de control de una sociedad sobre otra se acude a indicios tales como: 1. La sociedad dominante posee la totalidad o la mayor parte del capital de la subsidiaria; 2) La sociedad dominante y la dominada tienen los mismos administradores y gerentes; 3) la sociedad dominante financia a la subsidiaria; la sociedad dominante ha suscrito todas las acciones (*capital stock*) de la subsidiaria o de otra forma es la responsable de llevar a

Por su parte, la STS de 30 de mayo de 2012, precisa que la aplicación de la mentada doctrina: “exige que se acrediten aquellas circunstancias que ponen en evidencia de forma clara el abuso de la personalidad de la sociedad. Estas circunstancias pueden ser muy variadas, lo que ha dado lugar en la práctica a una tipología de supuestos muy amplia que justificarían el levantamiento del velo, sin que tampoco constituyan numerus clausus. En cualquier caso, no pueden mezclarse un tipo de supuestos con otro, pues en la práctica cada una de ellos requiere sus propios presupuestos y, además, pueden conllevar distintas consecuencias. Por ejemplo, no es lo mismo la confusión de patrimonio y de personalidades, habitualmente entre sociedades de un mismo grupo o entre la sociedad y sus socios, que los casos de sucesión empresarial o de empleo abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad por quien la controla para defraudar a terceros”.

Ahora bien, como señala la STS de 1 de junio de 2011, el recurso ocasional a esa técnica no tolera desconocer, sin justificación bastante, los principios que inspiran la regulación de las sociedades y, por ello, la necesidad de una cumplida prueba de que se utiliza la persona jurídica para eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o extracontractuales. Incluso el carácter familiar de la sociedad o la pertenencia de diversas sociedades a una familia tampoco determinan sin más la aplicación de esta doctrina (STS de 27 de octubre de 2011).

V. Carácter excepcional de su aplicación: el conflicto entre seguridad jurídica y justicia

En lo que sí existe consenso general es que la aplicación de tal doctrina ha de hacerse con suma cautela, con cuidado exquisito, a los efectos de evitar que en el conflicto entre justicia y seguridad jurídica salga esta última malparada, en tanto en cuanto una ampliación desmedida y desproporcionada del desconocimiento de la personalidad jurídica propia del ente social, con las consecuencias de la quiebra de la limitación de responsabilidad de los accionistas o copartícipes con respecto a las deudas sociales, determinaría la crisis más absoluta del derecho societario, que conforma un instrumento básico del progreso humano.

En este sentido, en el derecho colombiano, FORERO HENAO señala gráficamente: “debe usarse de manera que no espante la iniciativa privada ni la extranjera, sino que simplemente se considere como una alerta para aquellos malinten-

cionados que pretendan dar un uso indebido a los medios jurídicos creados”¹³. O como señala BOLDÓ RODA, al tratar el conflicto entre justicia y seguridad jurídica en la aplicación de tal doctrina: “cuando el Derecho crea una institución y le atribuye unas determinadas consecuencias jurídicas el daño que resulta de no respetar aquéllas, salvo casos excepcionales, puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de las mismas se haga”¹⁴. O la sentencia de la Sala 2ª de la Corte Civil y Comercial de Buenos Aires de 2 de septiembre de 1999¹⁵, que advierte que “una aplicación indiscriminada puede llevar a aniquilar la estructura formal de las sociedades en supuestos en que no se justifica ni procede, con grave daño para el derecho, la certidumbre y la seguridad de las relaciones jurídicas y hasta la misma finalidad útil de su existencia legal”¹⁶.

No ajena a tales consideraciones la jurisprudencia española advierte también del carácter excepcional de la aplicación de tal doctrina (SSTS de 4 de octubre 2002, 11 de septiembre de 2003, 29 de junio de 2006), por lo que debe ser objeto de un uso ponderado y restringido. En definitiva, como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2000, que reitera las de 25 de octubre de 1997 y 30 de mayo de 1998, la citada doctrina jurisprudencial tiene aplicación limitada, “pues lo normal es el obligado respeto a la forma legal, aunque excepcionalmente, cuando se evidencia que la forma esconde una ficción, quepa penetrar en el sustrato personal de dichas entidades o sociedades, para evitar el perjuicio a terceros y su utilización como vehículo de fraude”. Más recientemente se manifiesta en tal sentido la STS de 30 de mayo de 2012, con cita de las sentencias 475/2008, de 26 de mayo, y 422/2011, de 7 de junio.

¹³ FORERO HENAO, MARÍA CAROLINA y DEL CASTILLO, MARÍA PAULINA: “Un derecho de la competencia para los grupos económicos”, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Javeriana (2001).

¹⁴ BOLDÓ RODA, CARMEN: “Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español”, cuarta edición, (2006), pág. 194.

¹⁵ En el caso I.T.P. Electrónica S.R.L. v Signus Time S.R.L.

¹⁶ De igual forma la STS de 31 de octubre de 1996 señala que: “Ahora bien, dicha operación de «levantamiento del velo» societario, debe utilizarse cuidadosamente y en casos extremos y de forma subsidiaria, en otras palabras, cuando no haya más remedio y no puedan esgrimirse otras armas sustantivas y procesales. Pues no se puede olvidar, que la personalidad jurídica, es una teoría que ha logrado grandes y eficaces éxitos para la expansión financiera y económica en general y que el comercio internacional tiene su arquitrabe en la misma”.

O, por último, podemos cerrar esta cita jurisprudencial con la invocación de la STS 670/2010, de 4 de noviembre, cuando afirma que el que en nuestro sistema se reconozca «la personalidad jurídica de las sociedades, como centro de imputación de relaciones jurídicas» y se entienda que «como regla, es la sociedad la que debe responder de su propio actuar aunque instrumentalmente actúe por medio de sus administradores», ello no constituye «obstáculo para que, excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias –son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso– sea procedente el «levantamiento del velo» a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros.

No cabe ignorar, por consiguiente, que la seguridad jurídica, como conocimiento cierto por parte del ciudadano, destinatario de las normas jurídicas, de cuáles son sus derechos y obligaciones y, por lo tanto, poder prever de antemano las consecuencias de sus actos, conforma un principio constitucional irrenunciable. Si bien no deja de ser cierto que quien conscientemente se ampara en el fraude para obtener un fin ilícito es razonable negarle amparo legal.

Manejar con equilibrio el valor justicia con relación al principio de seguridad jurídica es condicionamiento para la aplicación correcta del levantamiento del velo, y no incurrir en los excesos que la misma pretende prevenir. En definitiva, no se trata de otra cosa que de fijar los límites de la autonomía de la persona jurídica y la posibilidad de desconocerla en determinados casos¹⁷.

VI. La interpretación finalista de las normas como alternativa a la doctrina del levantamiento del velo

Frente a la teoría del levantamiento del velo, otro sector doctrinal considera como técnica más adecuada la de la aplicación de las normas jurídicas, tratando tales casos dentro de la interpretación teleológica, atendiendo por consiguiente a la finalidad de las normas a la hora de resolver los conflictos suscitados por abusos de la personalidad. De esta manera quienes pro-

pugnan tal doctrina se manifiestan como enfoque alternativo a la teoría del levantamiento del velo. KÜBLER explica de la forma siguiente tal cuestión. El principio de separación, válido para la sociedad de capital, permite al individuo, mediante la incorporación de su empresa a aquélla, crear un escudo protector entre los intereses empresariales y su propia persona, del que se puede prescindirse excepcionalmente cuando el juez ordene el levantamiento del velo. En cambio para la posición contraria, iniciada por MULLER-FREIENFELS y desarrollada sobre todo por REHBINDER, la cuestión fundamental es la de decidir si debe aplicarse una norma determinada en un caso concreto a una determinada persona jurídica, en función de su sentido y finalidad y de una correcta configuración legal¹⁸. Ello significa que el juez ha de decidir, interpretando la finalidad de la norma aplicable en cada caso, si la consecuencia jurídica en cuestión ha de afectar solo a la sociedad o al socio o a ambos a la vez.

En definitiva, para este sector doctrinal todos los problemas típicos del levantamiento del velo se podrían solventar mediante la interpretación finalista de las normas jurídicas que regulan los entes societarios, sin necesidad de prescindir de su personalidad jurídica, cuando desaparece el fundamento de la heterogeneidad subjetiva.

A los efectos de evitar el detrimento de la seguridad jurídica, por PAZ ARÉS, se ha intentado reconducir la posibilidad de penetrar en el hermetismo societario reconstruyendo la casuística del levantamiento del velo, negándola sustantividad propia a través de dos grandes matrices: 1) la extensión de la imputación, y 2) extensión de la responsabilidad, es decir cuando la responsabilidad de las deudas sociales debe extenderse a los socios, distinguiendo dentro de este grupo los casos siguientes: a) la infracapitalización; postulando una tesis restrictiva sobre la responsabilidad del socio por esta vía; b) la confusión de patrimonios; considerando necesario una infracción de los deberes contables que impida la reconstrucción formal de la separación de patrimonios entre socio y sociedad; c) la confusión de esferas, concurrente cuando la sociedad y el socio, con frecuencia otra sociedad, actúan de manera que se desdibuja frente a terceros la separación entre ambos (uso de los mismos locales, denominaciones o signos, personal etc., limitando su aplicación a los supuestos en los que el acreedor no haya podido

¹⁷ La STS de 30 de mayo de 2012 desestima la aplicación de la doctrina que nos ocupa dado que: “No es suficiente la insolvencia de la sociedad y la supuesta solvencia del Sr. Pedro (socio mayoritario) para advertir este abuso, es necesario algo más que ni siquiera se ha llegado a aducir en la demanda”.

¹⁸ FRIEDRICH KÜBLER: Derecho de sociedades, 5ª edición (2001), Fundación Cultural del Notariado, págs..513 y ss.

identificar a la contraparte o cuando haya sido inducido a pensar que la contraparte es el socio; d) la dirección externa o dominación, cuando se traslada a la sociedad dominante la responsabilidad de una sociedad dependiente¹⁹.

VII. Su consagración normativa en el Derecho de los países hispanoamericanos

En su evolución posterior, el Derecho Comparado nos permite constatar como el levantamiento del velo, inicialmente creación jurisprudencial, va a obtener consagración en los ordenamientos jurídicos a través de aisladas manifestaciones normativas que, para sectores concretos de la actividad humana, permiten desconocer la personalidad jurídica del ente societario o que establecen determinados mecanismos legales para evitar factibles abusos.

En efecto, existen plurales manifestaciones legislativas encaminadas a evitar los abusos de la personalidad jurídica de los entes societarios, a través de las cuales los Legisladores nacionales han establecido límites al hermetismo social, a modo de excepciones a la regla general de respeto de la personalidad propia, permitiendo penetrar en la estructura o sustrato social en determinados sectores de la actividad humana²⁰.

Incluso dicha doctrina ha encontrado su reflejo normativo en determinadas disposiciones legales como acontece, por ejemplo, en Argentina y Uruguay.

En efecto, la ley de Sociedades Comerciales argentina de 1972 (nº 19550), en el párrafo tercero de su art. 54 señala: “La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible quienes responderán solidaria o ilimitadamente por los perjuicios causados”.

En las XII Jornadas de Derecho Civil celebradas en Bariloche se sostuvo por la doctrina argentina que: “La inoponibilidad de la perso-

nalidad jurídica prevista en el tercer párrafo del art. 54 de la Ley de sociedades ni implica desestimar la personalidad del ente, sino alterar los efectos del tipo societario en cuanto límite de la responsabilidad del socio que abusó del recurso técnico”²¹.

En Uruguay, en el art. 189 de la Ley 16060 de Sociedades de 1989 se norma que:

“Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.

Se deberá probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados.

Cuando la inoponibilidad se pretenda por vía de acción se seguirán los trámites del juicio ordinario”.

Por su parte, el art. 190 establece:

“La declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad sólo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada.

A estos efectos se imputará a quien o a quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad.

En ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe.

Lo dispuesto se aplicará, sin perjuicio de las responsabilidades personales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos”.

De sumo interés es el Proyecto de Decreto sobre la Ley de Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria mexicana, presentada al Senado, en el año 2002, en cuya exposición de motivos se hace referencia como objetivos a lograr: “a) Mantener el criterio general de es-

¹⁹ PAZ ARÉS, en Curso de Derecho Mercantil, de URÍA Y MENÉNDEZ, págs. 552 a 561.

²⁰ Para ver dichas manifestaciones normativas en el Derecho de los países hispanoamericanos puede consultarse la obra: “La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica”, de JOSE HURTADO COBLES (2008).

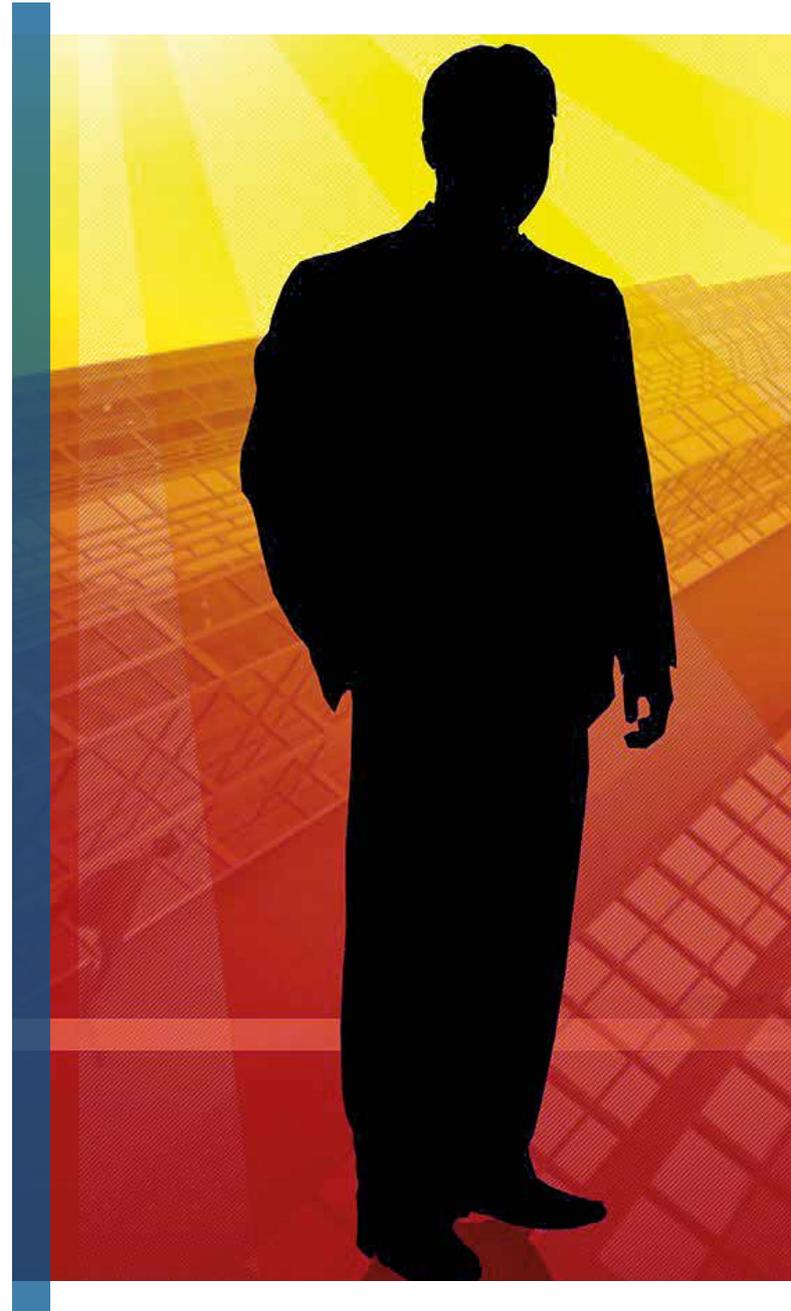
²¹ Cita de la obra “La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica”, de JOSÉ HURTADO COBLES (2008), pág. 77, que señala como origen de tal dato a RICHARD EFRAIN HUGO: “En torno a la personalidad jurídica de las sociedades”, en Revista Notarial 1989, Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, págs. 207 a 224.

tricto respeto a la personalidad jurídica independiente de las personas morales; b) Mantener la regulación vigente respecto a los tipos de responsabilidad de los integrantes de las personas morales de conformidad con la ley que les sea aplicable; c) Establecer como recurso excepcional y subsidiario al régimen de responsabilidades antes mencionado, la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica societaria para extender la responsabilidad civil de la persona moral a sus integrantes, de conformidad con las hipótesis normativas determinadas en la ley propuesta”.

En Panamá, en el Anteproyecto de 7 de septiembre de 2004 de modificación del art. 806 del Código de Familia y del Menor, se propuso la redacción siguiente, que finalmente no fue aprobada: “En estos procesos, a petición de parte, el Juzgador podrá ordenar el levantamiento del velo corporativo a aquellas sociedades anónimas que fundadamente se considere que son utilizadas por alguna de las partes en el proceso para ocultar sus bienes o el monto real de su patrimonio”. La razón de tal precepto se explicaba en la exposición de motivos de la forma siguiente: “... lamentablemente, la utilización del régimen de sociedades anónimas es común por parte de padres irresponsables que pretenden ignorar sus deberes para con sus hijos e hijas”.

Como otro intento frustrado de regulación normativa del instituto podemos citar el anteproyecto de Ley de Sociedades Mercantiles de Venezuela de 1989, en cuyo artículo 255 se señalaba que: “Las sociedades que integran una concentración de sociedades conservan sus propias personerías, sin perjuicio de las disposiciones del presente capítulo. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar los derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

También como intento sin éxito podemos citar la pretendida reforma del art. 78 del CC de Perú en 1984, en el que se proponía el texto siguiente: “El juez, en caso de uso indebido de la persona jurídica o de fraude de ley, puede responsabilizar directamente a los miembros, directores y administradores de la persona jurídica, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiere lugar”, dicha redacción no llegó a ser aprobada, pero sí se reflejó en el texto de la Ex-



posición de Motivos, cuando reza refiriéndose a la misma que: “como lo demuestra abundante jurisprudencia comparada y lo admite la doctrina más reciente, no cabe respetar la forma en ciertos casos y es necesario descender el velo de la persona jurídica para evitar se haga mal uso de ella”.

VIII. Su tratamiento jurídico en el Derecho español

Se puede decir que, con cautela, para no incurrir en vedadas y contraproducentes consecuencias, la doctrina y jurisprudencia españolas admiten la técnica del levantamiento del velo con el carácter excepcional que hemos reseñado.



En efecto, el Tribunal Supremo ha acudido a la aplicación de tal doctrina, que permite penetrar en el sustrato de las sociedades para percibir su auténtica realidad y poder así averiguar si la autonomía patrimonial consustancial a la personalidad jurídica es o no utilizada como una ficción con un fin fraudulento o abusivo con el propósito de perjudicar a tercero, lo que abre un gran abanico de posibilidades como el incumplimiento contractual, aparentar insolvencia, sustraer bienes de la ejecución forzosa, soslayar o hacer prevalecer ciertos derechos o eludir la responsabilidad contractual o extracontractual (STS 16 de octubre de 2001, EDJ 35567).

La STS de 19 abril 2006, con cita de la de 29 julio 2005, recuerda que esta técnica se uti-

liza para «evitar que al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar intereses privados o públicos o pueda utilizarse aquélla (la sociedad) como camino de fraude (artículo 6.4 CC) con posibilidad de que los jueces puedan penetrar en el interior de esas personas cuando sea necesario para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (...)».

Cabe sistematizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los apartados siguientes:

1º. La doctrina del levantamiento del velo trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño ajeno, o burlar los dere-

chos de los demás (SSTS, entre otras, 17 de diciembre de 2002, 22 y 25 de abril de 2003, 6 de abril de 2005, 10 de febrero y 29 de junio de 2006, 29 y 30 de noviembre de 2007, 7 de junio de 2011 y 30 de mayo de 2012).

2º. Se trata, en todo caso, de prevenir que se utilice la personalidad jurídica societaria como un medio o instrumento defraudatorio (SSTS 17 de octubre de 2000; 3 de junio y 19 de septiembre de 2004, 16 de marzo y 30 de mayo de 2005, 30 de mayo de 2008, 13 de octubre de 2011); poniendo coto al dolo o abuso cometido (SSTS de 28 de enero de 2005, 3 de abril de 2009).

3º. Se produce dicho fin fraudulento, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales (SSTS 28 de marzo de 2000, 14 de abril de 2004, 20 de junio de 2005, 24 de mayo de 2006), y entre ellas el pago de deudas (SSTS 19 de mayo de 2003, 27 de octubre de 2004); cuando la sociedad deudora es colocada en una situación de inactividad o insolvencia, y de sus activos económicos y desaparición de hecho se beneficia otra Sociedad (STS de 29 de junio de 2006), en casos similares SSTS de 24 de junio de 2002 y 11 de diciembre de 2003; actuación de una o varias personas físicas bajo la apariencia formal o la cobertura legal de una persona jurídica (STS 18 mayo 2006); abuso de la personalidad, deducida de la infracapitalización, apariencia del contrato de arrendamiento de la nave siniestrada a la sociedad, siendo los dos socios los propietarios de dicha nave y patrimonio negativo de la propia sociedad que, cuando se produjo el siniestro, no estaba en situación de afrontar su responsabilidad (SSTS de 29 y 30 de noviembre de 2007); utilización, con fines fraudulentos, de una confusión de personalidades y de patrimonios entre una persona física y una persona jurídica» (STS de 27 diciembre 1997). O en el caso de la STS de 6 de marzo de 2008 (EDJ 127963), en que disuelta la sociedad, siendo administradores y socios únicos los demandados, se consideró que debían responder solidariamente frente a la perjudicada, ya que personalmente efectuaron bajo la cobertura de la persona jurídica, «la torticera venta del inmueble litigioso»; para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual (SSTS de 19 de septiembre de 2007 y 3 de abril de 2009, EDJ 50741); para considerar la identidad de las sociedades que impide que se aprecie el carácter de tercero en la demandante y prospere su tercería de dominio (SSTS 3 de junio de 2004 y también las de 29 de septiembre de 2006, 22 de febrero, 30 de octubre y 30 de noviembre de 2007, 17 de

diciembre de 2008, EDJ 262348)²²; infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso (SSTS de 30 de mayo de 2012, 13 de octubre de 2011, 4 de noviembre de 2010); inscripción de embargo sobre persona distinta a la apremiada (STS 30 de noviembre de 2011).

4º. No obstante se exige su invocación para la aplicación por los tribunales so pena de incurrir en la vedada incongruencia. En este sentido, la STS 28 de febrero de 2008 (EDJ 124024) proclama que: “El respeto al principio de que la justicia civil es rogada, con sus repercusiones en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española, impide que el Tribunal de Instancia pueda entrar de oficio ni proceder a ese levantamiento, si ninguna de las partes en el proceso ha planteado la utilización de una persona jurídica como ficción encaminada al fraude, al perjuicio, o el daño, sin olvidar las complejas situaciones de hecho y de derecho para llegar a la conclusión de que se ha producido un fraude o un abuso de la personalidad”.

Es necesario igualmente dejar constancia que está abierto en nuestra doctrina el debate, antes reseñado, entre quienes se manifiestan favorables a su aplicación y quienes se decantan por el tratamiento de tales casos dentro de una interpretación teleológica o finalista de las normas jurídicas, que regulan los entes societarios, con la pretensión de hallar en las mismas la solución a tales conflictos.

Hay que indicar, por último, que no existe, en nuestro ordenamiento jurídico, una disposición normativa concreta que positivice expresamente el levantamiento del velo como técnica

²² En este mismo sentido la sentencia de 21 de mayo de 2005 dice: “Actividad industrial que constituye el negocio familiar, y que no existe separación alguna de patrimonios, ni de personalidades, por lo que obviamente no cabe ampararse en la aparente autonomía jurídica del socio y de la sociedad para distraer las responsabilidades de ésta, por cuanto ello constituye un abuso de la personalidad formal que se utiliza como vehículo de fraude, lo que contradice los principios de la buena fe y equidad y vulnera la prohibición del fraude y el abuso de derecho que consagran los arts. 3.2; 6.4, 7.1 y 7.2 del Código Civil, y permite aplicar, por un lado, la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo (Sentencias, entre otras, de 25 octubre 1997; 30 mayo, 22 julio y 9 noviembre 1998; 26 abril y 13 octubre 1999; 31 enero, 28 marzo y 17 octubre 2000), y, por otro, la doctrina jurisprudencial que niega la cualidad de tercero en las tercerías de dominio cuando hay coincidencia de intereses, o confusión de patrimonios o personalidades entre el demandante tercerista y el ejecutado (Sentencias 22 febrero, 30 mayo, 11 octubre y 31 diciembre 1999, 31 enero y 22 noviembre 2000 y las que citan, entre otras)”.

de penetración en la estructura de la persona jurídica, como sucede en Argentina o Uruguay. Ello no significa que no existan determinadas normas jurídicas, como acontece en el Derecho comparado, cuya finalidad sea la de evitar los abusos de la personalidad jurídica, intentando prevenir la posibilidad de producción de tan indeseables consecuencias.

Paradigmática expresión de la doctrina del levantamiento del velo se encontraba en los supuestos de las sociedades unipersonales, en las que el socio único acudía a la creación de un ente societario, en no pocas ocasiones a través de familiares o meros testaferros, para asegurarse la irresponsabilidad patrimonial en su actividad en el mercado. Ello motivaba que, en los supuestos en los que se producía confusión patrimonial entre sociedad y socio único con daño para tercero, fuera campo abonado para la aplicación de tal doctrina.

En definitiva, se venía manteniendo que la sociedad unipersonal no era una verdadera sociedad, pues la esencia de la misma requería una pluralidad de sustrato personal, una diferenciación de patrimonios, un órgano soberano de expresión de la voluntad general que era la Junta de socios, lo que difícilmente se conciliaba con tal clase de sociedad. Es más se venía considerando la unipersonalidad sobrevenida como causa de disolución por imposibilidad de consecución del fin social. En este sentido SANTOALALLA escribía que el término sociedad significa agrupación, reunión, y carece totalmente de sentido la agrupación de una persona consigo mismo²³.

No obstante dicho escenario se ha visto afectado por la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico la Directiva 89/667/CEE de 21 de diciembre, que incorpora la sociedad de capital unipersonal, como consecuencia de un movimiento legislativo europeo proclive a dicha forma societaria tanto sobrevenida como originaria. La transposición de dicha Directiva se llevó a efecto por Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que reguló la materia, en su capítulo XI, admitiendo en el art. 125 LSRL sus dos formas constitutivas originaria y sobrevenida²⁴.

²³ SANTOALALLA LÓPEZ, M^ª CRISTINA: "La sociedad unipersonal", en Rev. Jur. del Notariado, n.º 16 (1995), pág. 173.

²⁴ "Se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada: a) La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica. b) La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales que pertenezcan a la sociedad unipersonal".

Por su parte, dicha ley dio igualmente redacción al art. 311 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que norma: "Será de aplicación a la sociedad anónima unipersonal lo dispuesto en el cap. XI Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada". Actualmente la materia se encuentra regulada en los arts. 12 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Por consiguiente, hoy en día, aparecen superados tales prejuicios, sin que pueda considerarse la sociedad con único socio como algo anómalo o contrario a Derecho. Sin embargo, ello no significa que el legislador no establezca en tales casos mecanismos para prevenir situaciones de confusión patrimonial en perjuicio de acreedores, fundamentalmente a través de la transparencia derivada de un riguroso régimen de publicidad, tanto de la situación de unipersonalidad, como con respecto a los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad unipersonal.

No es ahora el momento ni el lugar para desarrollar la regulación y problemática de estas personas jurídicas, pero sí ofrecer brevemente alguna de las garantías legales normativamente previstas a los efectos de evitar factibles abusos²⁵.

La unipersonalidad sobrevenida se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil, expresándose necesariamente la identidad del socio único, y en tanto subsista la situación de unipersonalidad, la sociedad hará constar expresamente su condición de unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como

²⁵ La STS de 20 de diciembre de 2011 (EDJ 292395) desestima la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en el caso de una sociedad unipersonal con los argumentos siguientes: "la primera es que la tesis de la recurrente conduciría a que en todo caso de incumplimiento contractual de una persona jurídica respondiera automáticamente su socio mayoritario o su administrador único, lo cual no solo se opone a la personalidad jurídica propia de las sociedades mercantiles y al régimen legal de responsabilidad de sus administradores sino también a la propia existencia legal de sociedades unipersonales con personalidad jurídica propia y diferente de la de su socio único; y la segunda es que la tesis de que se trata tendría algún fundamento si las máquinas instaladas en los locales cuyos dueños no renovaron su autorización para las máquinas de la recurrente hubieran pertenecido al Sr. Miguel, que en tal caso sí habría podido aprovecharse de que el pacto de no competencia no le vinculara a él sino a Maquinaria, pero no cuando resulta que aquellas máquinas pertenecían precisamente a Maquinaria"

en todos los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria (art. 13 LSC).

El socio único que ejercerá las competencias de la Junta General deberá plasmar los acuerdos en acta (art. 15 LSC). Los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad deberán constar por escrito o en la forma documental que exija la ley de acuerdo con su naturaleza, y se transcribirán a un libro-registro de la sociedad que habrá de ser legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas de las sociedades. En la memoria anual se hará referencia expresa e individualizada a estos contratos, con indicación de su naturaleza y condiciones. Durante el plazo de dos años a contar desde la fecha de su celebración, el socio único responderá frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de dichos contratos. En caso de concurso del socio único o de la sociedad, no serán oponibles a la masa aquellos contratos comprendidos en el apartado anterior que no hayan sido transcritos al libro-registro y no se hallen referenciados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la ley (art. 16 LSC).

Por último, transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad (art. 14 LSC).

Por otra parte, los créditos del socio único frente a la sociedad serían susceptibles de ser calificados en el concurso por la vía del art. 92.5 LC, como créditos subordinados, reputándose como tales: “Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el art. 91.1º (salariales) cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el art. 93.2.1º y 3º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican., señalando, por su parte, el art. 93.2 que se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: “1º Los socios que en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5% del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negocia-



Transcurridos seis meses desde la adquisición que esta circunstancia se hubiere inscrito en el personal, ilimitada y solidariamente de las deudas de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, las deudas contraídas con posterioridad (art. 14 LSC).



por la sociedad del carácter unipersonal sin Registro Mercantil, el socio único responderá de las deudas sociales contraídas durante el período, el socio único no responderá de las deudas

ción en mercado secundario oficial, o un 10% si no los tuviera”.

Regirá, por otra parte, la presunción de perjuicio patrimonial para el ejercicio de la acción rescisoria concursal del art. 71.3 LC, que comprende, como presunción de perjuicio patrimonial los actos “dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionados con el concursado”.

Asimismo supone la extinción de las garantías de cualquier clase (con especial importancia las garantías reales) en tanto que «persona especialmente relacionada» con la sociedad concursada, mediante auto dictado vencido el plazo de impugnación del informe de los au-

ditores, si tales acreedores no impugnaran en tiempo y forma tal calificación (art. 97,2 LC). Hay que entender, lógicamente, que dicha extinción también tendrá lugar cuando lo impugnen y se desestime la impugnación.

En la fase de convenio carecerá de derecho de voto (art. 122.1 LC), y en la fase de liquidación el pago a los titulares de créditos subordinados no se hace hasta que estén satisfechos los créditos privilegiados y ordinarios (art. 158,1 LC).

Por otra parte, si el socio unipersonal fuera además administrador se le aplicarán las normas que regulan su responsabilidad. Todo ello también, sin perjuicio, de que se vea sometido a la sección de calificación del concurso (arts. 167 y ss. LC), dentro de la cual, en su caso, se le podrá exigir responsabilidad patrimonial, ya como administrador de hecho o de derecho o como cómplice.

En cuanto a la problemática de los grupos de sociedades es de citar por su importancia la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, constituida sobre la base del marco delimitado por la Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, concerniente a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad y la Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, sobre las cuentas consolidadas, así como por Reglamento (CE) N^o 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, con respecto a la aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad y Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros.

La pertenencia de la sociedad concursada a un grupo societario tiene aspectos sustantivos derivados principalmente de la consideración de las sociedades integrantes del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios como «personas especialmente relacionadas» con el deudor (art. 93.2,3^o), con lo que les son de aplicación el mismo régimen previsto para el socio único al que antes hicimos referencia.

La definición legal del grupo de sociedades al que remiten otras disposiciones normativas la encontramos en el art. 42 del Código de Comercio. En esta disposición normativa se sustituye

el concepto de centro de decisión por el del centro del control²⁶.

De esta manera, el vigente art. 18 de la LSC señala que a los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concorra alguno de los casos establecidos en el art. 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.

El art. 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, regula por su parte la concentración económica, situación que se produce, conforme a su apartado b), entre otros supuestos, en los casos de la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.

En los arts. 134 y ss. de la LSC se establecen las limitaciones de los negocios sobre las propias participaciones o acciones por parte de las sociedades capitalistas, regulando igualmente las prohibiciones de celebración de negocios jurídicos con sociedades del mismo grupo.

Por otra parte, los administradores responderán por la vía del art. 367 de la LSC por no convocar la Junta General de la sociedad en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso. Los administradores concursales podrán ejercitar tales acciones (art. 48 quáter LC).

²⁶ Dicha disposición parcialmente transcrita norma: según el cual: " Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- Posea la mayoría de los derechos de voto.
- Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.



La responsabilidad patrimonial de la Administración en los accidentes de circulación: la deficiente señalización de los obstáculos en la calzada

Alejandro Román Márquez
Abogado-Doctor en Derecho
HispaColex Servicios Jurídicos

1. Introducción

La *Red secundaria de carreteras de España* está formada por el conjunto de vías de titularidad autonómica, provincial y municipal, y aunque está formada tanto por carreteras convencionales como por autopistas y autovías, son las primeras las que predominan en el conjunto de la Red. En este sentido, el 97% de las carreteras de *titularidad* autonómicas son carreteras convencionales (de un total de 70.837 km), ascendiendo al 99% en el caso de carreteras titularidad de Diputaciones Provinciales y Cabildos Insulares (de un total de 68.515 km). Extrapolando estas cifras al conjunto de la red viaria española, las Comunidades Autónomas son titulares únicamente del 20 % de las vías de gran capacidad españolas -autopistas, autovías y vías de doble calzada-, y las Diputaciones Provinciales y Cabildos Insulares del 7 % (del total de 10.443 km de vías de gran capacidad existentes).

Como se acaba de comprobar, las carreteras convencionales -calzada única con dos o tres

carriles, doble sentido de la circulación y generalmente accesos al mismo nivel- son las más habituales en el territorio nacional (alrededor del 90% del total), si bien su importancia en términos cuantitativos desde el punto de vista del tránsito vehicular es muy inferior a las denominadas vías de gran capacidad, ya que por ellas sólo discurre alrededor del 40% del tráfico. A pesar de ello, durante 2010 en las carreteras convencionales se produjeron el 82% de los accidentes mortales registrados en las carreteras españolas. Es decir, de cada 10 muertes en la carretera, 8 se registraron en carreteras convencionales, a pesar de su menor importancia para el tráfico.

Esto lleva a reflexionar sobre la peligrosidad intrínseca de estas vías, que deriva de su propia morfología, y la necesidad de incrementar en lo posible sus mecanismos de seguridad. En relación con esta cuestión, la calidad y estado de conservación de la señalización de estas vías juega un papel muy importante, si bien actualmente se pueden constatar una gran cantidad de deficiencias en este ámbito. Conforme al estudio realizado recientemente por la Fundación CEA¹, el 81% de los conductores encuestados declaran que las señales situadas en las carreteras convencionales no tienen buena visibilidad durante las horas de sol, ascendiendo este porcentaje al 89% durante las horas nocturnas. A esto se le suma que, para el 88% de los conductores encuestados, el mantenimiento de las señales ubicadas en este tipo de vías es manifiestamente insuficiente².

Conforme al artículo 139.1 del Reglamento General de Circulación, “*Corresponde al titular de la vía la responsabilidad de su mantenimiento en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación y la instalación y conservación en ella de las adecuadas señales y marcas viales*”, por lo que las deficiencias en materia de señalización generan, como no podía ser de otro modo, responsabilidad patrimonial a cargo de la Administración titular de la vía en caso de que aquéllas ocasionen un daño a sus usuarios³. Debido a la más que considerable

extensión de la casuística en materia de accidentes de circulación, este estudio se va a centrar en aquellos provocados por *Do* en los que haya podido tener influencia *D* una deficiente señalización de los eventuales obstáculos que puedan aparecer sobre la calzada, y, en concreto, los más habituales: animales, piedras, árboles y elementos análogos, y nieve/hielo.

Para iniciar este estudio es preciso partir de la diferenciación establecida entre señales fijas y *circunstanciales* por la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial en su artículo 57:

“1. Corresponde al titular de la vía la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación y de la instalación y conservación en ella de las adecuadas señales y marcas viales.

También corresponde al titular de la vía la autorización previa para la instalación en ella de otras señales de circulación. En caso de emergencia, los agentes de la autoridad podrán instalar señales circunstanciales sin autorización previa.

2. La autoridad encargada de la regulación del tráfico será responsable de la señalización de carácter circunstancial en razón de las contingencias del mismo y de la señalización variable necesaria para su control, de acuerdo con la legislación de carreteras”.

Dicha diferenciación será básica a la hora de analizar las exigencias de la Jurisprudencia en relación con su necesidad de ubicación en determinados tramos de la red viaria y la responsabilidad patrimonial a cargo de la Administración por los daños ocasionados a los usuarios en la misma.

2. El deber de advertir sobre los obstáculos existentes en la calzada: señalización permanente y señalización circunstancial.

2.1. Caracteres generales. Casuística.

La *habitualidad* del peligro es, conforme a la Jurisprudencia más reciente, el elemento que con carácter general va a determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en caso de ausencia de señalización permanente que advierta del mismo a los usuarios de la vía. Es decir, únicamente en aquellos casos en los que exista un riesgo que se repite de forma más o menos periódica o habitual, la

¹ Perteneciente al Comisariado Europeo del Automóvil.

² A lo que hay que sumar que, para el 69% de los conductores -en horario diurno- y el 85% -en horario nocturno-, la señalización existente no ayuda al conductor a tomar las decisiones correctas durante la circulación.

³ Sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en esta materia vid. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, en *XI Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Ponencias*, Córdoba, Editorial Jurídica Sepin, ISBN 978-84-92995-59-2, 2011, págs. 327 a 380.



