

nº 55

Tercer Trimestre. Año 2015



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

**Los métodos
alternativos de
resolución de
conflictos en el
ámbito de la
responsabilidad
civil y seguro**

**Cómo valorar la
pérdida de la
calidad de vida en
los artículos 107, 108
y 109 de la Ley
35/2015**

**Bullying, marco
legal y
jurisprudencial**

asociacionabogadosrcs.org



PRÓXIMAMENTE

NUEVA ACCIÓN FORMATIVA PRESENCIAL

FOROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

UN NUEVO DERECHO AL ALCANCE DE TU MANO



NOVEDAD EN FORMACIÓN PRESENCIAL

Lograr la excelencia en el ámbito profesional supone alcanzar metas y conseguir éxitos que no se pueden llevar a cabo sin dominar la materia. Por ello, desde Thomson Reuters, te proponemos esta una nueva forma de adquirir conocimientos, mejorar día a día y estar actualizado.

ORGANIZAN:

-Thomson Reuters **Aranzadi**
-Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

FOROS EN RESPONSABILIDAD CIVIL

Encuentros mensuales entre profesionales diseñados con el objetivo de dotar de seguridad jurídica al profesional que tiene que enfrentarse a un procedimiento en esta materia.

CARACTERÍSTICAS

- Visión práctica de todas las cuestiones de máxima actualidad en materia de Responsabilidad Civil
- Análisis de las tendencias jurisprudenciales que se van adoptando por los tribunales.
- Ponentes de máximo prestigio y alta cualificación.

DIRECTOR NACIONAL:

Javier López y García de la Serrana

LUGARES DE CELEBRACIÓN

Alicante. Bilbao. Granada.

Madrid. Sabadell. Oviedo. Valencia

LOS CONOCIMIENTOS ADQUIRIDOS TE PERMITIRÁN

1. Conocer los últimos criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.
2. Manejar con soltura los criterios de la Audiencia Provincial del lugar donde se celebre el foro en materia de responsabilidad civil.
3. Tener un conocimiento exhaustivo de todas las cuestiones de máxima actualidad relacionadas con el derecho de Responsabilidad Civil
4. Adquirir la seguridad jurídica necesaria para enfrentarse a las cuestiones que puedan surgir el caso encomendado por el cliente.
5. Seguridad en el momento de interponer recursos.

Más información:

www.aranzadi.es/cursos

aranzadi.formacion@thomsonreuters.com

91 754 90 16

**FOROS DE
RESPONSABILIDAD
CIVIL**

10% DESCUENTO
SOBRE PVP PARA
CLIENTES TR Y
MIEMBROS DE LA
ASOCIACIÓN



nº55

Tercer Trimestre. Año 2015



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA N° 55

EDITORIAL

Valladolid, ciudad de grandezas

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

DOCTRINA

- Los métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito de la responsabilidad civil y seguro

Susana Sucunza Totoricagüena.....9

- Cómo valorar la pérdida de la calidad de vida en los artículos 107, 108 y 109 de la Ley 35/2015

Juan Antonio Cobo Plana.....19

- Bullying, marco legal y jurisprudencial

Sandra Gálvez Melguizo.....45

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 10 julio de 2015.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Los daños o perjuicios en la carga producidos por el incumplimiento del transportista de sus deberes de custodia se equiparan a aquéllos ocasionados con dolo.....61

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 8 de septiembre de 2015.

- **RESPONSABILIDAD CIVIL:** Se condena a la administración demandada a abonar la cantidad de 70.000 euros a una paciente que se somete a una operación de reducción de estómago por ausencia de consentimiento informado, a pesar de que no hubo *mala praxis*.....67

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 10 de septiembre de 2015.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado en el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, por impago de la primera prima o prima única por culpa del tomador, es necesario que acredite haber comunicado de forma fehaciente al asegurado la resolución del contrato.....75

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 15 de septiembre de 2015.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Promotora reclama a constructora y arquitectos por defectos en la obra, en base a la acción de cumplimiento de contrato del art. 1101 del Código Civil. Se considera legitimada a la promotora para reclamar la reparación in natura de la promoción de viviendas vendida, sin estar autorizada por la Comunidad de Propietarios.....83

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 23 de septiembre de 2015.
RESPONSABILIDAD CIVIL: La inexistencia de póliza o aval individual de afianzamiento de cantidades para las cantidades entregadas a cuenta, no exime a la aseguradora o entidad avalista, en su caso, de hacer efectiva la garantía suscrita mediante la póliza colectiva.....91

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por *José M^a Hernández-Carrillo Fuentes*.....103

ENTREVISTA A...

Mariano Medina Crespo

Por *M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán*.....119

NOTICIAS

- ➔ Aprobada la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.....123

EDITA:

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

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán

COORDINADORA DE CONTENIDOS:

Carmen Reyes Vargas

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Mariano Medina Crespo (Presidente), Andrés Cid Luque (Vicepresidente), Javier López y García de la Serrana (Secretario General), José María Hernández-Carrillo Fuentes (Secretario de Actas-Tesorero), Andrés López Jiménez, Fernando Estrella Ruiz, José Félix Gullón Vara, María Fernanda Vidal Pérez, José Manuel Villar Calabuig, Luis A. Orriols Martínez, Carmelo Cascón Merino, Diego Elum Macias, Víctor Martín Álvarez, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino Merino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez González, Pedro Torrecillas Jiménez, José Luis Nava Meana, Susana Sucunza Toticagüena, Luis Julio Cano Herrera y José Antonio Badillo Arias.

MIEMBROS DE HONOR DE LA ASOCIACIÓN:

Mariano Yzquierdo Tolsada, Miquel Martín Casals, Fernando Pantaleón Prieto, Jesús Fernández Entralgo, Eugenio Llamas Pombo, Ricardo de Ángel Yágüez, José Manuel de Paúl Velasco, Fernando Reglero Campos (), Miguel Pasquau Liaño, Juan Antonio Xiol Ríos, José Manuel López García de la Serrana y Antonio Salas Carceller.*

MEDALLA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN:

Juan Antonio Xiol Ríos

DISEÑO:

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

IMPRIME:

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

D.L. GR-1228/02

ISSN 1887-7001



asociacionabogadosrcs.org

Valladolid, ciudad de grandezas

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

La noble ciudad de Valladolid, no solo cuenta con un importante patrimonio artístico, sino que también atesora el poso que dejaron las grandes personalidades que vivieron en ella y los hechos históricos que jalonan su historia. Desde la secreta boda de los Reyes Católicos que engrandecieron la ciudad durante su reinado, la importancia de ser una de las ciudades imperiales de los Austrias, sede de la Corte en varias ocasiones y capital del reino, por donde pasaron o se establecieron grandes figuras de las letras como Cervantes, Quevedo o Góngora y grandes artistas como Juan de Juni, Gregorio Fernández y Alonso Berruguete, tiene en su haber ser el lugar del nacimiento de dos reyes Felipe II y Felipe III y de la muerte de personalidad tan insigne como Cristóbal Colón.

No podemos olvidar en el Quinto Centenario de Santa Teresa de Jesús, patrona de muchos Colegio de Abogados, que Valladolid es ciudad Teresiana y que la Santa dejó impresa también su huella en la ciudad con su cuarta fundación conventual.

Asimismo, las grandezas que Valladolid atesora, tanto en patrimonio, como en historia, no pueden por más, que tener también su refle-

jo en el campo del derecho y la justicia. La capital vallisoletana cuenta con el honor de ser sede histórica de justicia, por haber albergado la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid. Que sin duda ha marcado el carácter de esta ciudad a lo largo de los siglos uniéndola ya para siempre al derecho y a la administración de justicia como una de sus más importantes y antiguas sedes.

Los orígenes debemos buscarlos en la Baja Edad Media, cuando durante el reinado de Enrique II, las Cortes de Toro de 1371 establecen y regulan la Real Audiencia como máxima instancia judicial, que tendría competencias definidas para delimitar sus funciones respecto del Consejo Real.

Esta Real Audiencia se va sedentarizando en Valladolid, que se consolida como histórica sede de justicia en el Reino de Castilla y que culmina con el reinado de los Reyes Católicos, en que se institucionaliza y define definitivamente su planta como Real Audiencia y Chancillería de Valladolid.

La reorganización de la justicia por parte de los Reyes Católicos consolida a la Chancillería como un importantísimo organismo administrativo y jurídico que representa la autoridad real. La amplitud del territorio jurisdiccional aconseja que se cree otra nueva sede, aliviando así la carga jurisdiccional de Valladolid. Para ello se funda en 1494, en Ciudad Real, una nueva Audiencia con competencia para todos los territorios situados al sur del río Tajo, que se establecerá definitivamente en Granada a partir del año 1505.

La Real Chancillería de Valladolid funcionará durante toda la Edad Moderna como el más alto tribunal de justicia de la Corona de Castilla

para los territorios situados al norte del río Tajo, quedando los territorios del sur bajo la jurisdicción de la Real Chancillería de Granada que tendría también especial relación con las Audiencias de Indias.

Este organigrama jurídico se mantiene con algunos cambios en los que poco a poco las Reales Chancillerías van perdiendo jurisdicción hasta que finalmente en el siglo XIX la modernización de la justicia lleva a la supresión definitiva de las Chancillerías de Valladolid y Granada mediante decreto de 26 de enero de 1834, por el que se crean las Reales Audiencias (posteriormente Audiencias Territoriales).

Pero no perderá por eso la capital vallisoletana su carácter de centro jurídico, puesto que las competencias de la Real Chancillería de Valladolid serán heredadas por la Audiencia Territorial de Valladolid, con jurisdicción en las provincias de Valladolid, Palencia, León, Zamora y Salamanca, sellando así una nueva etapa de preeminencia en el organigrama judicial que permite que continúe indeleble en la ciudad su identidad jurídica. Con la nueva planta resultante del estado autonómico, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, órgano superior y la culminación de la Administración de Justicia en la comunidad autónoma, tiene su sede en Burgos integrado por la Sala Civil y Penal, la Sala Contenciosa-Administrativa y la Sala Social. Estas dos últimas tienen jurisdicción solo sobre las provincias de Ávila, Burgos, Segovia y Soria, pues Valladolid también tiene Salas de lo Social y de lo Contencioso, con jurisdicción sobre las provincias de León, Palencia, Salamanca, Valladolid y Zamora, continuando de esta forma con su tradición jurídica.

Por todo ello, esta hermosa ciudad ha sido la elegida en un año marcado por unas importantísimas reformas legislativas, y que van a suponer en muchos ámbitos del Derecho de Responsabilidad Civil y Seguro, un antes y un después. Y qué mejor forma de empezar nuestro XV Congreso Nacional que de la mano de un ponente como **ANTONIO DEL MORAL GARCÍA**, magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que nos ofrecerá un análisis sobre '**El dolo penal como exclusión de cobertura en los seguros de RC: idas y vueltas en la jurisprudencia**', materia que resulta de gran interés teniendo en cuenta la última jurisprudencia de la Sala Segunda en esta materia, así como de los Votos Particulares que se vienen realizando por alguno de los ponentes que forma la Sala. Con esta ponencia tendremos la oportunidad de escuchar de 'primera mano', cómo la jurisprudencia viene



conjugando el principio de inasegurabilidad del dolo con la acción directa regulada en el artículo 76 de la LCS, hasta las últimas sentencias dictadas en la materia.

Seguidamente, contaremos con otra ponencia de gran interés por cuanto que trata una de las últimas modificaciones legislativas que han alterado la práctica judicial en materia de accidentes de tráfico. Nos referimos a '**La despenalización de las faltas en la reforma del Código Penal y los efectos en los procedimientos por accidentes de circulación de la disposición cuarta**', título del trabajo realizado por otro gran conocido de nuestra Asociación y habitual



colaborador, **MANUEL ESTRELLA RUIZ**, presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz, quien nos acercará al origen y cambios más significativos de la reforma, así como la influencia de la misma en la tramitación de las denuncias por las denominadas hasta ahora “faltas de lesiones por imprudencia cometidas con vehículos a motor”, así cómo afectará la supresión de éstas a uno de los instrumentos jurídicos más utilizados en los últimos años como es el Título Ejecutivo del Artículo 13 R.D. 8/2004.

La tercera ponencia corre a cargo de **José Luis Seoane Spiegerberg**, presidente de la Audiencia Provincial de A Coruña, quien presentará su

estudio sobre la '**Problemática de la intervención de terceros en los procesos de responsabilidad civil**', donde se analizarán los supuestos legales en los que se prevé la llamada del tercero al proceso, así como los mecanismos y requisitos para la llamada intervención provocada, así como se hará mención especial a un supuesto de gran interés como es la reclamación que pueda derivarse de la responsabilidad civil por obligaciones del causante de la herencia e intervención de los coherederos.

En cuarto lugar y entrando ya en la materia que más interés puede suscitar en este Congreso, por su reciente reforma, comenzaremos el análisis del nuevo Baremo, como no podía ser de otra forma con la intervención de nuestro presidente, **MARIANO MEDINA CRESPO**, quien como es de costumbre captará la atención con su trabajo sobre '**El resarcimiento de los perjuicios personales causados por la muerte en el nuevo Baremo: nuevos perjudicados**'. Esta ponencia se centrará en definir a los nuevos sujetos perjudicados que han sido introducidos por esta reforma, así como los avances introducidos en cuanto a vertebración se refiere y una mayor reparación 'parcial' del daño, gracias a las herramientas incorporadas en el nuevo Baremo.

Siguiendo esta misma línea volvemos a contar con la gran colaboración de **MIGUEL MARTÍN CASALS**, a quien todos conocemos sobradamente por su gran compromiso con nuestra Asociación, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona y uno de los grandes responsables de que la reforma del Baremo sea una realidad. Analizará en este caso otro de los aspectos más novedosos de la reforma, como es: '**El resarcimiento del trabajo doméstico no remunerado: el trato del ama de casa en el nuevo Baremo**'. Como decimos, esta materia no sólo ha sido una de las grandes novedades introducidas por el nuevo Baremo, sino también –como explica el ponente en su trabajo, que se incorpora a este manual en quinto lugar– una de las más necesarias por el gran porcentaje de población afectada, suponiendo por fin el reconocimiento del trabajo doméstico no remunerado como 'verdadero trabajo'. Para ello, se analiza en primer lugar, una serie de cuestiones previas, para referirse después a aspectos que afectan a esa equiparación del trabajo doméstico para la unidad familiar al trabajo remunerado.

No podía faltar otro gran colaborador y asiduo ponente **José Pérez Tirado**, abogado y miembro de la Comisión de Expertos para la Reforma del Baremo en representación de las

Asociaciones de Víctimas de Accidentes de Circulación, quien abordará en la sexta ponencia el estudio de, sin duda, uno de los grandes logros de este Baremo como es el resarcimiento del lucro cesante. La ponencia denominada '**El resarcimiento del lucro cesante en el nuevo Baremo: Excepciones a la aplicación de las tablas**', se centrará en esta ocasión en el estudio de aquellas excepciones en la aplicación de Las Tablas que aparecen en el nuevo Baremo para establecer la indemnización por lucro cesante y daño emergente, y que deberán de ser tenidas muy en cuenta por todos aquellos que de una forma u otra, interpretaremos, aplicaremos o en definitiva, haremos uso del nuevo Baremo.

En la mesa redonda que tendrá lugar en el congreso, que lleva por título '**La Indemnización por traumatismos menores de la columna cervical**', intervendrán **JUAN ANTONIO COBO PLANA**, médico forense y director del Instituto de Medicina Legal de Zaragoza, **JAVIER GORRIZ QUEVEDO**, especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica y **EUGENIO LABORDA CALVO**, Jefe de Servicios Médicos de AMA. El resultado de la participación de dichos ponentes nos ofrecerá seguro un interesantísimo análisis de este tipo de siniestros que afecta a la mayoría de los supuestos de accidentes de tráfico, desde una perspectiva médica y jurídica que nos ayudará sin duda a interpretar y aplicar la nueva configuración de los mismos dentro del nuevo baremo.

La séptima ponencia corre a cargo de **MARIANO YZQUIERDO TOLSADA**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, miembro de honor de esta Asociación y ponente habitual en los actos organizados por nuestra Asociación, que nos ayudará a detenernos y analizar los múltiples supuestos y conflictos que surgen en torno al instituto de la prescripción de acciones. Con su ponencia '**Prescripción de la Acción de Responsabilidad Civil: Novedades y Cuestiones Pendientes**', analizará cuestiones tan importantes como el inicio del cómputo del plazo de la prescripción, la interrupción de la prescripción o el caso específico de la prescripción en el supuesto de existencia de responsables solidarios en materia extracontractual. Un tema de siempre pero sin duda con un enfoque diferente.

La octava ponencia del congreso corresponde a **FRANCISCO SALINERO ROMÁN**, presidente de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, el cual nos ofrecerá su trabajo sobre '**La pericial Biomecánica y el Informe Médico Concluyente: su Incidencia en la Valoración**

de los daños por traumatismos menores en la columna vertebral'. No podemos sino llamar la atención sobre la destacada presencia del llamado informe de biomecánica en nuestra actualidad judicial, pues cada vez más las partes que acuden el mismo como prueba que complementada con el informe médico intentan dar una respuesta concluyente en materia de valoración del daño y nexos causales. Este trabajo nos acercará más a esta nueva figura y sin duda nos ayuda a comprenderla mucho mejor y saberla interpretar adecuadamente.

La última ponencia del congreso estará desarrollada por **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**, magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo y catedrático en Derecho Civil, abarcando un tema de absoluta actualidad bajo el título de '**La Construcción Jurídica del Control de Transparencia (Hitos de la Doctrina Jurisprudencial)**'. En la misma este interesante ponente analizará la importancia que en el desarrollo del control de transparencia han tenido y siguen teniendo las resoluciones de nuestro Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, adentrándose en el objetivo final que el control de transparencia despliega sobre el ámbito de la contratación y analizando la envergadura de dicho control. En definitiva, se analizará la posible extrapolación a los contratos de seguro de la doctrina sobre transparencia, fijada recientemente para los contratos bancarios.

Por último queremos agradecer a todos los ponentes que participarán en este congreso, el interés y dedicación que han puesto para conseguir, como cada año, que pueda haber un gran nivel doctrinal en todos sus trabajos. Asimismo mostrar nuestro agradecimiento a la editorial **SEPÍN**, a quien debemos la edición del siempre interesante y útil libro de ponencias que se convertirá, como igualmente cada año decimos, en un instrumento de trabajo imprescindible para poder recordar en cualquier momento las consideraciones y reflexiones expresadas por los distintos ponentes en la exposición de sus trabajos. Esperamos como siempre que en este XV Congreso Nacional de Valladolid 2015 aprendamos conviviendo y compartiendo nuestras inquietudes y experiencias profesionales de todo el año, así como intentemos resolver todas aquellas cuestiones controvertidas, relacionadas con las últimas novedades legislativas, que tanto nos están haciendo estudiar en estos meses y lo seguirán haciendo a partir del próximo año.

Octubre 2015



doctrina



Los métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito de la responsabilidad civil y seguro

Susana Sucunza Totoricagüena

Abogada. Mediadora
Vocal de la Asociación en el País Vasco

Dentro de los diferentes métodos alternativos de resolución de conflictos vamos a centrarnos en los métodos autocompositivos, en los que las partes son las que tienen el control del proceso, las que alcanzan sus propias soluciones, mientras que en los heterocompositivos, vienen marcados por una tercera persona.

De entre los métodos autocompositivos vamos a tratar de la mediación y el derecho colaborativo por su, cada vez mayor, utilización y éxito en la resolución de conflictos.

LA MEDIACIÓN

Podemos situar el origen de la mediación en los años 70-80 en EEUU, habiendo tenido un gran recorrido desde entonces, llegando a regularse en gran número de países. Así, en la

Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, se establecía:

“... La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos.

Para promover el uso más frecuente de la mediación y garantizar que las partes que recurran a ella puedan contar con un marco jurídico predecible, es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil”.

Recogiéndose dicho mandato en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en la cual se ha regulado de forma genérica, no limitándose a los conflictos transfronterizos como exigía la Directiva, si bien, sí contemplaba la posibilidad de que los Estados miembros aplicaran dichas disposiciones también a los procedimientos de mediación de carácter nacional.

Habiéndose incorporado la mediación, expresamente, en Leyes tan importantes como la Ley de E. Civil, el propio Código Penal o en la reciente Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados en las personas en accidentes de circulación, que entrará en vigor el próximo 1 de enero de 2016.

Al haberse tratado este método de resolución de conflictos en varias ocasiones, nos limitaremos a dar unas pequeñas pinceladas:

1.- Concepto: de acuerdo con el artículo 1 de la ley 5/2012, *“se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.*

Mediador/a que ha estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación especí-





fica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas (artículo 11).

2.- Principios informadores de la mediación:

a).- Voluntariedad y libre disposición. La mediación es voluntaria, de manera que nadie puede ser obligado a acudir a un proceso de mediación ni a mantenerse en el mismo o a concluir un acuerdo.

b).- Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores. En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

Las dos partes han de tener el mismo número de turnos para hablar, replicar, contestar,... las mismas posibilidades para proponer un medio de prueba, aportar información, sugerir un tema a tratar,... debiendo estar ello garantizado por el/la mediador/a durante las sesiones de mediación, quien no puede generar ventajas o desventajas a ninguno de los intervinientes.

c).- Neutralidad: el/la mediador/a facilitará la comunicación entre las partes, velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes y desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes. Debiendo renunciar a seguir en el proceso si concurre cualquier circunstancia que afecte a su imparcialidad.

d).- Confidencialidad: el procedimiento de la mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. Deber que alcanza a las partes, el/la mediador/a y las instituciones de mediación, de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del proceso, impidiendo que estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje,... a no ser que las partes de manera expresa y por escrito les dispensen o que sea solicitada por los jueces de orden jurisdiccional penal mediante resolución motivada.

3.- Reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes: lealtad, buena fe y el respeto mutuo así como el deber de colaboración y apoyo al/la mediador/a.

Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto debatido, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes o derechos.

4.- Procedimiento: Tal y como dispone el artículo 10 del a Ley, "sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente" –máxima flexibilidad-. Dando lugar al mismo por una solicitud, tras la cual serán citadas las partes para la celebración de la sesión informativa, comenzando el procedimiento mediante una sesión constitutiva, tras la cual se celebrarán las sesiones oportunas, pudiendo concluir el procedimiento en acuerdo o finalizar sin alcanzar el mismo, confeccionando el acta final. Pudiendo elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado, el cual tendrá fuerza ejecutiva.

Tal y como hemos indicando, y en lo que atañe al ámbito de la responsabilidad civil y seguro, el legislador, muy oportunamente, ha regulado expresamente la mediación en el artículo 6 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, por el cual se introduce el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor:

"Procedimiento de mediación en los casos de controversia

1. En caso de disconformidad con la oferta o la respuesta motivada y, en general, en los casos de controversia, las partes podrán acudir al procedimiento de mediación de conformidad con lo previsto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

2. A tal efecto, será el perjudicado quién podrá solicitar el inicio de una mediación, en el plazo máximo de dos meses, a contar desde el momento que hubiera recibido la oferta o la respuesta motivada o los informes periciales complementarios si se hubieran pedido.

3. Podrán ejercer esta modalidad de mediación profesionales especializados en responsabilidad civil en el ámbito de la circulación y en el sistema de valoración previsto en esta Ley, que cuenten con la formación específica para ejer-

cer la mediación en este ámbito. El mediador, además de facilitar la comunicación entre las partes y velar porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes, desarrollará una conducta activa tendente a posibilitar un acuerdo entre ellas.

4. Recibida la solicitud de mediación, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En particular, el mediador informará a las partes de que son plenamente libres de alcanzar o no un acuerdo y de desistir del procedimiento en cualquier momento, así como que la duración de la mediación no podrá ser superior a tres meses, que el acuerdo que eventualmente alcancen será vinculante y podrán instar su elevación a escritura pública al objeto de configurarlo como un título ejecutivo".

Todo ello dentro de un marco en el que se pretende la máxima transparencia y buena fe entre las partes, siendo preceptiva la reclamación extrajudicial al asegurador para la admisión a trámite de la correspondiente demanda en reclamación de daños y perjuicios, tanto personales como materiales, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio, con posibilidad de intervención de peritos e, incluso, del Médico Forense.

Lo cual favorecerá, sin duda alguna, la adopción de acuerdos por las partes implicadas con la ventaja que supone su rápida resolución así como el que sean los propios implicados quienes lleguen a la mejor solución de su conflicto, de una forma amistosa y relajada, sin los corsetamientos que supone un procedimiento judicial, y con la ayuda de un/a profesional especializado/a en responsabilidad civil en el ámbito de la circulación y en el sistema de valoración con formación en mediación, por tanto, en las herramientas que permite una mejor comunicación entre las partes y una mejor resolución del conflicto basándose en sus intereses.

El Derecho Colaborativo

A continuación, vamos a centrarnos en el Derecho Colaborativo, método de resolución de conflictos más desconocido, si bien, igualmente, exitoso.

Cuando oímos hablar de Derecho Colaborativo como método de resolución de conflictos en el ámbito del seguro se nos plantean varias preguntas a las que vamos a intentar dar respuesta con el fin de exponer el tema de la forma más sencilla y esquemática posible:

1.- ¿Qué es el Derecho Colaborativo?

Es un método de resolución de conflictos.

Habitualmente, el Juzgado no nos ofrece las soluciones que necesitamos. La sociedad ha evolucionado, y sigue evolucionando, mientras que el sistema judicial se encuentra anclado en el Derecho de contraposición. Vemos que otros aspectos han ido evolucionando, adaptándose a las nuevas realidades. Evidentemente, la sociedad no es igual hoy en día a la que pudiera haber hace 50 años, sin ir más lejos, mientras que el sistema judicial sigue igual, guiándose por los mismos principios, parámetros,...

El Derecho Colaborativo no se plantea como una forma más de resolución alternativa de conflictos sino como una forma diferente de enfocar la resolución del conflicto, rompiendo los paradigmas clásicos del Derecho, más acorde a las nuevas realidades y a las necesidades que presenta la sociedad actualmente.

2.- ¿Qué diferencia al Derecho Colaborativo de otros sistemas alternativos de resolución de conflictos?

Las partes, **acompañadas cada una de ellas por un/a abogado/a**, intentarán buscar la solución al conflicto, atendiendo a los intereses de cada una de ellas (las necesidades que desean satisfacer) más allá de sus posiciones (las posturas que mantienen), basándose en los principios y proceso del Derecho Colaborativo.

Un ejemplo muy gráfico sobre la diferenciación entre intereses y posiciones es el tantas veces comentado de las dos hermanas que querían la única naranja que había en casa, ante lo cual, deciden partirla por la mitad, de manera que cada una de ellas se quedara con la mitad. Una de ellas, hace un zumo de naranja y tira la peladura, mientras que la otra, quería hacer un bizcocho para lo cual necesitaba la cáscara de una naranja, de manera que tira la pulpa y se queda con la peladura. Concluyendo que si las dos hermanas hubieran incidido en los intereses de cada una de ellas, no quedándose en las posiciones, hubieran podido llegar a la sencilla solución de que una hiciera el zumo con la naranja entera, tras lo cual, la otra se quedaba con la peladura. Las dos hubieran ganado.

Y esto ocurre, igualmente, en todos los aspectos del Derecho, como es, igualmente, en el de la Responsabilidad Civil y Seguro. Pensemos en el caso de que la perjudicada quiere el re-

conocimiento de un gasto médico no dándole mayor importancia a otros conceptos como la indemnización de las secuelas o el factor de corrección, mientras que la aseguradora no reconoce dicho gasto médico pero pudiera perfectamente subir un punto de secuela o reconocer el factor de corrección sobre la misma. Ambas partes se centran en el gasto médico -posición-, impidiéndoles llegar a un acuerdo cuando el interés común es solucionarlo lo más rápido posible y dentro de unos márgenes indemnizatorios.

3.- ¿Cuáles son los principios del Derecho Colaborativo?

Los podemos resumir en:

a.- La BUENA FE como principio básico que ha de primar en todo el proceso e intervinientes -partes, abogados/as, terceros neutrales,...- así como máxima TRANSPARENCIA e intercambio de la información existente. Las partes, desde el primer momento, se comprometen a poner encima de la mesa la información de la que dispongan, no 'guardarse' nada para una siguiente fase o proceso.

b.- CONFIDENCIALIDAD: todo lo que se trate y se aporte en el proceso, queda en el mismo. Los documentos quedarán en el protocolo del proceso, no pudiendo obtener las partes copias, a no ser que así se acuerde por todas ellas, y no podrán utilizarse en el posible juicio posterior, si fuera el caso.

En ocasiones puede resultar difícil garantizar dicha confidencialidad puesto que irremediablemente se conoce y se puede oficiar a entidades para que se aporten y demás, pero es un principio básico que debe primar en el proceso. Y, de hecho, se están estudiando fórmulas que nos ayuden a su cumplimiento -incorporación de cláusulas en el contrato que firman todos los intervinientes al comprometerse con el proceso colaborativo, etc.-.

c.- COMPROMISO CON EL PROCESO COLABORATIVO: Los/as abogados/as nos comprometemos plenamente con el proceso, de manera que si no se llega a un acuerdo en el mismo, nos obligamos a no llevar la defensa letrada en el proceso judicial en que derive. Es la principal diferencia con el resto de métodos de resolución de conflictos, es un paso más.

Se puede ver este principio como un riesgo para el/la letrado/a de quedarse sin cliente o para el cliente de tener que buscarse otro pro-

fesional. Sin embargo, lejos de ello, lo que conseguimos con este principio son varias ventajas, entre ellas:

1ª.- 'Poner toda la carne en el asador' a fin de conseguir un acuerdo. Lo intentaremos una y otra vez, antes de abandonar el tema. Nos ayuda a reevaluar y seguir negociando. Muchas veces, la tentación de acudir a un juicio, de presentar una demanda, es muy grande o fácil.

2ª.- Garantizamos la confidencialidad. Al no poder seguir defendiendo los intereses del cliente en un juicio, garantizamos que lo tratado y aportado en el proceso colaborativo quede ahí.

3ª.- Así mismo, conseguimos el clima de confianza necesario para toda resolución de un conflicto. El mero hecho de tener la seguridad de que no me va poder interrogar en un posible procedimiento judicial me da más tranquilidad y confianza a la hora de dar información, de contestar a sus preguntas, de aportar ideas, etc. Conseguiríamos la máxima que "los que intentan hacer la paz, no hacen la guerra por detrás".

d.- TRABAJO EN EQUIPO: El proceso se basa en el trabajo en equipo de las partes junto a los/as abogados/as, terceros neutrales (expertos/as financieros/as, psicólogos/as, coachs, mediadores/as,...) con el fin de conseguir la ganancia mutua de aquéllas. Lo cual nos permite obtener un mejor proceso y, por tanto, mejores resultados.

No hay partes enfrentadas, no hay 'contrarios' sino que todos trabajamos en común para conseguir la satisfacción de los intereses de todos.

4.- ¿Qué diferencia al Derecho Colaborativo de la negociación?

En la negociación convencional, la cual llevamos desarrollando los/as abogados/as durante tanto tiempo, cada abogado/a defiende las posiciones de su cliente, se basa en el axioma 'ganar-perder'; mientras que en el Derecho Colaborativo las partes intervinientes en el proceso, trabajando todas en equipo, se basan en los intereses a satisfacer, colaborando, bajo la premisa de 'ganar-ganar', tomando el cliente un papel más activo y protagonista. Para lo cual nos ayudamos del proceso colaborativo, al cual llegamos a través de la formación precisa para poder participar en el mismo.





Formación que contempla tanto el estudio de las diferentes herramientas que nos van a ayudar a una mejor comunicación, comprensión de los intereses de las partes, obtención de soluciones creativas, etc; como el propio proceso colaborativo.

Proceso colaborativo que se inicia mediante un documento suscrito por todos los intervinientes donde se recoge la decisión de las partes de resolver el conflicto mediante el proceso colaborativo así como el deber de cumplimiento de sus principios básicos -buena fe, transparencia, confidencialidad, compromiso con el proceso colaborativo, ...-, para, a continuación, establecer una agenda de reuniones 'a cuatro bandas' donde intervendrán todos, tras las cuales, cada parte se reunirá con su abogado/a a fin de comentar cómo ha ido y comprometerse a lo acordado en la misma, además de buscar nuevas opciones, etc.

5.- ¿Qué nos ofrece el Derecho Colaborativo?

Comenzaría esta respuesta, con otras preguntas: ¿en los asuntos judiciales que has llevado, te ha satisfecho la solución alcanzada?, ¿en alguna ocasión has pensado, tras la conclusión de un proceso judicial, que hubiera habido otra forma mejor de alcanzar una solución?

Muchas veces, tras un largo procedimiento judicial, el conflicto sigue sin resolverse, bien total o parcialmente, e, incluso, en el caso de que la respuesta judicial sea positiva, si llega tarde, no verá satisfecha su pretensión, interés o necesidad.

