

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

nº 28

Cuarto Trimestre. Año 2008

- **Análisis del tratamiento de los gastos de asistencia médica, hospitalaria y farmacéuticos en los accidentes de circulación**
- **El Seguro de Responsabilidad Civil por Protección de Datos Personales**
- **Responsabilidad Patrimonial de la Administración en accidentes de tráfico por atropellos con especies cinegéticas**
- **El fundamento ético de la responsabilidad sanitaria**

El tiempo nos da la razón...

DESDE 1988, MÁS DE 12.000 PROFESIONALES DEL DERECHO CONFÍAN EN NUESTROS PRODUCTOS



INFOLEX

Gestión Jurídica

Módulos y Características

Gestión de Expedientes e Iguales | Seguimiento Judicial y Extrajudicial
| Agenda Integrada con Expedientes e Iguales | Escritos y Plantillas |
Minutación y Facturación | Contabilidad y Tributación | Listín
Electrónico y Mailing | Bases de Datos | Listados e Informes
Personalizables | Control de Trámites Para el Seguimiento de Cobros
| Control y Seguimiento de Tiempos y Llamadas | Incorporación de
Documentos e Imágenes Mediante Escáner | Conectividad con Agendas
Electrónicas | Acceso Directo a Fax y E-Mail | Desarrollos a medida |
Consulta Online de expedientes para sus Clientes | Cálculo de
Intereses Legales y Judiciales | Acceso remoto a su despacho |
Traspaso de datos de otras aplicaciones | Etc...

Información: 902 090 001

Jurisoft Central

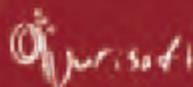
Victoria Balfe 52-54 09006 BURGOS
Tif.: 947 24 50 70 Fax: 947 24 50 71
info@jurisoft.es

Jurisoft Madrid

Velázquez 17, 6º 28001 MADRID
Tif.: 91 436 48 44 Fax: 91 436 48 42
madrid@jurisoft.es

Jurisoft Cataluña

Paseo de Gracia 42, 2º 08007 BARCELONA
Tif.: 93 467 06 53 Fax: 93 467 27 25
catalunya@jurisoft.es



WWW.JURISOFT.ES
INFO@JURISOFT.ES

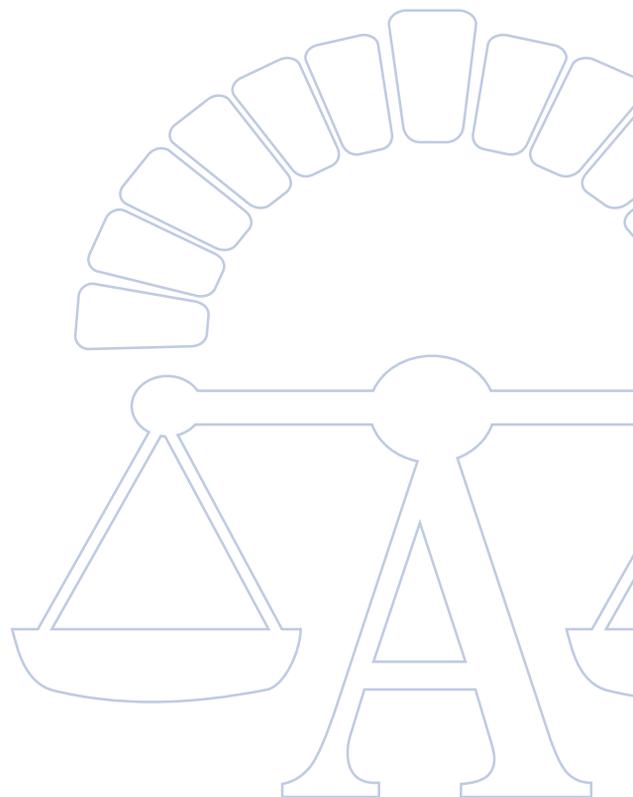
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

nº28

Cuarto Trimestre. Año 2008

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

www.asociacionabogadosrcs.org



CONTENIDOS

EDITORIAL

- ◆ Roma II. Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. *Javier López y García de la Serrana* 5

DOCTRINA

- ◆ Análisis del tratamiento de los gastos de asistencia médica, hospitalaria y farmacéuticos en los accidentes de circulación. *Vicente Magro Servet* 9
- ◆ El seguro de Responsabilidad Civil por Protección de Datos Personales. *José María Elguero Merino* 47
- ◆ Responsabilidad Patrimonial de la Administración en accidentes de tráfico por atropellos con especies cinegéticas: Disposición Adicional Novena de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. *Pilar Domínguez Martínez* 81
- ◆ El fundamento ético de la responsabilidad sanitaria. *Eugenio Moure González* 109

JURISPRUDENCIA

- ◆ En este número de la revista, debido a la extensión de los artículos doctrinales seleccionados en la primera edición del Premio Fernando Reglero Campos, y que publicamos íntegramente, se suprime excepcionalmente este apartado de Jurisprudencia.



PERLAS CULTIVADAS

- ◆ Pronunciamientos Relevantes. Por José M^a Hernández-Carrillo Fuentes 127

ENTREVISTA

- ◆ *José Manuel López y García de la Serrana*. Por María del Carmen Ruiz-Matas Roldán 141

LEGISLACIÓN

- ◆ Baremo 2009 145

NOTICIAS Y ACTIVIDADES

- ◆ VIII Congreso Nacional. Santander, noviembre 2008 151
- ◆ Acta de la Asamblea General de la Asociación, celebrada en el VIII Congreso Nacional 158

PUBLICACIONES RECOMENDADAS

..... 159

EDITA:

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

PRESIDENTE:

Mariano Medina Crespo

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

María del Carmen Ruiz-Matas Roldán

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

MIEMBROS DE HONOR:

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

DISEÑO:

Aeroprint Producciones S.L.

IMPRIME:

Aeroprint Producciones S.L.

D.L. GR-1228/02

ISSN 1887-701

www.asociacionabogadosrcs.org



Roma II

Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales

Javier López y García de la Serrana
Director

Hace sólo unos días, el 11 de Enero de 2009, ha entrado en vigor el Reglamento de la Unión Europea sobre Ley aplicable en materia de obligaciones extracontractuales, Reglamento nº 864/2007 de 11 de julio de 2007. Dicho Reglamento se aprueba con el objetivo de perseguir el correcto funcionamiento del mercado interior, para lo cual se exige favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad jurídica y la libre circulación de resoluciones judiciales, y que las normas sobre conflictos de leyes vigente en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio.

En este sentido, siguiendo la línea marcada por la 4ª y 5ª Directivas Comunitarias, 2000/26 CE y 2005/14 CE respectivamente, el nuevo Reglamento viene a completar al Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, relativo a la Competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de marzo de 2002. Así, en el artículo 9 del citado Reglamento 44/2001 se establece que el asegurador podrá ser demandado en el lugar del domicilio del tomador del seguro, el asegurador o el beneficiario, viniendo



a completar dicho fuero el artículo 11, al reconocer el derecho a la acción directa del perjudicado frente a la aseguradora, permitiéndose de este modo que dicha aseguradora pueda ser demandada ante el tribunal que conociere de la acción de la persona perjudicada contra el asegurado, cuando la ley de este tribunal lo permita.

De este modo comprobamos cómo el Reglamento 44/2001 establece el fuero general de competencia de los Tribunales del lugar de residencia del demandado, para los supuestos de personas domiciliadas en un Estado miembro, dejando a salvo pequeñas excepciones para materias que no permiten una resolución justa en atención a dicho fuero.

Pues bien, ahora el Reglamento 864/2007, viene a regular cuál debe ser la ley aplicable en materia de obligaciones extracontractuales cuando el hecho generador del daño haya tenido lugar en un país distinto a aquel de residencia del perjudicado. Ante dicho supuesto, se introduce una gran novedad al acogerse al principio "lex loci damni" y no al principio "lex loci delicti" al que vienen sometidos casi la totalidad de los estados miembros a la hora de solucionar los asuntos en materia de responsabilidad extracontractual. La consecuencia de la adopción de dicho principio es que se permite que el perjudicado pueda exigir la aplicación de la ley vigente para el cumplimiento de la obligación extracontractual del lugar donde se ha producido el daño, a pesar de que el hecho dañoso se haya producido en un país distinto a aquel donde tuvo lugar el hecho generador del daño. Así, el artículo 4 del citado Reglamento establece como norma general que la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualquiera que sea el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.

Esta disposición causa una serie de dudas de interpretación, sobre todo, en el ámbito de los accidentes de circulación, por cuanto si la norma tiene por objetivo diferenciar entre el momento en el que el hecho dañoso tiene lugar y el momento en el que los daños se manifiestan, en materia de accidentes de tráfico podría entenderse que ambos supuestos coinciden en el tiempo, pero sin embargo también nos podremos encontrar con supuestos en los que los daños se manifiesten con posterioridad al momento del accidente, como pueden ser secuelas o determinación de los días de curación, derivándose con ello la aplicación de la ley del lugar de residencia del perjudicado, por ser el lugar en el que normalmente se manifestarán tales daños.

Ante tal supuesto, nos encontraríamos ante situaciones totalmente injustas, por cuanto es claro que cada país tiene una regulación distinta sobre determinación del daño y aún más evidente en cuanto a la valoración del daño, por tanto, si el perjudicado en un accidente de circulación consigue aplicar la



D. Vicente Magro Servet, ganador de la primera convocatoria del entregado por el presidente del tribunal, Andrés Cid Luque, y el d

ley de su lugar de residencia se producirían grandes diferencias frente al resultado conseguido de haber aplicado la normativa vigente en el país de ocurrencia del siniestro.

En este sentido, la solución interpretativa no es simple, puesto que en un principio, del contenido literal de la norma no aparecen excluidas las obligaciones derivadas de accidentes de circulación, ya que en el catálogo de materias excluidas por el artículo 1.2 del Reglamento no se incluyen los accidentes de circulación. Asimismo, en el considerando previo (33) de la citada norma, ya se está haciendo una previsión para dicho supuesto, por cuanto establece que cuando el accidente se produzca en un Estado distinto al del lugar

de residencia de la víctima, el tribunal que conozca del asunto

deberá tener en cuenta a la hora de calcular los daños relativos a las lesiones, todas las circunstancias de

hecho pertinentes de la víctima, en particular la pérdida y los costes efectivos de la convalecencia y atención médica. Asimismo, en el apartado final del Re-

glamento, en la llamada Declaración de la Comisión sobre accidentes de tráfico, nuevamente se prevé estudiar los problemas específicos de los residentes de la UE afectados por accidentes de tráfico en un Estado miembro distinto del Estado miembro de su residencia habitual, y ello con el fin de mejorar la situación de las víctimas transfronterizas.

De este modo, pareciera que este nuevo Reglamento no ha querido excluir de su aplicación las obligaciones extracontractuales derivadas de los accidentes de circulación, aunque si mantenga la posibilidad de introducir nuevas modificaciones en el mismo, en relación a dicha materia, según la evolución y consecuencias de su aplicación.

No obstante, ya existe un sector doctrinal que mantiene que este Reglamento deja fuera de su aplicación a los accidentes de circulación, y así Vicente Magro Servet, en su artículo 'Aplicación de los Reglamentos 864/2007, con entrada en vigor el 11 de enero de 2009, 44/2001 y Directivas 4ª y 5ª, a las reclamaciones de ciudadanos extranjeros en su país por siniestros de circulación ocurridos en España', publicado en el número 121/ Enero 2009 de la Revista Tráfico y Seguridad Vial, de La Ley, sostiene dicha posición, y ello porque además de recordar que en el borrador del actual Reglamento 864/2007 se quiso incluir cuestiones que afectaban al derecho de circulación, pero en el año 2006 el Consejo de Ministros de la UE se opuso a una propuesta de "Roma II" para accidentes de tráfico, y por tanto parece quedar subsistente el Convenio de la Haya de 1971 al respecto, pues además, entiende, como conclusión más importante de su razonamiento, que sigue vigente el artículo 31 del R.D. 8/2004, que señala que "Sin perjuicio de lo dispuesto por las normas de derecho internacional privado, a los siniestros a que se refiere este título les será de aplicación la legislación del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, y serán competentes los jueces



premio en recuerdo del desaparecido Fernando Reglero Campos, director de esta publicación, Javier López y García de la Serrana.



y Tribunales de dicho Estado”; considerando así que dicho precepto no ha sido derogado por el nuevo Reglamento, artículo 4.

Ante dicho panorama, deberá ser, como en muchas otras ocasiones, la Jurisprudencia, la que venga a aclarar cuáles van a ser los términos en que el artículo 4 del citado Reglamento resulte aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de accidentes de tráfico, y asimismo cuáles van a ser sus consecuencias, debiendo solucionar también los innumerables conflictos que pueden surgir si el extranjero que sufre un accidente en un lugar distinto a su lugar de residencia, pretende aplicar la ley de su lugar de domicilio. En este sentido tenemos ya el antecedente de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007.

Lo cierto es que a más corto o largo plazo tendremos un tratamiento unificado de esta materia. Esto hace pensar que antes de que se nos imponga desde fuera, parece claro que ha llegado el tiempo de reconsiderar algunos aspectos del baremo, entre los que la valoración del lucro cesante es uno de los que merecería mayor atención por la gran diferencia existente entre España y el resto de países europeos, y es que se puede decir que en la práctica totalidad de los países europeos, se busca la reparación completa de los daños personales en casos de accidentes de circulación, siendo la diferencia fundamental con el sistema español su distinto talante ante la indemnización de unos y otros tipos de daños. Así, los daños económicos son reparados sin restricciones en el Reino Unido, Alemania, Francia e Italia, mostrándose los tribunales abiertos a la hora de fijar indemnizaciones por estos daños, mientras que los daños puramente morales son valorados de forma más arbitraria y restrictiva en estos países, al contrario que en España, donde se es muy generoso a la hora de indemnizar los daños morales y muy restrictivo a la hora de indemnizar por los daños patrimoniales.

En conclusión, cada vez va siendo más palpable y asumida la necesidad de reformar el sistema legal valorativo para reconocer claramente la necesidad de valoración del daño patrimonial, tal y como ocurre en el resto de Europa.

No quiero acabar esta editorial sin felicitar públicamente a los participantes en el premio Fernando Reglero Campos, otorgado in memoriam de nuestro miembro de honor que desgraciadamente nos dejó el pasado 26 de abril de 2008, dejando un enorme vacío en el mundo del Derecho y en especial en el ámbito de la Responsabilidad Civil. El premio fue fallado y entregado en nuestro último congreso nacional celebrado en Noviembre de 2008 en Santander, y del que tienen cumplida información en el apartado de noticias. El **primer premio** fue para el trabajo “Análisis del tratamiento de los gastos de asistencia médica, hospitalaria y farmacéuticos en los accidentes de circulación” de **Vicente Magro Servet**, Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante y Doctor en Derecho. Como finalistas quedaron los siguientes trabajos: “El seguro de Responsabilidad Civil por Protección de Datos personales” de **José María Elguero y Merino**, Abogado y Doctor en Derecho; “Responsabilidad Patrimonial de la Administración en accidentes de tráfico por atropellos con especies cinegéticas” de **Pilar Domínguez Martínez**, Abogada, Doctora en Derecho y Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Castilla la Mancha; y “El fundamento ético de la responsabilidad sanitaria” de **Eugenio Moure González**, Abogado y miembro de nuestra Asociación. Tanto el primer premio como el resto de trabajos finalistas se publican en este número de la revista.

Por último desear a todos un venturoso 2009; año que acaba de comenzar con no muy buenos pronósticos económicos y laborales, pero que esperamos que al final los mismos no se cumplan o al menos sirvan para salir fortalecidos y con la lección aprendida.

Análisis del tratamiento de los gastos de asistencia médica, hospitalaria y farmacéuticos en los accidentes de circulación

Vicente Magro Servet

*Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante
Doctor en Derecho*

PRIMER PREMIO

FERNANDO REGLERO CAMPOS



Sumario

1.- Introducción. Planteamiento del problema.

2.- Alcance de la importancia de la reclamación del perjudicado por la vía del art. 7.2 del R.D. 8/2004 tras la reforma operada por la Ley 21/2007 y la obligatoriedad, o no, de la inclusión de estos gastos en esta reclamación inicial.



3.- La determinación del alta de sanidad y su influencia en el devengo de los gastos médicos. Momento de la sanación o consolidación de las secuelas para fijar el alcance de los gastos.

- A) Aceptación por el juez del informe forense o de parte en donde se fije la extensión de las lesiones o secuelas.
- a) 1.- Los informes periciales no son vinculantes en modo alguno para el juez.
 - a) 2.- La motivación del acogimiento de la pericial y exclusión de las restantes.
 - a) 3.- ¿Cuándo se entenderá que ha habido un exceso en la valoración de la pericia por el juez o la asunción de una pericia y descarte de otra?
 - a) 4.- ¿Cómo se lleva a cabo este proceso de examen de la pericia aportada?
 - a) 5.- Consejo para evitar la confrontación de pericias entre el informe forense y el de parte mediante la solicitud de la parte que disiente de que el médico forense vuelva a realizar un nuevo examen de la documentación de la parte acerca de la necesidad de extender el alcance lesional del perjudicado.
- B) ¿Hasta dónde llega el periodo de baja que da derecho a indemnización?
- C) La necesidad o innecesidad de la asistencia médica como factor determinante del derecho al devengo de la devolución del importe contenido en las facturas.

4.- La posibilidad de reclamar el pago de una pensión provisional con la finalidad de que el perjudicado pueda ir haciendo frente a los gastos de asistencia médica, farmacéuticos y hospitalarios.

5.- La existencia de elementos correctores en la indemnización y su afectación a los gastos de asistencia médica y hospitalaria.

6.- La acreditación de los gastos médicos, hospitalarios y farmacéuticos en ejecución de sentencia.

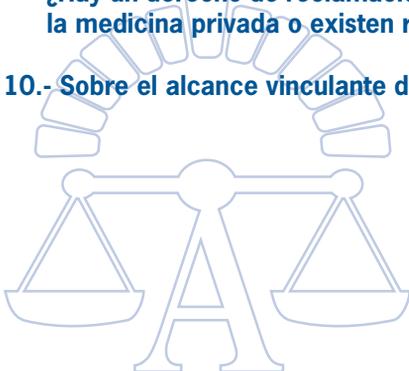
7.- Supuestos prácticos del ejercicio de la acción de reclamación por el perjudicado frente a la aseguradora o del derecho de repetición por quien abonó los gastos frente a la responsable civil final y análisis de los plazos de prescripción en el ejercicio de esta acción.

- a) La reclamación directa de los gastos médicos por las Mutuas laborales que atendieron al perjudicado frente al responsable del accidente. Legitimación y plazo de prescripción de la acción.
- b) El plazo de prescripción del ejercicio de la acción civil para reclamar gastos médicos, hospitalarios y farmacéuticos por el perjudicado tras sentencia penal absolutoria.
- c) Plazo de prescripción de la acción de reclamación de los gastos médicos, farmacéuticos y hospitalarios de una persona hacia su propia aseguradora del vehículo accidentado en base a la existencia de un contrato de seguro en el que se incluye el de personas para estos casos.

8.- La responsabilidad en el pago de los gastos médicos y hospitalarios y la obligación de ser asumidos por el sistema de la Seguridad Social.

9.- ¿Existe un derecho de elección del perjudicado a ser atendido por la medicina privada o la pública? ¿Hay un derecho de reclamación del perjudicado frente a la aseguradora de los gastos derivados de la medicina privada o existen restricciones al respecto?

10.- Sobre el alcance vinculante del convenio de asistencia sanitaria de UNESPA.





1.- Introducción. Planteamiento del problema.

El repentino e inesperado fallecimiento de Fernando Reglero Campos hace unos meses supuso un mazazo terrible para todos los que trabajamos en el área del derecho de la circulación. La muerte es implacable e inesperada cuando no se presenta tras una enfermedad y quizás es este carácter sorpresivo el que puede producir, en ocasiones, más dolor que en aquellas otras situaciones que puede ser más previsible por razones de edad o enfermedad. Por ello, la injusticia que, en ocasiones, ejerce la vida hizo que desapareciera de entre nosotros una persona humana y técnicamente impecable. Generalmente se habla de que todos somos sustituibles, pero no es cierto. A algunas personas cuesta y costará sustituir. Por descontado, es imposible hacerlo en su entorno familiar, y casi de la misma manera en el terreno profesional será difícil ocupar su hueco.

En este sentido, poner en liza un Premio que lleve su nombre supone un acierto y un reconoci-

miento a una labor y una forma de reiterar su recuerdo cada año en una materia que trabajó y de la que era conocedor a fondo.

Es por ello, por lo que escribimos estas líneas en este Premio en su homenaje, escogiendo un tema recurrente en el derecho de la circulación, como lo es el de las reclamaciones que siempre se adicionan en los litigios referidos a los accidentes de circulación respecto a los gastos médicos, farmacéuticos y hospitalarios. Unos gastos que, de suyo, están incluidos como objeto de reclamación en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor en cuyo número Primero se incluyen los *Criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización* para señalar en el número 6º, que tiene su última y más reciente redacción por el apartado diecisiete del artículo primero de la Ley 21/2007, de 11 de julio, que:



“Además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas, siempre que el gasto esté debidamente justificado atendiendo a la naturaleza de la asistencia prestada”.

Con ello, es admisible que junto con la reclamación basada en las partidas incluidas en las tablas del Anexo se reclamen estos conceptos que llevan consigo una serie de exigencias que lo son de prueba para su admisibilidad por el juez o tribunal. Así podemos fijar las siguientes premisas para el análisis inicial de esta cuestión, a saber:

1.- Complementariedad de los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria con las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas.

Se busca conseguir la total indemnidad en el perjudicado, ya que en el derecho de la circulación y en el derecho de daños rige con fuerza este principio que se presenta como fin en sí mismo, lo que comporta el total restablecimiento de la situación patrimonial del perjudicado. Y ello no solo lleva consigo el abono por la aseguradora de daños y compensación por lesiones, secuelas y/o días de incapacidad, sino por todos los gastos que se hubieran devengado del accidente del que no ha sido responsable el perjudicado. Además, el propio Anexo del Baremo se encarga en este caso de fijar de forma clara que lo serán también los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria, ya que tienen una directa relación con el hecho y no

suponen, obviamente, ningún enriquecimiento injusto para el perjudicado, sino que lo sería para quien resulte deudor en este caso, autor responsable del accidente y/o compañía aseguradora, en el caso de no obligar a estos últimos a su pago por derivarse su abono directamente del ilícito cometido.

2.- Satisfacción de los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas.

Trataremos en el apartado correspondiente sobre esta cuestión que tiene una gran importancia en orden a fijar cuáles son los gastos de los que se debe responder en cuanto a su extensión en el tiempo. En este sentido, la práctica del foro nos ofrece una rica casuística acerca de si el autor y/o aseguradora deberán responder absolutamente de todos los gastos que presente el perjudicado, siempre que se incluyan en uno de estos tres conceptos citados, o si existen límites temporales y de contenido acerca de los que pueden presentarse al cobro o que sean objeto de reclamación en el juicio correspondiente. Aun así, habrá que precisar que no pueden incluirse en el concepto de gastos médicos los derivados de actuaciones encaminadas a conseguir informes médicos que avalen una extensión de la duración de las lesiones o consolidación de secuelas que requiera de mayor tratamiento, como apunta la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, Sentencia de 24 Mar. 2004, rec. 4/2004¹.

3.- Necesidad de que el gasto esté debidamente justificado atendiendo a la naturaleza de la asistencia prestada.

¹ “Los gastos médicos, por ser posteriores a la sanidad y estar encaminados no a la curación de las lesiones sino a la obtención de informes médicos de carácter privado para preparar la reclamación judicial se desestiman. No se trata pues de daños y perjuicios causados directamente por el accidente y por tanto el Juez actúa correctamente al excluirlos de la indemnización.” En la misma línea, la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, Sentencia de 2 Sep. 2003, rec. 137/2003, que señala que “Por lo que se refiere a los gastos médico-farmacéuticos, también discute el recurso la no concesión de cantidades recogidas en algunas de las facturas presentadas, en concreto las que figuran como documentos números 39 a 42, 49 y 50 de las a nombre de D. Jose María, y el 64 de los de Dª Esperanza. Dada la naturaleza de los mencionados documentos y su relación exclusiva con la valoración de las secuelas que la parte esboza pero que no es estimada, esta Sala ha de estar conforme con la correcta valoración de su rechazo.” También, la Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, Sentencia de 30 May. 2002, rec. 224/2002, que señala que: “No se condena al pago de los gastos médicos reclamados, por corresponderse con sendos informes confeccionados para ser incorporados al procedimiento y que, según el criterio de ordinario mantenido, deben ser sufragados por quien los solicita”.



Se trata de una obvia exigencia de prueba documental que acredite la existencia del gasto. Sobre esta referencia recuerda con acierto Mariano Medina² que no estaba incluida en el texto originario de la regla, introducido pintorescamente en el art. 12.1 del Reglamento aprobado por R.D. de 12 de Enero de 2001, y que se elevó a rango legal con ocasión de la reforma introducida por Ley de 11 de Julio de 2007, aunque su expresión legal es innecesaria en la medida en que está fuera de toda duda razonable que si un gasto asistencial no está justificado no debe ser objeto de resarcimiento. Además, cita este autor otro dato de gran interés al objeto del presente estudio, cual es que el texto originario se refería solo a los gastos de asistencia médica y hospitalarios,

pero sin hacer mención a los farmacéuticos que se incluyen en la reforma de la Ley 21/2007, aunque pudiera entenderse que estos últimos estaban incluidos en los gastos de asistencia médico-hospitalaria, no obstante lo cual entendemos con este autor acertada esta adición, a fin de evitar interpretaciones distintas en los tribunales de justicia cuando no existe claridad en la norma y se deja abierta la puerta a múltiples y diversas interpretaciones.

Obviamente, más tarde veremos en el presente trabajo doctrinal que es posible que el perjudicado pueda reclamar de la aseguradora el pago de una pensión provisional para cubrir, precisamente, el pago de este tipo de gastos, entre otros. Hay que

² MARIANO MEDINA CRESPO. En SEPIN.NET Tráfico. Julio-Agosto de 2008. Nº 19.



tener en cuenta que aunque la exigencia de prueba de los mismos es lógica para fijar en sentencia la suma de la que deba responder la aseguradora, en el caso de fijarse la responsabilidad de su asegurado, esta no lo es tanta cuando se trata de fijar la pensión provisional.

En consecuencia, en las presentes líneas procedemos a realizar un exhaustivo examen de la casuística que rodea esta interesante cuestión que se nos suele presentar con frecuencia en los procedimientos judiciales que se tramitan con relación al derecho de la circulación. Así, en principio, es obvio que los gastos de esta naturaleza que tengan una relación directa con el siniestro deben ser asumidos por quien fue declarado responsable del accidente, no obstante lo cual la praxis diaria nos demuestra que es esta una cuestión de indudable interés práctico y que nos ha llevado a elegirla en este Premio In Memoriam de Fernando Reglero Campos por las distintas vertientes que tiene su enfoque teórico-práctico y la necesidad de fijar criterios uniformes en orden, por un lado, a evitar que alguien pueda aprovecharse de un siniestro para incluir partidas que no tienen relación con el mismo y sí con hechos distintos con un indebido enriquecimiento injusto, y, por otro, de ser ciertos los gastos por la atención dispensada relacionada con el accidente, ajustar los mismos en base a la pericia valorada debidamente por el juez o tribunal, a fin de conceder al perjudicado los que le correspondan realmente. Para ello, hemos elaborado una serie de apartados directamente relacionados con esta casuística y que constan detalladamente desglosados en el índice general aportado, dada la importancia que tiene esta cuestión para los Abogados especializados en el Derecho de la Circulación.

2.-Alcance de la importancia de la reclamación del perjudicado por la vía del art. 7.2 del R.D. 8/2004 tras la reforma operada por la Ley 21/2007 y la obligatoriedad, o no, de la inclusión de estos gastos en esta reclamación inicial.



Arrancamos, como no podría ser de otra manera, con la figura novedosa de la reclamación del perjudicado y los conceptos y/o partidas que este puede reclamar desde un primer concepto, aunque, obviamente, todavía será pronto para que el perjudicado tenga en un primer momento la documentación de gastos médicos, hospitalarios y/o farmacéuticos que podrían aportarse más tarde para el enjuiciamiento. Por ello, hay que destacar, en primer lugar, que fue importante en materia indemnizatoria la reforma introducida en el Real Decreto 8/2004, de 29 de Octubre por la Ley 21/2007, de 11 de julio de reforma sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor que modifica de forma notable la actuación obligatoria que tiene que articular el perjudicado por un siniestro.



tro de circulación para que la aseguradora la presente la oferta motivada de indemnización prevista en el art. 7.2 del R.D. 8/2004.

Sabemos, por ello, que los efectos de la declaración de la mora al objeto de la imposición de intereses moratorios no se producen ya desde la fecha del siniestro, sino desde la fecha de la **reclamación del perjudicado**, por lo que la determinación del dies a quo es distinta con la nueva redacción del art. 7.2 del R.D. 8/2004 en virtud de la reforma introducida por la Ley 21/2007, de 11 de Julio, a saber:

“En el plazo de tres meses desde la recepción de la reclamación del perjudicado, el asegurador de-

berá presentar una oferta motivada de indemnización si entendiera acreditada la responsabilidad y cuantificado el daño, que cumpla los requisitos del apartado 3. En caso contrario, o si la reclamación hubiera sido rechazada, dará una respuesta motivada que cumpla los requisitos del apartado 4 de este artículo”.

Con ello, se introduce ahora una postura de la aseguradora de ofrecer un estudio al perjudicado en el que se le ofrezca la suma que entiende la aseguradora como procedente para cubrir los daños y perjuicios que haya sufrido en el siniestro el perjudicado. Pero debemos entender que esta oferta motivada tiene una directa relación con cuál haya sido el contenido de la reclamación del perjudicado.



En este sentido, si en el art. 7.3³ se delimita el contenido de la oferta motivada de indemnización tras la Ley 21/2007 es evidente que para que por la compañía aseguradora se pueda presentar la oferta motivada, la reclamación no se debe limitar a la presentación de un mero escrito de reclamación en forma al objeto de que quede cumplimentada a efectos formales la exigencia del art. 7.2 del R.D. 8/2004. Bien es cierto que la mención que hace la reforma operada por la Ley 21/2007, de 11 de julio a la **reclamación del perjudicado** es sumamente escueta y que mien-

tras que en el art. 7.3 se disciplina de forma detallada el contenido que deberá revestir la **oferta motivada** de la aseguradora nada dice el art. 7.2 del contenido que debe tener la reclamación del perjudicado.

Ahora bien, debemos entender que en la medida en que la Ley exige a la aseguradora el contenido de la oferta motivada en el apartado 3º del art. 7 debemos exigir los correspondientes extremos al perjudicado para que la aseguradora tenga la base suficiente para dar cumplimiento a su oferta motivada.

³. Para que sea válida a los efectos de esta Ley, la oferta motivada deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a) Contendrá una propuesta de indemnización por los daños en las personas y en los bienes que pudieran haberse derivado del siniestro. En caso de que concurran daños a las personas y en los bienes figurará de forma separada la valoración y la indemnización ofertada para unos y otros.
- b) Los daños y perjuicios causados a las personas se calcularán según los criterios e importes que se recogen en el anexo de esta Ley.
- c) Contendrá, de forma desglosada y detallada, los documentos, informes o cualquier otra información de que se disponga para la valoración de los daños, identificándose aquellos en que se ha basado para cuantificar de forma precisa la indemnización ofertada, de manera que el perjudicado tenga los elementos de juicio necesarios para decidir su aceptación o rechazo.
- d) Se hará constar que el pago del importe que se ofrece no se condiciona a la renuncia por el perjudicado del ejercicio de futuras acciones en el caso de que la indemnización percibida fuera inferior a la que en derecho pueda corresponderle.
- e) Podrá consignarse para pago la cantidad ofrecida. La consignación podrá hacerse en dinero efectivo, mediante un aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del órgano jurisdiccional correspondiente, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad consignada.

Por ello, la reclamación del perjudicado debería contener como contenidos mínimos:

- **Identificación del reclamante.**
- **Condición en la que se efectúa la reclamación.** Es decir, si se trata de perjudicado en caso de fallecimiento la relación parental que la ubica en la Tabla I, o, en su defecto, las circunstancias que le legitiman para presentar la reclamación. Si no se trata de fallecimiento la condición de víctima del siniestro o de perjudicado por el mismo.
- **Evaluación de daños y perjuicios** en relación al baremo de circulación incluido en el Anexo del R.D. 8/2004.

A la hora de realizar la cuantificación con arreglo al baremo del año a aplicar hay que señalar que desaparece el criterio del baremo de la fecha del siniestro en base a la fijación del criterio por el Pleno del Tribunal Supremo en las sentencias 429 y 430 de 17 de Abril de 2007 en cuanto a doctrina jurisprudencial que los daños sufridos en un accidente de circulación, que quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado.

- **Se aportarán los informes o documentos de que disponga el perjudicado.** En efecto, si en el art. 7.3, c) se recoge que para la elaboración de la oferta motivada se tendrán en cuenta los informes o documentos de que disponga la aseguradora es evidente que sería deseable que el perjudicado los aportara con su reclamación.

- **La carga de la prueba de la realización de la reclamación es del perjudicado.** No se exige la fehaciencia, pero sí la prueba de haberla llevado a cabo si lo niega la aseguradora.

Ahora bien, como antes hemos señalado, al objeto que ahora nos interesa es evidente que la reclamación del perjudicado, que es inicial, no podrá incluir los gastos de asistencia médica, farmacéuticos y hospitalarios, ya que todavía no se habrá alcanzado, obviamente, la sanación de la lesión que se le hubiere producido al perjudicado, o la consolidación de la secuela. Por ello, se deja abierta la inclusión de estos conceptos en la reclamación del perjudicado que debe circunscribirse a una estimación inicial con los datos de los que se disponga en esos primeros momentos tras el accidente.

Por ello, cuando la aseguradora realice la oferta motivada no tiene por qué incluir en esta oferta los conceptos de gastos de asistencia médica, farmacéuticos y hospitalarios todavía no devengados y que no habrán sido incluidos en la reclamación del perjudicado por no ser conocidos ni estimados. Tampoco este desconocimiento del perjudicado obliga a la aseguradora a estimarlos, ya que aunque es obligación de la aseguradora tratar también de responder ante el real perjuicio causado y su cuantía si pudiese calcularse, no puede exigirse esta inclusión en la oferta motivada de los gastos antes citados, a no ser que su exigencia se incluya como pago de pensión provisional.

De todos modos, recordemos que la literalidad del art. 7.2 no le permite a la aseguradora eludir sin más la obligación de oferta motivada por señalar que los daños y perjuicios no se pueden cuantificar, por ejemplo, porque el perjudicado no haya obtenido el alta forense, ya que el párrafo 4º del art. 7.2 señala que: El asegurador deberá observar desde el momento en que conozca por cualquier medio la existencia del siniestro una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indem-



nización. Ello quiere decir que debe adoptar una actitud dirigida a poder cuantificar la indemnización y también la liquidación. Fácil sería si la actitud de la aseguradora se centrara siempre en que no existe alta de sanidad y/o no se han determinado las lesiones causadas todavía⁴.

Además, aun en el caso de que la suma ofertada por la aseguradora fuera aceptada por el perjudicado no impediría a este reclamar en el juicio oral por su dirección letrada los gastos médicos, hospitalarios y farmacéuticos. Ello debe entenderse así, dado que el apartado 3º del art. 7, letra d) señala que Se hará constar que el pago del importe que se ofrece no se condiciona a la renuncia por el perjudicado del ejercicio de futuras acciones en el caso de que la indemnización percibida fuera inferior a la que en derecho pueda corresponder-

le. En este sentido, aunque se realice una oferta motivada y sea aceptada por el perjudicado ello no le impide a este reclamar una cuantía superior si, por ejemplo, tras el alta se comprueba que han existido secuelas mayores a las que se preveían o situaciones de incapacidad igualmente no previsibles médicamente cuando se aceptó la oferta motivada. Por ello, la falta de determinación concreta de la suma a indemnizar no es razón válida en la que pueda ampararse la aseguradora para no realizar la consignación para pago u oferta motivada. Además, como hemos citado, la aceptación de la suma incluida en la oferta no permite la renuncia, como sí que se estaba produciendo hasta la reforma operada por la Ley 21/2007 en algunos casos en los que se exigía la firma de la renuncia a lo no pactado por el perjudicado de aceptarse por este la suma ofertada debidamente.

⁴ Audiencia Provincial de Almería, Sección 2ª, Sentencia de 31 Jul. 2003, rec. 241/2003: El asegurador no actuó con la diligencia necesaria a la hora de comprobar el valor del daño y lesiones causadas y, por tanto, no consignó la cantidad debida, al menos, por las lesiones del menor Leonardo. Es cierto que en el momento de la consignación, la determinación de la gravedad de las lesiones y secuelas de dicho perjudicado, podía acarrear cierta indeterminación, pero no lo es menos que en octubre de 1999, cuando se emite el primer informe de sanidad por el Sr. Médico Forense, ya se tenía conocimiento cierto de que aquella cantidad consignada sería claramente insuficiente en relación a las cantidades que le corresponderían de acuerdo con el baremo de la ley.... este Tribunal entiende que la demandada no ha cumplido con lo preceptuado en la norma, al no haber actuado diligentemente a la hora de determinar la gravedad de las consecuencias dañosas derivadas del accidente, consignado la cantidad realmente debida.

3.- La determinación del alta de sanidad y su influencia en el devengo de los gastos médicos. Momento de la sanación o consolidación de las secuelas para fijar el alcance de los gastos.

Hemos visto que el apartado 6º de la regla Primera del Anexo del R.D. 8/2004 extiende la indemnización de los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas. La cuestión que ahora nos surge se centra en delimitar con detalle qué debemos interpretar por el concepto *sanación o consolidación de secuelas*.

En consecuencia, se incluye un alcance temporal en la reclamación de estos gastos hasta que el perjudicado haya curado o se hayan consolidado las secuelas, para lo que es preciso que exista un informe forense o médico de parte aceptado por el juez, en virtud del cual se fije el momento hasta el que se pueden reclamar estas partidas siempre que estén debidamente justificadas.

Pues bien, para fijar con detalle esta cuestión es preciso señalar varias cuestiones de interés para determinar con certeza hasta qué fecha o momento se pueden reclamar gastos, a saber:

A) Aceptación por el juez del informe forense o de parte en donde se fije la extensión de las lesiones o secuelas.

Ello quiere decir, en primer que el juez tendrá que aceptar la pericia que le haya llevado al convencimiento acerca del alcance de la extensión de las lesiones o secuelas, circunstancia sobre la que las partes suelen aportar dictámenes periciales que llevan a que declaren en el juicio los médicos que han avalado cuál es la extensión de las lesiones, o el momento de la consolidación de secuelas, a fin de poder incluir la parte gas-

tos médicos, hospitalarios o farmacéuticos. Esta confrontación de pericias en torno a la diferencia de fechas y/o extensión del periodo de curación o consolidación final de secuela es una de las causas que dan lugar a motivos de recursos de apelación ante las Audiencias Provinciales cuando, por ejemplo, no se acepta por el juez “a quo” el contenido de la pericia aportada por la parte, lo que conlleva la no admisión de las facturas de gastos que se relacionan con la mayor duración del periodo de duración respecto al fijado por el médico forense en su informe.

Por regla general esta aportación de pericia se lleva a cabo al disentir la parte del contenido del informe emitido por el médico forense, e intentar convencer al juez “ad quem” de que el alcance lesional es mayor en su duración, lo que justifica que sea preciso recibir mayor atención médica y, en consecuencia, la admisión en la sentencia de mayor indemnización derivada de la aportación de facturas que avalan esta necesidad. La clave estará en si los gastos que se aportan tienen, o no, una relación directa con el siniestro que es objeto del litigio o se refieren a una lesión o problema médico anterior que el perjudicado ha aprovechado para mejorar su estado personal.

Además, esta exigencia de que el juez se apoye en su decisión en estos informes se recoge en el nº 11 del Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor en su regla Primera que:

“En la determinación y concreción de las lesiones permanentes y las incapacidades temporales, así como en la sanidad del perjudicado, será preciso informe médico”.

Pues bien, vamos a analizar las reglas que se fijan en nuestro ordenamiento jurídico y que son



tenidas en cuenta por el juez para asumir el alcance de las lesiones y la extensión del tratamiento médico que justifique la admisión de facturas que incluyan estos gastos reclamados a la aseguradora del conductor declarado responsable:

a) 1.- *Los informes periciales no son vinculantes en modo alguno para el juez.*

Una de las principales cuestiones que surgen en este problema de comparación de pericias o valoración por el juez de la prueba pericial aportada con respecto al alcance de la extensión temporal de las lesiones y consolidación de secuelas es el relativo a si es esta una prueba tasada en orden a la creencia de que prima siempre el perito judicial, - médico forense- sobre el aportado por la parte. Recordemos, a estos efectos, que en nuestro sistema procesal penal los informes periciales no vinculan de modo absoluto al juzgador, porque –como dice el auto del Tribunal Constitucional núm. 868 de 1986– no son en sí mismos manifestaciones de una verdad incontrovertida; la prueba pericial ha de ser valorada por el Juzgador, atendiendo a su convicción y a los criterios de la sana crítica. Por su parte, la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo ha venido proclamando que los órganos judiciales no están vinculados por las conclusiones de los peritos, salvo cuando éstos se basan en leyes o reglas científicas incontrovertibles, por lo que no puede prosperar cualquier alegación que pretenda fundamentar el error del juzgador a quo en las conclusiones dispares y contradictorias de las distintas pericias médicas manejadas (STS 23 Ene. 1990). Es decir, que la prueba pericial no es nunca vinculante para el juzgador. Ni lo es el informe forense, ni el aportado por la parte respecto a la extensión de la curación de las lesiones o el alcance de secuelas y su estabilidad.

Los expertos –utilizada la expresión en sentido general incluyendo los titulados y los no titulados– aprecian, mediante máximas de experiencia

especializadas y propias de su preparación, algún hecho o circunstancia que el perito adquirió por el estudio o la práctica o a través de ambos sistemas de obtención de conocimientos y que el juez puede no tener, en razón a su específica preparación jurídica. Los jueces no tienen por qué abarcar en su preparación y conocimientos todas las ramas del saber humano ni, por ello, todas materias que pueden ser sometidas a nuestra valoración; para aclarar el significado o valoración de ciertos hechos, han de acudir a los peritos que, con sus conocimientos, le informan en el marco de sus especialidades; el juez lo que ha de hacer es recoger los informes periciales y valorarlos, sacando las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan; por ello el perito debe describir la persona o cosa objeto de la pericia, explicar las operaciones o exámenes verificados y fijar sus conclusiones (art. 478 LECrim.) que tiene como destinatario el Juzgador.

En este sentido, el juez estudia el contenido del o los informes periciales y, en su caso, las explicaciones orales, reflexiona sobre lo que se dice y, finalmente, los hace suyos o no, o los hace parcialmente. No se trata, pues, de un juicio de peritos, sino de una fuente de conocimientos científicos, técnicos o prácticos que ayudan al juez a descubrir la verdad. En estos casos de valoración sobre el alcance de las lesiones y secuelas el juez valorará las pericias aportadas, pero, como explicamos más adelante, entendemos que la mejor vía para evitar este juego de comparaciones es, si existe una diferencia entre el informe médico forense y el de parte, solicitar del juez un nuevo examen forense basado en la exhibición de la documentación del perito de parte e informes médicos de atención al perjudicado, a fin de que se evalúe por el forense sobre la justificación y necesidad de esta ampliación en la extensión temporal lesional y de secuelas. No puede olvidarse que los médicos forenses constituyen un cuerpo titulado al servicio de la Administración de Justicia, y desempeñan funciones de asistencia técnica a Juzgados, Tribunales, Fis-

calías y oficinas del Registro Civil en las materias de su disciplina profesional, en los supuestos y formas que determinen las leyes, siendo su cometido, entre otros, la emisión de informes y dictámenes médicos legales en el marco del proceso judicial, realizando el control periódico de los lesionados y la valoración de los daños corporales.

a) 2.- La motivación del acogimiento de la pericial y exclusión de las restantes.

Como ya hemos señalado anteriormente, suele ser práctica habitual la alegación en recursos de apelación de error en la valoración de la prueba pericial por haber asumido el contenido de una pericia y excluir el juez la restante, -así, suele alegarse generalmente que se acoge el propuesto por el médico forense y se ha desestimado el de la parte sin más-, pero ante estas alegaciones habituales debe recordarse que respecto de la apreciación y valoración de la prueba pericial, en virtud de los principios de libertad, de actuación e inmediación, es función exclusiva y excluyente del Juzgador “a quo” y solo puede ser revisada por la Audiencia Provincial –a través del recurso de apelación– en los siguientes casos:

- Carencia de motivación o
- Las razones utilizadas por aquel sean ilógicas, absurdas o contrarias a criterio del razonar humano.
- En estos casos debe señalarse de manera precisa y concreta, cual es el dato equivocado y cual el acreditado que ha de sustituirlo sin necesidad de hipótesis o conjeturas, y sin que pueda pretenderse, con la alegación de

«errónea valoración de la prueba», sustituir la imparcial y objetiva apreciación del Juzgador «a quo» por una interpretación subjetiva e interesada de la parte recurrente.

- La elección y seguimiento por el Juzgado de instancia del dictamen pericial judicial en lugar de hacerlo del aportado por la parte, - lo que se plantea en muchos casos en el orden penal- no es por sí causa directa de error valorativo cuando la libertad de valoración es plena en tanto no se demuestre tal elección como arbitraria o ajena a las reglas de la sana crítica, precisamente encarnada en la pericia emitida,
- Es decir, que la parte es la que tiene que hacer un esfuerzo explicativo y motivador de las razones por las que entienda que el criterio del juzgador es arbitrario y discrecional, aunque cierto y verdad es que será difícil cuando está asentado sobre una pericia concreta. La cuestión sería más sencilla si pese a la existencia de una pericia “X” el juzgador se apartara y no entendiere acreditada determinada cuestión exigente de pericia cuando esta se ha aportado y practicado en el proceso, ya que debería realizar un esfuerzo explicativo de que rechaza la pericia, en los casos en que exista solo una.

Aun así, debe concluirse que no es una regla absoluta e incontestable que siempre y en cualquier circunstancia suele admitirse sin más el informe forense, sino que los jueces analizan las razones del informe de parte y las explicaciones efectuadas en el plenario para justificar las razones por las que se pretenden incluir conceptos o elementos no tenidos en cuenta por el forense en su informe⁵.

⁵ Por ejemplo, Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, Sentencia de 17 Dic. 2007, rec. 3067/2007: “Brevemente podemos indicar, que es por todos conocida la postura generalizada de aceptar a priori y de manera íntegra los informes emitidos por los Médicos Forenses, lo cual no ha de ser obstáculo, en el presente caso, para que tengamos en cuenta algo que quizás por la labor diaria hemos tendido a minimizar o simplemente dejar de lado, cual sería el indudable impacto psíquico producido, en mayor o menor grado tras sufrir concretos accidentes de circulación, accidente éste, que supuso la muerte de su amiga y compañera de vehículo, cuestión que no precisa de mayor probanza, y de ahí que nos inclinemos por aceptar los 12 puntos por las secuelas funcionales más los 6 de perjuicio estético, considerando ello como un todo, pese a no estar en principio recogidos en el informe forense.”



a) 3.- ¿Cuándo se entenderá que ha habido un exceso en la valoración de la pericia por el juez o la asunción de una pericia y descarte de otra?

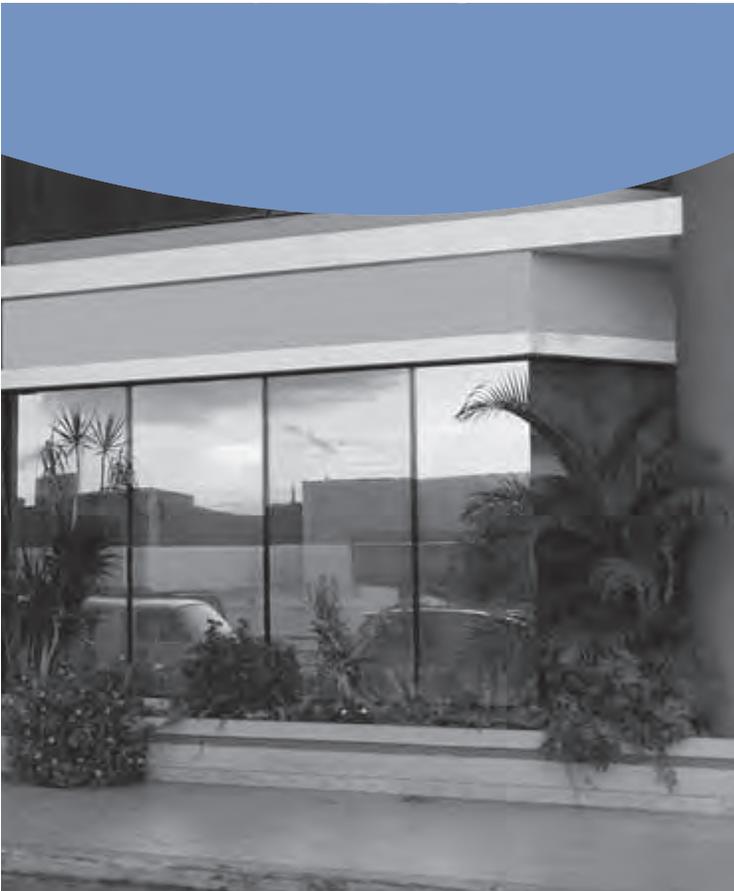
Es doctrina jurisprudencial reiterada que no puede sustituirse la valoración que el juzgador de instancia hace de toda la prueba practicada por la valoración que realiza cada parte recurrente, función que corresponde al juez, «a quo» y no a las partes (STS 7-10-97) habida cuenta la abundante doctrina jurisprudencial elaborada sobre la prevalencia de la valoración de las pruebas que realizan los órganos judiciales, por ser más objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses (STS 1-3-94). Se insiste, así, por la doctrina jurisprudencial que las pruebas están sujetas a su ponderación en concordancia con los demás medios de prueba (STS 25-1-93) en valoración conjunta (S. TS. 30-3-88), y con el predominio de la libre apreciación que es potestad de los tribunales de instancia a efectos de cualquier recurso. El juzgador que recibe la prueba puede valorarla de forma libre, aunque nunca arbitraria, transfiriendo la apelación al tribunal de la segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez, «a quo» de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencias o a las normas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso.

Así, ni la LEC ni la LECrim contienen reglas valorativas, sino admoniciones a los jueces y una apelación a la sana crítica y al buen sentido, para destruir una conclusión presuntiva del Juzgador. Por ello, si el letrado quiere combatir una valoración pericial efectuada por un juez de instancia, - en el caso que analizamos en el presente estudio con posible denegación de facturas relativas a gastos médicos, hospitalarios y farmacéuticos derivados



del informe de parte-, debe demostrar que ha seguido el juez, al establecer el nexo o relación, un camino erróneo, no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio. Lo que debe demostrar el letrado, - y es su carga de prueba- que cuestiona ese criterio final y adopción y/o asunción de una determinada pericia es que ese proceso deductivo es ilógico e irrazonable.

A veces se confunde la aportación de pericias y su desestimación por los tribunales, que llegan a una determinada convicción asumiendo unas y desestimando otras, con error valorativo de la prueba, pero hay que recordar al respecto que la valoración probatoria es facultad de los Tribunales sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza -principio dispositivo y de rogación- pero en forma alguna tratar de imponerlas a los juzgadores (STS. 23-9-96), (Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2ª, Sentencia de 29 Jul. 2005), pues no puede sustituirse la valoración



que hace el Juzgador de toda la prueba practicada por la valoración que realiza la parte que cuestiona una determinada valoración de una pericia, función que corresponde única y exclusivamente al Juzgador «a quo» y no a las partes (STS 7-10 97), habida cuenta la abundante doctrina jurisprudencial elaborada sobre la prevalencia de la valoración de las pruebas que realizan los órganos judiciales, por ser más objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses (STS 1-3-94).

a) 4.- ¿Cómo se lleva a cabo este proceso de examen de la pericia aportada?

Para realizar este proceso de valoración que le lleve al juez a admitir bien el informe forense, bien el informe médico de valoración aportado por la parte podemos recordar el criterio que ofrece la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia de fecha 14 Jun. 2004, rec. 326/2003 que recuerda las dos operaciones que es preciso que realice el

juez en el proceso valorativo de la prueba pericial, a saber:

Se trata de dos operaciones diferentes: una primera, denominada de apreciación o interpretación y una segunda, de valoración en sentido estricto.

En el primer estadio -de apreciación- pueden diferenciarse, a su vez, dos momentos:

a) En el primero, el juzgador ha de analizar separadamente todas y cada una de las pruebas aportadas o desenvueltas para establecer con la mayor fidelidad y exactitud cuáles sean los precisos elementos que proporcionan separadamente cada fuente de prueba, y desvelar cuáles sean las afirmaciones que cabe extraer como consecuencia de ese examen en función de su índole: lo declarado por las partes o por los testigos en los correspondientes interrogatorios; el contenido de los documentos u otros soportes aportados al proceso; lo percibido en el reconocimiento; y la información proporcionada por los peritos.

Respecto de estos últimos la interpretación consiste en el examen del dictamen emitido junto, en su caso, con los documentos, materiales o instrumentos complementarios que aquél haya decidido adjuntar y, eventualmente, con las observaciones, aclaraciones o explicaciones complementarias ofrecidas en el acto de la aclaración. Se agota en una mera labor de constatación y análisis del significado real de los datos, conclusiones y juicios de valor consignados en aquél y en el acto de documentación de la intervención oral de los peritos, en orden a precisar el exacto contenido y alcance de las palabras y expresiones empleadas.

Este cometido ha de realizarse siempre con cualesquiera medios de prueba, pero es particularmente necesario en el caso de la pericial. Se trata de una labor intrincada que excede del simple exa-



men semántico, en cuanto requiere constatar los extremos sobre los cuales se ha pronunciado el perito y su correspondencia con las afirmaciones de hechos oportuna y tempestivamente introducidas por las partes y de la necesidad, para su correcta elucidación, de conocimientos especializados ajenos a la ciencia jurídica.

b) En un segundo momento, debe calificar, asimismo de modo individualizado y en atención a las características particulares de cada medio y a las eventuales incidencias acaecidas durante su práctica -tachaduras, raspaduras o enmiendas en los documentos; existencia o no de firmas, sellos u otros medios de autenticación; contundencia, vacilaciones o contradicciones en las partes y los testigos al deponer o introducción de hipótesis o conjeturas; recusación de peritos; tacha de peritos o de testigos; aclaraciones o rectificaciones del dictamen, etc.-, la idoneidad objetiva y en abstracto de los resultados que arrojen para asentar sobre aquellos su convicción.”

Con ello, vemos que el juez, a la hora de enfocar el proceso deductivo en el análisis de la pericia en el proceso, en primer lugar debe incluir un proceso global y conjunto del análisis de la prueba. Así, examinará el resultado de la pericia con documentos u otras pruebas practicadas confrontando, por ejemplo, el resultado de la actuación de los peritos en la vista o juicio con documentales, declaración de partes, etc, para luego ir cerrando el círculo del resultado que hayan arrojado los medios de prueba y tener la habilidad de concluir un proceso deductivo en el resultado que es el que forma su convicción final. Ahora bien, no olvidemos que la asunción de una determinada pericia en este proceso deductivo no estará exenta de la motivación mínima en torno a la asunción de una determinada pericia. De todas maneras, gran parte de la doctrina entiende que no es preciso que se haga un examen exhaustivo y/o de fondo de las razones técnicas por las que asume una pericia y desesti-

ma otra, sino razones mínimas que con el conjunto de la prueba practicada le hayan llevado al juez a formar su convicción de que le convence más una razón técnica que otra. Nótese que el juez no es técnico, sino que su misión se reconduce al examen y valoración del informe que el perito o peritos emiten sin que se le pueda exigir una motivación plena que acabaría convirtiendo al juez en lo que no es, a saber: un perito.

a) 5.- *Consejo para evitar la confrontación de pericias entre el informe forense y el de parte mediante la solicitud del que disiente de que el médico forense vuelva a realizar un nuevo examen de la documentación de la parte acerca de la necesidad de extender el alcance lesional del perjudicado.*

En un Congreso organizado por la Asociación de Abogados Especialistas en Derecho de la Circulación celebrado en Cáceres los días 16 a 18 de Noviembre de 2006 surgió de forma intensa en el debate las razones por las que los jueces penales se decantan de forma sistemática por el resultado que ofrece los informes emitidos por el médico forense negando cualquier admisión del contenido de los informes que puedan aportar las partes respecto a médicos especialistas en valoración de daños corporal, o simplemente por el seguimiento que uno específico hubiera realizado al perjudicado. Parece que con ello se plantea la duda de si existe una preeminencia de un medio de prueba sobre otro, o que la prueba pericial forense es una especie de prueba tasada que sea cual sea su contenido será aceptado por el juzgador obviando lo que exponga al efecto la pericial médica de parte.

La evitación de la confrontación de pericial judicial y de parte mediante el análisis por el perito judicial de la documentación aportada por el perito de parte y emisión de nuevo informe.



Desde mi punto de vista es perfectamente válido acudir al plenario con la pericial judicial forense y la de parte, pero la práctica, como ya se ha adelantado anteriormente, nos aconsejaría otro tipo de estrategia procesal que iría por solicitar al juez instructor en su momento que, aunque se haya realizado ya el informe pericial por el forense, a la vista de la existencia de informes complementarios antes expuestos, sea examinado de nuevo el paciente por el médico forense. Este reconocimiento se haría con la aportación de los dictámenes citados o documentación que le permitirá al médico forense, perito judicial, efectuar un nuevo informe pero con un contenido más práctico para la parte y para el juez; a saber: estaríamos hablando de que en estos casos el forense efectuaría una pericia sobre pericia, lo que facilitaría la labor valorativa del juez penal y evitaría tener que acudir al juicio oral con la confrontación de pericias antes expuesta.

Es cierto, vistas las cosas como las acabamos de exponer, que si la parte asume el riesgo de acudir al plenario con confrontación de pericias, que el juez se quede con el examen y resultado de la pericia forense, lo que no evita que tenga que hacer mención al dictamen de parte. Pero a los efectos de la debida motivación podría señalar que no le constan probadas las secuelas y que las que incluyen en el dictamen de parte no llevan a su convicción de que tienen su origen en los hechos enjuiciados, por ejemplo, porque en el momento del examen del forense ni tan siquiera se hizo mención a ellos. ¿Pueden surgir más tarde las secuelas? Pues estamos hablando de cuestiones o conocimientos médicos de los que carece el juzgador, pero posee una pericia que es la del forense que descarta de plano esta consecuencia por su omisión en el informe. Aun así, para la parte sería más ventajosa la práctica que hemos expuesto que la de la mera confrontación y, evidentemente, para el juez facilitaría su labor valorativa al disponer de una pericia sobre la pericia.