Administración tendrá la obligación de advertirlo a los usuarios de las vías de su titularidad utilizando la señalización permanente establecida en la normativa específica, siendo responsable patrimonialmente -de la totalidad de los daños causados o en concurrencia con la culpa de la víctima- de los accidentes en los que concurren tales circunstancias. Por esta razón, el deber de señalización que con carácter general establece el artículo 57 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación y Seguridad Vial, se concreta en una obligación específica cuyo elemento esencial es la habitualidad o frecuencia del peligro en un punto o tramo determinado del viario público.

No debe perderse nunca de vista que esta *habitualidad* o frecuencia del riesgo, que genera el peligro concreto y que debe ser advertido por la Administración mediante señalización permanente es, en cualquier caso, un elemento

objetivo, que debe ser determinado tras un análisis pormenorizado de la realidad, y en ningún caso inferido de elementos adyacentes a la vía, aunque de los mismos sea posible determinar un peligro potencial con un alto grado de verosimilitud. Esto lleva a la necesidad de analizar de forma empírica las características y circunstancias de cada tramo de vía, determinando de forma objetiva la concurrencia o no de aquellos elementos que conforman un determinado riesgo a advertir por parte de la Administración titular de la misma con base en los antecedentes acaecidos en el tramo. No será posible -o al menos necesario en materia de eventuales obstáculos o elementos peligrosos en la calzada- que se señalice un peligro potencial o abstracto en función de las características de la vía o de las instalaciones o usos adyacentes a la misma, si no se ha comprobado su efectivo acontecer en varias ocasiones durante el pasado -por ejemplo, la invasión de la calzada por ganado o piezas cinegéticas, formación de hielo o nieve,

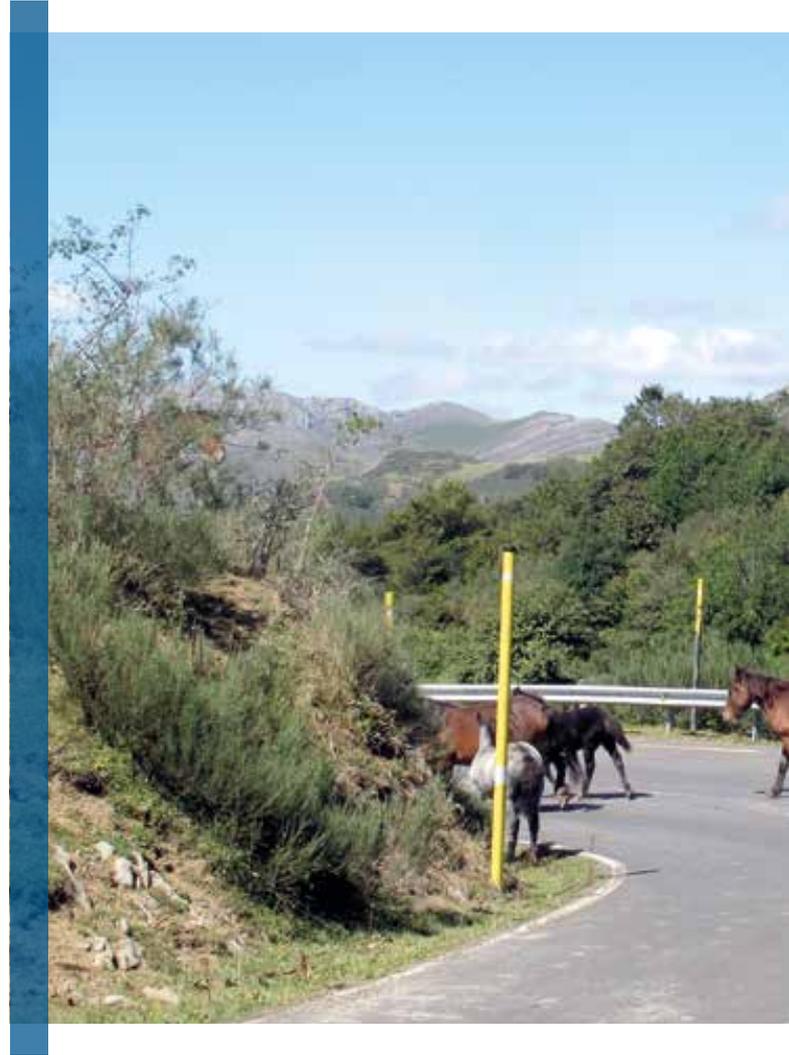
desprendimientos, etc-. Es preciso, por tanto, un estudio individualizado en el que se ponga de manifiesto la concurrencia del peligro a señalar, si bien la experiencia muestra como las Administraciones públicas suelen, en muchas ocasiones, señalar con base en peligros *pre-suntos*, que no han sido constatados de forma objetiva, con la única finalidad de evitar su responsabilidad patrimonial en caso de accidentes en los que hagan aparición tales circunstancias. Sobre estas y otras cuestiones se volverá más adelante.

Los elementos que pueden actuar en un momento determinado como obstáculos en la calzada son de naturaleza muy variada. En este estudio nos vamos a centrar en los cuatro grupos más habituales: animales, rocas, árboles –o elementos análogos– y nieve/hielo. Cada uno de éstos participa en mayor o menor medida de los rasgos comunes predicables de la categoría en su conjunto, si bien gozan de caracteres específicos que deberán ser expuestos y analizados de forma individualizada en orden a una explicación satisfactoria de su naturaleza, del tratamiento dado por la Jurisprudencia y, fundamentalmente, de los problemas que generan en la práctica y sus posibles soluciones. Una selección de la Jurisprudencia más reciente en la materia nos va a servir de soporte para ilustrar esta materia y analizar las circunstancias más controvertidas.

2.2. Animales en la calzada: ganado y fauna salvaje.

Cada año en las carreteras españolas, fundamentalmente de carácter secundario, se producen multitud de accidentes de circulación que tienen su origen en la irrupción de animales salvajes o domésticos en la calzada, procedentes tanto de la propia naturaleza, como de explotaciones ganaderas o cinegéticas adyacentes⁴. Con carácter general, la Jurisprudencia más reciente ha establecido el mencionado criterio de la *habitualidad objetiva*, por el que únicamente se exige la señalización permanente del riesgo que supone la existencia de animales salvajes o domésticos –se entiende que de un tamaño considerable, como jabalíes, caballos, ganado ovino, caprino o vacuno, ciervos, etc–, suscep-

⁴ Sobre responsabilidad de la Administración por accidentes causados por animales procedentes de cotos de caza próximos al viario público vid. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “Responsabilidad patrimonial de la Administración en accidentes de tráfico por atropellos con especies cinegéticas”, en la *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, nº 28, cuarto trimestre, 2008, ISSN 1887-701, págs. 81 a 110.



tible de ocasionar un accidente de importancia- en los alrededores de la vía, cuando la Administración tenga constancia fehaciente de su irrupción periódica en la calzada. Únicamente en estos casos la ausencia de señalización de carácter permanente generará responsabilidad patrimonial a la Administración pública por los daños ocasionados con motivo de una colisión entre un vehículo y un animal que se encuentre invadiendo la calzada.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha nº 199/2005, de 4 de mayo, es muy ilustrativa de este criterio. Señala ésta en su Fundamento Jurídico Quinto que:

“[...] El deber de señalización exigido por el artículo 57 de la Ley de Tráfico, Circulación y Seguridad Vial a la Administración titular de la carretera, que en el caso es la Diputación demandada, no es una obligación absoluta para advertir expresamente cualquier eventualidad que pudiera ocurrir en una carretera, sino que es impuesta en función del riesgo existente, de tal modo que, no



constando que en el lugar del siniestro hubiese dicho riesgo derivado de un frecuente flujo de animales de caza, no se advierte que haya de estar señalizado dicho tráfico. El hecho de que existan cotos colindantes sin duda puede apuntar a dicho riesgo, sin embargo considera esta Sala que no es suficiente como para que surja la obligación de señalización cuando al ser aprovechamiento de caza menor, y aunque uno de ellos tiene aprovechamiento secundario de caza mayor no constan siniestros similares o señales, datos o vestigios que apunten a que se trate de un lugar de paso de piezas de caza como para advertir de ello a los usuarios de la vía. Y tampoco consta que de haber mediado dicha señalización se hubiera evitado el accidente”.

Este criterio de la habitualidad objetiva resulta criticable desde el momento en que una explotación cinegética de las características de un coto de caza –máxime al tratarse de un coto con aprovechamiento, primario o secundario, de caza mayor– genera per se, de forma obje-

tiva, un riesgo para la conducción, derivado de su ubicación adyacente a la vía, por lo que no es necesaria comprobación alguna de la habitualidad de la invasión de la calzada por parte de los animales existentes en el coto para advertir convenientemente a los conductores del riesgo inherente a dicho tramo de carretera. No es necesario, a nuestro juicio, esperar a que se produzca un determinado número de invasiones de la calzada para advertir del riesgo que ello supone. La propia naturaleza de este tipo de explotaciones crea el riesgo de invasión de la calzada por animales de medio y gran tamaño, objetivando el peligro de una colisión, por lo que la señalización del peligro debería ir aparejada a su existencia, sin necesidad de “comprobación” previa. Por esta razón, la mera existencia de un coto de caza –con aprovechamiento, al menos secundario, de caza mayor– debería obligar a la Administración a advertir del riesgo de invasión de la calzada por la fauna existente mediante señalización fija al inicio de cada tramo afectado, ya que el peligro existe en todo momento, sin necesidad de comprobación previa.

Lo mismo puede predicarse de las explotaciones ganaderas extensivas (piénsese, por ejemplo, en una finca en la que se crían reses bravas para la lidia, tan habituales en nuestro país), cuya morfología genera un riesgo objetivo para la conducción –grandes extensiones de terreno, parcialmente contiguas a vías de comunicación, corpulencia del ganado, etc– que debe ser advertido a los conductores en todo momento sin que, como en el caso anterior, sea necesario constatar un determinado número de invasiones previas para ello.

Por último, en el caso de carreteras que circulan contiguas o atravesando un espacio natural protegido resulta mucho más complicado establecer la objetividad del riesgo, pero ello tampoco puede ser una razón para acudir al criterio de la habitualidad objetiva, ya que siempre es posible contar con expertos que, en función de la fauna existente en el mimos, puedan determinar ex ante el riesgo de irrupción de fauna salvaje en la calzada, sin necesidad de esperar, tampoco en estos casos, a que se produzcan cierto número de invasiones para advertir a los conductores del riesgo inherente a la naturaleza de la vía. Tampoco en este caso, como en los anteriores, parece adecuado acudir al criterio de la habitualidad objetiva, debiendo realizarse una mínima actividad investigadora por parte de la Administración titular de la vía que le exonere de responder patrimonialmente por los accidentes producidos por esta causa sin la debida señalización del peligro existente.

Resulta igualmente criticable la aseveración recogida por la Sentencia citada en el sentido de afirmar que no *“consta que de haber mediado dicha señalización se hubiera evitado el accidente”*. Por supuesto que una señalización permanente de peligro de estas características no garantiza de ninguna forma la eliminación de este tipo de accidentes, pero le da la oportunidad a los usuarios de la vía –especialmente a los que no la frecuentan habitualmente– a adaptar su conducción a las especiales circunstancias de la misma y, sobre todo, extremar la precaución, lo cual puede no evitar la colisión, pero desde luego sí que puede reducir sus consecuencias dañosas para la víctima, lo que es más que suficiente para obligar a la Administración a que señale tal peligro.

En cualquier caso, y con independencia de la constatación o no de la existencia de un riesgo conocido, será la normativa sectorial de cada territorio la que puede imponer que, con carácter general, se establezca la obligación de señalar de forma permanente la existencia de este tipo de riesgos en aquellas vías que colinden con cotos de caza. La obligación de señalar el peligro de invasión de la calzada por animales salvajes o domésticos tiene, por tanto, dos orígenes:

- a) Habitualidad/frecuencia (Jurisprudencia).
- b) Origen legal.

Si se incumple cualquiera de estas dos obligaciones surgirá responsabilidad patrimonial a cargo de la Administración titular de la vía por los accidentes de este tipo que tengan lugar en la misma. Así lo indica –*sensu contrario*– la citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en su Fundamento Jurídico Sexto, en relación a la obligación legal –en este caso falta de ella– de señalar los tramos de vía adyacente a cotos de caza:

“[...] Aunque se alega infracción del art. 53 en relación con el art. 71 de la Ley de Caza de Castilla La Mancha (ley 2/1993), dichos preceptos no obligan a señalar el tráfico de piezas cinegéticas en vías públicas para advertir a los usuarios de dichas vías, [...] sino que las medidas precautorias especiales que impone son en relación al ejercicio de la caza, no del tráfico rodado, y de ahí las prohibiciones y limitaciones cinegéticas (y no de otro tipo) que establece el art. 53.1 de dicha ley, por lo que dichos preceptos no tienen el sentido y finalidad que se alega y por ello su cumplimiento o no por la Junta en nada afectó al resultado o perjuicio cuyo coste se reclama”.

En este sentido, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2011 (RJ/2012/2188) –en relación con un accidente de circulación ocasionado por un caballo que irrumpió sorpresivamente en la calzada de una vía convencional, colisionando con un vehículo– especifica en su Fundamento de Derecho Quinto la suficiencia de la señalización permanente que advierte del peligro de animales en la calzada para exonerar a la Administración de responsabilidad patrimonial por este motivo, sin que sea necesaria ninguna otra señalización de carácter complementario o sustitutivo:

“[...] Es cierto que la Sala de instancia reconoce la existencia de señalización indicativa de la existencia de animales sueltos más considera necesaria otro tipo de señalización más clara que no identifica. Consta en la Resolución de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes, que el p.k. 23,500 de la carretera comarcal C-640 se encontraba señalizada. Así figura en el atestado levantado tras el accidente por la Guardia Civil del Destacamento de Burela indicando constaba señalización vertical: Señal P-24 (paso de animales en libertad). La indicada señal es una de las de advertencia de peligro consignadas en el Reglamento General de Circulación al objeto de indicar a los usuarios de la vía pública de la proximidad y la naturaleza de un peligro difícil de ser percibido a tiempo, con objeto, de que se cumplan las normas de comportamiento que, en cada caso, sean procedentes. No hay pues, como en el supuesto examinado por la STS de 23 de julio de 2001 (RJ 2011, 8024), recurso de casación 2644/97, un incumplimiento de obligación legal o reglamentaria alguna por la administración, sin que la indicación de la Sala de instancia de que debería haber una señalización más clara o contundente goce de apoyo legal. La carretera tenía la señalización establecida dada su naturaleza de comarcal sin que le fuere exigible a la administración otra no prevista en el Reglamento General de Circulación. Dada las características, carretera comarcal, no era exigible la colocación de una cerca o barrera que impidiera el paso de animales a la calzada desde una finca de titularidad en mano común. Debe concluirse no existe funcionamiento de la administración a la que fuere imputable el daño producido por lo que no se produce el nexo causal que permita atribuir a la administración la responsabilidad pretendida. Aquella cumplió con las obligaciones exigibles en la normativa aplicable sin que se le puedan requerir otras no establecidas”.

Por todo lo expuesto resulta difícil de comprender lo mantenido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 47/2006, de 20 de enero, en sus Fundamentos de Derecho Tercero y Sexto, que considera que el riesgo inherente por la proximidad de un coto de caza a una carretera convencional está correctamente señalizado a pesar de no existir señal específica de peligro (P-24: “*Paso de animales en libertad*”), sino una señalización genérica prohibiendo el adelantamiento en dicho tramo, exonerando a la Administración titular de la vía de toda responsabilidad:

“[...] Por lo demás, el informe de la Dirección General de Seguretat Ciutadana, pone de relieve que la carretera que en la actualidad tiene la denominación de C-14, y que equivale al punto kilométrico 58.500, es titularidad de la Generalidad de Cataluña; que la limitación de velocidad es la genérica de la vía para cada tipo de vehículo, en este caso, 90 km/h, sin que en este concreto punto kilométrico existiera ninguna señalización de peligro. También hace constar el informe que antes de este punto (en sentido Adrall), hay un pequeño cambio de rasante y una curva peligrosa hacia la derecha así como que, en sentido Salou (que era el que seguía el vehículo en el momento del siniestro), también hay la correspondiente señal de adelantamiento prohibido por la presencia de cambio de rasante, si bien estas precisiones nada aportan a este caso puesto que el accidente se produjo en un tramo recto, según consta en el “Full d’informació d’accidents”.

“[...] En definitiva, no estamos ante una señalización inadecuada de la carretera -que podría dar lugar a una concurrencia de culpas-, por el mero hecho de que la única señal existente en este tramo fuera la de prohibido adelantar. Hemos visto que la limitación de velocidad era la genérica, es decir, 90 km/h para vehículos automóviles, siendo así que al no constatarse huellas de frenada en la calzada es indicativo que el vehículo no circulaba a una velocidad excesiva. Al respecto el actor en la prueba de confesión, afirma que no alcanzaba dicha velocidad de 90 km/h, pues afirma ir a 70 u 80 km/h, y aunque diga que el impacto fue muy fuerte, ello no desvirtúa que pudiera ir a la velocidad manifestada, pues para acreditar la velocidad excesiva hubiera sido necesaria una prueba pericial, que no ha sido propuesta por el Ayuntamiento [...]”.

Este pronunciamiento da a entender que la Administración queda exonerada de su responsabilidad sin necesidad de advertir del peligro concreto derivado de la eventual existencia de animales en la calzada, siendo suficiente con una limitación genérica de velocidad y la prohibición de adelantar en ese tramo de la vía. Se trata de una interpretación criticable por cuanto que la exoneración de la responsabilidad de la Administración pública únicamente puede tener su origen en una actitud diligente consistente en informar convenientemente a los usuarios de la vía de los peligros que pueden afectar a su conducción y así puedan adaptar ésta en función de aquéllos, diligencia que únicamente existe cuando la información proporcionada por la Administración a los usuarios de la vía es verídica y exacta, lo que no ocurre en el caso analizado por la citada sentencia. Por esta razón, debe considerarse que la Administración únicamente queda exonerada de responsabilidad cuando utiliza la señalización correcta y adecuada al peligro existente en cada tramo de la vía, prevista de forma específica en el Reglamento General de Circulación, y nunca otras de carácter genérico.

El problema de fondo que condiciona toda esta cuestión es que la Jurisprudencia analizada se remite a un concepto jurídico indeterminado, cual es la habitualidad del riesgo, para determinar la necesidad de señalar este concreto peligro de forma permanente. Como en cualquier concepto jurídico indeterminado, a falta de pronunciamiento legal o Jurisprudencial expreso, resulta imposible disponer de un criterio objetivo que sirva para determinar cuándo una determinada circunstancia -en este caso, la invasión de la calzada por animales- encaja en el mismo. Es decir, falta un criterio objetivo para determinar cuándo debe considerarse que existe habitualidad en la invasión de la calzada y, por lo tanto, resulta exigible a la Administración la señalización permanente del riesgo para exonerarla de responsabilidad. Al final, la cuestión se remite a un problema de prueba de dicha habitualidad en cada caso concreto, exonerándose la Administración únicamente en aquéllos casos que pueda probar que no existía habitualidad y, por lo tanto, no era necesaria señalización. Por esta razón, quizás sería conveniente que la normativa sectorial fijara con carácter general la obligación de señalar esta circunstancia en aquéllos tramos de vía que discurren en las proximidades de aquellas explotaciones cinegéticas o ganaderas cuyo riesgo puede considerarse como objetivo (como cotos con aprovechamiento de caza mayor o explotaciones ganaderas extensivas), dejando las operaciones de determinación de la habitualidad del riesgo para los casos menos ob-

vios. De esta forma se beneficia al usuario, que aumenta su seguridad gracias a una información más precisa y exhaustiva de las características de la vía, reduciendo los tramos en los que no existe información sobre los peligros habituales en el mismo; y a la Administración, que limita las ocasiones en las que deberá responder patrimonialmente por los daños sufridos por los usuarios de las vías de su titularidad⁵.

2.3. Irrupción de elementos inanimados en la calzada. Elementos comunes. Los desprendimientos de rocas y tierra sobre la vía.

Además de animales sueltos, existen otros peligros inherentes a las carreteras convencionales que, aunque puedan gozar del carácter de habitualidad –ya que su incidencia pueda concentrarse frecuentemente en determinados tramos de la red viaria– al no disfrutar de la autonomía de movimientos propia de un ser vivo, necesitan de la intervención activa de la Administración para su eliminación una vez materializado, alterando el régimen de responsabilidad de ésta, como se comprobará a continuación. Este epígrafe, junto con los siguientes, tiene como objeto el análisis de los obstáculos de origen natural –e inanimado– en la calzada, tales como piedras, hielo/nieve o árboles (o elementos análogos a estos últimos, como postes telefónicos, torretas eléctricas o cualquier otra instalación de origen humano susceptible de caer sobre la calzada). A diferencia de lo que ocurre con la irrupción de animales en la vía, cuando un obstáculo inanimado cae sobre la calzada resulta imprescindible que la Administración participe activamente en su remoción, mientras que los animales no requieren necesariamente la participación de ésta para salir de la vía (aunque a veces sea necesario). La responsabilidad de la administración tiene en estos casos una doble vertiente: la señalización del peligro en abstracto de forma permanente y la obligación de evitar accidentes una vez materializado éste mediante su señalización específica y eliminación en un plazo razonable de tiempo.

Una de las situaciones más frecuentes en las carreteras convencionales, sobre todo en las que discurren por terrenos montañosos, son los desprendimientos de tierra y rocas procedentes de los márgenes de la vía. Como en el caso anterior, la Administración pública se ve en la obligación de realizar una estimación objetiva de la habitualidad con la que se materializa este

peligro, debiendo señalar el mismo si llega a un umbral a partir del cual puede considerarse como riesgo cierto y que, como se ha expuesto en el epígrafe anterior, depende de un concepto jurídico indeterminado cuya integración carece por su propia naturaleza de elementos objetivos de determinación. Pero, a diferencia de lo que ocurría con los animales, la mera señalización abstracta del peligro de desprendimientos mediante una señal fija no exonera por sí sola a la Administración de la responsabilidad de indemnizar los daños ocasionados a los conductores por este motivo, sino que requiere que, además, haya adoptado una conducta *diligente* en orden a su señalización concreta y eliminación de la calzada.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Extremadura nº 1524/2000, de 25 de octubre, advierte en su Fundamento de Derecho Segundo que no es suficiente con la señalización genérica de este tipo de obstáculos para salvaguardar la responsabilidad de la Administración titular de la vía, sino que resulta imprescindible una conducta activa por parte de ésta una vez que la invasión de la misma ha tenido lugar:

“[...] mientras que para la Administración el hecho de que se hubiere anunciado con la correspondiente señal, el peligro de desprendimientos, le releva de culpa; para la actora, ocurre lo contrario, es decir que si la Administración dueña de la calzada conocía el peligro de desprendimientos, no le bastaba con señalarlos, sino que debería haber extremado toda su diligencia para evitarlos. Efectivamente esta postura es la más razonable y justa ya que no puede considerarse como diligencia suficiente la de avisar de peligros, sino la de intentar evitar tales peligros; es por ello por lo que dado que precisamente el hecho de la señalización supone el conocimiento del peligro, no cabe exoneración alguna de responsabilidad en no realizar las obras necesarias para evitar los desprendimientos previsibles. Ello igualmente excluye la fuerza mayor argumentada por la demandada, ya que es obvio que el hecho era previsible además de que no existe prueba alguna que revele que el temporal de lluvias que se cita en el Atestado fuere de tal calibre que no se pudiera combatir con medio alguno. [...] No se puede pretender cargar al conductor con el deber de presumir porque le anuncien peligro de desprendimientos, con que la calzada va a estar invadida en el carril ocupado, con piedras de grandes dimensiones. [...] con lo que la conclusión es que existió un funcionamiento

⁵ En este sentido, resulta inconcebible que aún existan tramos en los que no esté señalizado el peligro de irrupción de animales en la calzada y la Administración sea condenada a responder patrimonialmente por esta circunstancia.

anormal del servicio, existiendo una clara relación causal entre el estado de la calzada y el resultado dañoso, y ninguna culpa puede achacársele ya que ninguna otra conducta le era exigible ante lo sorpresivo de la situación, no pudiendo hacer nada para evitar la colisión con la cuneta o talud existente. Siendo ello así, es obvio que a la demandada le incumbía el cuidado y vigilancia de la calzada para evitar riesgos innecesarios que ocasionaran daños como el presente”.

La decisión de la Jurisprudencia en relación a este tipo de obstáculos debe ser valorada positivamente, ya que impide que la Administración se escude en una conducta pasiva -señalar el peligro en abstracto mediante un señalización de carácter fijo al inicio de cada tramo afectado-, estando obligada a mantener una conducta diligente consistente en, o bien realizar las obras necesarias para que el peligro desaparezca, o bien vigilar permanentemente los posibles desprendimientos para señalarlos adecuadamente y proceder a eliminarlos de la calzada, ya que en ningún caso la señalización fija le exonerará de responder patrimonialmente por los daños ocasionados por este tipo de obstáculos. La Administración deberá valorar qué le resulta más gravoso desde el punto de vista económico, eliminar definitivamente el peligro mediante las obras necesarias para ello o mantener un dispositivo de vigilancia que impida que dicho peligro se materialice y genere daños a los usuarios de la vía. La intención de la Jurisprudencia es, presumiblemente, que la Administración opte por la primera de las opciones, en muchos casos menos costosa a largo plazo y, sobre todo, más adecuada desde el punto de vista de la seguridad de la vía.

En cualquier caso debe excluirse, de plano, la posibilidad de aducir fuerza mayor por parte de la Administración para exonerarse de su responsabilidad, ya que en tramos con señalización permanente que advierte sobre el riesgo de desprendimientos sobre la calzada existen unas deficiencias estructurales que por sí misma generan tal peligro, sin que puedan ser apreciados factores externos, como sí podría hacerse una vez realizadas las obras necesarias para eliminar este riesgo o cuando no existía señalización alguna por no haberse constatado la habitualidad de éste. Es decir, los tramos aquejados de este tipo de deficiencias estructurales deben ser suprimidos por la Administración titular de la vía, y cualquier daño que se derive de ellos debe ser soportado por la misma, sin que sea posible diluir su responsabilidad en factores externos de carácter natural.

Por último, debe evitarse cualquier tentación de modular la responsabilidad de la Administración en función del grado de diligencia demostrado para evitar los daños en aquellos tramos señalizados permanentemente en relación al peligro de desprendimientos. Por ejemplo, cuando el tiempo transcurrido entre el desprendimiento y el accidente haya sido tan breve que no hubo oportunidad de que el titular de la vía tomase ninguna medida tendente a evitar el accidente, como el cierre de la vía o la señalización del obstáculo. En estos casos puede existir la tentación de exonerar completamente a la Administración o reducir su responsabilidad por considerarse que su actuación fue la exigible atendiendo a las circunstancias del accidente. Sin embargo, cuando la Administración opta por señalar permanentemente un tramo aquejado de riesgo de desprendimientos y no realizar las obras necesarias para la eliminación del peligro, debe ser responsable objetivamente de todos los daños que genere esta situación, sin posibilidad de aducir un comportamiento diligente en relación a la vigilancia del mismo, ya que, en puridad, la única conducta diligente es la que elimina de una vez por todas el riesgo mediante las reformas necesarias de la vía.

2.4. Caída de árboles o de otros elementos adyacentes sobre la calzada.

En el caso de que el obstáculo haya sido originado por la caída de un árbol -o elemento similar, como un poste del tendido eléctrico o una valla publicitaria- en la calzada, la respuesta de la Jurisprudencia es diferente a la establecida para el caso anterior debido fundamentalmente a que:

- a. No existe señal específica de carácter permanente para advertir de la posibilidad de caída de árboles a la carretera (aún constatada su eventual habitualidad) ni de otros elementos adyacentes a la misma.
- b. Al no poder advertir con antelación el riesgo genérico de caída de árboles en un tramo específico del viario público, no está obligado a responder de los daños causados por no haber puesto fin a tal riesgo⁶.

⁶ Se refiere en todo caso a un riesgo genérico, entendido como un tramo de la vía en la que existe riesgo de caída de árboles u otros elementos adyacentes sobre la calzada, diferente del riesgo concreto generado por un árbol o elemento que, debido a su estado de conservación o su situación, tiene grandes posibilidades de caer sobre la calzada, y que requiere un tratamiento individualizado por parte de la Administración titular de la vía.



Una vez invadida la calzada por el árbol, la administración debe poner todos los medios a su alcance para advertir de esta eventualidad a los usuarios de la vía y eliminar el obstáculo a la mayor brevedad posible, pero existiendo un margen de tiempo razonable para ello, determinado por el actuar diligente de la Administración.

- c. Con relación a este tipo de obstáculos y a los deberes de la Administración pública en relación a los mismos, resulta muy ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha nº 573/2000, de 30 de mayo (Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto), que a este respecto señala que:

“En el caso que nos ocupa, no se discute ni la producción de un daño en el vehículo propiedad del actor y conducido el día de los hechos por su esposa ni su cuantificación, ni que el mismo tuvo lugar como

consecuencia del golpeo de un árbol que cayó sobre una carretera autonómica, ni la titularidad de ésta a favor de la Administración demandada, ni la reclamación en tiempo y forma por parte del recurrente. La clave, pues, para la solución del presente conflicto, estriba en determinar si puede darse por probada la relación de causalidad entre la actuación administrativa -que en este caso sería omisiva, por no haber conservado en las debidas condiciones el árbol que cayó, y que se encontraba en el margen de la carretera- y los daños sufridos por el vehículo propiedad de recurrente.

[...] La responsabilidad patrimonial de la Administración surge, así, porque no se explica -recuérdese que aceptamos a estos efectos la versión de la Administración- que un Guarda Forestal que al parecer circula con un vehículo una hora antes por el mismo lu-



gar, y aprecia el árbol caído en la calzada, logra evitarlo y luego deja transcurrir una hora –al menos una hora– sin avisar a los organismos competentes o, cuando menos, señalar mediante cualquier sistema hábil en función de las circunstancias la existencia de del árbol para advertir a los conductores de su presencia. Es curioso que no aparezca mencionado siquiera en el atestado de la Guardia Civil, ni consta que se pusiera en contacto con la correspondiente Comandancia. De forma que no logramos explicarnos, como tampoco la actora en su escrito de conclusiones, qué ocupación efectiva tuvo el mencionado Guarda durante esa hora que transcurre entre el momento en que advierte el árbol caído en la carretera y el accidente que posteriormente se produce. Ello no puede constituir sino un funcionamiento anormal de un servicio público, que motiva –ya veremos que parcialmente– la posterior producción de un daño”.

La Jurisprudencia, representada por la Sentencia expuesta, considera que en casos de caída de árboles a la carretera, el funcionamiento anormal de la Administración consiste en dejar transcurrir cierto lapso de tiempo, excesivo a ojos del juzgador, sin señalar debidamente el obstáculo o retirarlo de la calzada. En este tipo de incidentes, el factor tiempo es absolutamente relevante, ya que al no existir el plus de exigencia que implica la señalización permanente de peligro (como ocurría con los desprendimientos de rocas y tierra en los tramos en los que existe señalización fija al efecto), la Administración no responde de cualquier daño que se produzca por este tipo de accidentes, sino solamente cuando su conducta pueda considerarse como negligente, al no haber señalado convenientemente el obstáculo o procedido a su retirada en un tiempo razonable. Lo mismo puede predicarse, como se ha señalado ya, en caso de desprendimientos de roca o tierra sobre la calzada en tramos sin señalización fija advirtiendo de este peligro (y en los que no fuese necesaria por no existir habitualidad del riesgo, evidentemente).

El problema subyacente a esta consideración de la responsabilidad patrimonial de la Administración es el mismo que el existente con el concepto de *habitualidad* o frecuencia del riesgo. Se remite a un concepto jurídico indeterminado para valorar la actuación de la Administración: la diligencia debida. Ya se ha comentado cómo la remisión a conceptos jurídicos indeterminados plantea la dificultad de carecer de elementos objetivos de juicio, debiendo adaptar el mismo a cada caso concreto, lo que redundaría en perjuicio de la igualdad de los ciudadanos ante los Poderes Públicos. Si el tiempo empleado en reaccionar ante la eventual invasión de la calzada es el criterio utilizado por la Jurisprudencia para valorar la diligencia –o falta de ésta– de la actuación administrativa ¿Debe estimarse el tiempo de reacción en función de los medios disponibles por la Administración para este cometido? ¿Puede exigirse una dotación de medios superior a la disponible? ¿Debe considerarse independiente de los medios de los que pudiese disponer? Ninguna de estas preguntas tiene una respuesta unívoca a día de hoy. La propia configuración Jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración en estos casos impide tal respuesta, a falta de una mayor concreción por su parte, lo que sería extremadamente beneficioso para garantizar tanto el principio de igualdad como la seguridad jurídica del ciudadano.

La Sentencia expuesta introduce una cuestión interesante, la cual deja sin respuesta a pesar de calificarla como “clave” para la solución de este conflicto. Se trata de la presunta responsabilidad omisiva de la Administración por no haber conservado en las debidas condiciones -o, en su caso, suprimido- el árbol que cayó sobre la calzada, y que se encontraba al borde de la carretera. La responsabilidad de la Administración resulta obvia en estos casos, ya que es responsable del estado de la vía en virtud del citado artículo 139 del Reglamento General de Circulación, lo que incluye los elementos adyacentes que puedan causar accidentes en la misma. Sin embargo, ¿qué ocurriría si un árbol que se encuentra en perfectas condiciones cae sobre la calzada y provoca un accidente antes de que la Administración haya podido proceder de forma diligente a su señalización o retirada? Dejando a un lado supuestos de fuerza mayor (como lluvias torrenciales, vientos extraordinariamente fuertes, etc), siguiendo la tesis expuesta la Administración no sería responsable, ya que ha actuado con la diligencia exigida.

Esto lleva a plantearse la cuestión de si todos estos árboles que pueblan los márgenes de las carreteras convencionales (y cada vez más los taludes de autovías y autopistas) no constituyen en sí mismos una falta de diligencia por parte de la Administración. Y es que, además del riesgo de colisión directa contra estos, siempre existe un riesgo real de que caigan sobre la calzada. En estos casos, su mera existencia podría ser considerada como una deficiencia de la vía, siendo la Administración responsable directo en caso de que produjesen daños a los usuarios. Se puede objetar que la eliminación de los árboles existentes en los arcenes de las vías de comunicación, además de ser considerada por la normativa sectorial, entra en conflicto con cuestiones medioambientales e incluso patrimoniales -desde el punto de vista histórico, artístico y cultural-, lo que excluyen su eliminación de plano, exonerando en multitud de ocasiones a la Administración de responder patrimonialmente por los daños que éstos puedan generar. Sin embargo, lo que esta breve reflexión pretende es sugerir la necesidad de repensar esta cuestión y su incidencia para la seguridad del tráfico, ya que si bien la eliminación de muchos de estos árboles sería contraproducente desde el punto de vista histórico-artístico o medioambiental, sí que sería conveniente impedir su regeneración en zonas libres de éstos a fin de evitar eventuales accidentes, como ocurre en muchos márgenes y taludes de carreteras convencionales e incluso autovías y autopistas a lo largo del territo-

rio nacional, en los que se observa una proliferación descontrolada de vegetación susceptible de constituir, en un futuro cercano, una grave riesgo para la circulación.

En cualquier caso, a pesar de que la Jurisprudencia reconoce la responsabilidad patrimonial de la Administración en aquellos incidentes en los que considera que no ha actuado con la diligencia exigible a la hora de señalar y eliminar este tipo de obstáculos, dicha responsabilidad resulta modulada, apreciando concurrencia de culpas con el conductor del vehículo accidentado, cuando el obstáculo se sitúe en un tramo de la carretera en el que, debido a sus condiciones de visibilidad y de velocidad de la vía, pueda ser advertido con la suficiente antelación por éste y sorteado sin necesidad de realizar maniobras que exijan una pericia superior a la exigible para un conductor medio. Así lo establece la Sentencia utilizada para ilustrar este tipo de eventualidades (Fundamento de Derecho Sexto):

“Ahora bien, con ser negligente la actuación administrativa, no fue la única causa que originó la colisión. En este sentido, la Sala se inclina por apreciar la concurrencia de culpas, en concreto al 50 %, entre la Administración y la propia conductora del vehículo, pues sólo con el resultado de ambas culpas se puede explicar de forma razonable el siniestro. Descrita ya cual fue la parte de culpa imputable a la Administración, veamos ahora cuál deba ser la que achacamos a la conductora y, por ende, transmisible a la pretensión del recurrente. Desde este prisma, una conductora atenta a las circunstancias que rodean su pilotaje no puede dejar de percibir, salvo velocidad desmesurada, que tampoco consta, un obstáculo como el que hemos podido apreciar en las dos fotografías obrantes en el expediente, situado en la calzada, cuando se trataba de un tramo prácticamente recto y con visibilidad para ella de unos doscientos sesenta metros. Se trataría de una desatención en la conducción que implica ese porcentaje de culpa que antes hemos referido”.

La modulación de la responsabilidad de la Administración por la concurrencia de culpa de la víctima tiene en cuenta, como no podía ser de otro modo, la situación del obstáculo para determinar la antelación con la que pudo ser percibida por el conductor del vehículo accidentado y, en consecuencia, el tiempo de reacción del que dispuso, además de las condiciones de visibilidad de la vía, tanto intrínsecas -derivadas de

su propia morfología- como extrínsecas -hora y meteorología, fundamentalmente-.

Por último, el tratamiento dado por la Jurisprudencia a este tipo de accidentes es extrapolable, con sus aciertos y errores, a aquéllos elementos análogos situados en los márgenes de la vía, como postes telefónicos, torres del tendido eléctrico o soportes publicitarios ya que, con independencia de su eventual propiedad privada, la Administración titular de la vía es la responsable última tanto de su ubicación como de vigilar sus condiciones de seguridad, respondiendo patrimonialmente de los daños que puedan ocasionar a los usuarios de la misma, en las mismas condiciones que las analizadas en este epígrafe.