El Derecho Colaborativo nos ofrece la posibilidad de conseguir una satisfacción integral de los intereses de nuestros clientes. Las herramientas legales no dan respuesta a determinados situaciones y nos solemos encontrar con que nos dan una solución, que puede ser mejor o peor, a un determinado supuesto, si bien, dejan de resolver muchos otros colindantes al mismo. Cuántas veces, nada más dictarse una Sentencia, surgen nuevos conflictos en su aplicación o emergen nuevos intereses insatisfechos de ambas partes.

Así mismo, en un proceso judicial, necesariamente, al presentar la demanda, marcamos el *petitium*, del cual no podemos apartarnos en ningún momento, no podemos variar nuestra pretensión inicial, cuando puede darse la circunstancia que a medida que vaya desarrollándose el mismo, surjan nuevas opciones o

soluciones diferentes o, incluso, nuevas necesidades que no se habían contemplado inicialmente y que necesitan, igualmente, una respuesta. Opciones que nos ofrece el Derecho Colaborativo, en cuyo proceso se pueden ir introduciendo nuevos intereses, necesidades, soluciones, terceros neutrales..., adaptándose el proceso a las partes, quienes controlan el mismo.

Por otro lado, debemos indicar que el Derecho Colaborativo no ayuda únicamente a la resolución de un conflicto sino que, igualmente, puede ser aplicado con carácter preventivo o previamente a que surja el conflicto. Nos puede ayudar a establecer los intereses de ambas partes, cómo deben ser las relaciones entre ellas..., sin necesidad de que exista un conflicto, y fijar las bases para poder gestionar el mismo, caso de que éste se produzca.

El Derecho Colaborativo permite, así mismo, el mantenimiento y fortalecimiento de las relaciones entre las partes. Mientras que en un proceso judicial, lo más probable es que dichas relaciones se vean totalmente deterioradas o rotas.

6-¿Cuál es la función del abogado en el Derecho Colaborativo?

A diferencia de la mediación, en todo proceso colaborativo cada parte debe ir acompañado de una abogado/a, quienes somos los/as guías del proceso, acompañando a nuestros clientes y ayudándolos a buscar sus propias soluciones. Si bien, todos/as trabajamos juntos/as en el mismo. Debiendo recordar, en todo momento, a nuestros clientes que ellos/as son los/as principales protagonistas y deben participar activamente en el proceso, involucrándose en el mismo.

7.- ¿Se puede aplicar el Derecho Colaborativo a todos los conflictos y supuestos?

Cualquier conflicto se puede someter al Derecho Colaborativo. Si bien, es muy importante analizar en profundidad el asunto -partes, conflicto, situaciones, etc.-, debiendo elegir el método apropiado a la medida del mismo. Debemos asesorar a nuestros clientes a que elijan el método de resolución de conflictos que mejor se adecúe a sus necesidades e intereses. Como el pintor que en su paleta elige entre los distintos colores, así tenemos la oportunidad de informar a nuestros clientes de las distintas opciones existentes y que él elija cuál se adecua mejor en cada caso.



8.- ¿El Derecho Colaborativo realmente funciona?

Este nuevo método de resolución de conflictos nace en los años 90 en Estados Unidos, en el ámbito de Derecho de Familia, y lleva desarrollándose desde entonces a nivel internacional así como en otros ámbitos del Derecho, por impulso de la International Academy of Collaborative Professionals (IACP). Pudiendo afirmar que el 80% de los casos que se someten al Derecho Colaborativo concluyen con un acuerdo entre las partes.

9.- ¿Qué tengo que hacer para formarme como Abogado Colaborativo?

La formación es la base para la aplicación del Derecho Colaborativo, siendo necesario un cambio de actitud ('cambio de chip') así como de ampliación de conocimientos por parte de los/as profesionales que vayan a aplicarlo -principios y proceso del Derecho Colaborativo, herramientas para una mejor comunicación, negociación, diferente enfoque en el estudio y preparación del asunto, enfrentamiento a determinadas situaciones, etc.-.

Para poder ser incluido en el directorio de profesionales en Derecho Colaborativo, será necesaria una formación en Negociación Harvard y en Derecho Colaborativo siguiendo los estándares de IACP según consta en la página web www.derechocolaborativo.es.

Actualmente, en diferentes Comunidades Autónomas se están constituyendo asociaciones de Derecho Colaborativo, las cuales están organizando cursos de formación, tanto para conseguir la formación básica como la formación continua.

Así mismo, dentro de cada asociación se han creado grupos de prácticas con el fin de posibilitar a los/as abogados/as colaborativos juntarse para poder compartir experiencias, dudas, etc., y lograr esa confianza entre los/as diferentes abogados/as, tan importante y necesaria, que luego nos ayude a la resolución de los conflictos que se planteen.

10.- ¿El Derecho Colaborativo puede ayudar a la resolución de conflictos de responsabilidad civil y seguro?

Como todos los conflictos, habrá que estudiar en profundidad cada tema y valorar cuál es el método apropiado para su resolu-



ción. Si bien, podemos afirmar que el Derecho Colaborativo es muy apropiado y de gran ayuda para la resolución tanto de los conflictos que puedan surgir entre aseguradoras –en los que todas tiene intereses muy parecidos, por no decir iguales–, como entre asegurados y aseguradoras –donde prima la relación entre las partes–, así como entre perjudicados y aseguradoras –existiendo muchos intereses comunes–, siendo fundamental, en todo caso, la resolución rápida del conflicto, valor que se consigue con el Derecho Colaborativo. Además de posibilitar la resolución del conflicto con otras soluciones diferentes, más creativas y más satisfactorias para las partes intervinientes.

Veamos diferentes ejemplos:

- Accidente de tráfico con graves consecuencias y, normalmente, con transcendencia mediática. Además de la cuestión económica es fundamental la resolución rápida tanto para una parte como para la otra. Generalmente, los/as perjudicados/as necesitan además de la indemnización económica un reconocimiento de su dolor, el conocimiento de determinadas circunstancias del accidente, etc., extremos que nunca se satisfarían en una negociación convencional ni, mucho menos, en un procedimiento judicial, donde todo se complica mucho más; mientras que a la aseguradora le interesa que no trascienda el tema continuamente a los medios de comunicación o que trascienda su resolución, así como su rápida tramitación por otros motivos como de cierre de expediente, reservas o económicos –gastos judiciales, intereses moratorios, etc.–.

Así mismo, el Derecho Colaborativo posibilita otro tipo de acuerdo o solución como puede ser el invertir parte de la indemnización en productos de la propia compañía, lo cual puede satisfacer los intereses de las dos partes –una posible indemnización mayor, un mayor rendimiento mutuo, etc.–.

- Conflicto entre asegurado-aseguradora: el Derecho Colaborativo posibilita tratar temas que, muchas veces, son de gran transcendencia para el asegurado –la fidelidad, el hecho de que toda la familia está asegurada en la misma entidad,...– y que se obvian tanto en la negociación convencional como en el procedimiento judicial y que ayudan a la resolución final del conflicto toda vez que, en ocasiones, lo que se espera o necesita es un reconocimiento. Además de la posibilidad de alcanzar soluciones, no reguladas expresamente,

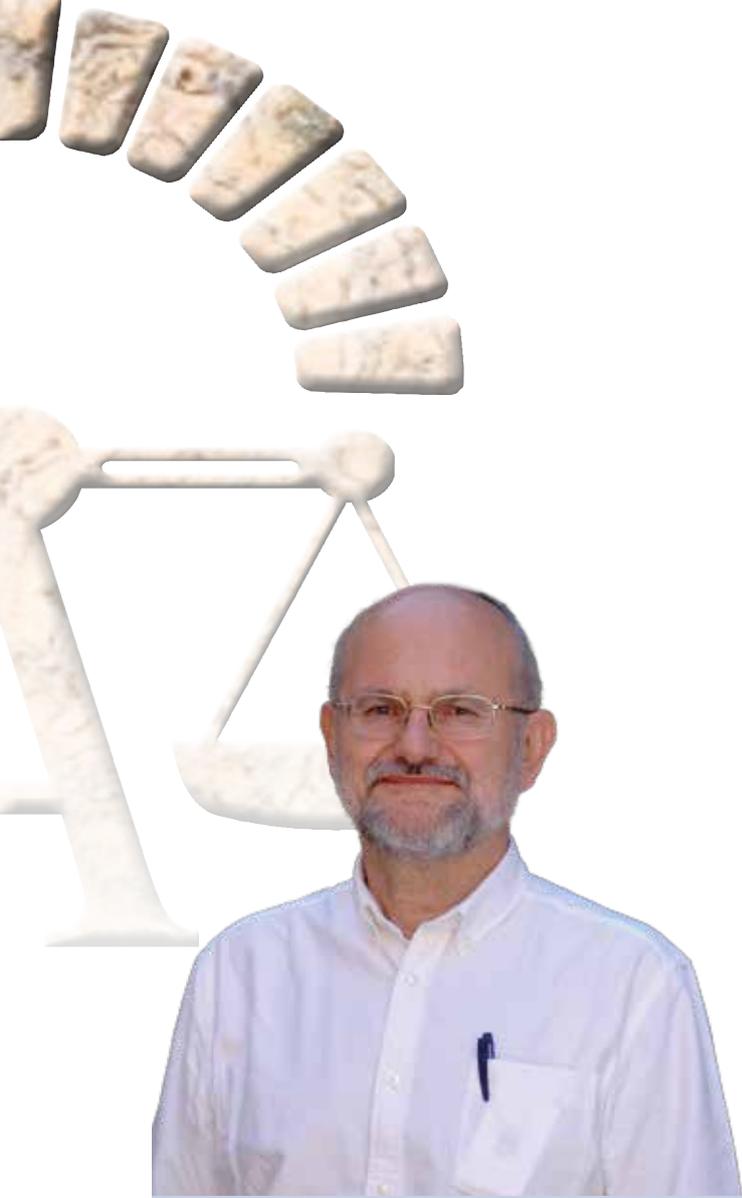
satisfactorias para los intereses de ambas partes –contratación de otro producto a cambio del reconocimiento de un concepto en la indemnización, compromiso de aseguramiento durante x tiempo a cambio de una cobertura, etc.–.

De entre los principios fundamentales del Derecho Colaborativo, la transparencia es un aspecto que puede ayudar de forma extraordinaria a la resolución de un conflicto de responsabilidad civil o seguro así como la intervención de terceros neutrales.

La experiencia nos enseña que la exhibición de un informe médico o de un informe de reconstrucción a la otra parte ayuda, en gran número de ocasiones, a crear esa confianza que nos va a llevar a un acuerdo satisfactorio para las dos partes. Y, realmente, ¿conseguimos algo reservando su aportación al momento procesal correspondiente? Sinceramente, no. En muchas ocasiones conseguimos forzar en ese momento, en el momento procesal en que se aporta el informe, el acuerdo que se hubiera conseguido varios meses antes de haberse conocido con anterioridad.

Y, qué decir tiene la intervención de un tercero neutral. ¿Cuántas veces estamos discutiendo la valoración del daño o perjuicio o la valoración de una determinada secuela o su propia existencia? lo cual queda en manos de un perito judicial, cuando se podría haber nombrado entre las partes a un perito o establecer que sea el perito que corresponda de la lista oportuna o..., evitando un procedimiento judicial con el desgaste, tanto personal como económico, que ello supone. De hecho, el Derecho Colaborativo nos da la posibilidad de que intervenga ese tercero neutral –médico, valorador de daños, etc.– desde el primer momento, sin que represente los intereses de ninguna de las partes, lo cual facilita enormemente la confianza en su criterio y, por tanto, el acuerdo. Siendo fundamental su neutralidad respecto a las partes y el informe emitido. Debiendo formarse, asimismo, esos terceros neutrales en el proceso colaborativo y tener clara su función en el mismo: colaborar con ambas partes de forma totalmente independiente e imparcial y ganarse la confianza de ambos.

Realmente, merece la pena apostar y dar una oportunidad al Derecho Colaborativo como método de resolución de conflictos, máxime cuando se está demostrando su gran utilidad en aquellos ámbitos donde se está aplicando.



Cómo valorar la pérdida de la calidad de vida en los artículos 107, 108 y 109 de la Ley 35/2015

Juan Antonio Cobo Plana

Médico forense

Jefe de Servicio del Instituto de Medicina Legal de Aragón

Sumario

Resumen

1.- El complejo constructo de la calidad de vida

2.- La calidad de vida (CV) en el Derecho de Daños

3.- La calidad de vida (CV) en la nueva Ley

3.A.- Textos de referencia en la nueva Ley

3.B.- Reflexión inicial

3.C.- ¿Qué es la calidad de vida en la nueva normativa?

El perjuicio moral

Descripción de la pérdida de calidad de vida

3.D.- Cómo se mide la alteración de la calidad de vida

Algunas matizaciones sobre los criterios de valor planteados por la norma

4.- Sugerencia de valoración de la calidad de vida

4.A.- Valor de los ejes de la calidad de vida

4.B.- Sugerencia de tabla de ponderación (VESCA)

Reconocimientos

Referencias

Resumen

Con el objetivo de construir una sugerencia razonable y proporcional de ponderación compensatoria o indemnizatoria del daño llamado 'pérdida de calidad de vida' este trabajo (1) se revisa el constructo internacional de la calidad de vida, (2) después se realiza una revisión superficial de los contenidos internacionales de esa calidad de vida como bien jurídico contemplado en otras legislaciones y tendencias jurídicas, (3) para, tras esta introducción, analizar la calidad de vida en nuestra nueva ley, y (4) finalmente acercarnos al objetivo último de sugerir una posible valoración de la 'calidad de vida en nuestra nueva Ley'.

Para dar cumplimiento al apartado (3) de análisis del concepto de la calidad de vida en la nueva ley, (A) se seleccionan los textos de nuestra nueva Ley; (B) se parte de una reflexión inicial para diferenciar la secuela de la consecuencia, el daño básico del daño particular; (C) se describen los criterios que los textos utilizan para la valoración de la calidad de vida, se extrae el esquema vertebrado a través de los ejes fundamentales que definen la calidad de vida, y se da una especial importancia al contenido del 'daño moral'; (D) se desarrolla la forma de medir la gravedad de esa alteración de la calidad de vida a través del número de actividades limitadas o perdidas, de la intensidad de la alteración y de la edad del lesionado. En este último apartado se plantean algunas matizaciones que deberían ser planteadas y estudiadas.

Para dar cumplimiento al apartado (4) de sugerir una posible valoración de la 'calidad de vida' en nuestra nueva Ley (A) se seleccionan los valores de los ejes de la calidad de vida con base en los criterios establecidos por los textos, (B) se sugiere la valoración final vertebrada de la calidad de vida.

1.- El complejo constructo de la calidad de vida

Constructo es una realidad compleja que se crea a partir de la imbricación de elementos más simples y que aparece como una nueva realidad independiente de esos conceptos que han servido para construirlo. KELLY¹ sugiere que, en nuestros esfuerzos por entender el mundo, por entendernos entre nosotros y con nosotros mismos, desarrollamos constructos para definir algo que sabemos que existe, pero cuya definición es difícil. Estos constructos actúan como un lenguaje que genera una hipótesis de partida sobre la que se construye posteriormente la definición, el detalle, lo que incluye, lo que excluye,

la ponderación de cada parte de ese constructo y, en definitiva, la descripción de todos los elementos que lo definen.

La calidad de vida, en la actualidad, es un constructo conceptualmente complejo² y multidimensional que está en continua revisión dependiendo del momento histórico en el que se define; con tantas variaciones como contextos socioculturales donde se intenta medir; con tantos enfoques como disciplinas intentan definirla, evaluarla o, simplemente, estudiarla; con tantos modelos conceptuales como objetivos pueden perseguir cada una de esas disciplinas; con un dinamismo que evoluciona con la sociedad; y, finalmente, bajo un planteamiento aparentemente común que, sin embargo, concluye en la creación de una percepción o vivencia personalísima de cada individuo. No se puede establecer un principio exacto de ese constructo. Revisar su historiografía supera el objetivo de este trabajo.

Con el único objetivo de acercarnos a la complejidad de la que hemos hablado, pero sin intentar una revisión exhaustiva, vamos a revisar una pequeña parte de algunas de esas 'diferentes calidades de vida'.

En el contexto Social global y Ciencias Políticas, con el objetivo de medir el grado de desarrollo de los países a través de la óptica específica del programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), encontramos la medida más conocida y utilizada a nivel internacional de la Calidad de Vida, el Índice de Desarrollo Humano (IDH)^{3,4,5,6}.

Muy relacionada con la progresiva conciencia social de protección del medio ambiente, se desarrolló una medida de calidad de vida del individuo como miembro activo generador y disfrutador de ese medio ambiente. Podemos destacar como ejemplo en nuestro continente el European Social Survey (ESS)^{7,8,9,10}.

La Organización Mundial de la Salud, en su propia constitución como organización y dentro de sus normas históricamente fundamentales, en 1948, esbozó un intento de hablar de calidad de vida como un bien personal complejo y subjetivo cuando define la salud como "... un estadio de completo bienestar físico, emocional y social y no solo como la ausencia de la enfermedad"¹¹. En 1994, da el salto y la define como la "percepción del individuo de su posición en la vida en el contexto de la cultura y sistema de valores en los que vive y en relación con sus objetivos, expectativas, estándares y preocupaciones"¹².

Si nos adentramos en la medida global de la calidad de vida¹³ a través de la percepción del individuo de su salud, puesto en el contexto de su cultura y sistemas de valores, en relación a sus objetivos, expectativas, estándares y preocupaciones, los ejemplos son tantos como enfoques o dimensiones posee ese complejo constructo. Medical Outcomes Study Short Form 36-Item (SF-36), Nottingham Health Profile, Sickness Impact Profile (SIP), Quality of Well-Being Scale (QWB), Assessment of Quality of Life (AQoL), Cornell Medical Index, etc.^{14,15,16,17} son ejemplos de esa medida global.

Si pensamos en la 'calidad de vida relacionada con la salud cuando ésta se pierde'^{18,19,20}. Si profundizamos en las medidas específicas del ajuste adaptativo a la enfermedad y de percepción individual de la calidad de vida en relación con aspectos específicos de la enfermedad veremos que estas escalas e instrumentos de medida son innumerables. Por ejemplo la medida de calidad de vida en los casos de enfermedades neurológicas, de padecimientos de VIH, patologías osteoarticulares²¹, traumatismos²², trastornos gastrointestinales²³, alergias²⁴, alteraciones endocrinas^{25,26}, disfunciones cardiovasculares, el cáncer²⁷, las adicciones a drogas²⁸, trastornos mentales²⁹, etcétera.

De igual forma, si penetramos en la calidad de vida medida a partir del enfoque psicológico, más intimista que los anteriores, sus objetivos, aunque multidimensionales y enclavados en una realidad contextual determinada, utilizan de forma nuclear y fundamental la autorreferencia del individuo y la subjetividad de su propia vivencia de bienestar Survey Research Center (SRC), National Opinion Research Center (NORC), American Institute for Public Opinion (AIPO), Life 3 Scale, son también ejemplos de ese enfoque psicológico.

Como vemos, si queremos acercarnos al constructo genérico de calidad de vida inevitablemente deberemos evaluar la vivencia subjetiva del individuo sobre la interacción de su propia individualidad con esas realidades. Posiblemente, también debamos plantear una calidad de vida complementaria de la anterior y que se refiere a la valoración de aquellos que están cerca del individuo³⁰. Con base en todo lo anterior, debemos concluir que la calidad de vida es un concepto poliédrico que integra la vivencia individualizada subjetiva del bienestar del propio paciente en un supraconcepto de bienestar social contextual objetivo individualizado³¹.

2.- La calidad de vida (CV) en el Derecho de Daños

El primer paso para acercarnos a la calidad de vida como bien jurídico protegido, cuya pérdida es susceptible de ser medida, será seleccionar desde donde queremos mirar, estudiar, e incluso valorar la pérdida de esa calidad de vida. El primer paso es asumir que se trata de un constructo susceptible de ser indemnizado/compensado en caso de ser alterado, quebrado, disminuido por una acción/omisión externa generadora de una determinada responsabilidad. El segundo paso será considerar que se trata de un constructo cuya alteración o pérdida debe ser medida y objetivada de forma evidente para que se pueda sujetar a normas vertebradas de valoración de su gravedad. Y, el tercer paso, será establecer la forma de indemnización/compensación razonable y proporcional dentro de procedimientos legales convencionales sujetos a principios estables.

Como podemos ver, la definición del constructo de la calidad de vida que hemos concluido en el apartado anterior, pletórica de vivencia personal y subjetividad, dista mucho de la forma de entender la pérdida de calidad de vida como el daño ocasionado por un hecho generador de responsabilidad y susceptible de ser medido de forma objetiva y evidente para, posteriormente ser indemnizado o compensado.

En el Derecho, el continuo debate internacional sobre los derechos individuales en nuestra sociedad ha provocado modelos, caminos y velocidades muy diferentes de los bienes jurídicos protegidos y susceptibles de ser indemnizados, compensados o reparados³².

La evolución de los derechos individuales genera, inevitablemente, una adaptación de las herramientas jurídicas para asegurar esos derechos individuales. Estos ajustes de las herramientas del Derecho a la evolución de los derechos individuales siguen caminos muy diferentes en las distintas tendencias jurídicas y las distintas historias de la generación de las normas de cada estado³³.

Entre los derechos individuales más complejos de incluir en los procedimientos legales encontramos los llamados daños personales, daños inmateriales o intangibles (*intangible loss*), no-económicos (*non-economic* o *non-pecuniary*), extrapatrimoniales, o también '*general damages*'^{34,35}. En cualquiera de sus acepciones se consideran con personalidad propia y diferente de los daños económicos o patrimoniales (daño emergente y lucro cesante)³⁶.

Especial importancia en la descripción legal del constructo de los daños personales, no-económicos, generales o extrapatrimoniales la hemos encontrado la publicación del informe Dintilhac^{37,38} cuando detalla e independiza algunas de sus dimensiones. El déficit funcional, el sufrimiento prolongado, el perjuicio estético, el *préjudice d'agrément* entendido como la imposibilidad para practicar regularmente una actividad específica deportiva o placentera, el sexual, la pérdida de esperanza de realizar un proyecto de vida normal son dimensiones del constructo global de ese daño extrapatrimonial e intangible. Esta publicación plantea también la opción de daños excepcionales en este ámbito, y apunta la existencia de otros daños personales que pueden variar debido a las distintas evoluciones de sus lesiones permanentes.

En una somera revisión bibliográfica en publicaciones del Derecho, no sistémica ni sistemática³⁹, se ha extraído la nomenclatura siguiente relacionada con el daño personal, no-económico o extrapatrimonial:

- *Danno biologico*^{40,41}, *illnes*, *danno alla salute*, *préjudice et dommage corporel*^{42,43,44,45}, daño corporal, *préjudice physiologique*, *déficit fonctionnel*, deficiencias físicas y psíquicas, *loss of faculty*, *disability*...
- *Pain (Pretium doloris, physical pain) and suffering (Schmerzengeld*⁴⁶) (daño psicológico, daño moral subjetivo *suffering, anxiety, mental distress, verifiable psychiatric symptoms*)^{47,48,49,50,51,52,53,54,55}...
- Daño moral⁵⁶, *danno morale*⁵⁷.
- *Disablement on activities of daily life*^{58,59}, *Inconvenience*⁶⁰.
- *Loss of amenity of life*^{61,62,63}, *Hedonic damages*^{64,65}, *loss of enjoyment*⁶⁶, *loss of normal pursue and pleasure of life*⁶⁷, *loss of intellectual gratification and physical enjoyment*⁶⁸, *loss of expectation of life*^{69,70}, *préjudice d'agrément*^{71,72}, *loss the prospect of an enjoyable and vigorous life*.
- Esperanza de vida, *Damages for Shortened Life*^{73,74}, *life expectancy*^{75,76,77}...

En esta lista de conceptos intangibles que adquieren el valor de bien jurídico protegido en las diferentes tendencias y normas legales, podemos entrever cómo muchos de ellos forman parte del constructo global de la calidad de vida. La Ciencia del Derecho, horno de fundición de los códigos y normas de la relación

social, se ha sumado a esa evolución y se han generado diversos caminos para introducir esa calidad de vida^{78,79,80,81,82,83,84}.

La valoración diferenciada del dolor, del sufrimiento de la pérdida y/o del disfrute de la vida (*loss of enjoyment of life*) relacionada con la gravedad del resultado de las lesiones (Gran Bretaña, Francia, Italia), ha sido posiblemente el paso más importante en esta evolución conceptual. Esta separación dentro del modelo conceptual del Derecho, ha hecho cristalizar con enorme fuerza ese constructo del bien jurídico de la calidad de vida.

La pérdida de la calidad de vida ha conseguido tener una personalidad propia entre estos daños personales⁸⁵ y está desarrollándose rápidamente como un tipo específico de la compensación por daños generales⁸⁶.

Como vemos, en este camino de construcción del constructo de calidad de vida como bien jurídico, se ha generado una enorme heterogeneidad en las diferentes normas y tendencias.

Si proseguimos en ese análisis que hemos apuntado hasta este momento aparece una nueva dificultad, la complejidad conceptual del constructo de los daños personales y de la calidad de vida se aumenta por la carga de subjetividad que poseen. Esta subjetividad del daño se contrapone con la necesidad de una base objetiva para su valoración razonable y proporcional⁸⁷ como bien jurídico susceptible ser reparado, indemnizado o compensado.

El subjetivismo en la valoración del daño intangible, aumenta la dificultad de evaluarlo en los procedimientos legales donde las expectativas de las personas lesionadas pueden condicionar una distorsión en el subjetivismo de la autovaloración. Planteamientos antiguos que, con sus críticas⁸⁹ permanecen vigentes^{90,91,92,93,94}. Distorsiones no siempre conscientes⁹⁵ que se controlan en muchas ocasiones con avisos de que se van a realizar valoraciones de esas distorsiones⁹⁶. Simulaciones en las que no siempre los instrumentos son capaces de demostrar la realidad de esa simulación^{97,98,99,100,101,102,103} a pesar de los grandes avances en este terreno¹⁰⁴. Distorsiones en las que los profesionales del Derecho también pueden tener una parte activa¹⁰⁵.

3.- La calidad de vida (CV) en la nueva Ley

Revisado el concepto internacional de la calidad de vida podemos entreverlo como

como un constructo laberíntico, poliédrico y multiforme, pletórico de personalismo y subjetividad. En el análisis internacional del enfoque del derecho de Daños a través de la pérdida de calidad de vida, encontramos un mundo legal heterogéneo en todos sus detalles y, desde luego, en la manera de considerarlo y medirlo.

En este tercer paso debemos abordar la calidad de vida como bien jurídico de específico valor en nuestra norma. Nuestra nueva Ley ha elevado la pérdida de la calidad de vida a un elevadísimo nivel de importancia indemnizatoria y/o compensadora en el daño definiéndola de una forma muy específica y diferenciándola tanto del concepto genérico de la calidad de vida como de los elementos que definen la calidad de vida en otras legislaciones y tendencias jurídicas.

Frente a estos antecedentes vamos a definir la calidad de vida en nuestra nueva Ley a través del esquema vertebrado de los ejes de este nuevo constructo jurídico, que nos permita, posteriormente, pasar a la propuesta de ponderación compensatoria o indemnizatoria de la misma.

3.A.- Textos de referencia en la nueva Ley

Preámbulo I:

El principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios causados no es efectivo en toda su dimensión, provocando situaciones injustas y en ocasiones dramáticas, con una pérdida añadida de calidad de vida, cuando además, ya se ha sufrido un daño físico, psíquico y moral, y que impone el deber al legislador de encontrar las formas idóneas que garanticen el cumplimiento de tan importante principio.

Sección 2.^a Indemnizaciones por secuelas

Subsección 2.^a Perjuicio personal particular (Disposiciones relativas a la tabla 2.B)

Artículo 107. Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas. La indemnización por pérdida de calidad de vida tiene por objeto compensar el perjuicio moral particular que sufre la víctima por las secuelas que impiden o limitan su autonomía personal para realizar las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o su desarrollo personal mediante actividades específicas.

Artículo 108. Grados del perjuicio moral por pérdida de calidad de vida.

1. El perjuicio por pérdida de calidad de vida puede ser muy grave, grave, moderado o leve.

2. El perjuicio muy grave es aquel en el que el lesionado pierde su autonomía personal para realizar la casi totalidad de actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria.

3. El perjuicio grave es aquel en el que el lesionado pierde su autonomía personal para realizar algunas de las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal. El perjuicio moral por la pérdida de toda posibilidad de realizar una actividad laboral o profesional también se considera perjuicio grave.

4. El perjuicio moderado es aquel en el que el lesionado pierde la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal. El perjuicio moral por la pérdida de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo también se considera perjuicio moderado.

5. El perjuicio leve es aquel en el que el lesionado con secuelas de más de seis puntos pierde la posibilidad de llevar a cabo actividades específicas que tengan especial trascendencia en su desarrollo personal. El perjuicio moral por la limitación o pérdida parcial de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo se considera perjuicio leve con independencia del número de puntos que se otorguen a las secuelas.

Artículo 109. Medición del perjuicio por pérdida de calidad de vida.

1. Cada uno de los grados del perjuicio se cuantifica mediante una horquilla indemnizatoria que establece un mínimo y un máximo expresado en euros.

2. Los parámetros para la determinación de la cuantía del perjuicio son la importancia y el número de las actividades afectadas y la edad del lesionado que expresa la previsible duración del perjuicio.

3. El máximo de la horquilla correspondiente a cada grado de perjuicio es superior al mínimo asignado al perjuicio del grado de mayor gravedad precedente.

INDEMNIZACIONES POR SECUELAS TABLA 2.B PERJUICIO PERSONAL PARTICULAR	
PERJUICIOS PARTICULARES	
1. Daños morales complementarios por perjuicio psicofísico	
Cuando una sola secuela alcanza al menos 60 puntos o el resultado de las concurrentes alcanza al menos 80 puntos.	De 19.200 € hasta 96.000 €
2. Daños morales complementarios por perjuicio estético	
Cuando alcanza al menos 36 puntos.	De 9.600 € hasta 48.000 €
3. Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas	
Muy Grave	De 90.000 € hasta 150.000 €
Grave	De 40.000 € hasta 100.000 €
Moderado	De 10.000 € hasta 50.000 €
Leve	De 1.500 € hasta 15.000 €

3.B.- Reflexión inicial

El artículo 107 define la calidad de vida cuando establece "... ocasionada por las secuelas".

Cuando pensamos en la calidad de vida como perjuicio personal particular no estamos valorando la gravedad de la secuela que será la causa de esa alteración de la calidad de vida, porque esa gravedad la considera daño común y ya la ha valorado a través del baremo de la tabla 2.A, del perjuicio personal básico.

Para acercarnos al concepto de la calidad de vida como bien jurídico protegido de forma específica, vertebrada, pero también excluyente, debemos realizar una reflexión proactiva previa centrada en la diferenciación de secuela versus pérdida de calidad de vida, para que la eventual gravedad o intensidad (grave o ligera) de la secuela no contamine nuestra valoración de la eventual pérdida de calidad de vida que puede que no sea proporcional a la gravedad de la secuela. Secuelas leves pueden provocar pérdidas graves de calidad de vida y secuelas graves pueden provocar pérdidas de calidad de vida que son menores que las esperadas.

Por ejemplo, una secuela menor (la parálisis del 5º dedo de la mano izquierda) puede provocar una pérdida mayor de calidad de vida cuando la interferencia individual es muy importante (en un concertista que disfruta tocando el piano y al que dedica la mayor parte de su vida), y, sin embargo, una secuela mayor (una paraplejía), puede generar una interferencia menor (en un pensador). Para resumir este concepto, podríamos plantear que no es relevante la gravedad de la secuela, sino la consecuencia en la calidad de vida.

No debemos considerar la secuela y su gravedad para valorar la gravedad de la pérdida eventual de calidad de vida que esa secuela provoque.

3.C.- ¿Qué es la calidad de vida en la nueva normativa?

El perjuicio moral

El artículo 107 comienza por "Perjuicio moral".

El perjuicio moral requiere una pequeña reflexión desde el enfoque biomédico. Un lenguaje muy habitual en el Derecho del daño, y, por ello, en la generación de la prueba forense en los procedimientos abiertos para determinar la responsabilidad civil unida al mismo, es el llamado daño moral. La utilización del vocablo 'moral' para referirnos al daño, a pesar de su etimología con raíz en la costumbre, que se sublima al convertirse en una guía de referencia para un pueblo o para un individuo, y, a través de un laberinto figurado, llega a ser el paradigma de la ética, parece que nos habla de un contenido esencialmente espiritual o inmaterial de ese daño, y, por ello, parece que se ha convertido en un cajón de sastre donde se coloca todo aquello que, por su apariencia de 'etéreo y personal', pueda asumir dicha palabra. Son múltiples los contenidos que aparecen anexados a ese vocablo.