Otros ejemplos los encontramos en el 339 LE-Crim (Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 25/2005 de 14 Feb. 2005, rec. 2123/2001 en cuanto este precepto autoriza expresamente al Juez instructor a ordenar de oficio la realización de determinados informes periciales en relación con el «cuerpo del delito», entendiéndose por tal «las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida» (art. 334.1 LECrim.). No tendría sentido intentar combatir los informes periciales judiciales con otros aportados por la parte, sino ahondar en la aportación de datos y/o documentos que permitan un examen completo por el perito judicial del resultado de los hallazgos.

Esta misma sentencia del TC de fecha 14 de Febrero de 2005 examina también la viabilidad de la emisión de informe pericial judicial por el médico forense en los casos de accidentes de circulación en los que se interese por el conductor someterse a la prueba de análisis de sangre para averiguar la detección de alcohol en sangre. Y al respecto el TC señala que “en cuanto a la decisión judicial de interesar del centro hospitalario la remisión de los resultados de la analítica referida, para que a su vista el médico forense emitiese dictamen pericial sobre la tasa de alcohol en sangre, en el curso de una causa penal abierta tras la muerte por atropello de un peatón, en la que concurren determinados indicios de los que racionalmente se desprende la previa ingesta de alcohol por parte del conductor del ciclomotor causante del atropello (comenzando por la propia manifestación del propio conductor), resulta desde luego:

a) que era idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 CEDH), esto es, que servía objetivamente para determinar los hechos que constituían el objeto del proceso penal;



b) que era necesaria a tal fin, esto es, que no existían otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, fueran igualmente aptas para conseguir dicho fin; y

c) que el sacrificio que imponía de tales derechos no resultaba desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de los indicios existentes”.

En este sentido, no sería viable y, además, superfluo que la parte propugnara un nuevo examen por médico de parte que efectuara un nuevo análisis y emisión de nueva pericia, sino que podrían aportarse datos que pudiera tener en cuenta el médico forense para emitir informe al respecto. Aunque fuera viable la proposición de nueva pericia médica debe entenderse obvia la imparcialidad y buen hacer del perito judicial forense que emite su informe y el juez valora posteriormente; y ello, sin olvidar que es sabido que este no es, sino, un dato más, no determinante por sí solo de la existencia de responsabilidad penal, ya que deben concurrir otras circunstancias que lleven al juez a la convicción de que se ha cometido un delito contra la seguridad del tráfico.

B) ¿Hasta dónde llega el periodo de baja que da derecho a indemnización?

Esta es una función importante del juez de proceder a analizar si las facturas presentadas en la atención médica, hospitalaria y farmacéutica al perjudicado están dentro del periodo de baja del paciente y existe una relación de causalidad en la atención médica prestada con el siniestro que es objeto del procedimiento. No puede pretenderse que al amparo de un accidente de tráfico el perjudicado tenga una libertad absoluta para llevar a cabo cualquier tipo de asistencia médica que no esté perfectamente definida y tenga relación con ese siniestro.

Así, recuerda la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6ª, Sentencia de 13 Abr. 2007, rec. 184/2006 que se comparte el criterio de que únicamente cabe acceder a los gastos correspondientes a las facturas presentadas dentro del período de baja, por considerar que las restantes carecen de relación causal con el accidente.

C) La necesidad o innecesidad de la asistencia médica como factor determinante del derecho al devengo de la devolución del importe contenido en las facturas.

A la hora de que el juez admita o rechace las facturas aportadas al juicio sobre gastos médicos, hospitalarios o farmacéuticos debe estar amparado por la base de la necesidad del tratamiento prescrito o que precisa el paciente. Así, aunque se trate de facturas aportadas con posterioridad a la fecha del informe de sanidad del forense, el juez deberá examinar si tales facturas se ajustan a gastos que tienen relación directa con el siniestro y no son tratamientos llevados a cabo con desconexión de la causalidad del accidente. También pueden rechazarse los que estén relacionados con el mismo pero no se ajusten al concepto de la “necesidad”; es decir, que su tratamiento no sea imprescindible para tratar las lesiones o secuelas.

En este sentido, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª de 20 Abr. 2007, rec. 54/2007 que señala:

“Por lo que se refiere a los gastos médicos devengados tras el informe de sanidad emitido por el médico forense y que se justifican en los doc. nº 13 a 16 de los acompañados al escrito de demanda, se comparte igualmente el criterio de la juzgadora de primera instancia pues no pueden reputarse como innecesarios los gastos por atención médica, rehabilitación y farmacéuticos habidos para paliar las molestias hasta el momento en que se obtuvo el correcto diagnóstico de su padecimiento, debiendo sin

embargo acoger el recurso en el extremo referido a la factura expedida por la perito Doña. María Rosario por importe de 200 euros (doc. nº 14 demanda) pues efectivamente por constituir uno de los conceptos integrantes de las costas procesales deberá acogerse al régimen que le es propio (art. 241 nº 4 LEC)".

Ahora bien, una cuestión de sumo interés en este punto consta en la Revista de tráfico de SEPIN del mes Julio-Agosto 2008, en donde se planteaba en esta línea de necesidad una cuestión relativa a si se deben admitir, o no, los gastos de prótesis futuras necesarias; es decir, los producidos más allá de la consolidación de las secuelas.

Sobre esta cuestión destaca con acierto Mariano Medina⁶ que la redacción del punto 6º del Anexo en su redacción dada por la Ley 21/2007 conlleva una obligatoria interpretación de que los gastos resarcibles de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria son solo los que se produzcan hasta la sanación o consolidación de las secuelas, lo que supone, al decir con acierto de este autor, introducir en el resarcimiento un límite intolerable, porque pretende dejar al descubierto por completo los gastos asistenciales futuros que están ligados causalmente al daño corporal padecido. Estamos de acuerdo absolutamente con la crítica que se hace en este sentido al sistema introducido que limita temporalmente la posibilidad de adicionar estos gastos futuros pero relacionados con el siniestro más allá del límite temporal fijado en el punto nº 6 citado; más aún, por cuanto no supone un enriquecimiento injusto, sino un gasto relacionado con las consecuencias del accidente. Además, Mariano Medina añade, obviamente, que esta postura interpretativa, que es la más ajustada a la reforma legal, supone, además, una contradicción con el espíritu del principio de reparación total del perjuicio causado y mandato principal contenido en la regla general 7ª, quizás bajo el amparo de la STC 42/2000

que convalidó la falta de resarcimiento de los gastos futuros de rehabilitación. Por ello, señala Medina Crespo, el perjudicado no podrá obtener el reintegro de los gastos asistenciales que tenga que sufragar después de haberse producido la consolidación de las secuelas. Quizás, apunta, podría encontrarse, sin embargo, alguna vía de escape interpretativa por la vía resarcitoria que admite el último inciso de la regla general 9ª del apartado Primero del Sistema al insertarse esos gastos dentro del concepto de daños sobrevenidos, aunque solo vale para los gastos que se produzcan después de la liquidación final y tras la consolidación de las secuelas, pero no para los producidos antes de la liquidación pero después de la consolidación de secuelas.

4.- La posibilidad de reclamar el pago de una pensión provisional con la finalidad de que el perjudicado pueda ir haciendo frente a los gastos de asistencia médica, farmacéuticos y hospitalarios.

Es obvio que cuando se produce un siniestro de la circulación los perjudicados tienen la necesidad de ir afrontando los gastos que se derivan de las lesiones que hayan podido sufrir, a fin de ir recobrando su estado primitivo, siempre que ello sea posible atendiendo a la entidad de la lesión. Lo cierto y verdad, sin embargo, que puede ocurrir que atendiendo a la capacidad económica del perjudicado los gastos de asistencia médica, farmacéuticos y hospitalarios sean elevados y altere de forma notable la economía privada hasta el punto de que, dependiendo de la gravedad de las lesiones, pueda resultar imposible o muy difícil la atención de los mismos. Así, en tanto concluye el proceso judicial el ordenamiento jurídico ha previsto para estos casos la posibilidad de instar una pensión provisional con cargo a la aseguradora que anticipe el abono de estos gastos con cargo a la suma que en el día se fije por la autoridad judicial.

⁶ MARIANO MEDINA CRESPO. EN SEPIN.NET Tráfico. Julio-Agosto de 2008. Nº 19. Pag. 6 a 8.



Así las cosas, la Ley 21/2007, de 11 de Julio de reforma del R.D. 8/2004 mantiene en el art. 7, pero ahora dándole el apartado 6º, a la posibilidad de que se acuerde en estos casos la pensión provisional a favor de los perjudicados y con cargo a la aseguradora.

Así lo prevé este apartado 6º al señalar que:

6. En todo caso, el asegurador deberá afianzar las responsabilidades civiles y abonar las pensiones que por la autoridad judicial fueren exigidas a los presuntos responsables asegurados, de acuerdo con lo establecido en los artículos 764 y 765 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Las pensiones provisionales se calcularán de conformidad con los límites establecidos en el anexo de esta Ley.»

Del mismo modo, en el art. 765 Lecrim se recoge que:

1. En los procesos relativos a hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor el Juez o Tribunal podrá señalar y ordenar el pago de la pensión provisional que, según las circunstancias, considere necesaria en cuantía y duración para atender a la víctima y a las personas que estuvieren a su cargo. El pago de la pensión se hará anticipadamente en las fechas que discrecionalmente señale el Juez o Tribunal, a cargo del asegurador, si existiere, y hasta el límite del seguro obligatorio, o bien con cargo a la fianza o al Consorcio de Compensación de Seguros, en los supuestos de responsabilidad civil del mismo, conforme a las disposiciones que le son propias. Igual medida podrá acordarse cuando la responsabilidad civil derivada del hecho esté garantizada con cualquier seguro obligatorio. Todo lo relacionado con esta medida se actuará en pieza se-

parada. La interposición de recursos no suspenderá la obligación de pago de la pensión.

Supone, pues, una especie de medida cautelar de aseguramiento con la finalidad de que los perjudicados por un accidente de circulación puedan recibir una suma periódica y provisional con cargo a la aseguradora del presunto responsable. Constituye una medida cautelar anticipativa de la satisfacción de la pretensión civil⁷ ligada al proceso penal por imprudencia con vehículo de motor; es decir, está basada en la previsión de una condena penal a la que acompañará una condena civil, por lo que la sentencia firme condenatoria por infracción penal acabará con tal situación de provisionalidad, por medio de fijación de una obligación inamovible.

La finalidad de la pensión provisional no es una liquidación que surgió como pago de indemnizaciones, sino que lo fue para la atención del perjudicado por un hecho cubierto por el seguro, con independencia de que se tarden días o meses en su curación. Además, lo abonado como pensión provisional evidentemente no equivale a una consignación que, por propia definición, es algo voluntario y no obligado⁸.

En efecto, mientras que en la oferta motivada que verifica la aseguradora por la vía del art. 7.3 de la Ley se produce una consignación de forma voluntaria para pago (art. 7.3, d)) en este caso se trata del dictado de un auto del juez de instrucción ante la inexistencia de consignación voluntaria por la aseguradora, por lo que en este caso ningún efecto beneficioso tendría para la aseguradora los pagos que realice salvo la deducción de la suma final a que sea condenado en sentencia.

La pensión provisional es una institución tradicional que en la actualidad se ha visto reforzada con vías

⁷ Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 3ª, Auto de 7 May. 2001, rec. 32/2001.

⁸ Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 2ª, Sentencia de 27 Sep. 2006, rec. 213/2006.

como la consignación voluntaria para pago que evita la imposición de intereses moratorios, pero son instituciones distintas, en cuanto en este caso la aseguradora se ve compelida a su pago y en la consignación para pago se hace de forma voluntaria dentro de los tres meses siguientes a la reclamación del perjudicado.

Así, la satisfacción de las sumas establecidas para pago de la pensión provisional no le producen a la aseguradora más efecto positivo del propio de tener en cuenta las cantidades satisfechas para compensarlas con la suma que al final tenga que abonar por sentencia condenatoria, pero no le exonera del pago de los intereses moratorios al no haber consignado en tiempo y forma para pago. Así lo señala la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 1ª, Sentencia de 26 Mar. 2001, rec. 98/2001 que apunta que: “analizada la causa se observa la voluntad rebelde de la Aseguradora a cubrir las necesidades surgidas del riesgo por ella amparado o cubierto, como se denota con la no consignación ante el conocimiento del hecho, de la gravedad de la lesión, de sus circunstancias, y llegando hasta el punto de que fija la existencia de una pensión provisional, para la satisfacción o realización de ésta, se tuvo que acudir a medidas cautelares, como consta en la causa, siendo por tanto correcta la fijación de intereses realizada, pues le fue posible evitar parte del daño, conocía su resultado, y no colaboró, incumpliendo la consignación fijada, en la aminoración del daño, siendo de aplicación el interés fijado, al concurrir en la causa los principios en los cuales el legislador estableció la causa de sanción”.

Pues bien, los requisitos para que sea viable su concesión son los siguientes:

- Ante la inexistencia de consignación por la aseguradora y ante la respuesta motivada de denegación que le ha cursado esta al perjudicado ante la reclamación formulada por este se produce la petición ante el juzgado de utilizar la vía del art. 7.6 del R.D. 8/2004.
- Este precepto no solo es de aplicación en el Procedimiento Abreviado sino que por analogía también se aplica al procedimiento seguido por Juicio de Faltas, dado que la gran mayoría de imprudencias circulatorias se ventilan a través de ese mecanismo procesal⁹.
- La prudencia exige que toda medida cautelar este fundada en los dos elementos que siempre han de alumbrarlas, esto es, en el «fumas boni iuris» o apariencia de buen derecho¹⁰ y en el «periculum in mora», o peligro del retardo, esto es, en la existencia de una situación de necesidad. El primero puede estar basado en la existencia de indicios de culpabilidad en la conducta del conductor del vehículo basados en la elaboración, por ejemplo, del atestado y la objetivación de lesiones importantes que hacen exigible la cobertura provisional por la aseguradora de estos gastos.

En este caso no se concedería una pensión provisional en los supuestos en los que de la documentación existente pueda *adivinarsé* la existencia, por ejemplo, de una culpa exclusiva de la víctima en la causación del accidente, como apunta el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Girona, Sección 3ª, Auto de 14 Mar. 2001,

⁹ Audiencia Provincial de Girona, Sección 3ª, Auto de 14 Mar. 2001, rec. 9/2001.

¹⁰ La Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 3ª, Auto de 7 May. 2001, rec. 32/2001 desestima una pensión provisional por falta de previsión de culpabilidad al señalar que: “Es imprescindible que haya elementos suficientes para establecer un pronóstico razonable acerca de la culpabilidad penal de otro, que constituye el objeto principal y necesario del proceso penal y lo único que motiva su puesta en marcha y su prosecución, así como la adopción de las medidas cautelares necesarias para asegurar el buen fin de su resultado. En el caso que nos ocupa no existe tal apariencia del buen Derecho, ya que no hay antecedentes que lleven a atribuir a Francisco V. P. la responsabilidad del accidente y la comisión de una falta del art. 621 del Código Penal, ni siquiera con carácter provisional. Como dice el auto apelado, existen dos versiones contradictorias sin datos objetivos en que apoyarlas por ahora. Ante esto, el órgano jurisdiccional ha de actuar restrictivamente, pues la pensión supone un desplazamiento patrimonial no siempre recuperable por quien debe abonarla”.



rec. 9/2001, que señala que *“es preciso que se vislumbre de una forma más o menos cierta o previsible que la culpabilidad en la producción del siniestro será atribuida al conductor del vehículo, pues solo su responsabilidad penal acarreará en su caso la civil; en el supuesto que nos ocupa la misma es incierta, al derivarse del atestado realizado por los agentes que intervinieron en el accidente que la causa más probable del atropello radica en la súbita e imprevista invasión de la calzada por parte de la menor perjudicada; sin mayores datos que analizar no podemos sino asirnos a este dato proporcionado por la Juez «a quo» en su informe. Por lo que se refiere al segundo, la menor, por su propia naturaleza, no era quien procuraba en su ámbito familiar el sustento del resto de los integrantes, sino que, como parece lógico, de esta cuestión habían de ocuparse sus progenitores; por eso, ni ella se encuentra desvalida ni nadie depende de ella para que pueda fijarse una supuesta pensión provisional.*

Cosa distinta es que se pueda percibir del atestado una concurrencia de culpas, distinto de la conducta de la culpa exclusiva de la víctima, ya que en la primera podría dictarse sentencia condenatoria con una aminoración de la responsabilidad derivada de la cooperación del perjudicado en el resultado final o en las consecuencias lesivas, como ocurriría, por ejemplo, en el hecho de no llevar puesto el cinturón de seguridad en un vehículo de motor, o el casco en un ciclomotor. En estos casos es evidente que sí que procede la pensión provisional si el juez aprecia la necesidad de su abono inmediato ante la inexistencia de consignación para pago, la existencia de gastos importantes que ir cubriendo por el perjudicado y el previsible retraso en la tramitación del juicio por el retraso en el alta del perjudicado. Y ello, aunque es sabido que esta última circunstancia permitiría la celebración del juicio”.

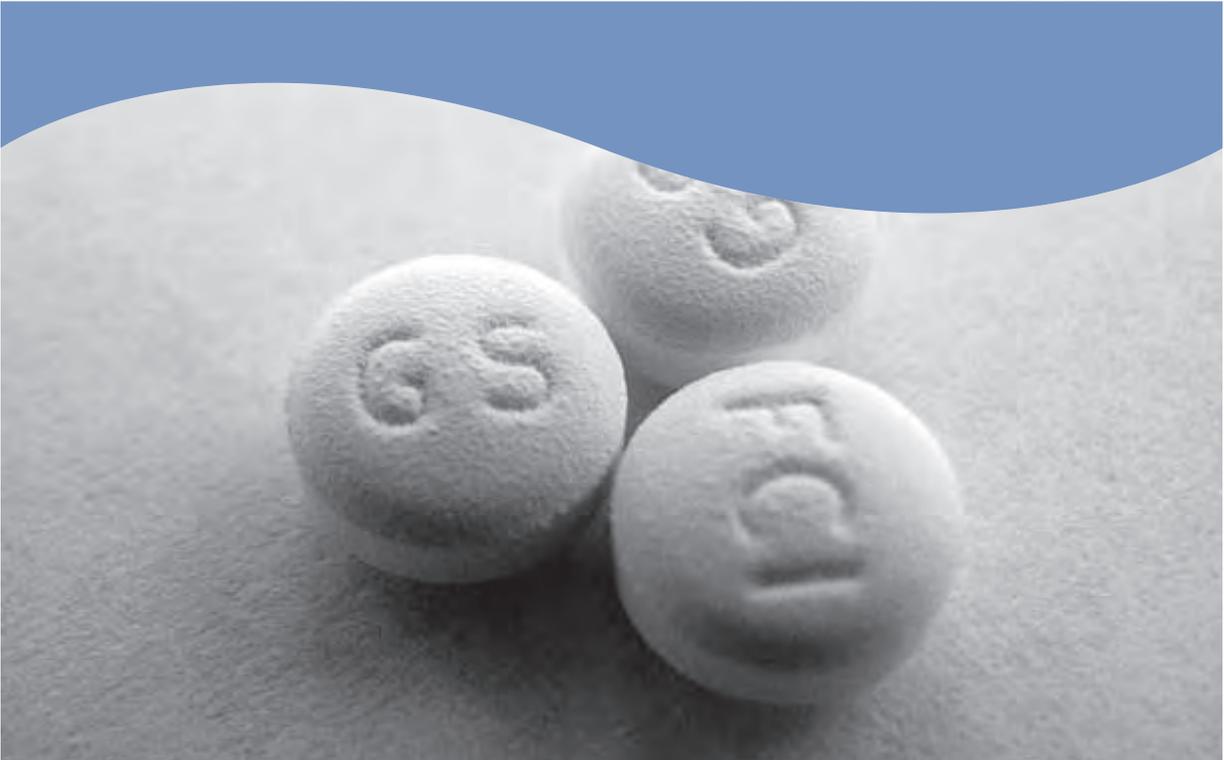
Ahora bien, una cuestión interesante es que no se trata de una suma que se devolvería en caso de

sentencia absolutoria, ya que no lo prevé así la ley, y de esta manera se pronuncia una sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3ª de 30 Ene. 2007, rec. 458/2006 que señala que:

“La devolución de una pensión provisional, a cuyo abono venía obligado por una resolución judicial firme, no estando prevista legalmente la posibilidad de reintegrarse de tal pensión en caso de sentencia absolutoria, pues el precepto que la regula sólo alude a que el importe de la misma se considerará abonado a cuenta de la indemnización que en su caso, pudiera corresponder al perjudicado, pero no condiciona el pago de este tipo de pensión a que, en la sentencia definitiva, se condene al abono de una determinada cantidad.

No cabe tampoco, como pretende la apelante en su recurso, justificar la devolución de las cantidades reclamadas con base en los arts. 1895 y siguientes del C. Civil, que establecen los requisitos para que pueda hablarse de cobro de lo indebido y regulan sus consecuencias, pues faltan los requisitos básicos de esta figura jurídica, cuales son el error en el que hace el pago, y la falta de derecho a cobrar lo que se percibió. Así, ningún error de hecho ni de derecho se aprecia en la aseguradora que, cumplidora de su obligación contractual y de la resolución judicial, paga aquello a lo que está obligada; del mismo modo, cuando los padres del menor reciben esas cantidades tenían derecho a su cobro, aunque finalmente, en cuanto hace a las responsabilidades del siniestro origen de las actuaciones, se haya determinado que el conductor asegurado no actuó de modo negligente”.

En este sentido, el percibo de estas cantidades se produce para poder asumir los gastos que para el perjudicado se derivan de un accidente de circulación, por lo que no suponen un cobro indebido y que con independencia de que luego la parte perjudicada pueda, si se dicta sentencia absolutoria, solicitar el auto de cuantía máxima del art. 13 .



5.- La existencia de elementos correctores en la indemnización y su afectación a los gastos de asistencia médica y hospitalaria.

Se recoge en el nº 7 del Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor en su regla Primera que:

“Son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones, incluso en los gastos de asistencia médica y hospitalaria y de entierro y funeral, la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias y, además, en las indemnizaciones por lesiones permanentes, la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final; y son elementos correctores de agravación en las indemnizaciones por lesiones permanentes la producción de invalideces concurrentes y, en su caso, la subsistencia de incapacidades preexistentes”.

En consecuencia, comprobamos que a la hora de llevar a cabo la determinación final de las cantidades a percibir por el perjudicado el juez debe tener en cuenta dos conceptos básicos que pueden influir a la hora de reducir la cuantía indemnizable, a saber:

1.- La concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias y

2.- En las indemnizaciones por lesiones permanentes, la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final.

Así:

1.- La concurrencia de la actuación de la víctima con el resultado lesivo faculta al juez a reducir el “quantum” de los gastos objeto del presente estudio en la cuantía o porcentaje que se estime adecuado al grado de su intervención en el resultado final.



En este sentido, hay que señalar que la moderación de las responsabilidades civiles por concurrencia de una actuación del perjudicado o víctima que ha coadyuvado en el resultado final del accidente se encuentra recogida en el artículo 1.1, párrafo 4º, del Real Decreto legislativo 8/2004, de 29 de Octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor señala que:

Si concurrieran la negligencia del conductor y la del perjudicado se procederá a la equitativa moderación de la responsabilidad y al reparto en la cuantía de la indemnización, atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes.

Además, el tercer inciso de la regla séptima del apartado primero de las normas generales del sistema de valoración legal introducido como anexo en el citado Real Decreto legislativo añade que:

“Son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias”.

De dicho texto legal, en especial de su párrafo cuarto, se desprende con claridad meridiana que en daños personales y materiales las culpas pueden ser concurrentes, supuesto éste en que se procederá por ministerio de la Ley a la equitativa moderación de la responsabilidad y al repartimiento de la cuantía, atendida la entidad respectiva de las culpas concurrentes. Concurrencia de culpas que obviamente puede ser derivada de prueba de apreciación directa o bien de presunción probatoria por inversión respectiva de la carga de la prueba.

Con carácter más general, para todos los supuestos de responsabilidad civil *ex delicto*, pero también menos preciso, el artículo 114 del Código

Penal prevé que si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los jueces o tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización.

Además, es preciso distinguir las distintas fórmulas que confluyen en el resultado lesivo en la víctima o perjudicado y ello puede ser debido a dos factores:

- La asunción del riesgo por parte de la víctima, y
- La concurrencia de culpas en sentido estricto, con la que a veces es confundida.

Constituyen las dos especies del género más amplio que supone la influencia en el resultado anti-jurídico del hecho causal de la víctima.

a) La asunción del riesgo por parte de la víctima.

Como recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 4ª, Sentencia de 21 May. 2004, la asunción del riesgo por la víctima, por lo general bajo la denominación germánica de *autopuesta en peligro*, ha sido estudiada hasta la saciedad en Derecho penal como uno de los múltiples problemas incluidos en la actual categoría estrella de la imputación objetiva del resultado. Su incorporación al estudio de la responsabilidad civil en general, que es la perspectiva que aquí interesa, data de fechas muy recientes, y en España, en concreto, prácticamente del último lustro.

b) La concurrencia de las culpas.

La concurrencia de culpas determinaría una común actuación responsable desde el punto de vista penal, que determina que se produzca una aminoración en las responsabilidades civiles. Ahora bien, ello no puede afectar a los ocupantes de

los vehículos respectivos que deberían percibir el 100% de las indemnizaciones que con arreglo al baremo preceptivo – atendiendo a sus circunstancias-, deberían percibir, ya que si han adoptado sus respectivas obligaciones no deben ver aminorada su indemnización, como por ejemplo se da en los casos del ocupante de un ciclomotor que lleva puesto su casco reglamentario, o los ocupantes de un vehículo de motor con el cinturón de seguridad ajustado.

En los supuestos en los que el juez penal declare probado que ha existido una concurrencia de culpas en el accidente debe precisarse de forma clara, al objeto de determinar la cuantificación de las responsabilidades civiles, el diverso alcance de la conducta de cada conductor en el accidente, lo que no afecta a la responsabilidad penal, - ya que ambos serán condenados a la misma pena-, sino al ámbito de la responsabilidad civil. Y ello al objeto de cuantificar la correspondiente por la que deben responder sus respectivas aseguradoras, pero sin olvidar que esta aminoración solo les afecta a los conductores, pero nunca a sus ocupantes que hayan observado sus obligaciones administrativas en la circulación (llevar casco en moto, cinturón de seguridad en vehículo, etc).

Así, la sentencia de la AP de Segovia, Sentencia de 10 Abr. 2000, rec. 298/1999 señala que se debe modificar *el grado de concurrencia de culpas fijado en la sentencia de instancia, señalando que ambos conductores, fueron causantes del accidente acaecido, existiendo una culpa compartida, siendo tal concurrencia de culpas de la misma proporción en la causación del accidente. Lo que lleva a esta Sala a establecer una nueva moderación de la responsabilidad, valorando en un 50% la responsabilidad en que ha incurrido cada conductor implicado.*

También, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4ª, Sentencia

de 31 Mar. 2004, rec. 581/2003 la compensación de consecuencias reparadoras (expresión más técnica que la compensación de culpas) se produce cuando en la originación del accidente han participado tanto el comportamiento del causante del daño como el de la víctima, con el grado de concurrencia que se establezca y con la correspondiente moderación responsabilizadora, o que cuando en la producción del daño concurren varias causas, debe acompañarse la cuantía de la responsabilidad al grado y naturaleza de la culpabilidad, de manera que si no se produce culpa exclusiva de la víctima y es compartida por el culpable debe distribuirse proporcionalmente el «quantum», siendo la moderación de responsabilidad prevenida en el art. 1103 CC facultad discrecional del juzgador.

2.- La subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final.

En este apartado es donde tienen influencia los informes médicos de parte que difieren del contenido del informe forense, a fin de constatar si existen, o no, lesiones preexistentes que no tengan relación con las derivadas del siniestro, con lo que la aportación de determinadas facturas no tendrían validez al no existir una relación de causalidad con el siniestro.

6.- La acreditación de los gastos médicos, hospitalarios y farmacéuticos en ejecución de sentencia.

Para el caso de que la determinación de la curación del lesionado se pueda diferir en el tiempo y, en consecuencia, se tuviera que retrasar por este motivo el señalamiento del juicio es posible celebrarlo y ras la firmeza de la sentencia que se dicte abrir un incidente de responsabilidad civil en la ejecutoria en la que se fijaría el «quantum» de la misma. Para ello el art. 794 Lecrim señala que:



“Tan pronto como sea firme la sentencia, se procederá a su ejecución por el Juez o por la Audiencia que la hubiere dictado, conforme a las disposiciones generales de la Ley, observándose las siguientes reglas:

1.^a Si no se hubiere fijado en el fallo la cuantía indemnizatoria, cualquiera de las partes podrá instar, durante la ejecución de la sentencia, la práctica de las pruebas que estime oportunas para su precisa determinación. De esta pretensión se dará traslado a las demás para que, en el plazo común de diez días, pidan por escrito lo que a su derecho convenga. El Juez o Tribunal rechazará la práctica de pruebas que no se refieran a las bases fijadas en la sentencia.

Practicada la prueba, y oídas las partes por un plazo común de cinco días, se fijará mediante auto, en los cinco días siguientes, la cuantía de la responsabilidad civil. El auto dictado por el Juez de lo Penal será apelable ante la Audiencia respectiva...”.

En este caso es en esta fase procesal en donde se procedería a la presentación del informe pericial de parte en su caso o al examen por el forense de la documentación aportada por esta para poder asumir o denegar el perito judicial la extensión de la curación del perjudicado o el alcance de las secuelas de lo que se deriva la admisión o inadmisión de determinadas facturas de gastos médicos, hospitalarios y farmacéuticos.

7.- Supuestos prácticos del ejercicio de la acción de reclamación por el perjudicado frente a la aseguradora o del derecho de repetición por quien abonó los gastos frente al responsable civil final y análisis de los plazos de prescripción en el ejercicio de esta acción.

a) *La reclamación directa de los gastos médicos por las Mutuas laborales que atendieron al*



perjudicado frente al responsable del accidente. Legitimación y plazo de prescripción de la acción.

Debemos señalar, en principio, que es técnicamente posible la reclamación por una Mutua Laboral de los gastos médicos causados por un lesionado en un accidente de tráfico frente al responsable del siniestro cuando estas partidas no se reclamen por el perjudicado. En este tema hay que precisar que la acción que se ejercita tiene su base en el art. 127.3 del Real Decreto Legislativo 1/1.994, de 20 Jun. que autoriza a las Mutuas Laborales a personarse en las causas civiles y penales y reclamar del responsable los gastos médicos ocasionados, por lo que tal precepto atribuye una legitimación legal para reclamar en nombre propio los perjuicios que tal proceder les ha ocasionado.

Ahora bien, es preciso estar atento con respecto al plazo de prescripción para el ejercicio de la acción, ya que no es el de 15 años del art. 1964 CC, sino el de un año del art. 1968 CC. En este sentido apunta la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1^a, Sentencia de 25 Feb. 2002, rec. 55/2002



que la acción que se ejercita no es independiente de la que corresponde al lesionado. De serlo, es cierto que no tiene previsto plazo prescriptivo específico; de ahí, que sea de aplicación el art. 1.964 del Código civil, que para tales supuestos establece el término de prescripción de las acciones de quince años.

La sentencia citada analiza esta cuestión relativa al ejercicio de la acción de la Mutua en el juicio reclamando el pago por el responsable de los gastos médicos, hospitalarios satisfechos, destacando que lo que el art. 127.3 antes citado concede es una acción directa para reclamar los daños y perjuicios que ha sufrido otra persona, pero que son atendidos por la Mutua Laboral en virtud de las normas que le obligan a prestar asistencia médica a dichos lesionados. Se trata de una subrogación legal, específicamente prevista¹¹, pero como toda subrogación no atribuye al subrogado derechos

más extensos que los que corresponderían a la persona en cuya posición se coloca (art. 1.212 del Código civil), de ahí que haya de tenerse en cuenta la naturaleza de la acción que corresponde al perjudicado principal.

Así, en estos casos, al tratarse de un accidente de tráfico la acción principal es la que deriva del artículo 1.902 del Código civil. Por lo tanto, el plazo de prescripción es de un año desde que los daños y perjuicios quedaron establecidos (art. 1.968 del Código civil) desde el alta médica otorgada por la propia Mutua. Así, por ejemplo, el hecho de que haya existido un retraso en la elaboración de las facturas no puede dispensarle del transcurso del plazo de prescripción.

Por ello, la norma que ha de tomarse en consideración es el art. 127. 3 del Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 Jun., a cuyo tenor: "Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente.

Con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, el Instituto Nacional de la Salud y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al

¹¹ En esta línea, la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3ª, Sentencia de 5 Jun. 2000, rec. 236/2000, que señala que: "La entidad actora... cubría el riesgo derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional de la empresa... , en la que trabajaba el accidentado D. ..., de ahí que la entidad actora está legitimada para reclamar los gastos de asistencia médico-sanitarios de conformidad con el art. 127.3.3 de la Ley General de la Seguridad Social".



subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Igual derecho asistirá, en su caso, al empresario que colabore en la gestión de la asistencia sanitaria, conforme a lo previsto en la presente Ley.

Para ejercitar el derecho al resarcimiento a que se refiere el párrafo anterior, la Entidad gestora que en el mismo se señala y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o empresarios, tendrán plena facultad para personarse directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente, considerándose como terceros perjudicados al efecto del art. 104 del Código Penal”.

Por ello, como señala la **Audiencia Provincial de Pontevedra**, Sección 6ª, **Sentencia de 21 Mar. 2003**, rec. 3091/2002 las Entidades gestoras y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o empresarios, tendrán plena facultad para personarse directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente, considerándose como terceros perjudicados al efecto del art. 104 del Código Penal.

Caso curioso es, sin embargo, el que se analiza en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª de 11 Ene. 2001, rec. 411/2000, en la que se analizó la circunstancia de ser el propio mutualista lesionado el conductor del vehículo siniestrado. Lo que se admite es que las Mutuas tienen derecho a reclamar el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho, únicamente del tercero responsable o del subrogado en sus obligaciones, afirmación que es plenamente coherente con lo dispuesto en el art. 82 párrafo 2º de la Ley de Contrato de Seguro, aplicable a los seguros de personas, que permite que la aseguradora se subrogue en derechos que por gastos de asistencia sani-

taria correspondan a su asegurado contra un tercero, como consecuencia del siniestro. Ahora bien, la cuestión que surge es si puede la Mutua reclamar a su propio mutualista por los gastos médicos satisfechos si se da la concurrencia, en una misma persona, de la condición de mutualista y responsable del siniestro, al ser el conductor del único vehículo implicado en el mismo.

Pues bien, en la citada sentencia se desestima con acierto esta opción al señalar que esta situación no es la contemplada por el citado artículo 127.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, pues ni el asegurado lesionado es tercero frente a la Mutua, ni esta tiene la condición de tercera perjudicada frente a su mutualista, ni puede existir responsabilidad civil o penal por lesiones propias; y no habiendo un tercero responsable en sentido estricto, ya que, como se ha dicho, es el propio trabajador-asegurado a quien se imputa el siniestro y no a un extraño, difícilmente puede plantearse la posibilidad de repercusión, pues no puede decirse que dicho señor es tercero respecto de las lesiones propias causadas por su exclusivo actuar. Por ello, ante la ausencia de tercero responsable, deberá responder la Mutua conforme a la relación aseguradora contratada y a la Ley General de la Seguridad Social, postura que es avalada por la STS. de 12 May. 1986.

Tampoco puede la Mutua reclamar contra la aseguradora del vehículo conducido por el mutualista por los gastos médicos. En estos casos hemos visto que la Mutua laboral de accidentes en concreto tiene asumida las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la empresa para la que prestaba sus servicios quien puede tener un accidente, con lo que le cubren los gastos médicos, hospitalarios y farmacéuticos. Pero estas Mutuas no pueden reclamar estos gastos frente a las aseguradoras de los vehículos como consecuencia de un accidente de tráfico aunque este sea calificado como accidente de trabajo “in itinere”.

Sabemos, y ya lo hemos visto, que el art. 127.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, 1/1994, de 20 Jun. permite que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales tengan derecho a reclamar al tercero responsable, o en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho, pero, como también admite Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª, Sentencia de 19 Dic. 2000, rec. 1270/2000, el art. 127.3 LGSS contempla aquellos casos en que haya sido la conducta de un tercero la causante del daño, pero no habilita a la Mutua a reclamar frente a la aseguradora del vehículo. En virtud del seguro de ocupantes solo podría reclamar la persona que fuera lesionada en el vehículo como ocupante, pero no la Mutua del conductor mutualista que no es parte, ni tiene la consideración de tercera perjudicada.

b) El plazo de prescripción del ejercicio de la acción civil para reclamar gastos médicos, hospitalarios y farmacéuticos por el perjudicado tras sentencia penal absolutoria.

Con independencia del uso de la vía del art. 13 del R.D. 8/2004 para conseguir el auto de cuantía máxima, el plazo de prescripción para reclamar estos gastos lo es de un año, como sabemos, por la vía del art. 1968 CC. Ahora bien, el cómputo del mismo debe tenerse en cuenta desde que se tuvo conocimiento del archivo de la causa en vía penal o la sentencia absolutoria firme.

En tal sentido se pronuncia, la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia de 8 Nov. 2007, rec. 740/2007 que señala que:

“Resulta meridiano que el recurso no podrá prosperar porque la acción está claramente prescrita respecto de Dª Leticia desde que se archivó el procedimiento de Juicio de Faltas el 9 de marzo de 2001, fecha esta desde la que habrá de com-

putarse el *dies a quo*. En efecto, ha transcurrido sobradamente un año desde aquella fecha porque en cuanto al importe de los gastos derivados del accidente de su hija menor de edad, y que satisficieron los padres de ésta, ellos se hallaban legitimados para reclamarlos en sede del Juicio de Faltas 22/92, y de hecho, según consta en el acta de juicio de Faltas los reclamaron sin que produzca efecto interruptivo de ningún tipo el ejercicio de la acción ejecutiva que concluye por sentencia de 26 de septiembre de 2003 por cuanto estos daños nunca podrían ser reclamadas por esa vía y ni siquiera fueron contemplados en el Auto de Ejecutivo como no podía ser de otra manera, aún así a fecha de presentación de aquella demanda la acción estaría prescrita y todavía más a la de la presente demanda, que no fue interpuesta sino hasta el 25 de abril de 2005, fuera del plazo de prescripción”.

c) Plazo de prescripción de la acción de reclamación de los gastos médicos, farmacéuticos y hospitalarios de una persona hacia su propia aseguradora del vehículo accidentado en base a la existencia de un contrato de seguro en el que se incluye el de personas para estos casos.

Es evidente que este tipo de reclamaciones por los conceptos analizados no sólo se dan en los casos en los que un perjudicado reclama a la aseguradora del vehículo contrario que fue declarado responsable en el siniestro, sino, también, cuando un conductor que tiene concertado un seguro de automóvil tiene un accidente y ha incluido en su póliza un seguro de personas que le cubra todos los gastos médicos que pueda tener a consecuencia del hecho de sufrir un accidente.

Así, en la mayoría de los seguros de automóvil se suele contratar un seguro de ocupantes con cobertura de gastos médicos y farmacéuticos que puede ser considerado como un seguro de personas y no un seguro de daños. Es sabido, sin embargo, que el seguro de automóviles es un seguro



complejo y mixto, en el que se incluyen seguros de daños, como es el de responsabilidad civil o el de defensa jurídica, con seguros de personas, como es el de ocupantes, coexistiendo todos estos seguros dentro de un mismo contrato global, pero que no hace que pierdan los distintos seguros que lo engloban sus propias características y especialidades en sede normativa dentro de la Ley de Contrato de Seguros. Si se examina este texto legal, y aunque no define expresamente qué se entiende por seguro de daños, sí es posible encontrar una descripción de aquellos seguros que se integran en este concepto jurídico. Así, en el Título II de la Ley de Contrato de Seguros se integran dentro del genérico seguro de daños los seguros de incendios, robo, transportes terrestres, lucro cesante, caución, crédito, responsabilidad civil, defensa jurídica y reaseguros. A su vez el artículo 80 LCS define el seguro de personas al inicio del Título III como aquel que comprende todos los riesgos que puedan afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado, incluyendo expresamente dentro de este tipo de seguros el de vida, el de accidentes y el de enfermedad y asistencia sanitaria.

La importancia de la consideración acerca de la naturaleza del contrato suscrito al objeto de poder reclamar este tipo de gastos es importante, ya que al ser un contrato de seguro de personas, aunque incluido en uno complejo de automóvil implica que, de acuerdo con el artículo 23 LCS¹² el plazo de prescripción para reclamar a la propia aseguradora sea el de cinco años y no el de dos. Así lo admite, también, la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, Sentencia de 23 Mar. 2007, rec. 107/2007 al señalar que “Resulta evidente que el seguro en base al cual reclama el apelante a su aseguradora no es un seguro de responsabilidad civil, aún cuando se integre dentro del seguro del automóvil, sino de

un seguro de ocupantes, que es una modalidad mixta de garantía de accidentes y que incluye la asistencia sanitaria, por lo que se trata sin duda alguna de un seguro de personas y por ello, de acuerdo con el artículo 23 LCS, el mismo solo prescribirá en el plazo de cinco años. Habiendo ocurrido el siniestro el 22 de junio de 2000 y presentada la demanda con fecha 22 de octubre de 2004, sin necesidad de discutir acerca del día de inicio del cómputo de la prescripción, resulta evidente que no ha transcurrido el plazo de cinco años legalmente previsto y por ello la acción no está prescrita”.

8.- La responsabilidad en el pago de los gastos médicos y hospitalarios y la obligación de ser asumidos por el sistema de la Seguridad Social.

Planteamos en el presente punto la cuestión relativa a si existe obligación del sistema Público de Salud de asumir los costes derivados de la atención médica dispensada a un paciente ingresado por un accidente de tráfico dada la condición, en su caso, de afiliado al sistema de la seguridad social, o, aun así, debe asumir este pago al Servicio Público Sanitario la aseguradora del vehículo conducido por la persona declarada responsable.

En este sentido, hay que recordar que el sistema público sanitario no debe asumir estos costes y es obligación de las aseguradoras de los responsables del siniestro el pago a aquél de estos gastos como se recoge en el artículo 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad en relación con el art. 16 de la misma, que señala que:

“Los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios es-

¹² Artículo 23. Las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de seguro de daños y de cinco si el seguro es de personas.



peciales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes.

A estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados”.

En estos casos aparece, pues, un tercero obligado al pago de los gastos derivados del accidente y cuando se efectúe el mismo, tales partidas, incluso, no tienen la consideración de recursos del sistema sanitario como se recoge en la Disposición adicional vigésima segunda del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, por el que se

aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social que lleva por rúbrica Ingresos por venta de bienes y servicios prestados a terceros en donde se señala que:

“1. No tendrán la naturaleza de recursos de la Seguridad Social los que resulten de las siguientes atenciones, prestaciones o servicios:

1.ª Los ingresos a los que se refieren los artículos 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, procedentes de la asistencia sanitaria prestada por el Instituto Nacional de la Salud, en gestión directa a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como en los supuestos de seguros obligatorios privados y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago.”

En tal sentido, señala el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo So-



cial, Sentencia de 20 Nov. 2001, rec. 1682/1999 que:

“en el caso de los accidentes de tráfico de personas que sean atendidas en el sistema público de salud...esta excluida de financiación por el Sistema Sanitario Público, exigiéndose el pago de las correspondientes tasas por las prestaciones asistenciales llevadas a cabo, incluyendo las atenciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, los transportes sanitarios, las atenciones de urgencias, la asistencia sanitaria hospitalaria y extrahospitalaria y la rehabilitación, ya que en estos supuestos los servicios médicos de salud deben reclamar de los obligados al pago el importe de dichas actuaciones prestadas.”

Así, aunque en los supuestos de seguros obligatorios especiales, los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria se considerarán propios del Servicio de Salud correspondiente, - y ya se ha expuesto que no se consideran recursos- y por

eso las Administraciones públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios, en tales supuestos, tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados.

9.- ¿Existe un derecho de elección del perjudicado a ser atendido por la medicina privada o la pública? ¿Hay un derecho de reclamación del perjudicado frente a la aseguradora de los gastos derivados de la medicina privada o existen restricciones al respecto?

A la hora de que el perjudicado quede legitimado para reclamar los gastos derivados de la atención médica dispensada en el orden privado en lugar de la asistencia que dispensa el sistema público de salud es preciso llevar a cabo una serie de consideraciones acerca de las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta por los perjudicados en un accidente de tráfico a la hora de tomar la decisión de ser atendidos por la medicina privada

en lugar de pública y reclamar luego los gastos médicos derivados de esta atención a la aseguradora del conductor declarado responsable.

En este sentido, hay que recordar la cita limitadora de esta opción que estaba incluida en el art. 5.3 del Real Decreto 63/95 de 20 de enero y jurisprudencia de aplicación, precepto que es continuador del art. 18 del Decreto 2766/67 y cuya norma primera fue derogada por el apartado 1 de la disposición derogatoria única del R.D. 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización («B.O.E.» 16 septiembre), el 17 de septiembre de 2006. Aun así, la Disposición Transitoria Única de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud señala que *En tanto no se apruebe el real decreto por el que se desarrolle la cartera de servicios, mantendrá su vigencia el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.*

Esta regulación que ahora se mantiene responde, en desarrollo del art. 102 párrafo 3º de la Ley General de la Seguridad Social, a un principio restrictivo del reintegro de gastos médicos coherente con el principio de la inexistencia de un derecho de opción del enfermo o de sus familiares entre la medicina pública o la privada. Así, la norma fundamental de aplicación al caso es el R.D. 63/95, de 20 Ene., sobre Ordenación de prestaciones sanitarias

del Sistema Nacional de Salud, que entró en vigor el día 2 Mar. 1995 y derogó, entre otros, los arts. 18,19,21 al 30 . del D. 2766/67, pasando a regular en su art. 5 la materia aquí en cuestión. Por ello, el art. 5 del R.D. 63/95 establece que la utilización de las prestaciones se realizará con los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud, en los términos y condiciones. (núm. 1) y que (núm. 3) en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud se reembolsarán los gastos de la misma una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquel y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción.

En este sentido, es doctrina jurisprudencial reiterada que el reintegro solo procede, por ello, ante una situación de urgencia vital, entendida de forma objetiva y contrastada (STS 11-05-86 y 25-10-99) y existiendo perentoriedad o premura en la actuación (STS 15-01-87 y 01-07-91) si bien la urgencia vital no exige precisamente un riesgo de muerte, bastando un perjuicio grave para la integridad fisiológica del enfermo (STS 03-03-85 y 25-10-99) y comprende desde luego los supuestos de error de diagnóstico, cuando este abogue a la misma situación de riesgo para la salud (STS de 08-11-99)¹³.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 3ª, en Sentencia de 11 Abr. 2005, rec. 90/2005 señala sobre esta cuestión

¹³ Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 22 Nov. 2006, rec. 2094/2005: "Argumenta la recurrente que no se dan los presupuestos necesarios para que proceda el reintegro de gastos conforme al citado artículo, pues el tratamiento de rehabilitación neuropsicológica no supone una urgencia vital de carácter inmediato y tampoco hubo posibilidad de acudir a la sanidad pública. Y en efecto, la censura debe prosperar porque el indicado precepto establece: «En los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción», lo cual indica claramente que tiene que existir una necesidad urgente que sea inmediata y de carácter vital, lo que no es dable apreciar, como indica acertadamente la sentencia de contraste, con la terapia rehabilitadora, pues el mal estaba ya causado y con ella se trataba de mejorar sobre todo la capacidad cognitiva del paciente; si a ello añadimos que se le informó genéricamente de la existencia de otros centros y servicios dependientes del IMSERSO y de las Comunidades Autónomas (Ordinal 4º de probados), es visto que no se dan los requisitos necesarios para el reintegro puesto que por parte de los servicios sanitarios tampoco hubo denegación de asistencia, en cuanto una vez tratado de sus lesiones y dado de alta se le recomendó un programa de rehabilitación domiciliaria, de tal manera que al no ser admitido en el centro público CEADAC por estimar que era incapaz de beneficiarse del programa de rehabilitación cognitiva, los actores podían haber acudido nuevamente a la gestora a fin de que les indicase otros centros públicos para la rehabilitación, en lugar de acudir al hospital privado".



que “en el presente caso no estamos ante un supuesto de utilización, por urgencia vital, de la sanidad privada, sino ante otro, diverso, de rechazo de la sanidad pública, optando por la privada la actora, en efecto fue atendida inicialmente por la sanidad pública (hecho 3º) y al día siguiente solicitó el alta para ingresar en una clínica privada (hecho 4º). Esta opción carece de fundamentación objetiva. Ninguna de las alegaciones justificativas han sido acreditadas, como resalta el juez a quo en la fundamentación. En esta alzada se alega un supuesto error de diagnóstico, al no referirse en el diagnóstico provisional del Hospital de Riobamba la rotura del bazo. Pero el diagnóstico contemplaba un politraumatismo e indicaba, entre otras cosas, dolor en el abdomen e hipogastrio en términos que en absoluto lo excluían”.

También el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Social, en Sentencia de 24 Jul. 2000, rec. 587/1999 llega a las siguientes conclusiones, a saber:

“a) No ha existido urgencia vital para acudir a la medicina privada y abandonar la pública; b) tampoco ha existido denegación de asistencia por la medicina pública en una fractura que se trata habitualmente y con éxito en los Hospitales del S.A.S. y c) igualmente no está acreditado la existencia de un error de diagnóstico.

Por tanto, nos encontramos ante una opción de la actora por la medicina privada, con dejación libre y voluntaria de la asistencia sanitaria correcta y acertada que venía prestándole el S.A.S.; opción comprensible desde un punto de vista humano y familiar, pero sin causa justificada, pues en este extremo los tribunales deben proceder con criterio cauteloso para evitar una utilización desviada y abusiva, de lo que debe ser una situación puramente excepcional con encuadre en alguna de las causas mencionadas a las que hace referencia el Art. 5.3 del R. D. 63/95, de 20 Ene. y Art. 18 del



Decreto 2766/67, de 18 Nov., modificado por el Decreto 2575/93, de 14 Sep. De ahí que por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida.”

Por tanto, para que se pueda llevar a cabo el uso de la medicina privada en estos casos se requiere la existencia de una urgencia vital acreditada para acudir a la medicina privada y abandonar la pública; que quede constancia de que ha existido denegación de asistencia por la medicina pública o retraso a la hora de concederla y que esté acreditado la existencia de un error de diagnóstico que puede llevar al perjudicado y/o familiares a reconducir la atención médica a una clínica privada que lleve a cabo al tratamiento y atención médica del paciente.



10.- Sobre el alcance vinculante del convenio de asistencia sanitaria de UNESPA.

Veíamos en el punto nº 7, c) del presente estudio doctrinal que el asegurado en un contrato de seguro de personas podría reclamar contra su propia aseguradora el pago de los gastos médicos, hospitalarios y farmacéuticos, lo que legitima a esta a hacer lo propio frente a la aseguradora del responsable del siniestro en base a lo dispuesto en el art. 43 de la LCS¹⁴ y del artículo 7 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Ello implica que se subroga en la posición del asegurado, ejercitando las accio-

nes que a éste le corresponden frente a las personas responsables del siniestro y hasta el límite de la indemnización. Además, no debemos olvidar que el artículo 76 LCS concede acción directa del perjudicado contra la aseguradora para reclamar el pago de, entre otros conceptos, los gastos médicos hospitalarios y farmacéuticos.

Pues bien, cuando existe una póliza de seguro de automóvil en el que se incluye la cobertura del seguro de personas que incluye la satisfacción de los gastos médicos, farmacéuticos y hospitalarios es práctica habitual que los perjudicados quieran recibir de su aseguradora el pago de los mismos, si están determinados, dejando a estas que repitan frente a la aseguradora del responsable, ya que fuera de éste caso no existiría obligación alguna de la aseguradora de abonar los gastos médicos de su asegurado.

Ahora bien, respecto al Convenio de asistencia sanitaria de UNESPA hay que señalar que este es vinculante para los adheridos al mismo, como apunta la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, Sentencia de 19 Dic. 2006, rec. 394/2006. Y esta situación nos lleva al ya señalado carácter vinculante del convenio para las partes adheridas al mismo, ya que en dicho convenio, tal como claramente consta en su estipulación séptima, las entidades aseguradoras adheridas renuncian a la reclamación de las cantidades abonadas en virtud de este Convenio.

Esto conlleva que las aseguradoras que suscriben este tipo de convenios formulan una renuncia expresa al ejercicio del derecho de repetición que le confiere el art. 43 LCS. Por tanto, señala la citada sentencia, esta renuncia es totalmente aceptable y válida, al amparo de la autonomía de la voluntad que rige las convenciones en nuestro De-

¹⁴ El asegurador, una vez pagada la indemnización podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.



recho por imperativo del artículo 1255 del Código Civil. Es obvio señalar que tanto el artículo 43 LCS como el artículo 7 LRCSVM reconocen un derecho de repetición, que como todo derecho no es imperativo su ejercicio y puede ser renunciado libre y voluntariamente por quien lo tiene, bien de forma tácita por su no ejercicio, bien de forma expresa en un convenio entre las partes.

Además, la estipulación segunda B) del convenio establece que en los casos de siniestros en los que participe más de un vehículo, se abonará por cada entidad aseguradora las prestaciones correspondientes a los ocupantes y conductor

del vehículo asegurado, por lo que en estos casos cada aseguradora responderá de sus propios daños y perjuicios incluyendo, por ello, los gastos médicos, hospitalarios y farmacéuticos sin poder repetir, luego, frente a la aseguradora del vehículo contrario.

Por otro lado, la estipulación segunda del Convenio literalmente señala que «Las referidas estipulaciones y tarifas se aplicarán a todas las asistencias realizadas a los lesionados por hechos de la circulación ocasionados por vehículos a motor su estacionamiento habitual en España, estando obligados a suscribir un contrato de seguro de respon-



sabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor, de acuerdo con la legislación vigente».

Sin embargo, existen algunas posiciones que entienden que para que sea vinculante el convenio tiene que serlo respecto de personas jurídicas vinculadas por el mismo y que el asegurado debe ser atendido en un centro sanitario incluido en la relación de los concertados, y que de no ser así, sería aplicable la excepción a la renuncia al derecho a reclamar. Aun así, entendemos, postura

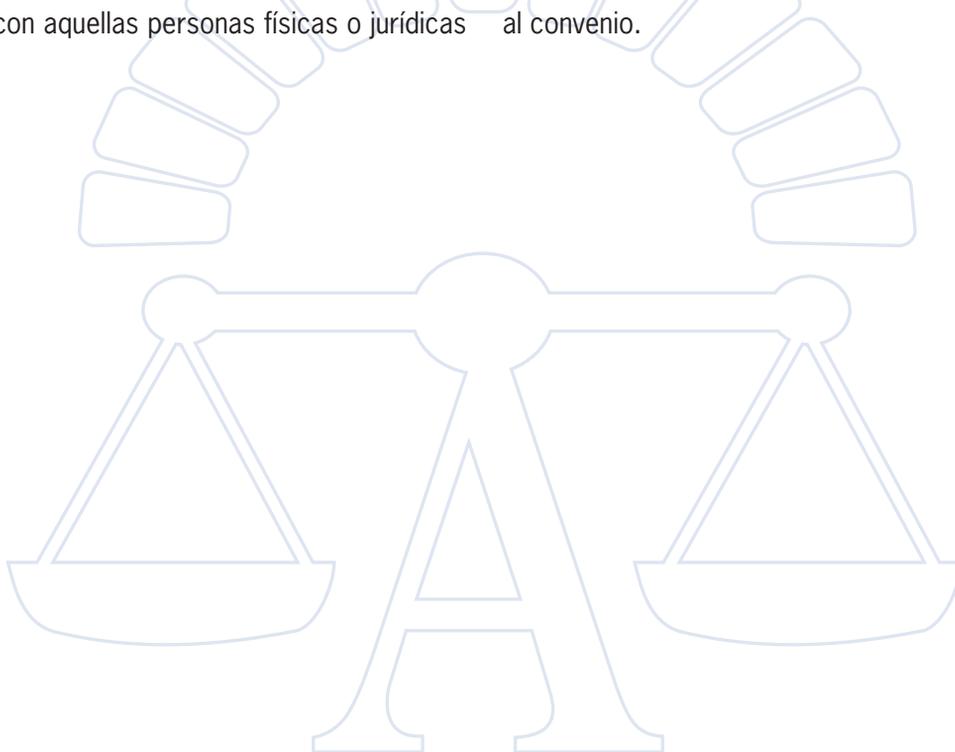
también seguida por la AP de Murcia con buen criterio, que para los centros sanitarios, tal como el propio convenio establece, tal adhesión del listado incluido lo era en su momento a los efectos del artículo 13 c) del Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del RD 2641/1986. Sin embargo en el RD 7/2001 que contiene el vigente Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil (que expresamente deroga el RD 2641/86), en su artículo 12 c) elimina dicha referencia temporal estableciendo expresamente que se abonarán con cargo al seguro obligatorio «Por gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria: en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas, siempre que el gasto esté debidamente justificado atendiendo a la naturaleza de la asistencia prestada», (lo que hemos visto que se ha trasladado con rango legal a la regla general 6ª ya citada¹⁵), por lo que se excluye la limitación a efectos de centros hospitalarios, y, por ello, la referencia a la adhesión, o no, al convenio de asistencia sanitaria que no afectaría a la obligación de la aseguradora de pago de la asistencia sanitaria. Recordemos, sin embargo, que al objeto del seguro obligatorio y límites de aseguramiento, desde el día 1 de Enero de 2008, y en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final 2ª de la Ley 21/2007, entró en vigor la reforma del art. 4 del Real Decreto legislativo 8/2004 en materia de cuantías económicas que cubre el seguro obligatorio de circulación de vehículos de motor, al objeto de fijar que los importes de la cobertura del seguro obligatorio serán:

- a) En los daños a las personas, 70 millones de euros por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas.
- b) En los daños en los bienes, 15 millones de euros por siniestro.

¹⁵ Ver comentario de MARIANO MEDINA en SEPIN Tráfico de Julio-Agosto 2008 respecto a la crítica realizada a la traslación directa de este límite reglamentario a la actual regla general 6ª que fija un estrecho límite temporal a los gastos que son objeto del presente estudio doctrinal.



Sin embargo, se mantiene la cobertura en los citados gastos médicos en base a la letra c) citada. Por último, se entiende que la referencia que se hace en la estipulación 7.1ª del convenio está relacionada con aquellas personas físicas o jurídicas que no se ven afectadas por el seguro de responsabilidad civil obligatorio, bien porque conforme a la Ley no tengan cobertura su asistencia, o bien porque sean entidades aseguradoras no adheridas al convenio.



El seguro de Responsabilidad Civil por Protección de Datos Personales

José María Elguero y Merino

Subdirector Riesgos Financieros y Profesionales de Marsh S.A.