2.5. Nieve y hielo en la calzada. La protocolización de la actuación administrativa.

Como en los casos de riesgo producido por la eventual presencia en la calzada de animales procedentes de cotos de caza o explotaciones ganaderas y de rocas desprendidas de los márgenes de la vía, el Reglamento General de Circulación prevé una señal permanente específica para los casos en los que exista peligro en la circulación a causa de pavimento deslizante por hielo o nieve (concretamente la P-34: “Peligro por la proximidad de una zona de la calzada cuyo pavimento puede resultar especialmente deslizante a causa del hielo o nieve”). Y como los casos anteriores, será la habitualidad o frecuencia en la formación de placas de hielo o acumulación de nieve en la calzada la que haga nacer la obligación por parte de la Administración de señalar este riesgo de forma permanente, generándose en caso contrario responsabilidad patrimonial -en concurrencia o no con la culpa de la víctima- a cargo de la misma.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 116/2007, de 2 de marzo⁷, es muy expresiva de la necesidad de habitualidad en el riesgo de pavimento deslizante por nieve o hielo para poder exigir a la Administración titular de la vía la colocación de señales permanentes de advertencia del peligro en los tramos de vía afectados por éste (Fundamento Jurídico Sexto):

“[...] Corresponde, por tanto, a la recurrente acreditar si en el pk 45,600 de la A-624 concurren las circunstancias que determinan el

deber de la Administración de instalar en ese punto la señal fija de advertencia de peligro a que hemos hecho mención, es decir, si en la carretera citada ese riesgo es estructural y por tanto requiere de esa señalización. Es indudable que tal dato resulta de más fácil prueba para la Administración, ahora bien, para esa alteración en la carga de la prueba es preciso que aquél a quien corresponde suscite la controversia, y en el presente caso, la recurrente no ha planteado tal cuestión, resultando que la única información que nos suministran los elementos probatorios aportados al proceso, es indicativa de los innecesario de la señal P-34, al hacerse eco el atestado de las manifestaciones de los vecinos del barrio de Landeta entrevistados por el equipo instructor, quienes afirman que no es frecuente que se formen placas de hielo. No puede, por tanto, establecerse el deber de señalización de advertencia de peligro por pavimento deslizante a causa del hielo, por lo que fracasa este título de imputación”.

En estos casos la Jurisprudencia, para determinar la responsabilidad de la Administración, vuelve a utilizar -como en el caso de la caída de elementos sobre la calzada en lugares sin señalización permanente- el concepto jurídico indeterminado de la diligencia en su actuación, si bien en este caso remitiéndose para su determinación al protocolo de actuación en caso de nevada (que establece con carácter general una gradación de la vigilancia y tratamiento de la red viaria en función de su relevancia para el tráfico), lo que constituye un elemento objetivo para determinar el correcto o incorrecto proceder de la Administración, si bien no suele estar referido a la señalización, sino al tratamiento del pavimento, por lo que desgraciadamente escapa al objeto de este estudio⁸.

Llegados a este momento ¿Qué se puede exigir a la Administración en caso de nevada/helada sobre la calzada? Como en cualquier caso en los que existe señal específica alertando de un peligro concreto para la circulación, éste debe estar convenientemente señalado si existe habitualidad o frecuencia del riesgo que lo ocasiona. Si no es así, únicamente podríamos exigir a la Administración que, con base en el artículo 57.2 de la Ley sobre Tráfico, Circulación y Seguridad Vial -que, como se ha visto, encomienda a la autoridad encargada de regular el tráfico la señalización de carácter

⁷ Mas recientemente, en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia nº 1038/2009, de 11 de diciembre.

⁸ Vid. ad exemplum el Fundamento Jurídico Sexto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 116/2007, de 2 de marzo.

circunstancial en razón de las contingencias del mismo y de la señalización variable necesaria para su control-, señalice tales peligros de forma individual. Sin embargo, debido a la propia naturaleza de estos elementos (número, dispersión geográfica, rapidez en su formación y desaparición, etc) no parece lógico exigir que todos y cada uno de los bancos de nieve o placas de hielo estén señalizados de forma individual, uno por uno, estando más allá del actuar diligente de la Administración. Únicamente sería posible exigir una señalización circunstancial al principio de cada tramo, y ello contando con el margen temporal de reacción que permiten aquellos peligros en los que no existe habitualidad, lo que sería muy poco eficaz en la práctica. Hay, por tanto, muy difícil solución a los peligros generados por la acumulación de nieve o hielo sobre la calzada en lugares en los que ésta no es habitual, al menos desde el punto de vista de la señalización, debiendo concentrar la atención en el estado de la propia calzada y su capacidad de minimizar estos riesgos, constituyéndose en una vía más idónea para determinar la eventual existencia de responsabilidad por parte de la Administración titular de la vía, si bien, como se ha apuntado ya, se trata de cuestiones que escapan al objeto de este estudio.

Por último, la Jurisprudencia cierra la puerta a la posibilidad de responsabilizar a la Administración en función de la señalización habitual de la carretera, ya que, como señala el propio artículo 19 de la Ley sobre Tráfico, Circulación y Seguridad Vial, *“Todo conductor está obligado a respetar los límites de velocidad establecidos y a tener en cuenta, además, sus propias condiciones físicas y psíquicas, las características y el estado de la vía, del vehículo y de su carga, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación y, en general, cuantas circunstancias concurren en cada momento, a fin de adecuar la velocidad de su vehículo a las mismas, de manera que siempre pueda detenerlo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse”*. Como se acaba de ver, no resulta exigible que la Administración responsable de la vía condicione su señalización permanente en función de riesgos no habituales, siendo el usuario de la vía el encargado de adaptar su conducción a las circunstancias excepcionales de la misma, como lluvias torrenciales, nevadas o heladas. En ningún caso responderá patrimonialmente la Administración por la señalización habitual de la vía -pensada para condiciones normales- si el conductor no adaptó su conducción a las circunstancias excepcionales de carácter no habitual, aunque

estas hubiesen contribuido a la producción del accidente.

3. Conclusiones.

Al igual que ocurre en otros ámbitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, la Jurisprudencia ha ido elevando de forma progresiva los niveles de exigencia en materia de seguridad en las carreteras y -no podía ser de otra forma- este aumento de los niveles de exigencia se han dejado sentir también de forma especial en el ámbito de la señalización. Sin embargo, como se ha podido comprobar a lo largo de estas páginas, aún existen puntos oscuros no resueltos ni por el Ordenamiento Jurídico ni por la Jurisprudencia, vacíos que la normativa sectorial se ha ocupado de llenar en ciertos casos, pero que aún dejan espacio para la incertidumbre legal y la inseguridad jurídica de los usuarios de las carreteras, muy especialmente en la red secundaria. A lo largo de estas páginas, enfocadas a una circunstancia muy concreta del tráfico, se han analizado las incidencias más habituales, la respuesta proporcionada por la Jurisprudencia más relevante y, en la medida de lo posible, propuestas para aquellos casos en los que no había sido establecida solución alguna ni por parte de la normativa específica ni de la Jurisprudencia.

En cualquier caso, en muchas de estas situaciones la solución adecuada no pasa únicamente por una correcta señalización del riesgo, sino por la ejecución de aquéllas actuaciones que eliminan el foco del mismo, como ocurre con los desprendimientos de rocas y tierra sobre la calzada, la caída de árboles o elementos análogos sobre la misma, o incluso de la presencia de hielo y nieve. Con carácter general, se puede concluir que la Administración pública tiene la obligación de advertir a los usuarios de la vía de los posibles peligros existentes para su conducción, pero que dicha señalización en ningún caso la eximirá de responder patrimonialmente por los daños causados a aquéllos cuando tal riesgo podía haber sido eliminado mediante las actuaciones pertinentes sobre la vía, sin que pueda escudarse en su propia inactividad para eludir sus responsabilidades para con los ciudadanos. Únicamente en aquéllos casos en que cuestiones ajenas a la conducción impidan suprimir el peligro, mediante las actuaciones oportunas, podrá la Administración susstraerse de responder por los daños generados a los usuarios de la vía en virtud de la mera señalización del mismo, siempre que éste revista carácter de habitualidad.

La Responsabilidad de los cotos de caza por daños causados por animales. Especial referencia a la aplicación del artículo 449.3 de la LEC

Eduardo García Sánchez
Abogado
AGM Abogados



Valgan de ejemplo los siguientes datos para darse cuenta de la importancia que en España supone la fauna desde un punto de vista tanto medioambiental como económica, por mor del negocio de la caza, y con ello el de los cotos de caza repartidos a lo largo de España, estimado el número de éstos en unos 32.000, a lo que hay que sumar cerca de 250 reservas y parques naturales, y unos 130 refugios.

En este sentido, y a pesar de que no existen censos fiables para todo el territorio nacional, se estima que en la actualidad el número total de ciervos en España sobrepasa los trescientos mil, sólo en la Comunidad Gallega hay cerca de veinte mil corzos, y en cuanto al jabalí, aunque no ha sido posible realizar un censo fiable por su elevadísimo número, y por tanto la población exacta, basándose en batidas de caza (cerca de unos doscientos cincuenta mil y trescientos mil al año), se ha estimado que hay entre 1,4 y 12,6 individuos por kilómetro cuadrado, amén de otras especies, a destacar el zorro, siendo anualmente abatidos unos ciento cincuenta mil,

que sumadas a las propias cabezas de ganado y ecuestres, amén de perros abandonados, nos hace imaginar la peligrosidad que para la conducción supone.

Peligrosidad ésta que obviamente es implícita a la propia existencia de la fauna, pero también a razones de índole económico, tal es así que España es en la actualidad uno de los países europeos que dedican más terreno a la actividad de la caza (el 76,6% de la superficie está acotada), en este sentido, la caza generó el pasado año en el territorio español, más de 3.000 millones de euros, así como unos 30.000 empleos directos e indirectos relacionados con dicha actividad, a saber, granjas cinegéticas, fábricas de piensos, vigilancia, armerías, seguros, hoteles, veterinaria, etc, actividad ésta que conlleva unos riesgos, no sólo propiamente por el uso de las armas, que también, sino por los accidentes de tráfico que causan, y que es objeto del presente.

En relación a estos, y en números globales, según datos de la Dirección General de Tráfico, en el año 2.010, como consecuencia de la invasión de animales en las carreteras españolas, se produjeron unos 14.000 accidentes, falleciendo 8 personas, y 40 heridos graves, aumentando ésta cifra el pasado año hasta 17.000, registrándose 10 personas fallecidas, y 84 heridas graves, siendo, entre los distintos animales salvajes, el jabalí y el corzo los que más accidentes causan, que junto con los perros abandonados, suman el 75% de la siniestralidad, siendo la mecánica del accidente, no por colisiones directas contra el animal, sino por salidas de la calzada al intentar esquivarlo.

Por las consecuencias jurídicos-económicas que dichos accidentes conllevan, en especial para las aseguradoras, es cuestión clave, discernir el cómo y porqué de los siniestros que producen las especies de caza cuando irrumpen en los viales, y con ello la responsabilidad de los distintos agentes implicados en su posible causación, que abarca desde quien explota el coto de caza (o en su caso el propietario de la finca), pasando por el propio conductor que sufre el daño, como el de la Administración, garante del estado de la vía por donde circula éste, cada uno de ellos conforme su especial condición y con ello, sus particulares obligaciones, y para los que la normativa de aplicación, establece un sistema diferenciado de responsabilidad por culpa, negligencia.

En cuanto a dichos agentes, la Ley de Tráfico y Seguridad Vial, ha sido desde hace mucho

tiempo motivo de discordia entre gestoras de caza y administración en relación a las negligencias que no sean propiamente achacables a la actividad cinegética, y por tanto asumidas por quienes sean partícipes, y corresponsables de las mismas, de tal manera que la cuestión relativa a los accidentes de circulación producidos como consecuencia de la irrupción de animales salvajes en la calzada ha sufrido una importante modificación con la entrada en vigor el día 9 de agosto de 2005, de la Ley 17/2005, de 19 julio por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos, y con ello, 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.

Esta Ley ha incorporado a este Texto Articulado una Disposición Adicional Novena bajo la rúbrica "Responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas" que, con ámbito de aplicación estatal, que recoge:

«En los accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas será responsable el conductor del vehículo cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación.

Los daños personales y patrimoniales en estos siniestros, sólo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto, a los propietarios de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado.

También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produce el accidente como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización».

Al margen de la anterior, la normativa de los daños y accidentes causados por animales procedentes de los cotos de caza está integrada por el artículo 33 de la Ley 1/1970 de 4 de Abril de Caza completado por el artículo 35 del Reglamento de 25 de Marzo de 1971, el artículo 1.906 del Código Civil (complementado por el artículo 1.902 del mismo), amén de la legislación autonómica que resulte de aplicación, competencia ésta, que el Estado ha cedido a las Comunidades Autónomas, que son las encargadas de regular las actividades cinegéticas y piscícolas en su ámbito territorial, si bien es de destacar que las Comunidades Autónomas prácticamente transcriben la legislación estatal.

En cuanto a la meritada Disposición Adicional Novena, vemos como parte de una premisa condicionada, esto es, en accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas, será responsable el conductor del vehículo siniestrado, en tanto en cuanto, se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación.

Con dicho precepto, y para el caso de que sea posible dicha acreditación, se consigue delimitar el número de reclamaciones en el ámbito de especies cinegéticas, exonerando a priori tanto a los titulares de los cotos, (o de los aprovechamientos cinegéticos), encargados de la conservación de las instalaciones, como de la Administración, como responsable de la señalización de la existencia de dichos animales por la vía en cuestión.

De ésta manera, aunque corresponda al actor probar la realidad del daño y la relación de causalidad entre el mismo y la conducta atribuida al demandado titular del coto, la producción de la colisión por irrupción súbita e inesperada en la calzada de las piezas de caza y su procedencia del coto demandado, en lo que afectan al requisito de la culpabilidad, se aplica el principio de la inversión de la carga de la prueba, de tal manera que en aras de evitar siniestros por atropellos de animales, el ejercicio de la caza en zonas de seguridad o colindantes con vías públicas deberá ajustarse a las medidas y límites establecidos en la correspondiente legislación.

Continúa dicha disposición novena, con la responsabilidad de los titulares de aprovechamiento cinegéticos, o en su defecto, de los propietarios de las fincas en las que habitan dichos animales, respecto de aquellos daños personales y patrimoniales que se pudieran ocasionar, partiendo para ello de dos premisas de tipo objetivo, esto es, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar, así como la falta de diligencia en la conservación del terreno acotado, tal y como a continuación exponemos.

En primer lugar, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar, entendiéndose éste conforme al artículo 2 de la Ley de Caza de 1970: *“Se considera acción de cazar la ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir, o acosar a los animales definidos en esta Ley como piezas de caza con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o de facilitar su captura por tercero”*.

Así cuando el atropello del animal traiga causa directa, eficiente y adecuada de esa acción de cazar en sus diferentes modalidades permitidas (aguardos, recechos, batidas, ganchos o monterías), con la irrupción de esas piezas de caza -esencialmente de caza mayor acosadas o que huyen- en la carretera que transcurre o linda por el coto de caza, permitirá atribuir la responsabilidad por los daños causados en el accidente de circulación a los titulares de los aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto, a los propietarios de los terrenos.

La segunda de las causas previstas para considerar a los anteriores igualmente responsables, parte de «Cuando el accidente sea consecuencia directa de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado»:

En este caso, la principal dificultad para imputar la responsabilidad como consecuencia de la falta de conservación del terreno acotado, reside en establecer la diligencia necesaria en la conservación del terreno en aras de evitar ese eventual riesgo de atropello de especies cinegéticas, así como fijar las medidas de control exigibles al titular del aprovechamiento o propietario del terreno, por lo que se hace necesario acudir a la correspondiente normativa autonómica, y obviamente a la jurisprudencia que la completa.

Sin lugar a dudas, resulta a lo menos curioso, el hecho de que no exista obligación legal de cerramiento alguno del vallado, lo que no deja de chocar con la jurisprudencia en cuanto reconoce la necesidad de agotar la diligencia de utilizar todos aquellos medios técnicos disponibles para impedir el resultado dañoso, y de adoptar todas aquellas medidas que se consideren eficaces a los efectos, o por lo menos intentarlo, como podría ser la dificultad técnica o material de realizarlo, siendo incluso suficiente, la solicitud de autorización de cerramiento para considerar el estándar de diligencia requerido, de forma que si a pesar de haber sido solicitada la autorización, ésta fuese denegada, cabría trasladar la responsabilidad a la administración encargada de conceder la misma.

En igual sentido, el artículo 33 de la meritada Ley de Caza, reconoce la responsabilidad de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos por los daños ocasionados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados, estableciendo de forma subsidiaria la responsabilidad de los propietarios de dichos terrenos siempre que concurran en ambos casos dos presupuestos: la realidad del daño, y la



procedencia de las piezas causantes del daño de los terrenos acotados, imponiéndose de ésta forma, una responsabilidad objetiva de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos, por lo que en principio, al perjudicado le bastaría con acreditar la procedencia del animal, sin necesidad de acreditar la culpa o negligencia de los titulares del terreno del que procede el animal.

La existencia pues del meritado artículo 33 de la Ley de Caza, junto con el artículo 35 de su Reglamento, implica por tanto y con carácter general, la aplicación del principio de responsabilidad por riesgo en los supuestos de daños causados por piezas de caza, al ser dicha activi-

dad, una actividad voluntaria de naturaleza lúdica o deportiva que se ejercita en beneficio propio de los cazadores e implicar indudablemente un riesgo para aquellos vehículos que circulan por las vías públicas circundantes a los terrenos acotados.

Dicho todo lo anterior, vemos como el sistema de responsabilidad objetiva instaurado por la Ley 1/1970 de 4 de Abril de Caza, se ve atemperado en gran medida por el contenido de la referida Disposición Adicional Novena de la Ley de Seguridad Vial que instaure en cierto modo, un sistema de responsabilidad por culpa de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos de los terrenos acotados que no obstante que-



da vinculada a la determinación del lugar de procedencia del animal, por lo que sin perjuicio de los diferentes criterios que sobre ésta cuestión existen, en principio resulta indispensable, acreditar esta procedencia de manera inequívoca.

En este sentido, existen dos posturas bien diferenciadas, respecto a lo que ha de entenderse por “procedencia del animal”. Un sector de la doctrina (seguido por las Audiencias Provinciales de Zaragoza, Gerona, Soria, Zamora, Castellón o León), sostiene, interpretando el art. 33 de la Ley de Caza, que con dicho precepto, constatado el daño y la procedencia de la pieza de caza del terreno acotado, la responsabi-

lidad por aquél daño ha de recaer en el titular del aprovechamiento cinegético, en el entendimiento de que, cualquiera que sea el aprovechamiento cinegético de la finca de donde proceden (de caza mayor o menor), las piezas de caza que existen en el coto pertenecen, salvo prueba en contrario, a su titular, sin que la dicción “procedente”, que del art.33 de la Ley de Caza articula, exija permanencia estable o prolongada del animal en el coto, debiendo ser interpretado únicamente en el sentido de que el animal “salga” del terreno acotado.

Por el contrario, otro sector entiende (criterio que es seguido por ejemplo, por las Audiencias Provinciales de Orense, Palencia o Córdoba), que el vocablo “procedente” del art. 33 de la Ley de Caza, comprende algo más que el mero salir o provenir, del coto vinculando de ésta forma la responsabilidad de su titular a la circunstancia de que las especies que provocan el daño sean aquellas que son objeto de explotación en el terreno acotado, por cuanto la responsabilidad de indemnizar el daño deriva del beneficio que el disfrute y explotación del coto le reporta a su titular.

Por último, no debemos olvidar que este tipo de responsabilidad, también resulta exigible de acuerdo con lo dispuesto en los art. 1906 y 1.902 del Código Civil, conforme a los cuales es exigible, si no una responsabilidad basada en la culpabilidad, si una responsabilidad por riesgo, exigiendo al pretendido responsable que pruebe que actuó sin culpa, o bien, exigiendo al mismo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada. Así recoge el artículo 1.906, que:

“El propietario de una heredad de caza, responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla”.

De ésta forma, se entiende que si el animal no forma parte de ese aprovechamiento, su control escapa a las posibilidades de cuidado de los titulares, y por lo tanto, éstos no deben pechar con la responsabilidad derivada de un animal que de modo ocasional o fugazmente transita por el terreno acotado.

Este es precisamente, el criterio que en los últimos tiempos ha seguido el Tribunal Supremo al indicar en su Sentencia número 912/2007 de 23 de Julio que la procedencia no puede ser entendida como meramente circunstancial en una

finca concreta, sino que es necesario, la existencia de una cierta conexión entre la presencia del animal y el aprovechamiento.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce de forma contundente el carácter objetivo de esta responsabilidad, sin alusión a esta nueva normativa. Concretamente, la STS (Sala 1ª, secc. 1ª) de 23 julio 2007 (RJ 2007, 4669; FD 2º), sobre accidente por irrupción de jabalí, reconoce tratarse de una responsabilidad objetiva que se rige por lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Caza que regula un supuesto de la obligación de indemnizar por la mera producción del daño, sin exigir culpabilidad alguna por parte del titular del aprovechamiento, sobre la base previa de determinación del lugar de procedencia de los animales.

Por tanto, la responsabilidad del titular del aprovechamiento cinegético del coto por los daños originados por las piezas de caza ya no se deriva de la mera titularidad del aprovechamiento sino por la pertenencia del animal o animales causantes del daño a una de las especies susceptibles de aprovechamiento cinegético en él, lo cual se identifica con la necesaria relación de causalidad consustancial a la responsabilidad civil, puesto que con la identificación del coto de caza que constituye su hábitat natural se produce la del titular del aprovechamiento llamado a responder.

Y en aquellos supuestos donde los daños sean causados por especies de gran movilidad, proliferación o extensa distribución geográfica, se ha optado (SSTS de 7 de Enero de 1978, 14 de Julio de 1982 y 30 de Octubre de 2000 entre otras), por interpretar el concepto legal de «procedencia» de una forma más amplia y flexible hasta el punto de referirla al coto o cotos contiguos, próximos o más cercanos al lugar del daño en que la pieza o piezas de caza que lo han originado sean susceptibles de aprovechamiento cinegético, lo que impone un sistema de responsabilidad solidaria de todos ellos, solidaridad que aparece reconocida en el artículo 35.1 b) del Reglamento de la Ley de Caza de 1971.

La tercera y última causa legal de atribución de responsabilidad en estos accidentes de tráfico es la responsabilidad de la Administración: «también podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produce el accidente como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización, ello en concordancia con el artículo 57 de la LTCVMSV, en cuanto la obliga de ma-

nera general a mantener la vía “en las mejores condiciones posibles de seguridad” instalando en ella “las adecuada señales y marcas viales”, el estado de conservación de la vía, y la existencia de la correcta señalización en aquellas zonas en donde conste la presencia de animales salvajes, constituyendo los dos pilares básicos en base a los cuales la Administración titular de la vía deberá responder por los daños derivados de un accidente de circulación por atropello de especies cinegéticas, adoptando a los efectos, aquellas medidas que eviten la irrupción en la calzada de animales que puedan hacer peligrar la circulación, y con ello, su deber de señalizar debidamente, tanto por el tipo de indicación (como ejemplo, el dibujo del tipo de animal, o la velocidad máxima a la que se puede circular en dichas circunstancias), como por su ubicación en la vía.

En este sentido, al indicar la ley de falta de la oportuna señalización, está claramente indicando la ausencia, en aquellos tramos de carretera donde frecuentemente tienen el paso de animales de caza en libertad, de las señales verticales de advertencia o peligro contempladas en el artículo 149,5.P-24 del Reglamento General de Circulación.

De lo expuesto puede deducirse que el régimen de responsabilidad de la Administración titular de la vía en las funciones de señalización y conservación dependerán de la naturaleza del riesgo de atropello, determinado por un lado, por la clase de vía pública y por otro, por la ubicación del tramo viario en una zona de riesgo habitual de presencia de animales salvajes.

Una cuestión a tener igualmente en consideración respecto de la Administración, sería igualmente la existencia o no de vallado en las distintas vías, así como la situación de conservación del mismo, que faciliten o no eviten la irrupción de especies cinegéticas en la calzada, supuestos estos en los que para la Administración titular de la vía supondrá su responsabilidad para el caso de la producción de un accidentes de tráfico por atropello de animales salvajes, lo que se agravará cuando se trate de una vía rápida, como es una autovía o autopista, pues su obligación es la de mantener la vía en perfecto estado para poder circular a grandes velocidades en condiciones de seguridad.

Por último, y si bien no aparece como tal contemplada, pero estrechamente relacionada con la anterior, se encontrarían las concesionarias, y a las que en tal condición se las supone una mayor rigurosidad en esta materia, y aún cuando la regulación de la responsabilidad de

éstas no reconoce una responsabilidad objetiva, ello no significa la aplicación de un régimen de responsabilidad subjetiva por culpa o negligencia, ello al tratarse de una actividad de riesgo, que además conlleva el pago de un precio por su utilización. La justificación de la doctrina al respecto, se basa, en el coste de estos accidentes es perfectamente previsible y cuantificable, constituyendo costes de explotación de la empresa y por ende, en la mayor parte de los casos los riesgos son cubiertos a través de seguros de responsabilidad civil suscritos por las empresas concesionarias, amén de que éstas se encuentran sometidas a específicas obligaciones de mantenimiento e instalación de vallado, reguladas en el artículo 27 de la Ley 8/1972, 10 mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión:

“El régimen jurídico durante la fase de explotación en las concesiones de construcción, conservación y explotación, así como en las de conservación y explotación, será el siguiente:

1. El concesionario deberá conservar la vía, sus accesos, señalización y servicios reglamentarios en perfectas condiciones de utilización.
2. La continuidad en la prestación del servicio le obligará, especialmente, a:
 - a. Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de la vía, salvo que la adopción de medidas obedezca a razones de seguridad o de urgente reparación.
 - b. Limitar las explotaciones de las áreas de servicio de forma que no interfieran la libre y normal circulación.
 - c. Prestarlo ininterrumpidamente durante las veinticuatro horas del día, salvo supuestos excepcionales debidos a caso fortuito o fuerza mayor, en cuyo caso deberá adoptar las medidas de emergencia que el Ministerio de Obras Públicas le imponga para lograr la reanudación inmediata del servicio y sin derecho a indemnización alguna.

Ocurrido el siniestro, habrá que proceder a la oportuna reclamación, diferenciando que el responsable sea un entre privado, o público, de tal manera que la vía adecuada será interponer una demanda civil, en función de la cuantía de los daños será un Juicio Verbal (hasta 6.000 €) o un Procedimiento Ordinario (a partir de dicha suma), la cual deberá interponerse en el partido

judicial en donde acaeció el siniestro, tal y como impone el número 9 del artículo 52 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

“9.-En los juicios en que se pida indemnización de los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor será competente el tribunal del lugar en que se causaron los daños”.

Al contrario, sí la responsabilidad corresponde a la Administración, del ámbito o nivel que sea, (en función de cuál sea la titular de la vía), habrá que efectuar una reclamación administrativa previa a la interposición del recurso contencioso administrativo, el problema en estos casos, es la excesiva dilatación del procedimiento, pudiendo llegar incluso a alargarse varios años.

De igual importancia, y ante una eventual Sentencia condenatoria en el ámbito civil, cobra especial importancia el cumplimiento del requisito pecuniario que el número 3 del artículo 449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone cuando dichos daños y perjuicios deriven de la circulación de vehículos de motor:

(...) en los procesos en que se pretenda la condena a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor no se admitirán al condenado a pagar la indemnización los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, si, al prepararlos, no acredita haber constituido depósito del importe de la condena más los intereses y recargos exigibles en el establecimiento destinado al efecto”.

El ámbito de aplicación de éste precepto viene dado, desde el punto de vista objetivo, por la naturaleza de la pretensión deducida, que ha de referirse a la reclamación de daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor y, desde la perspectiva subjetiva, por la condición de la parte sobre la que recae la obligación, esto es, el “condenado a pagar la indemnización”, ya se trate de la persona física responsable del accidente, ya de la persona física o jurídica titular del vehículo, ya de la entidad aseguradora que cubra el riesgo de responsabilidad civil que pudiera predicarse de una u otra.

El problema, surge a la hora de interpretar si tal requisito de procedibilidad es también aplicable a los casos de daños y perjuicios causados por la irrupción o atropello de animales en la calzada, cuestión que desde luego, no ha sido resuelta de forma unánime ni definitiva.

Sin embargo, conviene recordar que dado que el art. 449.3 LEC se refiere a los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor, necesariamente ha de comprender todos los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de un vehículo de motor, tanto si éste se configura como el elemento causante del accidente, como si es objeto pasivo del mismo, y, en el primer caso, ya exista responsabilidad del conductor del vehículo, ya deba imputarse el accidente a una causa distinta.

Por ello consideramos que en éstos casos nos hallamos ante un hecho de la circulación, no solo por las notas que al mismo lo definen (aquel que se deriva del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor), sino porque la meritada Disposición Novena, dispone que en los accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas será responsable el conductor del vehículo cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación, lo que evidencia a nuestro entender, que el legislador parte de la consideración de que nos encontramos en el ámbito de la circulación de vehículos de motor y ante "hechos derivados de la circulación", motivo por el cual, resulta de aplicación el requisito contemplado en el artículo 449.3 LEC en cuanto a la admisión de los Recursos legalmente procedentes.

Ello nos lleva a abordar una última cuestión que se refiere a la subsanación de la posible falta de consignación del importe de condena, intereses y demás recargos que resulten de aplicación.

En éste caso, el artículo 449.6, al amparo de artículo 231 de la LEC, que exige para la subsanación, que el recurrente haya manifestado su voluntad de abonar, consignar, depositar o avalar las cantidades correspondientes. Sin embargo, no basta solamente con la exteriorización de tal manifestación puesto que a la luz de la doctrina constitucional sobre la materia, se debe distinguir entre la falta de pago o consignación en el momento oportuno, que constituye un defecto insubsanable, y la falta de acreditación de dichos actos que admite subsanación.

De ésta forma, si bien cabe subsanar la falta de acreditación documental del pago o consignación efectuado, lo que no es posible, es la subsanación del defecto cuando tal consignación no se ha hecho dentro del plazo legalmente establecido o se ha realizado en cuantía insuficiente.

Por lo tanto, la no constitución del depósito legalmente exigido previa o coetáneamente a la preparación del Recurso, se convierte en causa de inadmisión que, de conformidad con reiterada y conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo, debe traducirse en causa de desestimación.

A modo de conclusión, y desde un punto de vista jurídico, es lo cierto que tanto el artículo 1906 del Código civil como el artículo 33 de la Ley de Caza venían a establecer una modalidad de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva, con la meritada reforma se buscó que la responsabilidad derivada del atropello de animales recaiga en el verdadero responsable, aunque desde un punto de vista jurídico es cuanto menos discutible que una ley de seguridad vial pueda determinar responsabilidades civiles con carácter general, cuando su objeto es la normativa administrativa en el sector de la circulación. Sea como fuere lo cierto es, que la reforma pretende terminar con esa especie de responsabilidad objetiva de los cotos de caza, para buscar otra donde se exija un criterio de imputación basado en la negligencia, a demostrar en cada caso concreto.

Desde uno probatorio, es lo cierto es que desde nuestra práctica procesal a la hora de reclamar una indemnización como consecuencia de un accidente de tráfico debido a la irrupción de un animal salvaje, nos aconseja considerar las diversas circunstancias que rodearon a la causación del accidente, a saber, si aquel día hubo una cacería, la existencia o no de vallado, sus características y estado de mantenimiento, velocidad inadecuada o no del conductor que sufrió éste, que lo hiciera bajo los efectos del alcohol o alucinógenos, deficiencias del vehículo que impidan una correcta utilización, el estado de la vía, y la señalización de ésta en cuanto a la existencia y posibilidad de cruce de dichos animales salvajes, si en dicho coto existen o no dichos animales, si en dicho tramos han habido mas accidentes por las mismas razones, en resumen, premisas todas ellas que servirán para determinar, por lo menos a priori, el responsable del accidente por su falta de diligencia en evitar éste, sea el conductor, la asociación que explota el coto (o el propietario de la finca), o la propia administración, aunque sin lugar a dudas, lo más aconsejable es suscribir el correspondiente seguro de Responsabilidad Civil para Cotos de Caza, al objeto de cubrir la posible responsabilidad civil directa o subsidiaria en que pudiera incurrir el titular del coto por aquellos daños materiales o personales que como un animal pudiera causar y no fuera posible determinar el causante del mismo.

jurisprudencia

Tribunal Supremo RESPONSABILIDAD CIVIL

Reclamación por las graves lesiones sufridas por una niña al precipitarse al vacío desde una tercera planta cuando se encontraba en unas vacaciones organizadas para disminuidos psíquicos. Se condena a la entidad organizadora y a su compañía aseguradora a indemnizar en la cantidad de 379.953,40 euros al apreciar nexo de causalidad entre la escasa formación y negligente actuación de los monitores y la producción del accidente. Aplicación analógica del Baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a Motor

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 11 de junio de 2012.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El día 24 de agosto de 2000, Lina se precipitó al vacío desde una altura de un tercer piso cuando disfrutaba de unas vacaciones adaptadas para disminuidos psíquicos en la casa de colonias Bahía Costa, de Malgrat de Mar, bajo la organización, dirección y responsabilidad de la codemandada Agrupación Esportiva Catalana D'Esport i Lleure per a Disminuïts Psíquics (ACELL), resultando con graves lesiones.

Sus padres, como representantes legales de su hija, formularon demanda en la que ejercitaron acción de responsabilidad extracontrac-

tual de los artículos 1902 (LA LEY y 1903 CC (LA LEY 1/1889) frente a la citada agrupación y acción de responsabilidad civil directa frente a la aseguradora CASER, reclamando la responsabilidad solidaria de ambas demandadas de 923.099,70 euros de los que 60.101,21 euros corresponden al grupo asegurador. La Sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la Agrupación Deportiva Catalana D'Esport i Lleure per a Disminuïts Psíquics (ACELL) a pagar la cantidad de 379.953,40 euros, con responsabilidad directa y solidaria de la entidad CASER hasta a cantidad de 59.500,20 euros. La sentencia fue apelada por la actora y la codemandada ACELL. La Audiencia Provincial desestimó los dos recursos planteados y confirmó la sentencia del Juzgado con el argumento de que los monitores carecían de formación y que hubo una clara negligencia al encerrarla sola en una habitación en un tercer piso, a resultas de lo cual se produjo una agravación de sus trastornos psíquicos, con pérdida de la autonomía personal superando el baremo de tercera persona y de movilidad con grandes diferencias respecto a su situación antes del accidente. Acepta el criterio de valoración de secuelas psíquicas del perito judicial.

Contra dicha resolución se interpuso por la parte demandante (sic) recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- Se formulan tres motivos. En el primero alega infracción del artículo 225 apartado 3º, en relación con el 289, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no haberse practicado de forma contradictoria en el acto de juicio la prueba documental, en cuanto al testimonio solicitado del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Hospitalet, del procedimiento de incapacitación de Doña Lina, de enorme trascendencia para determinar el contenido y alcance de las limitaciones físicas y psíquicas previas al accidente. Dicha prueba se admitió pero no se incorporó a los autos antes del juicio por causa ajena a su voluntad por lo que interesó que se reiterara el requerimiento al Juzgado de procedencia y que fuera suspendida la vista, lo que se denegó, viéndose en la necesidad de solicitar como diligencia final su incorporación, al ser imprescindible por la inexistencia de documentación oficial del estado previo de Doña Lina antes del accidente, lo que debió de aportar la parte actora con su demanda y no lo hizo. El motivo se analiza junto al tercero por la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y

a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa en los términos del artículo 24 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) al no haberse permitido someter la prueba documental propuesta y admitida a efectiva contradicción en el juicio oral, siendo así que el perito no tenía en los documentos aportados con el escrito de demanda elementos objetivos probatorios del estado anterior del accidente de Doña Lina. Ambos se desestiman.

La prueba propuesta consistía en que por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Hospitalet se expidiera testimonio del procedimiento de incapacitación de Doña Lina y esta prueba se practicó de forma contradictoria es decir, con intervención de las partes, como diligencia final, por lo que no pudo infringir los preceptos que se invocan ni los derechos constitucionales de igualdad y tutela judicial. En primer lugar, admitiendo que la prueba documental no pudo practicarse en el momento procesal previsto en la ley por causa no imputable a la parte que la propuso, la solución prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil no pasa por la anulación de la resolución recurrida y reposición de las actuaciones al estado y momento en que se produjo la infracción, sino por la utilización del remedio que la ley pone al alcance de quien no pudo incorporarla en dicho momento, como es la solicitud de su práctica como diligencia final y en su caso por la proposición de la prueba en segunda instancia, siempre que se hubieran agotado las posibilidades de práctica de las mismas en la primera instancia. En segundo lugar, no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE (LA LEY 2500/1978) únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa (STC 6 de junio 2011). En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental se exige reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996 (LA LEY 1853/1996), de 15 de enero, FJ 2, y 70/2002 (LA LEY 3534/2002), de 3 de abril, FJ 5, por todas); y, por otro, la prueba denegada o impracticada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998 (LA LEY 10638/1998), de 16 de noviembre, FJ 2, y 219/1998 (LA LEY 10640/1998), de 16 de noviembre, FJ 3). Nada de esto ocurre en el presente caso en que la prueba se practicó y, además, como señaló el auto del Juzgado de 1 de abril de 2008, todos

los informes obrantes en los expedientes de incapacidad se habían incorporado a los autos sin que el recurrente haya puesto de manifiesto de que forma la práctica de la prueba objeto de la controversia en un momento procesal distinto habría tenido una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; algo, por lo demás, que nada tiene que ver con las reglas sobre la carga de la prueba a que se refiere el artículo 217, que es en lo que parece amparar el motivo respecto de la prueba que, a su juicio, el actor debió acompañar a su demanda.

TERCERO.- En el motivo segundo se denuncia la infracción del artículo 225 apartado 3º, en relación con el artículo 216, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no aportar la demandante en su escrito de demanda ni articular como prueba informes sobre el estado previo de Doña Lina, por lo cual el perito Sr. Basilio tuvo que aplicar una técnica de valoración inaudita y acabar optándose por una valoración de secuelas que terminan perjudicando al demandado. Se desestima. El motivo nada tiene que ver con el artículo 225, sobre nulidad de los actos procesales, ni tampoco con el artículo 216, referido al principio dispositivo, y sí con la valoración y carga de la prueba sobre el estado anterior de Lina. Es a la parte a quien corresponde solicitar y practicar la prueba que mejor convenga a su derecho y al tribunal valorar aquello que obra en autos para una adecuada solución de la cuestión planteada.