Frente a esas opciones de significados diferentes, necesitamos construir un lenguaje médico legal que, contenga unos contenidos estrictos y pragmáticos, y que sea capaz de asumir, simultáneamente, la filosofía nuclear de lo que estamos midiendo (el daño) y la estructura arquitectónica de nuestros instrumentos legales de medida (esencialmente el Código penal y la referencia a nuestra nueva ley de valoración del daño).

El construir un lenguaje médico legal, no supone alterar el lenguaje que el profesional del Derecho debe manejar, ni cambiarlo tampoco, sino exclusivamente dotar de un contenido o significado unívoco a cada palabra para que el lenguaje usado por el perito no sea tergiversado, ni tampoco sea manipulada su opinión pericial.

Una de las primeras claves para establecer el significado del daño moral, tal y como aparece recogido en nuestro Derecho de Daños, es que parece que no puede referirse al sufrimiento o al dolor psíquico y personal porque si el daño moral dependiera del sufrimiento o del dolor psíquico personal, no sería posible reparar o indemnizar el daño moral en aquellas personas privadas de conciencia o con ella alterada. Bajo ese significado de pérdida personal de bienestar psicológico o sufrimiento, una persona en coma no podría ser sujeto de indemnización por daño moral porque no tendría conciencia de sufrir.

El daño moral no puede estar en proporción directa con la emoción o la alteración de la esfera emocional de la persona dañada porque a falta de esa alteración emocional no existiría el daño moral.

Es un daño personal particular porque la calidad de vida perdida, tal y como aparece descrita en los artículos de referencia, se refiere a la especial forma en que unas secuelas (perjuicio personal básico o común) genera unas consecuencias individualizadas dependiendo del individuo que las sufre y de su especial e individualísimo contexto vital. No es lo mismo la pérdida de olfacción para un abogado que para un enólogo, ni tampoco para un chef.

Indudablemente, la opción más lógica que poseemos para dar salida a este laberinto, y no confundir el daño moral con el sufrimiento personal, es entenderlo como la pérdida o alteración de un bien tan unido a la persona que no requiera saber que lo posees para poder perderlo.

Puede ser la dignidad, la integridad anatómica, la funcionalidad adecuada, la relación social, la privacidad, la elección, la introspección, la honorabilidad, el propio derecho a ser autónomo,... pero todo ello entendido en su faceta más inmediatamente unida al hecho de ser persona, y no al sufrimiento personal y consciente que pueda provocar la pérdida o alteración de cualquiera de esos aspectos mencionados pero individualizado porque se refiere a determinadas pérdidas que son características y específicas a cada individuo.

Sin embargo, tanto el sufrimiento personal como otros datos como el dolor, aparecen reflejados en esa medida de daño moral porque, por sí mismos, ocasionan pérdidas de competencias y capacidades funcionales que se reflejan en la pérdida de calidad de vida que se mide por la gravedad de esas consecuencias.

El daño moral, es la pérdida de los aspectos personales o sociales que definen a la persona y no requiere tener la conciencia de lo perdido para que sea valorado como un daño. Cuando se pierde no es necesario que la persona sepa que lo ha perdido para que sea valorado y requiera ser indemnizado, porque es un bien unido indisolublemente a la persona. En resumen y utilizando una frase de nuestro **MARIANO MEDINA CRESPO** “el daño moral consiste en la alteración objetiva de las condiciones personalísimas de la existencia”.

Descripción de la pérdida de calidad de vida

El artículo 107 describe la calidad de vida con claridad meridiana con el texto “La indemnización por pérdida de calidad de vida tiene por objeto compensar el perjuicio moral particular que sufre la víctima por las secuelas que impiden o limitan su autonomía personal para realizar las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o su desarrollo personal mediante actividades específicas” establece una vertebración en ejes del concepto calidad de vida:

- Las actividades esenciales de la vida
- Las actividades del desarrollo personal

Posteriormente, en la graduación de la gravedad de su pérdida o limitación el legislador, cuando utiliza el punto y seguido en los apartados 3,4 y 5 del artículo 108 para adjuntar la valoración de la actividad laboral con importancia protagonista por sí misma para aplicar el grado de gravedad, está definiendo una separación de valor ponderativo paralelo en las actividades de desarrollo personal entre:

- El desarrollo personal a través de la actividad laboral
- El desarrollo personal a través de la actividad no laboral

Por ello, el esquema final de vertebración de los ejes básicos de la calidad de vida queda estructurado a partir de tres grandes ejes de valoración:

1. Las actividades esenciales de la vida
2. El desarrollo personal a través de la actividad laboral
3. El desarrollo personal a través de la actividad no laboral

Posteriormente, veremos una descripción de tallada de cada uno de esos ejes en los artículos 51 y 54.

- Eje 1: a Ley ha decidido colocar la referencia de mayor importancia para valorar la intensidad de la pérdida de calidad de vida en la autonomía personal para realizar las actividades esenciales de la vida diaria, y nos expone con claridad en su artículo 51 las actividades esenciales de la vida que desgrana en actividades específicas *“A efectos de esta ley se entiende por actividades esenciales de la vida ordinaria comer, beber, asearse, vestirse, sentarse, levantarse y acostarse, controlar los esfínteres, desplazarse, realizar tareas domésticas, manejar dispositivos, tomar decisiones y realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física o psíquica”*.
- Eje 2: Las actividades del desarrollo personal que desgrana en actividades específicas en su artículo 54: *“A efectos de esta ley se entiende por actividades de desarrollo personal aquellas actividades, tales como las relativas al disfrute o placer, a la vida de relación, a la actividad sexual, al ocio y la práctica de deportes, al desarrollo de una formación y al desempeño de una profesión o trabajo, que tienen por objeto la realización de la persona como individuo y como miembro de la sociedad”*.

La norma pondera detalladamente las diferentes intensidades que deben servir de referencia cuando en el artículo 108 plantea que *“El perjuicio por pérdida de calidad de vida puede ser muy grave, grave, moderado o leve”* y en los siguientes apartados esquematiza las líneas generales de esa graduación que, de forma esquemática, adoptan la siguiente distribución:

- MUY GRAVE
 - o ... el lesionado pierde su autonomía personal para realizar la casi totalidad de actividades esenciales de la vida diaria
- GRAVE
 - o ... el lesionado pierde su autonomía personal para realizar algunas de las actividades esenciales de la vida diaria
 - o ... la pérdida de toda posibilidad de realizar una actividad laboral o profesional ...
- MODERADO
 - o ... o la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal.
 - o ... pierde la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal
 - o la pérdida de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo
- LEVE
 - o (... el lesionado con secuelas de más de seis puntos...)... pierde la posibilidad de





llevar a cabo actividades específicas que tengan especial trascendencia en su desarrollo personal.

- o El perjuicio moral por la limitación o pérdida parcial de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo se considera perjuicio leve con independencia del número de puntos que se otorguen a las secuelas.

3.D.- Cómo se mide la alteración de la calidad de vida

Para valorar el nivel de alteración o pérdida en un constructo vertebrado por la ley, debe-

mos realizarlo de forma diferenciada con respecto a cada uno de los ejes básicos. Y las referencias serán las contempladas en el artículo 109. Medición del perjuicio por pérdida de calidad de vida, en su apartado 2: “Los parámetros para la determinación de la cuantía del perjuicio son la importancia y el número de las actividades afectadas y la edad del lesionado que expresa la previsible duración del perjuicio”.

Por ello, deberemos ver el número de actividades perdidas, la intensidad de la pérdida, y todo ello relacionado separadamente y, posteriormente corregido considerando la edad del lesionado, con las actividades esenciales de la vida y la pérdida de la autonomía, con el desa-

rollo personal a través de la actividad laboral y con el desarrollo personal a través de la actividad no laboral

Reflexión inicial respecto al eje de la pérdida de autonomía

En una primera visión de la pérdida de autonomía como pérdida de calidad de vida y de los posibles instrumentos que podrían ser utilizados para su revisión la referencia obligada es la que se establece a consecuencia de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia que provocó el desarrollo y aplicación del RD 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

El contenido expreso del objeto de valoración de dicho baremo, plasmado en su introducción, es “de acuerdo con el artículo 2.2 de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, la dependencia es el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”¹. En esta lectura podemos comprobar que el objetivo real del instrumento es “el cálculo de la cantidad de apoyo o ayuda que la persona necesita”.

Surge la cuestión ¿hay mayor pérdida de calidad de vida cuanto mayor es la necesidad de apoyo o existen otros parámetros para medir la calidad de vida perdida?.

Si la respuesta fuera exclusivamente esa contestación podríamos concluir que ese instrumento, el referido baremo de valoración de

la situación de dependencia, sería por analogía el idóneo para ser aplicado.

Sin embargo el objeto es diferente, como es diferente la Ley de la Seguridad Social 1/1994 de la actual de valoración del Daño. Mientras la Ley 39/2006 y el baremo del RD 504/2007 se refieren a los costes y compensaciones por esos gastos², valorar la pérdida de calidad de vida relacionada con la pérdida de autonomía como un daño personal particular e individual es ir mucho más allá (como veremos posteriormente en el apartado de matizaciones) pero, lo que es más relevante en la aplicación de la ley, está regulado por otra norma.

Valoración de la intensidad de la alteración

Para valorar la intensidad de la pérdida referida a la intensidad o gravedad del daño utilizaremos los textos de referencia de nuestra nueva norma. Los textos revisados utilizan fundamentalmente la diferenciación entre impiden o limitan. Muy grave, grave, moderado o leve serán los calificadores que las normas utilizan para valorar los diferentes grados de gravedad. Con base en la referencia de intensidad de la pérdida, podríamos utilizar las referencias del texto de la norma unidas a otras medidas de intensidad más internacionales en su lenguaje como son los porcentajes establecidos por la *Clasificación Internacional³ del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud* (CIF) editado por la OMS.

A partir de esa combinación la tabla resultante sería:

b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final del BVD de 50 a 74 puntos.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final del BVD de 75 a 100 puntos. Asimismo, el BVD permite identificar los dos niveles de cada grado en función de la autonomía personal y de la intensidad del cuidado que requiere de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 26 de la Ley 39/2006. El BVD es aplicable en cualquier situación de discapacidad y en cualquier edad, a partir de los 3 años.

² Que en la Ley de Valoración del Daño que nos ocupa es solventado de forma específica por la Tabla 1.2.C.

³ Organización Mundial de la Salud. Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. IMSERSO. Madrid 2001.

¹ El Baremo de Valoración de la Dependencia (en adelante, BVD) permite determinar las situaciones de dependencia moderada, dependencia grave y de gran dependencia,

a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final del BVD de 25 a 49 puntos.

	Calificador de la gravedad de la limitación	% de pérdida	Calificador en el texto de la norma	VALORACION SIGUIENDO EL TEXTO DE LA NORMA
Con respecto a cada una de las actividades esenciales alteradas relativas a: LA AUTONOMÍA EL DESARROLLO LABORAL EL DESARROLLO NO LABORAL	(muy ligero,...)	0-4%	Limitación de pocas tareas	VALORADO COMO ACTIVIDAD LIMITADA
	(ligero, poco, escaso,...)	5-24%	Limitan algunas tareas	
	(moderado, medio, regular,...)	25-49%	Limitan una parte relevante de las tareas que componen la actividad	
	(grave, mucho,...)	50-95%	Limitan la mayor parte de las tareas que componen la actividad	VALORADO COMO ACTIVIDAD PERDIDA
	(total,...)	96-100%	Impiden la actividad	



Valoración del número de actividades perdidas o limitadas

El número de actividades que quedan limitadas o pérdidas de cada uno de los ejes fundamentales de la calidad de vida debe ser considerado para valorar la intensidad de pérdida de calidad de vida. Los textos utilizan referencias muy descriptivas que poseen inferencias porcentuales: Pérdida de toda la posibilidad, casi

totalidad, la mayor parte, una parte relevante, algunas, pérdida de actividades específicas (ésta última referencia se puede interpretar como tareas integrantes de la actividad de referencia).

Podemos utilizar referencias similares a la del apartado anterior para categorizar el número de actividades perdidas o limitadas. A partir de esa combinación la tabla resultante sería:

	Calificador del número de actividades	% de actividades alteradas	Calificador en el texto de la norma	
Con respecto a los ejes básicos: LA AUTONOMÍA EL DESARROLLO LABORAL EL DESARROLLO NO LABORAL	(muy ligero,...)	0-4%	Pérdida de actividades específicas (tareas)	VALORADO COMO EJE LIMITADO
	(ligero, poco, escaso,...)	5-24%	Algunas	
	(moderado, medio, regular,...)	25-49%	Una parte relevante	
	(grave, mucho,...)	50-95%	La mayor parte	VALORADO COMO EJE PERDIDO
(total,...)	96-100%	La casi totalidad Pérdida de toda la posibilidad		

Valoración combinada de la intensidad de la pérdida y del número de actividades

Combinando los contenidos de ambas tablas podríamos contar con un resumen de la gravedad de la limitación de cada eje en las siguientes tablas.

1. TABLA DE VALORACIÓN DE LA PÉRDIDA

DE LA AUTONOMÍA (Tabla VPA)

2. TABLA DE VALORACIÓN DE LA ALTERACION DEL DESARROLLO PERSONAL LABORAL (Tabla VAP-L)

3. TABLA DE VALORACIÓN DE LA ALTERACION DEL DESARROLLO PERSONAL NO LABORAL (Tabla VAP-NL)

TABLA DE VALORACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA AUTONOMIA (Tabla VPA)

VALORACION DELA ALTERACION DE LA AUTONOMÍA	ACTIVIDAD LIMITADA			ACTIVIDAD PERDIDA	
	Limitación de pocas tareas 0-4% (muy ligero,...)	Limitan algunas tareas 5-24% (ligero, poco, escaso,...)	Limitan una parte relevante de las tareas que componen la actividad 25-49% (moderado, medio, regular,...)	Limitan la mayor parte de las tareas que componen la actividad 50-95% (grave, mucho,...)	Impiden la actividad 96-100% (total,...)
Comer	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Beber	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Asearse	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Vestirse	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Sentarse	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Levantarse y acostarse	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Controlar los esfínteres	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Desplazarse	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Realizar tareas domésticas	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Manejar dispositivos	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Tomar decisiones	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia psíquica	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
VALORACION FINAL SOBRE ALTERACION DE LA AUTONOMÍA	Alteración muy ligera de la autonomía 0-4% <input type="checkbox"/>	Alteración ligera de la autonomía 5-24% <input type="checkbox"/>	Alteración moderada de la autonomía 25-49% <input type="checkbox"/>	Alteración grave de la autonomía 50-95% <input type="checkbox"/>	Impide de forma total o casi total la actividad 96-100% <input type="checkbox"/>

TABLA DE VALORACIÓN DE LA ALTERACION DEL DESARROLLO PERSONAL LABORAL (Tabla VAP-L)

	VALORACION DE LA ALTERACION DEL DESARROLLO PERSONAL LABORAL	ACTIVIDAD LIMITADA			ACTIVIDAD PERDIDA	
		Limitación de pocas tareas 0-4% (muy ligero,...)	Limitan algunas tareas 5-24% (ligero, poco, escaso,...)	Limitan una parte relevante de las tareas que componen la actividad 25-49% (moderado, medio, regular,...)	Limitan la mayor parte de las tareas que componen la actividad 50-95% (grave, mucho,...)	Impiden la actividad 96-100% (total,...)
VALORACION FINAL SOBRE ALTERACION DEL DESARROLLO PERSONAL LABORAL	<i>El desempeño de la profesión o trabajo habitual de la persona lesionada</i>	<input type="checkbox"/> INCAPACIDAD PERMANENTE (IP) PARCIAL BAJO	<input type="checkbox"/> IP PARCIAL MEDIO (AMPLIADA) Y ALTO (CASI TOTAL)	<input type="checkbox"/> IP TOTAL BAJO	<input type="checkbox"/> IP TOTAL MEDIO	<input type="checkbox"/> IP TOTAL ALTO
	<i>El desempeño de otras profesiones o trabajos</i>	<input type="checkbox"/> IP TOTAL AMPLIADO BAJO	<input type="checkbox"/> IP TOTAL AMPLIADO MEDIO	<input type="checkbox"/> IP TOTAL AMPLIADO ALTO (CASI ABSOLUTA)	<input type="checkbox"/> IP ABSOLUTA BAJO Y MEDIO	<input type="checkbox"/> IP ABSOLUTA ALTO

En la lectura esta tabla es conveniente realizar algunas reflexiones o aclaraciones:

- Debemos recordar que estamos en un entorno muy específico de valoración del daño a las personas donde las indemnizaciones económicas se dirigen a compensar el daño moral y se sitúan en rangos muy amplios, pero no estamos en la aplicación del RD Leg 1/1994 de la Seguridad Social cuyo objetivo es totalmente diferente y se sitúan en la protección económica del trabajador y se refiere a cuantías específicas (no a rangos de indemnización).
- En la misma línea de aclaración, mientras que en la aplicación del RD Leg 1/1994 estamos constreñidos a utilizar exclusivamente las palabras incapacidad permanente parcial, total o absoluta, cuando queremos compensar un daño de forma sensible, vamos a encontrarnos consecuencias de pérdida de calidad de vida que se mueven en un continuo, sin rupturas.
- Para asegurar una sensibilidad proporcional en la valoración del daño debemos considerar que existen daños referidos a la actividad laboral que pueden ser:
 - Casi incapacidad permanente parcial (aunque no llegue al 33%).
 - Incapacidad parcial, progresiva en su intensidad, que puede ir aumentando hasta llegar a 'casi total' y a cuyas fases anteriores podemos llamar 'incapacidad permanente parcial ampliada':
 - Incapacidades permanentes totales que, sin dejar de ser totales, pueden ser (IPT):
 - IPT de grado bajo, no puede hacer el 25% al 49%.
 - IPT de grado medio, no puede hacer el 50% al 95%.
 - IPT de grado alto, no puede hacer el 96% al 100%.
 - IPT ampliada baja porque no puede hacer unas pocas entre otras actividades posibles (del 1% al 4%).
 - IPT ampliada media porque no puede hacer algunas otras entre otras actividades posibles (el 5% al 24%).

- IPT ampliada alta porque no puede hacer muchas otras entre otras actividades posibles (el 25% al 49%).
 - Incapacidades absolutas (IPA) que, sin dejar de ser absolutas, pueden ser:
 - IPA de grado bajo o medio porque no puede hacer el 50% al 95% entre otras actividades posibles.
 - IPA de grado alto, no puede hacer el 96% al 100% entre otras actividades posibles.

TABLA DE VALORACIÓN DE LA ALTERACIÓN DEL DESARROLLO PERSONAL NO LABORAL (Tabla VAP-NL)

VALORACION DELA ALTERACION DEL DESARROLLO PERSONAL NO LABORAL	ACTIVIDAD LIMITADA			ACTIVIDAD PERDIDA	
	Limitación de pocas tareas 0-4% (muy ligero,...)	Limitan algunas tareas 5-24% (ligero, poco, escaso,...)	Limitan una parte relevante de las tareas que componen la actividad 25-49% (moderado, medio, regular,...)	Limitan la mayor parte de las tareas que componen la actividad 50-95% (grave, mucho,...)	Impiden la actividad 96-100% (total,...)
Relativas al disfrute o placer	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
La vida de relación	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
La actividad sexual	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Al ocio y la práctica de deportes	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Al desarrollo de una formación	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Otras	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
VALORACION FINAL SOBRE ALTERACION DEL DESARROLLO PERSONAL NO LABORAL	Alteración muy ligera del desarrollo personal NO laboral 0-4% <input type="checkbox"/>	Alteración ligera del desarrollo personal NO laboral 5-24% <input type="checkbox"/>	Alteración moderada del desarrollo personal NO laboral 25-49% <input type="checkbox"/>	Alteración grave del desarrollo personal NO laboral 50-95% <input type="checkbox"/>	Impide de forma total o casi total el desarrollo personal NO laboral 96-100% <input type="checkbox"/>

La edad de la persona lesionada

Como es razonable, la edad debe convertirse en un factor de corrección sobre la valoración realizada en un determinado momento sobre una determinada persona de su pérdida de calidad de vida.

La edad del lesionado se correspondería con la duración presumida del perjuicio permanente, encontrándose ante la máxima indemnización cuando el lesionado es de corta edad y corrigiéndose a la disminución en los casos de una corta expectativa de vida cuando el lesionado es muy anciano. A menor edad, corresponde una indemnización mayor, porque

es mayor la duración del daño; y, por la misma razón, a mayor edad corresponde una indemnización menor, porque es menor la duración presumida del daño.

A este cómputo matemático simplista de la edad en el que, por ejemplo, cuatro años es cuatro veces más tiempo que un año, es adecuado contraponer conceptos más sutiles. No es una mera acumulación de periodos similares de tiempo, sino que a una persona de 50 años, aunque es presumible que le resten menos años de vida que a otra de 20 años, ni existe esa certeza probabilística ni tampoco la edad restante posee un valor cualitativo directamente proporcional. El tiempo que le queda a una persona

de 50 años es tan importante para esa persona como los años que le quedan a uno de 20 para esa otra persona.

Este cálculo, a través de variables de cálculo tan sutiles y arbitrarias, debe ser sometido a un consenso suficiente cuyo resultado debe ser la tabla 2.A.2. Lo cual no quiere decir que ese criterio no pueda variar en otras decisiones consensuadas sobre decisiones tan arbitrarias como la que estamos desarrollando.

El artículo 104, de régimen de valoración económica de las secuelas en su apartados 2 y 4 contemplan los siguientes contenidos: “Esta valoración es inversamente proporcional a la edad del lesionado y se incrementa a medida que aumenta la puntuación” y “El importe del perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial consta en la intersección de la fila y columna correspondientes. Este importe es el resultado de haber multiplicado el valor de cada punto, en función de la edad del lesionado, por el núme-

ro total de puntos obtenidos de acuerdo con el baremo médico”.

Si bien, en este momento nos encontramos en una consecuencia específica de las secuelas (perjuicio personal particular), y no en las secuelas (perjuicio personal básico), si el artículo 109, en su apartado 2, establece que entre “los parámetros para la determinación de la cuantía del perjuicio... la edad del lesionado que expresa la previsible duración del perjuicio”, y no define un cálculo económico específico, parece lógico que, por analogía y en la existencia de unas referencias específicas en este tipo de daño, utilicemos la misma graduación que se ha utilizado en la tabla 2.A.2.

Por ello, la referencia original será la fórmula matemática que el legislador haya utilizado para los cálculos por edad e intensidad de secuelas en la tabla 2.A.2.

Hasta el momento en que se facilite esta fórmula, las posibles referencias son:

	1 punto	% con respecto a 1 año	valor del punto
1 año	900,00 €		900,00 €
50 años	744,73 €	82,75%	744,73 €
80 años	636,26 €	70,70%	636,26 €

	50 puntos	% con respecto a 1 año	valor del punto
1 año	116.672,24 €		2.333,44 €
50 años	95.713,50 €	82,04%	1.914,27 €
80 años	73.448,57 €	62,95%	1.468,97 €

	100 puntos	% con respecto a 1 año	valor del punto
1 año	367.838,60 €		3.678,39 €
50 años	302.903,67 €	82,35%	3.029,04 €
80 años	227.759,14 €	61,92%	2.277,59 €

Algunas matizaciones sobre los criterios de valor planteados por la norma

Una matización sobre la intensidad del valor de los ejes de la calidad de vida

La lectura del texto de la Ley aporta una ponderación discriminada entre las tres grandes actividades susceptibles de ser consideradas como ejes básicos de la calidad de vida (autonomía, desarrollo personal laboral y desarrollo personal no laboral). En un razonamiento directo parece dirigirnos hacia una valoración igualitaria entre las diferentes actividades específicas de cada uno de esos ejes. Sin embargo parece que existen muchos criterios que nos obligan a reconsiderar este primera valoración.

El Consejo general de la Abogacía (CGAE) con fecha 9 de abril de 2013 solicitó al firmante de este trabajo una colaboración relativa al desarrollo médico legal en lo referente a las mejoras de las diferentes Tablas que conforman el Sistema de Valoración con la especial referencia de lo relativo a la calidad de vida.

Con base en este encargo, el abajo firmante promovió un estudio previo, a través del Colegio de Abogados de Zaragoza, y, fundamentalmente de la Comisión de Derecho de la Circulación, Responsabilidad Civil y Seguros, un Método Delphi presencial, con un Panel de Expertos Abogados, de dos vueltas presenciales en dos días diferentes, asegurando el anonimato de las valoraciones realizadas y la evitación de li-

derazgos y/o contaminantes en las decisiones individualizadas.

El Panel de Expertos fue de 24 abogados con una edad media de 45,33 años, y 16,5 años de experiencia, con 9 de ellos con actividad laboral fundamentalmente por encargo de compañías, 5 fundamentalmente por encargo de particulares, 8 que trabajan tanto por encargos particulares como de compañías y 2 sin actividad como abogados.

La propuesta fundamental de trabajo referida a la calidad de vida (SE ESTUDIARON OTROS CONCEPTOS) fue la siguiente: El siguiente paso es valorar la importancia de cada uno de esos ítems en cada grupo de edad. **IMPORTANTE: NO DEBE CONSIDERAR O INCLUIR VALORACIONES DE DAÑOS ECONOMICOS, NI DAÑOS EMERGENTES NI LUCRO CESANTE, PASADOS, ACTUALES O FUTUROS.** Debe elegir el peso, la importancia, dentro de una compensación por daño a la persona, que usted daría a la pérdida total de cada uno de los elementos que hemos colocado en la siguiente lista entre 0 (ningún valor relevante) y 10 (el máximo valor posible).

Esta valoración debía realizarla si el lesionado tiene entre 0 y 10 años, entre 11 y 20 años, entre 21 y 30 años, entre 31 y 40 años, entre 41 y 50 años, entre 51 y 60 años, entre 61 y 70 años, entre 71 y 80 años, y más de 80 años.

Los ítems que debían valorar eran los siguientes (estudio realizado sin contar todavía con los ejes básicos y las actividades que después han sido publicadas en la Ley actual):

- Autonomía personal sobre actividades personales esenciales o básicas (supervivencia).
- Autonomía personal sobre actividades personales no esenciales o básicas.
- Acortamiento de la vida.
- Desarrollo de actividades laborales habituales.
- Desarrollo de actividades habituales no laborales.
- Posibilidad de realizar actividades de ocio.
- Pérdida de oportunidad para realizar otros objetivos no realizados hasta ese momento.
- Actividad sexual.
- Actividad de formación.
- Actividades de relación interpersonal.
- Dolor físico.
- Sufrimiento o dolor psíquico.

Con base a este mismo encargo, el abajo firmante promovió un estudio preliminar Delphi, en el que se señaló como objetivo la **EVALUACION Y PONDERACION DE LAS ACTIVIDADES DE LA VIDA COTIDIANA.**

Los contenidos de esta fase preliminar fueron los siguientes:

- Primera valoración: **GRADO DE INTIMIDAD.** Se valora del 1 al 5. ¿Hasta qué punto esa actividad pertenece al ámbito privado e íntimo donde no deseas que nadie la deba realizar por ti?
- Segunda valoración: **PONDERACION DE LA IMPORTANCIA DE CADA ACTIVIDAD EN LA VIDA DIARIA.** Se valora del 1 al 5.
- Tercera valoración: **VALORACION DEL OBJETIVO FINALISTA DE CADA ACTIVIDAD DE LA VIDA DIARIA (AVD).** Los expertos deben valorar con 5 puntos en total, que pueden repartir sin limitaciones previas (por ejemplo pueden dar los 5 puntos a una valoración, dar 3+2, o dar 1+1+1+1+1, etcétera).

ACLARACION AL OBJETIVO FINALISTA: Hay AVD finalistas exclusivas (AFE), en las que el objetivo directo de las mismas es el núcleo de su importancia. Un zapatero cuando repara un zapato está realizando una actividad finalista exclusiva porque la reparación de ese zapato es el elemento protagonista de su actividad y no la forma de hacerlo o el camino para conseguirlo.

Existen otras AVD que además de conseguir un objetivo final irrenunciable están sujetas a un camino para conseguirlo que también puede ser importante para el individuo. La llamaremos 'actividad finalista compartida' (AFC). El zapatero puede disfrutar de hacer los zapatos, pero la obtención del resultado sigue siendo lo primordial. Alimentarse es una actividad finalista compartida porque el objetivo final es la nutrición de nuestro cuerpo pero el camino previo a esa nutrición, la degustación de lo ingerido y

todo el contexto que le rodea, puede adquirir un protagonismo fundamental cuando la necesidad básica de esa nutrición ya se presume pero la necesidad básica de alimentarse mantiene un protagonismo finalista esencial.

Además de las actividades finalistas exclusivas y las finalistas compartidas, podemos encontrar otras AVD en las que el protagonismo de la actividad es compartido a partes iguales. Es tan importante la conclusión de la actividad como el camino para llegar a esa conclusión. Cuando jugamos al baloncesto con un contrincente, incluso contra nosotros mismos, el encestar y ganar adquiere una importancia similar a la de realizar un ejercicio físico o cumplir expectativas muy personales. Llamaremos actividad mixta (AM) a esta ADL.

Finalmente, existe un cuarto grupo de AVD, que puede incluso subdividirse en dos, caracterizado porque el camino de realización de esa actividad es mucho más importante que la conclusión de la misma. Pensemos en la lectura de entretenimiento, o el ejercicio personal de tocar música, o el ejercicio no competitivo, o dibujar y pintar para uno mismo. Es posible detectar una actividad finalista en la conclusión de esas actividades, pero la importancia fundamental de esa actividad consiste en la misma realización de esa actividad. Llamaremos actividades no finalistas (ANF) o actividades escasamente finalistas (AEF) a aquellas AVD cuyo protagonista no es la conclusión de la actividad sino el camino para llegar a esa conclusión.

Recordemos la diferencia entre limitación de la capacidad y restricción en la participación. En el caso de la limitación de la capacidad se evalúa una pérdida genérica de una función o de un órgano, mientras que en el caso de la restricción del desempeño es la pérdida real de esas funciones en su entorno real en el que ya hemos colocado el máximo posible de aditamentos para mejorar su realización real de las AVD.

La razón de esta conceptualización de las AVD es que una actividad finalista directa, en la que el producto final es el protagonista, será susceptible de un enfoque ergonómico y el gap entre capacity and performance podrá ser tan elevado como el nivel de facilitación que consigamos a través de los factores del entorno. Sin embargo, en una actividad no finalista, en la que el protagonismo lo adquiere la realización de la actividad, la adaptación ergonómica del camino para llegar a esa conclusión posee grandes limitaciones. Si deseo tocar el piano no es un

objetivo lógico realizar una adaptación ergonómica que sustituya tocar el piano. En este caso no hay diferencia valorable entre la limitación eventual y la restricción, aunque consiga producir música. Entre esos dos extremos existe toda una gama posible de diferencia entre limitación y restricción. La definición del objetivo del individuo cuando realiza una ADL nos ayudará a valorar si existe diferencia entre el grado de la limitación de la capacidad y el de la restricción en la participación.

La exposición de los resultados de este estudio superan el ámbito de esta publicación, pero inciden en la enorme heterogeneidad del valor de cada actividad específica dependiendo del grado de intimidad como valor esencial de algunas actividades, de la importancia que cada actividad tenía en la vida del individuo, y del especial valor del grado de objetivo finalista que cada actividad poseía para cada colaborador del estudio.

Los resultados de estos estudios suponen una ruptura con la valoración igualitaria de las actividades específicas de cada uno de los ejes de la calidad de vida.

Estos resultados nos indican que debería promoverse un estudio más profundo de consenso para la evaluación ponderada específica de cada actividad específica de cada eje básico (actualmente no ponderada).

Una matización sobre la edad como factor de corrección de la pérdida de calidad de vida

Si bien el razonamiento lógico directo ratifica el hecho de que a menor edad, corresponde una indemnización mayor, porque es mayor la duración del daño; y, por la misma razón, a mayor edad corresponde una indemnización menor, porque es menor la duración presumida del daño. La realidad del daño puede presentar algunas peculiaridades que se basan en que la pérdida de calidad de vida no sigue un patrón uniforme respecto de las actividades específicas.

En el mismo estudio referido anteriormente con el Panel de Expertos Abogados, los resultados fueron de la "no coincidencia del valor de forma proporcional simple a la edad del lesionado ya que existe una adquisición muy diferente de cada actividad a lo largo de la maduración de las personas y una combinación muy dinámica entre lo ya conocido y perdido y lo no conocido, sujeto a una valoración de pérdida de oportunidad pero no a una pérdida real".

Los resultados de este estudio suponen una ruptura con la valoración proporcional simple de la pérdida de actividades en relación con la edad.