Doctor en Derecho



SUMARIO

1. Introducción

2. La Protección de Datos en España

- 2.1. Marco jurídico
- 2.2. La Agencia Española de Protección de Datos
- 2.3. Escenario en España: Barómetro del CIS

3. El seguro de Responsabilidad Civil por Protección de Datos Personales

- 3.1. Origen y antecedentes. Su importancia
- 3.2. Naturaleza jurídica y objeto del seguro
- 3.3. Licitud del aseguramiento de las multas
- 3.4. Los asegurados
- 3.5. Coberturas y extensiones
- 3.6. Exclusiones específicas de cobertura
- 3.7. Delimitación temporal y geográfica del riesgo
 - A) Ámbito temporal
 - B) Ámbito geográfico
- 3.8. Otras características de la cobertura
- 3.9. Reclamaciones y siniestros
- 3.10. Principales deberes y derechos de las partes

4. Conclusiones

Nota Preliminar

Este Trabajo se presenta a la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro como Comunicación al VIII Congreso Nacional a celebrar en Santander y para su participación en el Premio In Memoriam del Profesor Fernando Reglero Campos 2008.

La bibliografía utilizada se encuentra citada en las notas a pie.



1. Introducción¹

Pocas veces puede escribirse un trabajo en materia de seguros que sea novedoso, principalmente porque la legislación de seguros es relativamente antigua –con la excepción de la todavía reciente Ley de Mediación de 2006– y porque no existen modalidades aseguradoras nuevas. Sin embargo, la publicación del Reglamento de Protección de Datos en el BOE de 19 de enero 2008 ha dado al mercado asegurador español la oportunidad para lanzar un nuevo seguro de responsabilidad civil que sí aporta novedades tanto en su configuración como producto asegurador como en las coberturas y en las personas aseguradas, entre otros aspectos. Además, su presentación no ha estado exenta de cierta polémica entre las aseguradoras y el órgano administrativo de control². La aparición de este nuevo producto responde, a mi juicio, a dos factores principales: de un lado a la conveniencia de dar respuesta a una demanda de aseguramiento de las empresas y personas que manejan datos personales de empleados y terceros; de otro la necesidad de buscar seguros o modalidades de éstos que permitan a los aseguradores desarrollar sus carteras y crecer, ante el continuado descenso de primas y la generalizada competencia. En este sentido, el Informe de la Fundación MAPFRE³ sobre “El Mercado Español de Seguros 2007” pone de manifiesto que *el volumen de primas del seguro de responsabilidad civil ascendió en 2007 a 1.892 millones de euros, que supone un crecimiento del*

3.5%, realmente modesto si se le compara con el de años precedentes, abandonando las tasas de dos dígitos que en los años anteriores a 2005 habían convertido al ramo de responsabilidad civil en el más próspero del sector. El Informe añade que se mantiene por cuarto año consecutivo el ciclo de mercado blando propiciado por la abundancia de operadores y los excesos de capacidad que, junto con una mejora de la siniestralidad, ha provocado una feroz competencia que está conduciendo a una reducción de las primas, especialmente en riesgos industriales, profesionales y D&O.

El Estudio de la Fundación MAPFRE se refiere expresamente a la aparición de dos nuevos productos aseguradores de responsabilidad civil –a los que califica más exactamente de “nuevas coberturas del ramo caracterizado por su dinamismo”– con los que se muestra especialmente crítico: *productos que cubren las responsabilidades por comportamientos contrarios a las relaciones laborales (EPLI), conductas que ya han empezado a generar numerosas reclamaciones y también han aparecido productos que cubren responsabilidades por la infracción de las disposiciones de protección de datos, incluyendo una cobertura muy cuestionada, la garantía de multas y sanciones, sobre la que se ha pronunciado la DGSFP en sentido contrario a su licitud, argumentando el carácter punitivo de tales sanciones.*

En todo caso estamos ante una nueva modalidad⁴ del seguro de responsabilidad civil sobre el

¹ Abreviaturas utilizadas: AEPD (Agencia Española de Protección de Datos), BDS (Boletín Diario de Seguros), BOE (Boletín Oficial del Estado), CC (Código Civil), CIS (Centro de Investigaciones Sociológicas), D&O (Consejeros, Administradores y Directivos), DGSFP (Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), EPLI (*Employment Practices Liabilities Insurance*, Prácticas de Empleo), LCS (Ley de Contrato de Seguro), LOPD (Ley Orgánica de Protección de Datos), RJ (Repertorio Jurisprudencia Aranzadi), RPD (Reglamento de Protección de Datos), STS (Sentencia del Tribunal Supremo), TS (Tribunal Supremo).

² En el BDS de 3 de abril 2008 se recogía la noticia de la presentación durante la Semana del Seguro 2008 del nuevo producto *Data Plus* de la aseguradora AIG, lo que según parece motivó la petición de información a los directivos de la aseguradora por parte de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. En la citada Semana, la aseguradora afirmó que “la póliza cuenta con el visto bueno de la DGSFP” (BDS de 25 de abril) lo que provocó una aclaración del órgano regulador en el sentido de señalar que “sólo se conocen las características de la póliza sin que eso implique el visto bueno” (BDS de 28 de abril). Similar petición se hizo con posterioridad a DUAL.

³ *El Mercado Español de Seguros en 2007*, 62 págs., Fundación Mapfre, julio 2008.

⁴ No hay motivos para cuestionar el nacimiento de una nueva modalidad específica del seguro de responsabilidad civil, incluso aunque su desarrollo comience casi 10 años después de la promulgación de la LOPD. Idéntico camino siguió el seguro de D&O, cuya ausencia hoy en las empresas es inimaginable: *inicialmente* –señala RONCERO SANCHEZ, A., *El Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores de una Sociedad Anónima*, pág. 27, Aranzadi- esta modalidad del contrato de seguro alcanzó una discreta difusión, si bien su demanda fue aumentando de forma progresiva hasta experimentar un auténtico boom a finales de los setenta.



que no existe todavía bibliografía pero que sí ha generado un amplio debate a todos los niveles, lo cual justifica su atractivo para ocuparnos de estudiarlo, unido al hecho de que los ciudadanos demandan cada vez más una mayor protección de la Administración respecto a la tutela de sus derechos en materia de datos personales. Habrá que ver como es de aceptado por los interesados, por el resto del mercado asegurador, por la Administración y por el legislador en una futura reforma de la LCS y cómo lo tratará la doctrina.

2. La Protección de Datos en España

2.1. Marco jurídico

El marco jurídico básico de la protección de datos en España parte del artículo 18.4 de la Cons-

titución según el cual *la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*, sin olvidar el reconocimiento a la dignidad de la persona que se consagra en el artículo 10 del texto constitucional. El desarrollo de esta norma se realizó con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE 298, de 14 de diciembre) modificada conforme al artículo 79 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, siendo desarrollada recientemente mediante el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos⁵. Como complemento, hay que tener presente la sentencia 290/2000 del Tribunal Constitucional, de 30 de noviembre 2000,

⁵ Con la normativa actual se derogan los Reales Decretos 1332/1994, de 20 de junio y 994/1999, de 11 de junio.



que reitera la exigencia de garantizar a todos los ciudadanos su derecho a la protección de datos en condiciones iguales en todo el territorio nacional.

Junto a este marco básico, existe normativa comunitaria, internacional y nacional aplicable a la protección de datos, constituida principalmente por la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L281, de 23 de noviembre); Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DO L201, de 31 de julio); Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (BOE de 29 de abril); Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos y Resolución de 12 de julio de 2006, de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se aprueban los formularios electrónicos a través de los que deberán efectuarse las solicitudes de inscripción de ficheros en el Registro General de Protección de Datos. En el ámbito internacional hay que destacar los Acuerdos *Safe Harbour* suscritos entre los Estados Unidos y la Unión Europea.

El Reglamento, como normativa más reciente y actual, busca un mayor nivel de seguridad en la aplicación de la LOPD, siendo la transparencia su principal característica. Su finalidad es objetivar

normativamente los criterios consolidados en la aplicación de la LOPD tanto en resoluciones de la AEPD como en sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, así como solventar la transposición de la Directiva 95/46/CE, incorporar criterios de política legislativa y completar el desarrollo reglamentario de las novedades introducidas en la LOPD⁶. Entre otros aspectos, desarrolla el principio de consentimiento con especial atención a la forma de acreditarlo y sistematiza los supuestos que legitiman el tratamiento y la cesión de datos, facilitando el ejercicio de derechos, recogiendo novedades en las medidas de seguridad aplicables a los ficheros no automatizados, permitiendo una mayor flexibilidad en su implantación.

2.2. La Agencia Española de Protección de Datos

La protección de datos en España corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos a nivel nacional y a las agencias autonómicas en las Comunidades que las tengan, en función de sus respectivas competencias. El legislador ha atribuido a la AEPD un conjunto de funciones que le permiten actuar con independencia investigando las infracciones y sancionándolas con el fin de garantizar su aplicación efectiva. Como señala la propia Agencia en la Memoria 2007, *el mayor conocimiento y el índice de cumplimiento de la normativa de protección de datos no ha supuesto, sin embargo, una reducción de las actividades de la AEPD dirigidas a sancionar las infracciones de la LOPD, a lo que ha contribuido el mayor conocimiento por parte de los ciudadanos de las garantías que les asisten, circunstancia que se ha traducido en un aumento de las denuncias⁷ presentadas por presuntos incumplimientos de la LOPD.*

⁶ Memoria 2007 AEPD.

⁷ Así, las inspecciones iniciadas por denuncias de los ciudadanos o a iniciativa del Director de la AEPD se incrementaron en torno al 7% ascendiendo a un total de 1263 en 2007 respecto al año anterior. El mayor número de inspecciones realizadas afectan a telecomunicaciones y entidades financieras, a las que sigue la videovigilancia, con un incremento superior al 400% pasando a ocupar el tercer lugar. Los procedimientos sancionadores finalizados a entidades privadas han tenido un aumento de un 32%, situados en primer lugar los procedimientos que afectan a empresas de telecomunicaciones, que aumentan por encima de la media hasta un 45%, los procedimientos a entidades financieras ocupan el segundo lugar ascendiendo un 21% y las comunicaciones electrónicas comerciales, que crecen en un 164% respecto a 2006.

El análisis del grado de seguridad jurídica en la aplicación de la LOPD obliga a contemplar en qué medida las Resoluciones de la AEPD son ratificadas o revocadas por los Tribunales. En el año 2007 y según los datos de la Memoria de la Agencia, se han dictado por la Audiencia Nacional 158 sentencias y por el Tribunal Supremo 13. En cuanto a las sentencias de la Audiencia Nacional, 116 fueron desestimatorias de los recursos formulados contra resoluciones de la Agencia, que quedaron plenamente confirmadas (73%) y 17 los estimaron parcialmente (11%), principalmente rebajando la cuantía de la sanción por apreciarse una cualificada disminución de la culpabilidad de la entidad infractora. Por último, en 24 casos se estimaron íntegramente las pretensiones anulatorias de las resoluciones de la Agencia (15%). De las sentencias del TS, 11 ratificaron el criterio de la Agencia.

En ocasiones se piensa que el riesgo derivado de la tenencia y utilización de datos personales está controlado y es difícil que se produzca un error debido a los sistemas y procedimientos que existen en cada empresa, pero la realidad demuestra que los errores se pueden producir en distintos ámbitos y por distintas causas: Errores tecnológicos por fallos de equipos o fallos de seguridad, errores humanos por falta de procedimientos internos o falta de atención y cuidado y actos maliciosos de terceros, incluyendo empleados, en venganza por despidos o reacción al mobbing, discriminación o falta de promoción de empleados por parte del patrono.

Las causas por las que se presentan reclamaciones ante la Agencia son variadas: olvidar registrar un fichero en la AEPD, envíos masivos de publicidad sin autorización, uso de datos para fines distintos a los cedidos, videovigilancia fuera de lo autorizado, cesión no consentida de datos a terceros, deshacerse sin control de datos de pa-

cientes, empleados, candidatos, clientes, etc. Los perjuicios para la empresa, entendidos éstos como cualquier suma que esté legalmente obligado a pagar a un afectado o interesado como consecuencia de una resolución judicial en su contra, o de una transacción celebrada por el asegurador con su consentimiento, son múltiples: gastos de investigación, de defensa jurídica, indemnizaciones por responsabilidad civil, multas y sanciones, daños a la imagen de la empresa, pérdidas financieras, pérdidas de clientes, otros gastos y honorarios.

2.3. Escenario en España: Barómetro del CIS⁸

Si algo caracteriza a la sociedad actual y a las empresas que operan en toda clase de mercados, es la necesidad de difundir sus productos y servicios entre sus potenciales clientes mediante la captación, tenencia y tratamiento de sus datos personales. Las bases de datos constituyen importantes activos a este respecto. Pero junto a la necesidad de las empresas de tener y manejar dichos datos, aparece el derecho de los particulares a una protección adecuada de los mismos, no sólo porque en muchas ocasiones son datos sensibles, sino también para evitar un envío publicitario masivo. Recientemente la videovigilancia y la grabación de las conversaciones telefónicas comerciales se han revelado como importantes fuentes de registro de datos, de especial preocupación para los ciudadanos.

Todas las empresas, con independencia de su tamaño, naturaleza, actividad y/o ámbito geográfico, necesitan y utilizan datos personales de empleados, de clientes y de otros terceros mediante su instrumentación en ficheros clasificados según su finalidad, que deben ser inscritos en la Agencia Española de Protección de Datos, siendo la falta de inscripción una de las causas por las que la Agencia impone sanciones.

⁸ Barómetro de febrero 2008.



La tenencia de datos personales de los ciudadanos por parte de todo tipo de empresas es una preocupación creciente de la población. El Barómetro del CIS de Febrero 2008 revela que el 43,1% de los ciudadanos está bastante preocupado por el uso de la información personal que pueden hacer otras personas y al 27,9% les preocupa mucho. La protección de datos y el uso de esta información personal es una preocupación ciudadana que se sitúa por delante del avance de la ciencia y la tecnología, el desarrollo de la comunicación e información a través de Internet y la piratería.

El Barómetro del CIS refleja las preocupaciones de los ciudadanos en varios apartados:

a) Conocimiento de la normativa legal

El 52,4% de la población conoce que existe una Ley que protege su intimidad personal y familiar ante los posibles abusos que puedan producirse con sus datos personales, frente al 41% que desconoce si existe o no una Ley al respecto y al 6,6% que cree que no existe ninguna norma. El 51,4% no conoce la existencia de la Agencia Española de Protección de Datos, frente al 46,6% que sí sabe que existe dicho organismo.

b) Ejercicio de derechos

El 7,6% nunca ha solicitado que cancelen sus datos personales de un registro. El 22,1% sí lo ha solicitado. De los anteriores, el 31,1% afirma haberles resultado fácil y el 6% muy fácil la tarea de cancelar sus datos, pero para más del 65% ha sido una tarea complicada. El 30,9% lo ha considerado una tarea difícil y el 21,8% muy difícil. El principal motivo para solicitar la cancelación de datos personales ha sido darse de baja en un servicio (51,2%) y para no recibir publicidad (34,4%).

c) Confianza y seguridad

A más del 75% le da poca o ninguna seguridad dar el número de su tarjeta por Internet para realizar alguna compra o contratar un servicio (al 53,6% no le da ninguna seguridad y al 25,2% le da poca seguridad). El 58,8% valora de manera alta la seguridad en la privacidad de los datos en la Administración Pública y también de manera destacada en Hospitales (55,6%) y Bancos (53,3%). El 31,3% considera que hay una baja seguridad en los comercios aunque un 33,9% percibe que en los comercios hay una alta privacidad de los datos.

d) Publicidad

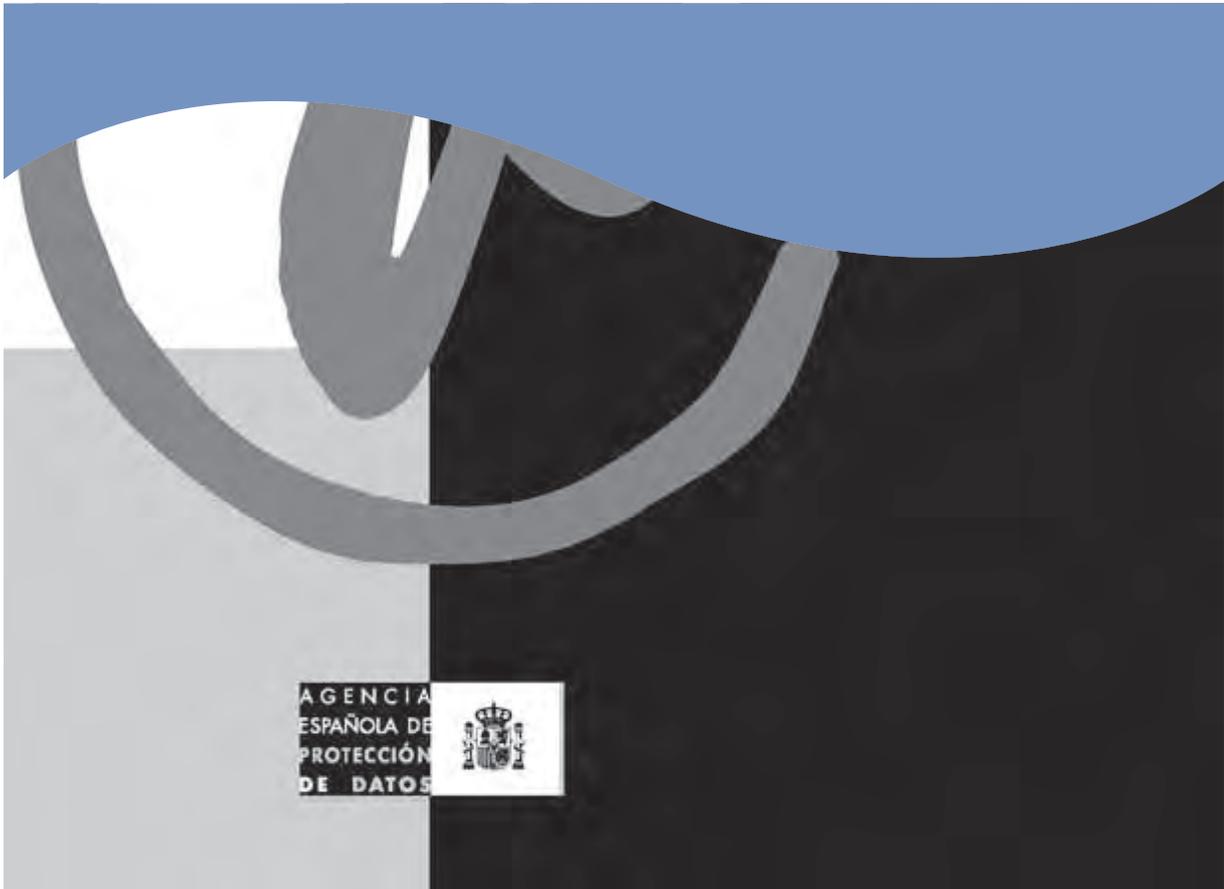
El 68,2% ha recibido en alguna ocasión una llamada telefónica o le han enviado un SMS con fines publicitarios de alguna entidad a la que no tiene constancia de haber dado sus datos personales. Solamente un 26,4% no ha recibido este tipo de llamadas. Al rellenar formularios con datos de carácter personal aparece alguna anotación o casilla solicitando la posibilidad de disponer o emplear los mismos. El 56,1% no la tiene en cuenta y el 25% asegura tenerla en cuenta y dar su consentimiento y un 11,6% dice que «a veces» la tiene en cuenta.

e) Internet

En cuanto a Internet, de los que afirman utilizarlo, el 79,9% asegura haber recibido *spam* o correos electrónicos no deseados. Sólo un 18,8% no ha recibido este tipo de correos. El 57,8% se asegura de que las páginas de Internet que visita son fiables leyendo sus políticas de privacidad. Un 36,1% reconoce que no las lee. El 1,1% sabe que al navegar por Internet deja un rastro o dato personal frente al 14,1% que cree que no. Un 30,1% «no sabe» si deja rastro.

f) Videovigilancia

En cuanto a las cámaras de videovigilancia, el 73,2% se muestra a favor de su colocación. De



ellos, el 71,1% lo apoyan porque proporciona más seguridad, el 18,6% porque permite la identificación de los delincuentes y el 11,6% porque evita delitos. En contra de la instalación de cámaras se posiciona el 9,5%. El motivo fundamental para posicionarse en contra es la pérdida de intimidad con un 78,7%. El lugar donde parece mal (28,6%) o muy mal (9,6%) la instalación de cámaras es el lugar de trabajo, pero le parece bien al 30,7% y muy bien al 15,4%. El 45,6% ve muy bien y el 49,4% ve bien la instalación de cámaras en Bancos. La instalación de cámaras en guarderías y colegios le parece bien al 51,5% y muy bien al 29,3%. Le parece mal o muy mal al 8,5% y al 2,1% respectivamente. El 46,6% afirma saber que es obligatorio solicitar autorización para la instalación de estas cámaras. El 4,5% dice que no es obligatorio y el 48,7% «no sabe» si es obligatorio solicitar esa autorización. Respecto a la señalización de las cámaras, el 53% sabe que debe señalarse su instalación y el 12,1% cree que no debe señalarse. El 73,2% se muestra

a favor de que se controle la difusión de imágenes grabadas por cámaras de videovigilancia que se emiten por televisión o Internet. El 14,2% se muestra en contra. Los casos de difusión de imágenes por Internet o televisión en los que se ha vulnerado el derecho a la intimidad le parece preocupante al 76% (bastante preocupante al 44,1% y le preocupa mucho al 32,1%).

3. El Seguro de Responsabilidad Civil por Protección de Datos Personales

3.1. Origen y antecedentes. Su importancia.

El desarrollo de las sociedades modernas se ha caracterizado por un avance imparable de los sistemas tecnológicos y de la comunicación e información. El aumento poblacional, el acceso prácticamente ilimitado a toda clase de datos e informaciones y la posibilidad de acceder a dicha información en otros puntos del planeta en fraccio-



nes mínimas de tiempo, ha hecho que aparezcan nuevos riesgos que afectan a derechos básicos de los ciudadanos, para los cuales los aseguradores han de estar en disposición de ofrecer soluciones⁹. De esta forma, un nuevo riesgo como es la responsabilidad derivada de la obtención, tratamiento y tenencia de datos personales de los ciudadanos necesita ser transferido al seguro.

Aunque el origen del actual seguro por protección de datos en España viene marcado por la promulgación del RPD, ya se comercializaba con anterioridad un seguro por CFC *Underwriting Ltd.* por cuenta de suscriptores del Lloyd's de Londres. Además, algunas aseguradoras nacionales venían dando solución parcial a la cobertura de protección de datos mediante la inclusión en las pólizas de responsabilidad civil profesional de un sublímite específico para esta garantía, no siendo en absoluto una extensión automática de cobertura pero que se podía negociar su inclusión, si bien los aseguradores establecen, como política de suscripción, límites reducidos y franquicias específicas. Esta solución era y es muy relativa por cuanto no se trata de un seguro específico para la cobertura del riesgo por protección de datos y además se condiciona a la compra del seguro principal, que es el de responsabilidad civil profesional. Pese a que la LOPD data de 1999, la suscripción de este seguro no ha sido frecuente en España debido a dos motivos: de un lado la escasa actividad inspectora y sancionadora de la Agencia de Protección de Datos por el reducido número de reclamaciones de los ciudadanos y de otro

el desconocimiento generalizado de la existencia y contenido del seguro, unido a su entonces elevado precio y complejidad de suscripción con amplios y profusos cuestionarios. La AEPD estaba por entonces muy centrada en el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y la telefonía móvil y el complejo mundo bancario, por lo que otras empresas de servicios no veían un riesgo efectivo de ser inspeccionadas y sancionadas y por ello la necesidad de disponer de protección aseguradora.

El nuevo Reglamento no sólo ha acentuado las obligaciones de quienes disponen o utilizan datos personales de empleados, clientes y terceros en general sino que ha servido para reforzar e intensificar la actividad inspectora de la Agencia, cambiando la conciencia de las empresas respecto a la necesidad de proteger adecuadamente los datos personales de que disponen, a las aseguradoras diseñar y comercializar una nueva modalidad aseguradora de responsabilidad civil y a los ciudadanos tener conciencia de sus derechos y aprender a reclamarlos.

Esta promulgación del Reglamento y la existencia de un riesgo para el que no existía una completa solución aseguradora hizo que las aseguradoras AIG y DUAL¹⁰ se decidieran a comercializar este nuevo producto asegurador. Junto a las actuales ofertas de AIG y DUAL y las soportadas por el Lloyd's, otras compañías anunciaron su entrada en este segmento de mercado, sin que hasta la fecha haya llegado a materializarse propuesta alternativa alguna. El debate sobre la legalidad del aseguramiento de las multas y el

⁹ De ÁNGEL YAGÜEZ, R.: La Responsabilidad Civil, pág. 381, Universidad de Deusto 1988, señalaba premonitoriamente que la importante relación entre la responsabilidad civil y el seguro de responsabilidad civil hace que el concepto clásico de responsabilidad civil se encuentre en crisis y quizás en vísperas de un verdadero ocaso. Un gran número de riesgos se encuentran cubiertos por la seguridad social (...) y por otro lado cobra cada día más terreno la fórmula del seguro obligatorio (...) y el desarrollo e incremento estadístico de los seguros voluntarios de responsabilidad civil a través de los cuales el ciudadano elimina a priori los riesgos de su actividad. Si, como todo induce a vaticinar llega el día en que la mayor parte de los daños que podamos causar con nuestros comportamientos van a encontrarse cubiertos por una póliza de seguro, se producirá como efecto positivo el que las víctimas encuentren casi siempre reparación de sus males, pero esto acarreará una eclipse de la responsabilidad pues el ciudadano resguardado por la póliza llegará a no percibir los efectos perjudiciales de su actuación negligente o inexperta (...). El riesgo de que todo esto conduzca a un clima colectivo de indiferencia hacia los daños que podemos producir en los demás, ha llevado a algunos autores a sugerir un sistema de multas administrativas (...) que sirva para mantener incólume el temor de los ciudadanos hacia la sanción individualizada y directa. La franquicia sería un instrumento que contribuiría a fomentar la diligencia aunque sus efectos moralizadores serían dudosos así como el incremento de la prima. Vid. También GARRIGUES, Contrato de Seguro Terrestre, pág. 357, y CALZADA CONDE, El Seguro Voluntario de Responsabilidad Civil, pág. 44, Montecorvo.

¹⁰ DUAL es una Agencia de Suscripción cuyo soporte asegurador lo otorga la compañía aseguradora ARCH.

necesario tiempo de maduración de estas propuestas tal vez hayan frenado temporalmente su lanzamiento.

La importancia de este seguro de responsabilidad civil y administrativa para la empresa es innegable, por cuanto que, como en otras modalidades del seguro de responsabilidad civil, contribuye a dar garantía de solvencia y continuidad a la empresa, en beneficio de los posibles perjudicados. La doctrina se ha manifestado de forma unánime a favor de los seguros de responsabilidad civil, ya que *aún cuando se den los presupuestos para el nacimiento de la responsabilidad civil (...) de forma que se pueda imputar la responsabilidad a una persona, la falta de medios económicos por parte del responsable hace ilusoria de hecho esa responsabilidad, de forma que el deber de resarcimiento al perjudicado no será, en muchos supuestos efectiva*¹¹. *El contrato de seguro de responsabilidad civil ha acompañado a ésta en su evolución, de forma tal que en tal medida no podrían explicarse los profundos cambios de la responsabilidad civil sin la presencia del seguro*¹². *No debe olvidarse que la justa ampliación de la responsabilidad civil (...) hubiera tenido un desarrollo inferior o, al menos más lento, de no haber sido por la existencia del seguro*¹³.

3.2. Naturaleza jurídica y objeto del seguro

Estamos en presencia de una responsabilidad civil extracontractual y subjetiva, necesitando por tanto la existencia de culpa o negligencia¹⁴ en el responsable de los datos, sujeta a lo dispuesto en el 1902 CC y

con relación al seguro, con una modalidad del seguro de daños -más exactamente un seguro patrimonial¹⁵ de responsabilidad civil¹⁶, voluntario, regulado en el artículo 73 LCS, sobre el que el tercero perjudicado puede utilizar la acción directa frente al asegurador, siendo el riesgo cubierto el nacimiento de una deuda indemnizatoria a cargo del asegurado por perjuicios patrimoniales puros, unido a una responsabilidad administrativa por el incumplimiento de los preceptos de la Ley y del Reglamento de Protección de Datos, cuya cobertura no se canalizaría sin embargo por el ramo de responsabilidad civil, sino por el de pérdidas pecuniarias diversas. No es un seguro de responsabilidad civil autónomo pero sí una modalidad independiente con un objeto diferente a otras modalidades, que complementa a otros riesgos de responsabilidad civil que afectan a la empresa, como la responsabilidad civil general, la profesional e incluso la de consejeros y directivos D&O, ya que no existe un seguro de toda la responsabilidad civil en que pudiera incurrir una persona¹⁷. Se puede contratar aisladamente de otras modalidades sin necesidad de suscribir éstas previamente. Además de seguro de responsabilidad civil, es un seguro de defensa jurídica, de pérdidas pecuniarias diversas por la cobertura de multas y que puede complementarse con garantías de daños a los bienes cuando se incluyen las pérdidas de bases de datos o daños al software.

Respecto a su delimitación con el seguro de responsabilidad civil de consejeros y directivos (D&O), aunque son modalidades distintas que cubren riesgos diferentes, el de D&O y el de protec-

¹¹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, pág. 1.122, Aranzadi.

¹² SÁNCHEZ CALERO, F., "Evolución de la Responsabilidad Civil de la Empresa y su aseguramiento", en *Introducción de la obra Estudios sobre el Aseguramiento de la Responsabilidad en la Gran Empresa*, pág. 29, MUSINI 1994.

¹³ SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios ...*, pág. 1.121.

¹⁴ Son pocos los supuestos en los que se establece la responsabilidad objetiva del causante del daño. SÁNCHEZ CALERO ya señalaba que *la responsabilidad objetiva puede hacer otra víctima del responsable en el supuesto de que hubiera que hacer frente al pago de la indemnización al perjudicado con bienes propios* ("Evolución...", pág. 20).

¹⁵ La STS (Civil) de 14 de junio 2002 (RJ 2002, 4901) recogía en su Fundamento de Derecho 4º que "es pacífica ya en casación la calificación del contrato como de seguro de responsabilidad civil y no de daños".

¹⁶ CALZADA CONDE, cit., pág. 212, considera que el seguro de responsabilidad civil no responde ni encaja en el concepto tradicional de seguro de daños. Por su parte, RONCERO SÁNCHEZ, cit., pág. 214, apunta que dentro del seguro de daños se puede distinguir entre seguro de cosas, de derechos y de patrimonio, dentro del cual encaja el de responsabilidad civil.

¹⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., cit. pág. 363.



ción de datos se aproximan al entender que es responsabilidad de los directivos de una sociedad la política de protección de datos de la empresa, velando por el cumplimiento normativo de sus empleados y responsables de datos, siendo exigible a los directivos las responsabilidades por daños causados como consecuencia del incumplimiento. Buena prueba de la proximidad de ambas modalidades es que el seguro de D&O cubre, en ocasiones y según mercados, multas y sanciones a las personas físicas y el de protección de datos incluye expresamente como asegurados a los directivos y altos cargos.

Se ha discutido, respecto a su naturaleza, si el seguro de responsabilidad civil es un contrato a favor de terceros por el hecho de que el perjudicado puede demandar tanto al asegurado como al asegurador y, efectivamente, así lo consideraba la jurisprudencia más antigua del Tribunal Supremo¹⁸, y algún sector de la doctrina ha entendido que se trata de un contrato con estipulación a favor de terceros, pero la protección del tercero es más el resultado que la finalidad del contrato¹⁹. La doctrina más relevante ya señaló que se trata de un seguro de daños en interés del asegurado por cuanto con él se traslada al asegurador la obligación de indemnizar los daños causados por hechos que generan responsabilidad civil²⁰, no siendo un contrato a favor de tercero por el mero hecho de la existencia de la acción directa que le otorga al perjudicado un derecho propio.

El objeto del seguro es tanto la cobertura del riesgo de responsabilidad civil derivado para la empresa y las personas físicas aseguradas²¹ por reclamaciones por perjuicios como el de pérdidas pecuniarias por las sanciones impuestas por la infracción

de la normativa vigente en materia de protección de datos, considerando *datos* cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables, los cuales son tratados por la sociedad y/o incorporados a ficheros de su titularidad. Se incluyen las reclamaciones por falta de seguridad de los datos consistentes en un acto u omisión culposo o negligente como consecuencia de la contaminación de datos propiedad de un afectado o interesado por medio de un software no autorizado, un código informático o virus específicamente diseñado para dañar el sistema informático de la sociedad, así como una denegación inadecuada o errónea de los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición a un afectado o interesado legitimado para ello o la destrucción, modificación, corrupción, daño o eliminación de datos almacenados en cualquier sistema informático como consecuencia de una violación de seguridad de datos.

El perjuicio que el asegurado sufre como resultado de la reclamación es cualquier suma que esté legalmente obligado a pagar a un afectado o interesado como consecuencia de una resolución judicial o de una transacción celebrada por el asegurador con el consentimiento del asegurado.

3.3. Licitud del aseguramiento de las multas

La cobertura de las multas y sanciones que pueda imponer la Agencia Española de Protección de Datos constituye sin duda alguna el atractivo comercial del producto²², si bien hay que señalar que su importancia para el asegurado reside en su valor a corto plazo por la cobertura económica de canti-

¹⁸ STS (Penal) de 4 febrero 1984 (RJ 1984, 721): "El seguro de responsabilidad civil es un contrato de naturaleza especial, a favor de tercero, que permite a la víctima demandar tanto al asegurado como al asegurador".

¹⁹ ELGUERO, J.M.: *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro: Jurisprudencia Comentada*, dirigida por F. Reglero Campos, pág. 1050, Aranzadi 2007.

²⁰ SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios...*, pág. 1.127, y ya en 1988 DEÁNGEL YAGÜEZ, pág. 363.

²¹ Incluyendo la responsabilidad por actos ajenos de las personas o empresas de las que legalmente deba responder, como por ejemplo el encargo a terceros externos (*outsourcing*) del tratamiento de datos personales.

dades que pueden ser muy elevadas y comprometer, en algunos casos, la cuenta de resultados de la empresa. Pero no hay que olvidar que el seguro de responsabilidad civil por protección de datos no sólo cubre la llamada responsabilidad administrativa (multas y sanciones) sino también la responsabilidad civil, cuestión ésta que hasta ahora ha sido poco demandada en España pero sobre la que habremos de ver un gran crecimiento en los próximos años. Las cuantías reclamadas por responsabilidad civil pueden ser extraordinariamente superiores a las cantidades impuestas en concepto de sanción por la AEPD, pero sin embargo las condenas por este concepto son todavía escasas y de cuantía reducida.

El debate sobre la licitud del aseguramiento de las multas parte, en algunos casos, de presupuestos erróneos. Quienes niegan la licitud, piensan exclusivamente en el aseguramiento de sanciones por conductas dolosas, pero no sólo los hechos dolosos son merecedores de una multa, pues también lo son los hechos y conductas culposas. Así, el conductor que infringe las normas de circulación

puede hacerlo deliberadamente (rebasando en rojo un semáforo, superando el exceso de velocidad o no respetando una señal de Stop), pero puede hacerlo también culposamente, sin intención ni voluntad, y en ambos casos tendrá una sanción.

No obstante, la cobertura de multas y sanciones de la Agencia Española de Protección de Datos ha supuesto un revulsivo en el mercado asegurador, el órgano regulador y los distintos operadores del sector. Aunque las multas provienen de la LOPD de 1999, ha sido con el RPD de 2008 cuando el tema de sus cuantías ha recobrado una inusitada actualidad. Nuestro ordenamiento jurídico no se ha referido de forma expresa a esta cuestión, probablemente por no haber previsto la posibilidad de que el mercado asegurador las cubriera.

Tal fue el debate inicial sobre la licitud del aseguramiento de las multas, que con fecha 31 de marzo 2008, la DGSFP emitió un escrito²³ en respuesta a la consulta²⁴ formulada por una aseguradora sobre si era posible asegurar las multas penales, las sanciones

²² IGNACIO FIGUEROL, MARIANO AROSTEGUI y LUIS SILES, en el Boletín WIRE (DAC, julio 2008), lo califican de “cobertura estrella” y FERNÁNDEZ MANZANO L., de LOVELLS LLP, en “Aseguramiento de multas y sanciones”, Actualidad Aseguradora mayo 2008, considera que es una “ventaja competitiva” y un “elemento diferenciador”, aunque pronostica su progresiva desaparición e incluso podría dar al traste con alguno de los últimos y más novedosos productos lanzados.

²³ El BDS de 2 de junio 2008 publicaba el titular “La cláusula de cobertura de las sanciones administrativas no es admisible” para recoger el criterio de la DGSFP recientemente hecho público. La DGSFP dio a conocer su respuesta a una consulta planteada sobre la posibilidad de aseguramiento de multas penales, sanciones administrativas y multas coercitivas, en caso de ser impuestas por órganos administrativos, juzgados y tribunales españoles o de terceros países. Recuerda que el seguro de responsabilidad civil tiene por objeto la cobertura del “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 y de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”. Aclara que, por otro lado, la libertad de pactos que reconoce el artículo 1.255 del Código Civil permite a los contratantes establecer cuantas estipulaciones acuerden, salvo que se opongan a las leyes, la moral o el orden público. La DGSFP indica que “se entiende que es contrario al orden público que el asegurador pueda hacer frente a las consecuencias de la responsabilidad penal o administrativa, mediante el pago de las multas o sanciones impuestas al responsable. Las penas o multas tienen un carácter sancionador que no puede eludirse con la intervención de un asegurador”. Entre otras cuestiones, el órgano de control señala que “la posibilidad de cobertura de las multas y sanciones a través de un seguro vaciaría de contenido la sanción de algunas conductas y la exigencia de diligencia en la realización de determinadas funciones, al trasladarse al asegurador el pago de la sanción impuesta al responsable”. “Tal prohibición –añade la DGSFP– abarca no sólo el mecanismo directo de cobertura consistente en la entrega de un capital igual, parcial o proporcional a la cuantía de la sanción impuesta, sino también a los mecanismos de cobertura indirecta mediante la entrega de un subsidio igual, parcial o proporcional a la cuantía de la sanción”. Finalmente, la DGSFP expone que, “como consecuencia de todo lo anterior, se concluye que la cláusula de cobertura de las sanciones administrativas no es admisible porque podría ser contraria al orden público y por no ser objeto de cobertura en el seguro de Responsabilidad Civil que únicamente pretende resarcir el daño patrimonial que sufre el asegurado como consecuencia de la reclamación de daños e indirectamente asegurar que el tercero perjudicado percibe la indemnización, no siendo posible asegurar las consecuencias punitivas derivadas de ilícitos penales o administrativos”.

²⁴ Efectivamente se trata de una respuesta del regulador de seguros a una consulta concreta de una aseguradora determinada en un caso específico cuya intención era determinar la asegurabilidad en general de las multas penales, sanciones administrativas y multas coercitivas en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, no estando relacionado con protección de datos personales. La respuesta de la DGSFP carece de rango normativo y por tanto su inobservancia no puede ser sancionada. Idéntico criterio sostiene KENNEDYS, en su Boletín de 29 de abril 2008, bajo el título “Aseguramiento de multas y sanciones: ¿prohibido?, al señalar que las resoluciones de la DGS no tienen carácter imperativo, siendo tan sólo, respecto de la generalidad de aseguradoras y usuarios, una recomendación o interpretación de la ley, susceptible de ser revisada vía recurso. FERNÁNDEZ MANZANO, cit., señala que los brokers tendrán bien presente el criterio de la DGSFP a la hora de aconsejar a sus clientes qué póliza se adapta mejor a sus necesidades de aseguramiento (...) y próximamente observaremos la tendencia contraria siendo cada vez menos habitual encontrar la cobertura de sanciones administrativas en las pólizas de responsabilidad civil.

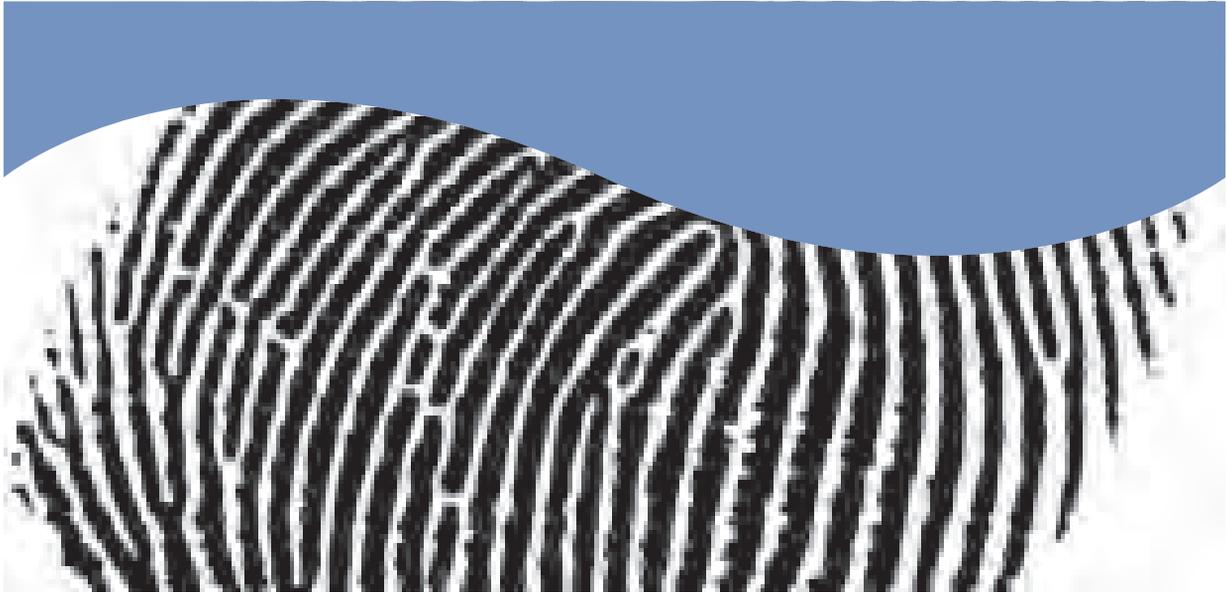


administrativas y las multas coercitivas cuando las imponen órganos administrativos, juzgados y tribunales, pronunciándose en sentido negativo. El escrito de la DGSFP considera “contrario al orden público que el asegurador pueda hacer frente a las consecuencias de la responsabilidad penal o administrativa, mediante el pago de las multas o sanciones impuestas al responsable, pues las penas o multas tienen un carácter sancionador que no puede eludirse con la intervención de un asegurador y la posibilidad de cobertura de las multas y sanciones a través de un seguro vaciaría de contenido la sanción de algunas conductas y la exigencia de diligencia en la realización de determinadas funciones, al trasladarse al asegurador el pago de la sanción impuesta al responsable”. “Tal prohibición – añade – abarca no sólo el mecanismo directo de cobertura consistente en la entrega de un capital igual, parcial o proporcional a la cuantía de la sanción impuesta, sino también a los mecanismos de cobertura indirecta mediante la entrega de un subsidio igual, parcial o proporcional a la cuantía de la sanción”.

De esta nota de la DGSFP, que no se emitió con relación a una consulta sobre protección de datos personales, merece la pena realizar algunos comentarios a cuestiones a las que se ha referido de forma expresa.

- a) *Contrario al orden público.* Considera el regulador que el pago de las multas y sanciones por parte del asegurador, entendido como consecuencia de la responsabilidad administrativa del asegurado, atenta contra el orden público. Sin embargo, el interés que persigue la normativa de protección de datos es de naturaleza privada, pues afecta a los derechos de una persona física y el procedimiento se inicia, generalmente, mediante denuncia de parte. No se trata de proteger como interés el orden público, sino un interés particular²⁵.
- b) *Carácter sancionador.* El carácter sancionador de las multas se configura como una carga persona-

²⁵ FIGUEROA, AROSTEGUI y SILES (DAC, WIRE cit.), consideran que para enfocar correctamente la cuestión es necesario considerar la naturaleza y carácter de las sanciones que impone la APD. Aunque en muchas ocasiones la Administración, al ejercer su potestad sancionadora, tutela exigencias de orden social en su conjunto protegiendo un interés público, en el caso de la APD, el interés jurídico protegido es bien distinto. Las sanciones que impone esta Agencia persiguen la salvaguarda de intereses muy concretos y particulares, intereses que hacen que el criterio general no le sea de aplicación (...); la potestad que ejerce la APD ha de entenderse como una potestad delegada por los propios particulares; las sanciones no se imponen por la infracción de intereses correspondientes a un orden general y público sino específicamente privados. Por ello, entienden que no cabría apreciar que el aseguramiento de las sanciones que tal Agencia impone desnaturalice la función punitiva de la sanción.



lísima impuesta al asegurado que no puede trasladarse al asegurador. Sin embargo, las multas son impuestas a los responsables del fichero de datos, que suele ser la empresa persona jurídica.

- c) *Exigencia de diligencia en la realización de determinadas funciones.* Argumenta la Administración que la cobertura de las multas dejaría sin utilidad la exigencia de diligencia en la realización de ciertas conductas. En caso de que la Administración se hubiera referido en su respuesta a protección de datos, habría que interpretar que la DGSFP se refería a la no realización de funciones de control sobre los ficheros de datos personales y al incumplimiento en general de las obligaciones impuestas por la normativa de protección de datos respecto a la tenencia, custodia, tratamiento y cesión de datos personales. De dar validez a este argumento, habría que negar la licitud del propio seguro de responsabilidad civil, pues el asegurado traslada al asegurador las consecuencias económicas completas del

daño causado con su actuación negligente. Es doctrina pacífica que el seguro de responsabilidad civil no fomenta la negligencia y que precisamente gracias a él se desarrollan actividades que de otro modo sería impensable realizar. Además, la exigencia de seguros obligatorios de responsabilidad civil viene a ratificar la preferencia del legislador por resarcir al tercero perjudicado.

- d) *Prohibición de extensión a la cobertura indirecta mediante subsidios.* La DGSFP extiende la prohibición de cobertura de las multas mediante el pago directo –total o parcial– de la cuantía impuesta en concepto de sanción, a la entrega de subsidios. Aprovecha de esta forma la DGSFP para extender la prohibición a las prestaciones o subsidios por privación del permiso de conducir y situaciones similares²⁶, aunque no las menciona expresamente.
- e) *No es objeto de cobertura en el seguro de responsabilidad civil, por no ser posible asegurar*

²⁶ El subsidio por retirada del permiso, dentro del seguro de retirada del carné, no es desconocido en nuestro mercado. Esta cobertura otorga al asegurado un subsidio por retirada temporal del carné de conducir, mediante el pago de una cantidad mensual mientras dure la retirada del permiso. Esta retirada se puede producir por decisión administrativa o por pérdida de todos los puntos. Sobre la cuantía del subsidio, el asegurado asume una parte proporcional en determinados casos (infracciones cometidas con anterioridad a la contratación de la cobertura, puntos perdidos por la comisión de delitos, por infracciones a la legislación de transporte terrestre o puntos ya utilizados para el abono de anteriores subsidios).



las consecuencias punitivas de ilícitos penales o administrativos. Es en este punto donde la DGSFP puede tener más razón, ya que ciertamente el seguro de responsabilidad civil no tiene por finalidad la cobertura de multas y sanciones, ya que éstas no tienen naturaleza indemnizatoria. Pero este aspecto, aisladamente considerado, no ataca la licitud del aseguramiento de las multas sino el ramo en el que se instrumenta.

Con relación a esta supuesta ilicitud de la cobertura de multas y sanciones, los autores y operadores del mercado no mantienen posturas uniformes²⁷, si bien son pocas las opiniones hasta la fecha, dada

la reciente novedad del seguro. Ya la propia cobertura de la responsabilidad civil supuso un debate entre los autores de la época sobre su inconveniencia y posible ilicitud por considerar que podía fomentar la negligencia de los asegurados y la falta de cuidado²⁸, debate hoy ampliamente superado ya que no es concebible en la sociedad actual el ejercicio de una actividad o profesión sin un seguro de responsabilidad civil obligatorio o voluntario y sin duda el aseguramiento de las multas dejará de ser una cuestión de debate en unos años, salvo que expresamente se prohíba legalmente su cobertura.

Hay que tener en cuenta que el seguro de responsabilidad civil por protección de datos no

²⁷ MARTÍN, S., en la Tribuna de la Revista Actualidad Aseguradora de 23 de junio 2008, pág. 5, bajo el título "Innovar, innovar e innovar", se mostraba contrario a su aseguramiento al señalar que existe también un debate sobre la cobertura de las multas y sanciones. Con el pretexto de que la Agencia de Protección de Datos sólo pone multas (lo cual no es cierto puesto que la infracción puede dar lugar a daños importantes y la consiguiente indemnización), se han puesto en el mercado pólizas que, de hecho, cubren las consecuencias de una infracción, incluida la multa; ello choca de frente con el principio de la buena fe contractual, el principio de aleatoriedad y la normativa vigente. La oferta está en el mercado y existe demanda, algún asegurador se ha precipitado y busca estos días, desesperadamente, cobertura del reaseguro. En contra también la propia DGSFP y con una postura más ambigua la Fundación MAPFRE, "El Mercado Español de Seguros 2007", pág. 48, que señala que este seguro incluye una cobertura muy cuestionada, la garantía de multas y sanciones, sobre la que se ha pronunciado la DGSFP en sentido contrario a su licitud, argumentando el carácter punitivo de tales sanciones, pareciendo asumir como propio el criterio de la Administración. RONCERO SÁNCHEZ, cit. pág. 236, también se manifiesta en contra al afirmar que no suscita controversia el carácter inasegurable del riesgo de resultar condenado al pago de multas y sanciones económicas que se extrae del principio de personalidad de la pena y de la función de ésta que impide que el afectado pueda evitar sus consecuencias a través del seguro. Otros autores consideran –respecto a la responsabilidad penal– que no cabe, por razones de orden público, que el asegurador pudiera hacer frente a las consecuencias de la responsabilidad penal, mediante el pago de las multas impuestas al responsable, pues las penas tienen un carácter sancionador o aflictivo que no puede eludirse con la intervención de un asegurador (SÁNCHEZ CALERO, Comentarios..., pág. 1138). CALZADA CONDE, cit. pág. 241, considera que la denominación de "seguro de responsabilidad civil" deja fuera a la responsabilidad penal y a la administrativa, de forma que el seguro no garantiza en ningún caso el pago de las multas que al asegurado se le puedan imponer a causa del hecho del que deriva la responsabilidad civil, previendo las pólizas esta exclusión de forma expresa y aun cuando tal exclusión no viniera determinada en una u otra forma, estos supuestos estarían siempre fuera de cobertura por tratarse de un riesgo inasegurable, pues el principio de personalidad de la pena y la función de la misma impiden que el afectado pueda evitar sus consecuencias a través del seguro. Más recientemente parece pronunciarse en contra FERNÁNDEZ MANZANO, cit., pág. 52, si bien amparándose en el criterio de la DGSFP que sin embargo reconoce carente de rango normativo. Sin embargo, KENNEDYS, cit., considera que es factible que el mercado siga asegurando multas y sanciones y, caso de modificarse la LCS para recoger esa prohibición, se tuvieran aseguradas situaciones prohibidas dando lugar a la nulidad de tales cláusulas lo que podría dar lugar a una devolución de la fracción de prima cobrada por asegurar tales riesgos. A favor de su aseguramiento se han pronunciado tímidamente otros autores (SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., "Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores", en Revista de Derecho Mercantil 227, pág. 153) al rechazar la contravención del orden público sobre la base de entender que, en relación con el pago de multas, es admisible contar con la colaboración de terceros, cuestionando también la pretendida contradicción del seguro con el carácter personal de la pena, entendiéndose que lo relevante es el cumplimiento de ésta y no tanto la identidad de quien lo realice, y más explícitamente a su favor los letrados de las aseguradoras que comercializan actualmente estos seguros en España y específicamente los abogados de DAVIES ARNOLD COOPER (WIRE, julio 2008), si bien coinciden en que su cobertura no debe hacerse por el ramo de Responsabilidad Civil sino por el de Pérdidas Pecuniarias Diversas.

²⁸ SÁNCHEZ CALERO, Comentarios..., pág. 1.123., señala que la existencia del seguro, de cuya licitud en principio se duda, vacía en buena parte el carácter sancionador de la responsabilidad civil, aún cuando se base en la culpa. El estímulo de la búsqueda de la diligencia por la existencia de la responsabilidad civil se amortigua o desaparece mediante la cobertura del seguro. El deber de resarcimiento pierde su eficacia sancionadora al recaer el peso del cumplimiento de la obligación sobre el asegurador. La diligencia del responsable se manifiesta en su aseguramiento con el consiguiente sacrificio en el pago de las primas (...). También CALZADA CONDE, cit. pág. 15, señalaba que si no fuese posible trasladar al asegurador la carga económica de la responsabilidad civil, el desarrollo económico social se vería desfavorablemente afectado. El seguro de responsabilidad civil ofrece esa posibilidad y de ahí que este seguro haya pasado de ser considerado en sus comienzos como ilícito a ser una de las instituciones más necesarias (...). RONCERO SÁNCHEZ, cit. pág. 35, realiza un amplio y profuso estudio sobre la licitud del aseguramiento de la responsabilidad civil de los D&O's considerando que aun cuando este seguro es admitido en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, su licitud ha sido discutida en el pasado con cierta intensidad (...), siendo los argumentos esgrimidos para oponerse a la admisibilidad de esta modalidad los mismos que se utilizaron para cuestionar la admisibilidad del seguro de responsabilidad civil y en particular sobre la responsabilidad profesional. Recientemente, FIGUEROL, ARISTEGUI y SILES, cit., rebaten que la cobertura de la multa suponga una menor diligencia del asegurado pues por el mismo motivo habría que concluir que quien contrata un seguro de responsabilidad civil puede sentirse exonerado del deber de actuar diligentemente o que quien contrata un seguro de robo actuará con menor diligencia en la custodia de sus bienes.

sólo se suscribe para la cobertura de la responsabilidad administrativa, sino que existen otras garantías, como la de responsabilidad civil, que justifican sobradamente la conveniencia de su contratación.

Existen a nuestro juicio varios razonamientos que permiten sostener la licitud del aseguramiento de las multas:

- a) El seguro de responsabilidad civil por protección de datos es, o puede ser –en función de las garantías que cubra- una póliza multirriesgo que ampara la responsabilidad civil, la administrativa, las fianzas, la defensa jurídica y otros gastos diversos. No se cubren exclusivamente las multas y junto a ellas pueden cubrirse otros riesgos que afectan a la empresa, como la infidelidad de empleados o las prácticas de empleo.
- b) En ningún caso se cubre la conducta dolosa del asegurado²⁹, no sólo por mandato legal del artículo 19 LCS sino también por expresa exclusión en el condicionado de la póliza, sin perjuicio de su eventual indemnización por su inoponibilidad frente a terceros en caso de aplicación de la acción directa.
- c) Se establece un sublímite de 600.000 euros para la cobertura de multas y a veces es también el agregado de la póliza, por lo que en términos económicos no es la solución al incumplimiento recurrente del asegurado, pues el asegurador no hará frente al pago de más multas una vez agotado dicho sublímite.
- d) Para la cobertura de multas hay una franquicia del 10% con mínimo de 60.000 euros (póliza de AIG).
- e) El pago de una multa grave o muy grave probablemente dejaría al asegurado sin cobertura por no renovársele la póliza.
- f) El asegurador selecciona el riesgo, previo examen del cuestionario a que somete al asegurado conforme a las prescripciones del artículo 10 LCS, del que debe deducirse el cumplimiento por el futuro asegurado de la normativa vigente en materia de protección de datos. Sería absurdo que el asegurador suscribiese el riesgo si el asegurado declara no cumplir con la normativa o no tener las medidas de protección de datos exigidas en la Ley y el Reglamento, ya que en este caso más que suscribir un riesgo, estaría suscribiendo un siniestro.
- g) Subjetivamente y con relación al interés asegurado, la sociedad, a través de sus directivos, debe evitar la comisión de una infracción y buscar la diligencia máxima en evitación de responsabilidades, pero también proteger el capital social y el patrimonio de sus accionistas, lo cual supone que además de actuar con la clásica diligencia de un ordenado empresario debe transferir al asegurador todos los riesgos posibles atendiendo al trinomio coste-cobertura-solución.
- h) Ni atenta contra el orden público por referirse a intereses fundamentalmente privados ni contribuye a fomentar la falta de diligencia en el asegurado.

²⁹ El Informe de la Fundación MAPFRE, cit., pág. 48, se refiere al dolo en el seguro de responsabilidad civil como otro tema que no acaba de resolverse que es el referido a la cobertura de los actos dolosos: daños causados intencionadamente por el asegurado. La inoponibilidad del dolo frente al tercero perjudicado –recoge el Informe- supone según la doctrina jurisprudencial que estos hechos, siempre excluidos de cualquier póliza de seguros, sean, si no cubiertos, sí asumidos por el asegurador, gozando del recurso de repetición frente al asegurado. Estos supuestos (...) han trascendido a otras modalidades de seguro de responsabilidad civil profesional.

³⁰ Este es uno de los argumentos en contra esgrimidos por la DGSFP e igualmente defendido por DAC (WIRE, pág. 1).



Ahora bien, el aseguramiento de la responsabilidad administrativa (multas) no debe realizarse por el ramo de responsabilidad civil³⁰ sino, como ya he adelantado, por el ramo de pérdidas pecuniarias diversas, cuyo alcance, definido en el artículo 6 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, incluye riesgos del empleo, insuficiencia de ingresos (en general), mal tiempo, pérdida de beneficios, subsidio por privación temporal del permiso de conducir³¹, persistencia de gastos generales, gastos comerciales imprevistos, pérdida del valor venal, pérdidas de alquileres o rentas, pérdidas comerciales indirectas distintas de las anteriormente mencionadas, pérdidas pecuniarias no comerciales y otras pérdidas pecuniarias.

La firma DAVIES ARNOLD COOPER (DAC) en su Boletín WIRE de Julio 2008, bajo el título “Asegurabilidad de las sanciones que impone la Agencia de Protección de Datos”, se pronuncia a favor de su aseguramiento, si bien coinciden al señalar que la cobertura de las multas debe hacerse a través del ramo de pérdidas pecuniarias diversas y no bajo el de responsabilidad civil ya que “si este fuera el caso, fácilmente podríamos concluir en contra de la asegurabilidad en la medida en que la cobertura de responsabilidad civil no está llamada a cubrir multas y sanciones (...)”.

Actualmente, nuestra LCS no prohíbe ni se refiere, ni en su parte general ni en la especial, a la imposibilidad de cubrir las sanciones, que se contemplan de forma expresa desde hace tiempo en la mayoría de pólizas de Consejeros y Directivos³² (D&O) de manera pacífica en el mercado asegurador y sin discusión por parte de la mayoría de la doctrina científica. En todo caso debería ser en

una nueva o reformada³³ LCS donde se prohibiera –si así se considerase oportuno– la posibilidad de cubrir multas en el seguro de responsabilidad civil e incluso en general en cualquier modalidad de seguro o como seguro autónomo, bajo una redacción similar a la siguiente: *En ningún caso podrá ser objeto de cobertura por el seguro el pago de las multas o sanciones que pudiera imponer la Administración a los tomadores o asegurados como consecuencia de la comisión de infracciones administrativas legalmente tipificadas.*

3.4. Los asegurados

A diferencia de las pólizas de responsabilidad civil general o de explotación, en las que en términos generales el asegurado es la persona jurídica y de las de D&O en las que es básicamente la persona física, el seguro por protección de datos tiene como característica destacada en este sentido el tener un doble asegurado, de un lado la empresa persona jurídica y de otro todas las personas físicas que la integran y ciertos cargos nominados.