RECURSO DE CASACIÓN

CUARTO.- Se formulan dos motivos. En primero se alega infracción de los artículos 1091, 1101, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1107, 1108 y 1109, todos ellos del Código Civil, en materia de responsabilidad contractual, y de los artículos 1902 y 1903 del mismo texto, sobre responsabilidad extracontractual, en relación con las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras muchas, de fechas 17 de diciembre de 1998, 31 de julio 1999 y 30 de junio de 2000 por lo que respecta a la imputación de la responsabilidad, determinación del nexo causal y la concurrencia de causas sobrevenidas que excluyen la causalidad al originarse por agente extraño que no tiene relación con el hecho que dio lugar a las lesiones alegadas. Se desestima. Lo que el recurrente ha formulado en realidad es un escrito de alegaciones, propio, a lo sumo, de la instancia, en donde intenta contradecir y sustituir la valoración de la prueba que la Sala de Apelación efectuó sobre las consecuencias de los presupuestos de responsabilidad civil y la relación de causa efecto con los aspectos generales vinculados con la forma en que a su juicio se presta la acti-

vidad en que se ha producido el daño, haciendo además supuesto de la cuestión sobre aspectos distintos de los que tiene en cuenta la sentencia sobre la profesionalización del sector, formación y preparación de los monitores encargados del desarrollo de las colonias, cumplimiento de la diligencia exigida, relación de causalidad y daños derivados del siniestro.

La función del recurso de casación no es la revisión de los hechos, sino el control de la aplicación del derecho al hecho probado declarado en la instancia. En cualquier caso, la sentencia no entra a valorar la organización general o preparación de ACELL para la realización de las actividades que desarrolla con discapacitados psíquicos, sino si en el supuesto de autos es apreciable la existencia de acción u omisión culpable por su parte, lo que resuelve teniendo en cuenta los siguientes datos: 1.- La escasa o nula formación con que contaban los monitores de las colonias, teniendo en cuenta las características del grupo de usuarios de las mismas. 2.- La información facilitada por la familia sobre el carácter y hábitos de la Lina constaba en la respuesta al formulario facilitado por ACELL. 3.- El accidente aconteció el último día de las colonias, cuando el conocimiento de la misma era ya personal y no mediatizado por ninguna información previa, conocimiento que además era extenso. 4.- El último día de las colonias Lina presentaba un estado de excitación, miedo o angustia, queriendo irse en el primer grupo. Este estado se acentuó cuando vio que no podía marcharse, a resultas de lo cual se la separó del resto de compañeros con un monitor que no era el que le había correspondido durante la estancia y que no había tratado antes con discapacitados, encerrándola en una habitación sola situada en el tercer piso, bajo llave y con el balcón abierto, por el que finalmente cayó al intentar descolgarse por la ventana. 5.- No consta que se indicara a sus padres que fueran a recogerla por la supuesta gravedad de los conflictos que creaba. 6.- No existe prueba alguna de que el traslado que los padres decidieron desde el Hospital de Sant Jaume a la Clínica Teknon de Barcelona fuera causa de la agravación de las lesiones o pudiera haber perjudicado a Lina de alguna forma. 7.- Tampoco consta que los padres hurtaran información sobre su hija a ACELL, ni consta tampoco que, ante la problemática de la misma, si es que era de una gravedad tal, hubieran solicitado a los padres que la recogieran. 8.- No está acreditado el hecho de que la intervención de la fractura cuando se llevó a efecto en la Clínica Teknon, el día 26 de agosto de 2000, tras haber sido diagnosticada de embolia grasa secundaria a traumatismo, hu-

biera sido factor que hubiera incrementado el riesgo. Tampoco lo está que el traslado hospitalario hubiera sido causa de agravamiento de las lesiones. 9.- También la lesión de subluxación del primer dedo de la mano derecha obedece al accidente acontecido. 10.- Las fractura de la lesionada fue tratada mediante osteosíntesis intramedular con doble cerrojo, clavo que fue retirado en octubre de 2002, sufriendo durante el acto de quirúrgico una complicación (refractura de fémur) que precisó implante de una compleja osteosíntesis con placa más tornillos más cerclajes, lo que constituye una complicación de la secuela y deriva del accidente, sin que hubiera existido ningún otro factor ajeno.

Los hechos que se mencionan permiten sentar las siguientes apreciaciones: a) hubo una omisión de medidas de seguridad, vigilancia y cuidado, que de haberse adoptado, con absoluta certeza, o al menos gran probabilidad, habrían podido evitar el accidente. b) Hay causalidad física o material, por cuanto las lesiones se produjeron como consecuencia de la caída por la ventana. c) Hay causalidad jurídica -atribuibilidad- pues se creó el riesgo del resultado jurídicamente desaprobado y que era previsible dadas las características de Lina y la forma de solucionar el conflicto que se creó a partir de un estado de nerviosismo y alteración, por lo que la falta de las medidas de seguridad aparece como causa próxima y adecuada para producir el daño, y d) el juicio de reproche subjetivo recae sobre la recurrente por no haber actuado con la diligencia que el caso exigía a los monitores y responsables de ACELL.

QUINTO.- En el motivo segundo se alega infracción de lo establecido en la Ley 30 /1995 de 8 de noviembre (LA LEY 3829/1995) de ordenación y supervisión de los seguros privados, por lo que respecta a la cuantificación y valoración del daño, al año que debe tomarse en cuenta el Baremo que resulta aplicable así como a la indebida aplicación de la Tabla IV de los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes. Se desestima. Lo que pretende el motivo es combatir la aplicación del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación a partir de hechos distintos de los que la sentencia tiene en cuenta, lo que no es posible. No es posible cuestionar el baremo de aplicación cuestionando un tiempo de curación distinto derivado de la complicación de las lesiones inicialmente producidas. Tampoco hacerlo respecto de la indemnización de secuela de síndrome demencial a partir de pruebas distintas de las que la sentencia tuvo en cuenta o las



derivadas de la subsuluxación del primer dedo de la mano derecha, material de osteosíntesis y perjuicio estético, que atribuye a la impericia de los facultativos que intervinieron en el acto qui-



rúrgico, así como al factor complementario de gran invalidez y ayuda económica por perjuicios morales a familiares, tomando como referencia hechos y circunstancias distintas.

El Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponda con arreglo a dicho sistema, sin que sea posible revisar en casación la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse –en este caso el Baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor–, en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o se haya aplicado de forma incorrecta, en ningún caso, en cambio, puede ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado (SSTS 6 de noviembre 2008; 22 de junio 2009; 27 de febrero 2011; 9 de febrero 2012).

SEXTO.- Se desestiman ambos recursos y se imponen las costas a la recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Desestimar los recursos formulados por el procurador D. Angel Quemada Ruiz, en la representación que acredita de la Agrupación Esportiva Catalana D'Esport i Lleure per a Disminuïts Psíquics (ACELL), contra la sentencia dictada por la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de julio de 2008, (LA LEY 200927/2009) con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente. Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Firmado y Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

COMENTARIO

Por **Andrés López Jiménez**
Abogado

La sentencia comentada vuelve a resolver dos cuestiones básicas para el mundo de la responsabilidad civil: la determinación de la “culpa” y la imputación en supuestos de responsabilidad por hechos ajenos, y la aplicabilidad del sistema de valoración del daño personal del seguro obligatorio de automóviles en otros ámbitos y su control casacional.

“El 24 de agosto de 2000, Lina se precipitó al vacío de una altura de un tercer piso cuando disfrutaba de unas vacaciones adaptadas para disminuidos psíquicos” en una casa de colonias bajo la responsabilidad y organización de la demandada -Agrupación Esportiva Catalana D’Esport i Lleure per a Diminuïts Psíquics- resultando con muy graves lesiones. Los padre interpusieron demanda que fue estimada parcialmente (379.953 euros, en lugar de los 923.009 reclamados) en primera instancia. La audiencia provincial confirmó la sentencia, desestimando los recursos de demandante y demandado.

La asociación condenada interpone recurso de casación que es desestimado. En cuanto al fondo, discutía el recurso la responsabilidad y el nexo de causalidad. Establece la sentencia que los hechos probados permiten “sentar las siguientes apreciaciones: a) hubo una omisión de medidas de seguridad, vigilancia y cuidado, que de haberse adoptado, con absoluta certeza, o la menos gran probabilidad, habrían podido evitar el accidente. b) Hay causalidad física o material, por cuanto las lesiones se produjeron como consecuencia de la caída por la ventana. c) Hay causalidad jurídica -atribuibilidad- pues se creó el riesgo del resultado jurídicamente desaprobado y que era previsible dadas las características de Lina y la forma de solucionar el conflicto que se creó a partir de un estado de nerviosismo y alteración, por lo que la falta de las medidas de seguridad aparece como causa próxima y adecuada para producir el daño, y d) el juico de reproche subjetivo recae sobre la recurrente por no haber actuado con la diligencia que el caso exigía a los monitores y responsables de ACELL”. Nótese cómo desgrana la sentencia los requisitos para la imputación: omisión de diligencia debida, causalidad física del resultado dañoso, causalidad jurídica (atribuibilidad) al generarse una situación de riesgo probable y desaprobado, y reproche subjetivo a la asociación por los actos u omisiones de los monitores y responsables, actualizando los clásicos culpa, daño y nexo, con clara voluntad didáctica.

El segundo motivo del recurso se basa en la valoración del daño y en la aplicabilidad del llamado Baremo. Afirma la sentencia, con apoyo en cuatro anteriores que cita de forma expresa, que no “es posible alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponde con arreglo a dicho sistema, sin que sea posible revisar en casación la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse, en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o se haya aplicado de forma incorrecta, en ningún caso, en cambio, puede ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado”. La aplicación o no del sistema de valoración del

La aplicación o no del sistema de valoración del daño personal es competencia del juzgado de instancia, y es clara la voluntad del TS no entrar a revisar ni el sustrato fáctico del daño, ni la aplicabilidad del baremo, ni su uso incorrecto, ni la ponderación o determinación de las cuantías

daño personal es competencia del juzgado de instancia, y es clara la voluntad del TS no entrar a revisar ni el sustrato fáctico del daño, ni la aplicabilidad del baremo, ni su uso incorrecto, ni la ponderación o determinación de las cuantías de cada concreto perjuicio.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Reclamación por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la pérdida de dos hijas criadas como tales y concebidas por los demandados ocultándole la verdadera paternidad de las mismas. Se desestima por prescripción de la acción al considerar como día inicial para el cómputo del plazo, en lugar de la fecha en la que se obtiene la sentencia que resuelve el procedimiento de paternidad, la fecha de la emisión del informe médico que determina el daño moral padecido, lo cual tiene lugar en el momento que tras el divorcio, la madre decide que las hijas se fueran a vivir con el padre biológico

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 18 de junio de 2012.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- D. Matías formuló demanda frente a Doña Gregoria y Don Eulalio A uno y a otro les reclamó los daños físicos y morales causados como consecuencia de la pérdida de dos hijas criadas como tales y concebidas por los demandados, ocultándole la realidad de tal concepción y paternidad. La acción entablaba es la llamada aquiliana o acción de responsabilidad extracontractual, y el importe de la condena lo cifró en la cantidad de 199.038,36 euros.

La Sentencia dictada en Primera Instancia, estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados al pago conjunto y solidario al

demandante de la suma de 117.130,08 euros La sentencia fue recurrida en apelación tanto por la actora, en cuanto a la cuantía de la indemnización y las costas, como por la parte demandada, que invocó la prescripción de la acción entablada, que fue acogida por la Audiencia Provincial, desestimando el recurso del demandante. Contra la sentencia de apelación interpuso la actora recurso de casación al amparo del ordinal 2º del artículo 477.2 de la Ley de enjuiciamiento Civil 2000.

SEGUNDO.- El primero de los dos motivos que formula (el tercero ha sido inadmitido), se alega la infracción de los artículos 1968.2 y 1969 del C. Civil al sostener que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual, en el presente caso, debe computarse, no desde el día en que el lesionado recibió el alta laboral como mantiene la sentencia recurrida y que fue el 16 de octubre de 2006, sino que tratándose de reclamación de dos tipos de daños, físico y moral, habrá que esperar a que cada uno de ellos sea conocido para poder ejercitar la correspondiente acción. Considera la parte recurrente que tal acción solo la pudo ejercitar a partir de la fecha de la sentencia que declaró que las hijas son hijas extramatrimoniales del demandado, D. Eulalio, de tal forma que desde que se dictó el 18 de julio de 2007, hasta que la demanda se formuló cinco meses después, no ha transcurrido el año previsto para esta suerte de acciones. Se desestima.

La determinación del día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones es función que corresponde en principio a la Sala de instancia, y su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación. Ahora bien, el hecho de que la apreciación del instituto de la prescripción presente, junto al tal aspecto fáctico, una dimensión eminentemente jurídica, ha permitido a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables, lo que no es posible en este caso en el que la parte recurrente argumenta el motivo desde una consideración distinta de la que ha sido planteada en la demanda y resuelta en la sentencia, como es la determinación del daño moral a partir de que se le negó su paternidad. En efecto. La demanda, dice la sentencia, se formuló con fecha 18 de diciembre de 2007 y, a efectos de cómputo del plazo prescriptivo, se adjuntan dos documentos relevantes: de un lado el parte médico de incapacidad temporal por contingencia común de fecha 14 de junio de 2006, en el cual se establece como diagnóstico "trastorno adapta-

tivo con depresión prolongada", y de otro, el informe médico de alta de 16 de octubre de 2006, así como el informe psicológico emitido por don Isidoro. Sigue añadiendo lo siguiente, que se reproduce por su interés: "Si se examina el informe psicológicounido a los folios 16 y ss, se constata en primer lugar que el mismo se emite con fecha 26 de noviembre de 2007, "previa petición de Matías, el día 20 de octubre de 2007", y la conclusión que puede extraerse de ello es que la fecha de emisión del informe no puede resultar determinante en este caso a efectos de concretar el *dies a quo* para el cómputo del plazo prescriptivo, pues se trata de una fecha aleatoria, establecida como consecuencia de la petición formulada por el propio demandante unos días antes, no existiendo correspondencia entre las fechas consignadas en los informes médicos de incapacidad temporal (fecha de baja y alta respectivamente), donde no se consigna la existencia de secuelas, ni la necesidad de tratamiento farmacológico o seguimiento terapéutico de ningún tipo que haga presumir que las lesiones no estaban estabilizadas en aquel momento.

Se pretende ante todo buscar un punto de seguridad jurídica, fijando un hecho objetivo para el inicio del plazo prescriptivo, que en modo alguno puede dejarse abierto, indeterminado y a la voluntad unilateral del dañado, con el consiguiente perjuicio para los responsables, es por ello que el informe psicológico elaborado a petición del actor por D. Isidoro no puede ser tomado en consideración a la hora de determinar la estabilización de las lesiones del actor, habida cuenta que de lo actuado se desprende la existencia de un periodo de efectiva incapacidad que comprende los días señalados en los partes de baja y de alta unidos a las actuaciones, coincidiendo con dicho período la reanudación de la actividad laboral por parte del demandante activad laboral, no existiendo referencia alguna en la fecha del alta, a la necesidad de tratamiento farmacológico, a la existencia de secuelas o incluso, a la conveniencia de seguir algún tipo de terapia preventiva, cuando ya hemos señalado anteriormente, razones de seguridad jurídica impiden dejar al arbitrio de las partes la determinación del "dies a quo" del plazo prescriptivo. En efecto, la decisión de acudir al centro de psicología clínica en el que desarrollaba su actividad profesional el Sr. Isidoro respondió a una decisión propia del actor, y lo que es más importante a efectos de computar el plazo prescriptivo, también fue por decisión suya la determinación del momento de dar por concluida la orientación y el tratamiento seguido.

Por todo lo expuesto y en vista del contenido del informe de alta ya mencionado, se



está en el caso de concluir que, desde la fecha del alta consignada en aquél sin ningún tipo de objeción, pues debió ser entonces cuando las secuelas tenían que haber sido apreciadas, y hasta el momento de interposición de la demanda, el plazo de un año para ejercitar la acción entablada por el actor (la demanda fue presentada ante el Juzgado de Primera Instancia el día 18 de diciembre de 2007), había transcurrido en exceso el plazo de prescripción de un año, lo que obliga a estimar agotado el plazo señalado en las normas citadas en el motivo como infringidas, para ejercitar la acción de reclamación contemplada en el artículo 1.902 del C.C, lo que ha de llevar a la desestimación de la demanda”.

En resumen, lo que pretende el motivo es alterar de forma significativa los hechos de la sentencia para fijar a la conveniencia de quien recurre el día a partir del cual se determina el cómputo del año de prescripción previsto en la norma que se dice infringida. Pretende fijar como “dies a quo” para la reclamación del daño moral la fecha de la sentencia que resuelve la impugnación de paternidad, por considerar que a partir de ese momento se produjo la pérdida de las hijas, no responde a la realidad, conforme a los hechos probados. En el momento en que se dicta la sentencia su estado emocional no sufrió ninguna alteración o quebranto que fuera reseñado en el informe psicológico. El daño moral que se reclama no trae causa de la pérdida legal de las hijas conocida mediante la sentencia de 18 de julio de 2007, que resolvió el procedimiento de paternidad, sino del engaño sobre la forma de concebir a sus dos hijas y el hecho de que tras el divorcio, por decisión de la madre, se fueran a vivir con el padre biológico, situación que le sumió “en una depresión”, de la que

fue atendido por el psicólogo clínico D. Isidoro, momento a partir del cual se concretó el daño moral padecido y reclamado.

TERCERO.- La desestimación del motivo hace inútil el examen del tercero del recurso de casación, que denuncia la infracción del artículo 1902 del Código Civil.

CUARTO.- Se desestima el recurso y se imponen las costas a la recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimar el recurso formulado por la Procuradora Doña Teresa Zulueta Calvo, en la representación que acredita de D. Matías, contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 16 de abril de 2009, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico

COMENTARIO

Por **Andrés Cid Luque**
Abogado

“... El Tribunal Supremo estudia en esta sentencia dos interesantes temas, como son, el “dies a quo” para la reclamación del daño moral, y que entronca directamente, con un segundo que es, con el instante de determinar, en que momento se padece ese daño moral.

El transfondo de la resolución, no deja de ser interesante, pues, plantea, el daño psíquico que sufre un padre que es abandonado por su esposa, y que en ese momento del divorcio, le manifiesta que el padre biológico de las hijas es otra persona, con la que además ha decidido irse a vivir. La situación no puede dejar de ser más

cruel. Evidentemente era indudable el daño moral que sufrió el padre, que perdía a sus hijas y que, como es normal, pasó por un tratamiento médico.

1º.- La primera cuestión era para el Alto Tribunal determinar en que momento se había sufrido el daño moral, y concluyó determinando, que fue en el instante de tener conocimiento de que no era el padre de las consideradas sus hijas, y que este duró, hasta el final del tratamiento del alta médica por la depresión.

2º.- A los efectos de la prescripción, el Tribunal Supremo, vuelve a reiterar por enésima vez, que la determinación del día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones es función de la instancia, y su decisión al respecto.

Pero al tener en este caso una dimensión eminente jurídica, ha permitido a la Sala revisar su decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y la jurisprudencia aplicables (es decir, que lo puede hacer realmente el Tribunal cuando a él le parecan mejor).

3º.- Por último, el nudo gordiano del asunto estaba en determinar si el inicio de ese cómputo de la prescripción era el del alta médica, o se podía interpretar, como pretendía el actor, llevarlo hasta el momento de la sentencia que resolvió el procedimiento de paternidad.

El Tribunal Supremo entendió, como antes había hecho la Audiencia Provincial, que el daño moral se sufrió cuando se conoció el engaño, y terminó en la fecha del alta médica que determinó el Informe del psicólogo clínico. Y por tanto la acción planteada estaba prescrita. Momento delicado para el Letrado director del pleito del actor. Esperemos que en la hoja de encargo del asunto, ya se hiciera saber a ese padre que la acción era bastante probable que estuviese prescrita, y no arriesgar nada en estos temas. Suerte...”.

El Tribunal Supremo entendió, como antes había hecho la Audiencia Provincial, que el daño moral se sufrió cuando se conoció el engaño, y terminó en la fecha del alta médica que determinó el Informe del psicólogo clínico. Y por tanto la acción planteada estaba prescrita. Momento delicado para el Letrado director del pleito del actor.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Reclamación por responsabilidad patrimonial por la mala aplicación de la lex artis al no haber realizado todas las pruebas necesarias para el diagnóstico de la enfermedad. La Sala reduce la cuantía estimada por el Tribunal a quo en un 50% por no haber acreditado la pérdida de oportunidad, ya que la realización de la prueba no habría cambiado el desenlace

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª),
de 19 de junio de 2012.

Ponente: Excma. Sra. Dª Celsa Pico Lorenzo

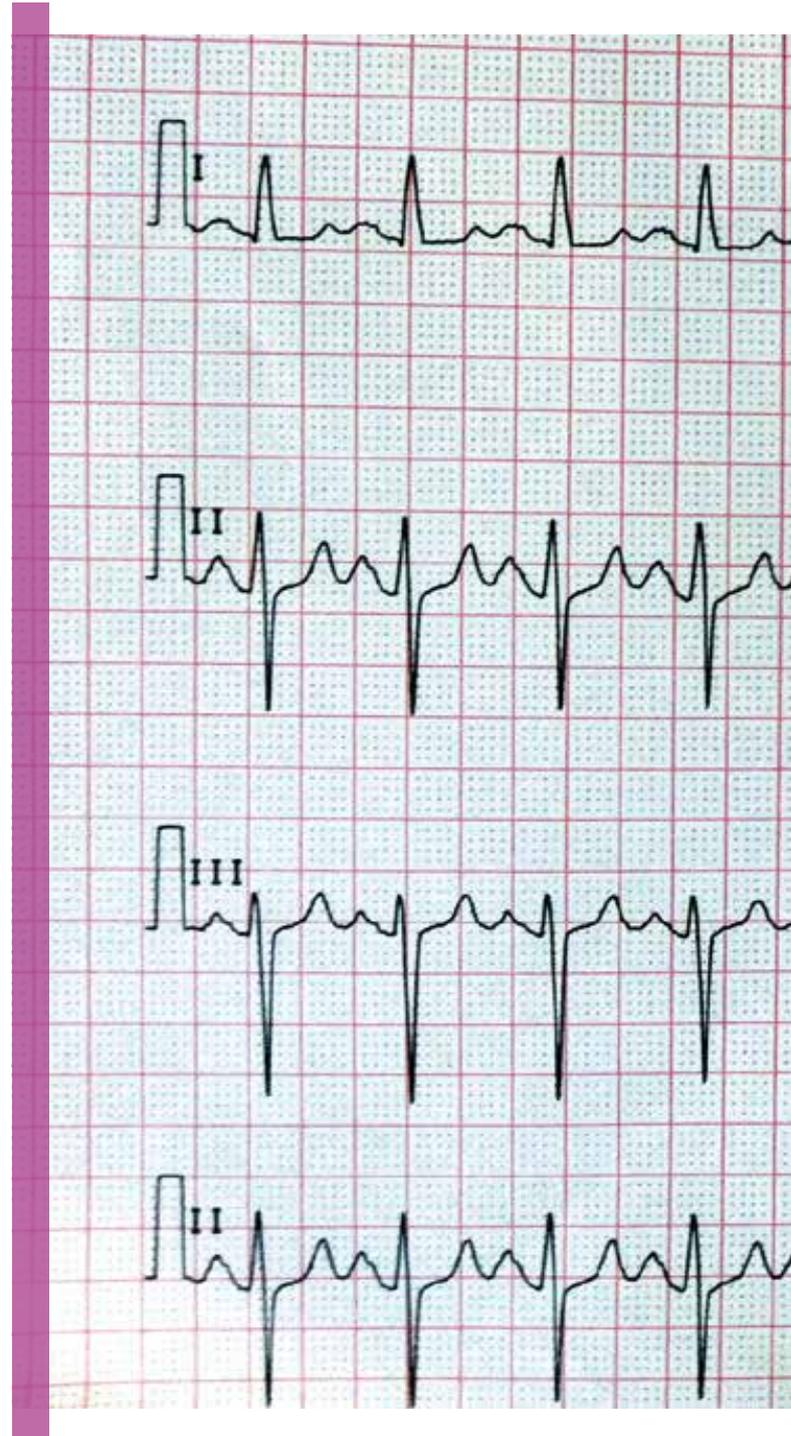
Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El Letrado de la Comunidad de Madrid, en nombre y representación de la Comunidad de Madrid y la representación procesal de QBE INSURANCE (EROPE) LIMITED interponen recurso de casación 579/2011 contra la sentencia estimatoria parcial de fecha 11 de noviembre de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 9ª, en el recurso núm. 265/08, deducido por Dª Zulima, contra la desestimación presunta de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios dirigida a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. Resuelve la Sala reconocer a la parte actora la cantidad

de 220.000 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios, cantidad que reputa actualizada a la fecha de la sentencia. Identifica la sentencia el acto impugnado en su PRIMER fundamento mientras en el SEGUNDO refleja los hechos que deduce del expediente y de las alegaciones de las partes. En el TERCERO plasma la esencia de la pretensión y la oposición de la administración y de la aseguradora codemandada.

En el CUARTO dilucida si se dan los requisitos necesarios para la entrada en juego de la responsabilidad patrimonial a consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario, conforme a los art. 106.2 CE, art. 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 30/1992, LRJAPAC y la jurisprudencia que los interpreta. Subraya que para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de la Administración ha de haber una relación directa, inmediata y exclusiva de causa o efecto entre la lesión patrimonial y el funcionamiento del servicio. En el QUINTO hace mención a la jurisprudencia que se apoya en el criterio de la "lex artis" para determinar cuál es la actuación médica correcta. Tras ello en el SEXTO examina si ha existido una actuación médica deficiente en la asistencia prestada a Don Jesús Luis que ha supuesto su fallecimiento. Reseña que la petición se funda en que el fallecimiento fue debido a que los servicios sanitarios que atendieron a Jesús Luis no le realizaron un electrocardiograma. Lo objeta tanto la Comunidad de Madrid como la defensa de la entidad codemandada al considerar que no hay prueba de la existencia de nexo causal entre el fallecimiento y la actuación médica. Afirman que la muerte fue súbita e inesperada. Añade que aunque se hubiera realizado dicha prueba diagnóstica ello no hubiera podido evitar su fallecimiento dado que era fatal la evolución de la patología que presentaba el paciente.

Recalca que dado el carácter técnico de la cuestión "se trata de determinar cuál de los dos informes, cuyas conclusiones son contrarias, contiene las razones que llevan a esta Sección a una mayor convicción sobre el acaecer de los hechos y las consecuencias técnicas de los mismos a fin de poder determinar si el fallecimiento de D. Jesús Luis se ha debido a una actuación médica contraria a la lex artis. El informe pericial en que se basan las afirmaciones de la actora se ha emitido por el Doctor D. Constantino Y por la defensa de la entidad codemandada se ha aportado el informe pericial emitido por la Doctora Patricia. Ambos informes se



han ratificado en vía judicial en presencia de las partes que les han formulado las aclaraciones que han considerado oportunas." En el informe emitido por el Dr. Sr. Constantino a propuesta de la parte actora se recogen las siguientes conclusiones: "Que existe mala praxis, que se pone de manifiesto en la documental por no realizar una valoración adecuada de su propio diagnóstico, ni con los medios diagnósticos mas sencillos y que están al alcance de cualquier MAP (EKG, Placas de Tórax y controles glucémicos)". Conclusiones que se efectúan tras exponer razones médicas que le conducen a la indicada



afirmación de mala praxis. Concretamente, dicho perito refiere que la mala praxis se debió a que no se realizaron por los médicos que le atendieron pruebas diagnósticas muy sencillas como un electrocardiograma o una Placa de Tórax que hubiera permitido valorar la repercusión visceral que presentaba la Hipertensión Severa que tenía el Sr. Jesús Luis. En este sentido se afirma en dicho informe que: "la detección de una Hipertensión que su propio MAP cualifica como Severa, requiere al menos la realización de un EKG (electrocardiograma) y de una placa en proyecciones P-A y Lateral de Tórax de las

que no consta su existencia ni anotación de haberlas solicitado. Estos elementos diagnósticos hubieran permitido la valoración de la repercusión visceral, que tal Hipertensión Severa presentaba". Además añade que el paciente reunía cuatro de los cinco criterios del Síndrome Metabólico que incrementa el riesgo cardiovascular global. Y por ello dicho perito afirma que "la simple realización de un estudio radiológico de tórax (P-A y Lateral) hubiese mostrado la cardiomegalia mencionada en la necropsia, y con ello la necesidad de evaluación por un Cardiólogo, que sin duda habría aumentado las posibilidades de evitar el dramático final del paciente". Dicho perito en la fase de ratificación judicial insiste en sus afirmaciones. Tesis que coincide con la expuesta por el Inspector Médico quien en su informe manifiesta como conclusión que: "Ahora bien, una vez que acude al C.S. siendo el registro inicial de 160/110, 120/90 al día siguiente, tal y como se solicita analítica de despistaje, está hoy en día establecido que se realice un ECG para valorar la repercusión en un órgano diana como es el corazón. Aunque dado el estado previo del músculo cardiaco el desenlace podría haber sido inevitable, no es menos cierto que para el diagnóstico, valoración y tratamiento iniciales de la HTA se practican analítica de sangre y orina con microalbuminuria y ECG para conocer la repercusión visceral de la HTA". Señala que "Tanto la inspección médica como el perito designado por la recurrente refieren que hubiera sido conveniente la realización de un electrocardiograma. Frente a dichas afirmaciones, el perito designado por la entidad aseguradora refiere que aunque se hubiera realizado un electrocardiograma no se hubiera podido evitar el fatal desenlace ya que la evolución natural de la Miocardiopatía Hipertrófica es fatal". La Sala, apoyándose en el informe emitido por el perito designado por la actora así como en el informe de la Inspección Médica, entiende que, "se han omitido pruebas diagnósticas como fue la realización de un electrocardiograma. No debe olvidarse que la praxis médica y la lex artis exigen la adopción de cuantas pruebas médicas sean recomendables para una mejor atención médica en el tratamiento de los enfermos que solicitan asistencia sanitaria y que, además, la atención sanitaria es de medios y no de resultados. Y en el supuesto examinado, la Administración sanitaria no efectuó las pruebas médicas que la praxis exigía. Y esa omisión en la práctica de nuevas pruebas médicas diagnósticas debe calificarse como de mala praxis médica que determina la concurrencia de los requisitos necesarios para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial en el actuar de la Administración sanitaria y que debe ser indemnizada". Concluye en el

SEPTIMO fijando la indemnización que corresponde a la esposa del fallecido. Afirma que "no se puede predecir cuál hubiera sido el desenlace final de haberse diagnosticado de forma precoz la patología que padecía con la realización de un electrocardiograma pues no cabe duda de la gravedad de la misma. No obstante, la cuantía de la indemnización no puede verse reducida, como así pretenden las partes demandadas, por el hecho de que las posibilidades de curación y de recuperación pudieran ser difíciles dada la gravedad de la patología que se padecía aunque se le hubiera atendido urgentemente y de forma inmediata. Esta Sala no comparte dicha tesis pues aunque es cierto que es imposible predecir cuál hubiera sido el resultado final y si las consecuencias hubieran sido las mismas lo que, sin duda, es seguro, es que el Sr. Jesús Luis hubiera tenido más oportunidades. Y el criterio de pérdida de oportunidades de recuperación se tiene también en cuenta por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias para fijar la cuantía de la indemnización". Desconoce que hubiera podido pasar si al Sr. Jesús Luis se le hubiera dado un tratamiento precoz ala patología que padecía, pero "ha sido el retraso en el diagnostico por la omisión en la práctica de pruebas diagnosticas lo que ha producido una pérdida de oportunidad en el tratamiento del enfermo. Perdida de oportunidad que aunque sea remota no puede quedar indemne." Tras ello se reconoce a la parte actora como esposa del fallecido y con dos hijos menores de edad la cantidad de 220.000 euros como indemnización.

SEGUNDO.- 1. Un único motivo de recurso articula la Comunidad de Madrid al amparo del art. 88. 1. d) LJCA esgrimiendo infracción de los arts. 139 y 141 LRJAPAC.

Entiende que la asistencia sanitaria dispensada a D. Jesús Luis fue correcta y ajustándose a la Lex Artis. Invoca que en el Informe de la Inspección se señala que no se hizo ECO pero consta que "dado el estado previo del músculo cardiaco el desenlace podría haber sido inevitable". Defiende que el electrocardiograma no hubiera podido evitar un fatal desenlace ya que la evolución natural de la miocardiopatía hipertrofica es fatal. Concluye que la teoría de la pérdida de oportunidad es inadecuada en el caso presente ya que de obrar de tal modo estaríamos ante la indemnización de verdaderos daños hipotéticos, lo que está vedado por el artículo 139.2 de la Ley 30/1992. Tras ello mantiene que no existiendo nexo causal entre la asistencia sanitaria dispensada y el fallecimiento del paciente, no cabe el abono de indemnización alguna.

TERCERO.- 1. El primer motivo de la aseguradora se apoya en el art. 88. 1. d) LJCA y aduce lesión del art. 24 CE en relación con la valoración de las pruebas aportadas. Alega que la valoración de la prueba es arbitraria e irrazonable al no haber tomado en consideración el informe de la Inspección Médica.

Tras exponer su contenido explica que el Médico Inspector concluye que debería haberse realizado al paciente un ECG que hubiese permitido conocer la repercusión de la HTA en el corazón, y en cualquier caso el desenlace podría haber sido inevitable. Invoca que no concluye el Médico Inspector que la realización de un ECG hubiese evitado el fallecimiento del paciente. Puesto esto en relación con la causa de la muerte "cardiopatía hipertrofica" reputa palmario que no existe conexión entre la omisión del ECG y el fallecimiento. Imputa a la sentencia infracción de las reglas de la sana critica sobre la prueba llevada a cabo en los autos que no afirma la existencia de nexo causal entre la asistencia médica prestada al Sr. Jesús Luis y su fallecimiento.

Expone que la sentencia olvida la causa del fallecimiento, cardiopatía hipertrófica reconocida en el informe de Inspección así como la falta de relación causal con la ausencia de un ECG al debutar ésta con muerte súbita. La Sentencia obvia el requisito de la necesaria causalidad entre el hecho y el resultado dañoso para poder atribuir responsabilidad a la Administración y estima que la existencia de mala praxis es suficiente para ello.

1.1. Refuta el motivo la parte recurrida. Defiende no hubo infracción de las reglas de la sana critica.

2. Un segundo motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA esgrime también conculcación del art. 24. CE en relación a la valoración de la prueba. Arguye que la sentencia ha llevado a cabo la apreciación de la prueba practicada de modo arbitrario e irrazonable, en clara infracción de las reglas de la sana crítica, desde el momento en que no ha tomado en consideración las conclusiones efectuadas por Don. Constantino, emisor del informe aportado por la parte actora, que llevan a establecer una falta de causalidad entre la pretendida actuación no conforme a la lex artis, y el resultado dañoso, requisito inexcusable para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Defiende que la conclusión a la que llega el perito Dr. Constantino, es que existió mala praxis por no realizar pruebas que, a su juicio, estaban indicadas. No establece

sin embargo, la relación causal entre la falta de dichas pruebas y el fallecimiento del Sr. Jesús Luis. En la fase de ratificación pericial el perito indicó que "no puede afirmar que la realización de un ECG hubiese evitado el fallecimiento del paciente, y que la realización de esas pruebas (electrocardiograma, placas de torax, etc.) hubiera contribuido al diagnóstico de certeza y tratamiento consiguiente que pudiera haber paliado la evolución de la enfermedad".

2.1. La parte recurrida también pide la desestimación del motivo al no entender irrazonable la valoración de la prueba.

3. Un tercer motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA también alega infracción art. 24 CE en relación valoración de la prueba.

Considera que la apreciación de la prueba, en clara infracción de las reglas de la sana crítica, desde el momento en que no ha tomado en consideración las manifestaciones vertidas en el informe pericial, emitido por Doña. Patricia, en lo relativo a la causa de la muerte del Sr. Jesús Luis. Invoca asimismo el contenido de una Sentencia del TSJ País Vasco.

3.1. Asimismo es rechazado por la parte recurrida que trae a colación lo manifestado por la Dra. Patricia en el trámite de aclaraciones a la prueba pericial.

4. Un cuarto motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA invoca vulneración de los arts. 139 y 141 LRJAPAC. Alega que no cabe apreciar la antijuricidad del daño y que la carga de la prueba sobre la relación de causalidad incumbe al que reclama. A su entender la falta de relación causal se manifiesta porque la causa de la muerte fue una cardiopatía hipertrófica que debutó con muerte súbita, porque el ECG en enfermedades como la cardiopatía hipertrófica suele dar un resultado normal o levemente patológico que aconseja su estudio de manera no urgente, de manera que la realización del mismo no hubiese aportado ninguna información adicional que hubiese permitido prever la muerte súbita. Defiende que la omisión de la prueba del ECG es ajena al desenlace sufrido por el Sr. Jesús Luis. Concluye que aunque se hubiese efectuado un electrocardiograma el estudio del paciente se habría efectuado en el centro de Salud, de la misma manera que se llevaba el control de su hipertensión, por lo que, teniendo en cuenta el corto periodo de tiempo transcurrido entre las asistencias prestadas y el fallecimiento (del 13 de mayo al 1 de junio de 2007) no hubiese evitado el debut de la enfermedad en la forma que lo

hizo, como muerte súbita. Todo ello, sin obviar el hecho de que el tratamiento previsto para la cardiomegalia es el mismo que tenía prescrito el Sr. Jesús Luis para la hipertensión. La falta de relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el fallecimiento impide cualquier imputación de responsabilidad a la Administración.

4.1. Interesa su desestimación la parte recurrida. Afirma hay relación causal ya que el paciente había acudido al menos 5 veces a los Servicios públicos de Salud por su sintomatología. 5. Un quinto motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA aduce infracción de los arts. 139 y 141 LRJAPAC. Discrepa de la valoración asignada al valorarse el daño producido y no la pérdida de oportunidad. Invoca aquí también jurisprudencia de TSJusticia de Valencia y las de 12 de julio de 2007 y 24 de noviembre de 2009 de esta Sala. Razona que la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, supone que el concepto indemnizable es la privación de expectativas de curación o supervivencia, reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber mediado una actuación correcta. 5.1. También es rechazado por la recurrida que no reputa desproporcionada la cifra asignada en razón de que fueron pedidos 350.000 euros en atención a la edad del fallecido y la existencia de viuda y dos hijos menores de edad.