Estos datos nos indican que debería promoverse un estudio más profundo de consenso para la evaluación ponderada de la edad como factor de corrección.

4.- Sugerencia de valoración de la calidad de vida

4.A.- Valor de los ejes de la calidad de vida

El Legislador ha establecido una secuencia de ejes básicos del bien jurídico protegido, con valor progresivo o por analogía, a los que ha unido una ponderación global económica. Con ese objetivo, el Sistema de Valoración del Daño (SVD) utiliza las referencias⁴ “mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio relevante de acuerdo con su intensidad”. Y “... conforme a las reglas y límites establecidos en el sistema,...”.

En esta valoración es posible seleccionar graduaciones dentro de cada categoría y ciertos valores intermedios muy habituales como son la parcial ampliada (casi total), o la total ampliada (casi absoluta). En la valoración de daños, a diferencia de la legislación laboral (RD-Leg 1/1994), no existe la necesidad de establecer criterios definidos y diferenciados, sino que, en el caso de la aplicación de la tabla 2.B, las cantidades tienen un amplio rango, e incluso la posibilidad de que los rangos más elevados de una intensidad menor sean mayores que los rangos menores de una intensidad mayor.

Planteados los ejes básicos que, según el Sistema de Valoración del Daño (SVD), componen el constructo ‘calidad de vida’, el siguiente paso será compensar esa pérdida de acuerdo con su gravedad.

En primer lugar la utilización de cuantías solapadas entre grave y muy grave, entre moderado y grave y entre leve y moderado, requiere un ejercicio de ponderación vertebrada para conseguir para conseguir eludir el riesgo de una consecuencia menos grave se compense con una cantidad que una secuela más grave. Para ello se sugiere dividir las cuantías económicas en:

- **Muy Grave:**
 - o Muy Grave: de 100.000 € hasta 150.000 €
 - o Muy Grave ajustado: de 90.000 € hasta 100.000 €
- **Grave**
 - o Entre grave y muy grave. (Grave ampliada) de 90.000 € hasta 100.000 €
 - o Grave: de 50.000 € hasta 90.000 €
 - o Grave ajustado: de 40.000 € hasta 50.000 €
- **Moderado**
 - o Entre moderado y grave. (Moderada ampliada): de 40.000 € hasta 50.000 €
 - o Moderado: de 15.000 € hasta 40.000 €
 - o Moderado ajustado: de 10.000 € hasta 15.000 €
- **Leve**
 - o Entre leve y moderado. (Leve ampliado): de 10.000 € hasta 15.000 €
 - o Leve: De 1.500 € hasta 10.000 €

Con base en estos datos es posible sugerir una ponderación global de la pérdida de calidad de vida a partir de los tres ejes básicos de la calidad de vida (CBCV)⁵:

En el perjuicio muy grave

De 90.000 € hasta 150.000 €

Muy grave alto

El valor máximo del perjuicio muy grave (150.000 €) debería corresponder a la totalidad de las actividades esenciales

Muy grave medio

Los valores intermedios (entre 90.000 € y 150.000 €) se corresponden a una situación en la que, como mínimo haya más de una pérdida

⁴ Artículo 33. *Principios fundamentales del sistema de valoración.* Apdos. 3 y 5.

⁵ La autonomía personal en las actividades esenciales de la vida

- El desarrollo personal a través de la actividad laboral
- El desarrollo personal a través de la actividad no laboral

de una parte relevante de las actividades esenciales de la autonomía pero no llegue a la totalidad de la pérdida de esas actividades esenciales.

Muy grave bajo

Entre 'algunas' (de la valoración grave) y la 'casi totalidad' (de la valoración muy grave) existe una gama excesivamente amplia. Por ello⁶, propongo utilizar la referencia una 'parte relevante' de las actividades esenciales como calificador de intensidad.

Se sugiere que el valor mínimo del perjuicio muy grave (90.000 €) debería corresponder a la pérdida de 'una parte relevante' de las actividades esenciales porque la referencia de valor máximo en el perjuicio grave es el de 'algunas'.

NOTA: Si la consideración de pérdida muy grave de calidad de vida está unida a la pérdida de la autonomía personal en las actividades esenciales de la vida, es suficiente que esta pérdida sea sobre una parte relevante de las mismas para que, por su importancia en la persona que debe ser compensada por su daño moral, pueda ser considerado como consecuencia muy grave, aun cuando la situemos en su gama inferior.

En el perjuicio grave

De 40.000 € hasta 100.000 €

Grave ampliado

De 90.000 € hasta 100.000 €

Aparece como aplicable cuando, sobre un perjuicio grave, aparecen algunas referencias de pérdida de algunas actividades de autonomía personal pero lo ampliamos a la limitación en la posibilidad desarrollar muchas de esas actividades esenciales de la vida, aunque no haya una pérdida y no necesite una sustitución pero si un apoyo de tercera persona en las mismas.

Grave alto

El valor alto del perjuicio grave (90.000 €) debería corresponder a la unión de los tres criterios = ... algunas de las actividades esenciales + ... la mayor parte de sus actividades especí-

ficas de desarrollo personal + ... la pérdida de toda posibilidad de realizar una actividad laboral o profesional (INCAPACIDAD LABORAL PERMANENTE ABSOLUTA)

Grave medio

Los valores intermedios del perjuicio grave (entre 40.000 € y 90.000 €) se corresponde a una situación en la que aparezca una pérdida de algunas de las actividades esenciales de la autonomía personal, pero además aparezca o... la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal o... la pérdida de toda posibilidad de realizar una actividad laboral o profesional (INCAPACIDAD LABORAL PERMANENTE **ABSOLUTA**)

Grave bajo

El valor mínimo del perjuicio grave (40.000 €) debería corresponder a una situación en la que aparezca una pérdida de algunas de las actividades esenciales de la autonomía personal, pero además aparezca o... la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal... o (alternativamente) INCAPACIDAD PERMANENTE **TOTAL AMPLIADA** (en su rango alto) porque además de su actividad laboral no puede desarrollar muchas otras actividades laborales.

Otra posibilidad es que aparezca una situación definida exclusivamente por la pérdida de toda posibilidad de realizar una actividad laboral o profesional (INCAPACIDAD LABORAL PERMANENTE **ABSOLUTA**)

En el perjuicio moderado

De 10.000 € hasta 50.000 €

Moderado ampliado

De 40.000 € hasta 50.000 €

Aparece como aplicable cuando aparece la pérdida de una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal o INCAPACIDAD PERMANENTE **TOTAL AMPLIADA** (en su rango alto) porque además de su actividad laboral no puede desarrollar muchas otras actividades laborales.

Moderado alto

Aparece como aplicable cuando aparece la pérdida de algunas de sus actividades específicas de desarrollo personal O (alternativa-

⁶ Utilizando los calificadores intermedios que la propia ley establece: pérdida de toda la posibilidad, casi totalidad, la mayor parte, una parte relevante, algunas y pérdida de actividades específicas.

mente) INCAPACIDAD PERMANENTE **TOTAL AMPLIADA** (en su rango medio) porque además de su actividad laboral no puede desarrollar una parte relevante de otras actividades laborales.

Moderado medio

Aparece como aplicable cuando aparece la pérdida de unas pocas de sus actividades específicas de desarrollo personal O (alternativamente) INCAPACIDAD PERMANENTE **TOTAL AMPLIADA** (en su rango bajo) porque además de su actividad laboral no puede desarrollar algunas otras actividades laborales.

Moderado bajo

Aparece como aplicable cuando aparece la limitación de una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal O (alternativamente) INCAPACIDAD PERMANENTE **TOTAL** estricta.

En el perjuicio leve

De 1.500 € hasta 15.000 €

Leve ampliado

De 10.000 € hasta 15.000 €

Aparece como aplicable cuando aparece la limitación de una parte relevante de sus ac-

tividades específicas de desarrollo personal y, además, una limitación de su actividad laboral y para desarrollar muchas otras actividades laborales.

Leve alto

Aparece como aplicable cuando aparece la limitación de una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal o, alternativamente, una limitación de su actividad laboral y para desarrollar muchas otras actividades laborales.

Leve medio

Aparece como aplicable cuando aparece la limitación de algunas de sus actividades específicas de desarrollo personal o una limitación de su actividad laboral y para desarrollar muchas otras actividades laborales.

Leve bajo

Aparece como aplicable cuando aparece la limitación de algunas tareas de sus actividades específicas de desarrollo personal o una limitación de su actividad laboral y para desarrollar muchas otras actividades laborales.

4.B.- Sugerencia de tabla de ponderación (VESCA)

Esta sugerencia puede convertirse en una tabla de ponderación:

TABLA DE VALORACION ECONOMICA SECUENCIAL DE LA CALIDAD DE VIDA (VESCA)

		AUTONOMIA EN ACTIVIDADES ESENCIALES DE LA VIDA	DESARROLLO PERSONAL NO LABORAL	DESARROLLO PERSONAL LABORAL
Muy Grave (De 90.000 € hasta 150.000 €)	Muy grave alto	... pérdida de la totalidad de las actividades esenciales de su autonomía personal	No relevante	No relevante
	Muy grave medio	... pérdida de la casi totalidad de las actividades esenciales de su autonomía personal... + ... limitaciones para otras actividades esenciales		
	Muy grave bajo	... pérdida de una parte relevante de las actividades esenciales de su autonomía personal... + ... limitaciones para otras actividades esenciales		

Grave (De 40.000 € hasta 100.000 €)	Grave ampliado (De 90.000 € hasta 100.000 €)	... pérdida de algunas de las actividades esenciales de su autonomía personal ... + ... limitaciones para la casi totalidad de las actividades esenciales	No relevante	No relevante
	Grave alto	... pérdida de algunas de las actividades esenciales	+... pérdida de la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal	+ ... la pérdida de toda posibilidad de realizar una actividad laboral o profesional (ABSOLUTA)
	Grave medio	... pérdida de algunas de las actividades esenciales	+... pérdida de la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal	O (alternativamente) ... la pérdida de toda posibilidad de realizar una actividad laboral o profesional (ABSOLUTA)
	Grave bajo	... limitación de algunas de las actividades esenciales	+ o la pérdida de la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal	O (alternativamente) INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL AMPLIADA (en su rango alto) porque además de su actividad laboral no puede desarrollar muchas otras actividades laborales
		Sin limitación valorable	Sin limitación valorable	... la pérdida de toda posibilidad de realizar una actividad laboral o profesional (ABSOLUTA)

Moderado (De 15.000 € hasta 50.000 €)	Moderado ampliado (De 40.000 € hasta 50.000 €)	Sin limitación valorable	Pérdida una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal	+ ... TOTAL AMPLIADA (en su rango alto) porque además de su actividad laboral no puede desarrollar muchas otras actividades laborales
	Moderado alto	Sin limitación valorable	Pérdida de algunas de sus actividades específicas de desarrollo personal	O ... (alternativamente) TOTAL AMPLIADA (en su rango medio) porque además de su actividad laboral no puede desarrollar una parte relevante de otras actividades laborales
	Moderado medio	Sin limitación valorable	Pérdida unas pocas de sus actividades específicas de desarrollo personal.	O ... (alternativamente) TOTAL (en su rango bajo) porque además de su actividad laboral no puede desarrollar algunas otras actividades laborales
	Moderado bajo	Sin limitación valorable	Limitación (sin) de una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal.	O ... (alternativamente) TOTAL estricta sin limitaciones relevantes para otras actividades laborales



Leve De 1.500 € hasta 15.000 € (el lesionado con secuelas de más de seis puntos)	Leve ampliado (De 10.000 € hasta 15.000 €)	Sin limitación valorable	... limitada la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de las actividades específicas de su desarrollo personal	+ ... limitada la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de las actividades específicas de su actividad laboral
	Leve alto	Sin limitación valorable	... limitada la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de las actividades específicas de su desarrollo personal	o ... limitada la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de las actividades específicas de su actividad laboral
	Leve medio	Sin limitación valorable	... limitada la posibilidad de llevar a cabo algunas actividades específicas de su desarrollo personal	y/o ... limitada la posibilidad de llevar a cabo algunas actividades específicas de su actividad laboral
	Leve bajo	Sin limitación valorable	... limitada la posibilidad de llevar a cabo algunas de las tareas que componen las actividades específicas de su desarrollo personal	y/o ... limitada la posibilidad de llevar a cabo algunas de las tareas que componen las actividades específicas de su actividad laboral (***... con independencia del número de puntos que se otorgan a las secuelas.)

Reconocimientos

El Consejo general de la Abogacía (CGAE) con fecha 9 de abril de 2013 me solicitó una colaboración relativa al desarrollo médico legal en lo referente a las mejoras de las diferentes Tablas que conforman el Sistema de Valoración con la especial referencia de lo relativo a la calidad de vida. Con base en este

encargo, el abajo firmante promovió un estudio previo, a través del Colegio de Abogados de Zaragoza, y, fundamentalmente de la Comisión de Derecho de la Circulación, Responsabilidad Civil y Seguros, un Método Delphi presencial. Para realizar el trabajo Delphi se contó con un Panel de Expertos de 24 abogados del Colegio de Abogados de Zaragoza.

Referencias

- 1 Kelly, G.A. *The Psychology of Personal Constructs*. New York: Norton-Company, 1955.
- 2 Calman KC. Quality of life in cancer patients—an hypothesis. *J. Med. Ethics*. 1984; 10:124-127.
- 3 Utiliza los indicadores de esperanza de vida, educación y PBN per capita.
- 4 Yan TL, Hu QD, Zhang Q, Li YM, Liang TB. National rates of *Helicobacter pylori* recurrence are significantly and inversely correlated with human development index. *Aliment Pharmacol Ther*. 2013 May; 37(10):963-968.
- 5 Chang HH, Larson J, Blencowe H, Spong CY, Howson CP, Cairns-Smith S, Lackritz EM, Lee SK, Mason E, Serazin AC, Walani S, Simpson JL, Lawn JE; Born Too Soon preterm prevention analysis group. Preventing preterm births: analysis of trends and potential reductions with interventions in 39 countries with very high human development index. *Lancet*. 2013 Jan 19;381(9862):223-34.
- 6 Sabermahani A, Barouni M, Seyedin H, Aryankhesal A. Provincial human development index, a guide for efficiency level analysis: the case of Iran. *Iran J Public Health*. 2013; 42(2):149-57.
- 7 Koster F. Sociality in Diverse Societies: A Regional Analysis Across European Countries. *Soc Indic Res*. 2013 Apr;111(2):579-601.
- 8 Dregan A, Armstrong D. Cross-country variation in sleep disturbance among working and older age groups: an analysis based on the European Social Survey. *Int Psychogeriatr*. 2011 Apr 19:1-8.
- 9 Eikemo TA, Huisman M, Perlman F, Ringdal K. Educational health inequalities in former Yugoslavia: evidence from the South-East European Social Survey Project. *Eur J Public Health*. 2010 Dec; 20(6):640-6.
- 10 Larsen J, Stovring H, Kragstrup J, Hansen DG. Can differences in medical drug compliance between European countries be explained by social factors: analyses based on data from the European Social Survey, round 2. *BMC Public Health*. 2009 May 16;9:145.
- 11 World Health Organization. Constitution. En: WHO. Basic Document Geneva WHO 1948. <http://www.who.int/library/collections/historical/es/index3.html>
- 12 World Health Organization. Quality of Life Assessment. An annotated bibliography. Geneva. WHO (MNH/PSF/94.1). 1994.
- 13 GROUP. "The Quality of Life Assessment (WHOQOL). Position Paper from the World Health Organization". *Soc. Sci. Med*. 1995; 41 (10): 1403:9.
- 14 Cabral DL, Laurentino GE, Damascena CG, Faria CD, Melo PG, Teixeira-Salmela LF. Comparisons of the Nottingham Health Profile and the SF-36 health survey for the assessment of quality of life in individuals with chronic stroke. *Rev Bras Fisioter*. 2012 Jul-Aug; 16(4):301-8.
- 15 Busija L, Pausenberger E, Haines TP, Haymes S, Buchbinder R, Osborne RH. Adult measures of general health and health-related quality of life: Medical Outcomes Study Short Form 36-Item (SF-36) and Short Form 12-Item (SF-12) Health Surveys, Nottingham Health Profile (NHP), Sickness Impact Profile (SIP), Medical Outcomes Study Short Form 6D (SF-6D), Health Utilities Index Mark 3 (HUI3), Quality of Well-Being Scale (QWB), and Assessment of Quality of Life (AQoL). *Arthritis Care Res (Hoboken)*. 2011 Nov;63 Suppl 11:S383-412.
- 16 Pendleton N, Clague JE, Cobain M, Thethi K, Jones M, Horan MA, McInnes L, Rabbitt PM. Relationship between self-reported prevalence of diabetes mellitus using the Cornell Medical Index (CMI) and prevalence determined by glycosylated hemoglobin (HbA1c) in an elderly community-dwelling population. *Arch Gerontol Geriatr*. 2005 Nov-Dec; 41(3):289-96.
- 17 Pendleton N, Clague JE, Horan MA, Rabbitt PM, Jones M, Coward R, Lowe C, McInnes L. Concordance of Cornell medical index self-reports to structured clinical assessment for the identification of physical health status. *Arch Gerontol Geriatr*. 2004 May-Jun; 38(3):261-9.
- 18 de Sá Rodrigues KE, Machado ST, Ferreira MA, Martins TF, Viana MB, de Oliveira BM. Health-related Quality of Life Among Teenagers During Cancer Treatment in a Developing Country: Patients' and Proxies' Reports. *Pediatr Hematol Oncol*. 2013 May; 30(4):307-16.
- 19 Herrmann S, McKinnon E, Hyland NB, Lalanne C, Mallal S, Nolan D, Chassany O, Duracinsky M. HIV-related stigma and physical symptoms have a persistent influence on health-related quality of life in Australians with HIV infection. *Health Qual Life Outcomes*. 2013 Apr 8; 11:56.
- 20 Abraham SB, Abel BS, Rubino D, Nansel T, Ramsey S, Nieman LK. A direct comparison of quality of life in obese and Cushing's syndrome patients. *Eur J Endocrinol*. 2013 Apr 15; 168(5):787-93.
- 21 Alentorn-Geli E, Leal-Blanquet J, Guirro P, Hinarejos P, Pelfort X, Puig-Verdié L. Comparison of Quality of Life Between Elderly Patients Undergoing TKA. *Orthopedics*. 2013 Apr 1; 36(4):e415-e419.
- 22 Shahandeh H, Moradi S, Bavandpour K, Bohlooli F. The quality of life of patients with spinal cord injuries. *J Inj Violence Res*. 2012 Nov; 4(3 Suppl 1).
- 23 Tsunoda A, Kashiwagura Y, Hirose K, Sasaki T, Kano N. Quality of life in patients with chronic anal fissure after topical treatment with diltiazem. *World J Gastrointest Surg*. 2012 Nov 27; 4(11):251-5.
- 24 Knibb RC, Ibrahim NF, Petley R, Cummings AJ, King RM, Roberts G, Erlewyn-Lajeunesse M, Lucas JS. Validation of the Paediatric Food Allergy Quality of Life Questionnaire (PFA-QL). *Pediatr Allergy Immunol*. 2013 May; 24(3):288-292.

- 25 Keating CL, Peeters A, Swinburn BA, Magliano DJ, Moodie ML. Utility-based quality of life associated with overweight and obesity: The Australian diabetes, obesity, and lifestyle study. *Obesity (Silver Spring)*. 2013 Mar; 21(3):652-655
- 26 Ul-Haq Z, Mackay DF, Fenwick E, Pell JP. Meta-analysis of the association between body mass index and health-related quality of life among adults, assessed by the SF-36. *Obesity (Silver Spring)*. 2013 Mar; 21(3):E322-E327.
- 27 Moro-Valdezate D, Peiró S, Buch-Villa E, Caballero-Gárate A, Morales-Monsalve MD, Martínez-Agulló A, Checa-Ayet F, Ortega-Serrano J. Evolution of Health-Related Quality of Life in Breast Cancer Patients during the First Year of Follow-Up. *J Breast Cancer*. 2013 Mar; 16(1):104-111.
- 28 Brown S, Jun MK, Min MO, Tracy EM. Impact of Dual Disorders, Trauma, and Social Support on Quality of Life Among Women in Treatment for Substance Dependence. *J Dual Diagn*. 2013 Jan 1; 9(1):61-71.
- 29 Chang LR, Lin YH, Wu Chang HC, Chen YZ, Huang WL, Liu CM, Liu CC, Hwu HG. Psychopathology, rehospitalization and quality of life among patients with schizophrenia under home care case management in Taiwan. *J Formos Med Assoc*. 2013 Apr; 112(4):208-15.
- 30 Las palabras inglesas de disease (enfermedad como realidad objetiva), illness (como pérdida de salud percibida por el enfermo) y burden (la enfermedad en los "otros") nos acercan a la idea poliédrica de la calidad de vida, y fundamentalmente a su pérdida o limitación.
- 31 Bunge, M (1975) What is quality of life indicators. *Social Indicators Research*, 2, 65-79.
- 32 Comandé, G. Towards a Global Model for Adjudicating Personal Injury Damages: Bridging Europe and the United States. *Temple International & Comparative Law Journal*, Vol. 19, No. 2, January 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=878131>
- 33 Rogers, WV Horton. *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*. Springer Verlag Wien, 2001.
- 34 Vidmar N. *World Jury Systems*. Oxford Socio-Legal Studies. 2000. 428 pp.
- 35 Los general damages constituyen aproximadamente entre un cincuenta y cinco y un sesenta por ciento de las indemnizaciones por daños a la persona. Neil Vidmar et al., *Jury Awards for Medical Malpractice and Post-Verdict Adjustments of Those Awards*, 48 *De Paul Law Review*. 265, 296 (1998).
- 36 Croley SP, Hanson JD. The Non-Pecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law, 108 *HARV. L. REV.* 1785, 1789 (1995)
- 37 J.P. Dintilhac. Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels. Juillet 2005 <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>
- 38 Castro Gómez, William, and Luz Esperanza Martínez Cortés. "Naturaleza jurídica de los perjuicios de la vida de relación a la luz del principio de reparación integral" (2012).
- 39 La enorme complejidad, heterogeneidad y número de publicaciones sobre la calidad de vida limita la opción de una revisión exhaustiva y protocolizada.
- 40 Cimaglia, G., & Rossi, P. (2006). *Danno Biologico. Le tabelle di legge*. Giuffrè editore.
- 41 Barni, M., & Santosuosso, A. (1995). *Medicina e diritto*. Giuffrè ed., Milano.
- 42 Mélenec, Louis. "Evaluation du handicap e du dommage corporel". Parigi: Masson Ed (1991): 307-320.
- 43 Barrot, Robert. *Le dommage corporel et sa compensation: pratique médico-légale et judiciaire*. Litec, 1988.
- 44 Lambert-Faivre, Yvonne, and Stéphanie Porchy-Simon. *Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation*. Dalloz, 1990.
- 45 Dérobert, Léon, ed. *La réparation juridique du dommage corporel*. Flammarion médecine-sciences, 1980.
- 46 Magnus, Ulrich. La reforma del derecho alemán de daños. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2003, no 2, p. 127.
- 47 Petrie, A. (1967). *Individuality in pain and suffering*. Chicago: University of Chicago Press.
- 48 *Sprague v. Cal. Pac. Bankers & Ins. Ltd.*, 74 P.3d 12, 22-23 (Haw. 2003) (citing *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Dacanay*, 952 P.2d 893, 896 n.3 (Haw. Ct. App. 1998).
- 49 Cassidy, J. D., Carroll, L. J., Côté, P., Lemstra, M., Berglund, A., & Nygren, Å. (2000). Effect of eliminating compensation for pain and suffering on the outcome of insurance claims for whiplash injury. *New England Journal of Medicine*, 342(16), 1179-1186.
- 50 *Boston v. Cheasepeake & Ohio Ry. Co.*, 61 N.E.2d 326 (Ind. 1945).
- 51 *DeLoach v. Lanier*, 125 F. Supp. 12 (N.D. Fla. 1954).
- 52 Yale David Koskoff, *The Nature of Pain and Suffering*, 13 *TRIAL* 21, 22 (1977).
- 53 This understanding of pain and suffering is clearly summarized by 2 AM. L. Inst. *Enterprise responsibility for personal injury: Approaches to legal and institutional change, 199-200* (1991) ("Pain and suffering is a term that actually covers a number of categories of non-pecuniary loss... tangible physiological pain suffered by the victim at the time of injury and during recuperation... anguish and terror felt in the fact of impending injury and death,... immediate emotional distress and long-term loss of love and companionship resulting from the injury or death of a close family member... the enduring loss of enjoyment of life by the accident victim who is denied the pleasures of normal personal and social activities because of his permanent physical impairment") (emphasis added). 89. See Jean Limpens et al., *Liability for One's Own Act*, in *XI Int'l Encyclopedia Of Comparative Law*, supra note 14. 90. See AM. L. Inst., supra note 88, at 199-200.

- 54 Lim Poh Choo v. Camden & Islington Area Health Auth., [1980] A.C. 174, 188 (U.K.)
- 55 Mark Mumenthaler, *Neurology* 12-13, 163-64 (2d ed. 1986); Fred Plum & Jerome B. Posner, *The diagnosis of stupor and coma* 19 (3d ed. 1982).
93. Regarding awards for loss of enjoyment of life, two separate and sometimes confusing issues exist. The first is whether such awards should constitute a separate category. The second is whether they should be payable to comatose plaintiffs.
94. See, e.g., Heidi Li Feldman, *Harm and Money: Against the Insurance Theory of Tort Compensation*, 75 *Tex. L. Rev.* 1567, 1593 (1997)
- 56 Ager, Jesús Pintos. *Baremos. Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2000, no 1, p. 12.
- 57 Ziviz, P. (1999). *La tutela risarcitoria della persona: danno morale e danno esistenziale*. Giuffrè.
- 58 Verbrugge, L. M., & Jette, A. M. (1994). *The disablement process*. *Social science & medicine*, 38(1), 1-14.
- 59 Waddell, G., Newton, M., Henderson, I., Somerville, D., & Main, C. J. (1993). *A Fear-Avoidance Beliefs Questionnaire (FABQ) and the role of fear-avoidance beliefs in chronic low back pain and disability*. *Pain*, 52(2), 157-168.
- 60 Sebert Jr, J. A. (1985). *Punitive and Nonpecuniary Damages in Actions Based upon Contract: Toward Achieving the Objective of Full Compensation*. *UCLA L. Rev.*, 33, 1565.
- 61 Sprague, C. (1997). *Damages for Personal Injury and Loss of Life--The English Approach*. *Tul. L. Rev.*, 72, 975.
- 62 Ogus, A. I. (1972). *Damages for lost amenities: For a foot, a feeling or a function?*. *The Modern Law Review*, 35(1), 1-16.
- 63 *Fair v. London & North Western Ry.*, [1869] 21 L.T. 326, 327 (D.C.) (Eng.).
- 64 Bagenstos, S. R., & Schlanger, M. (2007). *Hedonic damages, hedonic adaptation, and disability*. *Vanderbilt Law Review*, 60, 745.
- 65 Stephen J. Fearon, *Hedonic Damages: A Separate Element in Tort Recoveries?*, 56 *Def. Couns. J.* 436 (1989); Eric L. Kriftcher, *Comment, Establishing Recovery for Loss of Enjoyment of Life Apart From Conscious Pain and Suffering: McDougald v. Garber*, 62 *ST. John's L. Rev.* 332 (1988); Paul E. Marth, *Comment, Loss of Enjoyment of Life: Should It Be a Compensable Element of Personal Injury Damages?*, 11 *Wake Forest L. Rev.* 459 (1975); Ronald J. Mishkin, *omment, Loss of Enjoyment of Life as an Element of Damages*, 73 *Dick. L. Rev.* 639 (1969); Stanley V. Smith, *Hedonic Damages in Wrongful Death Cases*, A.B.A., Sept. 1988, at 70; Carel J.J.M. Stolker, *The Unconscious Plaintiff: Consciousness as a Prerequisite for Compensation for Non-Pecuniary Loss*, 39 *Int'l & Comp. L.Q.* 82 (1990); John A. Williamson, *Note, Hedonic Damages in Section 1983 Actions*:
- 66 *McDougald v. Garber*, 536 N.E. 2d 372, 379 (N.Y. 1989) (Titone, J., dissenting) (citing *Thompson v. Nat'l R.R. Passenger Corp.*, 621 F.2d 814, 824 (6th Cir. 1980)); see also Carleton R. Cramer, *Comment, Loss of Enjoyment of Life as a Separate Element of Damages*, 12 *Pac. L.J.* 965, 972 (1981); Kyle R. Crowe, *Note, The Semantical Bifurcation of Non-economic Loss: Should Hedonic Damage Be Recognized Independently of Pain and Suffering Damage?*, 75 *Iowa L. Rev.* 1275 (1990).
- 67 388 F.2d 480, 484 (N.Y. 1968).
- 68 *Este v. Roussel*, 833 So. 2d 999, 1010 (La. Ct. App. 2002); see also *Engles v. City of New Orleans*, 872 So. 2d 1166, 1178 (La. Ct. App. 2004); *Ford v. Bazile*, 871 So. 2d 612, 617 (La. Ct. App. 2004); *Marks v. OHMEDA, Inc.*, 871 So. 2d 1148, 1161 (La. Ct. App. 2004); *Plaisance v. McDonald*, 865 So. 2d 1004, 1008 (La. Ct. App. 2004); *Scramuzza v. River Oaks Inc.*, 871 So. 2d 522, 531 (La. Ct. App. 2004); *Simon v. Reel*, 867 So. 2d 174, 178 (La. Ct. App. 2004); *Flint v. Trolley Stop*, 843 So. 2d 635, 640 (La. Ct. App. 2003); *Simmons v. King*, 833 So. 2d 1148, 1153 (La. Ct. App. 2002).
- 69 *Esperanzas y expectativas de la vida (expectation) tiene una connotación cualitativa mientras que esperanza de vida (expectancy) como acortamiento de la duración de la vida provocada por las consecuencias específicas de una lesión determinada. Éste ultimo concepto se corresponde con un término demográfico o estadístico habitual.*
- 70 Jaffe, L. L. (1953). *Damages for Personal Injury: The Impact of Insurance*. *Law and Contemporary Problems*, 18(2), 219-240.
- 71 Koteich Khatib, Milagros. *La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del 'daño corporal') en el ordenamiento francés*. *Revista de Derecho Privado*, 2010, no 18.
- 72 Castro Gómez, William, and Luz Esperanza Martínez Cortés. "Naturaleza jurídica de los perjuicios de la vida de relación a la luz del principio de reparación integral". (2012).
- 73 Whiteneck, G. G., Charlifue, S. W., Frankel, H. A., Fraser, M. H., Gardner, B. P., Gerhart, K. A.,... & Silver, J. R. (1992). *Mortality, morbidity, and psychosocial outcomes of persons spinal cord injured more than 20 years ago*. *Spinal Cord*, 30(9), 617-630.
- 74 Franklin, M. A., Chanin, R. H., & Mark, I. (1961). *Accidents, Money, and the Law: A Study of the Economics of Personal Injury Litigation*. *Columbia Law Review*, 61(1), 1-39.
- 75 Strauss, D. J., DeVivo, M. J., Paculdo, D. R., & Shavelle, R. M. (2006). *Trends in life expectancy after spinal cord injury*. *Archives of physical medicine and rehabilitation*, 87(8), 1079-1085.
- 76 Krause, J. S., & Crewe, N. M. (1987). *Prediction of long-term survival of persons with spinal cord injury: An 11-year prospective study*. *Rehabilitation Psychology*, 32(4), 205.
- 77 *Podemos ver la esperanza de vida (entendida como acortamiento de vida) como indicador en <http://unstats.un.org/unsd/demographic/products/socind/>*
- 78 Bernard A. Koch & Helmut Koziol, *Comparative Analysis, in Compensation for personal injury in a comparative perspective* 407, 419-34

- 79 Board, Judicial Studies; Cherry, John. Guidelines for the assessment of general damages in personal injury cases. Oxford University Press, 2002.
- 80 J.P. Dintilhac. Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels. Juillet 2005 <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>
- 81 Le Concours Médical. Barème indicatif des déficits fonctionnels séquellaires en droit commun. 1993.
- 82 Zwißler, Finn. Schmerzengeld Ratgeber Ausgabe 2010: Die neue Entscheidungshilfe; Mit Schmerzengeldtabellen und Fachwortverzeichnis. Walhalla Fachverlag, 2010.
- 83 Martín-Casals, Miguel; Ribot, Jordi; Solé, Josep. Non-pecuniary loss under Spanish Law. Rogers, WV Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective.
Martín-Casals, Miquel, Jordi Ribot Igualada, and Josep Solé Feliu. "Medical malpractice liability in Spain: cases, trends and developments". Eur. J. Health L. 10 (2003): 153.
- 84 Francesco D. Busnelli, Prospettive Europee di Razionalizzazione del Risarcimento del Danno Non Economico, Danno e Responsabilità, Jan. 2001, at 5-11.
- 85 Housecroft v. Burnett, 1 All E.R. 332, 337 (1986), "The human condition is so infinitely variable that it is impossible to set a tariff, but some injuries are more susceptible to some uniformity in compensation than others".
- 86 Comandé, G. Towards a Global Model for Adjudicating Personal Injury Damages: Bridging Europe and the United States. Temple International & Comparative Law Journal, Vol. 19, No. 2, January 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=878131>
- 87 Paul V. Niemeyer, Awards For Pain And Suffering: The Irrational Centerpiece of Our Tort System, 90 Va. L. Rev. 1401, 1401 (2004), who argues that awarding damages for pain and suffering "without rational criteria for measuring [them undermines] the tort law's rationality and predictability", and advocates legislative intervention.
- 88 (Spade v. Lunn & Boston R.R. Co., 47 N.E. 88, 89 (Mass. 1897)), Mitchell v. Rochester Ry. Co., 45 N.E. 354 (N.Y. 1896)
- 89 Spearing NM, Gyrd-Hansen D, Pobereskin LH, Rowell DS, Connelly LB. Are people who claim compensation "cured by a verdict"? A longitudinal study of health outcomes after whiplash. J Law Med. 2012 Sep; 20(1):82-92.
- 90 Peterson DI. The effect of litigation on claims of personal injury: a statistical study of 249 cases. J. Long Term Eff Med Implants. 2007; 17(4):289-96.
- 91 Greve KW, Bianchini KJ, Brewer ST. The Assessment of Performance and Self-report Validity in Persons Claiming Pain-related Disability. Clin Neuropsychol. 2012 Nov 16.
- 92 Tearnan BH, Ross SA. The development and classification accuracy of the life assessment questionnaire in the detection of pain-related malingering. Behav Sci Law. 2012 Jul-Aug; 30(4):516-36.
- 93 Binder LM, Spector J, Youngjohn JR. Psychogenic stuttering and other acquired nonorganic speech and language abnormalities. Arch Clin Neuropsychol. 2012 Aug; 27(5):557-68.
- 94 Hadjistavropoulos T, Craig KD. A theoretical framework for understanding self-report and observational measures of pain: a communications model. Behav Res Ther. 2002 May; 40(5):551-70.
- 95 Grillo J, Brown RS, Hilsabeck R, Price JR, Lees-Haley PR. Raising doubts about claims of malingering: implications of relationships between MCMI-II and MMPI-2 performances. J Clin Psychol. 1994 Jul; 50(4):651-5.
- 96 Johnson JL, Lesniak-Karpiak K. The effect of warning on malingering on memory and motor tasks in college samples. Arch Clin Neuropsychol. 1997; 12(3):231-8.
- 97 Butcher JN, Arbisi PA, Atlis MM, McNulty JL. The construct validity of the Lees-Haley Fake Bad Scale. Does this scale measure somatic malingering and feigned emotional distress? Arch Clin Neuropsychol. 2003 Jul; 18(5):473-85.
- 98 Gass CS, Odland AP. Minnesota Multiphasic Personality Inventory-2 revised form Symptom Validity Scale-Revised (MMPI-2-RF FBS-r; also known as Fake Bad Scale): psychometric characteristics in a nonlitigation neuropsychological setting. J Clin Exp Neuropsychol. 2012; 34(6):561-70.
- 99 Hill ML, Craig KD. Detecting deception in facial expressions of pain: accuracy and training. Clin J Pain. 2004 Nov-Dec; 20(6):415-22.
- 100 Alwes YR, Clark JA, Berry DT, Granacher RP. Screening for feigning in a civil forensic setting. J Clin Exp Neuropsychol. 2008 Feb; 30(2):133-40.
- 101 Dionysus KE, Denney RL, Halfaker DA. Detecting negative response bias with the Fake Bad Scale, Response Bias Scale, and Henry-Heilbronner Index of the Minnesota Multiphasic Personality Inventory-2. Arch Clin Neuropsychol. 2011 Mar; 26(2):81-8.
- 102 Rivera, Francisca Fariña, et al. "Evaluación del daño moral en accidentes de tráfico: desarrollo y validación de un protocolo para la detección de la simulación". Psicothema 18.2 (2006): 278-283.
- 103 Bigot, Jean. Les trois lectures de la loi Badinter. JCP, 1987, vol. 1, p. 3278.
- 104 Sartori G, Forti S, Birbaumer N, Flor H. A brief and unobtrusive instrument to detect simulation and exaggeration in patients with whiplash syndrome. Neurosci Lett. 2003 May 15; 342(1-2):53-6.
- 105 Brennan AM, Meyer S, David E, Pella R, Hill BD, Gouvier WD. The vulnerability to coaching across measures of effort. Clin. Neuropsychol. 2009 Feb; 23(2):314-28.