Así, son asegurados la sociedad y sus filiales y cualquier persona física que sea administrador, director general o socio, responsable de seguridad, director de *compliance*, director de asesoría jurídica interna, cualquier empleado y los cónyuges o parejas de hecho de todos ellos, así como herederos, representantes legales, fallecidos, incapacitados, insolventes o en quiebra. Igualmente se extiende a cubrir a cualquier otra persona por la que legalmente deba responder el asegurado. Se produce una redundancia al nominar a ciertos cargos, pues quedarían todos ellos amparados por la cobertura de la póliza al estar cubiertos, en

³¹ La propia Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados admite, como lícita, la cobertura del riesgo de privación temporal del permiso de conducir, mediante la entrega por el asegurador de un subsidio.

³² FERNÁNDEZ MANZANO, cit., apunta en idéntico sentido: *las entidades que comercializan pólizas de D&O vienen ofertando la cobertura de las sanciones administrativas (incluyendo en ocasiones las puramente tributarias, cuando concurre buena fe del infractor o al menos no puede apreciarse dolo o mala fe en la comisión de la infracción) que se impongan a administradores y directivos (...).*

³³ KENNEDYS, cit., al recoger la respuesta de la DGSFP señala que incluso se ha declarado que se pretende modificar la Ley de Contrato de Seguro, dado que no contempla esa prohibición y se pretende que quede expresamente recogida.

general y en abstracto a “todos los empleados”. El concepto de asegurado es mucho más amplio que en otras modalidades del seguro de responsabilidad civil. Respecto al seguro de D&O, coinciden al asegurar a personas físicas pero se diferencia en la cualidad y alcance de las personas físicas aseguradas, mucho más amplia y con menor nivel directivo que en el de protección de datos. Además cubre a la persona jurídica en todas las garantías mientras que en el de D&O sólo se da cobertura a la sociedad (*Side C*) en alguna garantía no especialmente relevante. Esta amplitud del asegurado es importante básicamente a efectos de la cobertura de los gastos de defensa jurídica para todos los empleados.

3.5. Coberturas y extensiones

En el capítulo de coberturas es donde se encuentran las diferencias más relevantes del producto asegurador, sin que en todo caso sean significativas. Algunas aseguradoras trabajan con un sistema de coberturas básicas y posterior adición de extensiones (AIG) que no son opcionales sino que están incluidas de manera automática en la cobertura principal y otras (DUAL) que enumeran las coberturas mediante un sistema de lista todo incluido. Dado que esta estructura responde meramente a un criterio organizativo, trataremos el estudio de las coberturas disponibles como un todo unitario.

Atendiendo al riesgo asegurado, las coberturas por protección de datos se pueden agrupar en tres grandes bloques: cobertura de responsabilidad civil, cobertura de responsabilidad administrativa o de multas y sanciones y cobertura para gastos y otros complementos³⁴.

A) Cobertura de responsabilidad civil

Aunque la cobertura más novedosa y atractiva de este nuevo seguro es el pago de las cantidades impuestas al asegurado en concepto de multas, no es sin embargo la única ni la más importante cuantitativa ni cualitativamente, pese a que ciertamente sea la más llamativa en términos comerciales.

La cobertura de responsabilidad civil tiene por finalidad hacer frente al pago de las indemnizaciones a que resulte legalmente obligado el asegurado como consecuencia de una declaración judicial de responsabilidad civil a causa de los perjuicios causados por el incumplimiento, por culpa o negligencia, de la normativa de protección de datos, que de lugar a una falta de seguridad de los datos por distintas causas:

1. Contaminación de datos titularidad de un interesado por medio de un software no autorizado, código informático o virus específicamente diseñado para dañar el sistema informático de la empresa.
2. Denegación inadecuada o errónea al interesado de los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición.
3. Revelación, destrucción, modificación, corrupción, daño o eliminación de datos almacenados en cualquier sistema informático como consecuencia de una violación de seguridad de datos.

No olvidemos que la propia Ley Orgánica de Protección de Datos consagra en su artículo 19 un derecho de indemnización a favor de los perjudicados:

1. *Los interesados que como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la pre-*

³⁴ Estos gastos y complementos por diversos conceptos se anticipan por el asegurador o se reembolsan previa presentación de facturas o recibos, excepto que el asegurador haya rechazado previamente cobertura a la reclamación.



sente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados.

2. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas.

3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Este derecho se refiere a la indemnización por responsabilidad civil que corresponde al perjudicado como consecuencia del daño sufrido por la conducta negligente del asegurado en la tenencia, custodia y utilización de sus datos personales, incluyendo daños morales. Aunque por aplicación del artículo 1902 CC, el causante de un daño por culpa o negligencia está obligado a repararlo, parece que el legislador de protección de datos ha querido separar nítidamente la sanción de la indemnización y en todo caso recordar a los afectados que tienen este derecho de indemnización, animando subjetivamente a ejercerlo.

Esta cobertura no tiene sublímite y el asegurado dispone del total de la suma asegurada para hacer frente al pago de las indemnizaciones debidas, teniendo en cuenta que la suma asegurada representa en todo caso el importe máximo a pagar por el asegurador en cada siniestro (art. 27 LCS) con independencia de las garantías o coberturas afectadas, de manera que el pago total de la suma asegurada en concepto de responsabilidad civil dejaría sin límite a la cobertura de multas o a

otras de gastos y, respectivamente, el pago de una cantidad en concepto de multa se descontaría de la suma asegurada anual, por lo que el disponible para la cobertura de responsabilidad civil se vería reducida en la cantidad ya pagada como multa.

La responsabilidad civil del asegurado se produce frente a empleados y frente a terceros, incluyendo a la propia AEPD en la cobertura de multas y sanciones. La cobertura incluye también las reclamaciones presentadas por empleados de la sociedad, así como por cualquier otra persona candidata a serlo o que ha dejado de serlo. En estos supuestos, la AEPD ya ha dictado sendas resoluciones con imposición de multa. En uno de los casos (Resolución R/00216/2005, de 11 de abril 2005) se sancionó la conducta del departamento de personal de un hotel que envió por fax el currículum de un candidato a otro hotel, que demandaba personal, sin consentimiento del afectado. Según se relata en la Resolución de la Agencia “la única intención del hotel era prestarle su ayuda en la consecución de un puesto de trabajo a título de favor”, pese a lo cual la Agencia sancionó con una multa de 300.506 euros al hotel cedente y con 60.101 euros al hotel receptor. En el segundo caso (Resolución R/00811/2007, de 27 de julio 2007) la Agencia sanciona a un hotel por enviar a un antiguo empleado diversos escritos relativos a su liquidación de saldo y finiquito al fax de la empresa actual. La sanción fue de 601 euros.

En esta garantía de responsabilidad civil no sólo es asegurada la propia sociedad y sus filiales³⁵ sino también cualquier empleado, además de determinados empleados funcionalmente cualificados, lo cual, como ya he apuntado, no era necesario precisar habida cuenta que ya se aseguran a todos los empleados sin distinción. Si el reclamante perjudicado puede ser

³⁵ En el condicionado de AIG (Cobertura A.2) se asegura la responsabilidad subsidiaria de la sociedad por actos del encargado del tratamiento de datos, abonando cualquier pérdida que resulte de una reclamación contra la sociedad en la que se alegue su responsabilidad subsidiaria ante la vulneración, real o supuesta, de normas relativas a la protección de datos por parte de un encargado del tratamiento de datos.



el empleado o un aspirante a serlo o un tercero en general, el reclamado puede serlo directamente el asegurado o bien el asegurador mediante el ejercicio de la acción directa, derecho que aún estando reconocido en el artículo 76 LCS, sólo se menciona expresamente en el condicionado de DUAL (Sección III, A). La responsabilidad puede provenir tanto de una actuación propia de la explotación de una actividad empresarial, industrial o de servicios (responsabilidad civil general) como de una responsabilidad profesional, es decir, el error o la negligencia pueden provenir bien de la actividad ordinaria del asegurado, bien de su actuación profesional, aunque esta distinción mantenida en alguna póliza (DUAL) carece a nuestro juicio de relevancia práctica.

B) Cobertura de sanciones administrativas

Junto a la responsabilidad civil, la siguiente cobertura en importancia es la relativa a la responsabilidad administrativa, instrumentada como una garantía de pérdidas pecuniarias diversas, que se

centra en el pago de las multas impuestas por la AEPD por el incumplimiento de la normativa de protección de datos, por la cual el asegurador abona por cuenta del asegurado las cantidades que éste resulte legalmente obligado a pagar como consecuencia de cualquier sanción por protección de datos derivada de una investigación iniciada a partir de la fecha de efecto de la póliza. Esta cobertura es denominada “responsabilidad administrativa” pero también tiene otras denominaciones como “procedimientos administrativos” (AIG) o simplemente “sanciones administrativas” (DUAL). Abarca dos garantías dentro del mismo concepto: el pago de las sanciones o multas administrativas por infracción en materia de protección de datos y los gastos, costes y honorarios derivados de inspecciones y procedimientos sancionadores, tales como defensa, asesoramiento, etc.

Por multas o sanciones a efectos de esta cobertura deben entenderse aquéllas que imponga la AEPD o autoridad de control equivalente estatal o



local a un asegurado en el ejercicio de su potestad sancionadora, por la vulneración de normas relativas a la protección de datos, sin incluir ni las multas de naturaleza civil o penal ni las no asegurables por ley.

Para esta cobertura se establece un sublímite de 600.000 euros, coincidente con la cuantía máxima de la multa, y una franquicia del 10%, con un mínimo de 60.000 euros en la propuesta de AIG, que no establece DUAL. Sin embargo, la póliza de DUAL (Sección III, B) contiene algunas condiciones previas:

1. *Que el asegurado haya llevado a cabo con carácter previo un proceso de adaptación interna para el cumplimiento de la legislación vigente en materia de protección de datos.*
2. *Que se hayan implementado con carácter previo todas las medidas y recomendaciones que se deriven de dicho proceso de adaptación que estén específicamente relacionadas con el cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa de protección de datos.*
3. *El asegurador no pagará ninguna sanción ni otros costes cuando el incumplimiento de la normativa de protección de datos haya sido identificado en el proceso de adaptación sin haber implementado las recomendaciones especificadas.*

Además y respecto al pago de las multas por la cobertura de DUAL, se establece una cláusula adicional: *en caso de sanción por protección de datos y para poder determinar si ésta cae bajo las coberturas de la póliza, el asegurador se reserva el derecho de designar a un consultor legal especializado para dictaminar si dicha sanción por protección de datos está relacionada con una de las áreas donde una recomendación ha sido dada y dicha recomendación no ha sido implementada.*

C) *Restitución de imagen, comunicación y relaciones públicas*

Con este título u otros relativos al abono de gastos y honorarios diversos, el mercado trata de hacer frente a los gastos necesarios para restituir la imagen de la sociedad y/o de la persona física afectada por la reclamación en materia de protección de datos. En los casos en los que una persona o empresa se ven afectados por una reclamación de responsabilidad civil, incluso en aquellos supuestos en los que todavía no se ha resultado sobre la demanda o el resultado de la misma es beneficiosa para el reclamado, suele quedar afectada la imagen del reclamado. La imagen y la marca son activos más importantes y con mayor relevancia que la cuantía de la propia indemnización, aunque pocas veces suele tenerse en cuenta a la hora del aseguramiento de los riesgos y de valoración de los perjuicios que el asegurado puede sufrir.

Esta cobertura pretende contribuir, desde el plano económico y con los sublímites acordados, a abonar los honorarios, costes y gastos razonables en los que hubieran incurrido los asegurados para la obtención de asesoramiento por parte de un consultor independiente de relaciones públicas y comunicación con objeto de mitigar o restituir el daño a su reputación como consecuencia de una reclamación. Según las distintas pólizas, será necesaria la previa aprobación del asegurador o la libre elección de un consultor previamente designado por el asegurador.

D) *Notificación a terceros por violaciones de seguridad de datos*

En caso de producirse un error en la protección de los datos –por ejemplo el uso u obtención de acceso al sistema informático de la sociedad sin autorización de la propia sociedad o fuera del ámbito de la autorización recibida de la sociedad- el asegurado debe notificar a los afectados la ocurrencia del error y las medidas a adoptar para solucionar el problema.

El gasto de estas notificaciones, que puede ser muy cuantioso dado el número de afectados, se abona por esta garantía hasta un límite razonable, no denejándose injustificadamente su pago (DUAL, Cobertura 8) si hay previo consentimiento escrito (AIG, Extensión 2.1). Sin mayor trascendencia, DUAL configura esta cobertura como una garantía más dentro de su catálogo mientras que AIG la define como extensión de cobertura. Se establece un sublímite de indemnización para dichos gastos.

E) *Periodo informativo*

Es el período de tiempo inmediatamente posterior al vencimiento del período de seguro durante el cual el asegurado puede notificar por escrito al asegurador la existencia de una reclamación presentada por primera vez durante ese período o durante el período de seguro³⁶.

F) *Fianzas*

Común con el seguro de responsabilidad civil en cualquiera de sus modalidades es la cobertura de las fianzas que resulten necesarias como consecuencia de una reclamación presentada contra un asegurado persona física.

Dependiendo de si se trata de un procedimiento civil o penal, el efecto de la fianza por el asegurador es diferente, ya que en el procedimiento civil la fianza la constituirá directamente mientras que en el penal abonará los gastos necesarios para constituir la por un tercero. De esta forma, la cobertura de fianzas se instrumenta así:

a) Constitución de las fianzas civiles que le hayan sido impuestas a un asegurado persona física, por decisión judicial para garantizar eventuales responsabilidades civiles.

b) Gastos en que un asegurado persona física incurra con motivo de la constitución y mantenimiento de las fianzas impuestas en causa penal por decisión judicial para garantizar su libertad provisional.

En el caso de AIG se añade una cláusula de salvaguarda según la cual la pérdida de la fianza establecida para responder de la comparecencia del asegurado persona física, debida a su incomparecencia, la obligará a reintegrar los gastos en los que el asegurador hubiera incurrido por este concepto y en caso de ser decretada por un juez o tribunal una responsabilidad penal pecuniaria o si la reclamación no estuviera cubierta bajo la póliza, el asegurado estará obligado a reintegrar al asegurador la fianza prestada en caso de que dicha fianza fuera realizada o hubiera sido ejecutada.

G) *Defensa jurídica*

Ante una reclamación por responsabilidad civil, el primer gasto al que debe hacer frente el asegurado es la defensa jurídica necesaria para el procedimiento judicial. Esta garantía comprende los honorarios, costes y gastos razonables en que el asegurado hubiese incurrido, con el consentimiento previo por escrito del asegurador, para la defensa, recurso y/o transacción de una reclamación en contra suya.

En ocasiones el asegurado puede elegir letrado de entre los recomendados por el asegurador en un listado y en otros casos la póliza funciona como un reembolso de gastos, dejando al asegurado libre elección de letrado.

En caso de que se haya calificado el hecho de doloso por un juez o tribunal, el asegurado deberá reembolsar a la compañía todos los gastos en que ésta haya incurrido hasta entonces.

³⁶ Ver Apartado 3.7, apartado A.



H) Gestión de crisis

Esta cobertura, junto a las dos siguientes, sólo son ofrecidas por DUAL dentro de la diferenciación que busca su propuesta. El objeto de la misma es hacer frente al pago de los gastos y honorarios incurridos en profesionales dedicados a gestionar la crisis que supone la reclamación por protección de datos que pueda afectar a la marcha de la empresa y que no entran dentro de la cobertura de gastos de imagen y relaciones públicas. Para la misma se establece un sublímite.

I) Gerencia de riesgos

Como complemento de la cobertura anterior, ésta hace frente al pago de los gastos derivados del asesoramiento sobre los pasos a seguir por el asegurado para minimizar las consecuencias de una circunstancia que pudiera dar lugar a una reclamación o sanción. Se trata de una cobertura con un marcado carácter preventivo. Igualmente se otorga con un sublímite.

J) Asesoramiento para la rectificación

La reclamación por responsabilidad civil al asegurado y su posterior condena o la imposición de una sanción por incumplimiento de la normativa de protección de datos acreditan que el procedimiento de protección del asegurado era insuficiente, deficiente o erróneo, motivo por el cual se presentó la reclamación y se impuso la sanción. Para resarcir al asegurado existen las coberturas anteriores, pero esta garantía de DUAL va más allá al afrontar el momento posterior al siniestro, haciendo frente a la auditoria de protección de datos, incluyendo los costes y honorarios derivados de la utilización de profesio-

sionales que corrijan los defectos del procedimiento de custodia, rectificando lo necesario para evitar una repetición del error. Al tratarse de un complemento, también se establece sublímite a la indemnización.

Lo que la póliza no cubre, más que como exclusión como delimitación del riesgo, son los daños no compensatorios, incluyendo los daños punitivos o daños que tengan carácter sancionador o ejemplarizante ni las multas y sanciones, salvo las expresamente cubiertas, ni cauciones o avales, gastos y costes incurridos para el cumplimiento de una orden, garantía o acuerdo de satisfacer daños o compensaciones no monetarias, salarios, horas extras, honorarios, retribuciones de cualquier asegurado u otros costes fijos de la sociedad ni cuestiones no asegurables por ley.

3.6. Exclusiones específicas de cobertura

Junto a las exclusiones clásicas de cualquier modalidad de seguro -como el dolo o la mala fe- y las genéricas del seguro de responsabilidad civil -terrorismo, responsabilidad contractual- las pólizas de responsabilidad civil por protección de datos contemplan exclusiones específicas, si bien algunas son coincidentes con otras modalidades del seguro de responsabilidad civil en su línea financiera (D&O, Responsabilidad Civil Profesional³⁷). Las más importantes son las siguientes:

A) Actos intencionados

Actos u omisiones intencionados así como la inobservancia voluntaria de la normativa de protección de datos, siempre que haya sido calificado como tal por un juez o tribunal o el mismo asegurado así lo reconozca³⁸.

³⁷ Obviamente no es exclusión de este seguro de protección de datos la cobertura de multas y sanciones, por ser una garantía expresamente cubierta. RONCERO SÁNCHEZ, cit. pág. 299, señala que es frecuente ver vinculada a la exclusión de dolo la exclusión de las multas y otras sanciones de carácter económico que pueden imponerse como consecuencia de infracciones administrativas, penales o fiscales.

³⁸ RONCERO SÁNCHEZ, cit. pág. 234, apunta que *aun cuando consideremos que el carácter inasegurable del dolo no constituye un principio de orden público por la existencia de excepciones al mismo, (...) no cabe que las partes puedan pactar la cobertura de la causación intencionada de siniestro por el asegurado (...), resultando innecesaria la exclusión convencional del dolo por referirse a un riesgo legalmente excluido de la cobertura del seguro.*



Esta exclusión hace referencia al dolo del asegurado en la producción del siniestro, que es expresamente excluido por mandato del artículo 19 LCS y por principios de orden público y moral. Sin embargo, hay que tener presente no sólo la inoponibilidad del dolo frente a terceros contenida en el artículo 76 LCS respecto al ejercicio de la acción directa, sino también que esta exclusión es aplicable únicamente al asegurado o empleado directamente responsable de dicho dolo, pero no al tomador de la póliza o asegurados que no actuaron con dolo. Que el dolo no sea asegurable³⁹ no supone que no sea indemnizable. Si el empleado del empresario actúa dolosamente –por venganza, con intención manifiesta de perjudicar a su patrono, etc.– ello no permite exonerar al asegurador de su obligación, ya que el empresario al que la Agencia ha sancionado no actuó dolosamente –tan sólo negligente-

mente al no ejercer adecuadamente el deber de vigilancia sobre sus empleados– y responde de las personas a su cargo, aunque éstas hayan actuado dolosamente. Por tanto, el dolo del asegurado no exonera al asegurador del cumplimiento de la obligación de indemnizar por aplicación de la acción directa⁴⁰ y en ningún caso le libera de la prestación de la defensa jurídica, incluso en los casos en los que la reclamación se base en una conducta dolosa, sin perjuicio de la obligación de reintegro por el asegurado de los gastos incurridos por el asegurador en prestarle tal defensa en caso de declararse judicialmente la intencionalidad dolosa de su conducta.

En la cobertura de multas y sanciones esta exclusión tiene una aplicación parcial, ya que sólo afectará cuando las conductas descritas sean

³⁹ ALONSO SOTO, *El Seguro de la Culpa*, Montecorvo, pág. 337, recuerda que asegurar el dolo va contra el artículo 19 LCS pero también contra los artículos 1255 y 1275 CC, por ser un contrato con causa ilícita y contrario al orden público.

⁴⁰ RONCERO SÁNCHEZ, cit., pág. 231.



realizadas por la *sociedad* o por alguno de sus administradores, directores generales o socios que actúen en nombre o por cuenta de aquélla. En relación con las reclamaciones por falta de seguridad en los datos la exclusión sólo se aplica frente a las que se basen en la participación, ayuda, complicidad, aprobación o connivencia en la comisión de los actos u omisiones cometidos por los administradores, el responsable de seguridad, el director de cumplimiento o el director de asesoría jurídica interna, ya sea actuando solos o en connivencia con otras personas o por empleados de la sociedad o del encargado del tratamiento que actúen en connivencia con los anteriores cargos.

B) Hechos o circunstancias conocidos o procedimientos anteriores

La póliza se suscribe sobre base *claims made* y con retroactividad ilimitada, pero el asegurador no asume las reclamaciones anteriores o los hechos sobre los que el asegurado ya tuviera conocimiento cierto y fueran susceptibles de una posterior reclamación. Se refiere esta exclusión a las reclamaciones cuyo fundamento sea un hecho o una circunstancia anterior a la fecha de efecto de la póliza, conocida por el asegurado pero no notificada a la aseguradora al suscribir la póliza. Tal sería el caso de la apertura de un procedimiento de inspección por la AEPD o simplemente la petición por la Agencia de determinada documentación o aclaración de ciertas cuestiones.

C) Daños personales y materiales

El seguro no cubre las reclamaciones basadas en daños personales de cualquier tipo o naturaleza, salvo el daño moral resultante de la violación de las normas relativas a la protección de datos, ni tampoco los daños materiales en bienes tangibles. Aunque es una exclusión, debe entenderse que es-

tos daños no son el objeto de la cobertura de este seguro, sino de la de responsabilidad civil general o de explotación.

D) Responsabilidad contractual

Se excluyen las responsabilidades asumidas o aceptadas por el asegurado por acuerdo o bajo contrato que vayan más allá de su responsabilidad legal, salvo que el asegurado hubiera incurrido igualmente en dicha responsabilidad aunque no hubiera existido dicho acuerdo o contrato. En realidad la responsabilidad civil contractual debe entenderse como una *obligación de resultado* y no como el simple hecho de causar un daño a un tercero como consecuencia de una previa relación entre ambos, ya que es difícil imaginar muchos supuestos en los que no exista una previa relación entre las partes.

E) Prácticas de empleo

Reclamaciones basadas en prácticas de empleo indebidas realizadas por el patrono o infracción de obligaciones relacionadas con planes de pensiones, ahorro, normativa de seguridad y salud en el trabajo, programas de beneficios, prestaciones de la Seguridad Social, etc. Son prácticas de empleo, entre otras, el acoso, el estrés, mobbing, despidos, discriminaciones y otros daños morales. Su exclusión se debe a que no tienen relación con el riesgo asegurado y porque esta garantía encuentra cobertura parcial en los seguros de D&O y total en las pólizas específicas de prácticas de empleo (EPLI).

F) Fallos de seguridad o de los equipos

No quedan cubiertas por la póliza las reclamaciones que tengan como fundamento una reclamación basada en fallos mecánicos o eléctricos, incluyendo interrupciones, sobretensiones, cortes, o apagones del suministro eléctrico ni fallos de los sistemas de telecomunicación o de los sistemas vía satélite o fallos de la sociedad o del encargado del tratamiento

en el razonable mantenimiento de las medidas de seguridad previstas para los sistemas informáticos.

G) Propiedad intelectual

Reclamaciones basadas en infracción de derechos de propiedad intelectual.

H) Faltas de cumplimiento

Reclamaciones cuyo fundamento sea la falta de respuesta o de cumplimiento por parte del asegurado a un requerimiento administrativo o a su respuesta o cumplimiento fuera del plazo concedido, como sería el caso del procedimiento de tutela de derechos.

3.7. Delimitación temporal y geográfica del riesgo

Como modalidad del seguro de responsabilidad civil, interesa analizar dos cuestiones respecto a la delimitación de la cobertura del riesgo en el tiempo y en el espacio. La primera se refiere al periodo temporal de la cobertura y la segunda al territorio dentro del cual se extiende la protección del asegurador.

A) Ámbito temporal

Al tratarse de un seguro de responsabilidad civil distinto a la responsabilidad civil general de la empresa y situarse próximo a la actuación profesional de la misma con relación a los datos de terceros (responsabilidad profesional) o al deber de diligencia de Directivos y Consejeros (D&O) la delimitación temporal del riesgo se realiza sobre base *claims made*, según la cual la cobertura del seguro se circunscribe a las reclamaciones que se

presenten por primera vez al asegurador durante el periodo de cobertura del seguro.

Frente a la delimitación *ocurrence* o sistema de ocurrencia, lo que la póliza por protección de datos considera siniestro no es el hecho generador de la posterior reclamación, sino la reclamación misma o la imposición de la sanción. La póliza de AIG se refiere a la delimitación temporal en sus Disposiciones Adicionales:

La cobertura de seguro se otorgará únicamente respecto de aquellas reclamaciones presentadas contra el asegurado por primera vez durante el periodo de seguro (o, en su caso, durante el periodo informativo), por cualquier vulneración de las normas relativas a la protección de datos o violaciones en la seguridad de datos que se hayan cometido o supuestamente cometido durante el periodo de seguro o con anterioridad al mismo.

Para cualquier filial, dichos actos deben haber sido cometidos o supuestamente cometidos posteriormente a la fecha en la que la entidad se convierta o haya convertido en una filial y anteriormente a la fecha en la que la entidad deje de ser o haya dejado de ser una filial.

*Por su parte, la póliza de DUAL, en su Sección V, utiliza idéntico sistema *claims made*:*

Con el carácter de cláusula o condición limitativa⁴¹ de los derechos del asegurado, aceptada expresamente por el tomador del seguro y el asegurado, ésta es una póliza en base a reclamaciones, que únicamente cubre las reclamaciones que se presenten por primera vez, o se inicien contra el asegurado, a partir de la fecha

⁴¹ La póliza de DUAL parte de considerar, acertadamente, que el sistema que consagra el artículo 73 LCS respecto a la delimitación temporal de la cobertura es el de ocurrencia y no el de reclamación, por lo que se remiten a la calificación del sistema *claims made* como limitativo de los derechos del asegurado.



de efecto y que sean notificadas al asegurador durante el periodo de seguro o durante el periodo adicional de notificación (si resultase de aplicación conforme lo establecido en la sección VI de las condiciones especiales de esta póliza), respecto de eventos de protección de datos ocurridos o errores profesionales de protección de datos cometidos a partir de la fecha retroactiva especificada en las condiciones particulares de esta póliza⁴².

De esta forma, la cobertura *claims made* de la póliza de protección de datos otorga cobertura para las reclamaciones presentadas por primera vez durante el periodo de seguro por infracciones de la normativa de protección de datos realizadas durante dicho periodo de cobertura, o con anterioridad (retroactividad).

Ello supone que:

- a) El siniestro es la reclamación y no la comisión de la infracción (hecho).
- b) No tiene que haberse reclamado al asegurado antes de la contratación de la póliza, o al menos el asegurado no tiene que conocer que se le ha reclamado.
- c) La cobertura se otorga para el periodo en curso y retroactivamente, sin límite temporal, para periodos anteriores, aunque no se tuviera seguro.
- d) La retroactividad es, por tanto, ilimitada.
- e) Se excluyen (Exclusión 4.2 de AIG) los hechos o circunstancias conocidos o los procedimientos anteriores o que fueran conocidos o razonablemente debieran haber sido conocidos por el asegurado con anterioridad (Exclusión 2 de DUAL).

f) Es posible tener cobertura una vez extinguido el seguro del periodo en curso (periodo informativo) otorgándose cobertura posterior.

Efectivamente, con posterioridad al periodo de seguro en curso y para el caso de que no se renueve la póliza, es posible disponer de una cobertura posterior denominada “periodo informativo”, “periodo adicional de notificación” o “periodo de descubrimiento”, que consiste en un periodo variable de tiempo inmediatamente posterior al vencimiento del periodo de seguro en curso durante el cual podrá notificarse por escrito al asegurador la existencia de una reclamación presentada por primera vez durante dicho periodo o durante el periodo de seguro por la vulneración de normas relativas a la protección de datos personales, cometidas con anterioridad al vencimiento del periodo de seguro. La duración de este periodo es variable y puede tener coste o no.

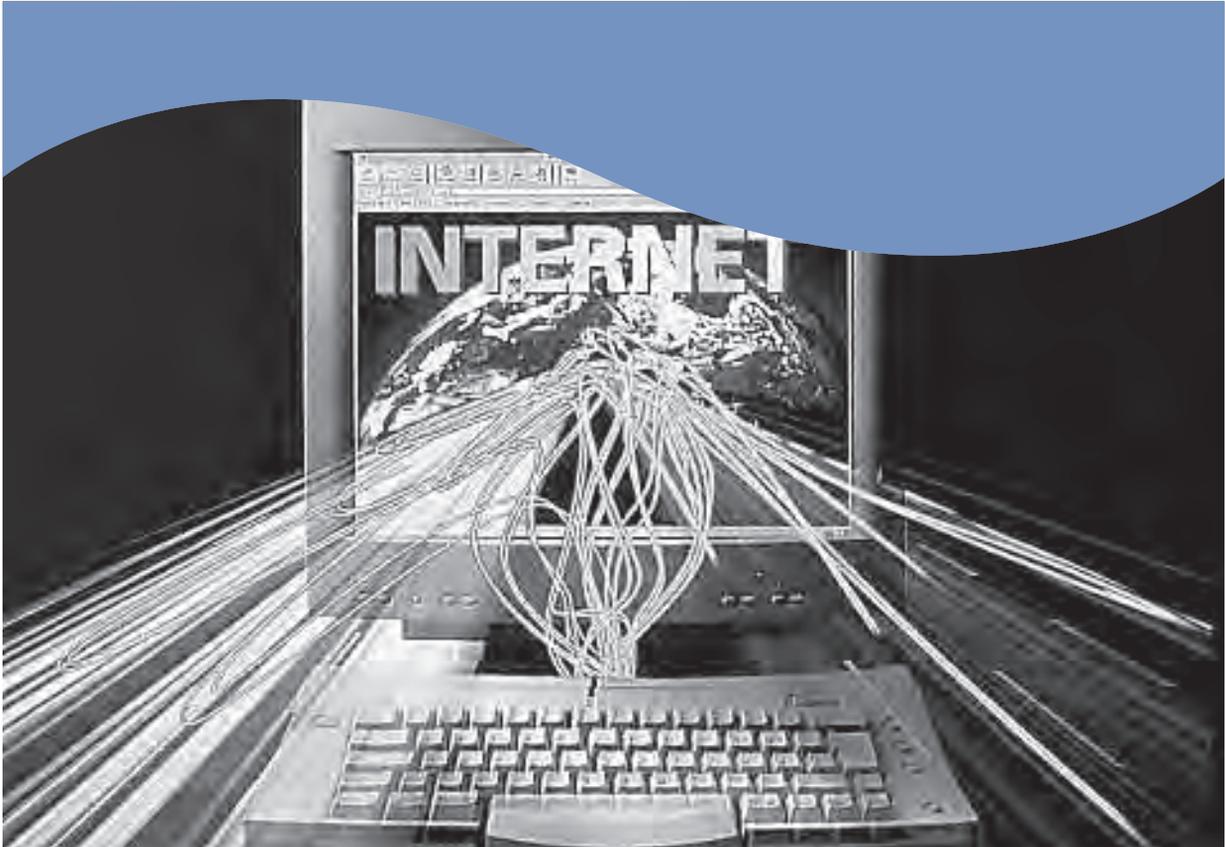
En la póliza de AIG se otorgan dos posibilidades dependiendo de quien cancele o no renueve la póliza:

- a) Si es el asegurador, se otorgan automáticamente 30 días gratuitamente.
- b) Si es el asegurado, se pueden contratar 12 meses con una sobreprima del 150% de la última prima total anual, siempre que lo haga al menos con dos meses de antelación al vencimiento.

Por su parte DUAL establece un sistema similar, pero con variaciones:

- a) Se otorga un periodo general gratuito de 10 días con independencia de quien cancele o no renueve la póliza.

⁴² Si en las condiciones particulares de la póliza se indica “no hay”, significa que la retroactividad de la cobertura es ilimitada (Definición 7 del Condicionado de DUAL).



b) Si cualquiera de las partes cancela o decide no renovar, se puede comprar un periodo de 12 meses con sobreprima del 100%, hasta un mes después del vencimiento.

Con relación a este periodo informativo, es de destacar la ventaja que supone el plazo de 30 días de la póliza de AIG y el menor coste del plazo de descubrimiento de 12 meses en la opción de DUAL, acentuado por el hecho de poder comprar este periodo hasta un mes después del vencimiento, frente a la exigencia de AIG de hacerlo al menos dos meses antes del mismo, lo que a efectos prácticos supone una ventaja en la opción de DUAL.

No habrá derecho a periodo informativo si la póliza fuera cancelada o no renovada por falta de pago de la prima o si el tomador de la póliza hu-

biera renovado o sustituido la póliza con una póliza con otra cuyo riesgo sea similar (AIG, Extensión 2.2; DUAL, Sección VI).

B) Ámbito geográfico

Otra de las delimitaciones⁴³ del seguro de responsabilidad civil por protección de datos es la que se refiere al espacio geográfico dentro del cual el asegurador otorga cobertura. Hay que tener en cuenta que las empresas no limitan el ejercicio de su actividad al territorio nacional y que en muchas ocasiones tienen establecimientos fuera de nuestras fronteras o adquieren o participan en empresas filiales que desarrollan actividades localmente.

Quienes poseen datos personales de terceros, en ocasiones clientes, huéspedes, pacientes, etc., no siempre pueden controlar que sean ciudadanos

⁴³ Si en las condiciones particulares de la póliza se indica "no hay", significa que la retroactividad de la cobertura es ilimitada (Definición 7 del Condicionado de DUAL).



nacionales y por tanto sujetos todos ellos a la ley española de protección de datos. En el caso de hoteles y de empresas de prestación de servicios en zonas costeras, es frecuente que un porcentaje muy alto de clientes y usuarios sean de nacionalidad extranjera, no sólo europea, sino también asiática, americana, etc.

Por eso es aconsejable que la delimitación geográfica sea lo más amplia posible, ya que el asegurado puede tener intereses en zonas geográficas distintas o reclamantes procedentes de otros países.

La póliza de AIG, en sus condiciones particulares, otorga cobertura mundial y en las disposiciones adicionales se refiere de forma expresa al ámbito territorial, señalando que la póliza otorga cobertura en todo el mundo, incluyendo USA, matizando en su definición 3.14 que por reclamación en USA se entenderá *cualquier reclamación presentada o mantenida dentro de la jurisdicción de los Estados Unidos de América, sus estados, distritos, territorios o posesiones y/o reclamaciones presentadas en cualquier parte del mundo pero basadas en la legislación de los Estados Unidos de América, sus estados, distritos, territorios o posesiones.*

Por su parte, DUAL circunscribe el ámbito territorial al espacio de la Unión Europea, “salvo que se acuerde una delimitación geográfica diferente” (Sección VII), añadiendo a renglón seguido que respecto a la jurisdicción, *la misma se limita a las acciones que sean interpuestas y las correspondientes sentencias o resoluciones ejecutadas dentro de los tribunales de cualquier país miembro de la Unión Europea, salvo que se acuerde un ámbito jurisdiccional diferente.*

3.8. Otras características de la cobertura

La cobertura de la póliza de responsabilidad civil por protección de datos, además de suscribirse sobre base *claims made*, característica a la que ya nos hemos referido, otorga a nivel de delimitación temporal cobertura retroactiva ilimitada y posibilidad de disponer de un periodo de cobertura *post contractum* de duración y coste variable. A nivel geográfico, la delimitación suele ser mundial, incluyendo Estados Unidos.

Para limitar la suma asegurada a la cantidad acordada en la póliza, los aseguradores establecen en las condiciones particulares un límite anual agregado o por periodo, de forma que la suma de pagos por distintos siniestros y garantías se acumule hasta que alcanzada la cifra de capital, el asegurador no haga frente a pago alguno por haberse agotado éste. Se trata por tanto de un límite de indemnización total por periodo de seguro para el conjunto de las pérdidas bajo todas las coberturas y extensiones y con independencia del número de personas aseguradas, ya que la inclusión de más de un asegurado en la póliza no supondrá un incremento en la cuantía total a pagar por el asegurador (AIG, 7.1). Conviene tener presente la declaración del artículo 27 LCS según la cual la suma asegurada representa el límite máximo de indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro, por lo que la adición de un límite anual agregado o por periodo debe ser interpretado como una cláusula limitativa en los términos del artículo 3 LCS, salvo que tenga la consideración de *gran riesgo* conforme a la LCS.

No hay un criterio único ni exacto para determinar cual es la suma asegurada idónea⁴⁴, con la excepción del sublímite para la cobertura de multas y sanciones que, como hemos señalado, los aseguradores suelen limitar como regla general a 600.000 euros por periodo de cobertura y que

⁴⁴ RONCERO SÁNCHEZ, cit. pág. 214, señala que las posibilidades de limitación convencional de la cuantía de la prestación del asegurador son múltiples, y los criterios para la fijación de límite que se toman en consideración en los seguros de responsabilidad civil son muy variados.

no deja al asegurado margen para la negociación, pero que para el resto de la póliza, especialmente para la cobertura de responsabilidad civil, puede variar entre 1.000.000 euros y el límite necesario atendiendo a la naturaleza, actividad y facturación del asegurado. Éste puede contratar una o varias pólizas (coaseguro o pluralidad de seguros) con idénticos o diferentes límites en una estructura proporcional de seguro (todos los aseguradores participan con un porcentaje en una única póliza y límite, como coaseguradores, o cada asegurador asume el cien por cien de la póliza que suscribe, con independencia de otras) o bien en una estructura no proporcional o de exceso (un asegurador primario suscribe una póliza en determinadas condiciones y los demás suscriben sus pólizas en exceso del primario, con diferentes o idénticos límites y actuando, a efectos prácticos, como si el límite de la primera póliza fuera la franquicia de la segunda y así sucesivamente). Conviene recordar que pese a que la responsabilidad civil es ilimitada, pues el deudor responde con todo su patrimonio del cumplimiento de la obligación, como señala el artículo 1911 CC, lo cual supone que sobre el mismo riesgo el asegurado puede contratar varias pólizas, como acabamos de ver, los aseguradores establecen cautelas cuando el asegurado contrata durante el mismo periodo de tiempo otra u otras pólizas con otro asegurador, estableciendo entonces que las coberturas de la póliza actuarán en exceso de la otra póliza, de forma que el asegurador indemnizará únicamente aquella parte de la pérdida cuyo importe sobrepase la cantidad asegurada en la póliza previa y únicamente en cuanto a dicho exceso. En el caso de que la nueva póliza esté suscrita como seguro específico de exceso por encima de los límites dispuestos en la póliza primaria, la indemnización

será abonada íntegramente por el asegurador hasta el límite pactado.

También como característica de estas pólizas debe mencionarse la limitación cuantitativa de determinadas coberturas, para las cuales se establece un sublímite económico respecto de la suma asegurada total sin que en modo alguno este límite incremente dicha suma⁴⁵. Se trata por tanto de una cláusula limitativa de la cobertura de manera que de la total suma asegurada, el asegurado dispone de un determinado límite inferior para ciertas garantías.

Nuevamente debe tenerse en cuenta el mandato del artículo 3 LCS respecto a la aceptación expresa por el asegurado de estas cláusulas limitativas.

Respecto a la suma asegurada, pueden establecerse franquicias para todas o parte de las garantías. En este sentido, la póliza de AIG contempla una franquicia únicamente para la cobertura de multas del 10% de la sanción con un mínimo de 60.000 euros (y un máximo de 60.000 euros, que sería el 10% del importe de la sanción máxima de 600.000 euros), no existiendo franquicia en el condicionado de esta aseguradora para el resto de garantías. La póliza de DUAL, sin embargo, no establece franquicia alguna en su póliza, ni siquiera para la cobertura de multas. Es la franquicia probablemente el efecto visual más diferenciador entre las dos principales ofertas actuales del mercado asegurador español, si bien debe tenerse en cuenta que el perfil de cliente de cada una de estas aseguradoras es objetivamente diferente, lo cual justifica en parte el establecimiento de la franquicia.

⁴⁵ Se establecen sublímites para la cobertura de multas y sanciones administrativas de 600.000 euros, que coincidiría con el importe máximo de una sanción muy grave, de manera que el asegurador pagaría sólo una vez una multa muy grave o varias graves hasta que el monto total de todas ellas alcanzara la suma de 600.000 euros. Para otras coberturas como la de gastos de restitución de imagen se fijan sublímites de entre 100.000 y 150.000 euros según afecte a la sociedad o a la persona física y otros 150.000 euros para gastos derivados de notificación a terceros de violaciones de seguridad, aunque las cuantías de estos sublímites pueden variar de unas propuestas a otras.



Con relación a la duración de la póliza y sin perjuicio de las estipulaciones al efecto del artículo 22 LCS, el seguro de responsabilidad civil por protección de datos tiene una duración anual, si bien se prorroga automáticamente por un periodo de doce meses (AIG, 8.5).

La prima pagada por la sociedad como tomador para asegurarse a sí misma y a todos sus empleados no afecta a la retribución de los asegurados personas físicas ni puede imputárseles a éstas como retribución en especie.

Por último, si bien algunas coberturas son de indemnización, de forma que el asegurador indemniza el daño producido, otras constituyen un abono de gastos y honorarios previos que el asegurador normalmente anticipa, lo cual caracteriza a estas coberturas como de anticipo de gastos. De esta forma, el asegurador anticipa los gastos de defensa, los gastos de inspección, las fianzas y los gastos de restitución de imagen, pero no los anticipa cuando ha rechazado la cobertura o cuando los anticipos excedan del límite o sublímites asegurados. Si el asegurador y el asegurado no llegan a un acuerdo sobre las cantidades que tienen que ser anticipadas, se anticiparán aquéllas que el asegurador determine que son razonables y adecuadas, hasta que se acuerde o se establezca otra cantidad distinta en virtud de esta póliza. El asegurador se reserva el derecho de exigir el reembolso de los importes anticipados en caso de que posteriormente se determine que el asegurado no tenía derecho a tal pago. El asegurador abonará o reembolsará los gastos anteriores así como cualesquiera otros cubiertos bajo la póliza, previa presentación de facturas o justificantes de pago suficientemente detallados.



Aunque puede ser entendible el deseo del asegurador de controlar la cuantía y procedencia del anticipo, no deja de tener un excesivo componente de unilateralidad que debería ser matizado en la negociación.

3.9. Reclamaciones y siniestros

Si el objeto del seguro es la cobertura de las reclamaciones por responsabilidad civil y administrativa derivadas del incumplimiento de la normativa de protección de datos, las reclamaciones son el requerimiento administrativo⁴⁶ o el realizado por escrito con el objeto de obtener una indemnización

⁴⁶ Por requerimiento administrativo se entenderá la notificación enviada a la sociedad por parte de la AEPD o autoridad de control equivalente estatal o local requiriéndole para que exhiba o envíe documentación y/o información o para que facilite la inspección de equipos físicos y lógicos o para que ejecute tratamientos y programas o procedimientos de gestión y soporte del fichero o ficheros sujetos a investigación, o bien requiriéndole para que cese en la utilización o cesión de determinados datos o toda visita de inspección por parte de los inspectores en los locales o sede de la sociedad, o donde se encuentren ubicados los ficheros, incluyendo aquellos locales en los que el tratamiento sea llevado a cabo por un encargado.



como reclamaciones a efectos de la póliza, un criterio de prudencia y un principio de buena fe contractual aconsejan notificar al asegurador en todo caso estos incidentes.

Pero por reclamación no sólo deben entenderse las comunicaciones formales recibidas por el asegurado de los terceros perjudicados, sino también la mera notificación de circunstancias que razonablemente pudieran dar lugar a una reclamación, cuestión esta que me parece especialmente importante y que no se menciona de forma expresa en la póliza de DUAL pero sí en la de AIG bajo la siguiente redacción:

Si durante el período de seguro, el asegurado tuviera conocimiento de circunstancias que razonablemente pudieran dar lugar a una reclamación, el asegurado debe escribir al asegurador comunicando tales circunstancias y facilitando una descripción de las razones por las que cabe esperar una reclamación, junto con todos los detalles relativos a las fechas y a las personas implicadas. En caso de que el asegurador acepte dicha notificación de circunstancias, cualquier reclamación que posteriormente se presente contra el asegurado y que esté basada en dichas circunstancias se entenderá como notificada en el momento en que el asegurado las puso por primera vez en conocimiento del asegurador.

o cualquier otra forma de resarcimiento, así como los procedimientos civil, laboral, administrativo o penal por el que se reclame una indemnización o cualquier otra forma de resarcimiento al asegurado. Las inspecciones son procedimientos sancionadores que incoe la Agencia Española de Protección de Datos o autoridad de control equivalente.

Pese a la amplitud del concepto, no debe entender por reclamación a efectos de notificación al asegurador la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición a datos por parte del titular de los mismos, el procedimiento de tutela de derechos o cualquier alegación, acusación o requerimiento por parte del responsable de seguridad, los administradores, los directivos, el director de cumplimiento o el director de la asesoría jurídica interna de la empresa. En mi opinión y pese a la negación por los aseguradores de ciertos hechos

Si el asegurador admite únicamente que se le comuniquen reclamaciones formales, no permitiendo que el asegurado le notifique hechos, circunstancias o incidentes que a su juicio pudieran dar lugar a una posterior reclamación formal, se impediría o dificultaría el cambio de asegurador, ya que bajo la nueva póliza no tendría cobertura retroactiva por tratarse de un hecho previamente conocido por el asegurado y no declarado y por la antigua cobertura tampoco por haberse notificado fuera de plazo, motivo por el cual considero muy relevante



para los intereses del asegurado que la póliza reconozca el derecho a notificar estos hechos y a darles, *ad cautelam*, el tratamiento de reclamaciones a afectos de apertura y reserva del siniestro.

En caso de que una reclamación se refiera tanto a hechos cubiertos como no cubiertos por la póliza, los asegurados y el asegurador –mediante la Cláusula de Asignación- establecerán una asignación justa y apropiada de las pérdidas teniendo en cuenta las implicaciones legales y financieras atribuibles a hechos cubiertos y no cubiertos.

3.10. Principales deberes y derechos de las partes

Con relación al contrato de seguro de responsabilidad civil por protección de datos personales y al margen de las obligaciones que los asegurados deben cumplir respecto a la normativa de protección de datos, las partes asumen derechos y obligaciones genéricos, contenidos en la LCS y específicos convencionalmente pactados. Entre los principales podemos señalar los siguientes:

1) Del asegurado

- a) Declarar correctamente el riesgo sobre la base del cuestionario que el asegurador le someta.
- b) Pagar la prima.
- c) Notificar cualquier hecho o circunstancia que aunque no sea una reclamación formal, pudiera dar lugar a una posterior reclamación, aunque las pólizas no refieren con más detalle qué hechos o circunstancias deben ser notificadas *ad cautelam*.

- d) Notificar al asegurador por escrito cualquier reclamación conocida tan pronto como sea posible y en todo caso dentro del plazo de 7 días de haberla conocido.
- f) Facilitar al asegurador toda la información posible respecto a la reclamación.
- g) Oponerse y defenderse de cualquier reclamación.
- h) No admitir o asumir responsabilidades ni negociar acuerdos o liquidaciones sin consentimiento del asegurador.
- i) El asegurado deberá en todo caso prestar al asegurador toda la ayuda razonable y adoptar cuantas medidas fueran necesarias para mitigar o evitar una pérdida o para determinar la responsabilidad del asegurador.
- j) Colaborar en la defensa jurídica que preste el asegurador.

2) Del asegurador

- a) Pagar la indemnización.
- b) Prestar fianzas o pagar los gastos de constitución de las mismas.
- c) Llevar la dirección jurídica en la defensa de asegurado.
- d) Derecho de subrogación y recobro⁴⁷.

4. Conclusiones

⁴⁷ El asegurado deberá cooperar con el asegurador en el ejercicio de su derecho de subrogación y no realizará ningún acto u omisión en perjuicio de dicho derecho. Cualquier cantidad recobrada en exceso del importe indemnizado por el asegurador será devuelta a cada asegurado una vez deducido el coste incurrido por el asegurador en dicha recuperación. El asegurador podrá renunciar por escrito a este derecho pero no lo ejercerá contra un empleado (incluyendo administradores y directivos) de la sociedad respecto de una reclamación, salvo en aquellos casos en los que se pueda establecer que la conducta fue intencionada y por tanto aplicable a dicha reclamación y a dicho asegurado.



La promulgación del Reglamento de Protección de Datos ha dado oportunidad al mercado asegurador para diseñar un nuevo producto de responsabilidad civil, no exento de cierta polémica al cubrir las multas y sanciones de la Agencia Española de Protección de Datos. Aunque todavía es pronto para realizar un juicio de valor sobre el producto y su desarrollo, la experiencia de otras modalidades demuestra que el seguro de responsabilidad civil, en cualquiera de sus modalidades, es necesario y cada vez más demandado y valorado por los asegurados y por la sociedad. El seguro de responsabilidad civil por protección de datos personales aporta al asegurado una solución importante, tanto a nivel económico con la cobertura de las indemnizaciones por responsabilidad civil, como a nivel administrativo con el abono de las multas impuestas por la Administración, pero también por ofrecer soluciones de valor añadido, como la gestión de crisis, el adelanto de ciertos gastos o la defensa jurídica.

El elevado tráfico de datos personales, la necesidad de desarrollar e incentivar las actividades comerciales de las empresas en momentos de incertidumbre económica y la búsqueda de seguridad a través del desarrollo de la videovigilancia, vaticinan un aumento de reclamaciones y sanciones, creciendo las condenas por responsabilidad civil. La AEPD ha reconocido que pese al mayor conocimiento y cumplimiento de la normativa de protección de datos por parte de las empresas, no se ha reducido el número de sanciones por infracciones de la LOPD, en parte motivado por el mayor conocimiento por parte de los ciudadanos de sus derechos, traduciéndose en un aumento de las denuncias presentadas.

La suscripción del seguro por protección de datos personales, de naturaleza voluntaria, se realiza sobre base *claims made*, con retroactividad ilimitada, cobertura *post contractum* negociable, extensión geográfica mundial y renovación automática, y constituye una cierta garantía de



cumplimiento normativo por parte de las empresas, pues el asegurador, previo análisis y aprobación de un exhaustivo cuestionario de declaración del riesgo, examina el grado de cumplimiento y el alcance de las medidas de seguridad, declinando asegurar aquellos riesgos que considera que no cumplen, o no lo hacen suficiente o adecuadamente, las medidas exigidas y por tanto podrían dar lugar a la comisión de infracciones y consecuentes sanciones, por lo que la tenencia del seguro constituye en este sentido un aval de solvencia normativa y calidad en el tratamiento de los datos personales.

El aseguramiento de las multas, cuestión que no es desconocida en nuestro mercado asegurador ni en el propio tráfico jurídico-mercantil, siempre que no sean directamente imputables a una persona física por conductas dolosas, es asegurable dentro del ramo de seguro específico de pérdidas pecuniarias diversas, lo que configura al seguro por protección de datos como una modalidad multirriesgo. Además de esta cobertura de multas, las especialidades más llamativas del seguro se centran en la amplitud y extensión del asegurado, en la diferente aproximación del mercado a la franquicia para la cobertura de multas y en ofrecer garantías previas y posteriores al

siniestro en aras al cumplimiento de la normativa de protección de datos para evitar reclamaciones por falta de medidas de seguridad.

Dado que la actividad de la AEPD puede dar lugar a varios procedimientos y actuaciones, como el de tutela de derechos, que no lleva implícita a priori la imposición de una sanción, o la simple solicitud de información documental o la inspección de cumplimiento rutinaria, es importante destacar que el asegurado no sólo debe poder notificar las reclamaciones formales al asegurador –además de un derecho es una de sus obligaciones fundamentales– sino también hechos, circunstancias o incidentes que a su juicio y razonablemente pudieran dar lugar posteriormente a esa reclamación formal.

El transcurso del tiempo, salvo que expresamente se prohíba su aseguramiento por mandato legal, hará que un análisis reflexivo del producto no ponga en tela de juicio coberturas novedosas que no alteran el orden público por referirse a intereses privados fundamentalmente. Y si esto se desarrolla así, es previsible la entrada de nuevos competidores en esta línea de negocio como vía de crecimiento y, sobre todo, de fidelización de clientes.

Responsabilidad Patrimonial de la Administración en accidentes de tráfico por atropellos con especies cinegéticas



Pilar Domínguez Martínez

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Castilla la Mancha



SUMARIO

- 1. Introducción.**
- 2. Disposición Adicional Novena LTCVMSV.**
 - 2.1. Régimen legal.
 - 2.2. Ámbito de aplicación de la Ley.
- 3. Leyes autonómicas dictadas con posterioridad a la Ley 17/2005.**
- 4. Supuestos de responsabilidad en la Ley 17/2005.**
 - 4.1. Conductor víctima del accidente.
 - 4.2. Titulares de cotos y propietarios de terrenos.
 - 4.3. Administración titular de la vía.
- 5. Responsabilidad de la Administración titular de la vía.**
 - 5.1. Régimen de responsabilidad tras la Ley 17/2005.
 - 5.2. Pronunciamientos judiciales.
 - 5.3. Doctrina del Consejo de Estado.
 - 5.4. Responsabilidad del concesionario de autopistas.
- 6. Responsabilidad de la Administración con competencias en materia de caza y medio ambiente.**
 - 6.1. Introducción.
 - 6.2. Titular del aprovechamiento cinegético
 - 6.3. La llamada "Responsabilidad cinegética residual" de la Administración.
 - 6.4. La Responsabilidad por daños causados por especies sometidas a un régimen especial de protección.

Esta comunicación que presento al VIII Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro es una continuación de la línea de investigación iniciada con mi tesis doctoral titulada "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración por accidentes de tráfico". Mi intención no es otra que expresar mi agradecimiento muy especialmente y con profunda tristeza por su irremediable pérdida al Profesor Dr. D. Fernando Reglero Campos, mi director de tesis, mi maestro, mi amigo, quien con su bien hacer y paciencia recibí consejo, ayuda y mucha enseñanza.



1. Introducción.

El presente estudio tiene por objeto analizar la responsabilidad de la Administración en los accidentes motivados por colisiones con animales salvajes que irrumpen la vía pública. Ciertamente es que en este tipo de accidentes nos encontramos con dos títulos de imputación a la Administración: la Administración responsable como titular del servicio de vías públicas, como titular de la vía donde el animal irrumpe y la Administración responsable por la llamada función de preservación de especies. Aunque razones de nueva normativa hagan que el primer título centre más nuestra atención, ello no impedirá un examen del segundo que como se comprobará también resulta afectado y cobra mayor interés en los casos objeto de estudio. Así mismo, se tratará el régimen de responsabilidad del concesionario de autopistas en los casos de atropellos de animales.

2. Disposición Adicional Novena LTCVMSV

2.1. Régimen legal.

En efecto, el tema relativo a los accidentes de circulación producidos como consecuencia de la irrupción de animales salvajes en la calzada ha sufrido una importante modificación como consecuencia de 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 se modifica 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, dice:

«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 señalización¹».

La nueva normativa trata de delimitar la Administración responsable de acuerdo al criterio de la titularidad de la vía, acorde con el ámbito objetivo (funciones de conservación y señalización) y el elemento final de seguridad circulatoria en atención a estos riesgos², diferente de la Administración encargada del llamado “servicio de preservación de especies”

¹ Las SSAAPP Lleida (secc. 2ª) de 15 abril 2008 (JUR 2008, 179605; FD2º), de 31 enero 2008 (JUR 2008, 138103; FD 2º) de 25 octubre 2007 (JUR 2008, 11934; FD 2º) y de 20 junio 2007 (JUR 2007, 300327; FD 2º) establecen que este precepto “es similar al contenido en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 19/2001, de 19 diciembre, que reformaba parcialmente la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial de 2 marzo de 1990, y su interpretación es bien sencilla, en los casos en que se acredite debidamente una infracción reglamentaria por parte del conductor y que esta tiene incidencia causal en el resultado producido, deberán valorarse las circunstancias del caso para determinar la final atribución al conductor, en todo o en parte, de la responsabilidad respecto de los daños producidos, de manera que, en hipótesis de contribución de diversas concausas al resultado, se aplicará la compensación de culpas, de forma análoga a como se viene haciendo en todos los restantes accidentes de circulación, valorando la entidad de dichas contribuciones y la intensidad de la negligencia imputable a cada parte; llegando a la total exoneración de responsabilidad del demandado únicamente en el caso de que la culpa de la propia víctima se presente con caracteres de exclusividad y con una entidad bastante para absorber en el plano causal la posible incidencia de la actuación atribuida al demandado.”

² Vigente la nueva normativa, vid. SAP Asturias (secc. 6ª) de 29 octubre 2007 (JUR 2008, 78497; FD2º) La exigencia de vallado al titular de la autovía, exime de responsabilidad al titular del coto. Según el tribunal: “Con arreglo al artículo 4 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, «Son autovías las carreteras que, no reuniendo todos los requisitos de las autopistas, tienen calzadas separadas para cada sentido de la circulación y limitación de accesos a las propiedades colindantes»; pues bien, esa limitación se lleva a cabo mediante un vallado que, en principio, debería haber sido suficiente para evitar la invasión de los animales procedentes del coto y consecuentemente ninguna otra actuación sería exigible a los titulares de este último por lo que procede desestimar el recurso.”

cuyo régimen de responsabilidad viene determinado por las potestades atribuidas en este ámbito y en atención a la finalidad de protección del medio ambiente y potestades atribuidas en materia de caza.

2.2. Ámbito de aplicación de la Ley.

Para el tratamiento y análisis del ámbito de responsabilidad configurado por la nueva legislación atenderé a los pronunciamientos judiciales dictados posteriormente por los Tribunales Superiores de Justicia y por las Audiencias Provinciales. Precisamente, la interpretación de la señalada normativa ha generado ciertas divergencias sobre el alcance de la reforma y su incidencia en la regulación normativa en materia de caza, a nivel estatal y autonómico. Sea como fuere, lo cierto es que ha de mantenerse la plena aplicabilidad de la mencionada Disposición Adicional en base a la exclusividad competencial de la Administración Estatal en el ámbito de la Legislación Civil sobre la materia no propia del derecho foral o especial. En efecto, se trata no de una materia relativa a la caza sino propia del tráfico viaria. Como argumento de lo dicho debe tenerse en cuenta los siguientes términos de la SAP Ourense (secc. 1ª) de 23 enero 2007 (AC 2007, 1613; FD2º).