CUARTO.- Con carácter previo al examen de ambos recursos debemos recordar que nuestra doctrina (por todas la Sentencia de 27 de junio de 2011, recurso de casación 1488/2007) proclama que resulta absolutamente inapropiado utilizar como jurisprudencia conculcada la doctrina vertida por las Salas de lo Contencioso Administrativo de distintos Tribunales Superiores de Justicia sobre la materia concernida. No estamos en el ámbito de un recurso de casación para la unificación de doctrina (art. 96 LJCA) en que si cabe servirse ante este Tribunal Supremo de sentencias dictadas por las Sala de lo Contencioso Administrativo de Tribunales Superiores de Justicia en las condiciones establecidas en la regulación del citado recurso. En el presente supuesto nos desenvolvemos en el marco de un recurso de casación que, dentro de las especialidades contempladas en la LJCA, podría llamarse ordinario en contraposición al de interés de la ley y el precitado de unificación de doctrina. Por ello, en cuanto a la jurisprudencia invocable, sólo es admisible la reputada como tal en el art. 1.6 del Código Civil. Todo lo cual no obsta a que la doctrina emanada de los Tribuna-

les Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma constituya la cúspide en su concreto ámbito territorial respecto del correspondiente derecho autonómico, que no es el caso, mas no acerca de normas de Derecho estatal o comunitario europeo en que, bajo el marco legal actualmente vigente, es el Tribunal Supremo quién ostenta el monopolio hermenéutico a efectos del recurso de casación.

QUINTO.- Antes de examinar los motivos hemos de partir de que la viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que "no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa". Conforme a reiterada jurisprudencia (STS de 25 de septiembre de 2007, rec. casación 2052/2003 con cita de otras anteriores) la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. Se insiste STS 19 de junio de 2007, rec. casación 10231/2003 con cita de otras muchas que "es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesa del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de mar-

zo de 1999)". Y también reitera la jurisprudencia (por todas SSTS 7 de febrero 2006 recurso de casación 6445/2001, 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003, 11 de mayo de 2010, recurso de casación 5933/2005) que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al haberse valorado las pruebas, o por haber procedido, al haber la indicada valoración de manera ilógica, irracional o arbitraria. Por su parte las SSTS de 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003, 9 de diciembre de 2008, recurso de casación 6580/2004, reiteran (con cita de otras anteriores) que la prueba de la relación de causalidad corresponde al que reclama la indemnización.

SEXTO.- La posibilidad de revisar cuestiones relacionadas con la prueba en el ámbito casacional se encuentra absolutamente limitada. Acabamos de decir que la finalidad del recurso es uniformar la interpretación del ordenamiento jurídico por lo que no cabe revisar la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia a la que incumbe tal función sin que este Tribunal constituya una segunda instancia. Por ello, este Tribunal insiste en que no corresponde al mismo en su labor casacional revisar la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia ante el mero alegato de la discrepancia en la valoración efectuada por la parte recurrente. No incluye nuestra norma reguladora de la jurisdicción como motivo de casación general el error evidente en la apreciación de la prueba. Fue excluido como motivo casacional en el art. 88.1. LJCA 1998 tras la previa implantación del recurso de casación por la Ley 10/1992, de 30 de abril, que lo suprimió en el orden jurisdiccional civil. Como manifestamos en nuestras Sentencias de 21 de julio y 15 de noviembre de 2004, recursos de casación 1937/2002 y 6812/2001, sólo existe dicha especialidad en el ámbito del recurso de casación en materia de responsabilidad contable a consecuencia de la remisión que el art. 86.5 de la vigente LJCA 1998 realiza a la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (art. 82.1.4), de promulgación previa a las reformas a las que nos venimos refiriendo.

SEPTIMO.- Reiterada jurisprudencia (STS de 26 de septiembre de 2007, recurso de casación 9742/2003, con mención de otras muchas anteriores) identifica como "temas probatorios

que pueden ser tratados en casación”, esto es, como temas directa o indirectamente relacionados con la prueba que, sin embargo, sí son susceptibles de ser abordados o revisados en casación, sólo unos pocos. Así:“(1) la vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba; (2) la indebida denegación, bien del recibimiento del pleito a prueba, bien de alguno o algunos de los medios de prueba propuestos; (3) la infracción de las normas relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones; (4) la infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles; (5) la infracción cometida cuando, al socaire de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico; (6) los errores de este tipo cometidos en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta; y (7) por último, la integración en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia de aquellos otros que, habiendo sido omitidos por ésta, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada”. A lo dicho ha de añadirse que el Tribunal Constitucional declara reiteradamente que para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente (STC 214/1999, de 29 de noviembre, STC 63/2004, de 19 de abril). Error notorio y patente que para tener relevancia constitucional, por la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24 CE, nos recuerda la STC 63/2004, de 19 de abril, con cita de otras muchas, no solo ha de ser verificable de forma incontrovertible sino que ha de constituir el soporte básico de la decisión.

OCTAVO.- Expuesto en los razonamientos precedentes los criterios que deben atenderse para examinar los recursos de casación así como los razonamientos de la Sala de instancia acerca de la prueba pericial practicada cabe examinar conjuntamente los cuatro primeros motivos de la aseguradora y el único de la CAM, dados los preceptos invocados y la argumentación sostenida. Significa, pues, que aunque la Sala haga una inicial mención a la doctrina general de la “lex artis” en realidad resuelve la pretensión de responsabilidad patrimonial sanitaria en el específico ámbito de la doctrina acuñada en la jurisprudencia como de “pérdida de oportuni-

dad” lo que no contraviene la doctrina de esta Sala. Afirman dirigirse contra la valoración de la prueba que reputan irracional e ilógica. Como expone la Sala de instancia tanto en el informe médico emitido a instancia de la parte recurrente como en el vertido por la Inspección médica queda claro que está establecido debía haberse practicado un ECG. La ausencia de práctica de la antedicha prueba, exigible según la Inspección Médica, privó al Sr. Jesús Luis de un diagnóstico completo respecto de la enfermedad padecida. No hubo, por tanto, puesta a disposición del Sr. Jesús Luis de todos los medios precisos para su mejor atención.

Cuestión distinta es que, dado el estado previo del músculo cardiaco, el resultado final letal fuera evitable aunque dicha prueba no se hubiere realizado. Se observa que no se produce una certeza razonable, a partir de las opiniones médicas, sobre que la actuación de los servicios sanitarios que hubiera debido llevarse a cabo y no se hizo -realización de un ECG hubiera evitado el resultado letal final. No se muestra irracional ni ilógica la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia a la vista de lo expuesto en los distintos informes periciales. Explicita que el grado de probabilidad de mejora para el tratamiento de la patología dada su gravedad era remoto aunque se hubiera realizado la prueba diagnóstica omitida. A tal conclusión debemos estar pues no fue combatida por la parte demandante en instancia. No prospera el único motivo de la CAM ni los cuatro primeros de la aseguradora.

NOVENO.- A los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que una actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Como expresa la Sentencia de esta Sala y Sección de 25 de mayo de 2010, rec. casación 3021/2008, han de ponerse “los medios precisos para la mejor atención”. Y recuerda la Sentencia de esta Sala y Sección de 23 de enero de 2012, rec. casación 43/2010 lo ya dicho con anterioridad sobre que la “privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de “pérdida de oportunidad” -sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez, recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001, 4429/2004 y 5927/2007- se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga

en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias". Y en la de 22 de mayo de 2012, recurso de casación 2755/2010, se reafirma lo dicho en la de 19 de octubre de 2011, recurso de casación 5893/2011, sobre que la pérdida de oportunidad hace entrar en juego a la hora de valorar el daño causado, dos elementos de difícil concreción " como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo". A la vista de lo razonado no se comparte el aserto de la Sala de instancia acerca de que aún cuando fueren remotas las posibilidades de curación no puede reducirse la indemnización que fija en la suma de 220.000 euros. La información acerca de las posibilidades reales de curación constituyen elemento sustancial en la doctrina denominada "pérdida de oportunidad" por lo que la suma debe atemperarse a su existencia o no. Debe prosperar el quinto motivo y aplicar, "a sensu contrario" lo vertido por esta Sala y Sección en su Sentencia de 22 de mayo de 2012, recasación 2755/2010 en que se incrementó una indemnización por no entender razonable que "fueran escasos, ni el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera producido un efecto beneficioso en el estado final del paciente, ni tampoco el grado, entidad o alcance de este hipotético efecto favorable".

DECIMO.- Tras lo relatado en el fundamento anterior, procede su reducción a la suma de 110.000 euros al ser contraria a nuestra doctrina la afirmación de que las difíciles posibilidades de curación no afectan a la cuantificación. Si la Sala da por acreditado pocas probabilidades de curación, tal factor debe ser tenido en cuenta.

A la citada suma deben añadirse los intereses legales desde el día en que se presentó la reclamación administrativa, 13 de mayo de 2007, hasta la fecha de notificación de esta sentencia, a partir de la cual se cuantificarán los intereses de acuerdo con lo establecido en el art. 106, apartados 2 y 3 de la Ley Jurisdiccional. Ha de tenerse presente que el artículo 141.3 LRJAPAC señala el dies a quo para la actualización, "la fecha en que se ponga fin al procedimiento

de responsabilidad"; y determina también la fecha respecto de la cual se calculará la cuantía de la indemnización, el "día en que la lesión efectivamente se produjo". Ello es así aunque el escrito de demanda hubiere omitido la solicitud de condena al pago de intereses. En tal sentido se pronunció este Tribunal en su Sentencia de 13 de mayo de 2003, dictada en el recurso número 159/2000, así como en la de 19 de mayo de 2011, recurso contencioso administrativo 124/2010. Así lo exigen, tanto el principio de total indemnidad que preside el instituto de la responsabilidad patrimonial, como la naturaleza de deuda de valor que tiene la obligación pecuniaria de resarcimiento, e incluso la previsión del art. 141.3 de la LRAJAPAC..

UNDECIMO.- Dada la estimación parcial del recurso no hay méritos para una imposición de las costas de este recurso, art. 139 LJCA, ni tampoco para imponer las de instancia. Cada parte hará frente a las suyas. Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Ha lugar al recurso de casación deducido por el Letrado de la Comunidad de Madrid, en nombre y representación de la Comunidad de Madrid y por la representación procesal de QBE INSURANCE (EUROPE) LIMITED contra la sentencia estimatoria parcial de fecha 11 de noviembre de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 9ª, en el recurso núm. 265/08, deducido por Dª Zulima, contra la desestimación presunta de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios dirigida a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, sentencia que se declara nula y sin valor ni efecto alguno. Sentencia que casamos y dejamos sin efecto solo y exclusivamente en el particular de la misma que fija la indemnización a abonar a Dª Zulima, manteniéndola en todo lo restante. Particular, ese, en que disponemos que Dª Zulima ha de ser indemnizada con la cantidad de 110.000 euros (ciento diez mil euros) a la que deberá incrementarse el interés legal desde la fecha de la reclamación administrativa, esto es desde el 13 de mayo de 2007. En cuanto a las costas estése al último fundamento de derecho. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí la Secretaria, certifico.

Nos encontramos ante un supuesto más que interesante para nuestra práctica diaria, y ello porque el Tribunal Supremo declara que hay que diferenciar en los asuntos de negligencia médica los casos en los que sí había posibilidad de curación o mejora de los que no, es decir si el desenlace hubiera sido distinto o no de haberse actuado conforme a la “lex artis”. En este caso se entendió por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Jus-

ticia de Madrid que era suficiente haber probado la existencia de negligencia médica por parte de los sanitarios que atendieron al marido y padre de los recurrentes para conceder la indemnización solicitada, sin ser necesario tener una certeza por pequeña que fuera de que si se hubiera actuado adecuadamente el resultado hubiera sido diferente.

En este caso la negligencia nació cuando a pesar de estar al alcance de los profesionales la realización de pruebas complementarias al paciente, que presentaba unos síntomas claros, no se hicieron, aunque según quedó probado de haberse obtenido el diagnóstico desde el primer momento en nada o poco hubiera variado el fatal desenlace. El paciente sufría una hipertensión severa, que hubiera sido detectada con una simple placa de tórax o un electrocardiograma, sin embargo ninguna prueba se hizo por parte de los profesionales, actuación que choca de frente con los protocolos médicos, conclusión a la que llegan todos los peritos médicos que actúan en el procedimiento, sin embargo no hay acuerdo en el final que hubiera tenido el paciente de haberse actuado correctamente, pero se con-

El paciente sufría una hipertensión severa, que hubiera sido detectada con una simple placa de tórax o un electrocardiograma, sin embargo ninguna prueba se hizo por parte de los profesionales, actuación que choca de frente con los protocolos médicos

COMENTARIO

cluye por los dos Tribunales que poca diferencia hubiera habido, por la grave afección que presentaba, esta conclusión hace que nuestro Tribunal Supremo case la Sentencia del Tribunal a quo.

Nuestro Alto Tribunal viene reconociendo que basta cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda una indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de la negligencia cometida, que en este caso se trataba de no hacer las pruebas necesarias para obtener un diagnóstico correcto, por lo que finalmente acoge en parte del recurso de casación para disminuir la indemnización en un 50%.

La conclusión a la que llega la Sala en esta ocasión, ya había sido adoptada en otras Sentencias, por lo que tenemos que tener muy presente las posibilidades de curación o mejoría que hubieran tenido los pacientes si se hubiera aplicado correctamente la “Lex Artis”, antes de plantear nuestros recursos y sobre todo apoyarnos en buenos informes periciales que no dejen lugar a dudas de los errores cometidos y de la repercusión que esos errores han tenido en la evolución del paciente.

También me parece adecuado resaltar, que de forma reiterada nuestro Tribunal Supremo viene recordándonos que es totalmente inapropiado utilizar en los recursos de casación, jurisprudencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, aunque sea totalmente conculcada y ello porque el recurso de casación en el que nos encontramos podría ser calificado de ordinario frente a los de interés de ley o de unificación de doctrina, en este último si es acertado servirse de esa Jurisprudencia, y por tanto solo es invocable la Jurisprudencia del propio Tribunal Supremo.

Es adecuado resaltar, que de forma reiterada nuestro Tribunal Supremo viene recordándonos que es totalmente inapropiado utilizar en los recursos de casación, jurisprudencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, aunque sea totalmente conculcada y ello porque el recurso de casación en el que nos encontramos podría ser calificado de ordinario frente a los de interés de ley o de unificación de doctrina

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Acción de repetición en base a un seguro de responsabilidad civil de una entidad contra su propia aseguradora, por indemnizaciones no pagadas al haberse llegado a un acuerdo con los perjudicados de un incendio ocurrido en sus dependencias. Recurso desestimado por la Sala y ello porque nadie puede ser deudor o acreedor de sí mismo ni adquirir derechos y acciones contra sí mismo, y esto es, en definitiva, lo que se pretendía en el recurso al dirigir la demanda contra la aseguradora de la propia responsable

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 25 de junio de 2012.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación fue promovido por la Autoridad Portuaria de Vigo contra la compañía de seguros inglesa "Through Transport Mutual Services (UK) Limited", actualmente "Through Transport Mutual Insurance (Eurasia) Limited" (en adelante TT Club), que aseguraba la responsabilidad civil de dicha Autoridad Portuaria mediante póliza suscrita por el ente público Puertos del Estado, en reclamación de 1.166.865'94 euros en concepto de indemnizaciones a los perjudicados por el incendio declarado el 23 de octubre de 2002 en una nave de

la compañía "Viguesa de Granallados S.L." (en adelante Vigma) sita en un muelle de reparaciones dentro de la zona de servicio del puerto de Vigo, y 209.984'16 euros en concepto de gastos de defensa jurídica.

Como quiera que el recurso de casación, interpuesto por la Autoridad Portuaria demandante y articulado en dos motivos, se refiere única y exclusivamente al 50% de la cantidad reclamada en concepto de indemnizaciones a los perjudicados, debe ponerse de manifiesto que este 50% no fue efectivamente pagado por la demandante a Vigma ni a las aseguradoras Mapfre y Winterthur en el expediente de responsabilidad patrimonial promovido por estas contra aquella por deficiencias del sistema contra incendios, sino que, para poner fin al mismo, la Autoridad Portuaria les pagó el otro 50%, en el que cifraba su propia responsabilidad civil, y a cambio Vigma, Mapfre y Winterthur desistían y renunciaban a su reclamación administrativa patrimonial, desistían expresamente de la acusación particular en unas actuaciones penales en trámite y renunciaban "a las acciones y derechos" que pudieran corresponderles, "sin reserva ni excepción alguna", cediendo al propio tiempo a la Autoridad Portuaria "cuantos derechos y acciones" pudieran corresponderles "con motivo del siniestro de referencia".

En suma, se daba "por saldada y finiquitada" la deuda de la Autoridad Portuaria y tanto Vigma como Mapfre y Winterthur se comprometían "a no reclamar cantidad o indemnización alguna" derivada de las actuaciones penales en trámite "ni derivada de la reclamación patrimonial referenciada, ni por ningún otro concepto", pese a lo cual la Autoridad Portuaria entendió, según su demanda en el presente La sentencia de primera instancia aceptó el planteamiento de la Autoridad Portuaria demandante y, en consecuencia, condenó a la demandada TT Club a pagarle la cantidad total reclamada en concepto de indemnizaciones a los perjudicados, es decir tanto la satisfecha a estos como la no satisfecha, reduciéndola únicamente en 10.000 euros por franquicia pactada en el apartado de la póliza "Responsabilidad frente a terceros". Fundamento muy lacónico de esta decisión fue que, subrogada la Autoridad Portuaria en los derechos cedidos, "el hecho de que la cantidad no ha sido satisfecha no es óbice a su reclamación si se acredita ser debida".

En cambio la sentencia de apelación, estimando el recurso de la demandada TT Club en este punto, excluyó de la condena la cantidad de 583.432 euros, correspondiente al 50% de





lo reclamado en concepto de indemnizaciones pero nunca satisfecho a estos por la Autoridad Portuaria, mediante el siguiente razonamiento: "Pues bien, en el seguro de responsabilidad civil es claro que se puede transmitir el derecho de resarcimiento, pero siempre que exista y en el caso, la haber renunciado los perjudicados a cualquier acción que pudiera corresponderles, difícilmente puede producirse la cesión de crédito al faltar el objeto de la cesión, pues ocurre que parte de la deuda que gravaba el patrimonio del asegurado fue renunciada, es decir, no estaba a cargo del asegurado y si la deuda no es imputable al asegurado, porque se extinguió la obligación, falta un presupuesto para que nos hallemos ante el riesgo asegurado".

SEGUNDO.- De los dos motivos del recurso de casación de la Autoridad Portuaria demandante, único recurso admitido puesto que no lo fueron el extraordinario por infracción procesal ni el de casación interpuestos por la demandada, el primero se funda en infracción "de los artículos 1526 del Código Civil y siguientes, artículo 1257 y 1258 del Código Civil y el artículo 1112 del Código Civil, relativos a la cesión de derechos y acciones", y el segundo en "vulneración de los artículos 1281 y 1255 del Código Civil y concordantes, correspondientes a la interpretación de los contratos". Según sus respectivos alegatos, en síntesis y en conjunto, la motivación de la sentencia recurrida implicaría que la cesión fue nula por falta de objeto, "olvidándose el Tribunal que la renuncia es parte integrante y necesaria del negocio de cesión y que los perjudicados, de ninguna forma hicieron una renuncia aislada e inequívoca de sus derechos, sino que todo lo contrario, renunciaron para poder cederlos a esta parte". A continuación se alega que la cesión era "independiente y ajena al contrato de seguro" y que en este caso "el responsable, el deudor, es el TT Club, quedando acreditado en la sentencia, que es la entidad aseguradora que cubría el siniestro causante de los daños".

Tras afirmar que "los créditos de los perjudicados han quedado plenamente acreditados" porque los daños se tasaron en la cantidad total reclamada en la demanda y preguntarse la recurrente "qué pasa con el importe del otro 50% de los daños sufridos, pero no pagados por mi representada a los perjudicados", así como si "por no ser pagados desaparecen" o "no existen", invoca el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro como fuente de la acción cedida a la hoy recurrente, pese haber negado antes que dicha ley sea aplicable al caso, y aduce que la

demandada "no puede oponer a esta reclamación más excepciones que las que tenía frente a los perjudicados". Acto seguido se queja la recurrente de no entender los razonamientos del tribunal de apelación, invoca "la práctica de los seguros", alega que "el hecho de que la cantidad haya sido pagada o no por mi representada a los perjudicados, es irrelevante", así como que "el apelante se opuso a la reclamación, pero nunca argumentó su nulidad, ni por vía de reconvencción, ni por vía de excepción", y, en fin, propone una interpretación de los documentos de cesión en el sentido de que la intención de las partes nunca fue "renunciar, frente a TT CLUB o cualquier otro considerado responsable del siniestro, de los derechos y acciones derivados del mismo".

Pues bien, ambos motivos han de ser desestimados, incluso prescindiendo de su evidente defecto formal en la cita de las normas infringidas mediante las fórmulas "y siguientes" e "y concordantes", siempre rechazadas por esta Sala, por desconocer la naturaleza del seguro de responsabilidad civil y acabar confundiendo a la aseguradora de su responsabilidad civil con el sujeto que hubiere podido causar el incendio, con el asegurador de la responsabilidad civil de este o, en último extremo, con los aseguradores de daños de los perjudicados. Definido el seguro de responsabilidad civil en el art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro como aquel por el que "el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho", claro está, sin necesidad de mayores consideraciones, que la cesión de derechos y acciones por los perjudicados a la hoy recurrente no pudo incluir un crédito contra esta que en el propio documento de cesión se daba por extinguido o, si se quiere, una obligación de la hoy recurrente de indemnizar daños y perjuicios que los perjudicados, voluntariamente, aceptaron reducir a la mitad de la tasación de los daños.

Lo anterior no significa necesariamente que la cesión fuera nula por falta de objeto, ya que nada excluye que los perjudicados cedentes tuvieran derechos y acciones, por ejemplo, contra quien hubiera causado materialmente el incendio, sino, pura y simplemente, que entre los derechos y acciones cedidos no podía incluirse el derecho al pago de una cantidad que los perjudicados renunciaban a reclamar

a la hoy recurrente, dando así por extinguida cualquier obligación de esta frente a aquellos por razón del incendio. Nadie puede ser deudor o acreedor de sí mismo ni adquirir derechos y acciones contra sí mismo, y esto es, en definitiva, lo que se pretende en el recurso al dirigir la demandada contra la aseguradora de la propia responsabilidad civil como si la demandante se considerase deudora de sí misma por una cantidad que ni pagó a los perjudicados, como responsable civil, ni estos le van a poder nunca reclamar. Por eso la invocación en el recurso del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro es un argumento más en contra de la recurrente que a su favor, pues la acción directa del perjudicado contra el asegurador tiene por objeto "exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar", que en este caso se extinguió mediante el pago de la mitad del valor de los daños, única cantidad, por tanto, que la hoy recurrente puede exigir a la aseguradora de su responsabilidad civil porque tal ha acabado siendo, frente a los perjudicados cedentes, su única responsabilidad civil por el incendio.

TERCERO.- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la parte recurrente. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º.- DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la AUTORIDAD PORTUARIA DE VIGO contra la sentencia dictada el 11 de septiembre de 2009 por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra en el recurso de apelación nº 3251/07. 2º.- Confirmar la sentencia recurrida. 3º.- E Imponer las costas a la parte recurrente. Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. FIRMADA Y RUBRICADA PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marín Castán, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

COMENTARIO

Por **José A. Badillo Arias***Delegado regional del CCS en Madrid*

Dice esta resolución, con razón, que "nadie puede ser deudor o acreedor de sí mismo ni adquirir derechos y acciones contra sí mismo" y es que, efectivamente, no tiene mucho sentido que el asegurado repita contra la aseguradora que cubre su responsabilidad civil por daños que no ha abonado al perjudicado de un siniestro de esta naturaleza, porque, en definitiva, como veremos al analizar esta curiosa sentencia, a estos efectos, es como si se considerase al asegurado deudor de sí mismo.

Podríamos decir que el seguro de responsabilidad civil, a diferencia de los seguros de daños propios, corre la suerte del asegurado, de tal modo que si el asegurado ha pagado los daños a un tercero, solo puede reclamar a su compañía aseguradora de responsabilidad civil esos daños y no otros

Podríamos decir que el seguro de responsabilidad civil, a diferencia de los seguros de daños propios, corre la suerte del asegurado, de tal modo que si el asegurado ha pagado los daños a un tercero, solo puede reclamar a su compañía aseguradora de responsabilidad civil esos daños y no otros.

Los hechos que dan lugar a esta resolución tienen que ver con el incendio de una nave en el Puerto de Vigo, que se ocasiona como consecuencia de anomalías en el sistema de detección de incendios del citado puerto.

Por tales hechos se siguió un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la administración por parte de la sociedad propietaria de la nave y las entidades aseguradoras Mapfre y Winterthur, perjudicadas por dicho incendio, contra la Autoridad Portuaria de Vigo, por entender que debe responder de estos hechos.

Tal procedimiento terminó por acuerdo extrajudicial entre las partes, en el que la Autoridad Portuaria les pagó el 50% de la cantidad reclamada y a cambio, la entidad propietaria de la nave, Mapfre y Winterthur desistieron y renunciaron a su reclamación administrativa patrimonial y "a las acciones y derechos" que pudieran corresponderles, "sin reserva ni excepción alguna", cediendo al propio tiempo a la Autoridad Portuaria "cuantos derechos y acciones" pudieran corresponderles "con motivo del siniestro de referencia".

La Autoridad Portuaria de Vigo interpuso una demanda contra la entidad aseguradora que aseguraba su responsabilidad civil, reclamando, no solo el 50% que había pagado, sino el otro 50% que le habían reclamado los perjudicados, pero que no llegó a pagar, por cuanto se llegó a un acuerdo entre las partes en abonar solo el 50% de lo reclamado

En virtud de lo anterior, la Autoridad Portuaria de Vigo interpuso una demanda contra la entidad aseguradora que aseguraba su responsabilidad civil, reclamando, no solo el 50% que había pagado, sino el otro 50% que le habían reclamado los perjudicados, pero que no llegó a pagar, por cuanto, como hemos indicado en el párrafo anterior, se llegó a un acuerdo entre las partes en abonar solo el 50% de lo reclamado.

COMENTARIO

Para la Sala, que desestima las pretensiones de la actora, la cesión de derechos y acciones por los perjudicados a la hoy recurrente no pudo incluir un crédito contra esta que en el propio documento de cesión se daba por extinguido o, si se quiere, una obligación de la hoy recurrente de indemnizar daños y perjuicios que los perjudicados, voluntariamente, aceptaron reducir a la mitad de la tasación de los daños

La sentencia de primera instancia condenó a la aseguradora demandada a pagar el 100% de los daños reclamados. La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, estimado el recurso de apelación de la entidad aseguradora, limitó la condena de la demandada al 50% de la indemnización que efectivamente había pagado la actora a los perjudicados.

No conforme con esta resolución, la Autoridad Portuaria de Vigo recurrió en casación al Tribunal Supremo, insistiendo en que debe ser resarcida del 100% de los daños reclamados por los perjudicados.

Para la Sala, que desestima las pretensiones de la actora, la cesión de derechos y acciones por los perjudicados a la hoy recurrente no pudo incluir un crédito contra esta que en el propio documento de cesión se daba por extinguido o, si se quiere, una obligación de la hoy recurrente de indemnizar daños y perjuicios que los perjudicados, voluntariamente, aceptaron reducir a la mitad de la tasación de los daños.

La sentencia concluye que nadie puede ser deudor o acreedor de sí mismo ni adquirir derechos y acciones contra sí mismo, y esto es, en definitiva, lo que se pretende en el recurso al dirigir la demandada contra la aseguradora de la propia responsabilidad civil como si la demandante se considerase deudora de sí misma por una cantidad que ni pagó a los perjudicados, como responsable civil, ni estos le van a poder nunca reclamar.

La sentencia concluye que nadie puede ser deudor o acreedor de sí mismo ni adquirir derechos y acciones contra sí mismo, y esto es lo que se pretende en el recurso, al dirigir la demandada contra la aseguradora de la propia responsabilidad civil como si la demandante se considerase deudora de sí misma por una cantidad que ni pagó a los perjudicados, ni estos le van a poder nunca reclamar

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Diferenciación entre daños permanentes o continuados y prescripción de acciones, en la solicitud de indemnización de tres funcionarios de carrera de las Comunidades Europeas por todos los daños que se les han causado, al no haber adoptado el Estado Español las normas necesarias para hacer efectivo el ejercicio del derecho a la transferencia que el artículo 11.2 del Anexo V del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas recoge. Se entiende que son daños permanentes y no continuados y por tanto se encontraban prescritos

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª),
de 23 de julio de 2012.

Ponente: Excm. Sra. D^a Celsa Pico Lorenzo

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- La representación procesal de D. Felicísimo, D. Arsenio y D. Carlos, interpone recurso contencioso administrativo 239/2011 contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de febrero de 2011 que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial del estado peticionada por aquellos en relación con los perjuicios sufridos a consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en el art. 11.2 del Anexo VIII del Estatuto de las Comunidades Europeas, adoptado por el Reglamento (CEE, EURATOM, CECA) nº 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968.

El acuerdo es desestimatorio si bien en los razonamientos figura que tanto la propuesta de resolución como el informe del Consejo de Estado ponen de relieve la extemporaneidad de

la reclamación de los Sres. Arsenio y Felicísimo al no haber sido presentada dentro del año siguiente a la desestimación -26 de julio y 29 de agosto de 2000- por la Mutualidad General de Previsión Social de la Abogacía de la imposibilidad de efectuar las transferencias recíprocas de derechos en base a que el RD 2072/1999 se refiere únicamente a los regímenes públicos nacionales y la citada Mutualidad tiene el carácter de aseguradora privada. Idéntico argumento aplica respecto al Sr. Carlos respecto a la transferencia solicitada el 22 de noviembre de 2000 a la Hermandad Nacional de Arquitectos superiores de la que no obtuvo respuesta. Piden se reconozca el derecho a ser indemnizados por todos los daños causados, al no haber adoptado el Estado Español las normas necesarias para hacer efectivo el ejercicio del derecho a la transferencia que el artículo 11.2 del Anexo V del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas reconoce por dos conceptos:

a) Por no haber podido ejercer el derecho a la transferencia del equivalente actuarial de sus derechos pasivos adquiridos en sus respectivas Mutualidades Profesionales por su actividad privada desarrollada antes de su ingreso en las Comunidades Europeas.

b) Por haber ingresado indebidamente cuota ante la falta del desarrollo normativo del derecho a la transferencia, con posterioridad a la fecha de su Ingreso en las Comunidades Europeas, más los correspondientes intereses de demora de dichas cantidades, hasta la efectividad de esta indemnización. Solicitan se ordene a la Administración Española que adopte las medidas necesarias para que ingresen en el Régimen de Pensiones de las Comunidades Europeas, en concepto de indemnización por equivalente actuarial, las siguientes cantidades: D. Felicísimo: 63.267,04 Euros, D. Arsenio: 136.709,25 Euros, D. Carlos: 261.334,29 Euros. Peticionan que se indemnice directamente por las cuotas indebidamente ingresadas en sus correspondientes Mutualidades profesionales, más sus intereses de demora, por haberse realizado dichos ingresos por falta de regulación del Estado Español de su derecho de transferencia, en las siguientes cantidades: D. Felicísimo: 2.011,01 Euros, D. Arsenio: 30.118,08 Euros D. Carlos 36.813,66 Euros. Añaden una indemnización a cada uno de los recurrentes en el importe de 3.000 Euros cada uno, en concepto de daños morales y 3.000 Euros adicionales para cada uno por cada anualidad que transcurra, desde la fecha de la petición, sin que hayan obtenido satisfacción de los derechos aquí reclamados. Concluyen peticionando que



se indemnice a D. Arsenio y D. Carlos por los intereses (al tipo del interés legal del dinero), que resulten de la diferencia entre la pensión que están cobrando del Régimen de Previsión Social de las Comunidades Europeas y la que habría cobrado de haberse hecho efectiva la transferencia de sus respectivos derechos pasivos de la Mutualidad General de la Abogacía, por todo el tiempo que transcurra desde la fecha de su jubilación o declaración de invalidez hasta la regularización de sus pensiones.



SEGUNDO.- Los recurrentes relatan que antes de su ingreso como funcionarios de las Comunidades Europeas estuvieron adscritos a las Mutualidades de Previsión Social de sus respectivas profesiones, Mutualidad General de la Abogacía, los Sres. Felicísimo y Arsenio, y Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores, el Sr. Carlos. Tras exponer lo que denominan derechos pasivos en las citadas Mutualidades alegan que El Reino de España ha incumplido de forma notoria el Derecho Comunitario pues

no ha adoptado ninguna medida ni ha realizado ninguna actuación dirigida a hacer efectivo el derecho de a la transferencia de los derechos pasivos de los recurrentes al Régimen de Pensiones de las Comunidades Europeas, pese a que fue instado a ello por varios funcionarios comunitarios y pese a que recibió indicaciones en este sentido por la Comisión. Aducen que como consecuencia de esta inactividad, el Reino de España fue condenado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJ de 17 de junio de 1997, Asunto C-52/96), por no haber adoptado las medidas nacionales necesarias para garantizar a los funcionarios de las Instituciones la posibilidad de efectuar la transferencia de sus pasivos al Régimen de Pensiones de las Comunidades Europeas.

Esgrimen que, el Gobierno de la Nación aprobó el Real Decreto 2072/1999, de 30 de diciembre, sobre transferencias recíprocas de derechos entre el sistema de previsión social, del personal de las comunidades Europeas y los regímenes públicos de previsión social (en adelante "Real Decreto 2012/ 1999"). Subraya que la citada norma regula la transferencia de los derechos pasivos de los funcionarios comunitarios que, en España, hubieran estado adscritos a los regímenes de previsión de la Seguridad Social y de Clases Pasivas del Estado, sin efectuar mención expresa a las Mutualidades Profesionales. Indican que contra el citado Real Decreto se interpuso un recurso directo ante el Tribunal Supremo, en el que se invocaba, entre otras cuestiones, la ilegalidad por omisión al no incluir en su ámbito subjetivo a los titulares de derechos pasivos adquiridos en sistemas de previsión social privados, ya fueran de adscripción voluntaria u obligatoria. El citado recurso fue desestimado por Sentencia de 5 de diciembre de 2002. Recalcan que, en relación con la referida omisión, el Fundamento de Derecho Tercero argumenta la desestimación, no en la negativa del derecho de transferencia de los mutualistas, sino en la potestad del Gobierno de regularlo en una norma diferente y separada. A su entender, el Tribunal Supremo reconoce de forma patente que el Real Decreto 2072/1999 no recoge en su ámbito aplicación a los funcionarios integrados en sistemas privados de previsión, lo cual en modo alguno implica la inexistencia del derecho a la transferencia de éstos, sino la potestad del Gobierno de regular separadamente estos dos supuestos. A continuación explican que, ante su insistencia las correspondientes Instituciones de las Comunidades les entregaron algunas de las respuestas oficiosas de la Mutualidad General de la Abogacía, que habían recibido a título particular. Señalan consta en los folios 82 a 92

del Tomo 1 del expediente administrativo, que la Comisión comunicó de forma oficiosa a D. Felicísimo y D. Arsenio la respuesta de la Mutualidad General de la Abogacía a sus solicitudes, las cuales se fundamentan en la ausencia de regulación de la solicitud en el Real Decreto 2072/1999. Por su parte, la Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores, Mutualidad de Previsión Social, no ha emitido ninguna respuesta al órgano de las Comunidades Europeas encargado de tramitar a solicitud de D. Carlos, pese a que el Comisión Europea ha solicitado en varias ocasiones respuestas de la Hermandad (folios 96 y 97 del Tomo 1 del expediente administrativo). De igual modo, la referida Mutualidad tampoco ha remitido al solicitante respuesta alguna. Combaten la prescripción reseñada en el acto impugnado por no reputar aplicable el plazo previsto en la LRAJPAC.

A este respecto, aducen que la construcción jurisprudencial de la responsabilidad del Estado infractor del Derecho comunitario toma como base el paradigma de la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias del artículo 228 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, lo cual implica que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción interna de indemnización por conculcación del Derecho Comunitario debe comprender un plazo como mínimo de cinco años, plazo previsto en el artículo 46 del Estatuto del Tribunal de la Comunidad para el supuesto de vulneración del Derecho comunitario por parte de las Instituciones comunitarias. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia Brasserie du Pecher del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la cual de forma clara y patente establece que los requisitos nacionales para exigir la responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario no pueden diferir de los previstos para el supuesto de incumplimiento por parte de las Instituciones comunitarias, ni imponer condiciones menos favorables que las condiciones de las reclamaciones semejantes de naturaleza comunitaria. Añaden subsidiariamente, para el supuesto hipotético de que se considerase que el plazo aplicable fuese el previsto en la Ley 30/1992, el plazo anual en ningún caso ha transcurrido, por cuanto no han recibido respuesta oficial por ningún órgano de la Administración Española ni por las Mutualidades de Previsión Social ante las que fueron tramitadas dichas solicitudes. A su entender, el Consejo de Ministros equivocadamente sostiene que ha prescrito el plazo para reclamar, por cuanto entiende que comenzaría a contar para D. Felicísimo y D. Arsenio -desde el momento en que las Instituciones comunitarias les informa de forma

inoficiosa la intención de la Mutualidad General de la Abogacía de desestimar sus solicitudes-. No reputa, dicha comunicación informal de la intención de desestimación, una notificación de un acto completo, con todas las garantías procesales que ello conlleve, que implique el comienzo del plazo de prescripción aplicable, por cuanto no contiene los elementos exigidos por la Ley 30/1992, entre otros, la expresión de los recursos que procedan y el órgano ante el que hubieran de presentarse, la indicación de si el acto es definitivo o no en vía administrativa, etc. Por su parte, D. Carlos no ha sido informado ni oficial ni extraoficialmente sobre la desestimación de su solicitud. Sin embargo el Consejo de Ministros sostiene, igualmente, que ha prescrito la acción para reclamar la indemnización. Razonan prolijamente sobre que los daños han de reputarse continuados. Exponen luego que concurren los presupuestos que determinan la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del derecho comunitario.

TERCERO.- El Abogado del Estado reputa erróneo el punto de partida pues el RD 2615/1985, de 4 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Entidades de Previsión Social, somete -artículos 4.2 y 26.1- las relaciones jurídicas entre la Entidad y sus socios, derivada de la condición de éste como tomador del seguro o como asegurado a las normas del contrato de seguro, contenidas en la Ley de Contrato de Seguro, 50/1980, de 8 de octubre. La Ley de Contrato de Seguro prevé la obligatoriedad de rescate en los seguros de vida -aquellos en que el riesgo depende de la existencia de una persona, cuales son todos los de muerte y supervivencia y jubilación en sus artículos 94 y 96, según el artículo 83-. Rescate que sería procedente siempre que actuarialmente se tuviera derecho a él.