Bullying, marco legal y jurisprudencial



Sandra Gálvez Melguizo

Abogada

Departamento de Seguros de HispaColex

Sumario

I. Concepto de *bullying*

II. Responsabilidad penal derivada del *bullying*

II.1. Procedimiento específico en la LORPM

II.2. Responsabilidad penal del centro docente y/o administración

III. Responsabilidad civil derivada del *bullying*

III.1. Responsabilidad civil *ex delicto* LORPM

III.2. Responsabilidad civil art. 1902, 1903 CC

III.3 Responsabilidad civil de la Administración

IV. Importancia de la prueba para acreditar una situación de acoso escolar

V. Cuantificación del daño derivado del *bullying*

VI. El daño moral y su valoración

VII. Conclusiones

I. Concepto de *bullying*

Según el Tribunal Supremo (SSTS núm. 1218/2004 de 2 de noviembre, 819/2002 de 8 de mayo y 1122/1998 de 29 de septiembre) y La Fiscalía General del Estado -Instrucción 10/05 FGE sobre Tratamiento del Acoso Escolar-, el *Bullying* comprende un catálogo de conductas, en general permanentes o continuadas en el tiempo y desarrolladas por uno o más alumnos sobre otro, susceptibles de provocar en la víctima sentimientos de terror, angustia e inferioridad, idóneos para humillarle, envilecerle y quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral. Se trata por tanto de una persecución al menor que puede ser física o psicológica, con la intención de causar un mal al sujeto pasivo que sufre el acoso, situándolo en una posición de inferioridad respecto del agresor/es, esta actuación debe ser repetida o reiterada durante algún tiempo (*SAP de Madrid núm. 406/2014 de 9 de octubre*).

II. Responsabilidad penal derivada del *bullying*

La responsabilidad penal derivada de aquellos hechos delictivos característicos del *bullying*, como toda responsabilidad penal, será siempre de carácter personal, pues no se puede olvidar que ésta, tiene como objetivo la obligación de asumir las consecuencias de la comisión de un hecho tipificado como delito, y por tanto lo que se persigue es el 'castigo', por ello, de estos hechos responderá siempre el autor. Cuestión distinta será la responsabilidad civil tal y como explicaremos mas adelante.

En nuestro CP no hay ningún tipo específico que recoja explícitamente la figura del acoso escolar o *Bullying*, pero tal y como refiere la AP de Álava en auto nº 53/2008 de 12 de febrero: *"hay una aceptación generalizada por parte de las Audiencias de que los casos más graves de acoso moral, pueden ser considerados como un comportamiento subsumible en el tipificado como delito en el art. 173.1 Título VII del Libro II, delito contra la integridad moral y con carácter general, para la STS 819/2002, el delito del art. 173 representa el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del CP, requiriendo para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial "infligir a una persona un trato degradante" y un resultado "menoscabando gravemente su integridad moral"*.

Así pues, hay que destacar qué elementos de este delito contra la integridad moral deben darse necesariamente para incardinar estas conductas en este tipo (*SSTS 255/2011 de 6 de abril*):

1. Un acto de claro e inequívoco trato vejatorio para el sujeto pasivo del delito

Típicas conductas que comportan un trato degradante dentro de la figura del acoso escolar son: las burlas, los insultos, las agresiones físicas, los empujones, el arrojado de objetos, la extracción de objetos personales, las acusaciones injustas, las amenazas, las novatadas... etc.; comportamientos que, individualmente considerados, no dejan de ser un 'altercado entre alumnos', pero cuya reiteración en el tiempo posicionan a la víctima en una situación de humillación constante que le genera importantes daños psíquicos, minando su autoestima y su proceso normal de desarrollo personal.

2. Un padecimiento, físico o psíquico, en dicho sujeto

El delito contra la integridad moral no exige que se sufra un resultado lesivo físico objetivado, pues el bien jurídicamente protegido es la integridad moral, bien jurídico diferente al de la integridad física -por tanto, subsumido dentro de los tipos penales de lesiones-. Este padecimiento puede provocar en el sujeto multitud de disfunciones, tales como, cuadros de ansiedad, baja autoestima, stress, falta de concentración, hipervigilancia, depresión, alteraciones alimenticias, bajo rendimiento... etc., en definitiva, alteraciones que en algunos casos pueden llegar a ser permanentes y acompañar al individuo durante toda su vida.

3. Un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito

Presupuesto básico de este 'trato degradante', es una cierta continuidad temporal para que no sea considerado como un simple 'ataque', si bien, es posible que aun tratándose de un solo hecho puntual -si tiene la suficiente intensidad como para considerarlo brutal, cruel o humillante- pueda encuadrarse dentro del tipo penal del art. 173.1, considerándose en estos casos también como trato degradante. Por lo tanto, se pueden considerar conductas tipificadas como delito contra la integridad moral, tanto aquellas conductas aisladas que por su naturaleza tienen entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, como aquellas otras que, si bien aisladamente consideradas no rebasarían el umbral exigido por ese delito, sin embargo, en tanto que reiteradas o sistemáticas realizadas habitualmente y consideradas en su conjunto, terminan produciendo un menoscabo grave a

la integridad moral (STS 1218/2004 de 2 de noviembre).

Respecto al bien jurídico protegido por los delitos contra la integridad moral recuerda el TS sentencia nº 331/2012 de 4 de mayo, “*el delito de atentado a la integridad moral protege el derecho a ser tratado como persona y no como cosa refiriéndose a la sensación de envejecimiento, humillación, vejación e indignidad y a padecimientos físicos o psíquicos inflingidos de un modo vejatorio para quien los sufre y con una voluntad de doblegar la del sujeto paciente STC 57/1994*”.

Al margen del delito contra la integridad moral, también existen ejemplos jurisprudenciales que han condenado a los responsables un delito de lesión mental del art. 147.1 CP. En este sentido, la sentencia del Juzgado de Menores de Bilbao nº 216/2005 de 23 de noviembre y la SAP de Vizcaya de 22 de mayo de 2006, condenaron al menor por un delito de lesión contra la integridad moral en concurso con un delito de lesión mental del art. 147.1 CP. Los casos de violencia psíquica en los que no se alcance la suficiente entidad como para encuadrar la conducta dentro del tipo ‘delito’, ya sea por su intensidad o por su frecuencia, serán considerados como un simple ataque, subsumibles por tanto dentro de otros tipos penales –vejeciones injustas, coacciones, amenazas, insultos...– cuya única diferencia con el delito del art. 173 será el grado de gravedad del atentado a la integridad moral. En consecuencia, al hablar de acoso escolar, hay que tener siempre presente que nos enfrentamos –en los casos más graves– ante conductas recogidas dentro del ámbito penal, con un alto grado de reproche social y que suponen una clara vulneración de derechos fundamentales de la persona, tales como el derecho a la dignidad (art. 10 CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE).

II.1 Procedimiento específico en la LORPM

Cuando estos atentados contra la integridad moral del menor sean cometidos por un menor/es de edad entre los 14 y los 18 años, puesto que son sujetos que en principio gozan de una presunción de imputabilidad, existe una sujeción no ya a la responsabilidad penal ordinaria, sino a una específica recogida en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM). En dicha Ley, existen múltiples medidas sancionadoras para el/los menores responsables, si bien, todas tienen un factor común: se persigue la eficacia rehabilitadora más que el castigo –Caso Jokin, La

SAP de Guipúzcoa núm. 178/2005, determinó con mucha claridad, la justificación de las medidas correctivas impuestas a los acosadores–.

Las sanciones penales que se contemplan en el procedimiento específico de la LORPM –órdenes de alejamiento, internamiento en un centro de menores, trabajos comunitarios, obligación de disculparse ante la víctima o sus familiares, asistencia a talleres ocupacionales, redacción de trabajos, prohibición de salir de su domicilio los fines de semana... etc.– pueden ser compatibles con otras sanciones administrativas, como por ejemplo, las impuestas por el propio centro educativo, si bien, existe una cierta moderación de esta posible duplicidad de sanciones penal y administrativa, tal y como establece la STC 2/2003, en la que se contempla la posibilidad de la aplicación de esta doble sanción, pero siempre teniendo en cuenta que al existir previamente una sanción impuesta por la jurisdicción penal, se tendrá que mantener cierta flexibilidad en la posterior sanción en el ámbito administrativo.

II.2 Responsabilidad penal del centro docente y/o administración

En relación a la imputación penal del delito del art. 173 CP, resulta interesante el debate (no poco frecuente) sobre la posible imputación de terceros, diferentes al menor acosador, por un delito de comisión por omisión. A este respecto, existe jurisprudencia en la que se ha considerado la posibilidad de que estos actos criminales que no se materializan –daño contra la integridad, vejaciones, amenazas, coacciones...–, puedan ser cometidos por omisión de aquéllos que en el momento de los hechos tenían asignada la guarda de hecho del menor. Se trata por tanto de analizar si es posible imputar un delito de comisión por omisión al titular del centro docente o sus subordinados –en caso de centros escolares privados– o de la propia Administración –en el caso de centros escolares públicos–.

Cualquier incumplimiento u omisión de las obligaciones concebidas por los centros docentes en sus actividades –ordinarias o extraordinarias–, escolares, extraescolares o complementarias, que implicaran un resultado lesivo, podría posibilitar al perjudicado emprender contra la entidad titular del centro docente, tanto las acciones civiles del art. 1903 del Código Civil como las acciones penales, del art. 31 bis del Código Penal, al entender que la actuación del centro fue insuficiente, inefectiva y negligente cuando se tuvo conocimiento de la situación de acoso escolar.

En el famoso caso Jokin –que acabó con el suicidio del menor– la Audiencia Provincial de Guipúzcoa mediante Auto nº 54/2006 de 8 de marzo, resolvió si por parte del director del Instituto, la jefa de estudios, la tutora, la profesora, el IES y finalmente la Consejería de Educación del Gobierno Vasco, se pudo cometer un delito en relación a la comisión por omisión del tipo penal 450 CP de su deber de velar por la salud física y psíquica de los alumnos. En este Auto se viene a establecer de un modo muy esclarecedor, cuáles son todos los elementos objetivos y subjetivos que se exigen para que exista el delito de comisión por omisión aludido en el art. 11 CP, y que se incardinan en los delitos materiales o de resultado, estableciendo como definición general que: *“los delitos de comisión por omisión, son aquellos en los que mediante un no hacer lo que estaba obligado y podía realizar, se produce un resultado del que el omitente responde como si lo hubiera producido mediante una conducta activa”*.

Igualmente, en el Auto de la AP de Barcelona nº 774/2012 de 25 de julio, con ocasión de la posible imputación penal del tipo del art. 173 CP por omisión, por parte de la directora y algunos tutores del centro escolar, se estableció que: *“la inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado. No se puede olvidar que la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber, resultando equiparable la realización activa del tipo penal...”*.

En cualquier caso, el denominador común en la jurisprudencia que se pronuncia al respecto, es el hecho de que finalmente no se ha llegado nunca a considerar que exista el grado necesario y suficiente de pasividad de estos terceros responsables de la guarda del menor, como para estimar esta posible comisión por omisión.

III. Responsabilidad civil derivada del *bullying*

Al margen de la responsabilidad penal que pueda reclamarse a los menores autores del acoso escolar, siempre va a existir la posibilidad de exigir a éstos una responsabilidad civil derivada de estos hechos. Esta responsabilidad civil vendrá determinada por aquellos actos u omisiones propios realizados con culpa o negligencias sobre la persona del acosado y estará caracterizada por su carácter patrimonial y por perseguir la reparación del daño. Podrá ser exi-

gible tanto en el procedimiento penal especial regulado en la Ley Orgánica de Responsabilidad de los Menores, como en un procedimiento civil.

III.1 Responsabilidad civil *ex delicto* art. 61 LORMP

Esta responsabilidad civil (art. 109 y siguientes CP y art. 61. LORPM) será pues, aquella derivada de los hechos dañosos cometidos por menores de 18 años y mayores de 14 años, que están tipificados en el CP. Su resarcimiento puede ser reclamado en el propio procedimiento penal, que se tramitará como pieza separada de responsabilidad civil (art. 61.2 LORM) y sin efecto de cosa juzgada, como en uno posterior. Para que exista responsabilidad penal *ex delicto* es necesario que exista una resolución del Juzgado de menores con declaración de los hechos probados y de autoría del menor, además de la declaración de inimputabilidad (SSTS 14 de enero de 2009 Núm. 1225/20099). El juez civil quedará totalmente vinculado por la resolución penal si el menor resulta imputable penalmente.

En lo que respecta al ejercicio de su acción, dentro del procedimiento penal del menor, hay que destacar principal y brevemente que se trata de una responsabilidad directa, solidaria y objetiva.

a). **Directa**, por cuanto que existe una identidad entre el responsable del daño y el autor del ilícito.

b). **Solidaria**, tal y como viene impuesto por el propio art. 61.3: *“Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden”*. De este modo, el perjudicado podrá obtener de cada uno de ellos el resarcimiento en cualquier momento, independientemente de las facultades de repetición ulteriores entre aquellos.

Lo que permite este sistema es la liberación de la víctima de tener que probar la culpa del responsable civil, además de protegerle de la habitual insolvencia de los menores (**MORA ALARCÓN, J. A.**, *Derecho Penal y procesal de menores*, Valencia 2002). Así mismo, este sistema tiene una clara vocación educacional, en el sentido de involucrar a todos los posibles agentes responsables para que tengan un mayor grado de implicación en la tarea educativa y sociali-

zadora de los menores (SAP de Sevilla de 17 de abril de 2008).

No es pacífica la doctrina en lo que respecta a la existencia de un orden jerarquizado de posibles terceros responsables (en aquellos casos en los que concurren), pero la doctrina más generalizada, es aquella que viene a establecer que: *“una interpretación no literal, sino lógica y sistemática del precepto ha de conducir a entender que lo que el legislador ha pretendido es que la responsabilidad recaiga, de entre aquellas personas enumeradas en el art. 61.3 en la que en el momento de causarse los daños por el menor, ejerciera sobre el mismo la guardia y custodia efectiva”* (SAP de Guipúzcoa de 10 de febrero de 2009 –recurso 1029/2008–).

Este carácter solidario de la responsabilidad civil en el marco de la LORPM, viene perfectamente reflejado en la reciente SAP de la Rioja nº 2/2015 de 8 de enero, en la que se realiza pronunciamiento sobre la responsabilidad civil solidaria decretada en el procedimiento de la LORPM contra el menor, los padres, el centro educativo y la CCAA de la Rioja: *“el hecho de que el menor se encontrara en el centro escolar cuando se perpetraran los hechos o que éstos se desarrollasen principalmente en horario escolar, no excluye sin más a los padres de la responsabilidad que establece el art. 61 de la ley 5/2000. La SAP de Pontevedra de 22 de febrero de 2011 con cita de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de mayo de 2010 mantiene que... lo sujetos pasivos obligados por la responsabilidad civil establecida en la Ley de menor, son en primer lugar, el menor responsable del daño cometido y en segundo lugar, pero solidariamente con él, sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden”. En suma, hemos de partir de la posibilidad de concurrencia de distintos responsables, siempre que participaran en el proceso de gestión educativa del menor y ejerzan sobre el mismo un control aunque sea potencial o quasi-potencial, de su comportamiento. La responsabilidad es también de la CCAA de La Rioja de la que dependía el Centro Docente, compartida y solidaria con el menor. Ello es así, porque la mayor parte de los hechos perpetrados a lo largo de todo el curso escolar se perpetraron dentro de las instalaciones escolar, por un alumno hacia otro, en horas lectivas en las que el menor estaba bajo el control y cuidado del Instituto...”*.

Interesante el pronunciamiento en la SAP de Madrid nº 93/2012 de 11 de junio de 2012, en la que en un procedimiento penal de mayores previo, en el que se determinó la responsa-

bilidad civil del padre de menor acosador –por actos propios–, condenándolo al pago de una cantidad monetaria y posteriormente, en pieza separada de responsabilidad civil, se le condenó también al pago de otra cantidad monetaria, pero en esta segunda ocasión, en concepto de responsabilidad civil dimanante del procedimiento de menores por los actos de su hijo, es decir, solidariamente por la responsabilidad civil de los actos del menor. El padre interpuso recurso de apelación alegando que existía duplicidad y efecto de cosa juzgada, estableciéndose en la sentencia que: *“en el proceso de mayores su responsabilidad civil derivaba de sus propios actos y, en cambio, en el proceso de menores deriva de los actos realizados por su hijo menor, de los que debe responder solidariamente en atención a lo dispuesto en el art. 61.3 de la LORPM”*.

Igualmente, la Sentencia nº 336/2011 de 21 de septiembre: *“la circunstancia de que en la jurisdicción de mayores haya sido enjuiciada la madre de la menor expedientada, por las lesiones que ambas presentaban por el incidente ocurrido y en el que intervino la menor R, no implica que deba de estimarse la excepción de cosa juzgada, pues es evidente, que ningún pronunciamiento se realizó sobre la menor pues éste sólo es posible que lo realice la jurisdicción de menores y por consiguiente, es la jurisdicción en la que hoy nos encontramos, la competente para realizar tal pronunciamiento, por lo que procede desestimar dicha excepción, tal y como acertadamente lo hizo la juez a quo”*.

c) **Objetiva**, porque el responsable civil no quedará exonerado ni siquiera probando la ausencia de culpa o negligencia en su labor de guarda. Lo único que admite la LORPM es que su responsabilidad sea moderada siempre y cuando no hubieran favorecido la conducta de aquel con dolo o negligencia grave (art. 61.3 LORPM). Hay por tanto una inversión de la carga de la prueba, de modo que aquellos que soliciten la moderación, serán los obligados a demostrar que hicieron todo lo posible para evitar la actuación delictiva del acosador/es (SAP de Barcelona de 11 de abril de 2008). Por tanto, a diferencia de lo que ocurriría en un ulterior procedimiento en vía civil, en el que el/los responsables civiles podrían quedar exonerados si prueban que agotaron todas las medidas de vigilancia y control que tenían a su disposición, para evitar que el daño se produjese, en el procedimiento penal no hay posibilidad de tal exoneración, por lo que obviamente, en aras de obtener un resarcimiento económico por estos hechos, es razonablemente lógico ejercitar la acción en Pieza de Responsabilidad Civil pre-

vista en la LORPM (art. 61.2) antes que reclamar esta indemnización en un procedimiento civil.

Con respecto a la reserva de acciones civiles ¿Qué ocurre en aquellos supuestos en los que tramitándose el expediente por el procedimiento regulado en la LORPM en la correspondiente Pieza de Responsabilidad Civil, y no habiendo sido parte el centro escolar, se realiza una reserva de acciones para posteriormente reclamar a éste en vía civil?, esta reserva de acciones ¿afectarían a quien no hubiera sido parte en el procedimiento penal?, ¿cuáles son los plazos de prescripción?.

Estas cuestiones son resueltas entre otras, en la SAP de Álava nº 120/2005 de 27 de mayo, en la que, la parte recurrente –el centro escolar– sostenía que: la reserva de acciones que se efectuó el perjudicado ante el Juzgado de Menores sólo podía afectar a los derechos del menor y sus padres, como responsables civiles, según el art. 61.3, puesto que la sociedad demandada no fue parte en las diligencias penales tramitadas en dicho Juzgado ni en la correspondiente Pieza de Responsabilidad Civil; en segundo lugar, que la acción de reclamación de responsabilidad civil interpuesta posteriormente al amparo del art. 1903 CC, estaba prescrita; y por último que el centro educativo no podía ser responsable solidario con los padres del menor por aquellos hechos constitutivos de delito.

En relación a la primera cuestión, la Audiencia resolvió que: *“la responsabilidad civil exigida en la Pieza de Responsabilidad Civil en la jurisdicción de menores es una responsabilidad ‘ex delicto’, puesto que así se deduce entre otros del artículo 2 en relación con el art. 1 de la LORPM. La remisión específica al Código Penal de ciertas normas que regulan la Pieza, junto con la consideración de derecho supletorio del Código Penal en el ámbito sustantivo y la catalogación de la responsabilidad penal de los menores como una responsabilidad penal ‘ex delicto’, permite concluir que todos los preceptos del Código Penal que normativizan la responsabilidad civil derivada del delito son aplicables en la subjurisdicción penal de menores y concretamente sería posible aplicar sin ninguna dificultad la responsabilidad contemplada en el art. 120 CP, y específicamente la prevista en el apartado tercero, que prevé una responsabilidad de las personas jurídicas en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares. Pues bien, sentado lo anterior, teniendo en cuenta que era posible que los actores ejercitaran una acción de responsabilidad civil durante la tramitación del proceso de menores en el seno de la Pieza men-*



cionada contra el Centro educativo, no se puede aceptar el planteamiento de la recurrente en el sentido de que no existía ningún óbice para plantear la acción del art. 1903 CC ejercitada en este proceso”. Por tanto, se viene a establecer en la sentencia que si el perjudicado podía ejercer la acción de responsabilidad civil contra el centro educativo en el procedimiento de la LORPM, con más razón podía plantear la acción del art. 1903 CC en un posterior proceso civil.

Con respecto al segundo motivo relativo a la prescripción, la AP resolvió que: *“entre tanto no haya acabado la posibilidad de ejercitar*



la acción en la Pieza o se haya reservado la acción civil para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil, no se puede entender que empieza a correr el tiempo de prescripción de la acción derivada del art. 1903 CC". Es más, de no ser así –explica la sentencia–: “podría ocurrir que, a pesar de la existencia de un procedimiento en la jurisdicción de menores con su correspondiente Pieza, si el Juzgado de Menores tardara más de un año en la tramitación del procedimiento desde la producción del ilícito criminal, incluso sin haber realizado el ofrecimiento de acciones, como los plazos correrían, según tesis del apelante, se habría perdido la posibilidad que le

ofrece el art. 61.1 de ejercitar la acción civil en la jurisdicción civil”. En el mismo sentido se resuelve en la Sentencia del JPI de Vitoria de 1 de febrero de 2005.

Por último, en lo que respecta a la solidaridad la Audiencia se pronunció en el siguiente sentido: “... no estamos ante un supuesto de solidaridad impropia de los responsables civiles, sino de solidaridad propia, y, en consecuencia, la responsabilidad no ha prescrito, al estar pendiente el procedimiento de menores, que interrumpe la prescripción respecto de éstos. Si analizamos el hecho desde el punto de vista civil, aceptando que el menor y sus padres eran responsables, conforme a los arts. 1902 y 1903.1 CC, es claro que el procedimiento penal interrumpiría la prescripción respecto de ellos (art. 114 LECrim), pero también habría de entenderse interrumpida respecto del Centro educativo, según el art. 1974 CC, puesto que se trata de una obligación solidaria propia que deriva de un diferente título de imputación. La jurisprudencia del TS (con alguna opinión discordante) ha entendido que no es aplicable tal precepto civil en supuestos de responsabilidad solidaria impropia, esto es, aquella que ha sido fijada como tal jurisprudencialmente y no por la Ley o el contrato, de manera singular en los procesos de responsabilidad decenal, porque el título de imputación de la responsabilidad es el mismo, pero en el caso de la responsabilidad del colegio respecto de la conducta de un alumno, la responsabilidad de éste es por el acto propio, pero la del Centro educativo es por la falta de cuidado, de control o de vigilancia sobre el alumnado, es decir, la responsabilidad tiene su origen en otra fuente, en un comportamiento diferente al del alumno”.

III.2 Responsabilidad civil art. 1902, 1903 CC

La responsabilidad civil en el concreto supuesto del *bullying* al amparo de los art. 1902 y 1903, se configura como una responsabilidad:

- a) **Extracontractual**, puesto que entre los alumnos acosadores y el acosado no existe relación previa alguna, siendo siempre además por culpa in vigilando de las personas o entidades que en el desarrollo de los hechos estuvieran obligados a velar por el menor acosado y de no adoptar las medidas exigidas por el deber de vigilancia propio de la diligencia de un buen padre de familia.
- b) **Indirecta**, debido a su carácter patrimonial, no será el menor quién tenga que reparar el daño causado, sino otros terceros tales

como el centro docente, la Administración, los padres, tutores... etc.).

- c) **Solidaria**, pudiendo exigirse la completa satisfacción de la deuda o el total cumplimiento de la obligación de cualquiera de los deudores, sin perjuicio de los ajustes o acciones de repetición que procedan en el ámbito de las relaciones internas. Ejemplos de este carácter solidario lo encontramos en la SAP de Castellón núm. 161/2009 de 21 de julio, Auto de la AP de Castellón nº 151/20 y más recientemente, SAP de Valencia nº 107 de 14 de marzo de 2014, en la que los padres de la menor acosada interpusieron demanda únicamente contra los padres de la menor responsable del acoso, alegando estos últimos que existía falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber demandado también al centro educativo (por cuanto que los hechos ocurrieron también en el colegio). Sin embargo, en el fallo se resolvió que puesto que los hechos constitutivos de acoso ocurrieron tanto dentro del colegio como fuera del mismo -llamadas telefónicas desde la casa de la acosadora y publicaciones en *Tuenti*-, los padres de la menor acosadora se hallaban legitimados pasivamente para soportar la acción.
- d) **Quasi-objetiva**, pues los posibles terceros responsables podrían exonerarse si acreditan que se actuó de una manera diligente (SAP de Barcelona núm. 268/2013 de 10 de mayo), a diferencia del régimen de responsabilidad civil ex delicto -en la que sólo cabe la moderación pero nunca la exención de responsabilidad-.

III.3. Responsabilidad civil de la Administración

Con respecto a la responsabilidad de la Administración derivada de una situación de *bullying*, resulta muy interesante mencionar la Sentencia de la Audiencia Nacional de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª de 1 de febrero de 2013, en la que se hace un análisis muy completo y exhaustivo de los requisitos que se exigen para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración en un supuesto de acoso escolar. En el fallo se resuelve que no concurrían todos los elementos necesarios para imputar dicha responsabilidad a la administración, si bien, consta un voto particular muy acertado que consideró que sí existió una falta de diligencia por parte del centro escolar, a la vez que reconocía la necesidad de moderar su responsabilidad en función a las intervenciones -pocas e ineficientes- que el centro realizó

en el asunto. El fallo por tanto fue desacertado, pues aun habiéndose acreditado y reconocido la existencia de las graves lesiones y trastornos físicos y psíquicos sufridos por la menor, que en ningún caso debieron ser padecidos, finalmente no se responsabilizó al centro, tal y como se entendió que debía haberse hecho en el voto particular que manifestó: *“Mi discrepancia con la sentencia a la que se formula este voto particular, que en todo caso acato y respeto, se centra en la cuestión relativa al nexo causal entre la omisión administrativa de vigilancia y el perjuicio causado. Comparto las tesis de la mayoría en cuanto que un golpe casual sufrido por un menor de edad en un centro escolar público, no puede ser imputado en nexo de causalidad a la Administración, fundamentalmente por la imprevisibilidad del suceso. Pero en el supuesto que no ocupa concurre una circunstancia esencial a mi juicio, cual es que las agresiones a la menor de edad se produjeron, según la propia sentencia de la que discrepo, al menos en tres ocasiones. Esta situación obliga a mi juicio, a la Administración docente a una especial vigilancia y control sobre la menor de edad, que por circunstancias, a mi juicio irrelevantes, se encuentra en una situación a menos reiterada de violencia sobre su persona. Esta especial vigilancia, a cuyos efectos la Administración debe dotar del personal necesario al centro, es una exigencia de los derechos consagrados en la Ley Orgánica 8/1985 (RCL 1985, 1604 y 2505), y concretamente en su artículo 6. Desde luego el nexo causal por omisión de la vigilancia debida no puede venir determinado por un acontecimiento imprevisible, pero precisamente en el supuesto que enjuiciamos, existió previsibilidad, en cuanto las agresiones fueron reiteradas y conocidas por el profesorado. Ahora bien, aun cuando concurren los requisitos para reconocer el derecho a la indemnización que se reclama, la cuantía de la misma habría en todo caso que modularse atendiendo a la intensidad de la vigilancia exigible y las medidas que, aunque insuficientes, fueron adoptadas. Entiendo por tanto que el recurso debió estimarse y fijar la cuantía atendiendo a las circunstancias señaladas”.*

IV. Importancia de la prueba para acreditar una situación de acoso escolar

La jurisprudencia existente en la materia, demuestra la importancia que para la acreditación de un supuesto de *bullying* supone la actividad probatoria, pues numerosas sentencias desestiman las acciones de reclamación, ya sea en vía penal o en vía civil por no haber quedado debidamente acreditada la inactividad del centro escolar o bien la actuación de los menores

supuestamente acosadores. Es fundamental que desde que existe conocimiento de actuaciones contra un menor, de carácter vejatorio o humillante y de un modo intencionado, se comiencen a recabar pruebas que acrediten estos actos, pues si bien en un origen pueden ser hechos puntuales, es muy posible que finalmente se conviertan en supuestos de claro acoso escolar. Y esto es aplicable tanto en las conductas que puedan realizar el/los acosadores, como en las actuaciones que se realicen por parte del centro escolar o los padres de los posibles responsables del acoso, por lo que se debe procurar, en la medida de lo posible, que quede constancia de todas las comunicaciones dirigidas a éstos tendentes a avisar o a solucionar estas situaciones en principio puntuales –solicitud de tutorías, solicitud de reuniones, reclamaciones ante los padres del acosador/es...-. Igualmente y dado que en la actualidad, la mayoría de las situaciones de *bullying* tienen su mayor repercusión en las redes sociales y diferentes medios de difusión accesibles y comúnmente usados por los menores (*Facebook, YouTube, Twitter, Tuenti, Instagram, WhatsApp, etc...*) se debe de intentar realizar y conservar un seguimiento de todo aquello que pueda servir como medio probatorio ante los tribunales.