El artículo 149 de la Constitución contempla como competencia exclusiva del Estado, con las excepciones que el mismo precepto contempla ninguna de las cuales se refiere al caso que nos ocupa, la legislación civil, materia dentro de la que cabe considerar la responsabilidad de esa clase; asimismo el ordinal 21 señala como competencia exclusiva del Estado el tráfico y la circulación de

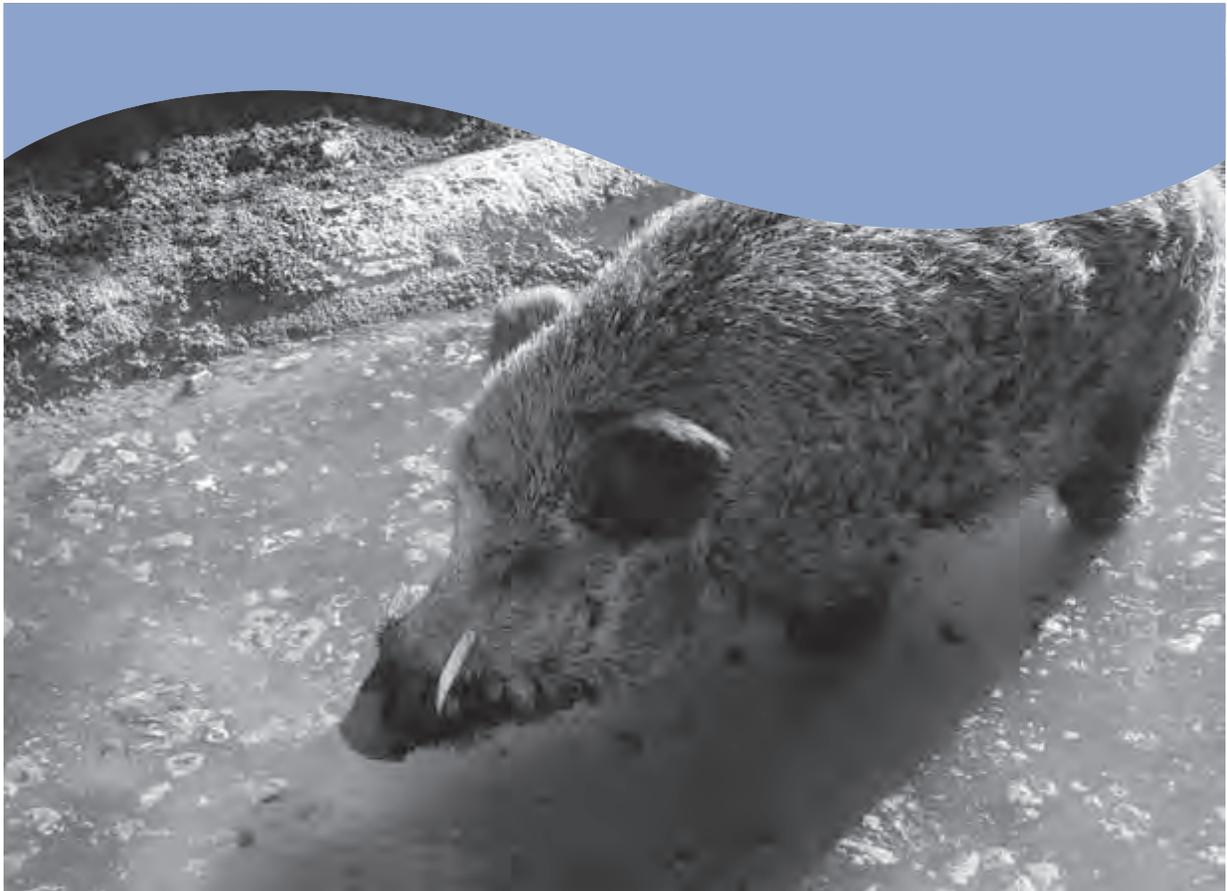
vehículos a motor. Sentado que lo que regula la Disposición Adicional transcrita es la responsabilidad civil que dimana de un accidente de tráfico en el que interviene una pieza de caza y considerando la interpretación que hace el Tribunal Constitucional de la competencia de caza fijada en el artículo 148 del Texto Constitucional, parece evidente la necesidad de decantarse por el nuevo régimen normativo, significando que la inaplicación del referido precepto obligaría al planteamiento de la correspondiente cuestión de constitucionalidad al considerar prevalente la legislación autonómica”.

Es comúnmente admitido que la referida Disposición supone una tácita derogación de la prevención contenida en el artículo 33 de la Ley Estatal de Caza y su Reglamento de 25 marzo 1971 que resultaban de aplicación en todas aquellas Comunidades Autónomas que no tenían legislación específica de caza, puesto que se trata de una materia transferida, siendo el derecho estatal supletorio del derecho autonómico (artículo 149.3 CE)³. Por la misma razón se produce una derogación de las prevenciones recogidas en las normas autonómicas, por incompatibilidad objetiva que regía con arreglo a los mencionados preceptos, debiendo en consecuencia ser de preferente aplicación la ley posterior y especial⁴. No obstante, debe advertirse que al margen de la competencia exclusiva estatal en materia de tráfico y seguridad vial del artículo 149.1.21 CE, la legislación estatal de caza ha sido la que ha marcado el camino a seguir en la legislación autonómica, pues las Comunidades Autónomas prácticamente transcriben la legislación estatal con algunas variantes⁵.

³ El artículo 148.1º.11ª CE, otorga a las Comunidades Autónomas las competencias en materia de caza, su artículo 149.1.23ª, mantiene residenciada en el Estado la competencia exclusiva sobre la legislación básica en materia de montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias y protección del medio ambiente -sin perjuicio de las facultades de las CCAA para establecer normas adicionales de protección.

⁴ Esta es la doctrina mantenida en las SSAAPP Pontevedra (secc. 1ª) de 20 septiembre 2007 (JUR 2008, 42116), Lugo (secc. 1ª) de 12 enero 2007 (JUR 2007, 139193), de 4 diciembre 2006 (JUR 2007, 12858; FD 1º), Orense (secc. 2ª) de 30 marzo 2007 (JUR 2007, 171991; FD1º), (secc. 1ª) de 1 octubre 2007 (JUR 2008, 79368), de 9 octubre 2007 (JUR 2008, 79161), (secc. 1ª) de 23 enero 2007 (AC 2007, 1613), de 27 febrero 2007 (JUR 2007, 174310) y Pontevedra (secc. 1ª) de 31 enero 2008 (AC 2008, 699; FD 2º), (secc. 3ª) de 16 enero 2008 (JUR 2008, 87618), entre otras. Esta última declara responsable del accidente por colisión con jabalí al titular del coto de procedencia por inexistencia de vallado.

⁵ CABALLERO LOZANO: *La Ley*, 21 julio 2000, p. 4.



Cuestión objeto de debate ha sido la aplicación durante el periodo intermedio, la determinación del ámbito temporal de aplicación de la nueva regulación, es decir si la misma se limita a los accidentes acaecidos después de su entrada en vigor, o por el contrario procede la aplicación inmediata del régimen dimanante de la expresada disposición adicional novena de la LTCVMSV, tras su entrada en vigor (8 de agosto de 2005), en lugar de la regulación anterior, vigente en el momento de producirse el siniestro⁶.

3. Leyes autonómicas dictadas con posterioridad a la Ley 17/2005.

Una vez en vigor la nueva normativa, de aplicación preferente a la legislación autonómica, interesa comprobar la adaptación que las nuevas leyes autonómicas en materia de caza, dictadas con posterioridad, han hecho al respecto. A la postre, nuestro interés se centra en corroborar la aplicación prevalente y directa de la normativa estatal viaria, tal y como ha quedado expuesto anteriormente.

⁶ A favor de la aplicación inmediata, vid. entre otras, las SSAAPP A Coruña, de 1 febrero 2008 (JUR 2008, 137968), de 14 febrero 2008 (JUR 2008, 136573) de 6 noviembre 2007, de 10 enero 2008 (3,2008, 4,2008), de 24 enero 2008 (29,2008), de 25 enero 2008 (32,2008), (33,2008), entre otras. Precisamente en la Comunidad Autónoma gallega la publicación la Ley 6/2006, de 23 de octubre, que modifica la Ley 4/1997, de junio, de caza de Galicia favorece esta interpretación. Concretamente la Sentencia de 25 enero de 2008 (32,2008), como las demás, justifica esta aplicación en los siguientes términos. "... Se ha planteado tanto a nivel doctrinal como de tribunales qué regulación debe aplicarse en el periodo intermedio [9 de agosto de 2005 (entrada en vigor de la Ley estatal 17/2005) y 12 de noviembre de 2006 (entrada en vigor de la modificación de la Ley de Caza de Galicia por la Ley autonómica 6/2006)]. Es por ello que la Junta de Magistrados de esta Audiencia Provincial de La Coruña, celebrada el 5 de julio de 2007, adoptó, entre otros, el siguiente criterio: "... «3º.- Ante la problemática planteada sobre la determinación de la responsabilidad civil derivada de las colisiones de vehículos con animales procedentes de cotos de caza, en el periodo intermedio de la entrada en vigor de la Ley estatal 17/2005, de 19 de julio, y la entrada en vigor de la Ley autonómica gallega 6/2006, de 23 de octubre (por la que se dio una nueva redacción al artículo 23.1 de la Ley de Caza gallega), entendiéndose que ésta se limitó a adaptar la Ley de Caza a la normativa estatal, como se menciona en su exposición de motivos, se acuerda que debe aplicarse la normativa estatal». Consecuencia de lo todo lo anterior es que desde el 9 de agosto de 2005 debe aplicarse la nueva regulación legal a todos los siniestros de daños en vehículos automóviles ocasionados por atropello de animales cinegéticos".

A este respecto y acorde con esta tendencia puede subrayarse la publicación de la Ley Foral de Navarra de Caza y Pesca 17/2005, de 22 de diciembre, que en su Exposición de Motivos justifica la minuciosa regulación sobre atribución de responsabilidades en los casos de atropellos de especies cinegéticas y la consagración de un régimen de responsabilidad por culpa o negligencia disponiendo que "... en los últimos años se ha producido un destacable aumento de los accidentes de circulación provocados por atropello de especies cinegéticas, llegando a constituir un problema social. Actualmente la responsabilidad por este tipo de accidentes se atribuye al titular del aprovechamiento cinegético de donde procede el animal atropellado mediante un sistema de responsabilidad objetiva. No obstante, no puede olvidarse que son varios los agentes implicados en estos sucesos: Administración, conductor y titulares del coto y de los aprovechamientos cinegéticos, cada uno de ellos con su respectiva participación y circunstancias. Para acomodar la actual situación con la realidad de los hechos, en la presente regulación se establece un sistema de responsabilidad por culpa o negligencia más acorde con las actuales líneas normativas y jurisprudenciales".

Considero conveniente transcribir el artículo 86 de esta Ley por lo novedoso y pormenorizado de su contenido en la materia que nos ocupa. Lejos de remisiones generales a la nueva normativa, esta Ley Foral concreta aún más el régimen de responsabilidades de los agentes implicados en los atropellos de especies cinegéticas, atribuyendo a la sede administrativa la decisión de sobre la atribución de responsabilidades.

"1. El Departamento competente en materia de caza, en el caso de accidente motivado por atropello de especies cinegéticas, tramitará el correspondiente expediente administrativo para determinar las posibles responsabilidades que podrán recaer según lo siguiente: a) El conductor del vehículo

accidentado, en los casos en que éste no hubiera adoptado las precauciones necesarias para evitar el atropello o se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación. b) El titular del aprovechamiento cinegético o, en su caso, del terreno acotado, sólo en los casos en los que el accidente sea consecuencia de la negligencia en la gestión del terreno acotado o de la acción de cazar. c) En la Administración competente en materia de caza, en los supuestos en que el accidente sea consecuencia de las disposiciones de ordenación del aprovechamiento cinegético. d) En el titular de la explotación de la vía pública en que se produzca el accidente, siempre y cuando esté motivado por la falta de conservación en relación con las medidas de protección frente a invasión de la vía por animales, cuyo mantenimiento sea responsabilidad del titular de la explotación de la vía, o por ausencia de señalización adecuada de paso de fauna cinegética. 2. El resto de daños causados por la fauna cinegética o pesquera se indemnizarán por quienes resulten responsables conforme a la legislación civil. 3. Para el caso de daños en accidentes de carretera causados por especies cinegéticas, se regulará una ayuda para apoyar económicamente el establecimiento de un mecanismo asegurador, que cubra la eventual responsabilidad de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos de Navarra".

Sin entrar a valorar la cuestionable extralimitación de esta norma, tanto en lo procesal como en lo sustantivo, debe advertirse en cuanto esto último, la inclusión de un nuevo agente implicado en el régimen de responsabilidades regulado en esta Ley Foral, frente al regulado en la Disposición Adicional Novena. Se trata de "la Administración competente en materia de caza, en los supuestos en que el accidente sea consecuencia de las disposiciones de ordenación del aprovechamiento cinegético." La legislación estatal viaria no alude a este supuesto en la Disposición Adicional mencionada, a pesar tratarse de un sujeto cuya responsabilidad es declarada en numerosos pronunciamientos judiciales



en estos casos de responsabilidad. Lo significativo de la Ley Foral es el tratamiento de la responsabilidad de este agente al margen del criterio de culpa predicable del resto de agentes previstos, lo que por otro lado concuerda con el régimen de responsabilidad objetivo de la Administración contemplado en la LRJAP-PAC. Precisamente, el tratamiento de la responsabilidad de la Administración titular de la vía en los casos de conservación y señalización viaria en los casos de atropello se le da un tratamiento subjetivo que contrasta con la ausencia de referencia culpable en la vigente Disposición Adicional Novena de la LTCVMSV.

La adaptación a la nueva regulación de la Ley 4/1996, de 12 julio de Caza de Castilla-León ha venido impuesta a través de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de medidas financieras de Castilla y León, cuya Disposición Final cuarta procede a la modificación del artículo 12 de la Ley de Caza de Castilla y León, que queda redactado en los siguientes términos: «Daños producidos por las piezas de caza: 1. La responsabilidad por los daños producidos por las piezas de caza en los terrenos cinegéticos, en los refugios de fauna y en las zonas de seguridad se determinará conforme a lo establecido en la legislación estatal que resulte de aplicación. 2. La responsabilidad por los daños producidos por las piezas de caza, excepto cuando el daño sea debido a culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero, corresponderá en los terrenos vedados a sus propietarios⁷».

En términos similares, se adapta a la nueva regulación, a través de una remisión general a la legislación estatal civil y de tráfico, la Ley 6/2006 de Caza y Pesca Fluvial de Baleares, de 12 de abril. El artículo 50, bajo la rúbrica “Responsabilidad por daños”, establece en su apartado 1º: “La responsabilidad por daños ocasionados por animales de caza queda limitada a los casos que no se puedan

imputar a culpa o negligencia del perjudicado, ni a fuerza mayor, de acuerdo con la legislación en materia civil y de tráfico”.

De una forma expresa y concreta se remite a la nueva normativa, la nueva Ley 4/2006, de 19 de mayo de Caza de Cantabria en su artículo 63, titulado “Responsabilidad por daños causados por especies cinegéticas”. El apartado 5º de este artículo queda redactado en los siguientes términos: “En el supuesto de que la responsabilidad por daños a las personas o sus bienes fuera como consecuencia de accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas se estará a lo dispuesto en la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial”.

El mismo artículo en los apartados 2º y 3º se refiere a la responsabilidad de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, remitiendo su regulación de forma expresa a la legislación administrativa aplicable (LRJAP-PAC). Precisamente esta mención servirá de refuerzo a nuestros argumentos: La responsabilidad de la Administración no sufre alteración sustantiva tras la nueva disposición viaria.

Concretamente los apartados citados establecen que: “2. La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria responderá de los daños causados por las especies cinegéticas procedentes de Reservas Regionales de Caza, Cotos Regionales de Caza, Refugios Regionales de Fauna Cinegética y de los Vedados de Caza que se correspondan con terrenos incluidos en los espacios naturales protegidos o en el ámbito de presencia de especies amenazadas, en donde sus instrumentos de ordenación o planificación prohíban expresamente la actividad cinegética. 3. La responsabilidad a que se hace referencia en este artículo será exigible por las reglas de la legislación civil, salvo

⁷ Vid. SAP Salamanca (secc. 1ª) de 27 octubre 2006 (JUR 2007, 85039).



en el supuesto del apartado anterior en que se estará a lo dispuesto en el título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

También significativa resulta la publicación de la Ley 6/2006, de 23 de octubre, que además modifica la Ley 4/1997, de junio, de Caza de Galicia, adaptándola a la nueva regulación estatal. Concretamente, el artículo 2.4 modifica el artículo 23 de la Ley de Caza de Galicia, disponiendo, en su apartado 1, que «En accidentes de tráfico ocasionados por el atropello de especies cinegéticas los daños personales y patrimoniales se atenderán a lo dispuesto en la normativa estatal en materia de seguridad vial existente al respecto», y, en el apartado 2, que «Los titulares de aprovechamientos cinegéticos de terrenos sujetos a régimen cinegético especial responderán en los demás casos de los

daños ocasionados por las especies cinegéticas casos de los daños ocasionados por las especies cinegéticas. La Consellería de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, previa instrucción del correspondiente expediente de valoración, indemnizará los daños efectivamente producidos por las especies cinegéticas de los terrenos cinegéticos de aprovechamiento común, de los tecor autonómicos de su administración, de las reservas de caza, de los refugios de fauna y de cualquier otro terreno cuya administración y gestión le correspondan».

De este modo, en el Preámbulo de esta nueva normativa autonómica se contiene el siguiente argumento: “...se produjeron cambios legislativos en ámbitos supraautonómicos, que inciden directamente en nuestro sistema jurídico y que obligan a su cumplimiento. Reformas en materias que son de competencia estatal y que informan, con carácter básico, la regulación autonómica”.



Precisamente, la SAP (32/2008) de A Coruña de 25 enero 2008 expresa que "...la norma autonómica da a entender en el preámbulo que el contenido de la Ley estatal 17/2005, de 19 de julio es de obligado cumplimiento en el ámbito autonómico gallego, ya que regula materias de competencia estatal e informa la regulación gallega".

4. Supuestos de responsabilidad en la Ley 17/2005.

Aunque mi interés se centra en el ámbito legalmente consagrado de responsabilidad de la Administración titular de la vía y la Administración encargada del servicio de preservación de especies, es imprescindible tratar con carácter previo el ámbito de responsabilidad legal de los demás sujetos potencialmente imputables a la luz de la nueva regulación. Precisamente, la responsabilidad dimanante de la titularidad del aprovechamiento se encuentra vinculada en determinados casos con la

responsabilidad de la Administración de acuerdo al segundo título de imputación referido como se tratará después.

4.1. Conductor víctima del accidente

En cuanto el conductor víctima del accidente, la LTCVMSV dispone que "será responsable el conductor del vehículo cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación". Se ha dicho que con esta nueva norma, se va a limitar el paso en gran medida, a algunas acciones de reclamación de daños en el ámbito de especies cinegéticas, tanto frente a los titulares de los cotos como frente a la Administración viaria por cuanto la normativa de seguridad vial es amplia y minuciosa, lo que llevará a resultados de exoneración por culpa exclusiva del conductor víctima de la colisión⁸. A este respecto resultan reveladores algunos pronunciamientos judiciales sobre la necesidad de un seguro complementario del de circulación que cubra

⁸ A este respecto vid. las SSAAP Lleida (secc. 2ª) de 15 abril 2008 (JUR 2008, 179605; FD2º), 31 enero 2008 (JUR 2008, 138103; FD 2º), de 20 junio 2007 (JUR 2007, 300327; FD 2º) y de 25 octubre 2007 (JUR 2008, 11934; FD 2º) se refieren especialmente a normas como "el artículo 18 del Reglamento General de Circulación que obliga al conductor a «mantener el campo necesario de visión y la atención permanente a la conducción (...)» o como el artículo 45 del mismo Reglamento que impone «respetar los límites de velocidad establecidos, teniendo en cuenta (...) las condiciones meteorológicas, ambientales y 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» hacen que, ante un atropello de una pieza de caza, el conductor encuentre serias dificultades para impedir que se le atribuya, en todo o en parte, los daños causados

estos riesgos. La SAP de A Coruña (32/2008) de 25 enero 2008 lo señala en estos términos:

“...Incluso se ha planteado la extrañeza de que las entidades aseguradoras no hayan sacado al mercado del seguro complementario del automóvil una modalidad específica de aseguramiento para este tipo de siniestros, con cobertura para los daños del propio vehículo a motor asegurado en los supuestos de atropello de animales...”.

4.2. Titulares de cotos y propietarios de terrenos.

La nueva normativa distingue dos supuestos de atribución de responsabilidad a los titulares de cotos o propietarios de terrenos:

a) «Cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar».

La dificultad probatoria de los hechos y del nexo causal de la acción de cazar por el conductor víctima de la colisión le obligaría a reclamar directamente al titular de la vía⁹. Por otro lado, en aras a evitar siniestros por atropellos de animales, el ejercicio de la caza en zonas de seguridad o colindantes con vías públicas debe ajustarse a las medidas y límites establecidos en la correspondiente legislación. De este modo, el artículo 2.6 de la mencionada Ley 6/2006, de 23 de octubre, que modifica la Ley 4/1997, de ju-

nio, de Caza de Galicia, tras la Ley estatal 17/2005, de 19 de julio, ha incluido el Art., 25 bis sobre “la caza en las zonas de seguridad”. Concretamente, el apartado 3º de dicho artículo establece que:

“Se prohíbe circular con armas de caza cargadas y usarlas en el caso de autopistas, autovías, vías rápidas, corredores, carreteras nacionales, autonómicas y locales, en una franja de cincuenta metros de ancho a ambos lados de la zona de seguridad. En ningún caso se podrá disparar en dirección a otros caminos de uso público o vías férreas. En los márgenes de las vías no incluidas en el párrafo anterior, si las condiciones de las mismas permiten el ejercicio seguro de la caza, se podrá cazar o situar los puestos para los zapeos, ganchos o monterías. En los senderos y caminos rurales poco transitados, destinados al paso a pie y al uso agrícola o forestal, se podrá cazar siempre que las condiciones de seguridad lo permitan¹⁰”.

b) «Cuando el accidente sea consecuencia directa de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado».

En tales casos será exigible la responsabilidad a los titulares de aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto, a los propietarios de los terrenos. La cuestión es dilucidar si esta regulación supone una modificación, por un lado en la titularidad responsable y por otro en el régimen de responsabilidad

⁹ Las SSAP Lleida (secc. 2ª) de 15 abril 2008 (JUR 2008, 179605; FD2º), 31 enero 2008 (JUR 2008, 138103; FD 2º) de 25 octubre 2007 (JUR 2008, 11934; FD 2º) y de 20 junio 2007 (JUR 2007, 300327; FD 2º) en idénticos términos se refieren a este primer criterio de imputación: “Se considera acción de cazar (artículo 2 de la Ley de Caza de 1970) 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. Sólo 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. El cómo el conductor del vehículo sea capaz de acreditar dichos hechos, no parece que haya preocupado mucho al legislador, limitándose a imponer al conductor la carga de la prueba de que los hechos ocurren directamente por la acción de cazar, lo que en la práctica supone una «probatio diabólica» que se solucionarí si por Ley se obligara a los cotos a notificar fehacientemente al órgano que se estimase competente los días en que se va a ejercitar el derecho de caza, y que se permitiera a los que acreditaran interés legítimo (como indudablemente lo posee el conductor/propietario de un vehículo) el acceso a dicha información sin la cual se fuerza a acudir a la tercera vía que el legislador ha previsto para reclamar los daños sufridos, vía que si cabe es todavía mas complicada y de esperado resultado más incierto.”

¹⁰ En parecidos términos restrictivos, vid. artículo 33.3 a 5º de la Ley 7/1998 de Caza de Canarias, de 6 de julio, el artículo 28.1 de la Ley 4/1996, de 12 de julio de Caza de Castilla León. En términos más generales, el artículo 21.2.a) de la Ley 6/2006 de Caza y Pesca Fluvial de Baleares, de 12 de abril, considera zona de seguridad: “Las vías y los caminos de uso público y las vías férreas”.



objetivo contenido en la legislación de caza estatal y autonómica. En cuanto al primer punto, El sujeto responsable coincide con el establecido en la normativa estatal en el artículo 33.1 de la Ley de Caza de 1970 y en la mayor parte de los textos autonómicos¹¹. No obstante, resulta significativa la falta de referencia a la procedencia de las piezas de caza atropelladas, lo que por otro lado ha sido considerado positivo, en el sentido de poner fin a la polémica y las “quejas de las sociedades de cazadores y titulares de cotos de caza menor que venían siendo obligados a responder por los daños causados por piezas de caza mayor que ocasionalmente transitaban por sus aprovechamientos cinegéticos y que eran atropelladas en las carreteras que discurrían por los mismos¹²”.

En cuanto al régimen de responsabilidad consuetudinario, la Ley se refiere de forma contundente a un

criterio de culpabilidad en la imputación del daño con inversión de la carga de la prueba, lo que concuerda con numerosos pronunciamientos de la jurisprudencia menor, sobre todo en Comunidades Autónomas que han modificado sus respectivas legislaciones adaptándolas a la nueva regulación¹³. No faltan sentencias contrarias al régimen subjetivo de esta responsabilidad y otras que adoptan una posición intermedia¹⁴. Así mismo, la doctrina¹⁵ subraya la derogación del régimen jurídico anterior que imponía una responsabilidad de marcado carácter objetivo¹⁶. 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

¹¹ Entre otras, vid. artículo 32 Ley 7/1998 de Caza de Canarias, de 6 de julio, artículo 34 de la Ley 8/2003 de Andalucía de la Flora y Fauna silvestre, de 28 de octubre. El artículo 50 de la Ley 6/2006 de Caza y Pesca Fluvial de Baleares, de 12 de abril hace una remisión a la legislación estatal civil y de tráfico.

¹² SOLAZ SOLAZ: “Responsabilidad en los accidentes de tráfico por atropello de especies cinegéticas”, *Revista de Jurisprudencia*, nº 3, abril 2006, El Derecho Editores. Opinión citada por ORDUÑO NAVALÓN, MANZANA LAFUENTE: *Régimen de responsabilidades dimanantes de la caza*, 2007, p. 158, n.p.p. 341.

¹³ Se reconoce la sustitución del criterio de la responsabilidad objetiva del titular del coto por el criterio subjetivo de la culpa también en la SSAP A Coruña (secc. 4ª) de 13 febrero 2008 (JUR 2008, 13710), (secc. 5ª) de 16 enero 2008 (JUR 2008, 168116), (secc. 3ª) de 1 febrero 2008 (JUR 2008, 137968), de 14 febrero 2008 (JUR 2008, 136573), 15 febrero 2008 (JUR 2008, 145487) y de 29 febrero 2008 (AC 2008, 914), de 18 diciembre 2007 (JUR 2008, 147988), (secc. 4ª) de 28 enero 2008 (JUR 2008, 124419) de 13 febrero 2008 (JUR 2008, 13710), de 14 noviembre 2007 (JUR 2008, 77012) y de 19 diciembre 2007 (JUR 2008, 81407), (JUR 2008, 81467). La SAP Pontevedra (secc. 1ª) de 7 febrero 2008 (JUR 2008, 137286), SSAP Ourense (secc. 1ª) de 31 marzo 2008 (JUR 2008, 206972), de 27 febrero 2007 (JUR 2007, 174310), en idéntico sentido.

¹⁴ La SAP Salamanca (secc. 1ª) de 21 septiembre 2006 (AC 2006, 2368; FD 4º) dice que este sistema no puede suponer un cambio radical de responsabilidad objetiva a responsabilidad por culpa “...en el que el esfuerzo probatorio recaiga sobre el perjudicado demandante; antes bien, la nueva norma debe interpretarse como una «dulcificación» del estricto sistema de responsabilidad objetiva instaurado anteriormente por la Ley 4/1996 de Caza de Castilla y León (que por lo demás coincide con la mayoría de las legislaciones autonómicas sobre caza), imponiendo al demandando (titulares de terrenos cinegéticos o, en su defecto, los propietarios de los terrenos, o bien titulares de la vía pública) la carga de la prueba sobre el incumplimiento de las normas de circulación por parte del demandante o bien sobre la concurrencia de una diligencia suficiente por su parte en la conservación del terreno cinegético de su titularidad...”. Se reconoce la sustitución del criterio de la responsabilidad objetiva del titular del coto por el criterio subjetivo de la culpa también en la SAP A Coruña (secc. 4ª) de 13 febrero 2008 (JUR 2008, 13710).

¹⁵ SOLAZ SOLAZ: “Responsabilidad en los accidentes de tráfico por atropello de especies cinegéticas”, *Revista de Jurisprudencia*, nº 3, abril 2006, El Derecho Editores. Opinión citada por ORDUÑO NAVALÓN, MANZANA LAFUENTE: *Régimen de responsabilidades dimanantes de la caza*, 2007, p. 159, n.p.p. 344.

¹⁶ Consagrado en la Ley de Caza de 1970 y en su Reglamento de 25 marzo 1971, aplicables en todas aquellas Comunidades Autónomas que no tenían legislación específica de caza. Régimen también contenido en el antiguo artículo 23 de la Ley 4/1997 de Caza de Galicia, de 25 de julio, (vid. SAP Lugo, (180/2003), de 21/Mayo, según la cual “en esta materia ha de primar necesariamente la responsabilidad objetiva de los titulares de los cotos o en su caso del Tecor correspondiente, no siendo exigible al perjudicado la prueba, en la práctica imposible, de la permanencia del animal en el Coto con carácter estable o del origen geográfico de su recorrido, pugnando esa exigencia con el carácter objetivo atribuido a la responsabilidad de que se trata por las normas legales reguladoras de la materia. Responsabilidad objetiva que viene reconocida en una reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 13 de marzo de 2003 (EDJ 2003/92142), señalando entre otros extremos que la base de esta responsabilidad objetiva se sustenta sobre el hecho de quien aprovecha la caza debe responder de los daños que cause». La Sala entiende que en estos supuestos, la responsabilidad se objetiviza, por lo que se produce la inversión de la carga de la prueba, no debiendo probar el actor sino el demandado”. Precisamente el cambio en el régimen de responsabilidad puede comprobarse en este artículo 23 que ha sido modificado por la Ley 6/2006, de 23 de octubre. Su párrafo 1º establece que “en accidentes de tráfico ocasionados por el atropello de especies cinegéticas los daños personales y patrimoniales se atenderán a lo dispuesto en la normativa estatal en materia de seguridad vial existente al respecto». La misma remisión a la legislación estatal en materia de seguridad vial en a Ley 6/2006 de Caza y Pesca Fluvial de Baleares, de 12 de abril y en la Ley Foral 17/2005, de 22 de diciembre se reconoce expresamente un régimen de responsabilidad por culpa en la Exposición de Motivos.

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 animales¹⁷.

En el análisis de la culpabilidad del titular, la dificultad se encuentra en delimitar el círculo controlable por el titular del coto o en su defecto por los propietarios, es decir, el estándar de diligencia en la conservación del coto para prevenir el riesgo de atropellos de piezas de caza. Del mismo modo la cuestión será determinar el límite en la diligencia exigida, las medidas de control o vigilancia exigibles al titular del aprovechamiento o propietario del terreno. En este análisis resulta significativa la SAP A Coruña (secc. 4ª) de 19 diciembre 2007 (JUR 2007, 81407) que alude al contenido exigible a la función de conservación del coto, la cual debe valorarse de acuerdo a la incidencia que la misma tiene en que los animales cambien de hábitat cruzando la calzada.

Entre las medidas exigibles dirigidas a prevenir riesgos de atropellos pueden ser extraídas de las distintas leyes autonómicas en materia de caza: la de señalización¹⁸, cuando se obtiene la resolución de acotado, la obligación de asumir una serie de gastos derivados de la actividad cinegética, entre ellos el de vigilancia¹⁹. En cuanto a la exigencia de vallado en cotos situados cerca de la carretera no está siendo una cuestión pacífica²⁰. Si bien es cierto que no existe obligación legal de cerramiento, no es menos cierto que la necesidad de agotar la diligencia requerirá utilizar todos los elementos disponibles para impedir la generación del daño. Se trata de medidas que no tienen porque consistir en vallado, pero que deben ser “adecuadas y eficaces dentro de los márgenes de la lógica²¹”. Entre ellos, ha sido común entender, concretamente en aprovechamientos de caza mayor, que la mera solicitud de autorización de cerramiento bastaría para cumplir el estándar de diligencia requerido²².

De forma que, si a pesar de haber sido solicitada la autorización, fuese denegada, se trasladaría la responsabilidad a dicha Administración encargada de conceder la misma.

¹⁷ Así mismo, en supuesto similar, vid. STS (Sala 1ª; secc. 1ª) de 22 diciembre 2006 (RJ 2007, 608).

¹⁸ Vid. LC de La Rioja: arts. 23.10 in fine y 83.9, LC de Aragón: artículo 27, LC de Extremadura: artículo 26, entre otras.

¹⁹ Vid. LAFUENTE BENACHES: *El ejercicio legal de la caza*, (2006), pp. 42 y 43. Esta autora enumera las obligaciones del titular del coto privado, diciendo que “salvo en la normativa de caza de la Comunidad valenciana en donde se ha incorporado un catálogo de éstas, éstas vienen dispersas en las distintas leyes autonómicas”.

²⁰ A favor, vid. SAP Burgos (secc. 3ª) de 19 octubre 2007 (JUR 2008, 58139). En contra de la exigencia de vallado, vid. la SAP Lugo (secc. 1ª) de 12 noviembre 2007 (JUR 2008, 66681) y SAP Orense (secc. 2ª) de 30 marzo 2007 (JUR 2007, 171991; FD1º) que se refiere a la incompatibilidad de la existencia de vallado con los requerimientos de movilidad de la fauna para asegurar su conservación y biodiversidad. Así como las limitaciones legales en orden a las condiciones técnicas y administrativas del cercado. (art 19.9 del Reglamento de la Ley de Caza). Por último se alude al respeto al libre desplazamiento de la fauna silvestre no cinegética (art. 34.f de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de las Especies Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre)”. Esta última reformada por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y Biodiversidad. Por otra parte la SAP Lugo (secc. 1ª) de 4 diciembre 2006 (JUR 2007, 12858; FD 2º) dice que “...no existe a priori una obligación de vallado correspondiendo tal facultad solo a los propietarios del terreno y no a los titulares de los derechos cinegéticos artículo 338 Código Civil ...”. La SAP Ourense (secc. 1ª) de 1 octubre 2007 (JUR 2008, 79368) establece que “la negligencia en la conservación del Coto no puede aparecer representada por la falta de cerramiento perimetral del mismo, ni éste puede realizarse tampoco de manera discrecional o generalizada ni ser impuesta a los titulares de los fondos o parcelas integrantes del terreno acotado”. En el mismo sentido, el mismo Tribunal en Sentencia de 27 febrero 2007 (JUR 2007, 174310) se refiere a “la irrelevancia de la falta de cierre perimetral: la conservación del coto no implica necesariamente el cierre del mismo”.

²¹ En este sentido se pronuncia la SAP Tarragona (secc. 1ª) de 16 abril de 2008 (JUR 2008, 179500) y la SAP Barcelona (secc. 17ª) de 3 junio 2008.

²² La exigencia requerida estaría justificada en los cotos de caza mayor pero no en los de caza menor como dicen las reiteradas SSAAPP Lleida (secc. 2ª) de 15 abril 2008 (JUR 2008, 179605; FD2º), de 31 enero 2008 (JUR 2008, 138103; FD 3º) de 25 octubre 2007 (JUR 2008, 11934; FD 3º) y de 20 junio 2007 (JUR 2007, 300327; FD 3º), en los casos de animales procedente de cotos de caza menor, como son los enjuiciados, “se trata de especies que no son potencialmente peligrosas ni susceptibles de generar un riesgo para la circulación viaria, por lo que no cabe apreciar, en estos supuestos en los que el aprovechamiento o explotación cinegética del terreno es de caza menor, que la falta de cerramiento o vallado (o de la solicitud para efectuarlo) comporte la falta de la mínima diligencia exigible al titular de ese aprovechamiento en la conservación del terreno acotado, a los efectos previstos en la Disposición Adicional Novena de la Ley 17/05, máxime teniendo en cuenta que, como es evidente, en el caso de las aves cualquier tipo de cerramiento resulta ilusorio, sin que quepa equiparar el riesgo que pueden comportar otras especies de caza menor (como el conejo) al que representan las especies de caza mayor, en cuyo caso sí entrarían en juego los criterios interpretativos antes expuestos en relación con la diligencia exigible a los titulares del aprovechamiento cinegético”.



La exigencia de vallado implica a su vez buena conservación del mismo, de forma que no tenga huecos o roturas que faciliten la salida de los animales²³. Dentro de la función de conservación del titular del aprovechamiento, como subsidiaria o complementaria del vallado se reconoce la de señalización del coto en la SAP Barcelona (secc. 17ª) de 3 junio 2008 (JUR 2008, 266486).

Por otro lado, la necesidad de protección de la fauna silvestre requiere compatibilizar la existencia de vallados con las exigencias de protección en la movilidad de la fauna con la finalidad de asegurar su conservación y biodiversidad. Así mismo, en cumplimiento de la legislación de impacto ambiental se han venido imponiendo a los vallados condiciones relacionadas con las llamadas declaraciones de impacto²⁴.

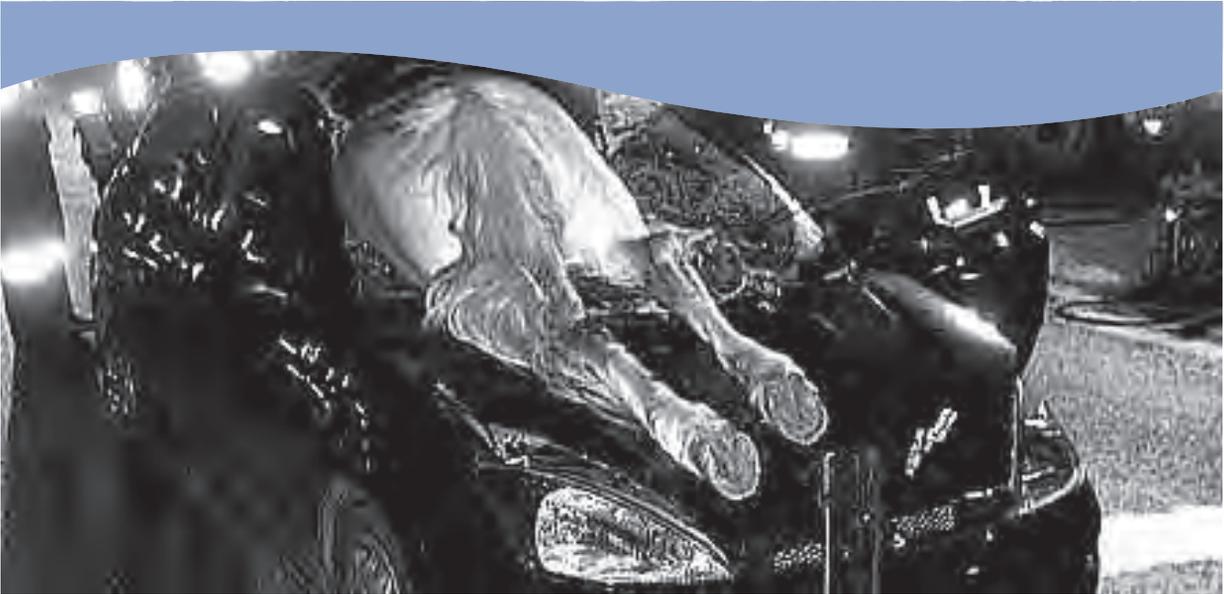
De este modo se manifiesta en las SSAP Lleida (secc. 2ª) de 31 enero 2008 (JUR 2008, 138103; FD 2º) de 25 octubre 2007 (JUR 2008, 11934; FD 2º) y de 20 junio 2007 (JUR 2007, 300327; FD 2º) al interpretar el segundo criterio de imputación de los titulares de cotos y propietarios en estos términos que interesa transcribir:

“b) «Cuando el accidente sea consecuencia directa de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado». La norma extiende la responsabilidad por los atropellos de piezas de caza a los titulares de los cotos o, en su defecto, de los propietarios de los terrenos, a los supuestos en que los accidentes de circulación traigan causa de una deficiente conservación del terreno acotado. Habrá que entender que esa falta de conservación del terreno acotado viene a referirse a la inexistencia de vallados de los cotos en las zonas que afectan a la carretera o la falta de adopción en dichos tramos

de cualquier otra medida de control o vigilancia, dado el lógico riesgo que ello conlleva, sobre todo en los cotos de caza mayor o de aprovechamiento cinegético de estas especies, y que determinaría más que la culpa del titular o arrendatario del coto, la del arrendador-propietario del terreno. Ahora bien, sin querer entrar al examen de las distintas razones que esgrimen los que predicen que la ausencia de vallado forma parte de la más exquisita de las diligencias en cuanto a la conservación y explotación de especies cinegéticas sobre la base de principios tales como el de no romper la continuidad forestal, etc., o evitar de dicha forma la endogamia de las especies con los indudables perjuicios que la misma podría suponer, que son de todo punto respetables, la realidad normativa de la caza en España supone que no solo no se obliga a su vallado, sino que además para efectuar el mismo es necesario autorización previa, estando el titular del coto exclusivamente obligado a su señalización; pero es más, se suele prohibir la caza en terrenos vallados excepto en aquellos que se denominan «aprovechamiento cinegético especial» y que no es, precisamente el aprovechamiento cinegético tipo de nuestro territorio. En todo caso, el hecho de que la legislación no exija el cerramiento de los cotos no es obstáculo para entender que, como mínimo, los titulares de los aprovechamientos hayan al menos solicitado autorización para el mismo, pues en principio podría parecer que aquellos cotos que no efectúen dicha solicitud no podrán alegar en su defensa que la legislación vigente no exige el cerramiento del acotado, toda vez que la diligencia exigida en la esfera ordinaria de nuestro básico entendimiento y respeto social lleva a considerar que la negligencia comienza en hacer dejación de aquellos elementos que estando en nuestra mano y de ser aplicados pudieran impedir la generación de un daño, y ello aunque la ley no

²³ La SAP Badajoz (secc. 3ª) de 13 noviembre 2007 (JUR 2008, 66602) reconoce la responsabilidad del titular del aprovechamiento, al resultar acreditado la existencia de “al menos una “gatera” o hueco por el que salió o pudo salir el animal atropellado”.

²⁴ Vid. Preámbulo del Decreto 178/2005, de 18 de noviembre, del Consell de la Generalitat, por el que se establecen las condiciones de los vallados en el medio natural y de los cerramientos cinegéticos.



lo exija. En consecuencia, de alguna manera dichos cotos, deberán responder al no haber desplegado la mínima diligencia a la hora de intentar reducir la generación de unos daños que son previsibles; y por el contrario, de ser solicitada dicha autorización y de resultar denegada la misma, supondría directamente trasladar la responsabilidad a dicha administración denegadora, que es lo que parece que ha querido el legislador: trasladar a la Administración (ya sea estatal, autonómica o local)”.

De estos argumentos puede deducirse como, a la postre, se traslada la responsabilidad del titular del aprovechamiento a la Administración encargada de la regulación de la caza y de otorgar las correspondientes autorizaciones sobre vallados.

Por otro lado y sin perjuicio de subrayar la escasa Jurisprudencia del TS tras la nueva regulación y su tendencia tradicional sobre el carácter objetivo de esta responsabilidad, la jurisprudencia menor aplica un régimen probatorio acorde con el carácter de culpabilidad de la responsabilidad del

titular del coto. En efecto, sin alusión a la nueva normativa viaria, la STS (Sala 1ª, secc. 1ª) de 23 julio 2007 (RJ 2007, 4669; FD 2º), exige exclusivamente la prueba de la determinación del lugar de procedencia de los animales, “no basta simplemente su presencia más o menos circunstancial en una finca concreta”, es necesario probar que el lugar de donde materialmente procedían los animales fuese donde tenían su hábitat natural, sin necesidad de probar culpabilidad alguna del titular. También la STS (Sala 1ª, secc. 1ª), de 22 diciembre 2006 (RJ 2007, 608) exige “una cierta conexión entre la presencia del animal y el aprovechamiento”.

Sin embargo, como se desprende de la sentencias dictadas por Audiencias y Tribunales Superiores de Justicia, principalmente en Galicia, tras la nueva regulación autonómica adaptada a la legislación nacional, después de la incorporación de la DA 9ª por la Ley 17/2005, de 19 de julio, ya no basta con acreditar la procedencia del animal para imputar el daño al titular del coto²⁵, es preciso alegar y probar por el actor, la falta de diligencia del

²⁵ También las SSAAPP Burgos (secc. 2ª) de 10 enero 2008 (JUR 2008, 125866), de 12 noviembre 2007 (JUR 2008, 77309), (secc. 3ª) de 5 noviembre 2007 (JUR 2008, 67777), Segovia (secc. 1ª) de 8 noviembre 2007 (JUR 2008, 77699), 30 octubre 2007 (JUR 2008, 68417) y Valladolid (secc. 3ª) de 18 diciembre 2007 (JUR 2008, 81568), Zamora (secc. 1ª) de 14 noviembre 2007 (JUR 2008, 77029) y Ciudad Real (secc. 1ª) de 5 noviembre 2007 (JUR 2008, 67887) se refieren a la procedencia como criterio de imputación de responsabilidad al titular del coto.



titular del aprovechamiento en la conservación del terreno acotado o que la irrupción del animal fuese consecuencia de la acción de cazar, así como la relación de causalidad con los daños causados²⁶. Lo que supone a su vez, que el demandado acredite la adopción de las cautelas requeridas en la conservación y por ende en la evitación del siniestro²⁷ y/o la culpa o negligencia del conductor demandante.

4.3. Administración titular de la vía.

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 señalización²⁸». Este supuesto legal será analizado a continuación.

5. Responsabilidad de la Administración titular de la vía

5.1. Régimen de responsabilidad tras la Ley 17/2005.

En este punto, opino que a pesar de que los pronunciamientos judiciales que interpretan la norma,

aludan a la culpabilidad de la Administración titular, ello no altera los presupuestos y carácter objetivo de esta Responsabilidad. La consagración legal de la responsabilidad del titular de la vía en los casos de accidentes por colisiones con animales provenientes de aprovechamientos cinegéticos, no viene sino a confirmar el régimen aplicable antes de la nueva legislación. En este sentido las SSAP Lleida (secc. 2ª) de 31 enero 2008 (JUR 2008, 138103; FD 2º) de 25 octubre 2007 (JUR 2008, 11934; FD 2º) y de 20 junio 2007 (JUR 2007, 300327; FD 2º) se refieren en términos de culpa a la exigencia de vallado y señales de indicación exigibles para prevenir estos riesgos circulatorios.

“...De la misma manera que hemos expuesto para los titulares de cotos y propietarios de terrenos, cuando la ley hace descansar la culpa de la Administración en esta clase de accidentes en el estado de conservación de la vía pública está haciendo referencia a la inexistencia de vallados en los márgenes de las carreteras (especialmente exigible en las autovías en las que, como en las autopistas, tienen limitación de accesos a propiedades colindantes) o la no adopción en tramos peligrosos con eventual paso de animales de caza de cualquier otra medida de control o vigilancia. Por otro lado, al hablar la ley de falta de «señalización» está claramente indicando

²⁶ SSAP A Coruña (secc. 5ª) de 16 enero 2008 (JUR 2008, 168116), (secc. 3ª) de 1 febrero 2008 (JUR 2008, 137968), de 14 febrero 2008 (JUR 2008, 136573), 15 febrero 2008 (JUR 2008, 145487) y de 29 febrero 2008 (AC 2008, 914), de 18 diciembre 2007 (JUR 2008, 147988), (secc. 4ª) de 28 enero 2008 (JUR 2008, 124419) de 13 febrero 2008 (JUR 2008, 13710), de 14 noviembre 2007 (JUR 2008, 77012) y de 19 diciembre 2007 (JUR 2008, 81407), (JUR 2008, 81467). La SAP Pontevedra (secc. 1ª) de 7 febrero 2008 (JUR 2008, 137286) y SAP Ourense (secc. 1ª) de 31 marzo 2008 (JUR 2008, 206972), en idéntico sentido.

²⁷ Vid. SSAAP A Coruña (secc. 5ª) de 25 febrero 2008 (JUR 2008, 166176), Girona (secc. 1ª) de 5 marzo 2008 (JUR 2008, 183001). Esta sentencia declara la responsabilidad del titular del coto por falta de acreditación de que adoptó las medidas oportunas para evitar el siniestro, de la diligencia en la conservación. También, vid. SSAP Pontevedra (secc. 1ª) de 16 enero 2008 (AC 2008, 498), de 23 enero 2008 (JUR 2008, 124931), SAP La Rioja (secc. 1ª) de 31 octubre 2007 (JUR 2008, 68199), SAP Cantabria (secc. 4ª) de 14 noviembre 2007 (JUR 2008, 77012) y SSAP Tarragona (secc. 1ª) de 6 febrero 2008 (JUR 2008, 146197) que declara responsables a los titulares del coto de caza por falta de acreditación de que actuaron con el nivel de diligencia exigible en cuanto a la conservación del coto de caza y de 16 abril de 2008 (JUR 2008, 179500) se refiere a “la prueba de la diligencia en la actuación tendente a evitar los accidentes de circulación en los titulares del coto, que deberán acreditar las medidas adoptadas en orden a evitar la presencia de los animales en la calzada, medidas que no cabe reducir al vallado ni supone que éste sea indispensable, pero que han de ser adecuadas y eficaces dentro de los márgenes de la lógica.”

²⁸ Las SSAAPP Lleida (secc. 2ª) de 31 enero 2008 (JUR 2008, 138103; FD 2º) de 25 octubre 2007 (JUR 2008, 11934; FD 2º) y de 20 junio 2007 (JUR 2007, 300327; FD 2º) establecen que “Legitimada pasivamente será la Administración titular de la vía pública donde se produce el atropello, ya sea una autovía o carretera nacional cuyo titular es el Ministerio de Fomento, ya lo sean carreteras autonómicas, provinciales o locales en los que serán las correspondientes Comunidades Autónomas, Diputaciones Provinciales o Municipios los que deberán responder. La razón de ser de este último escalón de atribución de responsabilidad descansa, como ya recogió la SAN, Sala Contencioso-Administrativa, secc. 8ª, de 7 octubre 2003, en «el incumplimiento directo o pasividad, del deber que incumbe a la Administración, como titular y gestora del dominio público viario, de mantener las carreteras en el adecuado estado de seguridad en el tráfico rodado». La Audiencia Nacional declaró la responsabilidad patrimonial del Ministerio de Fomento, en cuanto titular de la autovía (Ronda de Burgos, N-620), por los daños causados en un vehículo y sus ocupantes por la irrupción en la calzada de un corzo”.

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. La extensión causal que abarca esta norma permite concluir que en la mayoría de los accidentes de tráfico por atropello de piezas de caza en nuestras carreteras, será la Administración titular de la correspondiente vía pública la que responderá de los daños materiales y físicos causados».

Todo lo dicho, no obsta para que la mayoría de los supuestos indemnizatorios lo sean por omisión o culpabilidad en el cumplimiento del deber que incumbe a la Administración. Como prueba de ello, puede citarse la STSJ Castilla y León, Valladolid (Sala 3ª) de 24 julio 2006 (JUR 2006, 235655) sobre accidente por irrupción de zorro en autovía que declara responsable del accidente a la Administración por actuación omisiva en la instalación de un vallado, pero sin alterar la esencia de la responsabilidad objetiva y la antijuridicidad que la legislación administrativa proclama.

“El defectuoso funcionamiento del servicio, en punto al sistema dirigido a evitar el acceso de animales sueltos a la autovía, se ofrece, así, como título de imputación de la responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León titular de la carretera, que por su entidad absorbe la que genéricamente pudiera corresponder al titular del coto, toda vez que el título de atribución concurre cuando se aprecia que la persona perjudicada no tenía el deber jurídico de soportar el daño, de acuerdo con la Ley, al producirse éste mientras efectuaba un uso correcto de un servicio público por efecto del fracaso de un medio de prevención del riesgo de accidente en las autovías dispuesto por la propia Administración”.

Obsérvese como la nueva legislación, a diferencia de la concreción que en términos de diligencia exigible se hace en los casos de los titulares de aprovechamientos y propietarios, cuando se refiere a la Administración titular de la vía, en términos generales se refiere al accidente “como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización”, sin entrar a concretar el criterio de imputación de responsabilidad que se encuentra contenido en la LRJAP-PAC. La nueva norma resulta acorde por otro lado con el artículo 57 de la LTCVMSV obliga al titular de una vía a mantenerla “en las mejores condiciones posibles de seguridad” instalando en ella “las adecuada señales y marcas viales”.

Por tanto, el régimen de responsabilidad no resulta alterado. El estándar exigible en las funciones de conservación y señalización se exigirán al titular con más o menos rigor, dependiendo de la clase de vía abierta al tráfico. Al margen de las colisiones en vías urbanas de animales de propietarios desconocidos y ajenos a aprovechamientos cinegéticos, cuyo título imputable se relaciona con la competencia de la Administración municipal titular de la vía en relación con los mismos²⁹, nuestro interés se centra en los atropellos causados en carreteras convencionales, autovías y autopistas.

En este punto debe subrayarse la diferente línea seguida por los pronunciamientos judiciales, especialmente de la jurisprudencia menor, que proclaman una exigencia y rigor mayor en las funciones de señalización y conservación, con la doctrina emanada de los dictámenes del Consejo de Estado, que considera las irrupciones de animales, acontecimientos externos al control administrativo. La nueva normativa no altera la doctrina, en sentencias y dictámenes se sigue la misma tendencia que antes de la publicación de la nueva regulación.

²⁹ Vid. Ley 50/1999, de 23 de diciembre, (LRJTAPP).



5.2. Pronunciamientos judiciales

Como ha quedado dicho, la doctrina jurisprudencial previa a la nueva legislación coincide con la dictada después. En general, en carreteras convencionales, la Administración debe adoptar medidas que eviten la irrupción en la calzada de animales que puedan obstaculizar el tráfico³⁰. Existe un deber de señalizar (con la señal "Atención a los animales salvajes"), en aquellas zonas donde conocidamente existan piezas de caza³¹. Sin embargo en autopistas o vías rápidas, la actuación administrativa requerirá para controlar este riesgo, la adecuada instalación de un vallado. En efecto, en estas vías la Administración titular o la concesionaria está obligada a prevenir tales riesgos, lo que no ocurre en carreteras convencionales, en las cuales la regla general es excluir tales riesgos del control y prevención exigibles a la Administración titular, que no responderá cuando, como consecuencia de la irrupción de tales animales, se produzca un accidente de circulación.

En este sentido merece resaltar la doctrina expuesta en la SAN (Sala 3ª) de 25 abril 2008 (JUR 2008, 170696; FD 2ª) sobre accidente por irrupción de animal en carretera nacional. En autovías, en la mayor parte de los casos se exige cerramiento, así la SAN (Sala 3ª) de 6 mayo 2008 (JUR 2008,

177728; FD 4ª) autovía respectivamente³². La citada STSJ Castilla y León, Valladolid (Sala 3ª) de 24 julio 2006 (JUR 2006, 235655) sobre accidente por irrupción de zorro en autovía, se refiere al deber que incumbe a la Administración como titular y gestora del dominio público viario de mantener las carreteras en adecuado estado de seguridad en el tráfico rodado debiendo proporcionar a la calzada los pertinentes elementos estáticos de protección perimetral encaminados a impedir el repentino acceso de animales a la zona destinada a la circulación³³.

La exigencia en autopistas es mayor, pues en tales vías el riesgo puede conceptuarse como ordinario, debido al principio de confianza del usuario en las altas velocidades permitidas. La función de señalización no basta para completar la exigencia requerida. El estándar de este deber se considera cumplido mediante la instalación y el mantenimiento de un vallado que impida el acceso de estos animales. Según artículo 2.3. LC 25/1988, de 29 de julio, son autopistas las carreteras que están especialmente proyectadas, construidas y señalizadas para la exclusiva circulación de automóviles y que reúnen las características de no tener acceso las mismas a las propiedades, no cruzar a nivel ninguna otra senda, vía de comunicación o servicio de paso alguno."En este sentido, la STSJ Cataluña (Sala 3ª, Sección 5ª) de 7 mayo de 2007 (RJCA 2007, 531), sobre daños causados como consecuen-

³⁰ Este deber se contiene en la STSJ de Canarias, Las Palmas (Sala 3ª) de 28 octubre 2005 (RJCA 2006, 12) se trataba de la colisión con perro que irrumpe en la calzada. El Tribunal declara como concausa junto al exceso de velocidad de la víctima, la falta de adopción por la Administración de medidas que eviten la irrupción en la calzada de perros abandonados.

³¹ Normalmente en vías convencionales el estándar se articula sobre la función de señalización. En este sentido, la STSJ de Navarra (Sala 3ª) de 1 junio 1999 (RJCA 1999, 1590; FD6º), sobre accidente por colisión por invasión de animal en la vía, declara que «la señalización de animales sueltos o el establecimiento de medidas de advertencia a los usuarios sólo constituye obligación de la Administración cuando exista riesgo». En este caso no se declaró la responsabilidad de la Administración, sino del dueño del animal que causó el accidente. La SAP Vizcaya de 28 enero 1994, sobre accidente de circulación por invasión de una piara de jabalíes, lo revela, diciendo que aunque la Administración conocía la existencia en la zona de jabalíes, no colocó señalización alguna al respecto, cuando podía haberlo hecho.

³² Según la citada sentencia "Esta Sala ha dicho reiteradamente en procesos en que se sustanciaban pretensiones semejantes a la que examinamos, la irrupción en la calzada de una autovía, que es una carretera destinada al tránsito de vehículos en particulares condiciones de rapidez y seguridad, de un animal de ciertas dimensiones, un perro en este caso, circunstancia abiertamente perturbadora, por lo súbito y desacostumbrado, de aquellas condiciones normales previsibles en general para los usuarios de la vía, es un factor provocado por un incumplimiento, directo o por pasividad, del deber que incumbe a la Administración, como titular y gestora del dominio público viario, de mantener las carreteras en adecuado estado de seguridad en el tráfico rodado, a cuyo fin, debe proporcionar a la calzada, en consonancia con las exigibles limitaciones de accesos e intersecciones a la autovía, de los pertinentes elementos estáticos de protección perimetral encaminados a impedir el repentino acceso de animales a la zona destinada a la circulación de vehículos. Si ello fuere así, cabe señalar, de una parte, que estaríamos en presencia de un incumplimiento del deber de mantener la autovía en las exigibles y adecuadas condiciones para la seguridad del tráfico rodado y, lo que es más importante, ante la inexistencia, por parte del usuario, de un deber jurídico, como tal, de soportar el daño inferido, ya que cabe, en una normal comprensión de lo que constituye una autovía y sus características habituales de uso, esperar que no se produzcan irrupciones en la calzada de animales."

cia de la colisión con un perro que irrumpió de manera inopinada en la calzada porque las vallas de separación no se encontraban en las condiciones idóneas para impedir el acceso de animales a la autopista. Se declara el incumplimiento por la Administración del deber de mantenimiento y conservación de la misma³⁴.