El que fuera un requisito necesario durante un tiempo -luego era alternativo, o bien Mutualidad o bien seguridad social del régimen especial de autónomos- la incorporación a una Mutualidad para el ejercicio de una profesión, no desvirtúa a ese seguro de su carácter privado. Defiende que no había que dictar ninguna disposición, ya que la legislación española ya preveía la posibilidad de rescate en este tipo de seguros. Pero para ejercitarla habrían de dirigirse los tomadores del seguro y asegurados a la Mutualidad correspondiente, reclamando el importe del rescate y, en caso de negativa, acudir a la jurisdicción ordinaria en reclamación de sus derechos. Todo ello sin requerir modificación legislativa alguna. Y, por otra parte, para transferir el total de las cantidades de rescate, sería imprescindible que tuviera derecho de rescate de

sus seguros. Siendo ésta una cuestión que sólo interesa a la Mutualidad y su asegurado. Si no existiera derecho de rescate, no tiene nada que ver con la actividad legislativa del Estado, porque se trata de una relación entre particulares. Recalca que aquí los actores ni han reclamado personalmente nunca a las Mutualidades respectivas el rescate de sus seguros, ni han acudido –por consiguiente– en defensa de su derecho ante los Tribunales.

El que las Mutualidades respondieran negativamente a la petición que hizo la Comisión Europea no significa que no tuvieran derecho de rescate. Además y como señala el acuerdo recurrido, ha prescrito el derecho de los actores a reclamar ante el Estado español, y sin necesidad de acudir como "dies a quo" a fechas tan generosas como hace el acto objeto de recurso. Desde el mismo momento de su incorporación como funcionarios de la Comunidad Europea pudieron reclamar el rescate de sus seguros. Habiendo prescrito su derecho a reclamar el importe del rescate correspondiente a ese tiempo (sin perjuicio del que procediera en un momento posterior) por el transcurso del plazo de cinco años prevenido en el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro. Luego el plazo de comienzo de una posible responsabilidad frente al Estado hubiera comenzado, como muy tarde, en 1994 –fecha tope de reclamación frente a la Mutualidad respectiva, al haber ingresado al servicio de la Comunidad Europea en 1988 y 1989–. Y la primera reclamación de responsabilidad fue deducida en 2003. En último lugar objeto el importe de los supuestos daños causados no es correcto, pues no se descuenta el importe de las pensiones causadas en el régimen de aseguramiento en las correspondientes Mutualidades y, lógicamente, su cuantificación en capital actual, siguiendo los mismos parámetros actuariales. Aduce que para la obtención de tales derechos a cargo de las Mutualidades fue necesario no rescatar las pólizas y seguir abonando las primas cuya devolución se reclama, sin embargo, como parte de la indemnización. Tampoco existe daño, o no está acreditado, ya que han existido prestaciones derivadas de otro régimen de aseguramiento. Sin que exista un estudio comparativo que permitiera apreciar la posible diferencia entre unos regímenes de aseguramiento y otros.

CUARTO.- Como antecedente hemos de tener en cuenta la Sentencia de esta Sala de 20 de mayo de 2005, recurso contencioso administrativo 221/2003 que declaró inadmisibles el recurso contencioso administrativo interpuesto por los aquí recurrentes más un cuarto accio-

nante contra un acto desestimatorio presunto del Consejo de Ministros en razón de la existencia de un acto expreso dictado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, recurrido ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, posteriormente, mediante Sentencia de 13 de diciembre de 2007, recurso 3327/2003 anuló la Resolución del Ministerio de Trabajo acordando la retroacción de actuaciones para que por el citado ministro se remitiese la reclamación al Consejo de Ministros. Consta en el FJ segundo de la antedicha sentencia que los recurrentes presentaron ante sus respectivas Instituciones la oportuna solicitud de transferencia de derechos de pensión en las fechas siguientes: D. Felicísimo, el 26 de mayo de 2.000, D. Arsenio el 26 de mayo de 2.000, y D. Carlos, el 22 de Mayo de 2.000. Las peticiones se presentaron amparándose en las Informaciones Administrativas Interinstitucionales de fecha 2 de Mayo de 2.000 que fueron publicadas inmediatamente después de la entrada en vigor del Real Decreto 2072/1999, para regular la presentación de solicitudes expresamente reguladas en el mismo. Añaden que ninguno de los actores recibió respuesta oficial de Administración española alguna ante dichas solicitudes, que fueron tramitadas por las correspondientes Instituciones de las Comunidades Europeas. Únicamente en lo que respecta a la Mutualidad General de la Abogacía, esta respondió con respecto a la solicitud formulada por los Sres. Felicísimo, Arsenio en sentido negativo, alegando que la petición deducida ante dicha entidad, no había sido objeto de regulación en el Real Decreto 2072/99. Por su parte, la Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores, Mutualidad de Previsión Social, no emitió ninguna respuesta al órgano de las Comunidades Europeas encargado de tramitar la solicitud de D. Carlos.

QUINTO.- Asimismo con carácter previo al examen de los argumentos de la demanda y de la oposición de la administración resulta oportuno dejar constancia de dos pronunciamientos relevantes de este Tribunal respecto al fondo de la materia objeto de debate. En primer lugar la Sentencia de 6 de mayo de 2003, Sección Séptima, recurso contencioso administrativo 427/2000 presentado contra el RD 2072/1999, de 30 de diciembre, sobre transferencias recíprocas de derechos entre el sistema de previsión social del personal de las comunidades Europeas y los regímenes públicos de previsión social. Se dijo en el FJ Tercero. **TERCERO.-** A juicio de la Asociación recurrente existe una omisión generadora de infracción y en relación al ámbito subjetivo, supone una grave restricción en relación a lo que el Estado español está obligado,

en virtud del Derecho Comunitario, pues quedan fuera los regímenes privados de previsión social de adscripción obligatoria, los regímenes privados de empleados derivados de convenios colectivos por razón de actividades laborales, otros regímenes de previsión social de adscripción obligatoria o voluntaria, o incluso regímenes públicos de previsión social distintos de los de las Clases Pasivas o Seguridad Social, General y Especiales y se subraya que de los regímenes que regula el R.D. 2072/99, excluye injustificadamente del derecho de transferencia, supuestos concretos que están recogidos de forma expresa en el artículo 11.2 del anexo VIII del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas: el supuesto de las situaciones de excedencia y de servicios especiales. Frente a este criterio la Sala estima que el Real Decreto 2072/99 regula las transferencias recíprocas de derechos entre el sistema de previsión social del personal de las Comunidades Europeas "y los regímenes públicos de previsión social españoles" y como ha señalado la sentencia del Tribunal Constitucional nº 208/1988, "del artículo 41 de la Constitución Española deriva una necesaria separación entre el régimen público de la Seguridad Social y las prestaciones complementarias libres basadas en una lógica contractual privada".

En el caso examinado, procede destacar, en este punto, que las mutualidades, sean o no obligatorias, no gestionan ni representan regímenes públicos de previsión, pues las mutualidades contempladas en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, las mutualidades sustitutorias a que alude la disposición transitoria quinta de la misma ley y las que resultan obligatorias por acuerdo colegial o convenio colectivo son entidades aseguradoras de naturaleza privada que gestionan regímenes de previsión de la misma índole, cuyas relaciones con sus mutualistas, tomadores o aseguradores se rigen por normas contractuales de naturaleza mercantil, por lo que procede rechazar las alegaciones formulada por la parte recurrente. De forma que los regímenes de previsión privados no están incluidos en el Estatuto del personal de las Comunidades Europeas, lo que nada impide a los funcionarios comunitarios que tengan suscrito un seguro con mutualidades de previsión social, hacer valer ante las respectivas mutualidades, y en su caso acudiendo a la jurisdicción competente, los derechos que se deriven de sus relaciones contractuales, solicitando la transferencia de los derechos de rescate que pudiera corresponderles según disposición estatutaria, sin que sea posible que el Real De-

creto 2072/1999, al regular transferencias respecto de los regímenes públicos de previsión, incida en el régimen contractual de mutualistas y asociados, imponiendo un régimen de transferencias a entidades de naturaleza privada que solamente a dichas entidades y sus asociados corresponde establecer si fuera aplicable el Estatuto comunitario y lo mismo sucede respecto de planes y fondos de pensiones.

SEXTO.- También es significativa la Sentencia de 14 de octubre de 2004, Sección Tercera, recurso de casación 4967/1996 que declaró haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de 5 de marzo de 1996 dictada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso nº 1511/1994. La susodicha sentencia del TSJ Madrid había anulado el pronunciamiento primero de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 22 de diciembre de 1993, confirmada por Resolución del Ministro de Economía y Hacienda de 28 de enero de 1994.

Tras ello desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Hermandad Nacional de Previsión Social de Arquitectos Superiores contra la Resolución de la Dirección General de Seguros de 22 de diciembre de 1993, frente a la que dedujo recurso ordinario con fecha 28 de enero de 1994, siendo confirmada por el Subsecretario de Economía y Hacienda mediante Resolución dictada con facultades delegadas del Ministro de Economía y Hacienda con fecha 30 de junio de 1994, actos administrativos que fueron declarados conformes con el ordenamiento jurídico. Y en fecha 22 de diciembre de 1993 la Dirección General de Seguros había acordado: "1º.- Entender estimada la reclamación en el sentido expresado en el fundamento de derecho número 2 (en el que se transcriben los artículos 1 y 2 del Reglamento nº 571/92 del Consejo de las Comunidades Europeas de 2 de marzo de 1992 y se afirma lo siguiente: "Por lo tanto, además de los supuestos de baja comprendidos en los Estatutos hay que tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento antes mencionado, que es vigente en España desde su publicación, y la Entidad habrá de atender la pretensión del reclamante por considerarse ésta ajustada a Derecho". 2º.- Requerir a la entidad para que de cuenta a este Centro Directivo, en el plazo de un mes, de la decisión adoptada por la misma a la vista de la presente resolución; y ello a los efectos del ejercicio de potestades de vigilancia y control (incluso, en su caso, de sanción administrativa) que competen a este

Departamento Ministerial. 3º.- Poner de manifiesto, tanto al reclamante como a la Entidad, el derecho que les asiste de acudir a los Tribunales de Justicia para resolver las diferencias que puedan plantearse entre ellos sobre interpretación y cumplimiento de los contratos, conforme al art. 34.1 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado. Al anterior pronunciamiento llega tras haber dicho en el FJ tercero. El Abogado del Estado, al amparo del art. 95.1.4 de la L.J., interpone recurso de casación contra la referida sentencia, invocando, en un único motivo, la infracción de los arts. 1 apartado 2 y 2 del Reglamento Europeo nº 571/1992. Ha lugar al recurso. Los preceptos que la sentencia confronta no son susceptibles de la interpretación armónica que la resolución lleva a cabo. Entre unos y otros hay una contradicción insalvable. En tanto que los arts. de los Estatutos subordinan el nacimiento de los derechos de rescate a la formalización de la solicitud de baja, el Reglamento Europeo dispone, con carácter incondicional, que el funcionario que entre al servicio de las Comunidades tras haber ejercido una actividad por cuenta propia o ajena, tiene la facultad, en el mismo momento de su nombramiento definitivo, de hacer transferir a dichas Comunidades las cantidades que la norma establece, precisando, en relación con aquellos funcionarios cuyo nombramiento definitivo se haya producido después de la entrada en vigor del Reglamento, como aquí acontece, que la solicitud de transferencia deberá presentarse en el plazo de doce meses a partir de la vigencia de dicho Reglamento. Se trata del ejercicio de una facultad no subordinado a la presentación de una baja formal en la Entidad a la que se hubiera pertenecido cuando se realizaban las actividades (anteriores al nombramiento definitivo como funcionario al servicio de las Comunidades) durante las que se han generado los derechos que han de transferirse. Es decir, la procedencia de la transferencia deriva del hecho del nombramiento definitivo y de la solicitud de hacer la transferencia. No hay ningún otro condicionamiento. Así interpretados los preceptos confrontados, resulta evidente su radical incompatibilidad por contradicción insalvable. En tal supuesto, debemos declarar la prevalencia de las normas contenidas en el Reglamento Europeo. Para satisfacer las exigencias del principio de primacía del Derecho Comunitario sobre el interno, (sentencias del Tribunal de Justicia Comunitario Van Gend en Loos de 1963, Simmenthal de 1978, y Comisión contra Países Bajos de 20 de marzo de 1986) se ha reconocido la competencia de los jueces ordinarios para decidir la inaplicación de las normas internas, cualquiera que sea su rango, contrarias

a cualquier tipo de disposición comunitaria europea. La doctrina del Tribunal Constitucional español es conforme con la jurisprudencia comunitaria (entre otras, SSTC 28/1991, de 14 de febrero, y 264/1991, de 22 de marzo), habiendo encontrado el fundamento de tal primacía tanto en el art. 93 de la C.E., como en la Doctrina del Tribunal de Justicia Comunitario recogida, entre otras, en la sentencia Simmenthal. El Tribunal Supremo (SSTS de 3 de noviembre de 1997, 15 de marzo de 1999 y 26 de enero de 2000, entre otras) ha declarado que, en los casos en que el juez ordinario se encuentre con normas de valor reglamentario contrarias al Derecho Comunitario, no sólo puede inaplicarlas, sino también anularlas.

Más recientemente, por su oposición al Derecho Comunitario hemos declarado la nulidad de determinados preceptos contenidos en reglamentos estatales. Así, en las SSTS de 16 de octubre de 2001, 10 de diciembre de 2002, 4 de diciembre de 2003, 29 de marzo de 2004 y 8 de junio de 2004. Pues bien, en un supuesto como éste, en el que no ofrece dudas la incompatibilidad de las normas contenidas en los Estatutos de la Hermandad con el Reglamento Comunitario, lo que procede es resolver la cuestión controvertida dando prioridad a la norma comunitaria y decidir en términos que garanticen la efectividad de lo establecido en el derecho europeo. Así lo vino a entender la Administración en el pronunciamiento de los actos administrativos que el Tribunal "a quo" indebidamente ha anulado. Por ello, ha lugar al recurso de casación. Y resolviendo lo que corresponde dentro de los términos en que fue planteado el debate en la instancia, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Hermandad contra la resolución de la Dirección General de Seguros de 22 de diciembre de 1993 y contra la resolución del Ministro de Economía y Hacienda de 30 de junio de 1994 que la confirmó, actos administrativos que declaramos conformes con el ordenamiento jurídico.

SÉPTIMO.- Existe, pues, criterio de esta Sala acerca de la efectividad del derecho comunitario y el plazo para ejercitar la solicitud de transferencia, conforme al art. 1. 2.) del Reglamento 571/1992, del Consejo de 2 de marzo de 1992 por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de las comunidades Europeas. También lo hay respecto a que las Mutualidades de Previsión Social a que se refiere el recurso (Hermandad Nacional de Arquitectos y, por analogía, Mutualidad General de la Abogacía) constituyen aseguradoras de carácter privado a tenor de lo establecido en la Ley 30/1995, de 8 de noviem-

bre, concretamente en su art. 64.1. Las Administraciones Públicas (en su caso Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en el ámbito nacional o el órgano correspondiente en las mutualidades territoriales autonómicas) se limitan a ejercer las funciones de control y supervisión de la labor aseguradora. Queda claro de la primera de las Sentencias más arriba mencionadas, la de 6 de mayo de 2003, el carácter privado de las aseguradoras bajo la forma de mutualidades contempladas en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. También que las relaciones con sus mutualistas se rigen por normas contractuales de naturaleza mercantil por lo que los derechos que consideren tengan que hacer valer se ejercitan acudiendo ante la jurisdicción competente. Y, por ende, el Estado no debía dictar norma alguna para dar eficacia a la transferencia aquí petitionada en razón de que las Mutualidades de Previsión Social como las aquí concernidas (Hermandad Nacional de Arquitectos y Mutualidad General de la Abogacía) constituyen una modalidad de entidades aseguradoras de carácter privado a tenor de lo establecido en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

Otro tanto acontece con la Sentencia, de 14 de octubre de 2004, que hace hincapié en las facultades de vigilancia, control e incluso de sanción administrativa respecto a las decisiones adoptadas por las antedichas mutualidades. Asimismo la confirmación del acto administrativo de origen sobre que puede acudirse a los tribunales para resolver las diferencias que puedan plantearse entre mutualista y mutualidad sobre la interpretación del contrato, conforme la Ley de Ordenación del Seguro Privado. E insiste en la directa aplicación del Reglamento del Consejo 571/1992, de 2 de marzo, lo que conlleva la confirmación de la resolución administrativa que declaraba que la Hermandad Nacional de Previsión Social de Arquitectos Superiores había de atender la pretensión del allí reclamante. Nada expresan las sentencias acerca de cuál es la jurisdicción competente pero el carácter mercantil de la contratación comporta lo sea la jurisdicción civil, sin género de dudas, art. 9.2. LOPJ.

OCTAVO.- A la vista de lo expuesto queda claro que los aquí demandantes no agotaron el ejercicio de sus derechos ya que se limitaron a pedir a las Mutualidades la transferencia, procediendo luego ante su silencio, en el caso de la Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores o negativa en el supuesto de la Mutualidad General de la Abogacía, a interesar la responsabilidad

patrimonial de la Administración. Sin embargo no acudieron a la jurisdicción ordinaria, es decir la civil, o a la Dirección General de Seguros para que hiciera el oportuno requerimiento que, caso de incumplirse, podría dar lugar a sanción. Hay, pues, actos susceptibles de control por la Administración que no han ejercitado las partes.

NOVENO.- Sentado todo lo anterior debemos resolver si la acción está o no prescrita. Lo primero es descartar la pretendida aplicación del art. 46 del Estatuto del Tribunal de la Comunidad respecto al plazo prescriptivo de 5 años para el supuesto de vulneración del derecho comunitario por parte de las instituciones comunitarias que pretende engarzarse con el art. 228 del Tratado constitutivo, actual art. 260 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Obviamente el Reino de España no integra ninguna de las Instituciones comunitarias reflejadas en el Tratado ni el antiguo art. 228 estatuye el plazo prescriptivo pretendido ya que se limita a regular la posible multa a un Estado miembro por incumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados. Ya hemos reflejado en párrafos precedentes que existen en España mecanismos para el reconocimiento de la transferencia pretendida por lo que no cabe hablar de incumplimiento de derecho comunitario, cuestión distinta es que los reclamantes no hubieren utilizado la vía adecuada. Las consecuencias de la notificación no oficiosa practicada por la Mutualidad General de la Abogacía o la ausencia de notificación realizada por la Hermandad de Arquitectos no pueden ser imputadas a la Administración General del Estado en razón de que las mismas no se integran en la Administración por lo que ante su silencio incumbía a los reclamantes reaccionar frente a las mismas. No debe olvidarse que el Tribunal Constitucional ha insistido en que la negligencia, error técnico o impericia de la parte perjudicada no goza de amparo constitucional (STC 104/2001, de 23 de abril, con cita de otras muchas).

En consecuencia el ejercicio de una acción de responsabilidad amparada en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, 30/1992, de 26 de noviembre, de atender al párrafo quinto del art. 142 que señala que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho. En tal sentido informó no sólo el Consejo de Estado sino también fue declarado por la propuesta del

Ministerio de Trabajo e Inmigración elevada al Consejo de Ministros. Todo ello en razón de que



las solicitudes de transferencia a las Mutualidades fueron presentadas en el año 2000, tal cual refleja el FJ cuarto, mientras la primera reclamación de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial del Estado tuvo entrada ante el Ministerio de la Presidencia en fecha 9 de enero de 2003 mediante escrito dirigido al Consejo de Ministros solicitando ser indemnizados por los daños causados por el incumplimiento de los arts. 11.2 del Anexo VII del Estatuto de los Funcionarios de la Comunidad Europea al no haberse establecido los cauces para el ejercicio de sus derecho a la transferencia al Régimen de Pensiones de las comunidades Europeas de los Derechos pasivos adquiridos en sus respectivas mutualidades profesionales.

DÉCIMO.- Sostienen los recurrentes que los daños son continuados por lo que debemos recordar que en la Sentencia de 5 de abril de 2010,

recurso de casación para la unificación de doctrina 96/2009, se reitera lo dicho en la Sentencia de 30 de marzo de 2010, recurso de casación para la unificación de doctrina 103/2008, ambas de la Sección 4ª, en el sentido de que el "dies a quo" para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozca definitivamente los efectos del quebranto" (FJ5º), es decir en términos de la STS de 27 de abril de 2010, recurso de casación 5477/2005, Sección Sexta, "cuando se conocen los efectos lesivos en el patrimonio del reclamante, momento en el que existe ya la posibilidad de valorar su alcance y extensión" (FJ 2º). En la precitada Sentencia de 27 de abril de 2010 se recuerda la jurisprudencia que declara que "la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsa-

ble, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello". Parece indiscutible que la doctrina sobre la cuestión se encuentra plenamente consolidada desde hace tiempo. Hallamos un recordatorio en el FJ 12 de la Sentencia de 9 de diciembre de 2010, recurso casación 1824/2009, Sección 4ª, donde se reproduce lo vertido en la Sentencia de 15 de setiembre de 2008, recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina 238/2007 donde se hace mención, FJ 4º, a otras sentencias anteriores que, "defienden que la fecha inicial para contar el plazo de prescripción del artículo 142, apartado 5, de la Ley 30/1992, tratándose de daños físicos o psíquicos en las personas, es la de la curación o aquella en la que se conoce el alcance de las secuelas, esto es, cuando se estabilizan los efectos lesivos y se conoce definitivamente el quebranto de la salud. Esta merma puede ser permanente, producirse en un momento determinado y quedar inalterada, o continuada, manifestándose día a día. En el primer caso, el periodo de prescripción se inicia cuando se producen, pues en ese instante cabe evaluar los daños, mientras que en el segundo, como no pueden medirse ab initio las consecuencias para la salud, hay que esperar a conocer su entidad o, como dice el repetido precepto legal, el «alcance de las secuelas". De la doctrina precedente cita la Sentencia de 11 de mayo de 2004, en que se pone de relieve que: por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismo se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Ejemplo de un daño de este tipo, cuyo resultado lesivo queda determinado por la producción del hecho o acto causante, sería el de la pérdida de un brazo, o de una pierna. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción, y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo. Daños continuados, en cambio, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos. En la antes mencionada Sentencia de 9 de diciembre de 2010 se incorpora una nueva situación a la retahíla de ejemplos de la sentencia anterior limitada al ámbito sanitario donde mayo-

ritariamente se han producido discusiones. Se refiere a retribuciones dejadas de percibir por un Magistrado que había sido separado del servicio tras sanción impuesta por el CGPJ posteriormente reducida a un año de suspensión tras estimación parcial del recurso contencioso administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. "Los daños esgrimidos por el recurrente (abono de emolumentos dejados de percibir durante el tiempo que estuvo privado de la condición de Magistrado) han de calificarse como permanentes por lo que el plazo para ejercitar la pretensión nació desde el momento de notificación de la sentencia de 11 de diciembre de 1998, tal cual declara la Sala de instancia. Criterio asumido también por la Sala de lo Civil al interpretar los mencionados preceptos del Código Civil como se evidencia de la sentencia de 14 de julio de 2010, que tomo también en cuenta como referencia la fecha de notificación de una sentencia que era la base para ejercitar una acción de indemnización". Con arreglo a lo vertido no cabe aceptar que los daños fueren continuados como pretenden los reclamantes ya que quedaron fijados en el momento en que las Mutualidades no atendieron a la pretensión lo que comporta su calificación como permanentes.

UNDECIMO.- No hay méritos para un imposición de costas, a tenor art. 139 LJCA.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Se desestima el recurso contencioso administrativo 239/2011 interpuesto por la representación procesal de D. Felicísimo, D. Arsenio y D. Carlos, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de febrero de 2011 que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial del estado peticionada por aquellos en relación con los perjuicios sufridos a consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en el art. 11.2 del Anexo VIII del Estatuto de las Comunidades Europeas, adoptado por el Reglamento (CEE, EURATOM, CECA) nº 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968. En cuanto a las costas estése al último fundamento de derecho. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí la Secretaria, certifico.

En la presente sentencia se formula reclamación por responsabilidad patrimonial frente al Estado Español, al no haber adoptado éste las normas necesarias para hacer efectivo el ejercicio del derecho a la transferencia que el artículo 11.2 del Anexo V del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas recoge.

Se trata de determinar si la acción ejercitada está o no prescrita, puesto que la misma fue iniciada fuera del año previsto en el artículo 142, apartado 5, de la Ley 30/1992

En este sentido se trata de determinar si la acción ejercitada está o no prescrita, puesto que la misma fue iniciada fuera del año previsto en el artículo 142, apartado 5, de la Ley 30/1992, alegando los recurrentes que los daños sufridos tienen el carácter de continuados, pretendiendo con ello justificar la dilación en la interposición de su Recurso Contencioso-Administrativo.

La Sala comienza su argumentación analizando la naturaleza de las disposiciones comunitarias que aluden los recurrentes y establece que no es de aplicación el artículo 46 del Estatuto del Tribunal de la Comunidad respecto al plazo de prescripción que establece de cinco años para el supuesto de vulneración del derecho comunitario por parte de las instituciones comunitarias, pues el Estado Español no ostenta la condición de "institución comunitaria" para que pueda serle de aplicación dicho artículo.

Tras el rechazo de la aplicación del plazo de prescripción de cinco años antes aludido, argumenta la falta de responsabilidad del Estado ante el incumplimiento por parte de las entidades aseguradoras, a quienes los actores solicitaron sus prestaciones, de responder ante los mismos en contestación a las reclamaciones presentadas. Con ello la Sala determina que el derecho ejercitado ahora frente al Estado Español debe encauzarse vía reclamación por responsabilidad patrimonial, al cual necesariamente debe serle aplicado el plazo de prescripción de un año establecido en el ya citado artículo 142 de la Ley 30/1992.

Siguiendo esta línea de argumentación y en respuesta al planteamiento realizado por las partes al querer defender la existencia de unos daños continuados, la Sala analiza detalladamente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de determinación del día a quo para el cómputo del plazo de prescripción para reclamaciones por daños y perjuicios. Cita Sentencias como la de 27 de Abril de 2010, 5 de Abril de 2010 o 15 de Septiembre de 2008, y con ellas determina las diferencias esenciales entre los llamados daños permanentes, que son aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun

Siguiendo esta línea de argumentación y en respuesta al planteamiento realizado por las partes al querer defender la existencia de unos daños continuados, la Sala analiza detalladamente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de determinación del día a quo para el cómputo del plazo de prescripción para reclamaciones por daños y perjuicios

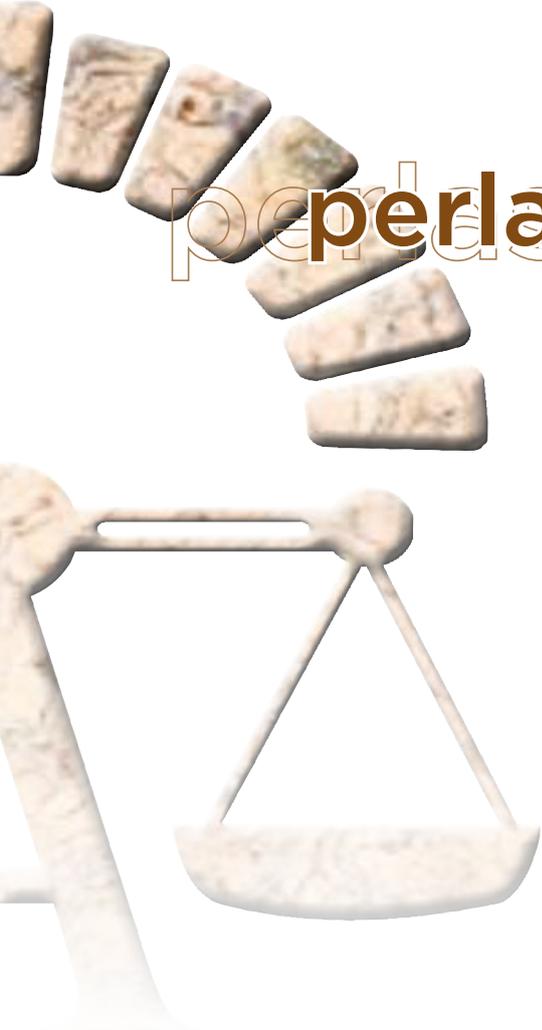
COMENTARIO



cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo y los llamados daños continuados, que son los que se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, por lo que se hace necesario dejar pasar un determinado periodo de tiempo para poder conocer su verdadero alcance; por este motivo en este segundo tipo de daños el plazo para reclamar no comienza hasta el día en que cesan los efectos lesivos del hecho cometido.

Con todo ello en el supuesto en cuestión, y entendemos que de manera acertada, la Sala niega la calificación de daños continuados tal y como se pretende por los recurrentes, pues los mismos conocieron el alcance de tales daños desde el momento en que las entidades aseguradoras no atendieron su reclamación y al no haber accionado de ningún otro modo contra las mismas era entonces cuando comenzaba ya el cómputo del plazo para ejercitar su acción por responsabilidad patrimonial del Estado. Por tanto los daños eran permanentes, declarándose en consecuencia la prescripción de la acción.

La Sala niega la calificación de daños continuados tal y como se pretende por los recurrentes, pues los mismos conocieron el alcance de tales daños desde el momento en que las entidades aseguradoras no atendieron su reclamación y al no haber accionado de ningún otro modo contra las mismas, era entonces cuando comenzaba ya el cómputo del plazo para ejercitar su acción por responsabilidad patrimonial del Estado



perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes

Resulta sin duda de gran provecho –en esta y en más cuestiones– la sentencia nº 760/12 de 26 de marzo del Tribunal Supremo sobre los perjudicados extra tabulares y la atribución por vía analógica de la condición de perjudicado sobre la base de la convivencia, pero la excelente sentencia nº 313/12, de 11 de mayo, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada, en ponencia del Ilustrísimo Sr. Sáenz Soubrier, no se nutre de ella –ni de la del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2002–, sino que decide la legitimación como perjudicada de una Institución Religiosa respecto del fallecimiento en accidente de tráfico de quien había mantenido acogida durante treinta años, pese a no hallarse contemplado el supuesto en la Tabla I del “Baremo”, ni existir lazo de sangre, y ser persona jurídica –uno de esos casos que te producen una legítima satisfacción promover, y que prospere–; veamos las razones:

“PRIMERO.- La “INSTITUCIÓN BENÉFICA DEL SAGRADO CORAZÓN DE JESÚS” es un Instituto de Vida Consagrada canónicamente erigido con carácter de derecho diocesano por Decreto del Obispado de Bilbao..., con el fin de proteger y asilar a los niños, enfermos y ancianos pobres, con carácter absolutamente gratuito, sin distinción de nacionalidad o provincia de nacimiento y sin otra preferencia que la mayor necesidad de los beneficiarios, y ratificada por el Obispado de Bilbao,... Dicho lo anterior, es por completo irrelevante a los efectos de este proceso penal que las personas acogidas en alguna de las casas de la Institución contribuyan al

sostenimiento de la misma con los medios económicos de los que puedan disponer particularmente.

Dª Pilar P. M., fallecida en el accidente de tráfico, se mantuvo acogida durante treinta años en la Casa sita en Almería de la expresada Institución, donde vino también siendo asistida en su ancianidad y hasta el momento de su muerte. Forma parte de nuestro común conocimiento de la realidad social que el vínculo que se establece entre las personas integradas en el ámbito de una determinada comunidad religiosa, es de naturaleza esencialmente fraternal. Los miembros de la

comunidad se interrelacionan como hermanos –incluso así se denominan entre ellos– en el seno de una convivencia de afecto y servicio que con frecuencia resulta ser mucho más rica y profunda que la estrictamente familiar. Se establece así una semejanza entre el parentesco natural y el vínculo comunitario que va más allá del mero simbolismo, en cuanto genera y se manifiesta en una relación fraterna en su auténtico sentido, que perdura y se fortalece a través de la vida en común, y que no es ajena (así al menos en lo que atañe a los religiosos de la comunidad) a fines trascendentes (la profesión de una misma fe). Sin esfuerzo alguno cabe admitir, por tanto, una clara analogía entre el daño moral que todo buen hermano sufre por la pérdida de otro, y el daño moral que sufre toda la comunidad del tipo de la que aquí consideramos por la pérdida de cualquiera de sus miembros.

Estima la Sala por ello que en el caso concreto el criterio cuantificador de ese perjuicio, conforme a las reglas del Baremo aplicable para los accidentes de tráfico, ha de venir dado por la norma concerniente a los hermanos de la víctima, en el bien atendido de que, a los efec-

tos que nos ocupan, el vínculo cuasi-fraterno hay que referirlo a la comunidad a la comunidad en su conjunto y no a todos y cada unos de sus integrantes, por elementales razones de proporcionalidad jurídica. Ello no obstante, como quiera que ese vínculo cuasi-fraterno no tiene carácter unipersonal, no puede condicionar el señalamiento de la indemnización que correspondería aun único hermano (17.472,92 euros), como enseguida se verá.

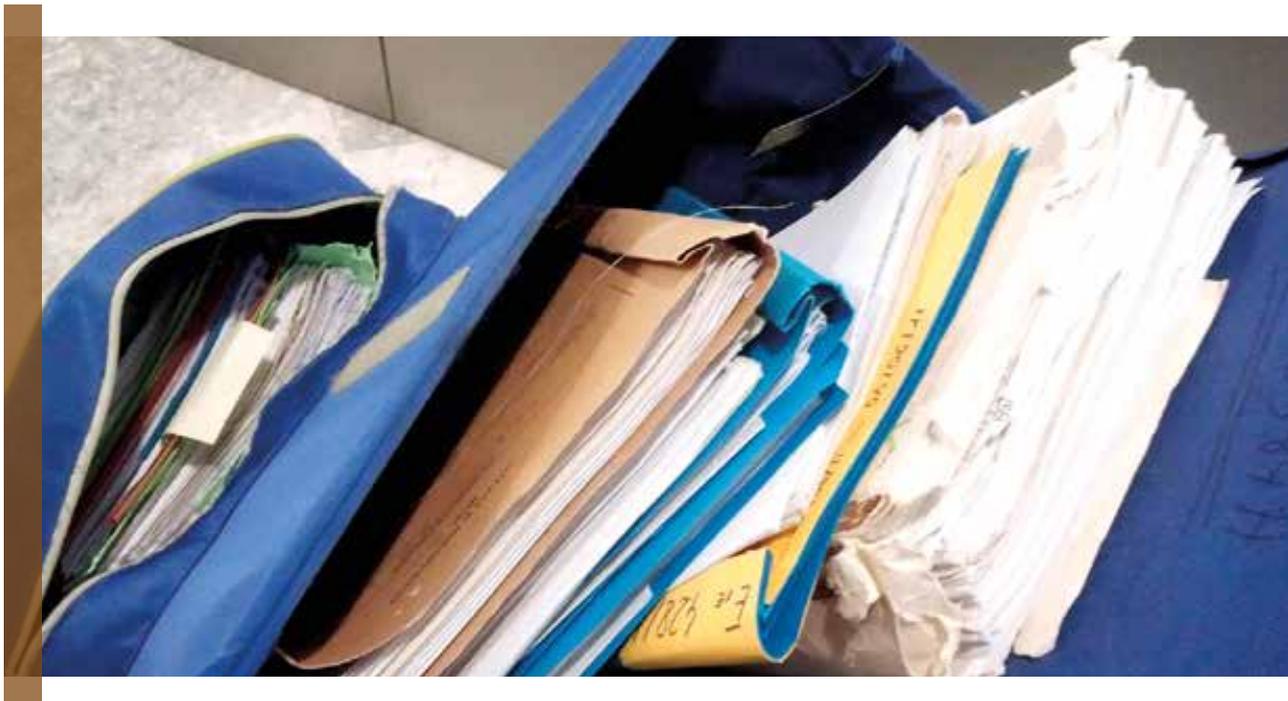
La sala no ignora que cierta corriente jurisprudencial excluye del concepto de perjudicado a las personas jurídicas, “antológicamente ajenas a la dimensión espiritual propia del ser humano” (STS 234/2.005, de 24 de marzo); pero dicho criterio, válido sin duda para otros supuestos (p.ej., la relación de un socio con la sociedad mercantil o cooperativa a la que pertenece), no puede ser de aplicación a aquéllos casos en los que es precisamente “la dimensión espiritual propia del ser humano” el elemento nuclear que explica la existencia misma de la persona jurídica como Institución, y el vínculo de naturaleza fraternal que se establece entre los miembros de la comunidad. Por lo demás, y como razona la STS

1.625/2003, de 27 de noviembre, la aflicción por el fallecimiento de la víctima que otorga a quien la padece el carácter de perjudicado, ha de derivarse de unas especiales relaciones previas de afectividad que no nacen necesariamente de la consanguinidad, y que pueden darse, por tanto, entre personas no pertenecientes a un mismo ámbito familiar.

Lo dicho comporta, como ya se trasluce, la estimación parcial del recurso de apelación, para excluir la norma de valoración del perjuicio que aplica la sentencia recurrida (sobre la base de apreciar la existencia de una relación análoga a la paterno-filial entre los miembros de la comunidad religiosa y la fallecida), y entender que dicha relación es más bien de carácter fraternal, como ya se ha argumentado, por más que, trascendiendo de lo unipersonal, como también se ha dicho, exija una ponderación indemnizatoria que esta Sala resuelve mediante la fijación de una indemnización de 24.000 euros, que le corresponderá percibir a la “INSTITUCIÓN BENÉFICA DEL SAGRADO CORAZÓN DE JESÚS”, Casa de Almería, por la muerte de D^a Pilar P. M.”.

Merecedora de un estudio específico, es de reseñar al directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al Derecho a la información en los procesos penales, contiene en sus considerandos y articulado numerosos matices interesantes, si los comparamos con lo que en nuestra práctica diaria encontramos en la realidad de los centros de detención y/o Juzgados de Guardia, e incluso en los de Instrucción, y lo que debemos esperar que se nos facilite en materia de información, y acceso a los materiales del expediente. Relaciónese –parcialmente, respecto del atestado– con la Instrucción nº 8/2004 de la Fiscalía General del Estado, y la propuesta –que no fue finalmente recogida, una oportunidad perdida– enmienda 24 a la Quinta directiva sobre seguro de R.C. que resulta de la circulación de vehículos de automóviles, de crear un organismo central que transmitiese a cada asegurador o abogado implicado, por un accidente de tráfico los informes consignados por los servicios de policía.