V. Cuantificación del daño derivado del *bullying*

Realizada ya una visión general del panorama jurídico respecto de las situaciones de acoso escolar, procede centrarse en la cuantificación de los daños causados al perjudicado, sin olvidar nunca que las conductas de acoso, cuando son reconocidas como situaciones graves de *bullying*, son siempre constitutivos de delitos –de mayor o menor gravedad-. Por lo tanto, estamos ante actos que atentan siempre contra la dignidad e integridad física y moral de los menores, y que en su gran mayoría conllevan aparejadas secuelas psicológicas de por vida, con el implícito daño moral que estos padecimientos conllevan. Todo ello, independientemente de que por la edad del acosador exista inimputabilidad –por ser menores de 14 años y por tanto nunca responsables penalmente- o bien sometidos al régimen especial contemplado en la LORPM –mayores de 14 y menores de 18-, pues lo realmente importante ante estas conductas es realizar una correcta valoración del sufrimiento que padece el menor acosado, puesto que se encuentra en una etapa de la vida en la que aún no se ha desarrollado su personalidad y, por tanto, el grado de vulnerabilidad es mucho mayor que el de cualquier adulto, como cabría entender por analogía en los casos de *mobbing*.

En lo que respecta a los sujetos susceptibles de ser indemnizados, se reconocen indemnizaciones tanto a favor del menor acosado, como de otros terceros que no han sido sujeto pasivo directo del acoso, como es el caso de la madre o el padre del menor. Así por ejemplo en la sentencia del TSJ del País Vasco nº 93/2001 de 8 de febrer –caso Jokin-, en la que se vino a reconocer indemnización por daño moral a los padres como consecuencia del suicidio de su hijo: “Desde el punto de vista de la indemnización que se fijará en favor de los padres de José Francisco, no cabe imputarles su suicidio por cuanto que fueron absueltos de ese cargo en vía penal. Ahora bien, sí se les imputará el daño moral generado a José Francisco con sus acciones de acoso moral. Se trata, en realidad de un daño moral a percibir por los padres de aquél como sus herederos” (también SAP de Valencia núm. 107/2014 de 14 de marzo).

Los principales conceptos susceptibles de indemnización y siempre que consten debidamente acreditados son: días de incapacidad –temporal o permanente-, secuelas –derivadas de lesiones físicas o psíquicas-, incapacidad, daños patrimoniales –gastos de curación, informes médicos, informes psicológicos, informes técnicos- y, por supuesto, daño moral –entendido éste como daño moral no unido a un daño fisiológico-.

En lo que respecta al sistema de valoración usado para calcular los importes indemnizables en favor de los perjudicados, la jurisprudencia constata que se suele hacer uso del sistema de valoración aplicable en los accidentes de tráfico, esto es, a las tablas contenidas 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 y también existen numerosos supuestos en los que recurre al criterio analógico con pronunciamientos jurisprudenciales de supuesto similares de acoso escolar (sentencia del JPI de Vitoria de 1 de febrero de 2005).

Ejemplo claro de este uso del mencionado baremo lo encontramos en la ya mencionada SAP de Valencia nº 107/2014 de 14 de marzo, en la que se vienen a reconocer las siguientes indemnizaciones:

- Indemnización reconocida a la menor acosada:**
23.283,10 €
- 60 días impeditivos a razón de 55,27 €/día 3.316,20 €
 - 150 días no impeditivos a razón de 29,75 €/día 4.462,50 €

- 10 puntos de secuelas a razón de 971,96 €/pto. 9.719,60 € (Trastorno depresivo reactivo 8 puntos, trastorno por estrés postraumático 2 puntos)
- Gastos médicos y jurídicos para hacer frente a los problemas (Trabajos psicológicos y jurídicos)

Indemnización reconocida a la madre de la menor: 5.100,46 €

- 14 días improductivos a razón de 53,66 €/día 751,24 €
- 4 días de hospitalización a razón de 66 €/día 264 €
- 5 puntos por las secuelas psíquicas del Trastorno depresivo reactivo y sintomatología ansioso depresiva reactiva, a razón de 724,31 €/punto, lo que arroja la suma total de 3.621,55 €
- 10% del factor de corrección sobre los días improductivos, de hospitalización y secuelas

Sin embargo, hay que recordar que el uso del baremo referido no es vinculante y no tiene por qué ser el instrumento al que se acuda para la cuantificación de éstas indemnizaciones pudiendo salirse del Baremo en todo aquello que éste no llegue o no indemnice de forma suficiente teniendo únicamente carácter orientativo, tal y como establece la SAP de Madrid de 5 de mayo de 2014 y de 16 de agosto de 2008: “... en la cuantificación de la indemnización para el resarcimiento de daños corporales (incluidos psíquicos), es habitual acudir a los criterios señalados en el baremo valorativo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor y que si bien es cierto que dicho baremo es vinculatorio exclusivamente para los accidentes de tráfico, sirve como útil orientados, máxime cuando el propio perjudicado lo pide”. En este mismo sentido la SAP de Madrid núm. 241 de 2012 de 11 de mayo: “pues el único principio que ha de tener en cuenta el juzgador para fijar el monto de la indemnización debida, atendidos los hechos probados, es el de indemnidad de la víctima, al amparo de los art. 1106 y 1902 CC, no es menos cierto que la determinación de la cuantía que ha de servir de compensación de los daños ocasionados al actor es el resultado de una actividad de apreciación que corresponde al juzgador, para lo que goza de amplia libertad que abarca la posibilidad de servirse de sistemas objetivos”.

VI. El daño moral y su valoración

El sistema de valoración comprendido en el anexo del RD 8/2004 es el comúnmente usado para el cálculo de las indemnizaciones derivadas de los supuestos de acoso escolar, por

todos los conceptos, dentro de ellos hay uno, inherente a estas conductas, que es mucho más difícil de objetivar. Obviamente se trata del daño moral no unido a un daño fisiológico.

Para comenzar el estudio de esta cuestión, es prioritario y obligado partir del concepto de daño moral. Según el Tribunal Supremo (STS 139/2001 de 22 de febrero de 2001): “del daño moral existe ya un campo de doctrina y jurisprudencia que lo integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado –o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales–, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica... y puede en esa línea entenderse como daño moral en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su ‘quantum económico’, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto: tampoco pueden entenderse dentro de la categoría los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico...”.

Por tanto, por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos, se puede captar la esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales. En definitiva, el dolor inferido o el sufrimiento, tristeza, angustia o soledad padecida (SAP de Álava núm. 120 de 27 de mayo de 2005).

En el contexto de los accidentes de tráfico, dentro del concepto de daño moral, **Xiol Ríos** (*La posible reforma del sistema de valoración de daños personales derivados de los accidentes de circulación*, Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados Núm. 146, 2011, pág. 271) considera que hay dos tipos de daño moral:

- **El daño moral objetivo:** que sería aquel daño moral indisolublemente unido a la lesión como deficiencia anatómica, fun-

cional o generadora de una discapacidad.

- **El daño moral subjetivo:** aquel cuya intensidad varía en función de las circunstancias de cada individuo y requiere de conciencia de sufrimiento para su valoración.

En el marco del *bullying* consideramos que el daño moral existente es un daño moral subjetivo en el sentido interpretado por **Xiol Ríos**.

En los supuestos de *bullying* el conflicto a la hora de determinar si ha existido o no daño moral vendrá dado por la necesidad de que la víctima acredite que concurren los requisitos del tipo, esto es, que han existido los actos vejatorios y que el acosado ha sufrido un padecimiento por estos actos -la angustia, zozobra, humillación, lesiones físicas o psicológicas si las hubiere etc...-, pues una vez acreditado éstos, ello supondría la existencia del daño moral padecido. En este sentido se pronuncia la SAP de Valencia 442/2012 de 10 de julio: *“Por lo expuesto el daño sufrido por la actora es esencialmente psicológico y moral, sin perjuicio de su somatización en síntomas físicos...acreditado el acoso sufrido por el menor y siendo el daño moral inherente al mismo, es por lo que procede la concesión de la indemnización solicitada por la actora...”*.

En la misma línea la SAP de Álava nº 120 de 27 de mayo de 2005: *“al margen de que a cualquier persona, y especialmente a una niña o adolescente, el padecimiento de estos actos ejecutados por otras personas produce esa sensación de impotencia, zozobra, indefensión, humillación, etc...y, según los estudios científicos sobre el Bullying, los acosados se sienten avergonzados y su autoestima se destruye, dos estados de ánimo que pueden repercutir de forma negativa en la vida académica, social y familiar e incluso puede generar en la víctima sentimientos de culpabilidad: situación que, sin duda, puede encuadrarse en el concepto de daño moral que ha elaborado el Tribunal Supremo...”*.

¿Cabría, por tanto, la existencia y reconocimiento de un daño moral sin la existencia de secuelas físicas o psicológicas?. Obviamente sí, tal y como se manifiesta en la sentencia anterior: *“sí, además de este sufrimiento moral, se hubiesen detectado secuelas psicológicas o corporales objetivas, también estas deberían haber sido resarcidas, según la jurisprudencia del TS, pero es plenamente compatible la constatación de un daño moral sin que se deban apreciar secuelas o lesiones psíquicas”*.

Por tanto, una vez constatado que han existido una serie de hechos que han llevado al juzgador a considerarlos acreditados y constitutivos de una situación de acoso escolar, ya es prueba suficiente para apreciar un daño moral, independientemente de que se haya o no considerado la existencia de lesiones o secuelas de carácter físico o psicológico.

Más aún, la exigencia del resarcimiento de un daño moral, también puede venir determinada por el reconocimiento de que estos padecimientos sufridos por el menor, comportan a su vez una conculcación en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales de un niño -la libertad, la integridad física, la dignidad etc...-, pudiendo por tanto integrar esta violación de los derechos fundamentales en la exigencia de indemnización en concepto de daño moral.

Ahora bien, reconocida la existencia de un daño moral y el derecho al perjudicado a ser indemnizado por tal concepto ¿cómo se cuantifica dicha indemnización?. Por la propia naturaleza del daño moral, no existe ningún sistema de valoración específico que pueda determinar en qué cantidad pudiera materializarse esa ‘compensación económica’ por el daño moral sufrido, pues no existe un modo real de indemnizar dicho daño. En primer lugar, porque a cada niño o individuo en general, la situación vivida puede haberle causado un sufrimiento mayor o menor, y en segundo lugar, porque no se puede reparar un daño moral con una cuantía económica.

Ya hemos visto que para la concesión de indemnizaciones en concepto de daño moral se ha hecho uso tanto del sistema de valoración contenido en el baremo aplicable para los accidentes de tráfico y en otras, al criterio analógico.

En lo que respecta a la indemnización por daño moral recogida en el sistema de valoración contenido en el baremo aplicable a los accidentes de tráfico, se comparte la tesis que defiende que éste, entendido como daño moral subjetivo, no se aplica para las lesiones temporales y las secuelas por lo que tal y como señala D.^ª **SONIA RAMOS GONZÁLEZ** (*El daño Moral y su cuantificación*, 2015 pág. 143): *“En coherencia con esta tesis, según la cual el sistema legal de valoración no pretende valorar el daño moral como parte de la indemnización básica en los casos de secuelas y lesiones temporales, los principales problemas que ha planteado la aplicación judicial del sistema legal de valoración de los daños personales fuera de los accidentes de circulación están relacionados precisamente con la indemnización del daño moral: primero,*

porque el Tribunal Supremo, a excepción de los magistrados que componen su sala civil, sostiene que, fuera del ámbito de los accidentes de circulación, el sistema legal funcionaría como un sistema abierto que permitiría sumar a la indemnización resultante del sistema otra adicional o complementaria por daño moral valorada discrecionalmente por el juez; y en segundo lugar, porque el uso del sistema es generalizado en cualquier tipo de accidente, pero presenta excepciones notables si los hechos o las circunstancias son especialmente trágicas”.

Casos del uso del baremo de accidentes de tráfico se encuentran por ejemplo en la SAP de Valencia nº442/2012 de 10 de julio, en la que lo que se ha tenido en cuenta para la concesión de la indemnización han sido los días que el menor estuvo sometido al acoso escolar y además considerando éstos como días no improductivos: *“Por lo expuesto el daño sufrido por la actora es esencialmente psicológico y moral, sin perjuicio de su somatización en síntomas físicos. En virtud de lo anterior, debe considerarse ajustada la valoración de 28,88 euros/ día durante los 18 meses, aplicándose por analogía el baremo valorativo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y la cuantía fijada en el mismo por día no improductivo”*.

Otro caso de uso del baremo de tráfico con respecto a la valoración del daño moral aparece en la SAP de Jaén de 30 de junio de 2010, en la que se comparte el criterio del juzgador de primera instancia entendiendo que en la indemnización concedida en concepto de secuelas ya quedaba incluido el daño moral: *“En tal sentido el juez a quo en la resolución recurrida señala que los daños morales están incluidos en los puntos concedidos por secuelas y para su determinación ha contado con lo reflejado en la sentencia penal referente a las lesiones y secuelas, fijándolas en base al baremo que establece la LRCSCVM que, si bien no es vinculante en supuestos como el presente para el juzgador, no cabe duda que supone un instrumento útil para la determinación de la indemnización determinación que esta Sala considera ponderada a las circunstancias del hecho y al resultado producido, por lo que no argumentándose otras razones por el apelante más que por su apreciación del montante indemnizatorio por daños morales, procede desestimar el motivo aducido por dicha representación”*.

Curiosas las sentencias del JPI de Madrid nº 91/2011 de 25 de marzo y la posterior de segunda instancia SAP de Madrid nº 241/2012 de 11 de mayo, pues en primera instancia se realizó



una reclamación de indemnización en la que se aplicaba una moderación a la baja del primer cálculo realizado atendiendo a los criterios contemplados en el baremo de accidentes de tráfico con respecto a las secuelas, siendo que la indemnización sólo por las secuelas -valorando cada una de ellas de un modo moderado- y omitiendo días de curación, arrojaban una cifra de 101.511 euros que la propia actora redujo a 40.000 euros *“... toda vez que la intención de los actores no es obtener un beneficio económico, sino una satisfacción moral por el nefasto obrar de la demandada y reprochable actuación”*.

En segunda instancia no sólo no se reconoce esta cuantía indemnizatoria, sino que además la disminuye a 32.125 euros porque a la cantidad resultante según el baremo de tráfico -no ya de una forma moderada sino tomando la puntuación mínima de cada una de las secuelas-, se le aplica un criterio de moderación según el cual se reduce la indemnización a las 2/3 partes de la cantidad calculada por secuelas -dado que el menor sufrió acoso durante dos años de los



tres que estuvo en el colegio-, arrojando un total de 32.125 euros. Desacertada valoración si tenemos en cuenta la facultad discrecional de los jueces para realizar moderaciones del quantum indemnizatorio, máxime en esta ocasión en la que en quedó perfectamente acreditado y reconocido que los hechos afectaron gravemente al menor al tratarse de un claro caso de acoso escolar, por lo que se debería haber confirmado la cantidad de 40.000 euros reconocida y reclamada en la primera instancia.

En otra línea hay casos en los que formulada una reclamación de responsabilidad civil en concepto de daño moral por un importe global, ésta ha sido bien estimada, desestimada o disminuida, atendiendo a la analogía con otros pronunciamientos en casos similares. Así por ejemplo en la sentencia del JPI de Vitoria de 1 de febrero de 2005, en la que se reclamaban 24.040,48 euros se manifestó que: *“hemos de valorar como un daño psíquico importante las repercusiones que el hecho ha tenido en la vida social y escolar de la menor, así como en la sensación de indefensión*

que se produjo durante el largo periodo de tiempo que duró el mismo, de forma que se ha producido un cambio sustancial a la vista de.. Asimismo no se puede descartar que en el futuro la menor pueda presentar sintomatología en situaciones que puedan hacer revivir los sucesos vividos. Por lo tanto... ha sufrido un perjuicio como consecuencia de las actuaciones descritas, que deberá ser indemnizado. El problema más arduo que plantea el daño moral, una vez admitida su realidad, es el atinente a su cuantificación pues resulta evidente que, en el estadio de cosas actual, la única forma posible de reparación de los daños extrapatrimoniales experimentados por la hija de los actores es mediante la concesión de una oportuna y adecuada indemnización económica a modo de compensación de las aflicciones sufridas durante la comisión de los hechos y de las secuelas que le han quedado.

... Pues bien, puesto que, por definición, los intereses extrapatrimoniales lesionados carecen de valor de mercado o de valor venal y que son esencialmente subjetivos, no pueden ser objeto de un cálculo aritmético y, por otra parte, la compensación que provocan en la víctima es también subjetiva en tanto en cuanto la cuantía susceptible de provocar este efecto es diversa en función de la capacidad económica o fortuna de ésta. En todo caso, atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas (edad de la víctima, hechos prolongados, conducta de los agresores) que han concurrido en el supuesto de autos y las indemnizaciones fijadas por las distintas Audiencias Provinciales en supuestos parecidos se considera conveniente fijar una indemnización de 12.000 euros”.

En la STSJ de C. Valenciana nº 643 de 6 de julio de 2012, se apreció que la indemnización concedida por la Administración por importe de 3.897,91 euros -se reclamaban 51.092,99-, no correspondía a la realidad del daño, y esta falta de correspondencia, la basó precisamente en la existencia del daño moral, considerando que la valoración realizada conforme al baremo de tráfico no era suficiente para valorar el daño moral: *“... partiendo del carácter meramente orientativo del baremo del sistema para la valoración de los Daños y Perjuicios, procede adicionar a la indemnización reconocida 30.000 euros teniendo en cuenta:*

- *Que la indemnización reconocida es insuficiente para responder tan sólo a la valoración de las secuelas.*
- *Que es incuestionable el sufrimiento de la menor y el correspondiente daño moral durante dos cursos escolares.*

- Que por su estado, no pudo superar los correspondientes ciclos educativos.
- Que su estabilización ha sido temporalmente larga aunque no haya requerido hospitalización...

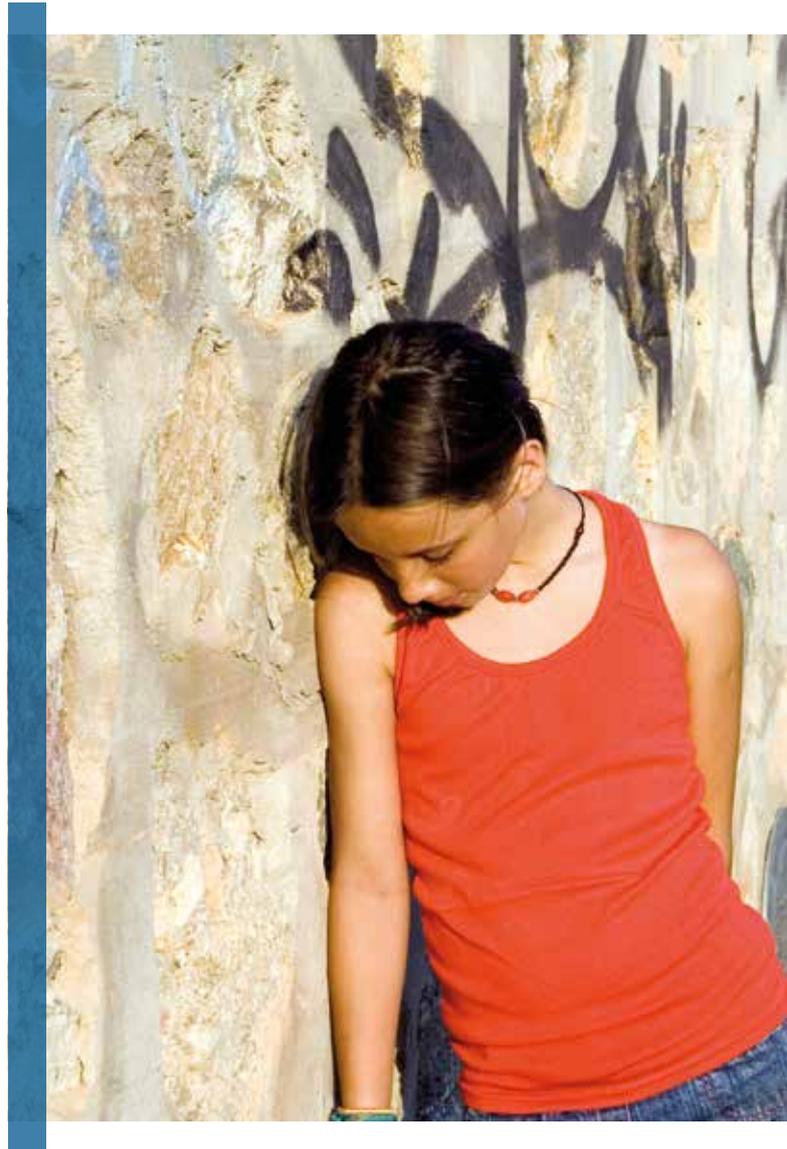
La aplicación que se pretende de los criterios valorativos del indicado baremo, mediante la asignación de los correspondientes puntos, no es asumible en este caso en el que, aparte de las secuelas objetivadas, se trata de la valoración de un sufrimiento o daño moral de marcado carácter subjetivo que impide la aplicación mimética de tales criterios”.

Partiendo de la base de que el panorama jurisprudencial existente sobre el *bullying* es realmente escaso y que en él se refleja una clara inexistencia de unificación de criterios, la primera conclusión que se extrae es la necesidad de un criterio de valoración unificado para la concesión de indemnizaciones en este campo, al objeto de crear un marco de seguridad jurídica para el perjudicado.

En lo que respecta al daño estrictamente fisiológico, esto es, a todo tipo de lesión –física o psicológica– que podemos identificar en el baremo usado para los accidentes de tráfico, si bien no es del todo desacertada la aplicación del Baremo, por ofrecer un marco referencial, quizás sería conveniente aumentar un plus al *quantum* indemnizatorio a este sistema de valoración. Y ello porque éste está pensado y diseñado para valorar para los daños sufridos como consecuencia de un accidente de tráfico, por lo que la valoración que incluyen del daño moral – en un sentido objetivo– no encaja exactamente con la valoración que debería realizarse para los casos de acoso escolar.

Esta propuesta que se plantea, ya se viene aplicando en la jurisdicción penal donde se considera justificado incrementar la indemnización calculada conforme al baremo del RD 8/2004 desde un 10% hasta un 50%, precisamente en concepto de ese plus de sufrimiento padecido por la intencionalidad de la lesión causada.

No se pueden valorar por igual situaciones desiguales. Así, no se puede compartir el criterio de igualdad existente, por ejemplo, entre un periodo de curación de 20 días por una esguince de muñeca sufrido en un accidente de tráfico –que es un hecho en principio fortuito, puntual y sin la intención de causar la lesión al menor–, con un periodo de curación de 20 días por este mismo esguince como consecuencia de una de



las agresiones al menor –no olvidemos que esa lesión que se va a valorar en concreto, va unida a una situación de acoso y, en su caso, a unas posibles lesiones que son continuadas en el tiempo–, dado que en este último caso, se trata de actos intencionados con la única finalidad de humillar y vejar al perjudicado, existiendo por tanto, un plus de sufrimiento que debe ser considerado a la hora de valorar el impacto emocional sobre el menor.

En lo que respecta al daño moral en su sentido puro, esto es, desligado absolutamente de cualquier daño fisiológico, el Baremo no puede servir como base de referencia para indemnizar este daño, pues la única herramienta que proporciona el baremo es la referida a la incapacidad temporal, que se correspondería con el periodo de duración del acoso –como han contemplado algunos fallos jurisprudenciales– indemnización que en ningún caso puede compensar el sufrimiento que ha padecido el



menor, dado que el valor económico asignado por el baremo a dichos días, está pensado para la convalecencia y días de curación por lesiones causadas por un accidente de tráfico.

El daño moral sufrido por un menor de edad objeto de acoso escolar o *bullying*, no es obviamente el mismo para cada individuo, pues dependerá de muchos factores, entre otros del grado de acoso al que haya sido sometido, ahora bien, quizás cómo solución, se podría partir de una indemnización mínima para todos los casos en los que éste acoso ha quedado acreditado sin necesidad de objetivar secuelas de ningún tipo, pues el daño moral es inherente a cualquier situación de acoso escolar. Así pues, una vez establecida una cantidad mínima de la que debe partirse para moderar en menor o mayor grado la indemnización final por este concepto, se podrían establecer ciertos factores de aumento, en función por ejemplo, de la duración del acoso,

de la existencia o no y cantidad de secuelas de carácter físico o psicológico, de la edad del menor, del grado de desatención por parte del centro escolar y por tanto de la situación de desamparo del perjudicado, de la edad de los acosadores, del carácter colectivo o individual del acoso... etc.

En cualquier caso la mayor indemnización reconocida en un supuesto de *bullying* fue la concedida a los perjudicados en el famoso Caso Jokin que acabó con el suicidio del menor y en el que se condenó a cada uno de los responsables a abonar a los padres del fallecido la cantidad de 10.000 euros. Este es el caso más grave enjuiciado. Del resto de indemnizaciones que constan en la jurisprudencia analizada, ninguna ha superado los 50.000 euros, considerando estas cantidades insuficientes, teniendo en cuenta que éstas engloban en general todo el padecimiento en general del menor, tanto por los días de acoso, como por periodo de tratamientos, secuelas psicológicas, secuelas físicas y daño moral subjetivo. Reiterando lo ya manifestado, se puede concluir que las indemnizaciones tanto reclamadas como concedidas, distan mucho de lo que debería considerarse justo, tanto por la situación vivida, como por las consecuencias futuras, difíciles de objetivar, que con toda probabilidad sufrirá el menor y que le acompañarán de por vida.

Si comparamos las indemnizaciones concedidas en concepto de daño moral en los supuestos de *Bullying*, por las concedidas en los de *Mobbing* -cuya diferencia básica es la edad del perjudicado y el lugar en el que se producen los hechos-, observamos que se han llegado a reconocer indemnizaciones por importes similares; por ejemplo la reciente STSJ de País Vasco de 11 de noviembre de 2014, en la que se condenó a la empresa a indemnizar a su empleada en la cantidad de 50.000 euros en concepto de daño moral complementario, por la actitud pasiva de la empresa demandada y a la cantidad de 500.000 euros por incapacidad temporal y posterior incapacidad permanente absoluta. Por lo tanto, siendo evidente que el daño moral padecido por un menor de edad objeto de *bullying*, comporta muchas más repercusiones que el que pueda sufrir cualquier adulto en su ámbito laboral, no podemos más que concluir la necesidad de que las indemnizaciones por estos supuestos sean incrementadas en atención a esa especial vulnerabilidad e indefensión de los menores objeto de acoso, y no menos importante, en atención a las consecuencias que estos padecimientos afectarán a estos menores cuando sean adultos.

VII. Conclusiones

Existiendo dos vías para ejercitar la acción de reclamación en concepto de responsabilidad civil y penal, concluimos que la contemplada en el procedimiento penal especial regulado en la LORPM es el que mayores garantías ofrece dado que, siempre y cuando los hechos reviertan la suficiente entidad como para poder ser inculcados dentro del tipo penal, existe una relación taxativa de los posibles terceros responsables que enumera el art. 61.3 LORPM que nunca podrán ser exonerados como responsables civiles. Esta responsabilidad podría ser en todo caso moderada, pero no de un modo arbitrario, sino que se deberá acreditar que se agotaron todas las medidas de vigilancia y control para evitar que el daño se produjese.

En cuanto a los sujetos frente a los que ejercitar la acción de responsabilidad civil, los dos principales responsables civiles principales son: el centro escolar y los padres o tutores del menor/es. En el caso de los centros educativos y dependiendo de su carácter público o privado, se debe interponer la acción de responsabilidad civil, bien ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa, o bien ante la Jurisdicción Civil. Las diferencias entre ambas jurisdicciones son claras, pues en el caso de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la casuística demuestra que en muy pocas ocasiones se ha responsabilizado al centro de la situación de acoso escolar, sin embargo las acciones ejercitadas ante la Jurisdicción Civil han obtenido un mayor número de sentencias condenatorias, responsabilizando al centro escolar.

Partiendo de la base de que en última instancia, ante la falta de responsabilidad del centro escolar, siempre deberían responder los padres de los menores responsables y al objeto de evitar la complejidad de un procedimiento frente a varios letrados con el consecuente encarecimiento del litigio, es conveniente interrumpir la prescripción contra los padres o tutores mientras se resuelve la reclamación dirigida contra el centro escolar y viceversa, con el fin de conservar siempre la posibilidad de reclamar a ambos.

En lo que respecta a los sistemas de valoración para la cuantificación del daño, existe una clara falta de unanimidad en la elección del sistema de valoración para calcular el *quantum* indemnizatorio que corresponde por cada uno de los conceptos susceptibles de indemnización, pues si bien en la mayoría de los

supuestos que han sido enjuiciados se acude al baremo aplicable en los accidentes de tráfico –cuya aplicación no siempre ha sido la correcta, por ejemplo, al calcular el daño moral subjetivo aplicando las herramientas que ofrece éste para indemnizar por días de curación–, también existen pronunciamientos que han cuantificado la reclamación aplicando al criterio analógico, esto es, recogiendo la misma o similar valoración económica que ya ha sido concedida en procedimientos similares ya enjuiciados.

El *bullying* es un hecho que desgraciadamente sucede con mayor frecuencia en los centros escolares y que en los últimos años se ha visto empeorado e incrementado por la diversidad de posibilidades que ofrecen las redes sociales –*ciberbullying*–, y de ahí la importancia que merece su regulación dentro de un único marco normativo que aporte seguridad jurídica al perjudicado y unas mínimas garantías que posibiliten que éste, al menos, obtenga un resarcimiento económico justo por los daños sufridos.

Así pues, sin olvidar la especial vulnerabilidad de los sujetos pasivos del *bullying*, es necesario establecer en nuestro ordenamiento jurídico una regulación específica en la que queden claramente definidas las posibles acciones a ejercitar, no existiendo diferencias en cuanto a la posible exoneración de los posibles terceros responsables civiles en función de la jurisdicción ante la que se plantean dichas acciones. Igualmente, esta regulación específica debería contener de un modo taxativo los conceptos por los que se puede reclamar ante este tipo de hechos –lesiones físicas, lesiones psicológicas, daño patrimonial... etc.– y siempre y sin excepción, incluyendo como concepto indemnizable el daño moral, por ser un daño intrínseco a cualquier situación de acoso escolar acreditada, existan o no el resto de conceptos susceptibles de indemnización. En la misma línea, el sistema normativo debería contener un único y preceptivo criterio de valoración para cuantificar económicamente los conceptos indemnizables, ya sea adaptando el baremo usado para los accidentes de tráfico o bien elaborando un nuevo sistema específico para el *bullying*.

En última instancia, lo deseable sería que, una vez acreditada una situación de acoso escolar, este específico sistema normativo propuesto no permitiese en ningún caso que el menor acosado quede sin resarcimiento por el daño padecido.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Los daños o perjuicios en la carga producidos por el incumplimiento del transportista de sus deberes de custodia se equiparan a aquéllos ocasionados con dolo

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 10 de julio de 2015.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- 1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la interpretación sistemática de los artículos 57 y 62 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, relativa al contrato de transporte terrestre de mercancías (LCTTM); en el marco del sistema de responsabilidad establecido y con relación a la excepción de los límites de la indemnización derivada que contempla el propio artículo 62, esto es "cuando el daño producido sea causado con dolo o con infrac-

ción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción”.