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. En este sentido resulta representativa la SJCA de Asturias, Oviedo (núm.) de 4 octubre 2007 (JUR 2008, 128299; FD 4^a), según la cual:

“...los daños indemnizables con ocasión de accidentes de tráfico serán los producidos por especies cinegéticas no susceptibles de aprovechamiento cinegético o que, siéndolo, no sean objeto de concesión: solamente podría imputársele responsabilidad a la Administración autonómica cuando, siendo titular de la vía pública, omita la señalización de peligro o riesgo derivado de la presencia en la calzada de animales salvajes, en caso de tener constancia o ser notoria la habitualidad de tal fenómeno³⁵”.

Así mismo, debe advertirse que en la valoración jurídica que determina la imputación se atenderá a la conducta del conductor víctima del accidente y al comportamiento que en orden a la conservación del coto incumbe al titular/ o propietario, en ambos

casos acorde con la nueva normativa expuesta.

5.3. Doctrina del Consejo de Estado

Frente al rigor exigido a la Administración titular de la vía en los pronunciamientos judiciales, los dictámenes emitidos por el Consejo de Estado, cuya consulta es preceptiva en estos casos de responsabilidad, atenúan el rigor exigido a la Administración hasta el punto de considerar la presencia de animales en las vías como elementos extraños al control del titular. Como “factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, si se tiene presente que su acceso a las vías públicas puede resultar inevitable³⁶”. Se dice de forma reiterada que “la presencia de animales en las calzadas no genera la obligación de indemnizar por parte de la Administración viaria³⁷”. Se trata de una línea consagrada antes de la nueva regulación y que no resulta alterada por la misma.

El régimen defendido por el Consejo de Estado es aplicado tanto en los atropellos en carreteras convencionales³⁸, incluso en las autovías³⁹ y aunque parezca extraño también en las autopistas. El mismo Consejo, se refiere a esta doctrina “generalmente aplicada con relación a colisiones con animales ocurridas en autopistas, resulta con mayor motivo de aplicación al caso examinado, en que, no tratándose de autopista, sino de autovía, no es obligada la privación, sino la mera limitación, de accesos a las propiedades colindantes⁴⁰”. Aun

³³ Vid. SSAN (Sala 3^a, secc. 8^a) de 9 de julio 2002 (JUR 2003, 68718; FD 4^o) y de 16 julio 2002 (JUR 2003, 68747; FD 3^o), ambas sobre responsabilidad del titular del servicio de carreteras por irrupción de un jabalí en una autopista.

³⁴ Vid. las SSAAP Lleida (secc. 2^a) de 15 abril 2008 (JUR 2008, 179605; FD2^o), 31 enero 2008 (JUR 2008, 138103; FD 2^o), de 20 junio 2007 (JUR 2007, 300327; FD 2^o) y de 25 octubre 2007 (JUR 2008, 11934; FD 2^o), entre otras.

³⁵ Así mismo, relacionan la obligación de vallado o señalización de peligro con zona de riesgo habitual de cruce de animales por la vía, las SSTSJ País Vasco (Sala 3^a, secc. 3^a) de 23 septiembre 2005 (JUR 2006, 6171) y Aragón (Sala 3^a) de 18 septiembre 2006 (JUR 2007, 208127) sobre accidente de circulación producido al irrumpir en la calzada un jabalí que colisionó contra la parte lateral derecha del vehículo. Puede observarse como en el caso expuesto, ante la coincidencia del titular de la vía con la Administración autonómica competente en materia de caza y con responsabilidad residual en este ámbito, el Tribunal centra la valoración jurídica en la titularidad de la vía cuya finalidad de seguridad circulatoria es principal. A pesar de ello, es significativo que a veces se consideren como funciones propias del servicio de carreteras la de “preservación de especies”, comprensiva del deber de control y vigilancia de los animales objeto de protección, de manera que cuando se produce un accidente (normalmente la colisión de vehículos con esos animales en vías públicas), los daños así producidos son imputables principalmente a la Administración sobre la que pesa el deber (y la competencia) de custodia de estos animales que puede coincidir con la titularidad del servicio viario.



más, será menor la exigencia requerida en carreteras convencionales en las que el vallado no forma parte esencial de la vía⁴¹.

5.4. Responsabilidad del concesionario de autopistas.

En los casos de autopistas concedidas, la responsabilidad del concesionario en los accidentes por colisiones con animales, merece atención a los efectos de comparar el nivel de exigencia requerido en la prevención de estos riesgos con el exigido a la Administración, titular de estas mismas vías no concedidas⁴². Se dice que el rigor exigible al concesionario es mayor que el exigible a la Administración, a pesar de no tratarse de un régimen de responsabilidad objetiva y aunque no se exija seguro obligatorio de responsabilidad civil. El argumento dado por la doctrina se fundamenta en que 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. “Esta circunstancia hace que la responsabilidad del concesionario sea más rigurosa que la que se exige a las diferentes Administraciones Públicas, titulares de vías abiertas”⁴³.

En primer lugar, además de las razones aducidas sobre las altas velocidades permitidas en esta clase de vías, cuando las autopistas están concedidas, las empresas concesionarias se encuentran sometidas a específicas obligaciones de mantenimiento e instalación de vallado, reguladas en el artículo 27 de la LCCARC. Aunque la regulación de la responsabilidad del concesionario de autopistas no reconoce una responsabilidad objetiva, ello no significa la aplicación de un régimen de responsabilidad subjetiva por culpa o negligencia. En efecto, la actividad empresarial del concesionario es una

³⁶ Vid. Dictamen de 19 abril 2007 (575, 2007) sobre accidente por colisión con cabra montés, el Consejo reitera su doctrina diciendo que “el Consejo de Estado ha señalado ya en numerosas ocasiones que la presencia incontrolada de animales en las carreteras no genera la obligación de indemnizar, habida cuenta que no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, si se tiene presente que su acceso a las vías públicas puede resultar inevitable (por todos, el Dictamen del Consejo de Estado número 2485/2002, de 10 de octubre). También, vid. Dictamen de 10 abril 2003 (298, 2003).

³⁷ De este modo el Dictamen del Consejo de Estado de 30 octubre 2003 (3183, 2003).

³⁸ En este sentido se pronuncian los Dictámenes de 17 enero 2002 (3258, 2002), de 2 diciembre 1999 (3497, 1999), sobre irrupción de un corzo en carretera nacional, de 18 mayo 2000 (1450, 2000), sobre irrupción de jabalíes en carretera nacional, de 7 junio 2001 (1598, 2001), sobre irrupción de un caballo en carretera nacional. Del mismo modo el Dictamen de 29 julio 1999 (2467, 1999) sobre colisión de un cordero en carretera nacional. Se dice que como “este Consejo ha señalado ya en anteriores ocasiones que la presencia de animales vivos en las calzadas de las carreteras convencionales y de las autovías no genera el nacimiento de la obligación de responder para la Administración, puesto que, conforme a su propia configuración legal, carecen legalmente de vallado.”

³⁹ Se mantiene la misma doctrina en el Dictamen de 19 abril 2007 (579, 2007), sobre irrupción de una manada de jabalíes en una autovía estando la valla de cerramiento de la zona en buen estado, se entiende que el lugar de entrada de los animales fuera el ramal del enlace, el cual se encontraba abierto en su confluencia con una carretera nacional. Aunque estas vías estén separadas entre sí, salvo en puntos singulares o con carácter temporal, por una franja de terreno no destinada a la circulación, denominada mediana, o, en casos excepcionales, por otros medios y aunque esta modalidad viaria se caracterice por no tener acceso a las propiedades colindantes, ello no implica que se trate de una construcción hermética, cuyas vallas de cerramiento deban ser obligatoriamente infranqueables. Así mismo, vid. Dictámenes de 8 junio 2006 (974, 2006), Según dice el Dictamen de 1 julio 1999 (1444, 1999), sobre irrupción de un perro en autovía. Los Dictámenes de 17 junio 1999 (1710, 1999) y de 29 julio 1999 (2210, 1999), sobre irrupción de jabalí en autovía y los Dictámenes de 28 octubre 1999 (3124, 1999), de 23 septiembre 1999 (2830, 1999) y de 23 noviembre 2000 (3123, 2000), ambos sobre colisión con perro en autovía, que tampoco precisa de vallado. El Consejo de Estado se pronuncia en este sentido en el citado Dictamen de 30 octubre 2002 (2279, 2002), disponiendo que: “La Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Excede sin embargo ese límite un caso como el sometido a consulta. Este Consejo ha señalado ya en anteriores ocasiones que la presencia de animales en las calzadas no genera la obligación de indemnizar por parte de la Administración viaria. Más cuando, como en el caso presente, en que se trata de una carretera en la que el vallado no forma parte esencial de la vía. Por todo ello, se considera que procede desestimar la reclamación deducida...” En idénticos términos los Dictámenes de 31 octubre 2002 (2279, 2002) y de 13 abril 2000 (752, 2000) que además declara que el deber de vigilancia del titular viario en relación con la presencia de animales en la calzada debe ser entendido incluso en el caso de que, como en las autopistas, la carretera esté vallada.

⁴⁰ En idénticos términos el Dictámenes de 29 marzo 2007 (574, 2007) y (572, 2007), ambos sobre accidente por colisión con perros que irrumpieron una autovía.

⁴¹ Del mismo modo, los dictámenes de 30 octubre 2003 (3170, 2003), de 10 abril 2003 (298, 2003) y de 12 junio 2003 (1470, 2003) siguen esta nueva doctrina.



actividad de riesgo y por ende el régimen aplicable debe asimilarse a este régimen de responsabilidad⁴⁴.

En la actualidad encontramos dos posiciones en la determinación del estándar exigible al concesionario. Por un lado, existe un grupo de sentencias que establecen un régimen riguroso, exigiendo una que comprenda no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todas las que la prudencia imponga para evitar el evento dañoso. Se dice que es previsible y en la mayor parte de los casos, evitable la invasión de los carriles de circulación de una autopista por parte de animales, de modo que hay que examinar caso por caso si la obligación de evitar ese riesgo es factible o se trata una prestación exorbitante. Dentro de este grupo, el rigor en

la obligación del concesionario se argumenta sobre la base de una responsabilidad contractual, debida al incumplimiento de la obligación de garantizar al usuario una circulación más segura que la ofrecida en las carreteras convencionales. Son numerosas las sentencias que sustentan esta responsabilidad en el incumplimiento de un contrato atípico, como es el llamado contrato de “peaje”⁴⁵.

Por otro lado, no faltan soluciones menos drásticas que suavizan el deber del concesionario dentro de unos límites razonablemente exigibles. Esta tendencia concuerda con el contenido del deber administrativo en autopistas no concedidas y fundamentalmente se basa en una relación espacio-temporal suficiente para exigir que los servicios de vigilancia de la autopista puedan detectar la pre-

⁴² Sobre esta materia, vid. CAVANILLAS SÁNCHEZ: *RDP*, 9, 2002 y REGLERO CAMPOS: *AC*, T. III, 1999, entre otros.

⁴³ REGLERO CAMPOS: *AC*, T. III, 1999, p. 6



sencia de animales en la calzada⁴⁶.

La falta de mención que en la nueva regulación contenida en la Disposición Adicional novena de la LTCVMSV se hace sobre la responsabilidad del concesionario en los accidentes por atropello de animales, no impide que la misma resulte afectada indirectamente. En efecto, la concreción legal que se hace de la responsabilidad de los agentes diferentes implicados (Administración, conductor y titulares del coto y de los aprovechamientos cinegéticos) y la conversión que respecto a estos últimos se hace de régimen de responsabilidad objetiva a culposa, según los pronunciamientos judiciales, aumentará las demandas contra las empresas concesionarias y las sentencias estimatorias de responsabilidad.

6. Responsabilidad de la Administración con competencias en materia de caza y medio ambiente.

6.1. Introducción.

Analizada la responsabilidad del titular del servicio de carreteras cuya función principal es la de vigilancia en la prevención de obstáculos que pueden entorpecer la seguridad circulatoria, en los accidentes objeto de estudio existe otro título de imputación a la Administración relacionado con la específica función concerniente a la Administración encargada del servicio público de preservación de especies, como consecuencia de la obligación de custodia que sobre estos animales le corresponde.

El artículo 149.1.23 de la Constitución española establece la competencia del Estado en la "legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. A su vez, el artículo 148.1.9 del mismo texto atribuye competencia a las Comunidades Autónomas en "la gestión en materia de protección del medio ambiente⁴⁷".

En esta materia debe tenerse en cuenta, en cuanto a la fauna silvestre o salvaje, la Ley

⁴⁴ REGLERO CAMPOS: AC, T. III, 1999, p. 6.

⁴⁵ En esta dirección, vid. STS (Sala 1ª) de 5 mayo 1998 (RJ 1998, 3070; FD 1º y FD 2º), SAP Asturias (secc. 7ª) de 26 diciembre 2007 (AC 2008, 692) y SAP A Coruña (secc. 4ª) de 30 marzo 2007 (JUR 2007, 263307; FD1º) según la cual: "Tratándose de un supuesto en el que se cuestiona la imputación de responsabilidad civil a un concesionario privado de una autopista por los daños sufridos por un usuario de la misma, siempre que estos daños sean causalmente imputables al incumplimiento de los deberes que sobre aquel concesionario recaen de garantizar la seguridad del tráfico (ex artículo 27 de la Ley 8/1972, de 10 mayo, de construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje en régimen de concesión y los correspondientes reglamentos de explotación de las diversas autopistas en régimen de concesión), sin perjuicio de la subsunción en el régimen de responsabilidad civil resultante del artículo 26 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984...". La jurisprudencia civil ha considerado que la responsabilidad exigible a los concesionarios es más estricta que la exigida a las Administraciones Públicas (Administración General del Estado, CCAA o Administración Local) titulares de vías abiertas. El fundamento de este mayor rigor se encuentra en la constatación de que el concesionario de autopistas realiza una actividad empresarial en un ámbito de riesgo (lo que, a su vez enlaza con la regla aplicable en estos supuestos que se consagra en la conocida máxima «ubi emolumentum, ibi onus»), de manera que se considera que está sometido a un régimen de responsabilidad objetiva, en el seno del que el cumplimiento de sus deberes de vigilancia ha de ser exigido con un mayor nivel de exigencia que el que incumbe a las Administraciones prestadoras de servicios públicos de esta misma naturaleza. En efecto, como contrapartida del pago del peaje, sobre el concesionario recae una obligación de garantizar la prestación del servicio en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios durante las veinticuatro horas del día y ello a tenor de los apartados a) y c) del artículo 27.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo (así lo han venido a reconocer, entre otras y utilizando una u otra fórmula, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Alicante, secc. 4ª, de 6 de mayo de 1993, 22 de junio y 3 de octubre de 1994; de Bilbao, Secc. 4ª, de 22 de julio de 1991; de Valencia, Secc. 8ª, de 8 de noviembre de 1993; de Tarragona, Secc. 2ª, de 21 de enero de 1994; y Secc. 1ª, de 14 de abril y 30 de julio de 1994, de 13 de octubre de 1995, de 29 de marzo, 15 de julio y 5 de diciembre de 1996, de 22 de octubre de 1997 y de 14 de enero de 1998; de Pontevedra, Secc. 1ª, de 29 de mayo de 1998; así como las Sentencias de 15 de noviembre de 1993, de 30 de noviembre de 1998 y de 16 de marzo de 2004, de la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial de A Coruña).". En idéntico sentido, vid. STS de 6 octubre 1992 (RJ 1992, 7529), SAP Málaga (secc. 4ª) de 24 abril 2008 (JUR 2008, 244293), según la cual "...«si todas las medidas utilizadas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, se exige agotar las diligencias...»". SAP Barcelona (secc. 1ª) de 23 febrero 2004 (AC 2004, 531), SAP A Coruña de 30 noviembre 1998 (AC 1998, 2383), entre otras muchas dictadas.

⁴⁶ En esta línea se encuentra la SAP de Sevilla de 6 junio 1994, sobre colisión de vehículo con perro en autopista, según la cual, el deber del concesionario, aunque riguroso, no implica "una responsabilidad objetiva y absoluta". También la SAP de Navarra de 13 junio 1993 sobre un supuesto parecido, señala que este deber no puede convertirse en "una exigencia desorbitante de imposible cumplimiento".

42/2007, de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y Biodiversidad que viene a derogar y sustituir a la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres que, a su vez, en parte procedía de la Ley de 2 de mayo de 1975, de Espacios Naturales Protegidos, y a las sucesivas modificaciones de aquélla.

Cuando se trata de piezas de caza, es decir, fauna salvaje cinegética, la legislación aplicable ha venido constituida por la legislación de caza estatal y autonómica⁴⁸, la cual ha resultado afectada por la nueva normativa tal y como ha quedado expuesto en apartados anteriores.

En materia de preservación de especies la responsabilidad de la Administración deriva a su vez de diversos títulos de imputación:

La condición de titular del aprovechamiento cinegético de donde proceden las piezas causantes de los daños.

La llamada “responsabilidad cinegética residual” de la Administración.

La responsabilidad por daños causados por especies sometidas a un régimen especial de protección.

Vigente la nueva normativa viaria, considero

que el régimen de responsabilidad de la Administración en base a estos títulos de imputación tampoco resultará modificado con la nueva legislación. Aunque la responsabilidad de la Administración como titular del coto pueda plantear alguna cuestión, ésta será más aparente que real, como se expondrá después. En este sentido puede comprobarse como en la legislación autonómica posterior a la normativa que analizamos, una vez reconocida la directa aplicación de la legislación viaria a los casos de responsabilidad por atropellos de animales, se hace una expresa mención a la responsabilidad de la Administración en los tres títulos antes enumerados y una remisión a la normativa administrativa específica. Concretamente se trata de los apartados 2º y 3º del artículo 63 de la Ley 6/ 2006 de Caza y Pesca Fluvial de Baleares, de 12 de abril. En efecto, por una parte, el 2º apartado enumera los daños causados por especies cinegéticas imputables a la Comunidad Autónoma de Cantabria:

“Los daños causados por las especies cinegéticas procedentes de Reservas Regionales de Caza, Cotos Regionales de Caza, Refugios Regionales de Fauna Cinegética y de los Vedados de Caza que se correspondan con terrenos incluidos en los espacios naturales protegidos o en el ámbito de presencia de especies amenazadas, en donde sus instrumentos de ordenación o planificación prohiban expresamente la actividad cinegética”.

Por otro lado, en cuanto al régimen de respon-

⁴⁷ La STC 14/1998, de 22 enero (RTC 1998, 14) sobre recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Caza de Extremadura 8/1990, de 21 de diciembre, viene a configurar el régimen competencial autonómico en materia de Caza (artículo 148.1.11 CE), en términos de la SAP Ourense (secc. 1ª) de 23 enero 2007(AC 2007, 1613) el TC reconoce “la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma para regular legislativamente la caza, su aprovechamiento privado y la protección sin que el obligado respeto por parte de esa Comunidad Autónoma a la legislación medioambiental del Estado le impida diseñar y ejecutar una política autonómica propia en materia de caza y de protección de aquellos ecosistemas vinculados directamente a su ejercicio, con el fin de impedir prácticas abusivas o incontroladas que pudieran poner en peligro los recursos cinegéticos existentes en su territorio, sin que aquellas medidas legislativas que tengan por objeto la salvaguarda de la fauna silvestre susceptible de ser cazada y la conservación y protección de los ecosistemas en los que habita puedan ser consideradas, sin más, como una invasión en la competencia del Estado sobre el medio ambiente.”

⁴⁸ En la actualidad pueden ser enumeradas las siguientes leyes: Ley 8/2003, de 28/Octubre, de Flora y Fauna Silvestre de Andalucía, Ley 5/2002, de 4/Abril, de Aragón; Ley 2/1989, de 6/Junio, de Asturias; Ley 6/2006, de 12/Abril, de Baleares; Ley 4/2006, de 19/Mayo, de Cantabria; Ley 7(1998, de 6/Julio, de Canarias; Ley 4/1996, de 12/Julio, de Castilla-León; Ley 2/1993, de 15/Julio, de Castilla-La Mancha, Leyes 22/2003, de 4/Julio y 12/2006, de 27/Julio, de Cataluña; leyes 8/1990, de 21/Diciembre y 19/2001, de 14/Diciembre, de Extremadura; Ley 4/1997, de 25/Junio, de Galicia; modificada por Ley 6/2006, de 23/Octubre; Ley 7/2003, de 12/Noviembre, de Murcia; Ley 17/2005, de 22/Diciembre, de Navarra; Ley 9/1998, de 2/Julio, de La Rioja; Ley 13/2004, de 27/Diciembre, de Valencia, y Ley 1/1989, del País Vasco.



sabilidad aplicable a la Administración Autonómica, el apartado 3º del mismo artículo, establece una excepción en cuanto al régimen general de responsabilidad contenido en la legislación civil, para los casos contenidos en la nueva normativa viaria. De este modo se dice que:

“La responsabilidad a que se hace referencia en este artículo será exigible por las reglas de la legislación civil, salvo en el supuesto del apartado anterior en que se estará a lo dispuesto en el título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Del mismo modo, pero sin remisión a la normativa administrativa específica, que por otro lado debe sobreentenderse, la Ley 6/2006, de 23 de octubre, de Caza de Galicia que modifica la antigua Ley 4/1997, consagra la responsabilidad de la Administración en esta materia en el apartado 2º del reformado artículo 23: «Los titulares de aprovechamientos cinegéticos de terrenos sujetos a régimen cinegético especial responderán en los demás casos de los daños ocasionados por las especies cinegéticas casos de los daños ocasionados por las especies cinegéticas. La Consellería de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, previa instrucción del correspondiente expediente de valoración, indemnizará los daños efectivamente producidos por las especies cinegéticas de los terrenos cinegéticos de aprovechamiento común, de los tecor autonómicos de su administración, de las reservas de caza, de los refugios de fauna y de cualquier otro terreno cuya administración y gestión le correspondan».

Más lejos se extiende la Ley Foral 17/2005, de 22 de diciembre, de Caza y Pesca de Navarra que en el artículo 86.1.c. frente a la regulación contenida en la Disposición Adicional Novena en la normativa nacional viaria, introduce un nuevo supuesto indemnizatorio, que por otro lado aparece redacta-

do en términos ajenos al criterio de la culpabilidad. Se dice que en el expediente administrativo que se tramite para valorar los supuestos de responsabilidad en los casos de accidentes por atropellos de animales, este podrá recaer “En la Administración competente en materia de caza, en los supuestos en que el accidente sea consecuencia de las disposiciones de ordenación del aprovechamiento cinegético”.

6.2. Titular del aprovechamiento cinegético

En esta materia conviene precisar si la responsabilidad de la Administración resulta afectada con la nueva normativa en su condición de titular del aprovechamiento cinegético de donde procede la pieza causante del atropello. La falta de previsión legal en este sentido y la utilización de términos de responsabilidad subjetiva o por culpa en la configuración que la Ley hace del régimen de responsabilidad del titular del coto, sin distinguir clase de titularidad, podría ser un límite a la aplicación del régimen de responsabilidad objetivo y por resultado reconocido en el artículo 106 de la CE y en el artículo 139 de la LRJAP-PAC. Debe advertirse que la citada Disposición Adicional Novena cuando se refiere al supuesto de responsabilidad de la Administración titular de la vía no utiliza términos de culpabilidad, lo que si hace cuando concreta la responsabilidad del titular del coto, sin distinguir la condición privada o pública del mismo. Sea como fuere, lo cierto es que la ausencia de concreción en este punto no puede alterar en modo alguno el régimen de responsabilidad de la Administración contenido en su específica normativa. Considero, por otro lado, que los criterios que sobre conservación del coto, en términos de “diligencia”, resultan aplicables al titular, persona física o jurídica privada, pueden ser utilizados en la valoración jurídica sobre la imputación del daño a la Administración en aras a determinar si el riesgo concretado en el accidente se encontraba dentro del círculo de riesgos



controlables por la Administración como titular del aprovechamiento cinegético.

Aunque en principio podría afirmarse que la Administración titular de un aprovechamiento cinegético es responsable de los daños que produzcan las piezas de caza procedentes del interior de dichos terrenos en igual medida que lo sería un particular. Sin embargo, presupuesto el carácter residual de la responsabilidad de la Administración en este ámbito, debe advertirse, como a diferencia de la responsabilidad limitada del particular titular del coto exclusivamente referida a los daños causados por las especies de caza procedentes de terrenos de su titularidad que estén incluidas en su plan de

aprovechamiento cinegético, por el contrario, tratándose de la Administración titular de un coto, su responsabilidad se extenderá a todos los daños que causen las especies que procedan del coto, estén o no incluidas en el plan técnico de dichos terrenos.

La distinción del sujeto responsable ha venido determinada por la procedencia del animal. La responsabilidad variaría dependiendo de la aplicación de la Ley de Caza estatal o autonómica. En primer lugar, en cuanto a la fauna silvestre cinegética vendrá determinada por la titularidad de la heredad de caza o titularidad del aprovechamiento cinegético⁴⁹ de donde el animal proceda,

⁴⁹ Por su parte, el artículo 33.1 de la Ley de Caza dispone que “los titulares de aprovechamientos cinegéticos, definidos en el artículo 6 de esta Ley, serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de terrenos acotados. Subsidiariamente serán responsables los propietarios de los terrenos”. La diferencia de responsabilidad que se refleja en este artículo (responsabilidad objetiva) y en el artículo 1906 (responsabilidad subjetiva), ha dado lugar a opiniones doctrinales y jurisprudenciales diversas. Unas entienden que el artículo 1906 ha sido derogado por el artículo 33 de la Ley de Caza (Vid. STS de 27 mayo 1985 [RJ 1985, 2815]); otras que, el CC se refiere a los terrenos de aprovechamiento cinegético común y el artículo 33 a los de carácter especial (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema*, Tomo II, (1995), p. 630). Sin embargo otros autores entienden que el artículo 33 de la Ley de Caza sólo es aplicable a los aprovechamientos cinegéticos especiales y en los comunes deberá responder la Administración. (GALLEGO DOMÍNGUEZ: *Responsabilidad civil*, (1997), pp. 189 y ss, y SÁNCHEZ GASCÓN: *El Derecho de caza*, (1988), Tomo I, p. 262).



es decir el lugar donde el animal ha establecido su hábitat. El artículo 8 de la Ley de Caza de 1970 distingue entre terrenos de aprovechamiento común⁵⁰ y especial⁵¹. Nuestro interés se centrará en las funciones que ostenta la Administración en relación a ellos a los efectos de responsabilidad por accidentes por colisión de animales procedentes de los mismos. La STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala 3ª, secc. 3ª) de 17 mayo 2007 (JUR 2007, 278224) se reconoce la responsabilidad de la Administración, como titular del coto con aprovechamiento cinegético en accidente por irrupción imprevista de animal salvaje procedente de terreno de titularidad y responsabilidad administrativas. El mismo Tribunal en Sentencia de 29 septiembre 2006 (JUR 2006, 294015) exonera a la misma Administración por tratarse de pieza no procedente de terreno de titularidad o responsabilidad administrativas.

Cuando se trate de daños producidos por la caza procedente de Refugios, Reservas Nacionales y Parques Nacionales, responderán, según el artículo 33 de la Ley de Caza, “los titulares de los aprovechamientos de caza y subsidiariamente el Servicio de Pesca Continental, caza y Parques Nacionales”. La titularidad corresponderá a la Administración a la cual se encuentren adscritos⁵². En este sentido, el artículo 23. 2 de la Ley de Caza de Galicia modificada por la Ley 6/2006, de 23 de octubre se refiere a esta responsabilidad de la Administración «Los titulares de aprovechamien-

tos cinegéticos de terrenos sujetos a régimen cinegético especial responderán en los demás casos de los daños ocasionados por las especies cinegéticas casos de los daños ocasionados por las especies cinegéticas. La Consellería de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, previa instrucción del correspondiente expediente de valoración, indemnizará los daños efectivamente producidos por las especies cinegéticas de los terrenos cinegéticos de aprovechamiento común, de los tecor autonómicos de su administración, de las reservas de caza, de los refugios de fauna y de cualquier otro terreno cuya administración y gestión le correspondan». La responsabilidad se funda en estos casos en la titularidad, en el poder de disposición o control sobre los animales procedentes de estos terrenos. Concretamente, tratándose de Reservas Nacionales de caza, éstas son calificadas como servicio público y por ende, su funcionamiento normal o anormal puede dar lugar a la responsabilidad de la Administración, sin que el particular deba soportar el daño causado⁵³. El fundamento se encuentra en una forma de posesión que la Administración tiene sobre los animales protegidos, de la que nace una obligación de vigilancia⁵⁴. Por ello, aunque la irrupción de un animal protegido en la calzada no pueda enmarcarse dentro del concepto de funcionamiento anormal, la Administración es responsable al ser la encargada de la promoción, fomento, conservación y protección de determinadas especies cinegéticas⁵⁵.

⁵⁰ Según el artículo 9 del Reglamento de Caza de 1971, son terrenos de aprovechamiento común, “los que no están sometidos a régimen cinegético especial, y los rurales cercados en los que existiendo accesos practicables no tengan junto a los mismos carteles o señales, en los cuales se haga patente, con toda claridad la prohibición de entrar en ellos”.

⁵¹ Son terrenos de aprovechamiento cinegético especial, según el artículo 8.2 de la Ley de Caza “los Parques Nacionales, Refugios de Caza, las Reservas Nacionales de Caza, las Zonas de seguridad, los Cotos de Caza, los Cercados y los adscritos al Régimen de Caza Controlada”.

⁵² SÁNCHEZ GASCÓN: El derecho de caza, (1988), p. 177. Vid. STSJ Cataluña (Sala 3ª) de 6 noviembre 2006 (JUR 2007, 140166) sobre colisión con jabalí procedente de una reserva nacional y STSJ de Valladolid, Castilla-León (Sala 3ª) de 17 abril 2001 (JUR 2001, 167220; FD 2º). También, a sensu contrario, vid. SJCA Oviedo (núm. 1) de 21 enero 2008 (JUR 2008, 98813).

⁵³ AGUDO: RDUMA, (1988), p. 113.

⁵⁴ Cfr: SAP Zaragoza de 13 octubre 2004 (JUR 2004, 298246) sobre accidente de circulación por irrupción de tejón que aunque es una especie no susceptible de aprovechamiento cinegético, es una especie protegida en la calzada: ausencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Autonómica. Así mismo, vid. SSAAPP de Soria de 20 mayo 1996 (AC 1996, 8719; FD3º) y de 24 mayo 1995 (AC 1995, 930; FD3º). Respecto de los daños producidos por la caza procedente de las reservas, la SAP de Palencia de 1 julio 1998 (AC 1998, 6314) sostiene que el significado jurídico “proceder” no se identifica con el lugar de origen o naturaleza de los animales, sino con “aquél lugar donde aniden esas especies por encontrar su más adecuado hábitat y que, al tiempo, presente una cierta relación espacial con el punto donde surgieron los daños...”.

6.3. La llamada “Responsabilidad cinegética residual⁵⁶” de la Administración.

En cuanto a los animales procedentes de terrenos de aprovechamiento común pero sometidos a régimen de caza controlada. Sobre estos animales, el artículo 14.1 de la Ley de Caza, establece que “la protección, conservación, fomento y aprovechamiento de la riqueza cinegética deberán adaptarse a los planes que con este objeto apruebe el Ministerio de Agricultura”, hoy por el organismo autonómico competente. Ello, a pesar de posturas contrarias que de acuerdo al artículo 1906 del CC, fundaban la responsabilidad del propietario⁵⁷. Difícilmente se podrían imputar los daños al propietario de terrenos libres pero de aprovechamiento común para la caza. Por otra parte, el dueño no puede libremente “hacer lo necesario para impedir su multiplicación”, pues tales actos, como la persecución de las piezas de caza, resultan ajenos a sus facultades y competen a la Administración, la cual además tiene competencia exclusiva en la regulación del ejercicio de la caza⁵⁸. Concretamente, la STSJ de Extremadura (Sala 3ª, secc. 1ª) de 12 septiembre 2005 (JUR 2005, 243304) establece que la responsabilidad de la Administración en los supuestos de animales procedentes de terrenos sometidos a un régimen cinegético especial distintos de los cotos privados o deportivos, no excluye su responsabilidad en terrenos cinegéticos comunes, fundado en la competencia que la Ley de Caza le otorga en la gestión y administración de

los mismos y en un título de intervención para ordenar y planificar el ejercicio de actividades vinculadas con la práctica de la caza y su aprovechamiento en general, en el que están incluidos los daños producidos por especies cinegéticas⁵⁹.

En estos casos la responsabilidad de la Administración no viene determinada tanto por la titularidad del coto, como por la competencia o potestades en la regulación de la caza de determinados animales y el control de su población, como ocurre con el jabalí⁶⁰. Es por ello que en ocasiones, aún determinándose la procedencia del animal y acreditándose no ser de titularidad pública se declara la responsabilidad de la Administración por ser la encargada de la regulación de una específica caza⁶¹. No obstante, esta función normativa no se hace con la finalidad de no producir daños circulatorios⁶². Se ha dicho que, la intervención administrativa en estos terrenos es reflejo de una política del Estado en la conservación del medio ambiente y, por tanto, los daños de ella derivados no deben ser soportados por el particular perjudicado, como carga general en aras del interés público⁶³. En estos casos, la STSJ de Aragón (Sala 3ª, secc. 1ª) de 23 diciembre 2003 (RJCA 2004, 292; FD 4º) declara que la responsabilidad que grava sobre la Administración en la medida que limita, justificadamente, el ejercicio de la caza es una responsabilidad por “funcionamiento normal de la actividad pública”. Según el Tribunal tiene aplicación “la doctrina de la solidaridad con la finalidad pragmática

⁵⁶ Calificación utilizada de forma reiterada, entre otras, vid. SSAAPP de Soria de 24 mayo 1995 (AC 1995, 930; FD3ª) y de 20 mayo 1996 (AC 1996, 8719; FD3ª).

⁵⁷ Entre otros, Díez-Picazo y Gullón: Sistema, II, (1995), p. 630.

⁵⁸ Sánchez Gascón: El Derecho de caza, Tomo I, p. 262. En apoyo de esta postura, vid. Artículo 38 .1 de la Ley de Caza del Principado de Asturias (2/1989), de 6 de junio, según el cual: “Serán indemnizados por la Administración del Principado de Asturias, previa instrucción del oportuno expediente y valoración de los daños efectivamente producidos: a) Los daños ocasionados por las especies cinegéticas procedentes de los terrenos cinegéticos de aprovechamiento común”.

⁵⁹ Del mismo modo se pronuncia este Tribunal en la Sentencia de 24 junio 2005 (JUR 2005, 191498).

⁶⁰ En este sentido resulta significativa la SAP de Lugo de 5 mayo 1999 (AC 1999, 4965; FD2º), sobre accidente de circulación por irrupción de jabalí procedente de coto privado de caza menor, a pesar de la titularidad privada del coto, se declara la responsabilidad de la Administración autonómica, en este caso “la Consellería de Medio Ambiente” por “ser la reguladora de la caza del jabalí”.

⁶¹ Como dice la SAP de Lugo de 5 mayo 1999 (AC 1999, 4965; FD2º), sobre accidente de circulación con daños en automóvil por irrupción de jabalí procedente de coto privado de caza menor.

⁶² En el mismo sentido, las SSAP Lugo de 11 marzo 1999 (AC 1999, 4688), de 7 marzo 1997 (AC 1997, 480), de 14 julio 1998 (AC 1998, 6825), de 27 enero 1999 (AC 1999, 61) y la SAP Castellón de 27 marzo 1999 (AC 1999, 5144).

⁶³ Agudo: RDUMA, 1998, pp. 123 y ss.



de dar satisfacción al perjudicado, tercero extraño a la actividad generadora del riesgo determinante de los daños". Las medidas administrativas de control sobre población y movilidad de estos animales pueden crear riesgos de colisión y por ende accidentes de circulación.

En los terrenos de aprovechamiento cinegético especial, la Administración respondería cuando el "poder de disposición" sobre la pieza de caza causante del accidente de tráfico no le corresponde al titular del coto, debido a la competencia sobre el control de estos animales. Se trata de fundar la imputación en la función de control sobre los animales no cazables en el coto donde proceden. Ello se debe a que, aunque hayan salido de un coto, o se encuentren en sus proximidades, si el mismo no es el hábitat adecuado para dicha pieza de caza, el riesgo provocado estaría bajo el control administrativo en igual medida que si se tratara de animales protegidos⁶⁴. En este sentido, puede citarse la STSJ Cataluña (Sala 3ª, secc. 4ª) de 10 marzo 2006 (JUR 2006, 237256) que declara la responsabilidad de la Administración titular de la competencia en materia de caza, al resultar acreditada la adecuada relación de causalidad entre esta actividad administrativa y el incumplimiento de la obligación de adoptar las oportunas medidas para evitar la salida del animal salvaje de las zonas de caza mayor y el resultado dañoso producido en el vehículo del actor⁶⁵. Es doctrina que la responsabilidad del titular del coto de caza menor no puede exten-

derse a una especie de caza mayor que no forma parte de su aprovechamiento, por ello la STSJ de Extremadura (Sala 3ª, secc. 1ª) de 26 septiembre 2005 (JUR 2005, 242520) sobre accidente por animal procedente de coto deportivo de caza menor que no ha dispuesto aprovechamiento de caza mayor, imputa el daño a la Administración por la asunción de competencias basadas en el "deber de control de especies en virtud de régimen de aprovechamientos cinegéticos". A pesar de esta línea jurisprudencial, la Ley de Caza de Castilla León 4/1996, de 12 de julio, muestra un cambio radical, al disponer que el titular del aprovechamiento será responsable de los daños causados por las piezas de caza "pertenezcan o no a una especie incluida en el correspondiente plan de aprovechamiento cinegético"⁶⁶. Del mismo modo se reconoce esta responsabilidad cuando el accidente se produce en una zona de seguridad como es una carretera, como se desprende de la STSJ de Burgos, Castilla-León, (Sala 3ª, secc. 2ª) de 21 julio 2004 (JUR 2004, 208007; FD3º), según la cual:

"En el caso planteado el accidente ocurre en una carretera o vía pública, que según el artículo 28.2 a) de la Ley Autonómica antes citada tiene la consideración de zona de seguridad. Y el artículo 12.1 d) establece que la responsabilidad por los daños producidos por las piezas de caza corresponde «en las zonas de seguridad, a los titulares cinegéticos de los terrenos, a los propietarios de los vedados de carácter voluntario o a la Junta en

⁶⁴ En este sentido, la SAP de Toledo (secc. 1ª) de 24 julio 1996 (AC 1996, 1529), identifica estos animales no cazables del coto del que proceden con los animales salvajes protegidos a los efectos de responsabilidad de la Administración". Según estas sentencia: "Dado que la finca de la que procedía el jabalí que causó los daños cuya indemnización es el objeto del presente pleito era un coto de caza menor, en el que no estaba autorizada la caza de los ejemplares de aquella especie, no puede exigirse al titular del coto o de la finca la responsabilidad civil por los daños causados por la caza, ya que no dispone de las facultades para impedir su multiplicación o para adoptar otras medidas semejantes respecto de tales animales cuya omisión supondría la responsabilidad del artículo 1906 del Código. En consecuencia, aunque con carácter general el artículo 13.1 de la Ley de Caza establezca que «se entiende por pieza de caza cualquier ejemplar de las especies incluidas en la relación de las declaradas objeto de caza», entre las cuales se encuentra el jabalí, objeto de caza según el Real Decreto 8 septiembre 1989, a efectos exclusivamente de responsabilidad civil extracontractual del propietario de la finca o del coto el jabalí no puede ser calificado como «pieza de caza».

⁶⁵ Así mismo, se declara la responsabilidad de la Administración por accidente ocasionado por especie de caza mayor en zona de coto de caza menor las SSTSJ Extremadura (Sala 3ª, secc. 1ª) de 12 septiembre 2005 (JUR 2005, 243325), de 27 diciembre 2005 (JUR 2006, 271128) y de 12 diciembre 2005 (JUR 2006, 8541). También, vid. STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala 3ª, secc. 1ª) de 26 julio 2005 (JUR 2005, 216373).

⁶⁶ Vicente Domingo: "Los daños", *Tratado* (coord.) REGLERO, (2003), p. 1455 (n.p.p. 33) Esta autora argumenta este cambio legislativo por la suscripción por parte de la Junta de un seguro de responsabilidad civil que cubre los daños ocasionados por la caza mayor en zonas de seguridad.

el resto de terrenos vedados o en el de los refugios de fauna», preceptos de los que resultaría –como se ha señalado anteriormente–, en principio, que la responsabilidad es del titular del terreno cinegético próximo al lugar del accidente”⁶⁷.

Como ha quedado dicho, el régimen de responsabilidad de la Administración con competencias en materia de caza y medio ambiente no resulta modificado con la nueva regulación introducida por la Ley 17/2005, de 19 julio. Aún más, debe decirse que en el caso de la llamada “responsabilidad residual de la Administración” tal consideración no ofrece dudas. En efecto, la falta de referencia a este título de imputación en la nueva normativa no hace cuestionable el régimen de esta responsabilidad. Sin embargo, en apoyo del régimen objetivo legal, debe aludirse a la ya mencionada Ley Foral 17/ 2005, de 22 de diciembre de Caza y Pesca de Navarra que en el artículo 86.1.c, a diferencia de la normativa viaria estatal introduce como agente implicado precisamente a la Administración competente en materia de caza, y fuera de criterios subjetivos alude al siguiente título de imputación: “los supuestos en que el accidente sea consecuencia de las disposiciones de ordenación del aprovechamiento cinegético”.

Por último, debe decirse que la configuración legal que en términos de diligencia se hace de los titulares de aprovechamientos cinegéticos y de los conductores en la nueva normativa objeto de este estudio, afectará indirectamente a la Responsabilidad de la Administración en los casos de atropellos de especies cinegéticas. Adviértase como en muchos casos se trasladará la responsabilidad del titular del aprovechamiento a la Administración encargada de

la regulación de la caza y de otorgar las correspondientes autorizaciones, por ejemplo, en materia de vallados. A la postre, aumentarán las demandas de responsabilidad frente a la Administración y más concretamente en los casos de la llamada “responsabilidad residual” que han quedado expuestos.

6.4. La Responsabilidad por daños causados por especies sometidas a un régimen especial de protección.

Finalmente, la función de preservación de especies que incumbe a la Administración alcanza un especial significado cuando recae sobre animales causantes de colisiones que se encuentran “especialmente protegidos”⁶⁸. En estos casos, el contenido de la función de protección de la llamada fauna silvestre debe ponerse en relación con el derecho reconocido en el artículo 45 de la CE. Se trata del derecho a disfrutar del medio ambiente y la actuación exigida a los poderes públicos para lograrlo⁶⁹.

Este derecho no es susceptible de recurso de amparo, no otorga derechos subjetivos, ni es necesaria una ley orgánica para su desarrollo, ni siquiera está dentro de la reserva de ley material. Sin embargo, es uno de los principios de interpretación constitucional que obliga a la Administración a actuar en un determinado sentido y que impone al legislador el deber de dictar las leyes necesarias para la consecución del mismo. Dicho de otro modo, nos encontramos con un principio rector de la política social y económica que informa la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Por ello, podrá ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo de-

⁶⁷ En idéntico sentido, la STSJ Castilla y León (Sala 3ª) de 21 julio 2000 (349, 2000; FD 3º).

⁶⁸ Según el artículo 23.2 de la Ley de Caza, “Serán objeto de especial protección las especies de interés científico o en vías de extinción, las beneficiosas para la agricultura, las hembras y crías de todas aquellas que tengan un señalado valor cinegético y aquellas otras afectadas por convenios nacionales suscritos por el Estado español”.

⁶⁹ Según este precepto: “Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.



sarrollen⁷⁰. Esto confirma que uno de los argumentos defendidos por la doctrina cuando se analiza esta responsabilidad administrativa es que la misma constituirá “una vía de protección real de las especies”⁷¹. Lo que sucede es que la configuración de un sistema de indemnizaciones a cargo de las Administraciones Públicas por daños causados por estas especies protegidas constituye un eficaz instrumento en la defensa y protección de estos animales⁷². Sobre este supuesto de responsabilidad, la STSJ de Extremadura (Sala 3ª, secc. 1ª) de 12 diciembre 2005 (JUR 2006, 199903) reconoce la responsabilidad de la Administración competente en el siniestro ocasionado por animal perteneciente a “especies amenazadas”.

A pesar del reconocimiento de esta responsabilidad, no faltan pronunciamientos que consideren una inaceptable extensión de las funciones de las Administraciones Públicas, atribuir a la Administración la responsabilidad civil por los daños causados por todo animal salvaje en virtud de la asunción de las competencias de preservación del medio ambiente. Ello supondría una inaceptable extensión del círculo de riesgos controlable⁷³. Lo que a la postre vendría a identificar el deber de preservación de las especies con el deber de control y vigilancia de los animales objeto de protección y

desde un punto de vista material sería complicado compatibilizar ambas actividades⁷⁴.

En cuanto a la función social ejercida por Administración sobre los cotos de caza consiste en el fomento, protección y explotación ordenada⁷⁵. Esta función a su vez se articula en una serie de medidas administrativas, como son: la ordenación de la caza teniendo en cuenta otros intereses públicos concurrentes⁷⁶, la determinación de la extensión mínima requerida para la constitución del coto, la posibilidad de imponer la elaboración de un plan de conservación y aprovechamiento⁷⁷, el establecimiento de los periodos de parada y veda, así como la regulación de las actividades y modalidades de caza. Se trata de medidas limitativas de la actividad cinegética cuyo extenso contenido puede llegar a asimilarse al ejercido sobre las llamadas especies protegidas, identificando todos estos supuestos de responsabilidad bajo la categoría de servicio público de preservación de especies. En última instancia, el fundamento es el mismo, es decir el interés público en la preservación del entorno natural, del que también forman parte las especies cinegéticas. Lo que sucede es que con independencia de la Administración competente en cada una de estas potestades, todas ellas convergen en la protección o preservación del espacio natural.

⁷⁰ Cfr: ESCRIBANO y LÓPEZ GONZÁLEZ: REDA, 26, 1980, pp. 367 y ss, y LÓPEZ MENDUÑO: RCEC, 10, 1991, pp. 183 y ss, lo reconocen entre otros.

⁷¹ En indemnizaciones por daños causados por especies protegidas, nos encontramos ante supuestos propios de responsabilidad administrativa, pues el interés general perseguido por la Administración no excluye el carácter antijurídico de estos daños, a pesar de la regulación de medidas administrativas indemnizatorias (fundadas en daños patrimoniales), como por ejemplo el Plan dictado por el Principado de Asturias de Recuperación del Oso Pardo (D 13/1991, de 24 de enero) que alude en su Preámbulo “al pago de las indemnizaciones por daños que esporádicamente se puedan causar por los osos, tanto a la ganadería como a la agricultura, (...) daños que obviamente no deben ser soportados de modo exclusivo ni por ganaderos ni por agricultores, sino por el conjunto de la sociedad asturiana beneficiaria de un legado natural tan privilegiado”. La Administración se obliga a reparar el daño vía responsabilidad, aunque la indemnización prevista, o la función indemnizatoria de la Administración en estos casos constituya un instrumento de protección real de las especies. (GALLEGO DOMÍNGUEZ: *Responsabilidad civil*, (1997), pp. 283 y 285). Esta afirmación confirma que, la función de prevención de daños que los animales protegidos puedan ocasionar forma parte de la gestión e intervención administrativa que también es título de imputación de los mismos.

⁷² En esta línea las SSAP de Palencia de 1 julio 1998 (AC 1998, 6314), de 12 febrero 1998 (AC1998, 3204), y la citada de Toledo de 24 julio 1996 (AC 1996, 1529), así como los dictámenes del Consejo de Estado de 18 diciembre (142, 2001), de 28 diciembre de 2001 (68,1999), y de 1 marzo 2001 (30,2001), según los cuales, el artículo 1905 del CC no es título de imputación para la Administración con competencia en materia de caza por los daños causados por animales, debiendo únicamente responder cuando los animales causantes del daño procedan de terrenos en que aquélla ostente la titularidad cinegética.

⁷³ Vid. la citada SAP de Toledo (secc. 1ª) de 24 julio 1996 (AC 1996, 1529).

⁷⁴ Artículo 15.6 LC.

⁷⁵ Artículos 15.5.7 y 8 LC.

⁷⁶ Artículo 17.7 RC.

⁷⁷ BERNAD DANZBERGUER y ORTEGA MARTÍN (coord.): *Accidentes causados por animales objeto de caza*, (2001), p. 91. Se cita la STC (RTC 102, 1995) de 26 junio 1995, en relación a la distribución de competencias en materia de medio ambiente, especies protegidas, caza y ordenación del territorio, que manifiesta la influencia directa de la caza par ala supervivencia de la fauna silvestre, como elemento del medio ambiente, lo que legitima la actuación estatal al respecto .

El fundamento ético de la responsabilidad sanitaria

Eugenio Moure González
Abogado



Sumario

I-. Las relaciones entre la moral y el derecho.

- I.i-. ¿Ética o moral?
- I.ii-. Un “cabo de las tormentas” para la Filosofía Jurídica.

II-.La influencia de la bioética.

- II.i-. ¿Qué es la bioética?
- II.ii-. Los principios deontológicos como reglas morales de comportamiento.
- II.iii-. Límites morales de la ciencia médica.
 - II.iii.a-. La razón de ser de ciertos límites a la investigación, la experimentación y la asistencia sanitarias.
 - II.iii.b-. El principio de responsabilidad.

III-.La configuración jurídica de la responsabilidad ética.

- III.i-. La juridicidad de los principios deontológicos.
- III.ii-. El concepto de “lex artis”.

IV-. Conclusiones.

Notas.



I.-Las relaciones entre la moral y el derecho.

I.i.-¿Ética o moral?

Ambos términos son a menudo utilizados como sinónimos, acuñados respectivamente sobre la base de una etimología griega y latina (“*éthos*” en el primer caso, “*mores*” en el segundo) que tienen la misma traducción: “costumbres”. Con todo, la existencia de estos dos términos ha ofrecido la posibilidad (en cierto modo convencional) de distinguir su significado técnico, definiendo la moral como el conjunto de normas y principios que regulan el obrar humano, y la ética como la reflexión crítica acerca de la moral, de modo que ésta se convierte en objeto de estudio de la primera.

Más específicamente Ricoeur reserva el término de ética “para la aspiración de una vida cumplida bajo el signo de las acciones estimadas buenas, y el de la moral para el campo de lo obligatorio, marcado por las normas”¹, distinción que se fundamenta en la respectiva herencia aristotélica (en la que la ética se caracteriza por su perspectiva teleológica) y kantiana (en donde la moral se define por un carácter deontológico). Realmente la diferencia más que terminológica es conceptual, del concepto de principios morales, lo que enlaza con las distintas doctrinas éticas y morales, variedad que es amplísima desde la antigüedad clásica – Grecia y Roma- hasta nuestros días.

Quizás el momento más crítico de esa evolución doctrinal es en pleno siglo XX, cuando entra en conflicto el Derecho (entendido como la legalidad vigente) y la Moral o, más específicamente, como aclara Gómez Pérez “entre el Derecho basado en una filosofía del derecho relativista, historicista y positivista y la Moral basada en, como mínimo, el antiguo *<ius gentium>* y probablemente el no menos antiguo *<ius naturale>*”², enfrentamiento que se hace patente con ocasión de los procesos de Nuremberg. En cualquier caso, entre ambas reali-

dades siempre ha existido una tensión dialéctica en cierto modo históricamente condicionada, “lo cual no quiere decir que una determinada configuración histórica anule lo moral, sino que lo moral se vive, según épocas o culturas, con mayor o menor incidencia”³.

I.ii.- Un “cabo de las tormentas” para la Filosofía Jurídica.

En las postrimerías del siglo XIX el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Oliver Wendell Holmes puso de manifiesto que “el Derecho está lleno de fraseología tomada a préstamo de la Moral, y por la simple fuerza del lenguaje nos invita continuamente a pasar de un dominio a otro sin percibirlo, invitación que no sabremos resistir a menos que tengamos permanentemente en cuenta la línea fronteriza entre ambos conceptos”⁴.

Esa línea representa una encrucijada que ha sido definida como el “cabo de las tormentas” de la Filosofía Jurídica, generando un debate doctrinal sobre si estamos ante una frontera abierta que tolera una influencia recíproca entre la Ética y el Derecho, o si por el contrario separa dos realidades de forma indisoluble. La simple proximidad genera una influencia mutua que puede tener su efecto únicamente en cierta ambivalencia conceptual –a la que se refería el juez Holmes–, o por el contrario afectar al contenido esencial de ambas disciplinas. De ahí que la preocupación por la existencia de normas jurídicas “inmorales” o por una moral dominante que dirija al Derecho hacia caminos interesados se torna en un desafío para el filósofo del Derecho, lo que ha dado lugar a disquisiciones enfrentadas a lo largo del último siglo.

El arranque de este breve trayecto por las relaciones entre ética y derecho en el pensamiento contemporáneo comienza con Kelsen para quien “la validez de las normas jurídicas no depende de su correspondencia con el orden moral”⁵. Este



aserto resume en pocas palabras su “teoría pura del Derecho”, con la que pretende sostener que su validez –entendida como obligatoriedad o fuerza vinculante- está más allá de su efectiva aplicación o acatamiento. Esa vinculación debemos asumirla o presuponerla al amparo de la propia existencia de una “Norma Hipotética Fundamental”, que expresa un deber ser. Kelsen hace una construcción del derecho de modo axiomático, recurriendo para justificar esa primacía de la norma al componente de fuerza o coacción que lleva implícito.

De los postulados de Kelsen surge la escuela del “realismo jurídico contemporáneo”, que si bien sigue abogando por el principio de utilidad como criterio moral por excelencia, se pone cierta distancia al carácter imperativo de su formulación, pues constriñe el derecho al conjunto de mandatos del soberano, al margen de cualquier conexión necesaria con la Moral, relativizada en todo caso porque la simple utilidad de la norma ya la justificaba moralmente. Esta cuestión en tanto supone la identifi-

cación del Derecho con su origen estatal no resulta ajena a la proyección histórica de la eclosión de los totalitarismos en la primera mitad del siglo XX, los cuales vienen a producir normas revestidas de una evidente inmoralidad, lo que es germen de una reacción en el pensamiento filosófico jurídico contra el positivismo reinante. Radbruch se postula al respecto afirmando que el derecho nacionalsocialista carece totalmente de naturaleza jurídica, no es derecho en absoluto, de modo que para él el positivismo no está en condiciones de fundar con sus propias fuerzas la validez de las leyes. Se pretende con ello separar el valor de la ley del valor moral que debe llevar implícito, lo que conlleva el riesgo de confundir el enfoque científico que permite definir qué es la ley, con lo que realmente debe ser.

Surge por ello la necesidad de separar conceptualmente el derecho que es y el derecho que debe ser. Hart afirmaba que si no distinguimos el Derecho de la Moral corremos el riesgo de que la ley positiva suplante a la moralidad, de ahí que



pueda haber leyes moralmente admirables y leyes moralmente controvertibles, pero su condición de derecho no podía depender en absoluto de tal eventualidad. Intenta por ello mantener la separación sobre la base de encontrar para lo jurídico una señal de identidad predominantemente empírica. Distingue así el Derecho de la Moral por el aspecto estructural del primero, caracterizado por la unión de varios tipos de normas, mientras que la segunda se basa en un conjunto de normas y principios carentes de esa estructura de coordinación típica del derecho. Reduce pues Hart las conexiones entre ambas disciplinas a interinfluencias que puede ser históricas y empíricas, pero que no son ni lógicas ni conceptualmente necesarias.

Dworkin entra en contradicción con Hart al afirmar que el Derecho no sólo es un conjunto más o menos coherente de normas, sino que también incorpora un componente fundamental que son los principios. Según este autor “el principio se define como un estándar que ha de ser observado por una exigencia de justicia, de equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”⁶, de ahí que estemos ante principios morales en un sentido amplio aunque subyacentes y vinculados a un sistema jurídico determinado. Ahora bien, como aclara Laporta, “cuando Dworkin habla de principios es preciso recordar que no parece estar hablando de lo que en la jurisprudencia continental se llaman tradicionalmente <principios generales del derecho> [pues] tienen un origen que descansa [...] (citando al autor) <en un sentido de conveniencia desarrollado por los profesionales y el público a lo largo del tiempo> [...] Viven en la comunidad y en la profesión, están ahí. Y además tienen otra peculiaridad (de nuevo citando al autor): <son proposiciones que describen derechos>”⁷. Estamos, pues, ante principios que pertenecen a la moralidad de una determinada comunidad.

Con esos antecedentes el debate en nuestro derecho, tal y como señala Desdentado Bonete,



está centrado en si el artículo 1.4 del Código Civil al proclamar como fuente del Derecho a los principios generales “se limita a los principios del ordenamiento jurídico (tesis positivista de la <autointegración>) o si se extiende a los principios clásicos del Derecho natural, a los que se denominan valores jurídico-éticos de la comunidad, lo que supone una relativa <heterointegración>, una salida limitada del Derecho hacia la Moral”⁸. Díaz Picazo se inclina, siguiendo la opinión mayoritaria, por la aceptación en este marco de integración de las convicciones morales básicas al incluir dentro del mencionado artículo 1.4 también “los criterios o juicios de valor que [...] profesan en un determinado momento histórico una determinada sociedad”⁹. Ello nos conduce como referencia inexorable a la Constitución, aun cuando sea arriesgado sostener, como advierte Garrido Falla, que “como el Derecho Natural ha entrado en bloque en nuestro ordenamiento a través de los <valores superiores> proclamados en la



Constitución, las lagunas del ordenamiento tengan que ser suplidas por el Derecho Natural¹⁰. Realmente esos valores se tornan en exigencia moral elevada a norma jurídica con su formulación como derechos fundamentales.

Tales derechos, que con vocación universal aparecen plasmados en 1948 con la Declaración de Derechos Humanos, dice Bobbio que es la mayor prueba histórica del “consensus omnium gentium” acerca de un determinado sistema de valores. Como apunta Rodríguez Paniagua “el acierto de Bobbio consiste en haberse fijado en los valores que se pueden presuponer en la base de estos derechos, porque, de acuerdo con los más destacados teóricos de la axiología, Scheler y Hartmann, los valores permiten una fundamentación de la actuación práctica al margen de las concepciones religiosas y metafísicas¹¹. Estamos ante lo que Peces Barba denomina un “prius”, los valores, que supone

el núcleo de la moralidad. De ahí que la importancia de la moral social para el Derecho reside en que la legitimación de éste dependerá de su coincidencia, en orientación y contenidos, con aquélla. Se revela en este punto fundamental el papel de los máximos intérpretes de las normas fundamentales (en el caso español y respecto de nuestra Carta Magna el Tribunal Constitucional), siempre abierto, como señala Andrés Ollero, a una <dinámica de decantación social de lo jurídico> para “lograr que las convencidas propuestas personales de moral social se conviertan de hecho en moral positiva¹².”