“(28) Debe facilitarse con prontitud a la persona sospechosa o acusada la información acerca de la infracción penal que se sospecha ha cometido o de cuya comisión se le acusa, a más tardar antes de su primer interrogatorio oficial por parte de la policía o de otra autoridad competente, y sin perjuicio del desarrollo de las investigaciones en curso. Debe facilitarse una descripción de los hechos constitutivos de infracción penal incluyendo, si se conocen, el lugar y la hora así como la posible tipificación jurídica, de forma



suficientemente detallada, teniendo en cuenta la fase del proceso penal en la que se facilite esa descripción, a fin de salvaguardar la equidad del procedimiento y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa.”

“(34) El acceso a los materiales del expediente, con arreglo a lo dispuesto en la presente Directiva, debe ofrecerse de forma gratuita, sin perjuicio de las disposiciones de las legislaciones nacionales que exijan el pago de tasas por la copia de documentos del expediente o por los costes de envío de los materiales a la persona interesada o a su abogado.”

“Artículo 7. Derecho de acceso a los materiales del expediente. —1. Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten

fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad.

2. Los Estados miembros garantizarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, el acceso a los materiales mencionados en el apartado 2 se concederá con la debida antelación que permita el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa y a más tardar en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal. Si llegan a poder de las autoridades competentes más pruebas materiales, se concederá acceso a las mismas con la debida antelación para que puedan ser estudiadas.

4. No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, siempre y cuando ello no suponga un perjuicio para el derecho a un juicio equitativo, podrá denegarse el acceso a determinados materiales si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal. Los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con los procedimientos previstos por la legislación nacional, sea un tribunal quien adopte la decisión de denegar el acceso a determinados materiales con arreglo al presente apartado o, por lo menos, que dicha decisión se someta a control judicial.

5. El acceso en virtud del presente artículo se facilitará gratuitamente”.

En época de crisis, con la necesidad, el ingenio se aguza, los frenos morales –de existir– ceden y se produce un desmesurado incremento del fraude en el entorno circulatorio al que todos –casi– tratamos de poner freno con esfuerzo, y el concurso de investigadores, biomecánicos, la implicación de las entidades afectadas, pero sobre todo, de una judicatura que identifique que la realidad cruda precisa una actuación decidida. Ejemplo impactante fue la que denominamos sentencia de “Los Reyes” de Cádiz, y más leve, la sentencia de 18/6/2012, de la Sección de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria:

“Pero es que, además, hay que decir que la Sala comparte el acertado criterio de la jueza sentenciadora y considera que de la prueba practicada en el juicio oral no se desprende la existencia del resultado lesivo que se reclama por la perjudicada ni la relación de causalidad entre aquel y la acción imprudente imputada a la denunciada, porque pese a los animosos esfuerzos de la recurrente lo cierto es que se plantea una duda más que razonable sobre los particulares mencionados, lo que de suyo ratifica la bondad del pronunciamiento absolutorio.

Y ello nos parece lógico atendido que aún partiendo

de la premisa que la literatura especializada en la materia y la experiencia judicial de largos años de ejercicio enseñan que el resultado lesivo que presenta la perjudicada –la cervicalgia– no precisa de un impacto especialmente potente o contundente, sino que un golpe de leve intensidad, lo que en canario conocemos como “golpito”, o Incluso un simple frenazo brusco sin colisión material, es objetivamente adecuado para provocar un latigazo cervical, lo cierto es que ello es razonable ponerlo en prudente entredicho en el caso de autos habida cuenta los factores concurrentes expresamente destacadas por la jueza de instancia.

Así, hay que tener presente que, en primer lugar, todo apunta a que la maniobra de frenado es de muy poca intensidad y por tanto difícilmente apta para causar un resultado lesivo de la clase que reclama la denunciante; en segundo lugar, que la denunciante presenta la denuncia 3 días después de ocurrido el accidente, lo que desde luego no presupone la falsedad o invención de la misma, pero no deja de ser un dato a tener en cuenta para valorar la fiabilidad que pueda merecer; y, en tercer lugar, que no se objetiva ese resultado lesivo, más allá de la sintomatología puramente subjetiva-dolor apreciada solo a instancia de la denunciante”.

Frecuentemente creemos superadas y “claras” cuestiones controvertidas, comprobando a continuación que dependiendo de la entidad que lo patrocina, lo que para ti estimabas diáfano es antagónicamente interpretado por la contraparte. Tal sucede con el concepto legal de “Controversia” –Art. 30 del Reglamento Del S.O.–, y el Fichero Informático de vehículos asegurados. Especialmente cabal al respecto, la sentencia nº 108/2010 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, en ponencia de su Presidente, Ilustrísimo Sr. Requena Paredes:

“La función del F.I.V.A. que es meramente informativa y limitada a facilitar a los implicados en un accidente de tráfico (art. 24 del Reglamento), a los efectos del art. 76 de la L.C.S., los datos relativos a las entidades aseguradoras que, por constar inscritas, aparece como posibles asegurados

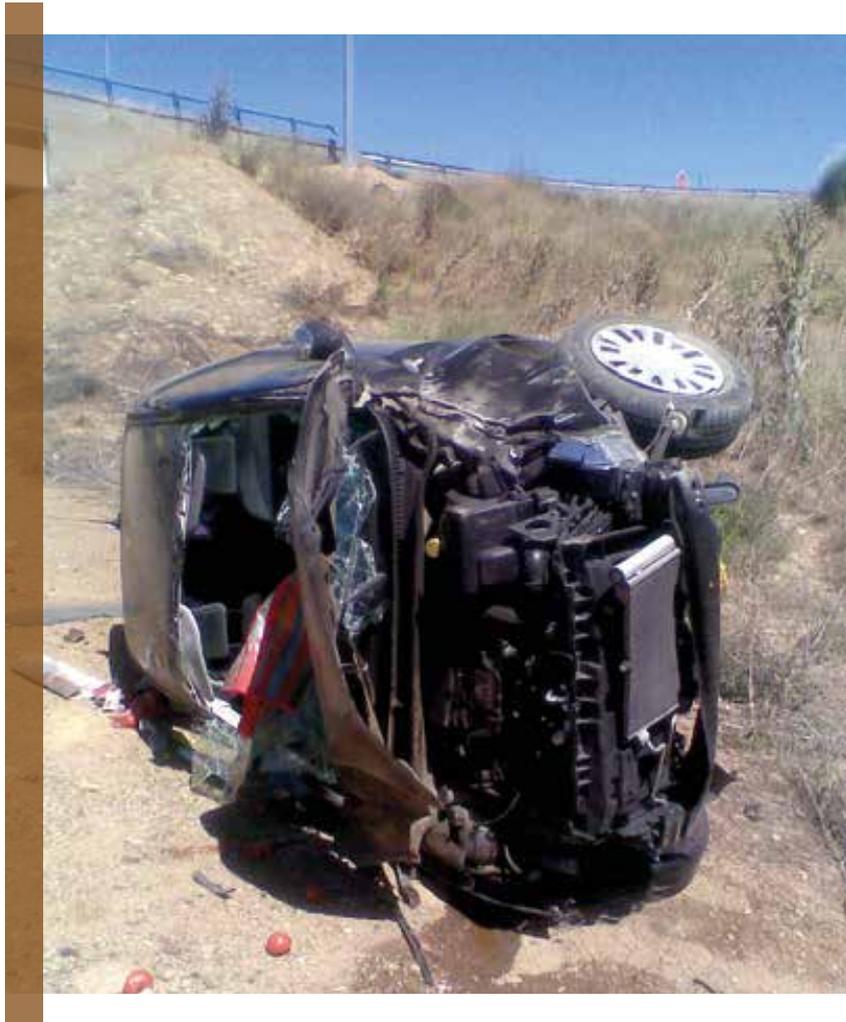
de la responsabilidad civil nacida del ilícito penal o civil, pero sin que tal punto de arranque (valor informativo) de ningún modo pueda erigirse en prueba incondicional de un aseguramiento que haya de declararse a favor de la víctima, siempre que la aseguradora, pese a negar su cobertura

no consiga, porque no pueda (imposibilidad de la prueba de los hechos negativos) o no quiera demostrarlo. En tales casos, ni la Ley ni el Reglamento, ni siquiera la Normas generales de nuestro ordenamiento permiten, sin prueba cumplida, declarar la eficacia y exigibilidad de esa cobertura que el Consorcio defendió en la instancia e insiste en sostener en esta alzada contra la compañía codemandada, pese a que el propio fichero ya informa que la cobertura con la aseguradora se dio por finalizado y así fue comunicada más de un mes antes del accidente y con efecto incluso anteriores (Abril 2006).

Dicho de otro modo, el Ente público, exige que sea

esa anterior aseguradora la que soporte las consecuencias indemnizatorias del siniestro pero sin acreditar esa cobertura más allá de especular sobre la nulidad o ineficacia de una resolución de la que se ignora su causa real y ello a costa de tratar de imponerle a esa entidad privada de seguros una responsabilidad a la que pueda ser por completo ajena.

Así las cosas, decíamos en aquella sentencia, que tal incertidumbre no habilita la condena sino, por el contrario, la impide, y así lo entiende con rango Normativo el propio Reglamento del Seguro Obligatorio, desplazando en estos supuestos contra el Consorcio de Compensación la obligación de indemnizar cuando surjan controversias entre el Ente público y la aseguradora por razón, como aquí ocurrió, de que ésta rehúsa hacerse cargo del siniestro y el Consorcio estimase que no le corresponde el pago (art. 30.1 del párrafo 1º y 3º del Reglamento).



Esto es, la Ley resuelve la discrepancia jurídica o la incertidumbre fáctica optando por la decisión menos gravosa e irreversible que entrañaría la condena impuesta a la aseguradora sin más fundamento que el haber sido, antes

del accidente aseguradora de ese vehículo, pero sin opción después a poder demostrar el error padecido y repetir contra el Consorcio. Acción que, sin embargo, la Ley reconoce a la ahora apelante como entidad de aseguramiento residual en

protección de la víctima con las sanciones y recargos, si prosperara luego su acción de repetición a que se refiere el párrafo 2º de ese precepto, de quedar demostrado 10 infundado del rehúse formulado en su contestación a la demanda”.

Sentencia “para el olvido” es la que me remite un compañero, dictada en Juicio Ordinario por un Juzgado de 1ª Instancia de Estepona el 30/12/2011, evidentemente es un error, aunque pertinaz toda vez que el Art. 267 de la LOPJ provee un mecanismo para subsanar, pero la aclaración fue denegada, por lo que el remedio –en su caso– habrá de venir de la mano –y pluma– de la Audiencia; y es que, dicen, no hay peor ciego que el no quiere ver, o no saber no es malo, lo malo es obstinarse en creer que sabes, en no aprender:

“No obstante lo anterior, el letrado cuantifica la secuela –valorada ex-perito en 3 puntos– en 2.242,92€. A este respecto de-

bemos señalar que dicha cuantificación es incorrecta. Cierto es que la Tabla 111 relativa a Indemnizaciones básicas por lesiones

permanentes (incluidos daños morales) que por su edad -36 años- es de 747,64 €, pero no lo es menos que dicho quantum es para la secuela valorada en tres puntos para las personas que se encuentren en ese tramo de edad, pero no que se tenga que multiplicar dicha valoración por tres, porque ya está previsto esos tres puntos en dicho quantum, lo cual se constata viendo simplemente la tabla. Llegar a la conclusión del letrado sería ir en contra de lo previsto y una situación de enriquecimiento injusto.”

Curioso supuesto el decidido en la Sentencia nº 149/12, de 29 de marzo, del Juzgado de Instrucción nº 2 de Ourense, en el que: “La parte denunciante, apoyada en la confesión del denunciado, afirma que circulaba como ocupante del vehículo Quad Bombardier Outlander 800 conducido por el denunciado. Que cuando circulaban en el citado Quad y al llegar a la cercanía de la bodega del denunciado, este sintió ganas de orinar, motivo por el cual se apartó de la carretera por la que venían circulando y detuvo el vehículo en el inicio de una bajada, descendiendo del mismo para orinar. Y que cuando se encontraba en ello, observo como el vehículo Quad se precipitaba por la pendiente, encontrándose en la parte trasera del mismo el denunciado.”pretende una condena como responsable de una falta -de quien se confiesa- y que su aseguradora abone una responsabilidad civil cuantificada en “solo” 137.699,61€:



“Esta versión de los hechos, que puede corresponderse con lo acontecido, sin embargo resulta incompatible con los daños físicos padecidos por el vehículo Quad, el cual presenta chasis en un estado impe-

cable, sin ralladuras o golpes que pudieran derivarse de una caída por un terraplén y de su posterior retirada por una pala retroexcavadora. Este vehículo presenta en exclusiva un golpe en la parte baja del mismo, que

bien pudiese responder al impacto contra una piedra, y que además resulta compatible con la desviación que presenta en el manillar, pero que como bien explica el perito que depone a instancia de la Cia. Aseguradora no resulta compatible con una caída por una zona de fuerte pendiente. La ausencia de daños en la parte superior del vehículo lo hacen incompatible con el relato del accidente y con el lugar donde se supone que ocurrió.

Añadir a ello, que ambas partes presentan una relación de estrecha amistad, trabajando juntos durante años, y que el día en el que ocurren los hechos comieron juntos y el accidente se produce cuando fueron a dar un paseo, retornando al lugar de partida y produciéndose el siniestro por las repentinas ganas de orinar del denunciado, que le llevan a detener el vehículo en las proximidades de su bodega y en una zona potencialmente peligrosa, indicando que lo deja encendido y con el pasajero subido al mismo.

Otro dato que resulta trascendente para no estimar la versión de las partes es el relativo a la ausencia de atestado policial, e incluso un dato de mayor relevancia, el denunciado indica en el plenario que retiró el vehículo con una pala excavadora mientras no llegaba la ambulancia y encontrándose el lesionado sobre el suelo en las proximidades. O sea que dejó al herido y fue a buscar a su bodega la pala excavadora para recuperar el Quad mientras el herido yacía en las inmediaciones, algo que no parece comprensible.

Por todo ello no se considera acreditada la realidad del accidente y parece procedente dictar sentencia absoluta.

“... una cosa es que a los efectos de la consideración del hecho como delito y no como falta no se hubiese probado que el conductor en el momento del accidente condujese el vehículo con una tasa de alcohol en sangre que permitiese considerar el hecho como delito según la normativa penal (Auto del Juzgado de Arzúa, confirmado por la Audiencia Provincial de A Coruña) y otra cosa muy distinta es que la no existencia declarada de delito suponga que no pueda aplicarse la cláusula limitativa establecida en la póliza cuando se produzca el hecho de exclusión, es decir, la no cobertura de los daños producidos cuando el conductor se encuentre en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas, tóxicos o estupefacientes o cuando la prueba de alcoholemia practicada después de un siniestro indique una tasa superior a la permitida para cada tipo de vehículo”. Así lo recoge la sentencia nº 597/2011, de 7/11 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Lugo:

“Del informe emitido por el Servicio de Toxicología Forense del Instituto de Medicina Legal de Santiago de Compostela, ratificado en el juicio, ya que el mismo calcula que en el momento del accidente el conductor presentaba una tasa de alcohol en sangre de entre 0,6794 y 1,265 gr/l, y que probablemente fuese de 0,899gr/l, habiendo sido autorizado judicialmente dicho análisis y, no existiendo dudas sobre la va-

lidez del mismo, aunque fuese efectuado aproximadamente cuatro horas posteriormente al accidente, constando que el personal de la ambulancia no le suministró medicación ni bebida alguna, pero es que además consta igualmente que el vehículo circulaba a una velocidad mínima de 94 Km/h, en todo caso superior y desde luego inadecuada para las condiciones de la vía (curva fuerte sin señalización hacia la izquier-

da) y, finalmente, cabe destacar asimismo que fue el propio conductor quien declaró ante los instructores de la Guardia Civil que habían estado toda la noche de fiesta en Melide y que había tomado pocas copas, la última antes de salir, por todo lo cual se está en el caso de rechazar este primer motivo del recurso y confirmar como causa del accidente el estado de impregnación alcohólica en que se encontraba”.

En 1999 agentes del Seprona detienen en el término municipal de Motril (Granada) a don Manuel Sánchez Rubiño y a don Juan Cortés Santiago mientras cazaban pájaros con reclamo y la ayuda de una red abatible de unos cinco metros de longitud, careciendo de la preceptiva autorización administrativa para hacerlo, siéndoles intervenidos en el momento de su detención cinco jilgueros y dos verderones. El Juzgado de lo penal núm. 6 de Granada plantea, con gran acierto, cuestión de inconstitucionalidad -que motivará la reciente Sentencia Nº 101/2012, de 8 de mayo de 2012, del pleno del Tribunal Constitucional- en relación con el art. 335 del Código penal, (por posible vulneración de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal de los arts. 9.3 y 25.1 CE), que tipifica como delito y castiga con pena de multa de cuatro a ocho meses a quien “cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior [especies en peligro de extinción y, en general, amenazadas], no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia”. Argumenta, esta sentencia del TC, que el citado precepto legal encierra en realidad una norma penal totalmente en blanco que no contiene el núcleo esencial de la prohibición, la acción que tipifica (cazar o pescar) es, en sí misma, jurídicamente neutra y tiene también un objeto igualmente neutro (especies animales que no están en peligro de extinción ni tampoco amenazadas) que no reclama en consecuencia una tutela específica, máxime cuando el tipo penal considerado no exige la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido que pudiera coadyuvar a precisar mejor el núcleo del injusto, al modo de lo que hacen por su parte los arts. 325 o 333 CP. En segundo lugar, considera que esa remisión a “normas administrativas específicas” quiebra las mínimas exigencias constitucionales de certeza, sobre todo por la anómala fórmula de tipificación que utiliza el precepto penal cuestionado al consagrar como delictivas todas las conductas de caza y pesca que no estén expresamente autorizadas, aunque no estén tampoco expresamente prohibidas, con la consecuente creación de un amplísimo espacio de inseguridad jurídica que no puede ser paliado ni corregido mediante interpretaciones restrictivas de los supuestos límites y contrarios al sentido común a que en muchas ocasiones conduce el desmesurado ámbito literal de aplicación del precepto cuestionado:

“Estamos, en consecuencia, ante un precepto que presenta una innegable estructura de ley penal en blanco, por cuanto la definición de la conducta típica incorpora un elemento normativo (la caza o pesca de especies no autorizadas expresamente) cuyo significado, en lo que ahora exclusivamente nos importa, sólo puede precisarse acudiendo a las normas específicas que determinan cuáles son las especies cinegéticas autorizadas de modo expreso.

El art. 335 CP 1995 cuestionado no satisface tampoco la exigencia de certeza a que obliga el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE, toda vez que el citado precepto penal, incluso una vez integrado con las normas extrapenales o reglamentarias específicas a que

se remite, no permite identificar con la necesaria y suficiente precisión la conducta delictiva que tipifica.

Desde esta perspectiva tiene razón el órgano judicial proponente cuando, sirviéndose del criterio que luce en la STS de 8 de febrero de 2000, advierte que la tipificación como delictivas de todas las conductas de caza que no estén expresamente autorizadas, aunque no estén tampoco expresamente prohibidas, crea un amplísimo espacio de inseguridad jurídica, incompatible con la citada exigencia constitucional de certeza. Tan amplio, de hecho, que conductas tan inocuas para el Derecho penal como matar ratas o insectos pasarían a integrar el tipo penal del art. 335 CP 1995, simplemen-

te porque esas especies, al igual que los jilgueros y verderones, no figuran tampoco en el listado de especies cuya captura en vivo o muerte está autorizada expresamente por las correspondientes normas específicas.

De modo que, en conclusión, el art. 335 CP 1995 cuestionado en el presente proceso contiene una formulación tan abierta e indefinida que su aplicación depende en último término de una decisión prácticamente libre y arbitraria, primero del Gobierno y la Administración, a través de normas reglamentarias, y más tarde, del intérprete y juzgador encargado de su aplicación, y que resulta constitucionalmente incompatible con el principio de legalidad que garantiza el art. 25.1 CE”.

El Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, Sección 4, en Sentencia de 4 de julio de 2012, revoca la sentencia de instancia que apreció la existencia de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario por la asistencia recibida por el menor Gabriel en el 11 de octubre de 2004 tanto en su domicilio como en el Servicio de Urgencia, reconoce una indemnización para el de 450.000 euros por los daños y perjuicios a él causados y otros 50.000 euros para los padres conjuntamente, por el daño moral, y afirmaba “Tal cantidad generará los intereses...” IX.- Si para la determinación de la indemnización ha sido necesaria la tramitación de este largo proceso, no ha tenido otra causa que la rotunda negativa de la administración a reconocer su responsabilidad patrimonial, lo que no puede convertirse en una ventaja para ella derivada del incumplimiento de su deber, expresando una vez más que es necesario dejar indemne al perjudicado, lo que puede lograrse... la obligación del abono de intereses de la cantidad líquida fijada, según el interés legal del dinero, desde que se formuló la reclamación en vía administrativa hasta el momento de notificarse esta resolución.... y sin perjuicio, en su caso, de los intereses ejecutorios. La aseguradora deberá responder con arreglo a lo prevenido en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, respecto de los intereses de dicha cantidad líquida, en cuanto deudora solidaria de la misma, sin que exista razón bastante para eximirla del pago de dicha deuda, en razón, además de la intervención que tuvo en el expediente administrativo, por lo que pudo, en cualquier momento, afianzar o pagar la deuda, como en relación con cualquier otro asegurado”:

“... en la aplicación del precepto invocado, la jurisprudencia de esta Sala (véanse, entre muchas otras, las Sentencias de 11 de noviembre y de 21 de diciembre de 2007) ha destacado la necesidad de valorar la posición de las partes y la razonabilidad de la oposición o del impago por parte de la compañía aseguradora, sentando la regla de que los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro se deben si no se encuentra una razón justificativa del impago de la indemnización por parte de la compañía aseguradora, y precisando que la norma se dirige a atajar el problema práctico de utilizar el proceso como maniobra para retrasar o dificultar el cumplimiento de la obligación de pago de la indemnización. Se trata, pues, de verificar en cada caso la razonabilidad de la postura del asegurador resistente o renuente al pago de la indemnización; razonabilidad que cabe apreciar, con carácter general,

en los casos en que se discute la existencia del siniestro, sus causas, o la cobertura del seguro, o cuando hay incertidumbre sobre el importe de la indemnización, habiéndose valorado los elementos de razonabilidad en el proceso mismo, en los casos en que la oposición se declara al menos parcialmente ajustada a Derecho, cuando es necesaria la determinación judicial ante la discrepancia de las partes, o cuando se reclama una indemnización notablemente exagerada (Sentencia de 21 de diciembre de 2007)" ... destaca, tanto la necesidad de atender al caso concreto enjuiciado, como la idea a tomar en cuenta para la aplicación de dicho precepto, que lo es la de que la aseguradora haya actuado, o no, de manera objetivamente razonable."

Las conclusiones de la sentencia de 23 de diciembre de 2009 (recurso de casación

1364/2008) han de estimarse determinantes para la estimación del presente recurso de casación atendida la intervención de la aseguradora en el proceso que no puede estimarse dilatoria, obstructiva sino que responde a la propia necesidad de determinación de la existencia de un supuesto de mala praxis médica, como así se declaró en el presente caso, pero que conllevó claramente la intervención de múltiples profesionales médicos analizando la actividad médica previa, durante y con posterioridad a la aparición de la meningitis. La oposición de la aseguradora también se basó objetivamente en informes periciales aportados ya en sede administrativa junto con la existencia también de informes de diferentes servicios de pediatría y de la propia Inspección Médica.

Es claro y manifiesto que la incertidumbre sobre cada

una de las fases de la asistencia llevada a cabo ha desaparecido con la sentencia y previa actividad de valoración de extensa y densa prueba pericial médica llevada a cabo por todas las partes tanto en sede administrativa como judicial, por ello no existe esa razón suficiente para eximir de la condena a tales intereses puesto que no puede atribuirse al presente caso a la aseguradora una intención clara de eludir su obligación de pago, sino que estábamos ante complejas y dispares posiciones jurídicas sobre los hechos, cada una de ellas sustentada en informes médicos totalmente contrarios. Estas razones justifican la estimación del recurso y la casación de la sentencia en el fundamento de derecho noveno al considerar que el mismo no es acorde a la Jurisprudencia de esta Sala sobre el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro 50/1980".

Los actuales "avatares" bancarios -conceptos como ahorrador, e inversor, contrapuestos- aconsejan la lectura de la Sentencia N° 4496/2012, de tres de Julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, resolviendo recurso contra sentencia de la Sección Tercera bis de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 9 de julio de 2010, sobre impugnación de las Órdenes del Ministerio de la Presidencia de 1 de diciembre de 2008 y 3 de abril de 2009 por las que se desestimaron las Reclamaciones de Responsabilidad Patrimonial presentadas en su día por varios interesados solicitando la indemnización de los daños y perjuicios causados por la defectuosa supervisión de la actuación de la entidad Forum Filatélico:

"... queremos trasladar aquí la parte sustancial que la Sentencia de instancia extrajo de la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1988, en la que se lee lo que sigue: "Entre el funcionamiento anormal que se atribuye a la Administración -del que se dice que provocó la confianza de los

inversores en Sofico- y el resultado dañoso sufrido por los actores se interponen dos tipos de actuaciones absolutamente voluntarias: a) En primer término la decisión de los demandantes de invertir en las sociedades del grupo de Sofico. En segundo lugar la gestión desarrollada por los directivos de aquéllas.

(...) Pretender ligar causalmente la decisión de invertir con la confianza en la existencia de un respaldo administrativo de la legalidad de la actuación de las empresas objeto de la publicidad resulta terminantemente excesivo".

(...) En esta línea, la actividad de inversión de capitales, en un modo diligente de conducirse debe ir precedida de un asesoramiento de expertos, los cuales por cierto, no suelen hacer indicaciones terminantemente favorables pues dejan normalmente a salvo la posibilidad de fracasos. Incluso pues, la intervención de personas peritas en la materia se traduce en un dejar la decisión, siempre sometida a riesgos en manos del futuro inversor.

Justamente por ello la decisión de invertir capitales tie-

ne un carácter, en el sentido que viene indicándose, eminentemente personal en cuanto que la ha de tomar el interesado que debe saber que en el mundo de los negocios no todo son éxitos o beneficios sino que también existen los fracasos y las pérdidas. Este carácter "personal" de la decisión implica la asunción también "personal" de los riesgos, independientemente de las responsabilidades en que pueden incurrir los gestores de las empresas en las que se produce la inversión".

Pues bien estas palabras cobran decisiva importancia en este supuesto. Confiar el ahorro y su rentabilidad personal o individual e incluso colectivo de una familia o de un grupo en un negocio como el que llevaban a cabo las em-

presas Forum y Afinsa cuya razón de ser era la revalorización de un bien tangible como los sellos de correo sin destino postal sino de coleccionismo filatélico, requería de un mínimo asesoramiento que no fuera únicamente el de los impulsores del negocio. La filatelia es ante todo una afición para el disfrute personal del coleccionista que recoge, ordena y clasifica sellos, sobres y otros documentos postales y no un negocio como se hizo creer por la empresas creadas a ese fin. Y puede ser, quizás, una inversión generalmente a muy largo plazo, y salvo muy contadas ocasiones con muy escasa rentabilidad, salvo que el afortunado coleccionista consiga reunir timbres franqueados o no, que alcancen un alto valor bien por los errores que contengan, por su corta tira-

da o por otra razón excepcional. De modo que utilizar ese bien como refugio del ahorro es una actuación arriesgada y generalmente poco provechosa. Y, desde luego, constituye una actividad entre particulares que queda exenta del control de la Administración por más que exista ya una norma que intente proteger a quienes entren en ese mercado de bienes tangibles para evitar como ocurrió en este caso y, algún otro también conocido en España, que se desencadenen situaciones como las aquí enjuiciadas de las que no puede hacerse responsable no ya por acción sino ni tan siquiera por omisión a la Administración del Estado. En consecuencia procede confirmar la Sentencia de instancia y desestimar el recurso interpuesto".

Algo infrecuente, pero ejemplo de que el trabajo pertinaz de peritos y letrados puede dar sus frutos cuando la levedad de un golpe no se compadece -como gusta decir a algunos textos- con las consecuencias lesivas que se le quieren atribuir, es la sentencia nº 188/2012, de 13 de julio de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, que revoca la condena en la instancia:

"Es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de una cumplida Justificación, no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los artículos 1902 y 1903 CC, pues "el cómo y el porqué se produjo el accidente", constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del even-

to dañoso (5 de 27 de octubre de 1990 y en las en ella citadas.

Aplicando ello al caso de autos, debemos analizar cada uno de los reclamantes, siempre entendiendo en cuenta algo que el juzgador de instancia pasa por alto, como es la muy levedad del golpe, como lo prueban las fotografías obrantes en folios 64 a 66 de las actuaciones resulta sorprendente que I. F. manifieste que el vehículo que conducía su marido quedara "destrozado", extremo que no se ajusta a la realidad, ni el que el vehículo tuviera daños interiores como manifestó en su interrogato-

rio realizado en esta alzada. Por otro lado, resulta también revelador que los lesionados, ocupantes todos del vehículo que conducía el marido de inmaculada Flores, no fueran al hospital sino pasadas unas horas del accidente. Y a la hora de justificar dicho retraso las justificaciones se diversifican a pesar de que los cuatros lesionados fueron juntos al hospital.

... No negamos la realidad del informe del Dr. Fernández, por lo que es evidente es que las lesiones por la que fue asistida en el Hospital ya las tenía con anterioridad, sin que el leve golpe del vehículo justifique siquiera sea una agravación de las mismas.

... En definitiva no ha acreditado la parte actora que haya relación de causalidad alguna entre las lesiones que padecen y el accidente ocurrido el 21 de Marzo de 2009, por lo que debemos desestimar la demanda".

La Sala 1ª del Tribunal Supremo, en Sentencia nº 237/2011, de 13 de Abril descarta de naturaleza a un planteamiento cierto, que no obstante no suele ser acogido por los Tribunales, en la instancia el actor basaba su petición de 3.758.984,40€ en un dictamen pericial judicial que en el acto de juicio fue declarado nulo, y nombrado otro perito, al haber tratado a la demandante como paciente; en más de una ocasión el perito médico, al que hemos preguntado en Juicio si conoce que el código deontológico por el que se ha de regir prohíbe lo que está haciendo, ha afirmado -cándidamente- desconocerlo:

“Lo que materialmente impugna este motivo es que durante la celebración del acto del juicio en primera instancia se acordara la nulidad del dictamen presentado por el perito médico designado judicialmente, nulidad solicitada en ese mismo acto por las partes demandadas con base en el Art. 43 del Código Deontológico Médico al haber tratado dicho perito a la demandante como paciente, y acto seguido se dictara providencia designando un perito distinto para que practicara una nueva pericia.

... 1ª) Carecen de consistencia los reproches de falta

de motivación de la resolución que acordó la nulidad del dictamen pericial y falta de notificación a las partes, ya que la nulidad se acordó en el acto del juicio, en presencia por tanto de las partes y del propio perito y por las razones alegadas por las partes demandadas; la parte actora hoy recurrente la recurrió en reposición y se dictó el correspondiente auto razonando sobre la extralimitación del perito al prescribir tratamiento médico a la demandante “comprometiendo la imparcialidad y objetividad a que está sujeto por las normas de la LEC”...considera procedente la nulidad

como solución más adecuada para lo sucedido, que fue la conculcación del “contenido del artículo 335 LEC, que ha causado efectiva indefensión, por haber quebrado el perito, con su actuación, todas las garantías de imparcialidad y objetividad que para este medio probatorio persigue el artículo 335 de la ley procesal, más aún cuando el artículo 41.3 del Código Deontológico de la profesión médica establece una prohibición expresa entre la actuación como peritos y la asistencia médica al mismo paciente, lo que está acreditado por su propio reconocimiento”.

La sentencia de 10 de julio de 2012 de la Sala 3ª Sección 4ª del Tribunal Supremo, con cita de profusa jurisprudencia sobre daños permanentes y daños continuados, afirma que “necesidad de distinguir como ha puesto de relieve la jurisprudencia de esta Sala, entre los daños permanentes y los daños continuados. Como con reiteración ha manifestado la Sala, por todas la Sentencia de la Sección Sexta de 18 de enero de 2008, recurso de casación 4224/2002, existen determinadas enfermedades en las que no es posible una curación propiamente dicha, pues la salud queda quebrantada de forma irreversible, supuestos en que entra en juego la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse, siguiendo el principio de la “actio nata”, a la que nos hemos referido, desde la determinación del alcance de las secuelas, aún cuando en el momento de su ejercicio no se haya recuperado íntegramente la salud, por cuanto que el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación, y por tanto, cuantificable”, más:

“es conocido el alcance y determinación del evento dañoso desde la fecha en que se reconoció la situación de invalidez del paciente, como consecuencia de las secuelas que se atribuyen a la asistencia médica

tras el accidente náutico... no cabe calificar la tetraparesia, con ausencia total de movilidad en los miembros inferiores y disminución de movilidad en

los superiores, como un daño continuo por la circunstancia que el informe de alta hospitalaria del Hospital Nacional de Paraplégicos de Toledo, consigne “MI izquierdo moderada (peor)” en relación la espasticidad de los miembros inferiores, pues no es contrario a consideración permanente del daño que se produzcan alteraciones de desarrollo previsible, tal como es que el tratamiento rehabilitador haya permitido revisar, mediante Resolución de 3 de febrero de 2005, el grado de minusvalía a otro inferior al inicialmente reconocido, que sin embargo no permite dejar abierta de manera definitiva la acción de reclamación, como tampoco por las limitaciones sociales y laborales que la enfermedad cause en el paciente en su cuidador, discernibles desde el mismo momento de la declaración de la minusvalía”.

Interesantes argumentos vierte acerca del título de cuantía máxima de la Ley de Automóvil la sentencia nº 31/2012 del 23 de enero, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de las Palmas:

“SEGUNDO.- Para extraer la consecuencia jurídica que implica el criterio general arriba establecido sobre la procedencia o no de dictar en el supuesto que nos ocupa el auto límite de responsabilidad civil, cuestión que constituye el objeto de la controversia deducida en apelación, debe repararse en que el fundamento de las sentencias absolutorias dictadas en ambas instancias del proceso penal no fue que no hubiese quedado acreditada más allá de toda duda razonable la comisión por la conductora denunciada de una imprudencia viaria penalmente relevante, sino que ni siquiera resultó probada la intervención del vehículo por ella conducido en el mecanismo causal del siniestro productor del resultado lesivo.

En este sentido, conviene reproducir ahora lo que se dijo en el cuarto fundamento de la sentencia de apelación: consistiendo el supuesto enjuiciado en un accidente de circulación sin colisión de vehículos, no existe ningún elemento probatorio objetivo que pueda sustentar la conclusión de que la caída del ciclomotor conducido por el denunciante tuviese por causa la indebida irrupción transversal en su trayectoria del turismo de la denunciada”; añadiéndose más adelante que el análisis de tales elementos probatorios hacía cuando menos, improbable” que, la pérdida de equilibrio del ciclomotor (...) fuera debida a una maniobra evasiva forzada por la irrupción en el cruce del turismo”; y concluyéndose, finalmente, que la caída del ciclomotor pudo haberse debido, a



un sinfín de circunstancias no necesariamente relacionadas con la aparición del turismo”.

En estas condiciones, al no haberse probado la existencia de un hecho de la circulación vinculado causalmente al perjuicio cuya reparación se pretende e imputable a un vehículo que no fuera el del propio lesionado, no procede, conforme al punto de partida establecido en el fundamento anterior, dictar a favor de aquél el auto que prevé el artículo 13 del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 2004/152063, por no concurrir el supuesto primario y básico de la responsabilidad cuasi-objetiva que establece el artículo 10 del mismo Texto Refundido, a cuya efectividad por una vía procesal sumaria sirve de título el auto en cuestión, ya que el daño producido no aparece como concreción del riesgo derivado de la circula-

ción del vehículo de la posible responsable.

En efecto, cuando la sentencia penal absolutoria no puede siquiera dar como probada la existencia de un hecho de la circulación causante del daño y que por la alteridad de éste pueda originar una responsabilidad civil, no es posible seguir en el propio proceso penal las diligencias preparatorias del ejercicio de la acción ejecutiva directa contra el asegurador, pues ello implicaría la insalvable contradicción de que un mismo hecho -la intervención causal en el siniestro del vehículo asegurado- existiera y no existiera a la vez para un mismo órgano judicial y en el mismo proceso.

... en el caso que nos ocupa y a tenor de la fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia dictada por la Juez de Instrucción, se considera probado que el denunciante no sufrió lesión alguna que precisase tratamiento, esto es, que el siniestro viario examinado no dio lugar a resultado lesivo alguno, y, por ende, considera probado que las lesiones padecidas por Pedro Miguel no tuvieron su origen en el accidente de circulación enjuiciado, de suerte que considerando la sentencia recurrida que no existe una relación causal con el hecho de la circulación y las lesiones sufridas por el denunciante, y, por tanto, que tuvieran como causa un accidente de circulación, no se dan los presupuestos del artículo 13 para dictar el auto de cuantía máxima, debiendo derivarse al procedimiento civil ordinario la reclamación de cualquier indemnización a la compañía aseguradora, para que sea en tal procedimiento donde se acredite la producción del accidente de tráfico y las consecuencias derivadas del mismo”.

Para finalizar, un ejemplo inaudito de como la Ley dice una cosa y el Juez hace lo contrario, pues se niega el dictado del título ejecutivo en base a una supuesta culpa exclusiva de la víctima, culpa civil que a quien compete enjuiciar es al órgano jurisdiccional civil donde se ejecutaría, en su caso, el referido título del artículo 13 de la LRCSCVM.

JUZGADO DE INSTRUCCION Nº 3 DE MÁLAGA

AUTO

ILMO. COLEGIO DE PROCURADORES

En Málaga, a veintinueve de junio de dos mil doce

I ANTECEDENTES DE HECHO

NOTIFICACION
AL PROCURADOR

En este Juzgado se tramita J.F. nº 604/2.010 en el que con fecha 16 de diciembre de 2.010 se dictó Sentencia absolutoria, actualmente firme por haber sido confirmada por la Audiencia Provincial, habiéndose interesado el dictado de Auto de título ejecutivo por la parte denunciante, a lo que se opone la contraparte.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

I Establece el artículo 13 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor que "cuando en un proceso penal, incoado por hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la circulación de vehículos de motor, se declare la rebeldía del acusado, o recayera sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad, si el perjudicado no hubiera renunciado a la acción civil ni la hubiera reservado para ejercitarla separadamente, antes de acordar el archivo de la causa, el juez o tribunal que hubiera conocido de ésta dictará auto, en el que se determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por dicho seguro de suscripción obligatoria. El auto referido contendrá la descripción del hecho y la indicación de las personas y vehículos que intervinieron y de los aseguradores de cada uno de estos.