2. En síntesis, la parte actora, Axa Seguros Generales, S.A., subrogándose en los derechos que le correspondían a su asegurada, la entidad Transnatur Norte, S.L., en cuyo nombre tuvo que indemnizar por la pérdida la mercancía transportada, ejercitó una acción de reclamación de cantidad contra don Bienvenido último transitario que intervino en el curso del transporte cuando se produjo el robo de parte de la mercancía (una partida de componentes electrónicos).

El juez de lo mercantil estimó parcialmente la demanda y condenó a la parte demandada al pago de 13.200 euros, más los intereses del 5% anual desde la interposición de la demanda. En este sentido, una vez determinada la sujeción del presente caso a la normativa del Convenio de 19 de mayo de 1956, relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), al que se adhirió el Estado español por instrumento de 12 de septiembre de 1973, consideró que conforme al sistema de responsabilidad establecido en dicho Convenio (arts. 23 y 29), y en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, no cabía la limitación de responsabilidad al haber incurrido el transportista en dolo o culpa asimilable.

Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial, con desestimación del mismo, confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado de lo mercantil.

3. En relación a las circunstancias del robo que resultaron acreditadas, cabe destacar las siguientes:

A) El transportista estacionó el camión en un aparcamiento de una gasolinera sin vigilancia, accesible a cualquier persona y conocido por el estacionamiento de camiones que realizan transporte internacional. Dicho estacionamiento se realizó sin ninguna medida de vigilancia especial durante la noche en donde se produjo el robo.

B) La mercancía presentaba una débil protección al estar introducida en un remolque cubierto por una mera lona.

C) El conductor denunció los hechos al día siguiente, cuando fue advertido del robo por otros conductores que habían aparcado en dicha zona.





Recurso de casación. Contrato de transporte terrestre de mercancías por carretera. Daños derivados del robo de mercancía. Responsabilidad del transportista. Interpretación y alcance del artículo 62 (LCTTM) como excepción a los límites de la indemnización. Doctrina jurisprudencial aplicable.

SEGUNDO.- 1. La parte demandada, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en único motivo.

En dicho motivo, denuncia la infracción del artículo 29 del Convenio CMR, en relación con los artículos 17.2 y 23 del referido Convenio, en cuanto al concepto de dolo o culpa equiparable al dolo por la ley española.

Alega la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y cita las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 5 de diciembre de 2012 y 14 de noviembre de 2006, relativa al concepto de dolo o culpa grave, en relación a contratos como el que ahora es analizado y en relación a circunstancias fácticas muy similares.

Cita igualmente las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, de 3 de abril de 2008 y 28 de mayo de 2010. Considera la recurrente, sin alterar los hechos probados, que concurren las circunstancias que permiten exonerar o limitar la responsabilidad del transportista.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.

2. En relación a la cuestión interpretativa que presenta el caso objeto de examen debe señalarse, en primer lugar, que aunque resulta acertado, tal y como hacen ambas instancias, situar la normativa aplicable en el marco del citado Convenio (CMR); no obstante, en la cuestión que nos ocupa, esto es, el alcance de la excepción respecto de los límites de la indemnización derivada de los daños y perjuicios ocasionados en la mercancía, la normativa actualmente vigente, es decir, la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, relativa al contrato de transporte terrestre de mercancías, sigue idéntico sistema de responsabilidad en relación a la naturaleza y alcance de la excepción planteada (artículo 62 de la citada Ley). Por lo que procede referirse directamente a su interpretación y consecuente aplicación.

En segundo lugar, y en la línea de lo anteriormente señalado, debe indicarse que la cuestión aquí planteada ha sido objeto de reciente pronunciamiento por esta Sala en su sentencia de 9 de julio de 2015 (núm. 382/2015), por lo que cabe consolidar la doctrina jurisprudencial aplicable al respecto. En este contexto, se deben resaltar dos aspectos conceptuales que vienen estrictamente ligados a la mejor comprensión de la cuestión planteada.

El primero de ellos guarda relación con el particular esquema operativo con el que el dolo interviene en el marco de responsabilidad diseñado por la LCTTM.

En efecto, a diferencia de su esquema general en el Derecho de obligaciones, en donde incide como criterio de agravación de la responsabilidad derivada (artículo 1107, párrafo 2º del Código Civil), el dolo en la normativa citada no comporta que el transportista venga obligado directamente al resarcimiento integral de los daños ocasionados sino, en principio, a que no le resulten aplicables los límites indemnizatorios previstos en la norma (artículos 52 a 57 LCTTM), esto es, opera a modo de excepción respecto de los límites de la indemnización inicialmente previstos por la norma, y no como criterio de agravación, propiamente dicho, de la responsabilidad derivada por la culpa o negligencia del transportista.

Un segundo aspecto, guarda relación con la noción o significado del dolo como desencadenante de la excepción señalada. En este sentido, debe tenerse en cuenta, en la línea de lo desarrollado por la citada sentencia de esta Sala, que la formulación alternativa al dolo que introduce el artículo 62 LCTTM ("Con infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción"), responde a una clara finalidad de objetivar la significación usual del dolo como comportamiento consciente e intencionado de perjudicar a otro.

De forma que el concepto de dolo se abre o resulta comprensivo del daño ocasionado como consecuencia lógica o necesaria de la infracción de un deber jurídico conscientemente cometido por el deudor, sin necesidad de 'animus' o intención de perjudicar (dolo eventual).

3. En el presente caso, para ambas instancias, las circunstancias que concurrieron en el robo de la mercancía (estacionamiento en lugar peligroso, accesible y no vigilado, débil protec-

ción de la mercancía en un remolque cubierto por una lona y ausencia de vigilancia por el conductor), permiten que la calificación de la conducta del transportista tenga acogida en el sentido amplio del dolo, respecto del incumplimiento de los deberes elementales de la obligación de custodia que le incumbía; extremo que justifica la no aplicación de los límites cuantitativos derivados del artículo 23, en relación al artículo 29 del CMR.

Fundamentación correcta, plenamente concordante con la doctrina jurisprudencial de esta Sala aquí expuesta.

TERCERO.- Desestimación del recurso y costas.

1. La desestimación del motivo planteado comporta la desestimación del recurso de casación interpuesto.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 LEC, procede hacer expresa imposición de las costas del recurso interpuesto a la parte demandada recurrente.

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

FALLAMOS

1. No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Bienvenido contra la sentencia dictada, con fecha 25 de junio de 2013, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª, en el rollo de apelación nº 2102/2013.

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

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Sarazá Jimena, Sebastián Sastre Papiol. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Javier Orduña Moreno, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.

En la presente Sentencia nos encontramos ante un supuesto de interpretación del artículo 57 y 62 de la Ley del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías (LCTTM), de acuerdo con lo establecido en el Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, en lo que se refiere al sistema de responsabilidad y la excepción de establecimiento de límites de la indemnización.

En el caso que nos ocupa, la aseguradora se subroga en su asegurada, al realizar el abono por la pérdida de la mercancía transportada como consecuencia del robo, ejercitando dicha acción frente al transportista.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil así como la de Audiencia Provincial determinaron la responsabilidad del transportista, sin límite de indemnización al haber incurrido éste en dolo o culpa asimilable. Concretamente, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 25 de junio de 2013, fundamenta la desestimación del recurso con un argumento claro. Determina concluyente el hecho de que no se adoptaran las precauciones más elementales como es la debida protección de esa mercancía que le había sido entregada para su traslado. Esto queda puesto de manifiesto en el momento en el que se estaciona el camión en una zona de descanso aneja a una gasolinera, en lugar de hacerlo en una zona protegida, vallada o con vigilancia. Pero es más, la sustracción de la mercancía se produjo mientras el transportista se encontraba descansando en el interior, llegando su falta de custodia y vigilancia al punto de que no se dio cuenta de la sustracción hasta transcurridas varias horas y únicamente a la vista de comentarios de compañeros que allí se encontraban. Siendo por este motivo que la Audiencia concluyó que el conductor del camión actuó con una total falta de diligencia, y en consecuencia, que debía estimarse una culpa grave equiparable al dolo, lo que conlleva que al transportista no le sea de aplicación limitación de responsabilidad alguna.

Nuestro Alto Tribunal, acoge también este criterio desestimando el Recurso de Casación formulado por la representación procesal del transportista, pero no sin antes fijar una línea argumental y doctrinal de especial relevancia.

El argumento que acoge la Sala para desestimar el recurso es el ya recogido en una Sentencia anterior de fecha 9 de julio de 2015, por lo que ésta no hace más que consolidar la doctrina jurisprudencial aplicable al presente supuesto.

Se plantea lo siguiente: En primer lugar se establece la diferencia del dolo en el marco de responsabilidad de la LCTTM con el dolo en el Derecho de las Obligaciones -fijado en el Código Civil-. De forma que mientras en el Derecho de las obligaciones actúa como un criterio de agravación de la responsabilidad derivada, en el marco de la LCTTM no hace más que emplearse a modo de excepción para la aplicación de los límites de indemnización previstos

La sustracción de la mercancía se produjo mientras el transportista se encontraba descansando en el interior, llegando su falta de custodia y vigilancia al punto de que no se dio cuenta de la sustracción hasta transcurridas varias horas y únicamente a la vista de comentarios de compañeros que allí se encontraban. Siendo por este motivo que la Audiencia concluyó que el conductor del camión actuó con una total falta de diligencia, y en consecuencia, que debía estimarse una culpa grave equiparable al dolo, lo que conlleva que al transportista no le sea de aplicación limitación de responsabilidad alguna

COMENTARIO

En segundo lugar, realiza una interpretación del dolo que se recoge en el artículo 62 de la LCTTM en el que se contempla una finalidad objetiva del dolo, definido como un comportamiento consciente de perjudicar a otro, ampliándose su definición de forma que comprende aquel daño ocasionado como consecuencia lógica y previsible de una conducta consciente y voluntaria del sujeto, sin la necesidad de que concurra ánimo de perjudicar

en la propia Ley. Es decir, esto no comporta que el transportista esté obligado a resarcir el daño ocasionado, sino que no tendrá derecho a que se le apliquen los límites previstos en la LCTTM para la indemnización correspondiente, operando a modo de excepción.

En segundo lugar, realiza una interpretación del dolo que se recoge en el artículo 62 de la LCTTM en el que se contempla una finalidad objetiva del dolo, definido como un comportamiento consciente de perjudicar a otro, ampliándose su definición de forma que comprende aquel daño ocasionado como consecuencia lógica y previsible de una conducta consciente y voluntaria del sujeto, sin la necesidad de que concurra ánimo de perjudicar.

De esta forma, siguiendo el criterio planteado, y volviendo al supuesto concreto –que hace más gráfica la definición–, habiéndose dado como probados los siguientes hechos: que el transportista estacionó el camión en un aparcamiento sin vigilancia, que éste era accesible para cualquiera, que la mercancía contaba con una protección débil –una simple lona– y que el conductor no se quedó en el lugar vigilante para custodiar la mercancía; podemos comprender claramente que la intención de la Sala no es otra que asimilar el incumplimiento del deber de custodia por parte del transportista a los supuestos de dolo.

Con este criterio, la Sala delimita la aplicación de los límites de la indemnización respecto de la responsabilidad del transportista, en los supuestos que, a pesar de no existir intencionalidad ni ánimo de generar un perjuicio, finalmente se produce un daño fruto de la ausencia del deber de custodia sobre la mercancía que corresponde al transportista. Es por ello que se trata de una excepción a los límites de la indemnización, puesto que cuando concurre dicha circunstancia no se limita la misma.

La Sala delimita la aplicación de los límites de la indemnización respecto de la responsabilidad del transportista, en los supuestos que, a pesar de no existir intencionalidad ni ánimo de generar un perjuicio, finalmente se produce un daño fruto de la ausencia del deber de custodia sobre la mercancía que corresponde al transportista

Se incorpora así una clara diferencia con la definición de dolo fijada por el Código Civil, en el Derecho de las Obligaciones. Diferencia que a la vez es importante ya que se hace responsable, como si de dolo se tratase, pese a la ausencia de intencionalidad o ánimo de causar daño o perjuicio a un tercero.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Se condena a la administración demandada a abonar la cantidad de 70.000 euros a una paciente que se somete a una operación de reducción de estómago por ausencia de consentimiento informado, a pesar de que no hubo *mala praxis*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 8 de septiembre de 2015.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El día 26 de abril de 2010, doña Teresa presentó demanda en la que solicitaba que se dictará sentencia de condena a los demandados al pago de 70.000 euros, más los intereses legales correspondientes. Relata que el 13 de diciembre de 1997 fue intervenida por laparoscopia para reducción de estómago mediante colocación de una banda gástrica, sin que se le advirtiera de la posibilidad de fracaso de la técnica, ni de sus posibles efectos adversos y con coste de 6.000 euros; que la operación fracasó y volvió a engordar, sufriendo cólicos y una segunda operación en la que se apreció que la banda estaba incrustada en el estóma-

go y se tuvo que extraer en junio de 2007, con coste de 14.000 euros.

Hubo, a su juicio, resultado fallido, defectuosa realización de la cirugía y omisión del deber de información y reclama de don Gustavo y Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros los costes citados, más 5.000 euros de *pretium doloris*, como dolor físico, y 45.000 de daño moral. Invoca la acción contractual, pero también cita jurisprudencia sobre los requisitos del artículo 1902 del Código Civil.

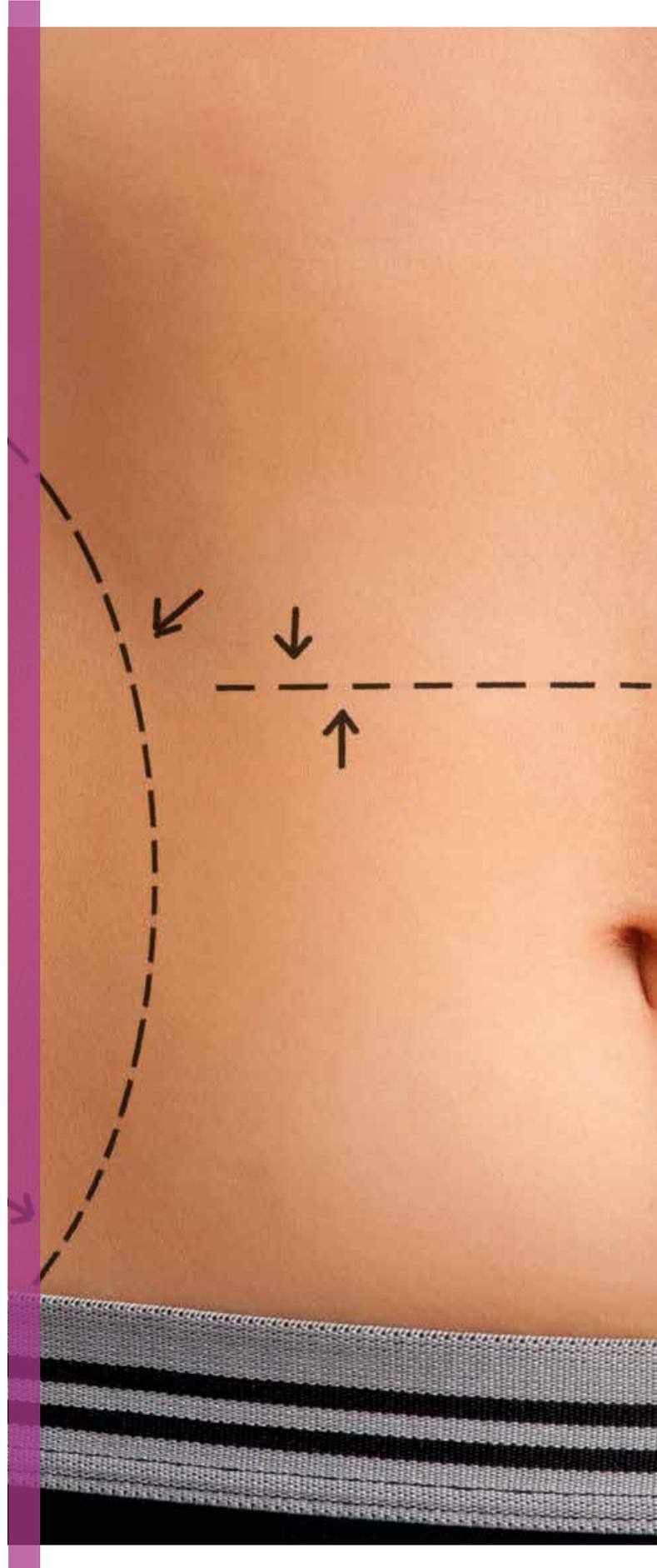
La sentencia del Juzgado estimó íntegramente la demanda y condenó solidariamente a la entidad Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. y don Gustavo al pago a doña Teresa de 70.000 euros, más los intereses correspondientes, con imposición de las costas a las codemandadas.

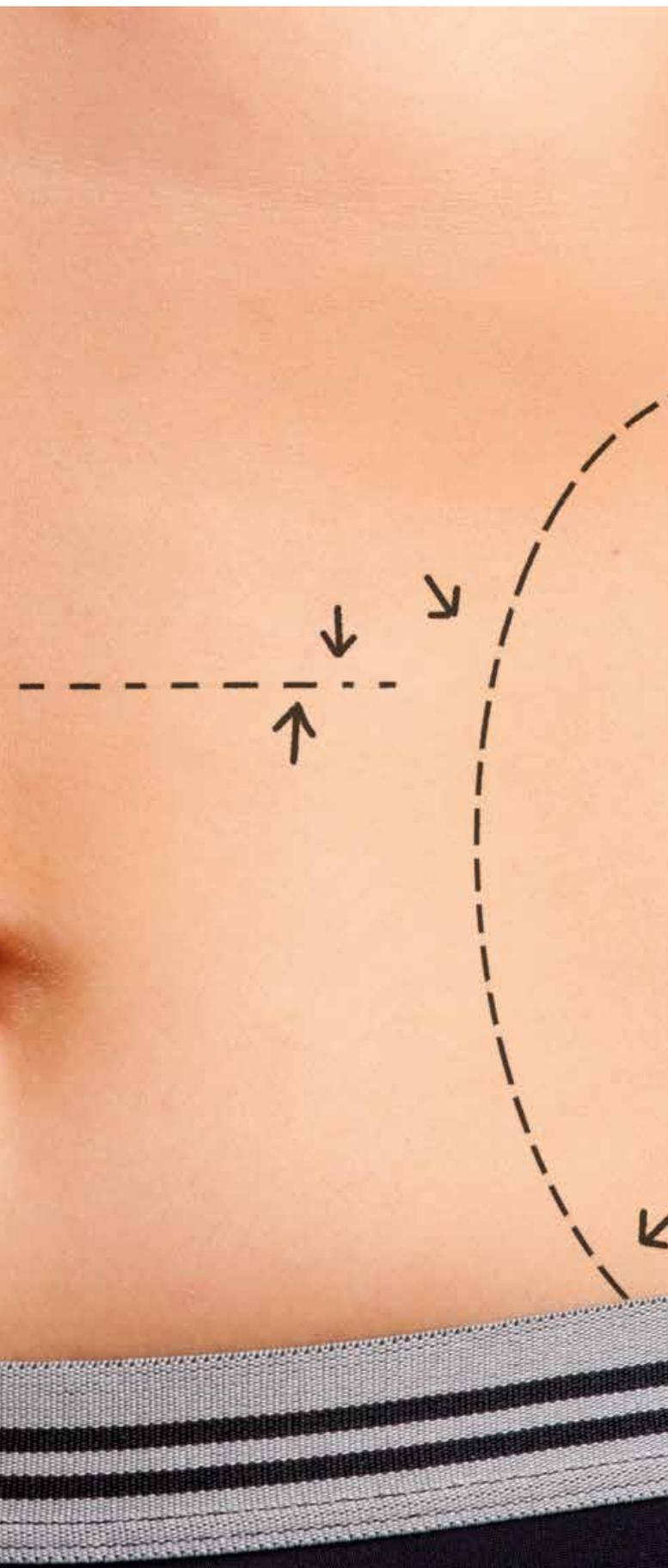
Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia provincial estimó el recurso y desestimó la demanda, con imposición de las costas a la parte actora. Argumenta que ha quedado "suficientemente acreditado el incumplimiento del deber de información, pero no que haya sido generador de un daño que haya de ser indemnizado. No ha quedado suficientemente establecida la causa de la obesidad sobrevenida en 2007. La operación no fracasó, pues hasta el tercer año se mantuvo el objetivo perseguido y la actora perdió peso. No se prueban cólicos posteriores, ni tampoco que la causa de la recuperación de peso fuera que la banda quedara finalmente incrustada en el estómago. Se rompe el curso causal. No queda acreditada una defectuosa realización de la cirugía y la omisión del deber de información, suficientemente acreditada, no puede tenerse en cuenta, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, para fijar una indemnización cuando no se acredita un resultado lesivo. La pérdida de oportunidad no genera responsabilidad cuando no se produce daño y, en este sentido, reiteramos que no queda acreditado que la recuperación de peso fuera debida a la operación, en tanto concurren otras posibles causas plausibles (no respetar la dieta, padecer un embarazo y un parto con diabetes gestacional y sufrir una litiasis biliar)".

Doña Teresa formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO.- En un único motivo denuncia la infracción del artículo 217.7 de la LEC, en rela-





ción con la doctrina de esta Sala sobre el daño desproporcionado puesto que la sentencia hizo recaer sobre ellos la carga de probar una impericia o mala praxis médica que a todas luces habría de probar el facultativo, Dr. Gustavo, habida cuenta de los daños sufridos, puesto que la intervención practicada con el fin de perder peso definitivamente, produjo al cabo del tiempo el efecto totalmente contrario.

Se desestima.

La sentencia no trata del daño desproporcionado, que además no es propio de este recurso, sino del de casación. Pero es que las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria, y lo que la sentencia dice es que la acción que se ejercita "se basa en el incumplimiento del deber de información, aunque también se denuncia, de forma secundaria, una mala praxis quirúrgica. No se ha practicado prueba suficiente sobre esta última, lo que perjudica a la Sra. Teresa, conforme al art. 217 LEC", pues era ella y lo la demandada a quien correspondía probar los hechos constitutivos de su demanda teniendo en cuenta que la jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando este está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (SSTS 16 de febrero, 4 de marzo de 2009; 11 de diciembre de 2009; 31 de mayo de 2011).

Y, a partir de esta declaración, la sentencia analiza la prueba que se ha practicado y llega a la conclusión siguiente: "La finalidad de la operación se había conseguido y no se puede decir que fracasara la técnica. No se ha probado, causalmente, que la recuperación de peso tuviera origen en la actuación del Dr. Gustavo, pues son plausibles otras posibles causas. Consta en el historial médico del Dr. nota de una llamada telefónica según la cual la actora no podía seguir la dieta, pasaron diez años y hubo incidencias de salud concurrentes, como el embarazo y la litiasis biliar. No puede pretender la actora una eficacia absoluta de la operación cuando inciden en el postoperatorio y en el seguimiento de



la dolencia actuaciones propias que pudieron provocar la recuperación del peso”.

Hay, en definitiva, una causa que, correcta o no, explica el resultado, lo que dejaría sin contenido la doctrina expresada, y ello con independencia que no hay necesidad de alterar los hechos para procurar una solución jurídica distinta a través del recurso de casación.

RECURSO DE CASACIÓN

TERCERO.- Se formula un único motivo que tiene que ver con la vulneración del artículo 10.5

de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, vigente en el momento en que se produjeron los hechos, y de la doctrina reiterada de esta Sala sobre las consecuencias de la inexistencia de consentimiento informado.

El motivo se admite.

La Jurisprudencia de esta Sala, de forma reiterada –STS 30 de junio 2009, y las que en ella se citan–, ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a



todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica (SSTS de 2 de octubre de 1997; 29 de mayo y 23 de julio de 2003; 21 de diciembre 2005, entre otras). Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS 25 de abril de 1994; 2 de octubre de 1997 y 24 de mayo de 1999). Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención qui-

rúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma.

Esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista normativo. La Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril), vigente en el momento de los hechos, establece en su artículo 10.5 que el paciente tiene derecho a que "se le dé, en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento", y es evidente que esta falta de información implica una *mala praxis* médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), como precisa la Sentencia de 2 de julio de 2002.

La doctrina jurisprudencial más próxima al caso que ahora se enjuicia, de falta de información, no discutida, y de una correcta *praxis* médica, refiere que el daño que se pone a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa, puesto que los hechos probados de la sentencia descartan una negligencia médica en su práctica. El daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haber haberse omitido la información previa al consentimiento (STS 4 de marzo 2011).

Es cierto que acuerdo con la sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 2001, reiterada en las de 10 de mayo 2006, 23 de octubre de 2008 y 4 de marzo de 2011, la falta de información no es "per se" una causa de resarcimiento pecuniario, es decir, no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido. Pero también lo es que, en este caso, se materializó un riesgo del que no había sido informada la paciente.

Es hecho probado de la sentencia que fue necesaria una nueva intervención para conseguir la reducción de estómago y que hubo una vuelta a situación de obesidad a pesar de la interven-

ción; extremo este del que no fue informada. Dice lo siguiente: "El perito Sr. Elías (f. 216 y ss.) coincide con su colega en que un alto porcentaje (para él del 40% o de 23 sobre 82, es decir, del 28%) de pacientes recupera peso": y que "El documento de "consentimiento para intervención quirúrgica" (f. 281), cumplimentado poco antes de la operación, no se presenta en su forma como un documento informativo sino de autorización o encargo y aunque refiere que la intervención propuesta es de "reducción gástrica", no especifica qué alcance tenía la intervención (banda, no seccionado gástrico, ni by-pass), ni la técnica que se iba a aplicar (laparoscopia) y, por ello, al decir que la paciente "ha sido informada de los riesgos y características de la intervención, así como del índice de reconversión", no parece que ello sea suficiente para considerar cumplido el deber de informar (omitido en los documentos historiados previos), sobre todo si la "reconversión" (término de por sí poco claro) estaba situada entre el 40 y el 60% de los casos, por lo que habrá que convenir que la mera manifestación escrita, de puño y letra del propio doctor, de haber informado es insuficiente... El día del juicio, discuten los peritos si en 1997 ya era técnica aplicable la del by-pass u otras técnicas y si aún es o no procedente, en algunos casos, operar hoy introduciendo una banda, pero la cuestión no sería si la actora pudo escoger una u otra técnica, sino si tuvo o no la oportunidad de rechazar el tratamiento, tras conocer el elevado porcentaje de fracasos y si ello produjo daño o lesión; no cabe duda que con un tan alto porcentaje de fracaso (entre el 40 y el 60%) la obligación de información adquiriría importancia capital, para que la paciente pudiera decidir, con conocimiento de causa, si quería someterse o no a la intervención; pero lo fundamental es que la falta de información no habría alterado el resultado, que fue bueno".

El resultado, sin duda, no fue bueno, como dice la sentencia recurrida, pero incluso si el resultado adverso -recuperación de peso- se produjo por actuaciones propias de la paciente, tampoco de ello fue informada de tal forma que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haber haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre las consecuencias de la intervención y de la materialización de un riesgo y la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud de la paciente. La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal es la información que recibe, lo que le permite adoptar la solución más favorable a sus intereses.

CUARTO.- Procede estimar el recurso de casación y desestimar el de infracción procesal y, como consecuencia, casar la sentencia recurrida y, asumiendo la instancia, desestimar el recurso de apelación formulado contra aquella, con el efecto de mantener en su integridad el pronunciamiento de condena de los demandados; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas del recurso de casación y con imposición a los demandados de las causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal así como en ambas instancias, en correcta aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

1º.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el de casación formulado por doña Teresa contra la sentencia dictada por la Sección Décimocatorce de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha de 21 de junio de 2013.

2º.- Con desestimación del recurso de apelación formulado por don Gustavo y Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. mantenemos en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona en fecha de 7 de febrero de 2012.

3º.- Se imponen a los demandantes las costas de ambas instancias y del recurso extraordinario por infracción procesal y no se hace especial declaración de las del recurso de casación.

Librese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de la Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos José Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

COMENTARIO

Por **Gerardo Ruiz-Rico Gómez**
Abogado

Continuando con el debate abierto en cuanto al consentimiento informado en la relación jurídica médico-paciente, la reciente Sentencia de nuestro Alto Tribunal, de 8 de septiembre de 2015, casa la sentencia recurrida y confirmando lo dispuesto en la instancia desestima el recurso de apelación formulado contra aquella que estimó íntegramente la demanda condenando solidariamente al doctor y a la compañía aseguradora de éste último al pago de 70.000 euros, más los intereses correspondientes y con la imposición de las costas procesales, en concepto de daños y perjuicios causados a la demandante tras ser intervenida por laparoscopia para una reducción de estómago mediante colocación de una banda gástrica, sin que se le advirtiera de la alta posibilidad de fracaso de la técnica, circunstancia ésta manifiesta tras volver la paciente a una situación de obesidad.

El núcleo de ese debate jurídico se ha centrado en determinar si la falta de información previa al consentimiento fundamenta por sí misma una responsabilidad, o si es necesario que dicha omisión del deber de información para generar responsabilidad requiera la causación de un daño que haya de ser indemnizado.

La Sala Primera, de forma reiterada, reconocía que la falta de información no es 'per se' una causa de resarcimiento pecuniario (sentencias de 27 de septiembre de 2001, 10 de mayo de 2006, 23 de octubre de 2008, 4 de marzo 2011), sin embargo, argumenta en esta sentencia que es la materialización de un riesgo del que no se había informado a la paciente lo que viene a fundamentar dicha responsabilidad, al establecer expresamente en la misma que "... *el daño que funda-*

La Sala Primera, de forma reiterada, reconocía que la falta de información no es 'per se' una causa de resarcimiento pecuniario (sentencias de 27 de septiembre de 2001, 10 de mayo de 2006, 23 de octubre de 2008, 4 de marzo 2011), sin embargo, argumenta en esta sentencia, que es la materialización de un riesgo del que no se había informado a la paciente lo que viene a fundamentar dicha responsabilidad

COMENTARIO

menta la responsabilidad resulta de haber haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre las consecuencias de la intervención y de la materialización de un riesgo y la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud de la paciente”.

En mi opinión, lo sorprendente de la referida sentencia no es el fallo en sí, sino su fundamentación para llegar a dicha conclusión, al exigir, junto a la falta de información, la materialización de un riesgo para así fundamentar la responsabilidad.

Así pues, la Sala Primera del Alto Tribunal se aleja en parte de lo ya dispuesto en su anterior Sentencia de 13 de mayo de 2011, en la que se indemnizaba por la cantidad de 30.000 euros a un paciente que fue sometido a una intervención distinta, aunque de menos entidad, a la autorizada, de la cual no se derivó ninguna consecuencia respecto de las lesiones que presentaba, aunque tampoco puso fin a sus dolencias. Indemnizándose de este modo, única y exclusivamente los daños morales sufridos como consecuencia de la privación de los riesgos y beneficios posibles para su salud, puesto que ninguna información hubo respecto de una actuación médica que desconocía, sin necesidad en este caso de materializarse ninguno de los riesgos desconocidos por el paciente, reconociéndose de forma expresa en la misma que: *“La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con la que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados en la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica, y a su dignidad”*, haciendo referencia la misma a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011, en la cual se reconoce que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente al derecho fundamental a la integridad física de cualquier ser humano, consagrado en el art. 15 de la Constitución Española, al establecer que: *“la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación”*.

A tenor de lo expuesto, el Tribunal Supremo da un paso atrás en su argumentación en cuanto al resarcimiento por la vulneración de un derecho fundamental, al requerir para indemnizar al paciente la materialización del riesgo del que no se había informado, aunque tal materialización del referido riesgo no suponga en modo alguno un menoscabo físico en el paciente. Lo cual nos lleva a plantearnos la siguiente interrogante ¿si no se manifiesta ese riesgo del que no se había informado no se considera vulnerado el derecho de autonomía del paciente? La respuesta ante tal cuestión parecía clara, la mala praxis médica como consecuencia de la falta de consentimiento informado, que en el caso enjuiciado se refiere a la ausencia de información respecto al elevado porcentaje de fracasos del tratamiento, lleva inherente la vulneración del derecho de autonomía del paciente, privándosele a éste de la oportunidad de aceptar o rechazar el tratamiento en cuestión, todo ello con independencia que el fracaso y por tanto el riesgo quede exteriorizado o no, constituyendo así propiamente un daño autónomo y existencial susceptible de indemnización.

El Tribunal Supremo da un paso atrás en su argumentación en cuanto al resarcimiento por la vulneración de un derecho fundamental, al requerir para indemnizar al paciente la materialización del riesgo del que no se había informado, aunque tal materialización del referido riesgo no suponga en modo alguno un menoscabo físico en el paciente. Lo cual nos lleva a plantearnos el siguiente interrogante ¿si no se manifiesta ese riesgo del que no se había informado no se considera vulnerado el derecho de autonomía del paciente?