En esa dinámica es importante resaltar el papel que se le otorga al concepto de dignidad en tanto “fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1 de la Constitución de 1978), pues aunque no se trata de un derecho fundamental nominalmente considerado, es más que eso, dado que estamos, como apunta Romeo Casabona, ante “el principio informador y la raíz de los derechos básicos del hombre reconocidos como fundamentales por la Constitución española, sobre lo que se proyecta, y constituye su filtro interpretativo, integrador y valorativo de aquéllos para los poderes públicos¹³”. En esa línea se ha pronunciado la sentencia del citado Tribunal de fecha 11 de Abril de 1985 cuando establece que “la Constitución [...] ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Quizás sea en la dignidad, así considerada, donde la relación entre la Moral y el Derecho se hace más patente y al mismo tiempo más dificultosa su delimitación, precisamente por la tradicional distinción filosófica entre una dignidad moral y otra dignidad ontológica, la primera referida al obrar, o como explica Martínez Morán cuando afirma que “el hombre se hace él mismo



digno cuando su conducta está de acuerdo con lo que es considerado moralmente bueno”¹⁴, y la segunda entendida como la dignidad intrínseca del propio hombre por el mero hecho de serlo, siendo la misma para todos los seres humanos. En la dimensión ontológica del concepto de dignidad reside su valor jurídico fundamental al venir expresado en tales términos en el artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, mientras que en la dimensión moral hallamos su valor de referencia para el ordenamiento jurídico en cuanto reflejo de la convicción social de lo bueno en cada momento histórico.

II.-La influencia de la bioética en la deontología y el derecho.

II.i.-¿Qué es la bioética?

En el año 1970 el oncólogo americano Van Rensselaer Potter daba nombre de Bioética a un nuevo saber, con el que se pretende tender puentes entre la cultura de la ciencia y de las humanidades, entre los hechos biológicos y los valores éticos. Como recuerda Adela Cortina, desde la perspectiva de Potter “esta forma de saber se presenta como la reflexión y acción ética sobre la vida biológica en sus diversas manifestaciones (humana, animal y vegetal) y cobra una configuración diferente a la de las éticas tradicionales, a fin de cuenta antropocéntricas, una configuración que sitúa a la vida –no sólo al ser humano- en el centro de la reflexión y de la acción”¹⁵. Posteriormente surgen dos tendencias en el seno de la bioética, la original de Potter y la de Hellegers, que crea en Georgetown (EE.UU.) un centro de estudio de ética médica, imprimiendo a la nueva disciplina un sesgo sanitario, resultando de este modo dos dimensiones del mismo saber: la macrobioética, que se ocupa del conjunto de la vida amenazada, que podíamos considerar como una ética ecológica, y la microética, centrada en los fenómenos de que tratan la ciencias de la salud y la biotecnología.

Esta segunda dimensión de la bioética trabaja a su vez en dos escenarios distintos: la atención socio-sanitaria, dando lugar a una ética asistencial, y los laboratorios de investigación genética, lo que permite hablar ya de una “Gen-Ética”. Las respuestas en la que hoy en día se ufana la reflexión bioética acerca del primer campo de trabajo aparecen en el Informe Belmont¹⁶, cuyas conclusiones se pueden resumir en cuatro principios de actuación en el campo biomédico: el principio de no-maleficencia, el de beneficencia, el de autonomía y el de justicia. La principal novedad reside en la formulación de principio de autonomía, denominada en el propio informe como <el respeto por las personas>, y que como señala Jafo “incorpora, al menos, dos convicciones éticas: primero, que los individuos deberían ser tratados como entes autónomos; y segunda, que las personas cuya autonomía esté disminuida deben ser objeto de protección”¹⁷. Aclara este autor al referirse a este principio que “no se trata del concepto kantiano, el hombre como autolegisador, sino en su sentido más empírico: lo que se haga con el paciente deberá pasar siempre por el trámite del consentimiento informado”¹⁸. Así formulado e interpretado este principio ha llegado a nuestro ordenamiento jurídico primero a través de su reconocimiento como derecho en determinadas Cartas de Derechos de los Pacientes, y posteriormente, ya con rango legal, en la Ley General de Sanidad (1986), pero fundamentalmente se halla anclado en el concepto de dignidad, entendida en su dimensión ontológica.

II.ii.-Los principios deontológicos como reglas morales de comportamiento.

Etimológicamente el término deontología equivale a “tratado o ciencia del deber”, al estar constituido por dos palabras griegas, “deontos”, genitivo de “deon” que significa deber, y “logos”, discurso o tratado. Históricamente fue la medicina la primera profesión en manifestar la necesidad de unas nor-



mas morales propias, surgiendo así el Juramento Hipocrático, que constituye el primer código deontológico de la historia. Se inspira ese documento en una relación médico-paciente desigual, pues el enfermo (*in firmus* = sin firmeza) es una persona que al sufrir por su enfermedad confía en el médico su curación y consuelo. Dada esa situación los médicos hipocráticos imprimieron en su intervención una autoexigencia de calidad que se plasmó, fundamentalmente, en los siguientes principios: perseguir el beneficio de los enfermos, respetar la vida, abstenerse del abuso o cualquier mala acción hacia ellos y preservar el secreto y respeto a su intimidad.

Con ese antecedente la profesión médica dispone en la actualidad de su propio Código Deontológico, si bien adaptando los viejos principios hipocráticos a la nueva y variante realidad social. Su importancia, según Herranz Rodríguez, radica en una doble dimensión, interna y externa, pues se trata de “un requisito intrínseco, esencial, creado por los propios miembros de la profesión [que] se legitima socialmente por su carácter de respuesta que la profesión da a la comunidad”¹⁹. El Código viene a suplir el vacío de la Ley en lo que atañe a la existencia de ciertos principios éticos de actuación aplicados al caso concreto de una determinada profesión, y en su exigencia a través de un régimen coercitivo establecido en los estatutos de cada Corporación colegial, legitimados en tal sentido por la propia Constitución. Así pues, esas normas deontológicas codificadas representan el conjunto de respuestas de índole moral que la profesión médica da sus miembros y a la sociedad en su conjunto, configurando su particular “ethos”, entendido en el sentido aristotélico de “carácter” o modo de ser del médico en el amplio ejercicio de sus actuaciones, lo que permite referirnos al concepto de dignidad, esta vez en su dimensión moral.

II.iii.-Límites morales de la ciencia médica.

II.iii.a.-La razón de ser de ciertos límites a la investigación, la experimentación y la asistencia sanitarias.

En 1986 un hasta entonces desconocido sociólogo alemán, Beck, publicaba un libro de sugestivo título: “La sociedad del riesgo”²⁰. Su tesis básica era que el nuevo elemento definidor de las sociedades tecnológicamente avanzadas es su constante sometimiento a peligros y amenazas, y precisamente el desarrollo científico y sus aplicaciones –también en el campo médico y farmacéutico-, es el que produce esos efectos perniciosos. El debate subsiguiente ha tenido desde importantes adhesiones –como la de Giddens que denomina a ese proceso “incertidumbre fabricada”, hasta foribundos detractores que aluden a una epidemiología del alarmismo o incluso a una heurística del terror –acuñada como “tecnoapocalipsis”²¹–, en la línea de la hipótesis de Webber de la “jaula de hierro”, al concebir que un exceso de racionalismo y modernización sólo conduciría a un infierno inhumano. Tanto se trate de un miedo racionalmente concebido o deducido sin más del imaginario colectivo –siguiendo a Hobbes según el cual la naturaleza humana en todo tiempo se asocia al miedo-, la reacción a posibles peligros alimenta el subconsciente general hasta el extremo de que, como señala D’Agostino, “la persona percibe el crecimiento bajo sus propios ojos de un nuevo, terrible y, por lo tanto, temible poder sanitario, un poder indisolublemente benéfico y maléfico”²².

La cuestión que se plantea a los efectos de delimitar el origen de ese riesgo que parece caracterizar, especialmente, a la sociedad de nuestro tiempo es si la ciencia y la tecnología son malas “per se” o intrínsecamente buenas. En principio existe consenso en sostener la llamada “neutralidad valorativa”, según la cual el carácter positivo o negativo, desde un punto de vista moral, dependerá de cómo se usen los conocimientos, las técnicas y los instrumentos que ofrecen. Según Olivé “la concep-



ción de la neutralidad valorativa de la ciencia se basa principalmente en la distinción entre hechos y valores (lo que) supone que las teorías científicas tengan el fin de describir y explicar hechos y que no sea su papel el hacer juicios de valor sobre esos hechos”²³. Partiendo de esa concepción puede ser moralmente admisible que determinados sistemas técnicos puedan causar daños a las personas, especialmente al tratarse de innovaciones tecnológicas, pues no es posible predecir todas sus consecuencias para las personas (de ahí el concepto jurídico de <los riesgos del desarrollo>)²⁴. Se acude en estos casos, como salvaguarda moral, al principio de precaución, formulado bajo la idea de “no esperar al elemento de prueba absoluta de una relación de causa a efecto cuando elementos suficientemente serios incitan a pensar que una sustancia o una actividad cualquiera podrían tener consecuencias dañinas irreversibles para la salud o para el medio ambiente y, por lo tanto, no son sostenibles”²⁵.

Ni que decir tiene que esa dialéctica entre la búsqueda del conocimiento y la garantía de una seguridad, incluso para el propio investigador, impone, como apunta Rescher, “tanto la solidez cognitiva –la búsqueda inteligente– como la finalidad normativa –los fines apropiados–, de modo que esos dos componentes son, por igual, esenciales para un racionalidad plenamente desarrollada”²⁶, lo que implica “invocar también los valores adecuados de modo universal”²⁷. De ahí que este autor concluya que “los valores desempeñan un papel central en la ciencia y que ese cometido [...] es inherente a la estructura de fines que es definitiva en la ciencia como búsqueda racional, [de forma] que no hay cabida para el intento de separar la ciencia respecto de cuestiones de evaluación y de ética”²⁸. Se concluye, por tanto, que efectivamente debe haber límites éticos a la investigación, a fin de eludir que se pongan en situación de riesgo otros bienes vitales. Bien es cierto que de ahí surge la idea de “conocimiento prohibido” tan presente en nuestras

raíces históricas (pensemos en el mito griego de la “caja de Pandora” o en el pasaje bíblico que relata la expulsión de paraíso por comer del fruto del árbol prohibido) y que, a su vez, tanta curiosidad suscita.

II.iii.b.-El principio de responsabilidad.

Ya hemos comentado que han sido muchas las teorías de la ética que han logrado una cierta vigencia. Ahora bien, si algo las caracteriza en el siglo pasado y lo que llevamos del actual es en ser “éticas de la responsabilidad”. De ahí la vigencia actual de la alusión de Wiecker hace más de 50 años a la responsabilidad como configuradora del “ethos” del siglo XX. Ello es debido a que la evolución de la ciencia y la tecnología les otorga un poder y una presencia en la sociedad del momento que ha convertido en un tópico el tema de la responsabilidad del científico. A diferencia del actual el científico clásico no tenía conciencia de su responsabilidad moral, pues “se veía a sí mismo como sacerdote de la naturaleza [...] de la verdad, el develador de lo oculto. Y como la verdad no puede ser nunca mala, resulta que su actividad era, por definición, buena”²⁹. Esta concepción cambia fundamentalmente a partir de la segunda guerra mundial por el exterminio practicado en los campos de Dachau y Auschwitz y los bombardeos de Hiroshima y Nagasaki.

Con ese antecedente Jonas busca sacar de la conexión sustantiva el contenido para la elaboración de un principio formal. Así, según este autor la responsabilidad no es la categoría central de la teoría ética previa debido al estrecho ámbito del conocimiento, sin embargo, “todo esto ha cambiado decisivamente. La moderna tecnología ha introducido acciones nuevas de tal magnitud, objetos y consecuencias, que el marco de la ética anterior ya no puede contener [...]. Ninguna ética del pasado tuvo que considerar la condición global de la vida humana y el futuro lejano, inclusive, de la



raza humana. Esta cuestión exige [...] una nueva concepción de los deberes y los derechos, para lo cual, las éticas y metafísicas precedentes no ofrecen ni siquiera los principios y, mucho menos, una doctrina acabada³⁰". La tesis de este autor es que el enorme despliegue actual de la ciencia moderna exige el incremento de la responsabilidad moral, de ahí que el saber de la ciencia y el poder de la técnica deban ir acompañados del deber moral, para culminar que "sin valores vinculantes, tal vez quepa lamentar el recelo a la responsabilidad, pero no condenarlo³¹".

Ese escenario social conduce a Jones invocar un imperativo ético nuevo, que fundamenta ontológicamente y que puede ser formulado tanto negativamente ("obra de tal manera que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de una vida humana auténtica"), como de forma positiva ("incluye en tu elección actual, como

objeto también de tu querer, la futura integridad del hombre"). El principio de responsabilidad así formulado implica para la ciencia y el arte médicos una superación de su "ethos" tradicional, que constriñe el papel del médico a mero ayudante de la naturaleza ("medicus curat, natura sanat"), situación a la que abocan los nuevos medios tecnológicos capaces de modificar el propio curso natural de la vida humana. Distingue de esa forma Jones entre responsabilidad y deontología, entendiéndolo que con la primera se supera la segunda —realmente lo que hace es enriquecerla aportándole un valor nuevo—, y que obliga a actuar siempre con un género de cautela aun a costa de cierto quietismo.

Partiendo de ese principio Mitcham alude a que el concepto de rol social, entendido como un conjunto de normas que guían la conducta de una persona que desempeña alguna función social (supuesto paradigmático del ejercicio tradicional de la



profesión de médico), implica aceptar ciertos modelos de comportamiento, “pero cuando estos roles constituyen profesiones estrechamente vinculadas a los poderes de la moderna tecnología adoptan un carácter nuevo, por no decir transformado”³². De ahí que Ladd al analizar la situación actual de los médicos argumente que la enorme expansión de las tecnología biomédica ha incrementado la dependencia de los servicios técnicos y ha socavado su autonomía profesional, lo que trae consigo que los problemas en esa esfera de actuación ya no se vinculen a una ética de roles, sino a una ética del poder, cuyo lado ético es la responsabilidad, noción que expresada en sentido virtuoso, sostiene este autor, requiere que una persona “reconozca sus habilidades para elegir e influir en la situación en la cual se encuentra [y] que esté preparado para tomar en cuenta en su totalidad las consecuencias de su acción o inacción”³³. De ahí que necesariamente en la responsabilidad moral del médico estén implícitas las cautelas inherentes a la aplicación de principio de precaución -tal y como fue definido de forma antecedente-, lo que impone unas medidas de protección directamente proporcionales a la peligrosidad del entorno tecnológico, tanto en lo que atañe a la limitación del punto de vista del médico por estar su experiencia limitada por la novedad de los medios utilizados, como respecto de los riesgos del desarrollo inherentes a toda innovación terapéutica (y cuya más ilustrativo ejemplo lo tenemos en la actualidad con determinadas terapias génicas).

III.-La configuración jurídica de la responsabilidad ética.

III.i.-La juridicidad de los principios deontológicos.

Cierta indeterminación conceptual está conduciendo a un uso ambivalente de preceptos que no son sinónimos: bioética –a la que ya nos hemos referido-, deontología médica y bio-derecho o dere-

cho médico. Hemos visto cómo la bioética centra su objeto en el estudio de la conducta humana en el área de las ciencias humanas y de la atención sanitaria, analizando las conductas que se producen en este ámbito a la luz de los principios y valores humanos. Por deontología médica se entiende la ética aplicada al ejercicio de esta profesión, lo que se traduce en nuestro entorno cultural (de la Europa mediterránea) y siguiendo a la tradición pandectista, en un conjunto de normas que los médicos se otorgan con el objetivo de orientar su ejercicio profesional de acuerdo con unos principios y valores comunes, alcanzando con ello un cierto estatuto de certeza. El denominado bio-derecho o derecho médico se define como “aquellas partes del ordenamiento jurídico que se ocupan del ejercicio de la medicina, esto es, de la profesión médica y, por asimilación, de otras profesiones sanitarias o no sanitarias vinculadas directamente con la salud”³⁴, incluso cierta expansión del concepto en la actualidad supone incluir también “las implicaciones jurídicas de la aplicación de las llamadas Ciencias Biomédicas sobre el ser humano”³⁵.

De acuerdo con lo expuesto de forma precedente, y aun cuando el objeto de las tres disciplinas incurra en un cierto solapamiento conceptual, cada una de ellas analiza su objeto con métodos y fines propios. Si la bioética pretende encontrar una serie de respuestas a los problemas que generan los nuevos avances de la medicina, que le permita establecer pautas morales en este concreto ámbito de las relaciones humanas, pero sin aspirar con ello a que exista un coercimiento externo que obligue socialmente a su observancia, la deontología médica sí que persigue ese fin mediante unas reglas éticas a las que lleva asociada la compulsión propia de un sistema de sanciones para el caso de incumplimiento, mientras que el derecho médico con el mismo objetivo de acatamiento general que tiene toda norma jurídica lo que persigue es el ordenamiento de la actividad médica en sus más variadas relaciones (con el paciente, con el siste-



ma sanitario y con el resto de profesionales de la salud).

En cualquier caso y a pesar de las diferencias puestas de manifiesto no se concibe la relación entre unas y otras únicamente por la similitud en su objeto de referencia (la medicina en particular y las ciencias de la salud en general), pues esa relativa aproximación las convertiría en simples compartimentos estancos y ajenos a posibles influencias recíprocas. La relación entre la bioética y la deontología médica viene siendo permanente y recíproca, pues aun cuando ambas surjan de tradiciones culturales distintas (la anglo-americana y la europea, respectivamente) no pueden entender el ejercicio de la medicina desde una visión localista, por esa vocación de universalidad que se predica de aquellas proposiciones morales y principios éticos que aspiran a convertirse en derechos fundamentales del hombre, como paciente y como ser humano. Tal aspiración pone a su vez a ambas disciplinas en relación con el Derecho, tanto por la pretensión negativa de evitar normas moralmente injustas, como por la positiva de arraigar en el espíritu de la norma ese componente ético que la hace socialmente plausible.

Pero la deontología –y también la bioética-, no sólo influye en la interpretación de la norma, en cuanto ésta debe ser puesta en relación con el contexto social de relaciones humanas a las que va referida, sino que ha de inspirar al legislador a la hora de acometer la correspondiente producción normativa, especialmente en aquellas materias sensibles por afectar a derechos fundamentales: la vida, la libertad, la igualdad y la integridad física y moral, principalmente. Esa necesidad se hace más acuciante en el contexto de la medicina y de las investigaciones biomédicas, pues su propia dinámica -fruto de un frenesí tecnológico que se traduce en un escenario cambiante-, da lugar a vacíos normativos, que se han de procurar integrar desde unos principios generales de indudable raigambre

ética. Estamos, pues, ante una juridicidad de la norma ética que podríamos denominar de tipo formal, en la idea ya expresada de la necesidad de un arraigo del Derecho en la Moral. Realmente ya nuestro ordenamiento jurídico llega a interiorizar la norma deontológica desde el momento en los estatutos de los colegios profesionales –que a su vez se remiten a sus respectivos códigos-, son aprobados mediante Real Decreto, de ahí su incorporación plena al mundo del Derecho.

Ahora bien, existe igualmente una juridicidad de tipo material cuando la propia norma legal se remite directa y expresamente a la Moral en determinadas relaciones interpersonales, como es el ejercicio de la medicina, hasta el punto de asumirse la integración de las pautas consensuadas de comportamiento ético –que los profesionales se dan a sí mismos pero con miras a la sociedad en su conjunto-, con un expreso reconocimiento a la hora de configurar el núcleo de los deberes que jurídicamente les son exigibles. Así comprobamos primero, y con carácter general, que el artículo 1.258 del Código Civil obliga a las partes de una relación contractual “no sólo a lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. En un segundo plano, ya de una forma particular referido al contexto de la medicina, esa asimilación se produce en el artículo 4 del Convenio de Oviedo³⁶, precepto que proclama que “toda intervención en el ámbito de la sanidad, comprendida la experimentación, deberá efectuarse dentro del respeto a la normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables en cada caso”. Por último, esa juridicidad a la que aludimos está también presente en la propia norma reguladora del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud, y así el artículo 19, b) de la Ley 55/2003³⁷ les obliga a “ejercer la profesión [...] con observancia de los principios técnicos, científicos, éticos y deontológicos que sean aplicables”.



Tampoco la Jurisprudencia ha sido ajena a ese proceso de asunción de la norma deontológica como criterio ético de actuación para integrar el contenido del deber de cuidado exigible al profesional de la medicina. Aunque son muchas las referencias, nos quedamos con una sentencia de la que fue ponente Ruiz Vadillo siendo presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en la cual establece que dicho deber “puede establecerse en un precepto jurídico o en la norma de la común, sabida experiencia general tácitamente admitida y guardada en el ordinario y prudente desenvolvimiento de la actividad social³⁸”.

III.ii.-El concepto de “lex artis”.

Esta expresión que hemos de traducir literalmente como “ley del arte” y conceptualmente concebimos como el conjunto de reglas de actuación de un profesional, expresa el módulo de diligencia exigible en cada caso de acuerdo con el estado de la ciencia. La “lex artis” ha de englobar –según las tradicionales concepciones al uso- todas las normas y principios teóricos de actuación que garantizan el buen desenvolvimiento práctico de cualquier profesión. Si bien el concepto se aplica a todas las profesiones, suele reservarse para aquéllas que precisan de una técnica operativa y cuyos resultados son de naturaleza empírica, como es el caso de la ciencia médica.

El concepto de “lex artis” es reinterpretado con referencia al contexto sanitario por Martínez-Calcerada al añadirle la expresión “ad hoc”, de lo cual resulta una definición que ha sido asumida jurisprudencialmente; se trataría así del “criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina –ciencia o arte médico– que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital de acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familia-

res, o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida³⁹. Lo que con esta definición se ha pretendido es situar la pauta de actuación en un concreto contexto, influenciado tanto por factores internos al paciente (gravedad de su estado) y al médico (cualificación del mismo) como externos a ambos (medios y recursos sanitarios para afrontar la actividad asistencial).

Ese contexto, variable según las diversas circunstancias concurrentes en cada caso introduce un elemento de riesgo que necesariamente hay que modular para la imputación que se haga del resultado final. Esa influencia de factores que se escapan a comunes estándares de calidad asistencial obligan a considerar el acto médico como algo irreductible a un común y abstracto protocolo de actuación, pues son variados los factores que pueden condicionar las opciones del galeno. Por muy desarrollados y casuísticos que sean los árboles de decisión que se plasman en los concretos estudios de cada patología, siempre habrá situaciones irreductibles que escapan a la compleja y rica realidad de supuestos; digamos que la literatura científica se nutre siempre “a posteriori” de los casos que son objeto de su estudio. De ahí que se haya recurrido como verdad apodíctica que en medicina a “cada acto, una ley”, en la idea de precisar para el correcto ajuste de corrección la ponderación de muchos y variados factores ya aludidos, incluso “se podría afirmar que es el mismo acto el que genera, por una especie de mecanismo de autorregulación, su propia ley, con la que, indefectiblemente, habrá que enjuiciarlo⁴⁰”.

Lo contrario, esto es, pretender llevar al absoluto los protocolos como pauta objetiva e invariable de actuación implicaría encorsetar la libertad de tratamiento cosustancial a toda intervención médica. A pesar de lo anterior es innegable que existe una tendencia a la “positivación” del arte médico



con el loable fin de otorgarle certidumbre, cuestión que en cualquier caso pugna con el hecho de que estemos ante una ciencia axiológica relativa, lo que nos obliga a aceptar la discrecionalidad en la toma de decisiones como elemento inherente al propio ejercicio profesional de la medicina. Ello no significa que debamos renunciar a los protocolos médicos, más bien otorgarles la capacidad de integrar de una forma relativa la “lex artis” exigible, máxime cuando se parta de un importante grado de consenso (por ejemplo, cuando son elaborados por las propias sociedades científicas), e incluso que se pueda atribuírseles el carácter de presunción “iuris tantum” de cumplimiento del deber objetivo de cuidado, debiendo probar el médico o el paciente, según cada caso, las circunstancias en virtud de las cuales esa pauta de actuación debió obviarse.

Pero sin duda alguna donde el protocolo está cumpliendo una indudable función de certeza de la actividad médica es en la determinación de los riesgos derivados de los tratamientos médicos, fundamentales en la confección de los documentos de consentimiento informado. El paciente a través de tales documentos puede tomar constancia de las consecuencias derivadas de toda intervención en el ámbito de su salud, siendo obligación del médico darle esa información de un modo que resulte comprensible, lo que en modo alguno supone abandonar al paciente a una interpretación libre de un documento redactado con tecnicismos indescifrables para el lego en medicina, sino en adaptar la información a un nivel de comprensión determinado por la edad, la formación y también la extracción social. Con esas premisas finalmente se traslada al paciente la decisión de optar por la vía curativa que desea o simplemente renunciar a ella, porque será él quien, en definitiva, apreciará o sufrirá, respectivamente, las venturas y desventuras asociadas a cada acto médico, de ahí que esta obligación de información y consentimiento se convierta en un elemento integrador más de la “lex artis” tal y como lo viene exigiendo la doctrina judicial⁴¹.

El principio de autonomía que asiste al paciente otorga a la información terapéutica un rol de suma importancia en esta materia. Se ha destacado por numerosos tratadistas (entre ellos Bercovitz y Gómez Segade) el valor de la información incluso como requisito para el ejercicio de los más elementales derechos fundamentales, principiando por el derecho a la integridad física y moral. De ese modo, el conocimiento de aquellos datos que influyen en la toma de decisiones de trascendencia vital para la persona es garantía de una correcta protección del consentimiento. Lo contrario, esto es, sesgar la información que fundamenta decisiones que son vitales para la persona atentaría contra su dignidad, considerada como valor informador de nuestro ordenamiento jurídico, y cuyo respeto es garantía de salvaguarda –como ya hemos visto– de derechos fundamentales que asisten a todo ser humano. Frente a una dimensión ontológica de la dignidad, que en palabras del Papa León XIII implica que “están llamados todos a la misma eminente dignidad de los hijos de Dios”⁴², existe una dimensión moral, que no se refiere al ser sino al obrar, esto es, a la actuación de acuerdo con unos parámetros que la ética considera los correctos, de forma que toda actuación fuera de los mismos es moralmente reprobable por atentar a la dignidad así entendida, y jurídicamente perseguible por coartar los derechos fundamentales de los cuales es sustrato.

La confluencia de los dos planos –el de la moral y el de lo jurídico– no se produce en el terreno de la culpa ni en el de las consecuencias que se predica para el ilícito; sí concurre, en cambio, en la valoración de la antijuricidad del acto médico, pues para conocer los niveles de diligencia exigibles al facultativo en su quehacer profesional es preciso poner en relación su actuación con ese entramado de derechos del paciente, que precisamente surgen fruto de la relación interdisciplinaria ético-jurídica a la que antes aludíamos. Sin ir más lejos la moderna figura normativa del consentimiento informado⁴³



es precisamente una contribución de la bioética a la sociedad a través del Derecho. Yendo más lejos, la juridicidad de la regla ética primaria de no causar daño a nadie (“naeminem laedere”) estuvo presente en la construcción del instituto de la responsabilidad aquiliana del Derecho romano, de la cual es heredero el artículo 1.902 del Código Civil, donde se residencia la responsabilidad extracontractual, incólume hasta nuestros días.

Precisamente ese es el criterio de imputación, haber causado un daño antijurídico al paciente, entendiendo como tal aquél que le reporta un perjuicio tanto físico como moral a consecuencia de la inobservancia de la diligencia debida, la cual vendrá concebida por el trato al paciente con máximo respeto por sus específicos derechos o, lo que es lo mismo, por la atención de los deberes deontológicos puestos en relación con el estado de la ciencia y de la organización sanitaria. En realidad derechos de uno y deberes del otro son las dos caras de la misma moneda o, si se prefiere, el componente activo y pasivo de una relación que necesariamente resulta complementaria, una vez olvidada aquella afirmación de que “no hay enfermos sino enfermedades⁴⁴”. El paciente ya no es el objeto de la intervención médica sino el sujeto de una relación de igual a igual, sin que la enfermedad sea óbice al respecto.

Esa relación se enriquece por la necesaria complicidad para alcanzar el mismo fin, que no es otro que el de vencer a la enfermedad, pero no sólo con las armas que la ciencia pone al alcance del facultativo, sino también bajo las pautas de conducta que la deontología impone al facultativo⁴⁵. En la medida en que la ignorancia de la regla técnica cause, por acción u omisión, un perjuicio al paciente podrá existir responsabilidad para con él, que en su caso obligará a indemnizar el daño causado, pues esa es la consecuencia jurídica que lleva aparejado nuestro ordenamiento jurídico civil. Sin embargo en aquellos supuestos en que el daño se

causa a consecuencia de una conducta que denote ignorancia de la regla ética la obligación indemnizatoria se relativiza, pues si bien la responsabilidad deontológica será evidente, ésta por sí misma no lleva aparejada obligación alguna de resarcir económicamente al paciente, pues a diferencia del procedimiento penal español donde se permite el ejercicio conjunto de la acción civil (resarcitoria) y de la acción penal (punitiva), en el sistema coercitivo de los colegios profesionales prevalece en exclusiva su carácter sancionador. Sólo la ignorancia de la regla ética obligará a indemnizar al paciente cuando convierta en antijurídica su conducta.

El incumplimiento de la regla ética podrá fundamentar, en su caso, el reproche jurídico y la reacción del ordenamiento procesal cuando sea la causa de un daño que no existía el deber jurídico de soportar, pues la antijuricidad no surge exclusivamente por contradicción a la norma escrita sino por significar un atentado contra los propios valores en los cuales se cimenta nuestro ordenamiento jurídico, como por ejemplo las buenas costumbres⁴⁶, entendiendo por tales también aquellas que incumben en particular al profesional de la medicina. Si el paciente ve limitadas sus expectativas curativas por el incumpliendo del médico de su deber de informar con pormenor de la opciones terapéuticas, evidentemente se produce un daño, si bien no directo, si indirecto en la línea de lo que se ha venido en denominar la pérdida de la oportunidad⁴⁷. Ese deber de informar no se limita a los riesgos de la propia enfermedad puestos en relación con los remedios al alcance del facultativo, sino también a los riesgos inherentes a una organización sanitaria.

Entramos de ese modo en el terreno de la culpabilidad, definida como la atribución de culpa a alguien a través de un juicio de imputabilidad de su conducta⁴⁸. Puede haber culpa y en cambio no existir culpabilidad al concurrir una causa de justificación que disculpe el comportamiento del facultativo⁴⁹. La obediencia debida ha venido siendo

considerada como causa de justificación, si bien con el carácter de eximente de la responsabilidad penal. En cambio, la responsabilidad civil, por tener un carácter resarcitorio en lugar de punitivo, se apoya en una concepción social de la culpa⁵⁰ que acentúa la obligación de reparar el daño causado, de modo que el reproche jurídico a través de la pena se sustituye por la obligación de damnificar al perjudicado. Con esa noción de culpa –relativizada en un contexto de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva– se amplían las posibilidades para la culpabilidad pues basta con que se produzca un daño antijurídico para que surja la obligación de resarcir al perjudicado. Ausente la información el daño causado se traduciría en la imposibilidad de tomar una decisión que afecta al ámbito de su salud. El reproche jurídico se traduce en la obligación de indemnizar la pérdida de oportunidades terapéuticas por la ignorancia de determinado dato relevante que omite una opción vital.

Vemos, pues, como la influencia de la bioética ha enriquecido el concepto de diligencia exigible, porque introduce un nuevo factor que habrá que someter a consideración para valorar la corrección del resultado. Tal es así que si el paciente se niega a un tratamiento médico la actuación del profesional pasa necesariamente por respetar esa decisión, ofreciendo las posibles alternativas terapéuticas y advirtiendo de los riesgos inherentes en todos los casos posibles. Las consecuencias derivadas de la decisión que se tome se trasladan así del médico al paciente. Pero esta situación no sólo hace recaer en el paciente la responsabilidad de decidir, sino que correlativamente eleva el nivel de diligencia del médico porque se le obliga a un proceso previo de información al paciente, planteándole todas las alternativas posibles y sus consecuencias, para lo cual habrá de tomar en consideración ese conjunto de factores que enriquecen el concepto de “lex artis” bajo la expresión “ad hoc”. Esto es, no vale con informar de las consecuencias asociadas comúnmente a cada técnica o tratamiento curativo, sino

que tendrá que considerar también, como factores añadidos a una singular ecuación, las especiales condiciones del paciente y del entorno en donde el acto médico se va a desarrollar.

Ambos extremos –riesgos personales y riesgos de la organización sanitaria– exigen una doble valoración. Por un lado del estado del paciente, de su historial clínico e incluso del de sus ascendientes a fin de conocer sus antecedentes familiares, todo ello con el fin de personalizar el riesgo de acuerdo con el estado actual y predisposición genética del paciente, pues resulta evidente que no todos gozamos de la misma fortaleza física ante una actuación en nuestro cuerpo aunque sea con fines curativos, ni las posibles reacciones serán equivalentes en todo caso. En el otro lado de la ecuación están los factores de riesgo asociados al entorno clínico donde el acto médico va tener lugar, en referencia tanto a los propios medios empleados como a la carencia de otros que puedan ser más eficaces por modernos o avanzados. Surgen así elementos coyunturales que inevitablemente pueden trastocar la equivalencia del riesgo dentro de la oferta sanitaria existente, tanto pública como privada, de modo que el éxito del tratamiento no siempre dependerá de la eficacia del acto médico, sino también, en última instancia, de la dotación humana y técnica de cada centro asistencial.

Esa doble naturaleza de los riesgos sanitarios –derivados tanto de la interacción del paciente con el propio acto terapéutico como con el medio sanitario en el cual se va a desarrollar–, representa un doble esfuerzo informativo que tiene su correlativo refrendo normativo en los artículos 8 a 13 de la Ley 41/2002⁵¹. Podemos llegar a hablar, a tenor de esta regulación, tanto de una información asistencial como de otra de carácter institucional. La primera obliga en el ámbito de la salud a recabar el consentimiento libre y voluntario del afectado, lo que supone un deber de información que incluya, básicamente, las consecuencias importantes de la



intervención, los riesgos personales o profesionales para el paciente, los riesgos probables en condiciones normales conforme al estado de la ciencia y las contraindicaciones. La segunda, de carácter institucional, obliga en el ámbito del Sistema Nacional de Salud a informar sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y los requisitos de acceso a ellos, lo que se concreta en la necesidad de que en cada centro exista lo que se denomina una carta de servicios.

A tenor de la regulación expuesta comprobamos efectivamente cómo las aportaciones de la bioética, concretadas en especial en el desarrollo del principio de autonomía, han trascendido el ámbito de la Moral para asentarse en el ordenamiento jurídico. La deontología asume ese nuevo rol del médico en sus relaciones con el paciente superando el criterio hipocrático, pero también la norma legal reconoce el nuevo escenario profesional dándole un superior marchamo jurídico, consistente en reforzar el deber de información como premisa básica del consentimiento. Igual sucede en general con todos los deberes del médico, con lo cual resulta que las nuevas y cambiantes técnicas de actuación necesariamente han de ordenarse bajo unos principios éticos superiores, de forma que podamos concebir en este contexto las relaciones entre el Derecho y la Moral de resultados de una dinámica de “vasos comunicantes”. La implicación y desarrollo de tales principios en la práctica asistencial permite revestir al ejercicio profesional de la medicina de la dignidad moral que deriva de un “ethos” definido deontológicamente. Esa exigencia ética, que imbuye al principio de precaución, es sin duda la mejor salvaguarda frente a los riesgos del progreso sanitario, y, en su consecuencia, fundamento de la responsabilidad en este contexto.

IV- Conclusiones.

El impacto de “iusnaturalismo” sobre las ins-

tituciones jurídicas positivas deviene insoslayable en virtud de diversos cauces de intervención. El ciclo histórico que hoy nos toca vivir, con una fecundidad científica y tecnológica asombrosa, nos obliga repensar determinadas instituciones para que puedan dar respuesta adecuada a los interrogantes provocados por el temor de que el hombre quede reducido al objeto de una investigación sin más límites que los de la técnica y el saber en cada momento. Las posibilidades de intervención en el genoma humano hacen surgir situaciones desconocidas donde se entremezclan aspiraciones individuales y colectivas contradictorias, y donde pueden anidar por ello nuevas formas de libertad y nuevos límites a la responsabilidad.

Asumir estos los retos jurídicos implica un esfuerzo multidisciplinar en esa tónica relacional entre el mundo de los principios y el de las Leyes, o dicho de otro modo, entre la Moral y el Derecho. No basta con legislar, sino con alcanzar un determinado nivel de consenso social, incluso sobre la propia definición del hombre, pues la biotecnología –entendida como el conjunto de técnicas y procesos que emplean microorganismos para desarrollar productos y servicios útiles–, cuya apuesta por la genómica parece remontar la lucha contra la enfermedad a etapas anteriores al momento de la propia concepción, y que parece que quiere inmunizar a las nuevas generaciones frente a cualquier riesgo de enfermedad, en ese idea que expresa Dworkin de “jugar a ser Dios”.

El gran reto de la sociedad del siglo XXI no reside tanto en dar rienda suelta a la revolución biotecnológica, sino precisamente en establecer unos cauces a este fenómeno imparable que nos permitan sacar el máximo provecho posible del mismo, con beneficios generalizados –esto es, con una dimensión universal- y sin correr riesgos que conlleven perjuicios lamentables. De ese temor surge una conciencia del peligro que los avances biotecnológicos pueden reportar, situa-

ción que se enmarca en lo que el Ulrich Beck ha conceptualizado como la “sociedad del riesgo”. Pero el cálculo del riesgo presupone el concepto de accidente, consecuencia que se halla cada más presente por la imparable radicalización de los procesos de modernización, tecnificación y economización.

Frente al riesgo evidente que entraña, por ejemplo, la chimenea de una central térmica, cuya bocana humeante expresa gráficamente una realidad contaminante, se encuentra el riesgo derivado de una tecnología menos aparente, encerrada en el reducto de un laboratorio, pero que ofrece soluciones tan novedosas que sus efectos secundarios se hurtan a la percepción inmediata de los afectados. La manipulación genética, las tecnologías de la comunicación y la inteligencia artificial, que, además están mutuamente interrelacionadas, apuntan—como ha dicho el gurú de la informática Bill Joy— a tres potenciales peligros: se revolucionan a sí mismas sin cesar, son universalmente utilizables y, en cuanto tecnologías basadas en el saber, sólo exigen los conocimientos correspondientes.

Para reaccionar a los peligros asociados a este futuro heterobiológico Beck alude a una reforma de la ciencia, de forma que ya no pueda seguir rigiéndose por el lema “los beneficios se privatizan, pero los riesgos se socializan”, sino alcanzado una

cultura que obligue a las empresas a la interiorización de los riesgos y con ello a la prevención de los mismos. Esa apuesta por la acción preventiva ha de suponer la anticipación de la responsabilidad en el presente para impedir lo que se barrunta en el futuro, pero sin soslayar el antiguo lema quirúrgico de que “vulnerando sanamos”. De modo análogo hay que decir: corriendo riesgos, damos seguridad; produciendo seguridad, incurrimos en riesgos.

Quizás sea el momento de traer a colación nuestra propia herencia cultural, nacida del imaginario de las civilizaciones greco-latinas allá por los siglos VII y VI antes de Cristo. En su mitología encontramos figuras como el inmortal Prometeo, “El Previsor”, inventor de las ciencias, o Dédalo, que escapó del laberinto volando con unas alas de cera, acompañado de su hijo Icaro, que se precipitó al mar por acercarse demasiado al sol. En todos esos relatos legendarios subsiste una concepción fundamental del pensamiento griego: la ambivalencia de la “techné” en su temible poder de creación, dispensadora de vida y muerte. Esa herencia se traduce hoy en día en la formulación del principio de precaución, con el que se pretende establecer límites al efecto de los riesgos del desarrollo, evitando que puedan ser, de una forma absoluta, la causa de exoneración frente a las acciones de responsabilidad.

NOTAS

¹ RICAEUR, “Ética y moral” en “Doce textos fundamentales de la Ética del Siglo XX”, Carlos Gómez (ed.), Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 241.

² GÓMEZ PÉREZ, R., Introducción a la obra colectiva “Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología”. Vol. 1, UCAM-AEDOS, Murcia, 2003, p.44.

³ GÓMEZ PÉREZ, R., op. cit., p. 45.

⁴ HOLMES, O.W., “La senda del derecho”, Buenos Aires, 1897, s.f., cfr. Laporta, F.J. “Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo” en “Historia de la ética (3) La ética Contemporánea”, Crítica, Barcelona, 2000, p. 221.

⁵ KELSEY, H., “Teoría pura del Derecho”, México, 1960, s.f., cfr. Laporta, F.J., op. cit., p.224.

⁶ DWORKIN, R., “Los derechos en serio”, Ariel, Madrid, p.72. cfr. Desdentado Bonete, A., “La extraña fascinación de las Máximas Jurídicas. A propósito de “Tópica” de Gerardo Pereira-Menant” en “Revista semanal Repertorio de Jurisprudencia”, nº45, Marzo 2003, Navarra, p.19.

⁷ LAPORTA, F.J., op. cit., pp. 250-251.

⁸ DESDENTADO BONETE, A., op. cit., p. 22.

⁹ DIEZ-PICAZO, L., “Comentario al artículo 1 del CC”, (LEG 1889, 27) en AA.VV., Paz Ares (coord.), cfr. Desdentado Bonete, A., op. cit., p. 22.

¹⁰ GARRIDO FALLA, F., “La Constitución española como fuente del Derecho”, AA.VV., DGCE / Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 43-44, cfr. DESDENTADO BONETE, A., op. cit., p. 22.

¹¹ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., “Moralidad, derechos, valores”, Cuadernos Civitas. Madrid, 2003. p 69.

¹² OLLERO, A., “Deontología jurídica y Derechos Humanos” en “Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología”. Vol. I, op. cit., p. 71.



- ¹³ ROMERO CASABONA, C.M., "Los desafíos jurídicos de las biotecnologías en el umbral del siglo XXI" en "Biotecnología, Derecho y dignidad humana" (coord. Martínez Moran, N.), Comares, Granada, 2003, p. 55.
- ¹⁴ MARTÍNEZ MORÁN, N., "Persona, dignidad humana e investigación médica" en "Biotecnología, Derecho y dignidad humana", op. cit., p. 24.
- ¹⁵ CORTINA, A., "Ética de las biotecnologías", Isegoría, nº27, CSIC, 2002, p. 76.
- ¹⁶ Informe Belmont, "Principios éticos y orientaciones para la protección de sujetos en la experimentación", 30 de septiembre de 1978, JHEV Publication No. (05) 78-0012.
- ¹⁷ JAFÓ, J., "Historia de una nueva disciplina: la bioética" en "Derecho biomédico y bioética" (coord. Romeo Casabona, C.M.), Comares, Granada, 1998, p. 103.
- ¹⁸ JAFÓ, J., op. cit., p. 103.
- ¹⁹ HERRANZ RODRÍGUEZ, G., "El Código de Ética y Deontología Médica", en "Plan de Formación en responsabilidad legal profesional (6)", (coord. De LORENZO Y MONTERO), Edicomplet, Madrid, 2000, p. 15.
- ²⁰ Publicado en España por la editorial Paidós, Barcelona, 1998.
- ²¹ VALLESPÍN, F., "Bienvenidos a la sociedad del riesgo", El País, 25-Noviembre-2000, p. 30.
- ²² D'AGOSTINO, F., "La bioética como problema jurídico. Breve análisis de carácter sistemático", Cuadernos de bioética, nº 28, 4º 96, p. 470.
- ²³ OLIVE, L., "El bien, el mal y la razón. Facetas de la ciencia y la tecnología". Paidós, México, 2000, p. 86.
- ²⁴ Tal concepto aparece recogido en la Directiva 85/374/CEE, de 25 de Julio, artículo 7.e), al contemplarlo como posible causa de excepción de la responsabilidad del fabricante. También lo encontramos en el artículo 141.1 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, al excluir de la indemnización por responsabilidad patrimonial "los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos".
- ²⁵ CORTINA, A., op. cit., p. 82.
- ²⁶ RESCHER, N., "Razón y valores en la Era científico – tecnológica", Paidós, Barcelona 1999, p. 85.
- ²⁷ RESCHER, N., op. cit., p. 88.
- ²⁸ RESCHER, N., op. cit., p. 95-96.
- ²⁹ "La responsabilidad del científico", editorial del nº. 4 de "Eidón", Revista de la Fundación de las Ciencias de la Salud", Junio – Septiembre, 2000, Madrid, p. 5.
- ³⁰ JONAS, H., "El principio de responsabilidad", Herder, Barcelona, 1995, p.123.
- ³¹ JONAS, H., op. cit., p. 163.
- ³² MITCHAM, C., "¿Qué es la Filosofía de la tecnología?", Anthropos, Barcelona, 1989, p. 113.
- ³³ LADD, J., "Physicians and Society", 1981, p. 43, cfr. Mitcham, C., op. cit., p. 170.
- ³⁴ ROMEO CASABONA, C.M., "El Derecho médico: su evolución en España" en "Derecho biomédico y bioética", op. cit., p. 2.
- ³⁵ ROMEO CASABONA, C.M., op. cit., p.2.
- ³⁶ Así llamado al Convenio para la protección de los Derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de Noviembre de 1996. Entró en vigor en nuestro ordenamiento jurídico el 1 de Marzo de 2001 mediante Protocolo de 12 de Enero de 1998 ratificado por Instrumento de 7 de Enero de 2000, BOE nº. 52 de 1 de Marzo de 2003.
- ³⁷ Ley del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, de 16 de Diciembre, BOE nº. 301 de 17 de Diciembre de 2003.
- ³⁸ Sentencia de 29 de octubre de 1994, recurso nº2009/93, Actualidad de Derecho Sanitario, nº. 7 y 8, Julio/Agosto 1995, pp. 435 y 55.
- ³⁹ MARTÍNEZ CALCERRADA, L., "Derecho Médico", Vol. I, Tecnos, Madrid, 1986, p. 188.
- ⁴⁰ MARTÍNEZ CALCERRADA, L., op. cit., p. 189.
- ⁴¹ Sentencias, entre otras, como la del Tribunal Supremo, Sala I, de 25 de abril de 1994, de la que fue ponente el señor Albacar López.
- ⁴² Véase Encíclica "Quod Apostolici numeris", nº 6.
- ⁴³ Contemplado en los artículos 9 a 13 de la Ley básica de autonomía del paciente y de derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- ⁴⁴ Expresión acuñada como interpretación del propio Juramento Hipocrático.
- ⁴⁵ Esa sumisión a la norma deontológica deriva de lo dispuesto en el artículo 44 de los Estatutos de la Organización Médica Colegial, aprobados por Real Decreto 1018/1980, de 19 de Mayo (BOE, num. 128 de 28 de Mayo de 1980).
- ⁴⁶ El concepto "buenas costumbres" aparece recogido, entre otros preceptos, en el artículo 1.106 del Código Civil, en el sentido de considerar nulas las condiciones obligacionales que les sean contrarias. La jurisprudencia viene interpretando este concepto como sinónimo a la moral, a que se refiere el artículo 1.255 Código Civil, en cuanto límite al principio de autonomía de la voluntad.
- ⁴⁷ La doctrina de la "perdida de la oportunidad" considera daño moral económicamente resarcible la imposibilidad de haber obtenido un beneficio o de haber podido evitar, con alguna probabilidad efectiva, el daño producido. A modo de ejemplo, ofrecemos la Sentencia de Tribunal Supremo, Sala I, de 10 de Octubre de 1998.
- ⁴⁸ "...la doctrina y la práctica penales modernas han abandonado con razón la concepción psicológica de la culpabilidad y han caracterizado la esencia de la culpa como un juicio de valor del ordenamiento jurídico acerca del agente (concepción normativa de la culpabilidad). Al agente se le reprocha el juicio de menosprecio que implica la culpa, consistente en no haberse conducido conforme a Derecho, y en haberse decidido por lo injusto cuando pudo obrar lícita y jurídicamente". SANTOS BRIZ, J., "La Responsabilidad Civil: derecho sustantivo y derecho procesal", p. 57, Montecorvo, Madrid, 1993.
- ⁴⁹ "El concepto de culpa presupone que el agente, al tiempo de obrar, posee la aptitud general para responder de los actos ilícitos que realice. Pero la culpa puede quedar excluida por la concurrencia de causas especiales de inculpabilidad. Nuestro Código Civil no las regula ...; pero el Derecho Civil necesita reconocer el principio fundamental de que el agente no se le puede acusar de culpa cuando, según las circunstancias, observó una conducta de acuerdo con las normas ... Tampoco existirá conciencia de la antijuricidad cuando erróneamente se actúa protegido por una causa de justificación, aunque ésta no se halle prevista por el ordenamiento jurídico". Santos Briz, J., op. cit., pp. 56-57.
- ⁵⁰ "Al llegar a la conclusión de que hoy se defiende la existencia de una "culpa social", que atiende a las consecuencias nocivas de la conducta y que prescinde en gran medida de la diligencia del responsable, surge la discordancia de esa denominada culpa social con la culpa propiamente dicha, noción de origen ético y religioso que quedaría desvirtuada si se separa de estas fuentes. Para obviar este inconveniente se acude a reconocer la autonomía de la culpa jurídica frente a la culpa moral, autonomía que es defendida en mayor medida en la culpa civil que en la penal". SANTOS BRIZ, J., op. cit., p. 66.
- ⁵¹ Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, de 14 de Noviembre, BOE nº. 274 de 15 de Noviembre de 2002.

perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes



Una excelente resolución –facilitada por el compañero José Luis Santos– nº 115/08, de 22 de febrero, de la Secc.13 de la Audiencia Provincial de Barcelona, sobre la acción de repetición resuelve la reclamación de una compañía aseguradora frente a su asegurado, del pago de las indemnizaciones –y honorarios– que hubo de abonar tras un siniestro que este provocó en conducción bajo la influencia debidas alcohólicas

“...de considerar que la existencia de una condena penal firme es requisito para la estimación de la demanda (por tanto, de influencia decisiva en la resolución del asunto) y resultando de lo actuado la existencia de una causa penal en curso (procedimiento abreviado en el que había formulado acusación el Ministerio Fiscal) sobre los hechos en que se funda la demanda, que pudieran ser constitutivos de delito, el Juzgador debiera haber procedido de oficio, o incluso oyendo previamente al respecto a la única parte comparecida si lo estimara oportuno, a suspender mediante auto el proceso una vez éste estuviera pendiente exclusivamente de sentencia, de conformidad, con lo establecido en el artículo 40 de la LEC. Ello no obstante, tal infracción procesal no ha de comportar la nulidad de la sentencia, en tanto el tribunal no estima que concurra la indicada prejudicialidad penal, al considerar que el resultado de la acción penal (ni siquiera su existencia) no es determinante del sentido del fallo en el presente pleito.



El presupuesto de hecho de dichas normas es el estado de embriaguez del conductor o la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas; en ningún supuesto se exige como presupuesto la existencia de una condena penal firme, por lo que basta para que procede la acción de repetición la concurrencia de dichas circunstancias fácticas, que deben resultar cumplidamente acreditadas en el proceso civil en que se ejercita esa acción, correspondiendo la carga de la prueba a la aseguradora –art. 217 LEC.

La autoridad de la cosa penal en el proceso civil debe ser mantenida en el sentido de que lo resuelto en el ámbito penal sobre la declaración de responsabilidad e imposición de la pena no son en sí mismas condición o presupuesto de ninguna norma civil y la vinculación del juez en este orden a la sentencia condenatoria es ope-

rativa sólo en cuanto a la existencia material del hecho –actividad y resultado– al elemento psicológico del delito y al grado de participación del condenado, sin trascendencia en el debate civil cuanto el tema atañe a cuestiones distintas (STS 15.2.82); por el contrario siendo absoluta la sentencia penal, no existe otra vinculación para el Juez civil (s 30 de diciembre 1981) que la establecida en el párrafo 1º art. 113 LECr cuando aquella declaró “que no existió el hecho de que la (acción) civil hubiese podido nacer” y en tal caso, la responsabilidad derivada de los hechos no constitutivos de infracción penal queda encomendada libérrimamente al Juez civil quien puede establecer la versión o “factum” que resulte de las pruebas practicadas en el proceso civil según su libre apreciación conforme a las reglas de la sana crítica y sin venir vinculado al relato histórico de la sentencia penal absoluta”.



Si bien la Sentencia número 907/08, de 9 de diciembre de la Sala de 1ª del Tribunal Supremo, en ponencia de su presidente Sr Xiol Rios, destacaría por la aplicación –y no es la primera vez , recordemos dos de 17 de Julio de 2007– del “Baremo” a los accidentes laborales (y el 20% de intereses), lo realmente relevante –en un modo de pronunciarse que recuerda al del Tribunal Constitucional– es la firme inclinación por la concesión del perjuicio económico del 10% para la Incapacidad Temporal si no se prueban ingresos superiores (a los inherentes recogidos en las tablas).

“La parte recurrente afirma que se ha aplicado un incremento del 10% para la indemnización correspondiente a la incapacidad temporal, cuando la misma ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Tampoco esta afirmación puede ser aceptada, pues la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000 declaró la inconstitucionalidad del apartado B) de la tabla V del Anexo de la LRCSVM (factor de corrección por perjuicios económicos en incapacidades transitorias) «no de forma absoluta o incondicionada»,

sino únicamente con el alcance de admitir (en el supuesto de concurrencia de culpa relevante por parte del agente) la facultad de probar perjuicios económicos superiores a los considerados por las tablas. La parte recurrente no alega ni justifica que la Sala de apelación, en el ejercicio de la función de valoración de la prueba que le corresponde, haya considerado probados perjuicios superiores a los que refleja dicho incremento. En consecuencia, su aplicación no puede ser considerada contraria a la constitución”.



Dado que para nosotros lo realmente interesante es la sentencia que hay tras la noticia, sobre todo en casos como el de la madre condenada por dar un bofetón y agarrar del cuello a su hijo de doce años, transcribo algunas partes de interés de la Sentencia número 10/09, de veintidós de enero, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén.

“Otra cosa será, a efectos de las alegaciones sobre el derecho de corrección o la justificación de dicha agresión, que se deba valorar o no; la conducta precedente del niño y la entidad de la respuesta por parte de la acusada, 'pero lo que no puede aceptarse es la alegación de error examinada en relación con el hecho probado.

El tema de autos no versa sobre la 'quiebra de la paz familiar o situación de domino o tiranía de un miembro de la familia sobre los otros, sino si existe un derecho de corrección de los padres a los hijos que legitime el uso de la violencia física, y si la acusada se extralimitó en el ejercicio de ese derecho-deber de educación del menor al pegar a su hijo en respuesta a un comporta-



miento también violento y previo del mismo. El legislador depositario de la voluntad y soberanía del pueblo, ha tipificado en el artículo 153 del c. Penal el delito de violencia doméstica de forma en el mismo se ' castiga con las penas que contiene en los distintos apartados al que por cualquier medio o procedimiento causará a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra sin causarle lesión...

Por tanto, el simple hecho de golpear al niño ya incardina la conducta de la acusada en el tipo penal Contenido en el apartado segundo del precepto en el que se contempla el supuesto en el que el agredido fuera alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código, entre las que se encuentran los descendientes del agresor. Sin que desde luego deba aquí cuestionarse la existencia de dolo, como también parece apuntar el recurso, pues es claro que los actos de la acusada fueron intencionados y no imprudentes o faltos de cuidado, por más que su objetivo fuera el reprender al niño su conducta, constituyendo actos de agresión física tanto el cogerle por el cuello para levantarlo del suelo, como el golpe o manotazo en la parte de atrás de la cabeza golpeándose el niño contra el lavabo y sangrando por la nariz.

Por eso la cuestión ya no es así el hecho es típico, es decir incardinable en un tipo penal delictivo; sino si en el caso el derecho de corrección' puede justificar esa conducta en definitiva hacerla impune por aplicación de la eximente del artículo 20,7 del C. Penal que exime de responsabilidad al que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo.

Y la respuesta, como se expone en la recurrida, es que en el caso de autos no puede apreciarse la concurrencia tal eximente, pues debe convenirse que la facultad que contenía el artículo

154 in fine del C. Civil hasta al reforma operada en virtud de la Ley 54/2007 de '28 de diciembre, de Adopción Internacional que la' suprime se limitaba a la de corregir razonable y moderadamente a los hilos manteniéndose actualmente únicamente la de recabar el auxilio de la autoridad, sin; que pueda admitirse que alcanzara al castigo físico ni al uso de la violencia, pues corregir no equivale a agredir, maltratar o golpear.

De hecho la propia Exposición de motivos diciendo: Por otro lado se aprovecha el evidente vínculo con la protección de los menores para abordar la reforma de los artículos 154, 172, 180 Y 268 del Código Civil. Además de mejorarse la redacción de estos preceptos, se da respuesta de este modo a los requerimientos del .Comité de, Derechos del Niño, que ha mostrado su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que hasta ahora se reconoce a los padres y tutores pueda contravenir el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos el Niño de 20 de noviembre de 1989.

De acuerdo con la ya casi unánime doctrina referida en sentencias de distintas Audiencias Provinciales, el derecho de corrección, que vemos ha sido incluso suprimido como tal derecho en al Código Civil, no autoriza ni alcanza la utilización del castigo físico porque en definitiva y como ,expresa con claridad la Sentencia de la Sección 6~ de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 22 de julio de 2008, con cita de la de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de septiembre de 2007 y recordando ,la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de septiembre de 2005, "es más que discutible que el mencionado derecho a corregir a los hijos implique que pueda pegárseles, que pueda aplicárseles castigos físicos. Corregir significa, en la acepción que aquí nos interesa y según el Diccionario de la Lengua, advertir, amonestar, reprender, conceptos que suponen que el fin de la ac-



tuación es conseguir del niño que se porte bien, apartarse de una conducta incorrecta, educar/e, en definitiva. Por otra parte, no hay que olvidar que este derecho ya viene limitado por el propio texto legal cuando se dice que dicha, corrección será razonable y moderada. Si desgraciadamente en tiempos pasados se pensó que un castigo físico podría quedar incluido en este derecho, hoy día las cosas han cambiado y todos los profesionales están de acuerdo en que los castigos físicos no son pedagógicos y sólo sirven para extender y perpetuar conductas violentas. Por el/o, estimamos que las violencias físicas constitutivas de la infracción penal no pueden ser admitidas como algo digno de ser incluido en el/ derecho de corrección.

Ciertamente algunas Sentencias como las de la Audiencia Provincial de Córdoba, Secc. 2a de 9 de marzo de 2004, y Secc. 1ª de 17 de enero de 2008, la de la Audiencia Provincial 'de Barcelona, Secc. 20 de 9 de marzo de 2007, la de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Secc. 1ª, de 29 de octubre de 2007, estudiando ,la misma:

cuestión, concluyen que efectivamente algunos supuestos de hecho en los que la insignificancia de la acción, como puede ser un cachete o azote en las nalgas' o una simple bofetada sin intención alguna de producir un menoscabo físico por su levedad y que no causan lesión propinadas con intención de corregir un comportamiento insolente, violento o agresivo por parte del hijo menor que hace proporcionada tal acción, no merecen reproche penal,- que no olvidemos sólo podría calificado como el delito de maltrato en el ámbito familiar contemplado en el artículo 153~: conforme a las modificaciones legislativas en la materia justificándose la absolución el la impunidad del hecho por aplicación del principio de intervención mínima.