Si no pudiese señalarse la cuantía de la indemnización por falta de elementos probatorios o porque los existentes se hubieran emitido sin posibilidad de intervención de los interesados, el auto mencionado en el párrafo anterior sólo se retrasará por el tiempo imprescindible para que con audiencia e intervención de los perjudicados y de los aseguradores se lleven a cabo las comprobaciones que se estimen necesarias, de oficio o a petición de parte.

El auto a que se refieren los párrafos anteriores no será recurrible".

II Por lo que se refiere a los hechos probados, se da por reproducido el fundamento de derecho primero de la Sentencia.

III En el presente caso no ha lugar al dictado del Auto interesado a la vista del contenido del referido fundamento de derecho, en el que se hace constar que el siniestro aconteció por culpa exclusiva de la víctima.

En atención a lo expuesto, y vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO:

No haber lugar a fijar cantidad máxima alguna con cargo a la entidad aseguradora denunciada.

Procédase al archivo de las actuaciones.

Notifíquese la presente resolución a las partes y hágase entrega de **testimonio de la misma a los perjudicados.**

Así por este mi Auto, lo acuerdo, mando y firmo, yo, D^a. Fuensanta López Avalos, Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción nº 3 de Málaga.

DILIGENCIA. Seguidamente se cumple lo mandado. Doy Fe.

Puede enviar cualquier resolución para su publicación en esta sección al correo-e: secretaria@asociacionabogadosrcs.org

El Consejo de Redacción de esta revista se reserva el derecho de selección de las resoluciones recibidas.

entrevista a...



ELENA AGÜERO RAMON-LLIN

por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

Fiscal adscrita al Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial desde marzo de 2010. Con anterioridad: Fiscal de la Fiscalía Provincial de Madrid desde julio 2008. Fiscal de la Fiscalía Provincial de Valencia desde enero 2004. Fiscal de la Fiscalía TSJ Cataluña desde abril de 1999. Ingreso en la Carrera Fiscal en septiembre de 1998. Actualmente es Vocal (con funciones de Secretaria) de la Comisión de Expertos constituida por Orden Interministerial de 12 de julio de 2012 por los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia para el estudio de la modificación del Sistema para la Valoración del Daño Corporal.

En este número de nuestra Revista hemos querido dedicar la entrevista a Doña Elena Agüero Ramon-LLin, Fiscal adscrita a la Fiscalía de la Sala de Seguridad Vial, quien conoce de cerca el trabajo de nuestra Asociación y comparte los mismos objetivos en muchas de las materias que nos ocupan.

Me consta que conoce de cerca nuestra Asociación y que comparte con la misma alguno de los trabajos y proyectos que actualmente está desarrollando, por lo que como solemos hacer con todos nuestros entrevistados debemos preguntarte qué opinión le merece la labor desempeñada por la misma.

Uno de mis grandes descubrimientos cuando empecé a trabajar en la Fiscalía especializada de Seguridad Vial y se me encomendó expresamente por el Fiscal de Sala Bartolomé Vargas el estudio en profundidad

del Sistema de Valoración del Daño Personal como herramienta legal de cuantificación de las indemnizaciones que corresponden a las víctimas de accidentes de tráfico, ha sido el contacto con la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguros que me ha permitido conocer la extraordinaria tarea que desarrollan los abogados que integran la Asociación con un colectivo tan sensible como es el de las víctimas de tráfico, su compromiso y buen hacer jurídico, destacando muy especialmente a su Presidente Mariano Medina, que ha ejercido una gran influencia sobre mí en una materia tan compleja como es el derecho de daños.

Hemos sabido que en la Memoria de la Fiscalía de este año se incluye un trabajo suyo sobre el Sistema de Valoración del Daño Corporal en accidentes de Circulación, y nos gustaría que nos indicara los aspectos que ha considerado más destacables a la hora de analizar dicho instrumento, aspectos positivos, deficiencias, etc.

El nombramiento en el año 2007 de un Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial y la creación de una red de fiscales en todas las provincias especializados en la persecución de los delitos contra la seguridad vial y la protección de sus víctimas, ha reforzado el compromiso de la Fiscalía con el colectivo de víctimas de accidentes de tráfico, con la tutela de sus derechos, subrayando el aspecto económico enfocado en el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por cuanto las posibilidades futuras de reinserción personal, familiar, social y laboral de las víctimas más graves (especialmente para los grandes lesionados medulares o cerebrales) y sus opciones de llevar a cabo una vida autónoma, dependerá en gran medida de la indemnización que perciban.

Este compromiso de la Fiscalía con las víctimas de tráfico se traduce -como indicaba anteriormente- en la revisión del conocido como baremo de indemnizaciones tomando como referencia los más recientes criterios doctrinales y jurisprudenciales, sin olvidar el estudio de la normativa vigente en países como Francia o Reino Unido. Las primeras reflexiones al respecto se encuentran recogidas en la Memoria del Fiscal General del Estado publicada el año 2010, reflexiones que hemos ido perfilando en las Memorias correspondientes a los años 2011 y 2012 (el texto completo se encuentra publicado en la página de la Fiscalía www.fiscal.es) y que en lo esencial





se articulan en torno a los siguientes principios: a) necesidad de reestructurar el sistema conforme a los principios de reparación integral y vertebración del daño; b) protección de colectivos vulnerables como son los menores de edad y los grandes inválidos acogiéndonos a las directrices marcadas en los Convenios Internacionales ratificados por España en nuestra Constitución y c) actualización de las cuantías y su equiparación a la de los países de nuestro entorno.

Además de las Memorias Anuales del FGE, en noviembre del año pasado se publicó la Circular 11/2011 del Fiscal General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Seguridad Vial donde por primera vez se introduce un apartado que aborda, junto a cuestiones de índole jurídico-penal, la problemática del baremo de indemnizaciones comprendiendo una serie de criterios de interpretación y aplicación de la norma inspirados en los principios anteriormente señalados.

Asimismo también es conocido que usted es miembro del grupo de expertos que está trabajando en la reforma del Sistema de Valoración del Daño Corporal en accidentes de Circulación y nos gustaría saber cómo marchan tales trabajos, qué plazos se han impuesto para presentar sus conclusiones y como se desarrolla la coordinación entre los diferentes miembros del grupo.

La Comisión de Expertos para la reforma del Sistema de Valoración ha visto prorrogado su mandato - cuya finalización estaba inicialmente prevista para el mes de julio de 2012- hasta el mes de diciembre de este mismo año, incorporándose a la misma nuevos miembros con la finalidad de impulsar los trabajos de contenido técnico-jurídico y completarlos con un análisis de impacto económico que garanticen la sostenibilidad de la propuesta.

La incorporación de nuevos miembros a la Comisión, siempre y cuando se respete el trabajo realizado durante estos dos últimos años fruto de muchísimas horas de estudio y discusión, y en la medida en que estos nuevos miembros sean capaces de integrarse en el grupo y contribuir con sus aportaciones al objetivo común de terminar la propuesta en el plazo establecido, es una muy buena noticia. Indudablemente. Ahora bien, en la hipótesis de que la reestructuración de la Comisión implique una revisión integral de todo el trabajo

realizado en estos años, será imposible cumplir el mandato de la Dirección General de Seguros antes de que finalice el año 2012 y consecuentemente, tendríamos que asumir como un fracaso el intento de reforma del Sistema de Valoración con intervención y el consenso de todos los sectores de la sociedad afectados por la norma y con representación en la Comisión.

Como miembro de la Fiscalía sobre Seguridad Vial, quisiéramos conocer cuáles son ahora los criterios marcados por la misma en materia de delitos de tráfico.

Los criterios de la Fiscalía en relación a la interpretación y aplicación de los delitos de riesgo (conducción a velocidad excesiva, con alcohol o drogas, conducción temeraria y demás conductas tipificadas en los arts. 379 a 385 CP) recogidos en la Circular nº 10/2011 del FGE (que aborda reformas legales de gran trascendencia como las operadas en el Código Penal por LO 15/2007 de 30 de noviembre y LO 5/2010 de 22 de junio), en la Instrucción nº 3/2006 y la Consulta nº 1/2006 del FGE están muy consolidados en la práctica diaria lo que traduce en el riguroso examen y calificación jurídico-penal de las conductas de riesgo por los miembros del Ministerio Fiscal en un tipo de delitos que representa aproximadamente el 50% de los procedimientos que se tramitan como Diligencias Urgentes, con una cifra que supera los 100.000 procedimientos anuales tramitados en Juzgados de Instrucción con un porcentaje igualmente elevadísimo de sentencias de conformidad.

Además de los delitos de riesgo, en la Fiscalía especializada nos preocupan los delitos de resultado (muertes y lesiones ocasionadas en accidentes de tráfico) generalmente precedidos de una conducta de riesgo asociada a la velocidad, el consumo de alcohol o drogas o a una conducción temeraria. Con la finalidad de identificar y unificar criterios que permitan calificar las imprudencias cometidas por los conductores como graves o leves, desde mediados del año 2011 se está llevando a cabo desde la Fiscalía de Sala de Seguridad Vial, en colaboración con la red de fiscales delegados, el seguimiento de todos los procedimientos incoados por homicidio o lesiones de gravedad (medulares, cerebrales o estados de coma) en accidentes de circulación conforme a los arts. 142 y 152 CP, siguiendo las directrices recogidas en las Conclusiones 18ª y 19ª de la Circular 10/2011 FGE.

Y volviendo con la reforma del sistema de valoración, ¿cuál es su opinión acerca de la incorporación al sistema legal de valoración de la indemnización por lucro cesante?

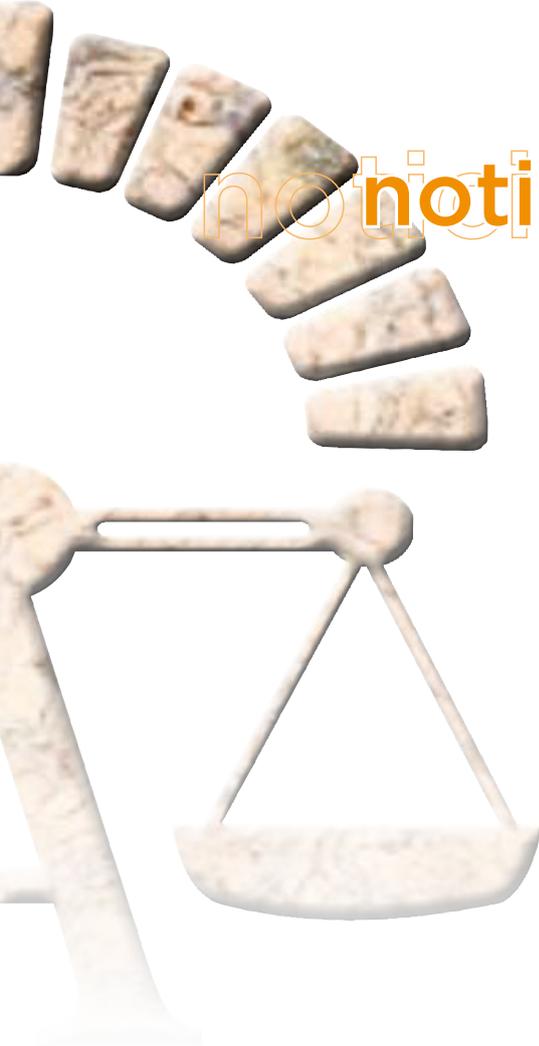
Que el lucro cesante debe ser objeto de resarcimiento es una cuestión pacífica desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial. Ahora bien, si optamos porque tal resarcimiento se produzca conforme a unas reglas y criterios determinadas comprendidas en una norma como ocurre en la actualidad, no nos queda más remedio que buscar un sistema de cálculo que se aparte del vigente -que como todos sabemos cuantifica el lucro cesante aplicando un porcentaje variable sobre las indemnizaciones básicas- en coherencia con lo dispuesto en la STC 181/2000 y más recientemente con la doctrina Xiol recogida en la STS Sala 1ª de 25 de marzo de 2010.

En mi opinión, la estimación del lucro cesante debería realizarse a partir de dos parámetros: a) los ingresos reales de la víctima al tiempo del accidente y b) el horizonte temporal sobre el que se proyecta la dependencia económica de tales ingresos en caso de fallecimiento o en su caso la esperanza de vida de la víctima que sufra secuelas impeditivas o limitativas de la actividad profesional. A partir de ahí, la norma debe ofrecer soluciones a determinados colectivos en los que concurren circunstancias específicas como son los estudiantes o personas que no han accedido al mercado laboral y que sufren secuelas en el accidente que limitan o impiden tal acceso en el futuro, o las amas de casa que aportan un valor cuya pérdida debe ser resarcida.

Por último ¿Cuáles son las modificaciones más importantes a su juicio que deberían incluirse en la Reforma?

EA: En un momento de grave crisis económica como el que atravesamos, me conformaría con que la reforma del Sistema de Valoración contemplase todas las categorías del daño resarcible incorporando aquellas reglas y mecanismos que permitan también la individualización y el resarcimiento de los perjuicios particulares que pudieran acreditarse por las víctimas. En mi opinión, el sistema debe tutelar de manera rotunda los derechos de los colectivos más desprotegidos y vulnerables como son los grandes inválidos -que no representan ni el 1% del total de víctimas- y los menores que sufren secuelas o que pierden a alguno de sus padres o hermanos.

noticias y actividades



→ XII CONGRESO NACIONAL ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO. CÁDIZ 21, 22 Y 23 DE JUNIO DE 2012

El pasado día 21 de junio se dieron cita en Cádiz cerca de cuatrocientos abogados especializados en responsabilidad civil y seguro para participar en el **XII Congreso Nacional** organizado por la **Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro**, dirigido por D. **Javier López y García de la Serrana**, secretario general de la Asociación, y D. **Fernando Estrella Ruiz**, vocal en Andalucía de la Asociación. En esta ocasión se eligió la capital gaditana, coincidiendo con la celebración del **Bicentenario de la Constitución de 1812**.

Se trata de un encuentro anual de gran relevancia dentro del mundo del derecho, para la que se contó con la asistencia de los más destacados especialistas en esta materia a nivel nacional, entre ellos se encontraba el presidente de la Sala I del Tribunal Supremo, D. **Juan Antonio Xiol Ríos**, que se estrenó en Cádiz como presidente en funciones del Tribunal Supremo, con una ponencia sobre **“El concepto civil de la incapacidad permanente, compatibilidad con otros factores”**. También intervinieron, entre otros, D. **Mariano Medina Crespo**, presidente

de la Asociación, D. **Eugenio Llamas Pombo**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, D. **Miguel Pasquau Liaño**, magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJ de Andalucía, D. **José Manuel de Paul Velasco**, magistrado de la Audiencia Provincial de Sevilla, D. **José Luis Seoane Spiegelberg**, presidente de la Audiencia Provincial de A Coruña, D. **Manuel Estrella Ruiz**, presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz, y D. **Antonio del Moral García**, magistrado de la

Sala II del Tribunal Supremo, analizando todos ellos temas de máxima actualidad jurídica.

Para la clausura del Congreso, que tuvo lugar la tarde del viernes 22, se contó con la presencia de D. **Lorenzo del Río Fernández**, presidente del Tribunal de Justicia de Andalucía, y D. **José Manuel López y García de la Serrana**, magistrado de la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, al que se nombró Miembro de Honor de la Asociación. Esa misma

noche tuvo lugar la cena de gala en las bodegas Williamms Humbert de Jerez de la Frontera, donde pudieron disfrutar todos los participantes y sus acompañantes de una agradable velada amenizada por la Chirigota "**Viva la Pepi**" y la orquesta Planeta 80. El sábado 23, para despedir el XII Congreso, los congresistas disfrutaron de una exhibición ecuestre en la yeguada La Cartuja, en Jerez de la Frontera, así como de un magnífico almuerzo que puso fin al congreso.

El Congreso en imágenes







Pueden acceder al resto de fotografías del congreso en la sección congresos, galería de imágenes, de nuestra página web: asociacionabogadosrcs.org

→ ACTA DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS, CELEBRADA EN CÁDIZ EL DÍA 21 DE JUNIO DE 2012.

1º.- Lectura y aprobación del Acta de la sesión anterior de 5 de mayo de 2011, correspondiente al XI Congreso.

A continuación por José María Hernández-Carrillo Fuentes, Secretario de Actas-Tesorero de la A.E.A.E.R.C y S, se da lectura del Acta de la Asamblea General celebrada en Córdoba el pasado 5 de mayo de 2011, que es aprobada por unanimidad sin ningún voto en contra ni abstención.

2º.- Informe de actividades y gestión.

Por el Secretario General de la A.E.A.E.R.C. y S, Sr. López y García de la Serrana, se informa de la presencia formal y activa de la Asociación en el "Comité de Reforma del Baremo" al par que tanto él como Mariano Medina Crespo nos trasladan el trabajo ya hecho y perspectivas de progreso, resultando de autentico interés, y constatando la importancia de formar parte de la génesis de esta Ley.

Se da cuenta asimismo de la asistencia durante el ejercicio 2011, de la organización de la Jornada sobre valoración del daño. Últimas tendencias. Madrid del 17 y 18 de noviembre de 2011, de la asistencia al XIII Congreso Ibero-Latino-Americano de Derecho de Seguros. Paraguay del 27 al 29 de abril de 2011, asistencia al Seminario Internacional de Responsabilidad Civil Médica. Málaga 1 de Abril de 2011, participación como ponentes el presidente y el secretario general de la Asociación en las Jornadas sobre Valoración Jurídica del Daño. Ciudad Real 14 y 15 de marzo de 2011, asistencia al Congreso Internacional sobre Derecho de Daños. Madrid 3 y 4 de marzo de 2011, asistencia a la Jornada AIDA, La Reforma del Baremo. Madrid 10 de febrero de 2011, VIII Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Estepona 25 de noviembre de 2011

Y en lo que va de ejercicio 2012, asistencia al XIX Congreso Responsabilidad Civil y Seguros. Barcelona, 19 y 20 de enero de 2012, asistencia a la Jornada Médico Jurídica. Sistema de Valoración del Daño Corporal actuales deficiencias y propuestas de mejora. Málaga 26 y 27 de enero de 2012, asistencia al XXVIII Congreso de Derecho de la Circulación, Madrid 23 y 24 de abril de 2012, la participación como ponente el secretario general de la Asociación XXVIII Congreso de la Asociación Hispano-Alemana de Juristas. Bamberg 6, 7, 8, 9 y 10 de junio de 2012, participación en el IV Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro. Madrid 7 y 8 de junio de 2012.

Se informa de la extraordinaria renovación lograda en la revista (ya en el número 41) y su alta valoración por la comunidad doctrinal, jurisdiccional y, en general, de juristas de España.

3º.- Análisis de gastos y aprobación de cuentas.

Según se acordó años atrás, para agilizar durante el transcurso del año de materialización in situ de cada congreso, la función de Tesorero que ostenta Don José María Hernández-Carrillo Fuentes, es de un año a otro delegada por este en el vocal-asociado en el que recae la responsabilidad de la organización del Congreso anual periódico, en consecuencia, las incidencias económicas del pasado año, que fueron recientemente entregadas por Don Andrés Cid Luque, constan detalladas en la zona privativa de los socios en la página Web de la Asociación de forma previa a esta reunión para su conocimiento general, destacar, que fruto del rigor en la gestión se obtuvo superávit. Son no obstante detalladas por el Secretario General, y aprobadas por unanimidad.

4º.- Presupuesto de 2013.

Se excusó su presentación postergando su envío en el futuro.

5º.- Congreso del próximo año, y años venideros; en el año 2013 la sede del Congreso será la ciudad de Valencia, los días 14, 15 y 16 de noviembre y el vocal encargado Isidro Tormos. Para el congreso del año 2014 se aprueba por unanimidad la Candidatura presentada por Sabadell, por mediación del Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sabadell, Don José Antonio García Cazorla -y dos miembros de su junta de Gobierno-.

6º.- Renovación de Cargos.

-Presidencia y Secretaría General son renovadas por unanimidad en las personas de sus titulares anteriores, los compañeros Don Mariano Medina Crespo y Don Javier López y García de la Serrana.

7º.- Arbitraje.

Por el asociado Antonio Raventós se trabajó en un reglamento para que la Asociación desarrolle las funciones de arbitraje contempladas en el Apt. 7 del Art. 3 de nuestros estatutos. Es aprobado este por unanimidad si bien, de modo provisional, susceptible de aportaciones, y modificaciones durante el año a transcurrir hasta la celebración del próximo congreso.

8º.- Ruegos y preguntas.

Isidro Tormos propone que Gonzalo Iturmendi trabaje sobre un borrador de reglamento de mediación para su planteamiento en la próxima asamblea general a celebrar en Valencia en 2013.

Terminado lo cual, por el Sr. Presidente se da por concluida la XII Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad y Seguros.

VIII CONGRESO DE LA ABOGACÍA MALAGUEÑA. MÁLAGA, 18 Y 19 DE OCTUBRE DE 2012.

**Sección: ADMINISTRATIVO**

Ponencia: La Ley de Transparencia y Buen Gobierno.
Ponente: Por confirmar.

Sección: CONCURSAL

Ponencia: El incidente concursal: un instrumento autónomo de la tutela en el concurso de acreedores.
Ponente: Manuel Díaz Martínez. Prof. Titular Derecho Procesal UNED.

Mesa Redonda: Las entidades financieras como administradoras de hecho en el concurso.

Intervinientes: Nicolás Molina. Abogado ICAMALAGA. Administrador Concursal. Francisco Serrano. Director de la asesoría jurídica interna de Ibercaja.

Ponencia: La familia y el concurso.
Ponente: Matilde Cuenca Casas. Prof. Titular Derecho Civil Universidad Complutense de Madrid.

Sección: CONSUMO

Ponencia: Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación.
Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Magistrado Sala de lo Civil Tribunal Supremo.

Ponencia: La defensa del consumidor ante los fraudes más frecuentes durante la crisis.
Ponente: Rubén Sánchez, Asociación de Consumidores FACUA.

Sección: DERECHO DEPORTIVO

Ponencia: La responsabilidad, los contratos.
Ponente: Juan Antonio Landaberea Unzueta, Abogado ICAGIPUZKOA.
Ponencia: El ejercicio práctico de la representación de deportistas.
Ponente: José Antonio Martín Otín, Representante de jugadores profesionales.

Ponencia: El marco normativo.
Ponente: Daniel Bendado Benasayag, Abogado ICAMALAGA.

Sección: DIVERSIDAD FUNCIONAL

Ponencia: Tratamiento Penal de la Discapacidad. Las trampas del Sistema.
Ponente: Fernando Santos Urbaneja, Fiscal de la 11ª. Audiencia Provincial de Córdoba.
Ponencia: Accesibilidad y Administración Pública.
Ponente: Enrique España García, Abogado ICAMALAGA.
Ponencia: Teletrabajo, una medida efectiva para la integración laboral.
Ponente: Carmen Algar Jiménez, Abogada ICAMADRID

Sección: EXTRANJERIA

Ponencia: Últimas reformas régimen comunitario.
Ponente: Noemí Alarcón Velasco, Abogada ICAMALAGA
Ponencia: Emprendedores extranjeros, autorizaciones por cuenta propia.

Ponente: Representante de la Unión de profesionales y trabajadores Autónomos (UPTA).

Ponencia: Parejas de hecho y supuestos de acceso a la autorizaciones de residencia.

Ponente: Manuel Lancha, Abogado integrante del equipo jurídico Andalucía-Acoge.

Sección: FAMILIA

Ponencia: La ejecución forzosa de los procesos matrimoniales y de menores tras las últimas reformas procesales y la nueva oficina judicial. Especial referencia a los gastos extraordinarios.

Ponente: Ana Dolores Sánchez López, Secretaria Judicial del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Fuengirola. Profesor-tutor en cursos de experto y master en derecho de familia.

Ponencia: El incumplimiento de las medidas personales y su ejecución forzosa en los procesos de familia. Teoría y práctica.
Ponente: José Luis Utrera Gutiérrez, Magistrado Juzgado Primera Instancia 5 de Málaga.

Sección: GESTIÓN DE DESPACHOS

Ponencia: Para ganar más hay que negociar y presupuestar mejor.
Ponente: Miguel Ángel Pérez de la Manga Falcón, Consultor.

Ponencia: Lo que debes de saber y poner en práctica en tu despacho.
Ponente: Fernando Bayón Marimé, Director General de la Escuela de Organización Industrial (EOI).

Ponencia: ¿Porque pierdes clientes? Aprende a fidelizarlos y a obtener nuevos.
Ponente: José Luis Pérez Benítez, Abogado ICAMADRID.

Sección: INTERNACIONAL

Ponencias: La responsabilidad civil derivada del transporte aéreo, marítimo y terrestre.
Ponentes: Por confirmar.

Sección: LABORAL

Ponencia: El despido por causas objetivas y despido colectivos. Aspectos sustantivos y procesales.
Ponente: Gonzalo Alonso Sierra, Magistrado Juez del Juzgado de lo Social Siete de Málaga.
Ponencia: El Despido disciplinario. Aspectos Sustantivos y Procesales.
Ponente: Por confirmar.

Ponencia: Las reformas en materia de Flexibilidad Interna.
Ponente: Martín Godino Reyes, Socio Director de Sagardoy y Abogados.

Ponencia: Negociación colectiva y flexibilidad.
Ponente: Tomas Sala Franco, Catedrático del Derecho de La Universidad de Valencia.

Sección: MEDIACIÓN

Ponencias: Nuevos retos de la mediación.

Ponentes: *Thelma Butts Grigs, Gemma Pons García.*

Sección: MENORES

Ponencia: Responsabilidad penal de los menores en casos de violencia intrafamiliar. Síndrome del emperador o "hijo tirano".

Ponente: *Rosa Oliver López, Secretaria judicial del Juzgado de Menores nº 2 de Málaga.*

Ponencia: Responsabilidad penal de los menores. Perfil criminológico del menor infractor. Nuevas tendencias en los modelos de intervención.

Ponente: Por confirmar.

Sección: MERCANTIL

Ponencia: Contratación y productos bancarios.

Ponentes: *José María Suso Vidal, Abogado. Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad del País Vasco. Luis Vericat Roger, Abogado. Socio de Cremades & Calvo Sotelo.*

Sección: PENAL

Ponencia: Calumnias e injurias y otros atentados contra el honor.

Ponente: *Concepción Carmona Salgado, Catedrática Derecho Penal. Universidad de Granada.*

Ponencia: La interminable historia de la prescripción del delito fiscal.

Ponente: *Miguel Bajo Fernández, Abogado y Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid.*

Sección: PENITENCIARIO

Ponencias: Límites de cumplimientos de condena en relación con las novedades legislativas actuales.

Ponentes: Presidente de la subcomisión de derecho penitenciario del CGAE.

Sección: PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITAL

Ponencia: El proyecto de Reglamento de Prevención de Blanqueo de Capitales.

Ponente: *Juan Manuel Vega Serrano, Subdirector General de inspección y control de movimientos de capitales de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Competitividad.*

Sección: PROCESAL

Ponencias: Técnica de defensa ante el Tribunal del Jurado. Diecisiete años de experiencia.

Ponentes: Por confirmar.

Sección: PROPIEDAD HORIZONTAL

Ponencias: Reforma de la ley de Arrendamientos Urbanos.

Ponentes: Por confirmar.

Sección: RESPONSABILIDAD CIVIL

Ponencia: Compatibilidad entre derecho de defensa y protección de datos.

Ponente: *Javier López y García de la Serrana, Abogado y secre-*

tario de la Asociación Nacional de abogados especializados en responsabilidad civil y seguros.

Ponencia: La responsabilidad civil en la ley de Propiedad Horizontal.

Ponente: *María Eugenia Lara, Abogada ICAMALAGA.*

Mesa Redonda: La R.C. de los cargos políticos en el ejercicio de sus funciones.

Ponentes: Ponentes: *José M^a Urbana, Alcalde de Estepona. Hipólito Marín Hortelano, Abogado del Estado. Diego Vera Jurado. Catedrático de derecho Administrativo de la Universidad de Málaga.*

Sección: TRIBUNAL ARBITRAL DE MÁLAGA

Ponencia: Guía práctica del Arbitraje: 50 preguntas y respuestas claves.

Ponentes: *Luis Muñoz Sabaté, Abogado.*

Ponencia: La cláusula arbitral: ¿Cómo proceder y que hacer ante la demanda o la contestación?

Ponente: Por confirmar.

Sección: TRIBUTARIO

Ponencia: La amnistía fiscal. Experiencia y cuestiones prácticas suscitadas tras su puesta en marcha.

Ponente: Por confirmar.

Ponencia: Medidas para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude fiscal.

Ponente: Por confirmar.

Ponencia: La problemática de la confiscatoriedad del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

Ponente: Por confirmar.

Sección: URBANISMO

Ponencia: El urbanismo ante la crisis. La problemática en la ejecución y gestión del planeamiento. La mediación en el urbanismo.

Ponentes: *Manuel Jiménez Baras, Abogado ICAMALAGA.*

Mesa Redonda: La vivienda en suelo no urbanizable: perspectiva urbanística y penal.

Ponentes: Por confirmar.

Ponencia: Urbanismo y Registro de la Propiedad: licencia de primera ocupación y reconocimiento de la situación de asimilado a fuera de ordenación en la inscripción de una obra nueva.

Ponente: Por confirmar.

Sección: VIOLENCIA DE GÉNERO

Ponencia: Delito de malos tratos habituales: Acusación y prueba de cargo. Responsabilidad civil: daños morales. Mantenimiento de medidas de protección y seguridad (artículo 69 Ley Integral violencia de género).

Ponente: *Flor de Torres Porras, Fiscal Delegada Violencia contra la Mujer.*

Ponencia: Aspectos civiles de los procedimientos relacionados con violencia de género. Precisión del ámbito de intervención de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Ponente: Juez titular de Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

II CONGRESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO. ALICANTE, 25 Y 26 DE OCTUBRE DE 2012.



**II CONGRESO DE
RESPONSABILIDAD CIVIL Y
SEGURO DE ALICANTE**

**25 Y 26 DE OCTUBRE
2012 ALICANTE**



INSCRIPCIÓN

Hasta el 15 de octubre de 2012.

• **150 Euros** para los Letrados pertenecientes a la Asociación Nacional de R.C. y los Letrados pertenecientes a la Sección de R.C. del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante y abogados con menos de 5 años de ejercicio profesional.

• **180 Euros** para el resto de Asistentes.

Desde el 16 de octubre de 2012.

• **180 Euros** para los Letrados pertenecientes a la Asociación Nacional de R.C. y los Letrados pertenecientes a la Sección de R.C. del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante y abogados con menos de 5 años de ejercicio profesional.

• **200 Euros** para el resto de Asistentes.

Cena de Gala - Hotel Portamaris.

Gratis para los inscritos al Congreso. Si se desea llevar un acompañante se deberán abonar **60 Euros como suplemento** (se ruega indicar la asistencia de acompañante a la Cena en el formulario de inscripción).

Inscripción y hoteles.

Formulario de inscripción y reserva hotelera en documentos adjuntos. Lugar de celebración: Salón de actos del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante.

ORGANIZA



ICALI
Ilustre Colegio Provincial
de Abogados de Alicante

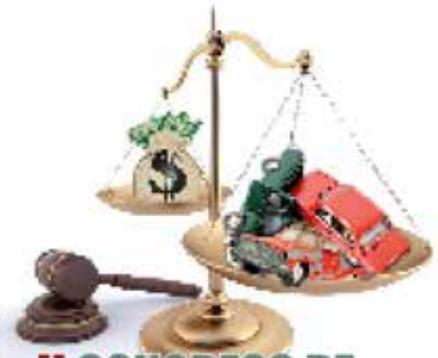


ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE
ABOGADOS DE ALICANTE

Lugar de celebración:
Salón de Actos
C/Gravina, 4, 2º
03002 ALICANTE

Gestión de inscripciones:
Tfno.: 965 14 51 80
Fax: 965 20 07

Mail para el Congreso: formacion@icali.es



II CONGRESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO DE ALICANTE

**25 Y 26 DE OCTUBRE
2012 ALICANTE**



**II CONGRESO DE
RESPONSABILIDAD CIVIL Y
SEGURO DE ALICANTE**

**25 Y 26 DE OCTUBRE
2012 ALICANTE**

JUEVES 25 DE OCTUBRE

17:00 h

APERTURA

A cargo del Excmo. Sr. D. Fernando Candela Martínez, Decano del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante.

17:30 h

MESA REDONDA: LA PROBLEMÁTICA DEL DERECHO DE DEFENSA Y LA PRUEBA EN LOS PROCEDIMIENTOS DERIVADOS DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN.

Fonteras: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Server, Presidente A.P. Alicante; Ima. Sra. D^a Francesca Martínez Sánchez, Magistrada Juez Tit. J.J. nº8 Alicante; Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Cerdán, Juez Decano y Magistrado Juez Tit. del J.J. nº 6 de Alicante

18:30 h

PAUSA-CAFÉ.

18:45h

MESA REDONDA: VALORACIÓN MÉDICO LEGAL DEL PERJUICIO ESTÉTICO.

Dr. D. Luis Domingo Sánchez Naves, Traumatólogo del Hosp. Univ. San Juan de Alicante; Dr. D. Fernando Rodas Libert, Jefe de Servicio de la Clínica Médico Forense del Instituto de Medicina Legal de Alicante; Ilmo. Sr. D. Enrique García-Chamón Cervera, Magistrado de la Sección 8ª de A.P. de Alicante, Presidente del Tribunal de Marca Comunitaria.

A partir de las 23:00 h

COPA DE BIENVENIDA - PUB PLAZA 15.

Primera consumición gratuita. Con ticket. Piza. Los Luceros, 15.

VIERNES 26 DE OCTUBRE

09:30 h

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ABOGADOS Y PROCURADORES: ÚLTIMAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES.

Excmo. Sr. D. Luis Delgado de Molina, Abogado, Socio Director de Delgado de Molina Abogados.

11:00 h

BIOMECÁNICA DE LESIONES EN ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN.

Dr. D. Antonio Hernando Lorenzo, médico especialista en Medicina Intensiva y Cardiología, Magister Universitario en VDC.

12:30 h

PAUSA-CAFÉ.

12:45 h

RELACION DE CAUSALIDAD EN ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN CON RESULTADO DE LESIONES (especial referencia al esguince cervical).

Dr. D. Carlos Represas Vázquez, Dr. en Medicina, Cirugía y Ciencias Forenses, Profesor de la Universidad de Santiago de Compostela.

17:00 h

EL LUCRO CESANTE EN SUPUESTOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE.

D. Javier López y García de la Serrana, Abogado, Dr. en Derecho, Secretario Gral. de la Asoc. Española de Abogados Especialistas en RC y Seguro.

18:45 h

PAUSA-CAFÉ.

19:00 h

TRANSMISIÓN HEREDITARIA DE LOS CRÉDITOS RESARCITORIOS.

D. Mariano Medina Crespo, Abogado, Dr. en Derecho, Presidente de la Asoc. Española de Abogados Especialistas en RC y Seguro.

20:30 h

CLAUSURA.

Entrega de diplomas.

22:30 h

CENA DE GALA EN HOTEL PORTAMARIS.

Gratis para los inscritos al Congreso. Si se desea llevar un acompañante se deberán abonar **60 Euros como suplemento** (se ruega indicar la asistencia de acompañante a la Cena en el formulario de inscripción).

2 con RCyS

**25 Y 26 DE OCTUBRE
2012 ALICANTE**

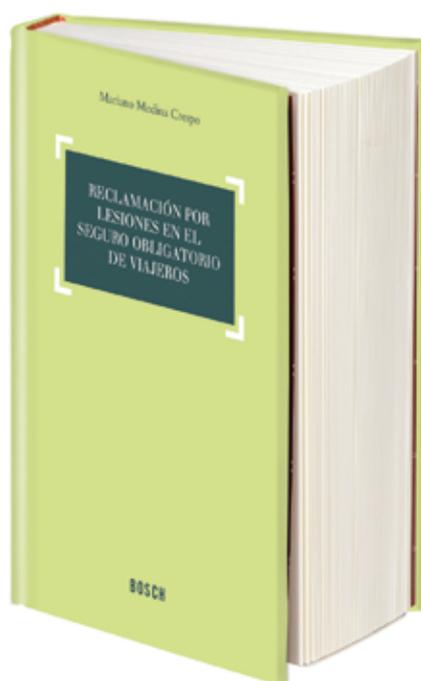


ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Reclamación por lesiones en el seguro obligatorio de viajeros

Mariano Medina Crespo

■ <http://tienda.bosch.es>



● La presente obra analiza la diferenciación entre este seguro y los seguros de responsabilidad civil que concertan los diversos transportistas. Realiza una exposición básica de las acciones resarcitorias con que cuenta el viajero accidentado. Se pronuncia sobre los accidentes que ampara el seguro obligatorio de viajeros, sosteniendo que el criterio correcto es el de una amplia causalidad.

Aborda, en particular, las cuestiones que suscita la cobertura de las lesiones temporales y de las lesiones permanentes. Se reacciona frente al criterio generalizado de que las lesiones temporales están virtualmente excluidas de la cobertura de este seguro y trata de fijar el cauce que habilita un resarcimiento proporcionado.

Se hace eco de que una reforma de la Ley de Ordenación de la Ley de Transportes Terrestres en 2000 ha dado lugar a una viva polémica respecto a si las indemnizaciones cubiertas por este seguro son compatibles con las indemnizaciones satisfechas con cargo al seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística. El autor tercia en ella y fija al respecto su postura crítica.

La obra aúna la preocupación de índole dogmática con su asentimiento en la práctica judicial y por ello contiene un muy amplio estudio de la jurisprudencia provincial existente sobre la materia, con consideración de la postura adoptada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en las dos únicas sentencias que se han ocupado verdaderamente de él.

Páginas: 836 | Encuadernación: cartóné | ISBN: 978-84-9790-896-2 | PVP: 150 € (+Iva)

O EN
SU LIBRERÍA
HABITUAL

ADQUIERA YA SU EJEMPLAR:

Tel: 902 250 500 | e-mail: bosch@bosch.es | web: <http://tienda.bosch.es>



pelayo

Aseguradora Oficial de la Selección

Descubre por qué

1 de cada 3

contrata con nosotros



902 122 130
www.pelayo.com