Pero en el caso de autos no se trata de una simple bofetada, sino de varios actos de violencia, que aun motivados por una conducta agresiva del menor, dejan incluso huella en su cuerpo, lo que indica el unos de una fuerza superior al mero azote que por su intrascendencia, estimamos, no merecería tal reproche penal, no se trata



como se dice en el recurso, de un simple acto de represión de una conducta previa impropia, sino de la utilización de la violencia física como único medio de corrección de una conducta de cierta violencia, el lanzamiento de una zapatilla, quizás al verse desbordada por un chiquillo rebelde y difícil que se enfrenta a ella y no asume las órdenes y disciplina del hogar, en el que el padre sólo está presente durante el fin de semana por motivos de trabajo; cualquier persona puede entender y justificar en un momento dado una reacción de cierta violencia en supuestos de tal naturaleza, pero ello no supone que la conducta de la acusada en el caso sea impune, pues no se limita a reprender al menor con un azote sino que le sigue hasta el baño donde se refugia, empuja la puerta forcejeando con él hasta que el niño cae al suelo, entra la madre y lo agarra por el ello para levantarlo, de forma que le ocasiona hematomas y le propina un golpe en la cabeza, dándose el niño con el lavabo y sangrando por la nariz. Actos que no pueden calificarse de insignificantes e impunes.

Sin que se estime necesario entrar a analizar las alegaciones relativas a cual sería el comportamiento correcto de la madre en un caso como el de autos pues una sentencia penal no puede pretender enseñar o sentar los métodos correctos de educación. Sólo cabe decir al respecto que los padres les asiste al derecho de recabar el auxilio de la autoridad, como aún dispone el artículo 154 del Código Civil.

Las consecuencias de la aplicación de la pena de prohibición de aproximación o alejamiento como se denomina en el recurso, pues la obligación del Juez es respetar y aplicar al ley en cuya redacción y promulgación no participa, y el caso es que el Código penal no permite dejar de aplicar una norma imperativa por que sus consecuencias perjudiquen derechos reflejos de otras personas, como sería el derecho del menor a convivir con su progenitora. Las situacio-



nes descritas en el recurso que puede producir la aplicación de dicha pena no facultativa como estimamos sería deseable en circunstancias excepcionales, sólo podría evitarse con la concesión de un indulto de la misma que efectivamente y como luego se expresará, el Tribunal propondrá conforme al artículo 4.3 del Código Penal.

Finalmente debe decirse que esté Tribunal es consciente de la reacción suscitada en la opinión pública cuando se dio a conocer la condena que contiene la sentencia impugnada y que entre otras cosas ha motivado que se hallan aportado a la causa multitud de firmas solicitando que la acusada no vaya a prisión, pues es normal que sin conocer su motivación y la norma penal que



la fundamenta, pueda causar cierta perplejidad a algunos sectores de la sociedad que no acaban de entender ni asumir, desde una tradición y costumbres en las que se aceptan como normales e incluso habituales tales conductas, esto es las bofetadas, azotes o cachetes a veces sobre niños de corta edad, su pretexto de su corrección y educación que los hechos por los que condena dicha sentencia son perfectamente incardinables en el delito de maltrato en el ámbito familiar que se aplica en la misma.

El Tribunal considera que en el caso debe hacerse uso de la facultad que contempla el artículo 4.3 del C. Penal, proponiendo el indulto de la pena de prohibición de aproximación, con la

consiguiente suspensión de su ejecución en aras de lo establecido en el apartado 4 de dicho precepto. Su aplicación puede producir consecuencias perjudiciales para los dos hijos menores de la acusada, que se encuentran a su cargo durante la mayor parte del tiempo al trabajar el padre durante la semana fuera de la ,localidad; Es claro que si dicha prohibición sólo afecta a uno de ellos, e producirla una indeseada separación de los hermanos ,o incluso una situación de desamparo provocada por la aplicación imperativa y rigurosa de una norma penal que en el caso, no grave y aislado del seno familiar, la Sala considera no resulta proporcionada, ni aún necesaria a los efectos de la finalidad de la misma, de reeducación y protección de la víctima.”



El auto número 127/08 de 24 de octubre de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada, en ponencia del Ilmo Sr. Gallo Erena -facilitado por el compañero Francisco Ramírez Cara-, decide acertadamente (y pone orden sin duda) en la controvertida reclamación de la prótesis en los supuestos de amputación de extremidad inferior, en la primera instancia civil pese a la reserva operada en ambas instancias penales estimo la excepción de cosa juzgada, denegándose el pago de la primera prótesis –de las sucesivas aún no adquiridas– no pues aún no se ha formulado- es por es ello que el resultado final es justo sin duda:

“En razón a cuanto antecede, reclamándose en la demanda de autos la prótesis a que se refiere la factura de 22/7/2005, por importe de 5.097,29 €, relativa a la amputación sufrida en el citado accidente y vista la antes referida reserva, debemos concluir la inexistencia de cosa juzgada (art. 222 LEC) en lo referente a la acción ejercitada, debiendo ser estimado en parte el recurso, sin que proceda condena en las costas del mismo”.

Lo anterior, que pudiese resultar obvio no lo es tanto, de hecho no lo fue para el Magistrado en la primera instancia civil, que falló –con inherente desconcierto del actor–:

“Estimando como estimo la excepción de cosa juzgada alegada al contestar a la demanda, debo acordar y acuerdo el sobreseimiento de las presentes actuaciones, con imposición de costas a la parte apelante”. No es sino el principio del final para un accidente de mayo de 2003, que en Sentencia del Juzgado de Instrucción tras el juicio de faltas, concluía respecto a la reclamación relativa a las prótesis en los fundamentos jurídicos:

“Se rechazan las peticiones de la Acusación Privada relativas al coste de las prótesis de la víctima. La primera porque ya se ha indemnizado la secuela que motiva tal petición”.

Y en el fallo:

“Sin que haya lugar a conceder indemnización alguna por el coste de las prótesis de la lesionada y para la adaptación del vehículo que piensa adquirir la misma, capítulos estos para los que se le hace expresa reserva de las acciones civiles correspondientes”

En el recurso de apelación (penal), la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada, dicta Sentencia número 382, de 20 de Junio de 2005, en la que tampoco concede cifra alguna por los gastos de prótesis en atención a que:

“Así se desprende además del examen del dictamen del médico forense (folios 100 y 101), en el que se hace una especial consideración a la prótesis como perjuicio estético dentro del capítulo del menoscabo estético derivado de las lesiones. La indeterminación del posible número de prótesis que vaya a precisar la lesionada en el futuro, así como el importe de cada una de ellas, imposibilita fijar en la sentencia las indemnizaciones futuras, lo cual sería contrario a lo dispuesto en los artículos 219 y 220 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (aplicada por analogía), sin perjuicio de la reserva de acciones civiles, tal y como acertadamente se recoge en la meritada Sentencia.”



Frente a la Sentencia dictada en el Juicio de Faltas, que –en mi criterio no es compatible–, la apelación penal estimaba que este concepto estaba incluido tanto en la secuela funcional (amputación unilateral) como en el perjuicio estético considerable. La estimación y concesión de la factura por la adquisición de la primera prótesis en esta segunda instancia civil –cuarta por tanto– es sin duda un logro pero¿ que será de las futuras prótesis? Lo resuelve por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 186/2000 (Sección 20) de 11 de julio que viene a establecer lo siguiente:

“Finalmente se combate en el recurso el pronunciamiento relativo a «gastos farmacéuticos que se justifiquen y acrediten para futuros cambios de prótesis». Quizás fuera más equívoca la petición de la parte denunciante, pero de lo que se dice en la Sentencia ha de entenderse que dichos gastos deberá afrontarlos ¡a entidad Mutua General de Seguros! cuando sea inminente la renovación de la prótesis o cuando efectivamente se haya procedido a renovarla; no hay que entenderlo pues como un cálculo actuarial de presente, sino como una justificación o acreditación que necesariamente será cuando vaya a producirse o se haya producido”.



Aún cuando hay cierta distancia en el tiempo, por lo original del pronunciamiento –no hay muchos– transcribo el fundamento de derecho 5ª de la Sentencia número 382/05, de 20 de Junio de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Granada- ponente Ilmo. Sr. Cuenca Sánchez, sobre los perjuicios morales complementarios:

“La cuestión estribaría en si para alcanzar los noventa puntos puede tomarse en consideración el perjuicio estético, y la respuesta creemos debe ser afirmativa por cuanto se trata de lesiones permanentes que quedarán comprendidas

en la Tabla IV, y además son concurrentes con otras (aun cuando no se integren en la fórmula de Baltazar), careciendo el capítulo especial dedicado al perjuicio estético de una Tabla de factores de corrección”.



Sin duda el Derecho avanza en respuesta a los retos que la cruda realidad le plantea –como el más palpable de los laboratorios jurídicos–, y así a ello trata de enfrentarse la Sentencia número 146/08, de 10 de Noviembre de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional:

“La demandante y el causante habían mantenido una relación de noviazgo de dieciséis años y convivieron juntos durante los dos años previos al fallecimiento. Fruto de dicha relación tuvieron una hija, que nació tras el fallecimiento del causante. La demandante y el causante decidieron contraer matrimonio canónico, fijando la fecha de la boda para el día 16 de diciembre de 2000. Para ello habían realizado ya todos los trámites necesarios, habiendo firmado ambos contrayentes el expediente matrimonial en presencia de dos testigos. El día 15 de diciembre de 2000, a las 0:05 horas, el causante fue asesinado por don Teófilo Pascual Feo, hermano de la demandante, quien se oponía a la relación entre ésta y el causante.

La demandante de amparo solicitó el reconocimiento de la pensión de viudedad con causa en el fallecimiento de don Nicolás Bernardo Rodríguez, con quien convivía. El Instituto Nacional

de la Seguridad Social desestimó la solicitud por no ser o haber sido la solicitante cónyuge del fallecido, no existiendo imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento. Formulada reclamación previa la misma fue también desestimada.

...Que entendió que ni la convivencia de hecho estable ni la voluntad de contraer matrimonio resultaban, por si mismos, suficientes para constituir el presupuesto fáctico-jurídico del acceso a la pensión de viudedad de la Seguridad Social, faltando el requisito del matrimonio formalizado jurídicamente.”

La Sentencia entiende respecto que la petición alternativa sobre el “derecho a obtención de pensión, incluso sin vinculo matrimonial que “Ni en la Sentencia de aplicación ni en el Auto que resuelve el incidente de nulidad de las actuaciones



nes es posible apreciar consideración específica de la Sala respecto de la segunda de las cuestiones planteadas por la recurrente, esto es, la relativa, a la posibilidad de lucrar la pensión de viudedad, aun en el supuesto de inexistencia de matrimonio, por la aplicación analógica –es art.

4CC– de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, cuestión sobre la que, por el contrario, sí que hubo un pronunciamiento expreso-desestimatorio-en la Sentencia del Juzgado de lo Social”. Ahora no cabe sino esperar al siguiente pronunciamiento.



El miércoles 3/12/08, podíamos leer en la prensa la noticia de la absolución de dos acusados-tras quince meses en prisión- respecto de una carrera ilegal de vehículos en la que falleció un hombre. Y se refería a la Sentencia nº 389/08, de uno de Diciembre de 2008, de la Secc. Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz,- con análisis del dolo eventual, la imprudencia, o la omisión del deber de socorro- facilitada por el compañero José Luis Ortiz Miranda, y que propiciará con toda seguridad una posterior reclamación frente al Ministerio de Justicia por responsabilidad patrimonial.

“....C) No consta suficientemente probado que, tras haber pactado de antemano llevar al cabo una arriesgada carrera o competición de coches en la

carretera A-2229 (N-340 Vejer de la Frontera), ni por concierto previo o por un "pique" momentáneo entre ambos conductores, entraran en competición



los acusados Borja G y Jesús M, ni que los turismos Golf y Ford conducidos por ambos circularan a altas velocidades y sin mantener la distancia de seguridad por esta carretera, ni que llegaran a adelantarse a varios vehículos que se encontraron en su carril en tramos de línea continua con invasión del carril de sentido contrario, ni que condujeran previamente durante un espacio de tiempo de forma temeraria, a velocidad excesiva teniendo en cuenta las características de la vía, efectuando maniobras de adelantamientos entre ellos así como a terceros vehículos en lugares prohibidos, ni, en fin que previamente al accidente enjuiciado pusieran en peligro la vida de numerosas personas que circulaban a esa hora por la carretera., al tratarse de verano y domingo“.

“ SEGUNDO.- El tema discutido y negado por la defensa de Borja es la existencia añadida para su defendido del delito de omisión del deber de socorro, cuyos requisitos son los conocidos por todos: 1º una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada, en peligro manifiesto y grave, es decir, que necesite protección de forma patente y conocida, sin que existan riesgos propios o de un tercero, 2º una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente, 3º una culpabilidad constituida, no solamente por la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar. En este sentido, la existencia de dolo se da como acreditada en la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo (certeza de la necesidad de ayuda) o del eventual (en función de la probabilidad de 1a presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva).

Pues bien, sin discutir los dos primeros requisitos, el acento defensivo se pone en negar el tercer presupuesto, en base a la influencia alcohólica o tóxica de su patrocinado. No cabe negar que el acusado Borja tuviera una cierta influencia alcohóli-



ca, ahora bien tampoco es desdeñable afirmar que ello no le impedía ser consciente del brutal impacto ocasionado al volante de su vehículo así como que en ese momento existía desamparo y peligro para los ocupantes del otro vehículo Seat Ibiza. La influencia alcohólica no elimina la conciencia del desamparo y la existencia de personas necesitadas de ayuda en este preciso momento, por no hablar de víctimas que gritan, que piden auxilio para salir del vehículo. Por ello, la ingesta de alcohol no elimina el elemento subjetivo o culpabilístico de tipo penal de omisión del deber de socorro, de forma que esta Sala considera totalmente ajustada a derecho la tesis acusatoria que se plantea en esta causa.

Al respecto, es peculiar lo realizado por el procesado que se inventa una historia sobre el accidente ante la médico del Ambulatorio, tal y como refleja el apartado D) del relato de hechos probadas (caída de un ciclomotor en el que iba de ocupante), lo que es poco compatible con una merma notable de imputabilidad o pérdida de facultades”



...”TERCERO.- Los hechos que se declaran probados no constituyen legalmente ni un delito de homicidio doloso eventual, de] arto 138 de] Código penal, ni dos delitos de lesiones doloso eventual del artículo 147.10 de igual texto legal, ni, en fin, un delito contra la seguridad del tráfico del artículo 384.1 del Código penal (conducción con temeridad manifiesta y consciente desprecio por la vida de los demás), tal y como

insiste la acusación particular, por lo que no cabe condenar en tal sentido al procesado Borja, sino en la línea acabada de exponer en el anterior fundamento.

Es cierto que el homicidio admite su comisión con dolo eventual¹. Para ello en la valoración de la conducta individual debe existir un claro conocimiento de que se genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado y, no obstante, se actúa y continúa realizando la conducta, sometiendo a la víctima a un claro riesgo que no tiene la seguridad de poder controlar y, aunque no persiga directamente la causación del resultado, hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entra aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente.

Como sabemos, actualmente, la postura en cuando al dolo eventual puede ser calificada de ecléctica, conjugando la tesis de la probabilidad

con la del consentimiento, considerando que el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquél resultado se produzca. Pero, en todo caso, es exigible la conciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene. O sea, siempre será exigible un plus en el riesgo, un plus de probabilidad, ya que en otro caso cualquier acción temeraria conduciendo un turismo habría que residenciarla en el dolo eventual, reduciendo al mínimo la imprudencia grave.

Es más, la imprudencia puede ser consciente o con representación en función de si el sujeto se representó el resultado. En esta última se infringe voluntariamente el deber de advertir el riesgo mientras que la culpa consciente se infringe de la misma manera el deber de evitar el riesgo advertido. En esta última se plantean evidentes problemas de delimitación con el dolo eventual, pero que no pueden desplazar automáticamente el homicidio imprudente al homicidio doloso, para ello sería obligado entender que el acusado en cuestión había advertido con mayor tiempo y espacio el riesgo y actuado con absoluta indiferencia en cuanto a su elevado índice de producción.

Pues bien, desde el momento en que la propia acusación particular entiende que el acusado Borja se encontraba con sus facultades alteradas por la ingestión de bebidas alcohólicas que afectaban al control de su inteligencia y voluntad, está claro que no se puede entender ni deducir que precisamente tenía dolo eventual y que circulaba con claridad en la creencia y aceptación de un resultado muy probable de tipo lesivo o letal. La conducta del acusado es, a todas luces, gravemente imprudente, que debe ser reputada en la calificación general como temeraria y causal, determinante del



resultado mortal y lesivo, pero no de un a ctuar intencionadamente homicida, ni siquiera de forma eventual.

En la tesis que nos ocupa, es mucho más razonable entender que el homicidio y las lesiones cometidas por Borja en el ámbito del tráfico automovilístico se han desarrollado por imprudencia, grave eso sí, al igual que ocurre en el desarrollo de otras actividades generadora de riesgo en accidentes de tráfico por desgracia numerosos y semejantes en cuanto a la invasión del carril contrario. Nos encontramos ante una llamativa falta de precauciones automovilísticas en una calzada de las características en su momento reseñadas, la ausencia absoluta de cautela o el olvido total de las más elementales normas de previsión y cuidado, a consecuencia de la cual se produce la muerte de una persona y las lesiones grave de otros dos usuarios del Seat siniestrado.

La tesis de la acusación particular sólo cabe sustentarla con cierta probabilidad desde. el prima de una clara y persistente competición automovilística, extremo no probado”

“...En definitiva, en la línea expuesta en el primer fundamento y partiendo de los hechos declarados probados en base a la apreciación en conciencia de las pruebas testificales, sólo se evidencia con claridad la conducción temeraria de un procesado, Borja, no de dos. La tesis de la acusación sólo cabe sustentarla en declaraciones que no están dotadas de potencialidad significativa para erigirse en prueba suficiente y deducir inequívocamente "encontramos de antemano ante una arriesgada carrera o competición de coches en la carretera, bien por concierto previo, bien por un "pique" momentáneo entre ambos conductores Borja y Jesús".

Tenemos testificales, pero demasiado genéricas e insuficientes para llegar a la conclusión evi-

dente de la carrera o competición de coches, sea premeditada o instantánea. El testigo y perjudicado Juan habla del adelantamiento del Golf en la propia curva y unos posibles chirridos de ruedas, inmediatos al impacto; por tanto, no tiene mayor referencia temporal ni visual sobre una conducción previa temeraria competitiva de ambos turismos.

El testigo Francisco Javier declara que le adelanta a velocidad el Ford y después el Golf pero, ya inmediatamente, ve el accidente y dos personas al lado del vehículo siniestrado, que coinciden con Jesús y Alfonso. Tampoco este testigo puede servir de soporte razonable para construir una carrera de vehículos con temeridad manifiesta y desprecio a la circulación rodada, aunque este conductor intuyera para sí esta posibilidad y, por ello, se pusiera a reprocharle la velocidad al procesado Alfonso.

Por último, el testigo protegido nº 1, que iba en moto, observa que le adelantan dos vehículos a velocidad, pero en una recta, por tanto sin poder hablar de temeridad y creación de riesgo. Estaban a poca distancia entre si, continúa el testigo, pero "no puede confirmar si estaban echando una carrera entre en os". De inmediato se produce el accidente al que también el testigo llega de los primeros, comprobando la presencia de dos acusados Jesús y Alfonso, a quienes "vio ayudar", aunque también escuchó una conversación entre ellos sobre la "falta de carnet de Borja".

No hay más referencias ni percepciones sensoriales. A efectos dialécticos, se puede hablar de una posible, nunca segura, contienda automovilística –un pique momentáneo como dice la acusación pública–. Ahora bien, sin mayores referencias temporales, sin declaraciones de otros conductores que hubieran visto una mayor secuencia competitiva de los dos vehículos en cuestión, esta Sala se ve imposibilitada para sentar una conclusión en tal sentido y prefiere optar por el principio *in dubio pro reo*.”

entrevista a...



**José Manuel López
García de la Serrana**



por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

Nuevamente tenemos aquí la oportunidad de contar con la colaboración de un Magistrado, en este caso de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, don José Manuel López y García de la Serrana, quien ha participado con anterioridad en nuestra Asociación, mediante la aportación de dos artículos doctrinales a nuestra Revista y asimismo como ponente en varios Congresos. En esta ocasión aprovechamos para preguntarle sobre alguna de las nuevas Sentencias recaídas sobre la materia que nos ocupa, dado su profundo conocimiento sobre la misma así como su dedicado estudio a la evolución que viene sufriendo. Por todo ello le agradecemos sinceramente el haberse prestado tan amablemente para contestar a las siguientes preguntas.



Como a todos aquellos colaboradores que he entrevistado me gustaría saber cuál es tu opinión sobre nuestra Asociación y las actividades que desarrolla.

Tengo un gran concepto de la Asociación y de sus actividades. Pienso que en el mundo del derecho la responsabilidad civil prima, no sólo a nivel extra contractual, sino, también, al contractual, porque todo incumplimiento de un contrato supone que el incumplidor incurre en responsabilidad civil.

¿Consideras realmente que este tipo de agrupaciones y asociaciones puede contribuir de manera decisiva al desarrollo de las materias jurídicas sobre las que se estudia y trabaja, en nuestro caso sobre la responsabilidad civil y el seguro?

Pienso que sí, ya que su especialización hace que se profundice en el estudio de esa materia.

Qué opinión le merece la interpretación que sobre asuntos de responsabilidad civil ofrece la Jurisprudencia actual de nuestro Tribunal Supremo, me refiero al propósito de matizar el exceso de objetivación que venía aplicándose de forma casi genérica en las resoluciones volviendo a exigir la prueba sobre el elemento culpabilístico.

A bote pronto, creo que no está mal, pero no debemos olvidar que quien crea un riesgo y a raíz de ello causa un daño vendrá obligado a probar que falta el necesario nexo causal entre su actividad y el daño. Que previó todos los peligros y que tomó las disposiciones necesarias para evitarlos. La carga de la prueba, cuando se trata de responsabilidad civil contractual gravita sobre el que incumplió sus obligaciones, pues así lo imponen los artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.104, 1105 y 1183 del Código Civil, precepto que establece la presunción "iuris tantum" de que el incumplimiento de las



obligaciones se debe a la culpa del deudor, presunción aplicable, igualmente según la jurisprudencia, cuando se trata de obligaciones de hacer.

¿En qué situación podría decir que nos encontramos ahora en relación a dicho tema?

Creo que en el buen camino, pues, próximamente, se va a celebrar un encuentro de magistrados de las distintas Salas del Tribunal Supremo para unificar criterios en esta materia.

En relación a la reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que por fin acepta la competencia de la jurisdicción social para todas aquellas reclamaciones de-



rivadas de accidentes de trabajo, a excepción de cuando se demande conjuntamente a un tercero particular ¿cuáles cree que serán las consecuencias de dicha resolución? ¿Con la misma se da solución a todos los supuestos que puedan plantearse?

Esta sentencia de 15 de enero de 2008 de la Sala I constituye un primer paso. Pero creo que deberán darse otros. Porque ¿Qué sucederá en el supuesto de contratas y subcontratas? y ¿Cuándo intervenga una empresa dedicada a la prestación de servicios de prevención externa?, o ¿cuando el hecho es imputable a empleados del empresario, como arquitectos, ingenieros y otros, personas por las que responde el patrono?

¿Qué opinión le merece la labor de unificación de criterios que actualmente viene realizando la Sala Primera del Tribunal Supremo en temas que hasta ahora venían siendo tan conflictivos?

Muy positiva.

¿Podremos ver así también en breve una labor de unificación en la Sala Cuarta?

Sí, porque existen cuestiones pendientes que no se han resuelto porque no se han planteado. Por un lado tenemos las cuestiones relativas a la jurisdicción competente cuando intervienen terceros, como servicios de prevención externos, subcontratistas,



empleados de la empresa o personas contratadas por ellas en virtud de contrato no laboral. Por otro lado, quedan cuestiones pendientes en cuanto al fondo, como sería la mejor manera de calcular la indemnización por lucro cesante y como juega el pago de intereses, desde cuando se deben y si su abono responde al reintegro de los frutos del capital o a la actualización del mismo. Próximamente, se va a celebrar una reunión de todas las Salas del Tribunal Supremo para unificar criterios en esas cuestiones y otras relacionadas con la responsabilidad civil.

¿Consideras que a los efectos de computar el plazo de prescripción de la acción por responsabilidad extracontractual en caso de lesiones, el momento inicial de dicho plazo debe ser la declaración del INSS, aunque el alta médica, como es lógico, se haya produ-

cido con anterioridad o esa resolución sólo debe considerarse como una declaración administrativa que no afecta de forma diferente a la determinación del daño sufrido? ¿Por qué?

El “dies a quo” para el cómputo de la prescripción coincide con aquél en el que la acción pudo ejercitarse. Por ello, mientras no finaliza el proceso penal que se pudiera seguir no empieza a correr la prescripción, ni tampoco cuando el daño no se ha consolidado, esto es mientras no existen secuelas permanentes e irreversibles, al ser posible la mejoría. Consiguientemente, tampoco empieza a correr mientras se tramita el procedimiento administrativo o judicial en el que se resuelve sobre la capacidad laboral residual del presunto incapaz, pues la incapacidad laboral es un concepto indemnizable que no puede reclamarse mientras no la reconoce una resolución firme.

legislación



Baremo 2009

I. DISPOSICIONES GENERALES

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

Resolución de 20 de enero de 2009, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2009 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

El texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, establece que anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, deberán actualizarse las cuantías indemnizatorias que se recogen en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación y, en su defecto, quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje del índice general de precios al

consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior.

En este último supuesto, y con la finalidad de facilitar el conocimiento y aplicación del sistema, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones debe dar publicidad a las cuantías resultantes.

Habida cuenta que según datos del Instituto Nacional de Estadística, el índice general de precios al consumo se incrementó en el 1,4 por ciento en el periodo de referencia, procede actualizar en tal cuantía para el ejercicio de 2009 el sistema de valoración citado. A estos efectos se toman como base las cifras contenidas en el anexo del texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, una vez incrementadas en las actualizaciones correspondientes a los años 2005 a 2008.

Sobre la base de cuanto antecede, esta Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones ha acordado:



Dar publicidad a través de esta Resolución a las indemnizaciones, vigentes durante el año 2009, para caso de muerte, lesiones permanentes e incapacidades temporales, que resultan de aplicar el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, recogido en el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en

la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, incorporándose como anexo las cuantías actualizadas.

Madrid, 20 de enero de 2009. El Director General de Seguros y Fondos de Pensiones, Ricardo Lozano Aragüés.

ANEXO
TABLA I
Indemnizaciones básicas por muerte (incluidos daños morales)

Perjudicados/beneficiarios (1) de la indemnización (por grupos excluyentes)	Edad de la víctima		
	Hasta 65 años Euros	De 66 a 80 años Euros	Más de 80 años Euros
Grupo I			
Victima con cónyuge (2)			
A1 cónyuge	104837,52	78628,14	52418,76
A cada hijo menor	43682,30	43682,30	43682,30
A cada hijo mayor			
Si es menor de veinticinco años	17472,92	17472,92	6552,34
Si es mayor de veinticinco años	8736,46	8736,46	4368,23
A cada padre con o sin convivencia con la víctima	8736,46	8736,46	—
A cada hermano menor huérfano y dependiente de la víctima	43682,30	43682,30	—
Grupo II			
Victima sin cónyuge (3) y con hijos menores			
Sólo un hijo	157256,27	157256,27	157256,27
Sólo un hijo, de víctima separada legalmente	122310,44	122310,44	122310,44
Por cada hijo menor más (4)	43682,30	43682,30	43682,30
A cada hijo mayor que concorra con menores	17472,92	17472,92	6552,34
A cada padre con o sin convivencia con la víctima	8736,46	8736,46	—
A cada hermano menor huérfano y dependiente de la víctima	43682,30	43682,30	—
Grupo III			
Victima sin cónyuge (3) y con todos sus hijos mayores			
III.1 Hasta veinticinco años:			
A un solo hijo	113573,98	113573,98	65523,45
A un solo hijo, de víctima separada legalmente	87364,59	87364,59	52418,76
Por cada otro hijo menor de veinticinco años (4)	26209,38	26209,38	13104,69
A cada hijo mayor de veinticinco años que concorra con menores de veinticinco años	8736,46	8736,46	4368,23
A cada padre con o sin convivencia con la víctima	8736,46	8736,46	—
A cada hermano menor huérfano y dependiente de la víctima	43682,30	43682,30	—
III.2 Más de veinticinco años:			
A un solo hijo	52418,76	52418,76	34945,84
Por cada otro hijo mayor de veinticinco años más (4)	8736,46	8736,46	4368,23
A cada padre con o sin convivencia con la víctima	8736,46	8736,46	—
A cada hermano menor huérfano y dependiente de la víctima	43682,30	43682,30	—
Grupo IV			
Victima sin cónyuge (3) ni hijos y con ascendientes			
Padres (5):			
Convivencia con la víctima	96101,05	69891,68	—

Perjudicados/beneficiarios (1) de la indemnización (por grupos excluyentes)	Edad de la víctima		
	Hasta 65 años Euros	De 66 a 80 años Euros	Más de 80 años Euros
Sin convivencia con la víctima	69891,68	52418,76	-
Abuelo sin padres (6):			
A cada uno	26209,38	-	-
A cada hermano menor de edad en convivencia con la víctima en los dos casos anteriores	17472,92	-	-
Grupo V			
Víctima con hermanos solamente			
V.1 Con hermanos menores de veinticinco años:			
A un solo hermano	69891,68	52418,76	34945,84
Por cada otro hermano menor de veinticinco años (7)	17472,92	17472,92	8736,46
A cada hermano mayor de veinticinco años que concorra con hermanos menores de veinticinco años.	8736,46	8736,46	8736,46
V.2 Sin hermanos menores de veinticinco años:			
A un solo hermano	43682,30	26209,38	17472,92
Por cada otro hermano (7)	8736,46	8736,46	8736,46

- (1) Con carácter general:
 Cuando se trate de hijos, se incluirán también los adoptivos.
 Cuando se fijen cuantías distintas según la edad del perjudicado o beneficiario se aplicará la edad que fuese éste en la fecha en que se produjo el accidente de la víctima.
- (2) Cónyuge no separado legalmente al tiempo del accidente.
 Las uniones conyugales de hecho consolidadas se asimilarán a las situaciones de derecho.
- (3) Se equiparan a la ausencia de cónyuge la separación legal y el divorcio. No obstante, si el cónyuge separado o divorciado tiene derecho a la pensión regulada en el artículo 97 de Código Civil, le corresponderá una indemnización igual al 50 por 100 de las fijadas para el cónyuge en el grupo I.
 En los supuestos de concurrencia con uniones conyugales de hecho o, en su caso, de aquéllos o éstos con cónyuges no separados legalmente, la indemnización fijada para el cónyuge en el grupo I se distribuirá entre los concurrentes en proporción a la cuantía que les hubiera correspondido de no haber concurrencia.
- (4) La cuantía total de la indemnización que corresponda según el número de hijos se asignará entre ellos a partes iguales.
- (5) Si concudiesen uno que conviviera y otro que no conviviera con la víctima se asignará a cada uno el 50 por 100 de la cuantía que figura en su respectivo concepto.
- (6) La cuantía total de la indemnización se distribuirá al 50 por 100 entre los abuelos paternos y maternos.
- (7) La cuantía total de la indemnización que corresponda según el número de hermanos se asignará entre ellos a partes iguales.

TABLA II

Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte

Descripción	Aumento (en porcentaje o en euros)	Porcentaje de reducción
<i>Perjuicios económicos</i>		
Ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal:		
Hasta 26209,38 euros (1)	Hasta el 10,	-
De 26209,39 a 52418,76 euros	Del 11 al 25,	-
De 52418,77 hasta 87364,59 euros	Del 26 al 50,	-
Más de 87364,59 euros	Del 51 al 75,	-



Descripción	Aumento (en porcentaje o en euros)	Porcentaje de reducción
<i>Circunstancias familiares especiales</i>		
Discapacidad física o psíquica acusada (anterior al accidente) del perjudicado/beneficiario:		
Si es cónyuge o hijo menor	Del 75 al 100 (2)	-
Si es hijo mayor con menos de veinticinco años	Del 50 al 75 (2)	-
Cualquier otro perjudicado/beneficiario	Del 25 al 50 (2)	-
<i>Víctima hijo único</i>		
Si es menor	Del 30 al 50	-
Si es mayor, con menos de veinticinco años	Del 20 al 40	-
Si es mayor, con más de veinticinco años	Del 10 al 25	-
Fallecimiento de ambos padres en el accidente:		
Con hijos menores	Del 75 al 100 (3)	-
Sin hijos menores:		
Con hijos menores de veinticinco años	Del 25 al 75 (3)	-
Sin hijos menores de veinticinco años	Del 10 al 25 (3)	-
<i>Víctima embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente</i>		
Si el concebido fuera el primer hijo:		
Hasta el tercer mes de embarazo	13.104,69	-
A partir del tercer mes	34.945,84	-
Si el concebido fuera el segundo hijo o posteriores:		
Hasta el tercer mes	8.736,46	-
A partir del tercer mes	17.472,92	-
Elementos correctores del apartado primero 7 de este anexo	-	Hasta el 75.

(1) Se incluirá en este apartado cualquier víctima en edad laboral, aunque no se justifiquen ingresos.

(2) Sobre la indemnización que corresponda al beneficiario discapacitado.

(3) Sobre la indemnización básica que corresponda a cada perjudicado.

TABLA III

Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales)

Valores del punto en euros

Puntos	Hasta 20 años Euros 2009	De 21 a 40 años Euros 2009	De 41 a 55 años Euros 2009	De 56 a 65 años Euros 2009	Más de 65 años Euros 2009
1	776,83	719,18	661,52	608,99	545,08
2	800,81	739,73	678,64	625,84	553,71
3	822,32	758,11	693,86	640,90	562,45
4	841,40	774,30	707,16	654,13	567,16
5	858,02	788,31	718,56	665,56	571,98
6	872,20	800,13	728,06	675,15	575,55
7	890,95	816,23	741,49	688,37	582,42
8	907,84	830,69	753,49	700,22	588,35
9	922,92	843,51	764,07	710,71	593,31
10-14	936,16	854,69	773,23	719,85	597,34

Puntos	Hasta 20 años Euros 2009	De 21 a 40 años Euros 2009	De 41 a 55 años Euros 2009	De 56 a 65 años Euros 2009	Más de 65 años Euros 2009
15-19	1.100,24	1.007,08	913,89	847,54	666,59
20-24	1.250,94	1.147,03	1.043,12	964,83	729,84
25-29	1.401,33	1.286,60	1.171,88	1.081,84	794,44
30-34	1.542,13	1.417,29	1.292,46	1.191,38	854,71
35-39	1.673,56	1.539,30	1.405,04	1.293,66	910,78
40-44	1.795,88	1.652,87	1.509,86	1.388,84	962,78
45-49	1.909,30	1.758,19	1.607,09	1.477,11	1.010,76
50-54	2.014,11	1.855,53	1.696,94	1.558,69	1.054,86
55-59	2.153,54	1.984,73	1.815,91	1.667,05	1.117,53
60-64	2.290,24	2.111,41	1.932,58	1.773,27	1.178,97
65-69	2.424,28	2.235,60	2.046,93	1.877,44	1.239,21
70-74	2.555,68	2.357,37	2.159,07	1.979,54	1.298,27
75-79	2.684,49	2.476,73	2.269,00	2.079,65	1.356,16
80-84	2.810,79	2.593,77	2.376,76	2.177,80	1.412,92
85-89	2.934,60	2.708,51	2.482,42	2.274,01	1.468,58
90-99	3.056,00	2.821,00	2.586,00	2.368,36	1.523,14
100	3.175,01	2.931,28	2.687,56	2.460,88	1.576,63

TABLA IV

Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes

Descripción	Aumento (en porcentaje o en euros)	Po de 1
<i>Perjuicios económicos</i>		
Ingresos netos de la víctima por trabajo personal:		
Hasta 26209,38 euros (1)	Hasta el 10.	
De 26209,39 a 52418,76 euros	Del 11 al 25.	
De 52418,77 hasta 87364,59 euros	Del 26 al 50.	
Más de 87364,59 euros	Del 51 al 75.	
<i>Daños morales complementarios</i>		
Se entenderán ocasionados cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos Sólo en estos casos será aplicable		
Hasta 87.364,59.		
<i>Lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima</i>		
Permanente parcial:		
Con secuelas permanentes que limiten parcialmente la ocupación o actividad habitual, sin impedir la realización de las tareas fundamentales de la misma		
Hasta 17.472,92.		
Permanente total:		
Con secuelas permanentes que impidan totalmente la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual del incapacitado		
De 17.472,92 a 87.364,59.		
Permanente absoluta:		
Con secuelas que inhabiliten al incapacitado para la realización de cualquier ocupación o actividad		
De 87.364,60 a 174.729,19.		



Descripción	Aumento (en porcentaje o en euros)	Porcentaje de reducción
Grandes inválidos		
Personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejías, paraplejías, estados de coma vigil o vegetativos crónicos, importantes secuelas neurológicas o neuropsiquiátricas con graves alteraciones mentales o psíquicas, ceguera completa, etc): Necesidad de ayuda de otra persona: Ponderando la edad de la víctima y grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales de la vida Se asimilan a esta prestación el coste de la asistencia en los casos de estados de coma vigil o vegetativos crónicos	Hasta 349.458,38	—
Adecuación de la vivienda		
Según características de la vivienda y circunstancias del incapacitado, en función de sus necesidades	Hasta 87.364,59	—
Perjuicios morales de familiares:		
Destinados a familiares próximos al incapacitado en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada, según circunstancias	Hasta 131.046,89	—
Embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente (2)		
Si el concebido fuera el primer hijo:		
Hasta el tercer mes de embarazo	Hasta 13.104,69	—
A partir del tercer mes	Hasta 34.945,84	—
Si el concebido fuera el segundo hijo o posteriores:		
Hasta el tercer mes de embarazo	Hasta 8.736,46	—
A partir del tercer mes	Hasta 17.472,92	—
Elementos correctores del apartado primero.7 de este anexo	Según circunstancias	Según circunstancias
Adecuación del vehículo propio		
Según características del vehículo y circunstancias del incapacitado permanente, en función de sus necesidades	Hasta 26.209,38	—

- (1) Se incluirá en este apartado cualquier víctima en edad laboral, aunque no se justifiquen ingresos.
 (2) Habrá lugar a la percepción de esta indemnización, aunque la embarazada no haya sufrido lesiones.

TABLA V

Indemnizaciones por incapacidad temporal (compatibles con otras indemnizaciones)

A) Indemnización básica (incluidos daños morales):

Día de baja	Indemnización diaria (Euros)
Durante la estancia hospitalaria	65,48
Sin estancia hospitalaria:	
Impeditivo (1)	53,20
No impeditivo	28,65

- (1) Se entiende por día de baja impeditivo aquel en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual.

B) Factores de corrección:

Descripción	Porcentajes aumento	Porcentajes disminución
Perjuicios económicos		
Ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal:		
Hasta 26209,38 euros	Hasta el 10.	—
De 26209,39 a 52418,76 euros	Del 11 al 25.	—
De 52418,77 hasta 87364,59 euros	Del 26 al 50.	—
Más de 87364,59 euros	Del 51 al 75.	—
Elementos correctores de disminución del apartado primero.7 de este anexo	—	Hasta el 75.

noticias y actividades

■ VIII CONGRESO NACIONAL. SANTANDER. NOVIEMBRE 2008

En esta edición de 2008, el comité organizador del Congreso Nacional consideró conveniente establecer cuatro bloques temáticos: Cuestiones sobre RC en general; Cuestiones sobre Seguridad Vial; Reformas legales en materia de RC y Seguro y Otras cuestiones de RC.

En el primer bloque “**Cuestiones sobre RC en general**” se recogieron temas referidos a la responsabilidad civil en cualquier ámbito, comenzando por el trabajo de **Eduardo de Urbano Castrillo**, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, que se centró en una materia tan de actualidad como es la siniestralidad en la construcción por faltas de medidas de seguridad y analizó la jurisprudencia más actual sobre la materia, subrayando qué elementos deben concurrir a la hora de estimar la existencia de responsabilidad civil del coordinador en materia de seguridad y salud ante un accidente de trabajo. Se trata, pues, de un estudio que ayuda a comprender mucho mejor esta materia y asimismo se convierte en una guía para el trabajo diario en la misma.

En la segunda intervención, a cargo del Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Jesús **Caballero Klink**, se analizó uno de los ámbitos





Sesión inaugural del VIII Congreso Nacional de la Asociación.

de la responsabilidad civil que surge cada vez con más fuerza en nuestra sociedad, la responsabilidad medioambiental, puesto que todas aquellas actividades o actuaciones que atacan al sistema medioambiental generan una importante responsabilidad civil a cargo de los responsables de la actividad, responsabilidad ésta que se configura de una forma objetiva, donde la relación de causalidad se erige en elemento principal de la misma, dejando así a un margen el elemento culpabilístico.

La tercera de las ponencias corrió a cargo de **Gonzalo Iturmendi Morales**, Abogado, quien nos habló de la responsabilidad civil de las sociedades profesionales, figura ésta que nos interesa de forma particular al adoptarse por muchos de nosotros como una forma de desarrollo de nuestra profesión. Sin duda surgen muchos interrogantes acerca del ré-

gimen jurídico de las mismas, los cuales se abarcan de forma explícita en este trabajo.

Este bloque se finalizó con una exposición de **Esperanza Alcaín Martínez**, Profesora Titular de Derecho Civil de Granada, que desarrolló una ponencia dedicada al estudio de la responsabilidad civil de las personas con discapacidad intelectual y mental. Sin duda es un tema más que interesante, el cual genera distintas responsabilidades dependiendo del tipo de régimen al que se encuentren sometidas estas personas, y que por tanto necesita de un estudio particular.

El segundo bloque se centró en el tema “**Cuestiones sobre Seguridad Vial**”. Para analizar las reformas operadas en esta materia se contó con el trabajo realizado por **Julián Sánchez Melgar**,



La jornada del jueves por la mañana, moderada por Javier López, estuvo protagonizada por las ponencias de Eduardo de Urbano Castrillo, Jesús Caballero Klink, Gonzalo Iturmendi Morales y Esperanza Alcaín Martínez.



En la tarde del jueves, el turno correspondió a Julián Sánchez Melgar, Ángel Núñez Sánchez y José Manuel de Paúl Velasco, bajo la moderación de José María Hernández Carrillo.

Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, que analizó los nuevos delitos contra la seguridad vial y sus incidencias en la responsabilidad civil. Sin duda se trata de un estudio necesario sobre nuevas figuras jurídicas con las que nos tenemos que familiarizar y sobre todo conocer cuál va a ser su tratamiento.

En cuanto al segundo trabajo de este bloque, corrió a cargo de **Ángel Núñez Sánchez**, Fiscal de la Audiencia Provincial de Cádiz, quien expuso sobre los juicios rápidos en materia de tráfico, incidiendo también en el tratamiento que en los mismos se hace sobre la responsabilidad civil. Un magnífico trabajo el realizado, tal y como nos tiene acostumbrados este ilustre jurista gaditano.

Por último en esta sección **José Manuel de Paúl Velasco**, Presidente de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, ofreció un estudio sobre los nuevos delitos de conducción peligrosa ex lege del artículo 379 del Código Penal. Se trata de un trabajo que nos sirve también de herramienta útil para el trabajo diario en nuestra profesión y que agradecemos enormemente que se nos presentase de esta manera y a cargo de un excelente estudioso de la materia como es este ponente.

Se abrió el tercer bloque de materias del Congreso bajo el apartado dedicado a las **“Reformas lega-**

les en materia de RC y Seguro”, el cual comenzó con la ponencia de **Julio Veloso Montero**, Director de la División de Siniestros de Allianz en España quien presentó su trabajo sobre el nuevo Reglamento de la LRCSCVM, analizando la nueva descripción de qué debe considerarse como vehículo de motor, así como del concepto del hecho de la circulación, además del análisis de otras disposiciones generales del Reglamento.

Y como continuación del tema anterior, se encargó a **José Manuel Villar Calabuig**, Director de la División de Siniestros Autos de Groupama, el análisis que dentro del nuevo Reglamento se le da a la figura de la oferta y respuesta motivada, así como a los convenios de indemnización directa. Y es que esta ha sido una de las novedades más llamativas del nuevo Reglamento, la cual comienza a tramitarse en cada vez más siniestros y que por tanto conviene conocer a fondo.

La tercera intervención en este bloque correspondió a **Alberto Javier Tapia Hermida**, Profesor Titular de Derecho Mercantil y miembro del Bufete Sánchez Calero, quien abarcó la reforma de la Ley del Contrato de Seguro haciéndose seis preguntas esenciales sobre esta reforma, un trabajo imprescindible para quienes nos dedicamos a esta materia, dado que se trata del estudio de la norma principal en materia de seguro, pero



El viernes expusieron sus ponencias Julio Veloso Montero, José Manuel Villar Calabuig, Alberto Javier Tapia Hermida y Juan Antonio Xiol Ríos.

sobre todo por la profundidad de las cuestiones planteadas y la claridad en sus posicionamientos que denotan un grandísimo conocimiento de esta materia.

Y por último cerrando el bloque, **Juan Antonio Xiol Ríos**, Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo y asiduo ponente en nuestros congresos, quien analizó la tan escuchada necesaria reforma del sistema legal valorativo, algo que sin duda requiere de un análisis a fondo para de este modo poder conseguir

que el nuevo sistema de solución a todos aquellos problemas con los que actualmente nos encontramos. Y es que desde su promulgación, el sistema legal valorativo del daño corporal para los accidentes de circulación, conocido en nuestra terminología habitual de forma poco ortodoxa como “el baremo”, ha sido objeto de fuertes críticas tanto doctrinales como jurisprudenciales, algunas con mayor acierto y otras carentes de justificación, pero lo cierto es que después de los más de doce años que han transcurrido desde su entrada en vigor, se han detectado





La asistencia a las diferentes ponencias fue excepcional.

muchos extremos del mismo que deberían aclararse e incluso rectificarse, y sobre todo, en eso coinciden todos los autores, debería regularse claramente la valoración del daño patrimonial, ya sea daño emergente o lucro cesante.

El último bloque de materias fue como siempre un cajón de sastre y estuvo dedicado a “**Otras cuestiones de R.C.**”, corriendo a cargo de **Jo-**

quín Huelin Martínez Velasco, Magistrado de la Sala 3ª del Tribunal Supremo y **Mariano Medina Crespo**, Presidente de nuestra Asociación. El primero analizó las Directivas comunitarias sobre Seguros, las cuales son de suma importancia y que la mayoría de las veces podemos olvidar en el planteamiento de nuestros asuntos, por lo que este trabajo nos ayuda a conocerlas más de cerca. Por último, el Presidente de nuestra Asocia-





Actuación del cuarteto en la clausura

ción clausuró el congreso con un estudio sobre el valorismo, trabajo que nadie como él puede desarrollar, puesto que requiere del amplio conocimiento de la materia y la práctica al que siempre nos tiene acostumbrados.

Con nuestros congresos que se realizan cada año, al igual que con esta publicación, se pretende conseguir el primer objetivo de nuestra Asociación que nos es otro que: “La promoción y difusión de estudios, investigaciones y publica-

ciones, relacionados con cualesquiera aspectos técnicos del Derecho sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Dicha promoción se extiende a la celebración de conferencias, cursos, seminarios, congresos y reuniones de trabajo, tanto para sus asociados como para terceros, que versen sobre aquellas materias. Asimismo, a la difusión entre asociados y terceros de las normas, Jurisprudencia, doctrina, criterios y práctica en materia de Responsabilidad Civil y Seguro”.

Pero desde luego el congreso no podría haberse celebrado si no hubiera sido por la dedicación y el cariño que han puesto en el mismo tanto nuestro vocal en



Grupo de compañeros de Málaga.

Cantabria **Samuel Pérez del Camino Merino**, como las compañeras Teresa Huerta Gandarillas y Gema de Nemesio Lamar, a los cuales la Asociación le agradece todo el esfuerzo desarrollado que se ha visto recompensado con un Congreso de Magnífico nivel en todos los sentidos.



Mesa de los ponentes



Grupo de compañeros de Cádiz.



La jornada lúdica del sábado transcurrió en los magníficos parajes del Parque de Cabárcenos.



ACTA DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO, CELEBRADA EN SANTANDER EL DÍA 15 DE NOVIEMBRE DE 2008.

1º.- Lectura y aprobación del Acta de la sesión anterior de 17 de Noviembre de 2007.

A continuación por Jose 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 Úbeda (Jaén) el pasado día 17 de Noviembre de 2007, que es aprobada por unanimidad sin ningún voto en contra ni abstención.

2º- Renovación de Cargos.

Conforme a la modificación obrada en los Estatutos en su día, se procede a la renovación parcial de los cargos y vocalías que a continuación se relacionan, según el resultado de la elección por los asistentes, delegando la Asamblea General en la Junta Directiva para designar a quienes suplan las vocalías vacantes.



Mariano Medina fue reelegido como presidente de la Asociación.

Presidente: D. Mariano Medina Crespo

Secretario General: D. Javier López y García de la Serrana

Vocal por Madrid: D. José Manuel Villar Calabuig

Vocal por Cataluña: D. Joseph Viella Masegú

Vocal por Extremadura: D. Carmelo Cascón Merino

Vocal por Canarias: D. Victor Martín Alvarez

Vocal por C. la Mancha: D. Ubaldo González Garrote

Vocal por Galicia: D. Celestino Barros Pena

Vocal por Murcia: D^a. Fernanda Vidal Pérez

3º.- 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 exitosa celebración del Sexto Congreso de Derecho de Circulación y Seguro de Almería, –en cuya organización colaboramos–, coordinado por Pedro Torrecillas, nuestro vocal en Andalucía oriental, de la Quinta Jornada de la vocalía de la Asociación en Málaga, celebrada en Marbella, y del Congreso organizado en Mallorca por el ICAIB nuestra vocal en la demarcación, Doña Celia Pitta Piñón. Igualmente, se refieren las distintas Jornadas en otros Colegios de Abogados de España en las que, de diversas formas, esta colaborando la Asociación.

Se da cuenta asimismo de la alta valoración científica hacia la revista de la Asociación entre sus homólogas, con mención expresa del último número de notable contenido doctrinal, jurisprudencial, legislativo y congresual.

Por D. Javier López y García de la Serrana, se da cuenta de las gestiones realizadas con el Banco de Sabadell, materializadas ya en el carnet del asociado remitido días antes del Congreso, y de las futuras características de su transformación en tarjeta visa, sin coste alguno de emisión, como expresión de una cuenta corriente con unas prestaciones muy ventajosas (sin comisiones de ningún tipo) para los miembros de la Asociación y créditos a muy bajo coste (toda esa información obra en la web de la Asociación con un enlace especial al Banco Sabadell).

Se da la enhorabuena unánime al compañero D. Samuel Pérez del Camino Merino y sus colaboradores por la labor meritoria realizada en el Congreso de Santander 2008.

4°.- Análisis de gastos y aprobación de cuentas.

Según se acordó años atrás, para agilizar durante el transcurso del año la materialización in situ de cada congreso, la función de Tesorero que ostenta D. Jose 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 presentadas por D. Mariano Herrador Guardia, constan detalladas en la zona privativa de los socios de la página Web de la Asociación de forma previa a esta reunión para su conocimiento general. Son no obstante detalladas por el Secretario General, y aprobadas por unanimidad.

5°.- Presupuesto del Ejercicio siguiente.

Se excusó su presentación postergando su envío en el futuro.

6°.- Congresos del Próximo año.

La ciudad de Almería se postuló el pasado año

para la organización del IX Congreso Anual 2009, y fue aprobada su candidatura, personalizada en el compañero D. Pedro Torrecillas Jiménez.

Asimismo se postula la ciudad de Mallorca para el año 2010, Córdoba para el año 2011, y Cádiz en el año 2012 se autoriza la organización del próximo Congreso para escoger la fecha de este fijándola según criterio de oportunidad y adecuación.

7°.- Ruegos y preguntas.

A continuación se plantean diversas propuestas a considerar en la celebración del programa del próximo Congreso, con interesantes aportaciones de Andrés López, Javier López, Samuel Pérez del Camino, o Gonzalo Iturmendi. Se reitera a los vocales su compromiso adquirido de elaborar artículos doctrinales para la revista de la asociación, o promoverlos –y obtenerlos– en su demarcación.

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

publicaciones recomendadas



TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. 4ª EDICIÓN

Autor: **Reglero Campos, F.**
Editorial: **Aranzadi**
Fecha: **2008**



RESPONSABILIDAD CIVIL POR VICIOS DE LA CONSTRUCCIÓN

Autor: **Montserrat Valero, A.**
Editorial: **Difusión Jurídica**
Fecha: **2008**



**RECIBIDA TODA LA INFORMACIÓN SOBRE LA ESPECIALIDAD
INSCRIBIÉNDOSE EN LA
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS
EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO**

D. _____ N.I.F.: _____

Fecha de nacimiento _____

Colegio ejerciente n.º _____ año _____ del Ilustre Colegio de Abogados de _____

Con domicilio en _____ Provincia _____

Calle/ Plaza _____ C.P. _____ n.º _____

Teléfono _____ Fax _____ e-mail _____

Solicita: su admisión como socio en la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, declarando no estar incurso/a en ninguna de las prohibiciones e incompatibilidades establecidas en el Estatuto General de la Abogacía o en los Estatutos de la Asociación, comprometiéndose a satisfacer la cuota anual que fije la Asamblea General, así como a respetar en su integridad las normas reguladoras de la Asociación.

En _____ a _____ de _____ del año _____

Fdo.: _____

CUOTA DE INSCRIPCIÓN (sólo una vez): 90'15 €; CUOTA TRIMESTRAL: 30'05 €

VENTAJA PARA LOS ASOCIADOS



- 1. Inclusión en el Listado Provincial de Asociados que se publica en la web.
- 2. Acceso ilimitado y gratuito a la mayor Base de Datos de Jurisprudencia en materia de Responsabilidad Civil y Seguro a través de acceso on-line o CD interactivo.
- 3. Suscripción gratuita trimestral a esta Revista.
- 4. Consultas especializadas en el Foro de Debate abierto en la web.
- 5. Dto. 25% en el Congreso Nacional anual.
- 6. Dtos. del 5% en distintas Editoriales.

- Domiciliación Bancaria
- Por Banco/Caja

DATOS BANCARIOS (les ruego se sirvan atender los recibos presentados para su cobro por Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro).

Titular de la cuenta _____

Banco o Caja _____

Dirección _____

C.P. _____ Población _____

Cuenta Corriente / Libreta de Ahorro:
 [][][][] [][][][][] [][] [][][][][][][][][][]

Fecha: ___ / ___ / ___

Firma (imprescindible):

Remitir este boletín de inscripción al nº de Fax: **958 201 697** de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Asimismo puede inscribirse llamando al teléfono **902 361 350** o a través de la página web **www.asociacionabogadosrcs.org**

De conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, se informa que sus datos personales se incorporarán en una base de datos informatizada de la que es responsable la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO con el fin de mantener un listado de sus socios. Ud. como titular podrá ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO a través del correo postal a, C/. Trajano, no 8 – 1ª Planta - 18002 Granada, indicando como referencia Protección de Datos. En dicho correo deberá especificar qué derechos desea ejercitar y adjuntar una fotocopia del DNI para comprobar que es el propio interesado quien ejercita el derecho.

Se merece un Descanso



Andalucía - Barcelona - Canarias - Madrid

www.playasenator.com



CENTRAL DE RESERVAS

 **(+34) 902 533 532**

 **(+34) 950 333 655**

 **reservas@playasenator.com**

CADENA HOTELERA

LIDER

EN ANDALUCIA



24, 25 y 26 septiembre Almería 09

IX Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

Jueves 24

- 09:00 h. Asamblea General de la Asociación (se celebrará en el Hotel Playa Aguadulce)
- 10:30 h. Entrega de documentación en el Palacio de Congresos (para el que no la haya retirado en el Hotel)
- 11:00 h. Inauguración oficial del Congreso
- 11:30 h. 1ª Ponencia - Eugenio Llamas Pombo, abogado y catedrático de Derecho Civil de la U. de Salamanca
- 12:30 h. 2ª Ponencia - Ignacio Rodríguez Fernández, fiscal de la Audiencia Provincial de Granada
- 13:30 h. 3ª Ponencia - Mariano Yzquierdo Tolsada, catedrático de Derecho Civil de la U. Complutense
- 19:00 h. Salida para el Coktel de recepción en la Alcazaba de Almería

Viernes 25

- 09:00 h. 4ª Ponencia - Mariano Medina Crespo, abogado y presidente de la Asociación
- 10:30 h. 5ª Ponencia - Sergio Álvarez Camiña, subdirector de Política Legislativa de la Dirección General de Seguros
- 11:00 h. **Panel Debate**
- 11:30 h. 6ª Ponencia - Manuel Estrella Ruiz, magistrado de la Audiencia Provincial de Cádiz.
- 11:30 h. Mesa redonda sobre valoración de la incapacidad permanente en circulación:
Moderador: Javier López y García de la Serrana, abogado y secretario general de la Asociación.
- Intervienen:
 - Andrés Velez Ramal, magistrado de la Audiencia Provincial de Almería secc. 1ª
 - Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón, magistrado de la Audiencia Provincial de Almería secc. 2ª
 - Soledad Jiménez de Cisneros Cid, magistrada de la Audiencia Prov. de Almería secc. 3ª
 - José de la Higuera, forense del Instituto de Medicina Legal de Granada.
 - José Manuel Villar Calabuig, abogado y vocal de la Asociación en Madrid.

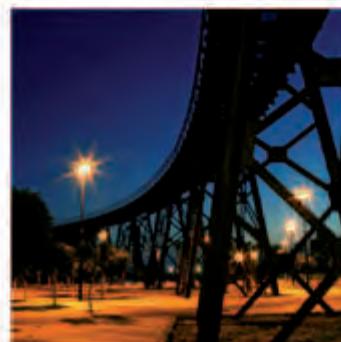
Sábado 26

- 09:00 h. 7ª Ponencia - Javier Gómez Bermúdez, presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (por confirmar)
- 10:00 h. 8ª Ponencia - José Manuel López y García de la Serrana, magistrado de la Sala 4ª del Tribunal Supremo
- 11:00 h. 9ª Ponencia - José Antonio Seijas Quintana, magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo
- 11:30 h. Clausura oficial del Congreso
- 12:30 h. Cena de Clausura del Congreso (Hotel Playa Aguadulce)
- 19:00 h. Baile y barra libre hasta las 5 de la madrugada

Domingo 27

- 09:00 h. Recogida del Hotel y traslado al "Poblado del Desti" (jornada de monta a caballo, grabación de película, comida vaquera, barra libre toda la tarde). Vuelta en autobús al hotel.

IX congreso nacional



ORGANIZA



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Inscripciones
902 361 350

www.asociacionabogadosrcs.org