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado en el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, por impago de la primera prima o prima única por culpa del tomador, es necesario que acredite haber comunicado de forma fehaciente al asegurado la resolución del contrato

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 10 de septiembre de 2015.
Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Para la resolución del presente recurso es necesaria la exposición de los siguientes antecedentes acreditados en la instancia:

1. El Consorcio de Compensación de Seguros (en adelante CCS) ejercita una acción de

repetición contra Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A. (en adelante Seguros Bilbao), para obtener el reembolso de la indemnización por un importe de 369.062,34.-#, satisfecha a los perjudicados por un accidente ocasionado el 1 de agosto de 2007 por el vehículo DU-....-UF que, aparentemente se encontraba sin asegurar.

Con anterioridad, en el procedimiento ordinario seguido por CCS ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pontevedra contra el conductor y la propietaria del vehículo, como responsables del referido accidente, el CCS tuvo conocimiento de que los demandados habían suscrito un contrato de seguro con la entidad demandada, Seguros Bilbao, al aportar aquéllos, en la audiencia previa, un justificante bancario conforme al cual no había saldo en la fecha en que se adeudó el recibo para cobrar la primera prima, a la vez que la entidad de crédito comunicaba a su cliente que debía regularizar el descubierto antes del 19 de mayo de 2007.

2. Un original de la póliza fue aportada por Seguros Bilbao en unas diligencias preliminares previas al presente juicio, resultando de la misma que entró en vigor el 27 de abril de 2007, y tenía una duración anual. Entendió CCS que, aunque el accidente ocurrió el 1 de agosto de 2007 antes de que se hubiera satisfecho la primera prima, Seguros Bilbao debe soportar el pago de la cantidad reclamada porque no acreditó comunicación alguna remitida al tomador, antes del referido accidente, resolviendo el contrato.

3. La demandada, Seguros Bilbao, contestó la demanda alegando que nunca llegó a cobrar la primera prima del seguro por falta de fondos en la cuenta indicada por el tomador, antes de que ocurriera el siniestro, lo que comunicó a FIVA (Fichero informativo de vehículos asegurados), -cuyo órgano responsable del fichero es el propio CSS- dando de baja la póliza, con efectos retroactivos a la comunicación de inicio de vigencia, el 4 de junio de 2007, fecha anterior a la del siniestro. Por ello entendió que no procede el reembolso de la indemnización, de acuerdo con el art. 15 LCS que no exige comunicación alguna de la resolución de la póliza al tomador del seguro.

4. El Juzgado de primera instancia estimó la demanda. Valoró que pese a que efectivamente no se había cobrado la primera prima del seguro por falta de fondos en la cuenta indicada por quien fue el tomador del seguro, era necesario,





Seguros Bilbao

Salud
 Salud privada
 mejor precio

para quedar liberado el asegurador, comunicar de forma fehaciente al asegurado la voluntad de resolver el contrato con anterioridad a la producción del siniestro.

5. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad aseguradora. En la interpretación del art. 15 LCS, concluyó que pese a estar probado el impago de la prima por falta de fondos, por culpa del tomador, no se había acreditado que se comunicara fehacientemente al asegurado la resolución del contrato, motivo por el cual la aseguradora no estaba liberada del cumplimiento de sus obligaciones.

Señaló que el párrafo primero del art. 15 LCS viene a establecer el derecho del asegurador a optar entre resolver el contrato o exigir el pago de la prima. Se "hace necesario distinguir los efectos que el impago de la primera prima alcanzan a acarrear en el ámbito interno de la relación contractual y respecto de terceros".

Entendió que, en el primer caso, salvo pacto en contrario, la aseguradora queda liberada de la obligación de indemnizar sin necesidad de instar la resolución del contrato; en el segundo, es preciso acreditar la resolución del mismo mediante escrito dirigido al tomador por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio, como dispone el art. 20.2 del Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (RD 7/2001, de 12 de enero), en relación con el art. 76 LCS, lo que la demandada no ha podido acreditar. Impuso las costas a la recurrente.

RECURSO DE CASACIÓN

SEGUNDO.- Formulación del motivo.

Articula el único motivo admitido, en los siguientes términos: "Infracción del art. 15 de la Ley de Contrato de Seguro concurriendo interés casacional, toda vez que la interpretación mantenida se opone a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo".

1. Cita como doctrina infringida por la sentencia recurrida la establecida en las Sentencias de esta Sala de 17 de octubre de 2008, 4 de septiembre de 2008 y 25 de mayo de 2005, que interpretan el art. 15 LCS, en el sentido de que si la primera prima o la prima única no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación principal, la de indemnizar el siniestro

producido. De acuerdo con las SSTS citadas, según señala el recurrente, la compañía aseguradora no está obligada a dirigir ningún tipo de comunicación al tomador del seguro, operando la suspensión del contrato por la devolución del recibo por el banco y el transcurso del plazo de un mes que refiere el art. 15.2 LCS.

Basta con probar, dice, que la aseguradora presentó el recibo de la prima al banco domiciliario y acreditar su devolución por falta de fondos por culpa del tomador, para que el asegurador quede liberado de su obligación conforme establece el art. 15.1 LCS.

2. Se opone la Abogacía del Estado invocando también la doctrina jurisprudencial, no contradicha, dice, por las tres sentencias invocadas de contrario, que sostiene que el impago de la primera prima no es oponible a terceros que ejercitan la acción directa al amparo del art. 76 LCS. El impago de la primera prima, señala, genera un efecto suspensivo, pero no un efecto extintivo, pues la aseguradora puede optar entre resolver o exigir el abono de la prima, pero mientras no ejercite la facultad de resolución, el contrato subsiste. En el presente caso, concluye, el contrato estaba en vigor, pues la aseguradora optó por exigir el pago de la prima y no acreditó comunicación alguna al tomador del seguro notificando la resolución del mismo, de acuerdo con el Reglamento del seguro obligatorio. El efecto suspensivo, conforme esta doctrina, no es oponible al tercero perjudicado que ejercita la acción directa que consagra el art. 76 LCS por ser inmune a las excepciones.

TERCERO.- El criterio de la Sala. Desestimación del motivo

1. El denominado "Seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor", como actualmente lo denomina el último Reglamento aprobado por RDL 1507/2008, de 12 de septiembre, es un seguro con unas connotaciones propias de carácter socio-económicas, objeto de constantes, frecuentes y profundas modificaciones legislativas, unas veces por exigencias comunitarias otras de clarificación en su regulación, que han llevado a considerarlo como un seguro de responsabilidad civil especial. Ya la Ley 122/1962, de 24 de diciembre sobre uso y circulación de vehículos a motor señalaba en su preámbulo: "el progreso y perfeccionamiento ininterrumpido de la técnica automovilística y las necesidades de la vida moderna han provocado una situación de hecho que constituye una seria

preocupación para los Gobiernos de todos los países ante el número de víctimas y daños materiales que ocasiona, en constante progresión, con grave quebranto para la seguridad de las personas y la economía nacional".

El Decreto 632/1968, de 21 de marzo aprobó el texto refundido y posteriormente el RDL 1301/1986, de 28 de junio, adaptó el texto al ordenamiento jurídico comunitario. La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de seguros privados, con el fin de adecuar su contenido a la Primera y Segunda Directiva del Seguro de automóviles, incorporó al derecho español las normas contenidas en la Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990 (Tercera Directiva) que amplió el sistema obligatorio de cobertura "en un seguro muy sensible socialmente", dada la importancia creciente de la circulación de vehículos a motor, así como las responsabilidades derivadas de los accidentes ocasionados con su utilización, y modificó otros muchos aspectos que supusieron un profundo cambio que la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, llevó a cabo en el título I de la Ley sobre uso y circulación de vehículos a motor, derogándolo íntegramente, de modo que respondiera al conjunto de las tres Directivas.

Posteriormente, la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000 (Cuarta Directiva) reguló la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros exigiendo la modificación sobre una suerte de normas, entre ellas, de nuevo, la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, lo que en nuestro ordenamiento jurídico se llevó a cabo por el art. 33 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero. También la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados modificó otros aspectos de este particular seguro de responsabilidad civil, para sancionar el incumplimiento de la obligación de asegurarse.

Otras normas han incidido en el contenido de este seguro que no es necesario ahora destacar pero que, en cualquier caso, dado el tiempo transcurrido desde la aprobación del texto refundido de 1968 era necesario adecuar el contenido de su articulado al ordenamiento jurídico vigente en la actualidad, lo que se llevó a efecto por el RDL 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 vigente cuando sucedieron los hechos que son objeto de enjuiciamiento en el presente caso.

2. La singularidad y especialidad del Texto Refundido en la regulación de este seguro de responsabilidad civil lo destaca el art. 2.6 del mismo cuando señala: "en todo lo no previsto expresamente en esta Ley y en sus normas reglamentarias de desarrollo, el contrato de seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor se regirá por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro" (énfasis añadido).

La habilitación reglamentaria aparece reconocida en la disposición final de la ley sobre responsabilidad civil y del seguro en la circulación de vehículos a motor, introducida por la disposición final tercera de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El reglamento aplicable al presente supuesto, es el aprobado por el RD 7/2001, de 12 de enero, que viene a sustituir el anterior aprobado por el RD 2641/1986 y que, como señala su preámbulo, no se limitó a regular las cuestiones que requerían ser desarrolladas mediante una norma de este rango, sino que también integró y clarificó la regulación del seguro de automóviles en los aspectos introducidos por la normativa nacional y comunitaria.

A los efectos del presente recurso, debemos destacar el siguiente precepto reglamentario: El art. 20.2 (la solicitud y la proposición del seguro de suscripción obligatoria) del mismo Reglamento dispone: "la proposición del seguro de suscripción obligatoria hecha por la entidad aseguradora o su agente vinculará a la aseguradora por el plazo de quince días. Una vez aceptada la proposición por el tomador, se entenderá perfeccionado el contrato, quedando siempre a salvo, en caso de impago de la primera prima por culpa del tomador, el derecho del asegurador a resolver el contrato, mediante escrito dirigido al tomador por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho, o exigir el pago de la prima en los términos del artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro. Aceptada la proposición por el tomador, el asegurador deberá entregar la póliza de seguro en el plazo de diez días" (énfasis añadido).

3. Este es el supuesto que debe proyectarse en el presente recurso, esto es, si la opción

que dice escogida el recurrente, es decir, la de la resolución a que se refiere el párrafo primero del art. 15 de LCS, ha sido debidamente realizada. La respuesta debe ser, según lo expuesto, reglamentaria y, por tanto, jurídicamente, negativa.

Para resolver la póliza del seguro obligatorio no basta con acreditar la culpa del tomador en caso de impago de la prima, para lo que es suficiente la prueba de falta de fondos en la cuenta designada para atender el recibo. En el presente caso, el propio conductor reconoció, en el juicio que contra él y el propietario del vehículo siguió el Consorcio, el impago mediante la aportación de una comunicación de la entidad de crédito que le intimaba a la reposición de fondos. Esta Sala, en SSTS núm. 783/2008 de 4 de septiembre y 17 de octubre de 2008, ha considerado suficiente para acreditar la culpa del tomador, el impago del recibo presentado por la compañía con cargo a la cuenta designada por el tomador, devuelto por falta de fondos.

Pero la falta de pago de la primera prima antes de la ocurrencia del siniestro no produce el efecto 'ope legis' de liberar al asegurador de su obligación de indemnizar, como señala el recurrente en su escrito. No basta para resolver el contrato del seguro obligatorio por impago de la primera prima demostrar la culpa del tomador, sino que, como señala el precepto reglamentario transcrito (art. 20.2), frente a terceros, es necesario acreditar, además, la comunicación recepticia dirigida al tomador del seguro declarando resuelto y sin efecto alguno el contrato, lo que se adecua a las exigencias normativas para que pueda producir el efecto de quedar liberada la aseguradora de su obligación de indemnizar. Hasta tanto no se acredite haber efectuado tal comunicación, frente a terceros, el impago de la primera prima o prima única es inoponible frente a quien ejercita la acción directa del art. 76 LCS, por subrogación, como es el supuesto contemplado en el presente caso.

4. La sentencia impugnada no es contraria a la doctrina sentada por las tres sentencias invocadas en el motivo, porque ninguna de ellas trata del impago de la primera prima en un seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor entre el perjudicado y la aseguradora.

La STS de 17 de octubre de 2008 aborda un caso distinto, como ya reconoce el propio recurrente en su escrito de contestación a la

presente demanda –lo que destaca la parte recurrida–, pues la reclamación en aquel litigio se basa en una acción de repetición de la aseguradora frente al asegurado, pero no entre el perjudicado y la aseguradora. En el presente caso, el perjudicado por subrogación es el Consorcio de Compensación de Seguros.

En la STS de 4 de septiembre de 2008, el recurrente, Seguros Bilbao, invoca el antecedente de hecho (cuarto) en el que se exponían los argumentos de la sentencia recurrida, que fueron casados y dejados sin efecto por esta Sala.

Por último, la STS de 25 de marzo de 2005 trata nuevamente de la negativa a indemnizar al asegurado por impago de la primera prima, pero no frente al perjudicado o a la entidad subrogada.

Por consiguiente, la sentencia ahora recurrida no infringe la doctrina sentada por las sentencias de esta Sala invocadas en el motivo, al no existir identidad de procedimientos, en este caso, la reclamación del tercero perjudicado contra la aseguradora.

Por las razones expuestas, el motivo se desestima.

5. Es cierto que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la exigencia o no de que la compañía aseguradora para que pueda quedar liberada de su obligación de indemnizar, notifique al tomador culpable la resolución del contrato por haber impagado la primera prima o prima única del seguro obligatorio. Por esta razón, el Pleno de esta Sala fijará la doctrina correspondiente sobre esta concreta materia.

En atención a lo expuesto, esta Sala fija como doctrina para la resolución de una póliza de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, en caso de impago de la primera prima o prima única a que se refiere el art. 15.1 LCS, la siguiente: "Para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado en el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor por impago de la primera prima o prima única por culpa del tomador, es necesario que acredite haber dirigido al tomador del seguro un correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho que permita tener constancia de su recepción, por el que se notifique la resolución del contrato".

CUARTO.- Costas.

Se imponen las costas a la parte recurrente a la que se ha desestimado el recurso de casación, conforme al art. 398.1 LEC, con pérdida del depósito constituido.

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

FALLAMOS

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A., contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de fecha 24 de enero de 2013, en el Rollo 724/2012 que, en este alcance, confirmamos.

2º. Fijar como doctrina de esta Sala, a los efectos previstos en el art. 15.1 de la Ley de contrato de seguro, en caso de impago de la primera prima o prima única, en una póliza de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, la siguiente: "Para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado en el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor por impago de la primera prima o prima única por culpa del tomador, es necesario que acredite haber dirigido al tomador del seguro un correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho que permita tener constancia de su recepción, por el que se notifique la resolución del contrato".

3º. Imponer las costas causadas a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Francisco Marín Castán; José Ramón Ferrándiz Gabriel; José Antonio Seijas Quintana; Antonio Salas Carceller; Ignacio Sancho Gargallo; Francisco Javier Orduña Moreno; Rafael Sarazá Jimena; Sebastián Sastre Papiol; Eduardo Baena Ruiz; Xavier O' Callaghan Muñoz; FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Sebastián Sastre Papiol, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Esta sentencia se dicta poco después de que la Sala Primera del Tribunal Supremo, resolviera el supuesto de impago de una prima sucesiva, por la que se dejaba claro el funcionamiento del régimen del artículo 15.2 de la LCS, estableciéndose que producido el impago del recibo de la prima sucesiva, empezaba a contar el plazo de gracia de un mes, en el que existía plena vigencia de los efectos de la póliza, y los sucesivos cinco meses de suspensión, tiempo en el que la aseguradora tendría que responder frente al tercero perjudicado, no pudiendo oponer la falta de pago frente éste. Si bien, se añadía por parte del Tribunal Supremo *obiter dicta* un dato muy relevante, y es que en este supuesto, nacería a favor de la aseguradora el derecho de repetición frente al asegurado.

Esta nueva sentencia analiza las consecuencias del impago del tomador de la primera prima, o prima única. Se trata de la acción ejercitada por el Consorcio de Compensación de Seguros (en adelante CCS), tras abonar la indemnización al perjudicado por un accidente sufrido en fecha 1 de agosto de 2007 –ante la supuesta falta de aseguramiento del vehículo responsable que luego resultó sí tener seguro–, frente a la aseguradora con la que el responsable de los hechos había suscrito una póliza con entrada en vigor el 27 de abril de 2007. A pesar de que la prima no había sido satisfecha por el tomador antes de la ocurrencia del siniestro, el CCS considera que la aseguradora debía de hacerse cargo de la indemnización por cuanto que no acreditó comunicación alguna remitida al tomador, antes del referido accidente, resolviendo el contrato.

El Juzgado de primera instancia estimó la demanda, al considerar que para quedar liberado el asegurador, debió de comunicar de forma fehaciente al asegurado la voluntad de resolver el contrato con anterioridad a la producción del siniestro. Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Pontevedra, que es desestimado al considerar que el artículo 15 de la LCS, debe interpretarse según se refiera al ámbito *inter partes* o frente a terceros. En este segundo supuesto, que es el que nos encontramos, considera que es preciso acreditar la resolución del mismo mediante escrito dirigido al tomador por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio, como dispone el art. 20.2 del Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en relación con el art. 76 de la LCS.

Ante esta resolución la aseguradora interpone recurso de casación al considerar que se está infringiendo el artículo 15 de la LCS, siendo resuelto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual considera que la falta de pago imputable al tomador de la primera prima antes de la ocurrencia del siniestro, no produce el efecto *ope legis* de liberar al asegurador de su obligación de indemnizar, sino que será necesario acreditar además, frente a terceros, la comunicación recepticia dirigida al tomador del seguro declarando resuelto el contrato. De esta forma se fija como doctrina de la Sala para la resolución de una póliza de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, en caso de impago de la primera prima o prima única a que se refiere el artículo 15.1 de la LCS, la siguiente:

“Para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado en el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor por impago de la primera prima o prima única por culpa del tomador, es necesario que acredite haber dirigido al tomador del seguro un correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho que permita tener constancia de su recepción, por el que se notifique la resolución del contrato”.

De lo anterior, lo primero que se nos plantea es que la Sala ha obviado lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 15.1 de la LCS, que establece que *“salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación”*. Esta precisión resulta de gran relevancia, ya que en mi opinión viene a

COMENTARIO

Esta sentencia ya ha empezado a dividir a la doctrina, entre aquella que considera que esta resolución supone que el hecho de que la aseguradora tenga que hacer frente al pago supone que la póliza está en vigor –y no en suspenso, por lo que no entra en juego el apartado segundo del artículo 15 de la LCS–, y no conlleva el derecho de repetición del asegurador, sino el derecho a reclamar la totalidad de la prima. Frente a esta opinión, existe otra doctrina, con la que me posiciono, que considera que cuando la sentencia habla de 'perjudicado', al establece que *“Para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado...”*, se refiere únicamente al tercero perjudicado, por lo que la póliza no tiene efectos frente a su asegurado

reconocer de forma implícita que mientras que no se produzca el pago el contrato de seguro no ha producido sus efectos, ni inter partes ni frente a terceros, en contra de lo reconocido por la sentencia.

En cualquier caso, esta sentencia ya ha empezado a dividir a la doctrina, entre aquella que considera que esta resolución supone que el hecho de que la aseguradora tenga que hacer frente al pago supone que la póliza está en vigor –y no en suspenso, por lo que no entra en juego el apartado segundo del artículo 15 de la LCS–, y no conlleva el derecho de repetición del asegurador, sino el derecho a reclamar la totalidad de la prima. Frente a esta opinión, existe otra doctrina, con la que me posiciono, que considera que cuando la sentencia habla de 'perjudicado', al establecer que *“Para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado...”*, se refiere únicamente al tercero perjudicado, por lo que la póliza no tiene efectos frente a su asegurado en ningún caso. Por tanto, una vez producido el pago frente al tercero, ésta tendrá dos opciones: la primera, reclamar la prima y reactivar de esta forma el seguro, o bien, repetir frente a su asegurado, en virtud de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 15.1 de la LCS. Como digo, me decanto por esta segunda tesis, y ello, por cuanto que el Tribunal Supremo establece que esta sentencia no infringe otras dictadas por la Sala Primera en esta materia, ya que mientras que aquellas se referían a la negativa de indemnizar al propio asegurado, ésta se trata de la reclamación del tercero perjudicado contra la aseguradora.

Y es que considero que para dar por válida la primera tesis, deberíamos aceptar que la obligación de la aseguradora en caso de impago de primera prima, sin que la misma hubiera comunicado la resolución del contrato de forma fehaciente frente al tomador, también lo es frente al propio asegurado, lo cual se rechaza expresamente por la sentencia, al establecer como digo que la misma no vulnera aquella jurisprudencia del Tribunal Supremo que desestimaba la reclamación ejercitada por su asegurado en supuesto de impago de primera prima. Sólo tiene sentido desde mi punto de vista, considerar que la aseguradora en estos supuestos no puede repetir contra su asegurado, y que la póliza está en vigor, si aceptamos que en caso de impago de primera prima, mientras que la aseguradora no comunique a su asegurado de forma fehaciente la resolución del contrato, la póliza tiene plenos efectos tanto inter partes, como frente a terceros.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Promotora reclama a constructora y arquitectos por defectos en la obra, en base a la acción de cumplimiento de contrato del art. 1101 del Código Civil. Se considera legitimada a la promotora para reclamar la reparación *in natura* de la promoción de viviendas vendida, sin estar autorizada por la Comunidad de Propietarios

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 15 de septiembre de 2015.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- CABAGUA, S.A. interpuso demanda contra PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES PUENTE NAVARRO, S.L., D. Rosendo, JOSÉ SALA SENDRA, S.L.P. y D. Carlos Manuel. Basa su demanda la parte actora en que es promotora de una urbanización cuya construcción, proyecto y dirección facultativa había encomendado a los demandados, apareciendo vicios constructivos, solicitando la condena de los demandados a que realicen las correspondientes obras de reparación de tales defectos constructivos.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y tras declarar que el

complejo residencial Terrazas Oliva Golf adolece de defectos constructivos, condena a los demandados a iniciar, en un plazo inferior a quince días, las obras de reparación que enumera.

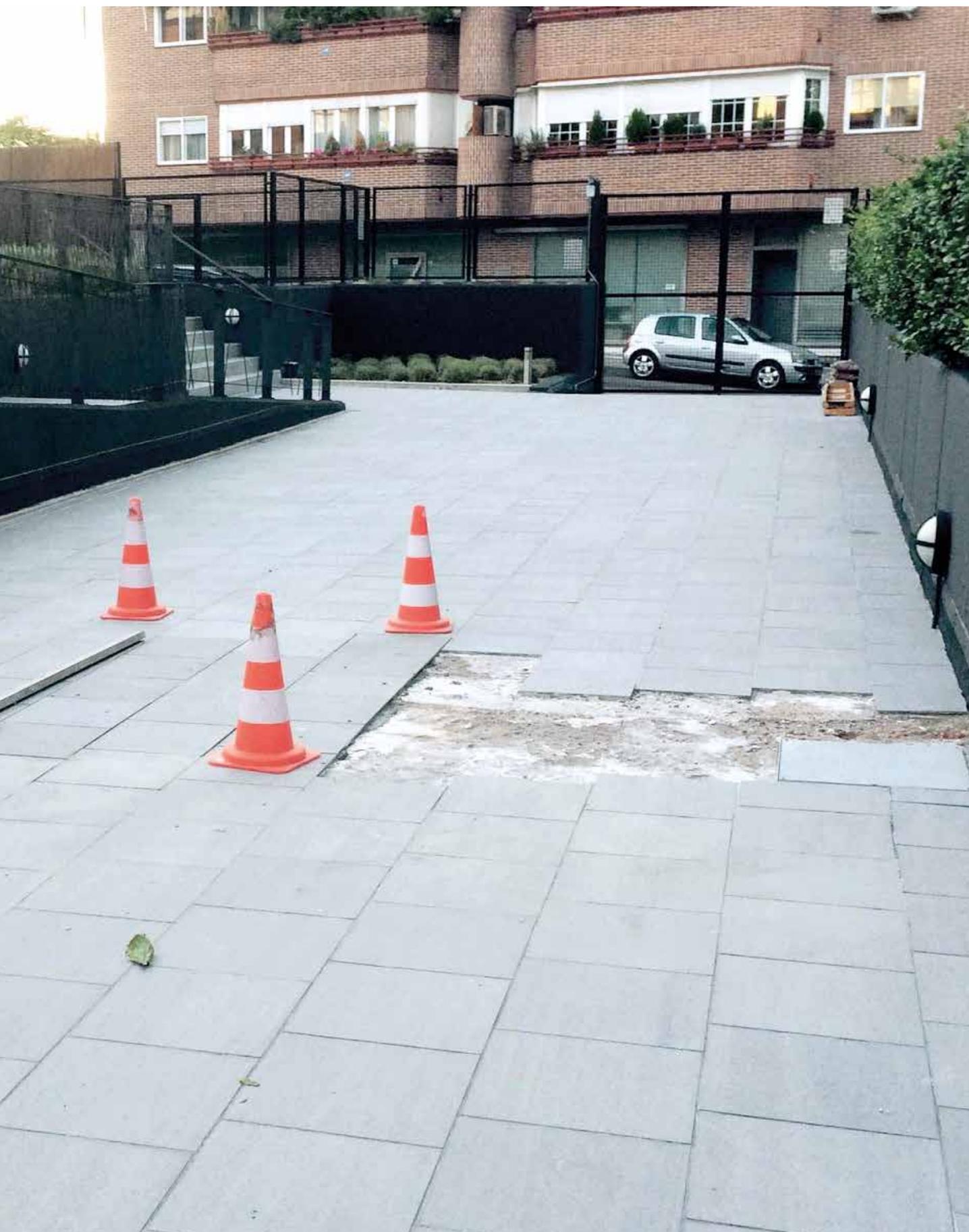
Contra dicha resolución se interpusieron tres recursos de apelación por la parte demandada, uno por PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES PUENTE NAVARRO, S.L., otro por D. Rosendo, JOSÉ SALA SENDRA, S.L.P. y otro por D. Carlos Manuel. Dichos recursos fueron resueltos por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoctava, de fecha 9 de mayo de 2013, la cual desestimó los tres recursos interpuestos, confirmando lo dispuesto por la sentencia de primera instancia. En concreto dicha resolución considera que la actora está legitimada para reclamar por los defectos existentes en las zonas comunes al haber sido propietaria de varios pisos en el complejo, sin que el hecho de que posteriormente se hayan transmitido suponga una falta sobrevenida de legitimación al quedar los nuevos dueños subrogados en la posición de la actora.

Recurre en casación y por infracción procesal la parte demandada, D. Rosendo, y en casación la parte demandada D. Carlos Manuel.

Utilizado por las partes recurrentes el cauce previsto en el ordinal 2º del art. 477.2 de la LEC 2000, dicho cauce constituye la vía casacional adecuada, habida cuenta que el procedimiento se tramitó en atención a su cuantía, siendo la misma superior a los 600.000 euros al haber quedado fijada en audiencia previa en la suma de 1.629.676,97 euros.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL INTERPUESTO POR D. Rosendo se articula en un motivo único. El mismo se articula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 de la LEC, señalando como normas infringidas los artículos 217 y 386 de la LEC. A lo largo del mismo la parte recurrente indica que ha existido una errónea aplicación de las normas sobre la carga de la prueba y de la valoración probatoria en tanto que la parte actora no ha acreditado, tal y como le incumbía, la existencia de una relación contractual entre la actora y la persona de D. Rosendo que justifique su condena en relación con las acciones contractuales. La propia sentencia recurrida señala que no existe documento contractual alguno que justifique esa relación, es más las facturas emitidas lo han sido por JOSÉ SALA SENDRA, S.L.P. y no por el arquitecto persona física y en el certificado de obra figura la entidad mercantil JOSÉ SALA SENDRA, S.L.P. y no la persona física,





existiendo una falta de legitimación pasiva de D. Rosendo en cuanto a las responsabilidades contractuales.

EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR D. Rosendo se articula en cuatro motivos. En el motivo primero se alega la infracción del artículo 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal. Argumenta la parte recurrente que la entidad actora, CABAGUA, S.A., carece de legitimación activa para actuar en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios y reclamar por los defectos existentes en las zonas comunes. Más en concreto se indica que la actora actuó en su propio nombre y derecho, no en nombre de la comunidad, es más, la propia comunidad de propietarios se apartó del procedimiento y desautorizó a la promotora para actuar en su nombre, careciendo por tanto de autorización de esa Comunidad, autorización que la doctrina de esta Sala viene exigiendo para reclamar por los defectos de las zonas comunes en representación de la comunidad de propietarios. En el motivo segundo se alega la infracción del art. 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación y del artículo 10 de la LEC. Señala la parte recurrente que la promotora no ostenta legitimación extraordinaria para actuar en representación de la comunidad de propietarios ni para reclamar por zonas comunes frente a los técnicos y el constructor por cuanto los únicos legitimados para reclamar por esos daños materiales derivados de defectos de la construcción en zonas comunes son los propietarios y los terceros adquirentes, no bastando la simple condición de contratante inicial de la promotora pues se requiere un quebranto patrimonial propio en sus bienes o derechos. En el motivo tercero se alega la infracción de los artículos 22 y 413 de la LEC por cuanto la transmisión del objeto litigioso constituye una innovación que implica una pérdida sobrevenida de legitimación activa si el nuevo adquirente no comparece en el proceso para solicitar la subrogación en tanto que ya no es titular del objeto litigioso. Por último, en el motivo cuarto se alega la infracción de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil por cuanto la indemnización de daños en el ámbito contractual se limita a los daños y perjuicios sufridos en la esfera patrimonial del reclamante, siendo precisa la existencia de un quebranto patrimonial propio del que reclama, remitiéndose a la falta de legitimación activa de la entidad actora para reclamar por los defectos existentes en las viviendas que no son de su propiedad.

EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR D. Carlos Manuel se articula en un motivo único en el que se denuncia la falta de legitimación activa de la promotora para reclamar

por daños y desperfectos existentes en las zonas comunes del complejo, aun cuando sea copropietaria de algunos pisos, porque se interpuso la demanda por la promotora sin ponerlo en conocimiento de la comunidad, habiendo sido posteriormente y de forma expresa, desautorizada para que actuara en nombre de esa comunidad.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL QUE INTERPONE D. Rosendo.

SEGUNDO.- Motivo primero y único.- Vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española. Hecho o antecedente del que se debió partir para dictar sentencia: No existe relación contractual entre Cabagua S.A. y el arquitecto persona física don Rosendo.

Se desestima el motivo.

Alega el recurrente que no consta relación contractual entre la promotora y el arquitecto Sr. Rosendo. En la sentencia de la Audiencia Provincial se declaró que concurría legitimación dado que el proyecto lo había firmado el Sr. Rosendo como persona física, unido a que no se aportaba el contrato de encargo del proyecto.

Por su parte el recurrente entiende que se ha incidido en un arbitraria valoración probatoria pues el propio actor habría aportado las facturas y el certificado final de obra emitidos por JOSÉ SALA SENDRA SL.

En definitiva el recurrente está discutiendo la valoración probatoria sobre la legitimación del arquitecto y analizada la sentencia recurrida hemos de convenir que ante la ausencia de encargo profesional, por escrito, el tribunal de apelación optó por considerar una prueba objetiva y concluyente el que fuese el arquitecto como persona física el que suscribió el proyecto, de lo que dedujo que la sociedad profesional operaba a efecto de facturación o cobro, pero no como responsable del proyecto, valoración que no puede considerarse irracional o ilógica.

En cuanto a la valoración de la prueba, la jurisprudencia de esta Sala ha sido muy reiterada, en sentencias de 4 de febrero de 2011, 9 de mayo de 2011, 2 de junio de 2011, 1 de julio de 2011 en este sentido: "Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2.º LEC. Este motivo de infracción procesal está reservado al examen del cumplimiento de «las normas

procesales reguladoras de la sentencia». Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado. La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469.1. 4.º LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008; 30 de junio y 6 de noviembre de 2009; 26 de febrero 2011, entre otras)”.

RECURSO DE CASACIÓN QUE INTERPONE D. Rosendo.

TERCERO.- Motivo primero. Indebida aplicación del art. 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal en relación con la legitimación activa para actuar en representación de la Comunidad de Propietarios.

Se desestima el motivo.

Alega el recurrente que la promotora carece de legitimación para actuar en nombre de la comunidad y para reclamar por los defectos existentes en las zonas comunes.

Se parte de un error en el recurso, al entender que la promotora actúa en representación de la comunidad, cuando, en realidad, actúa en base a los contratos que le ligan con los profesionales y con la constructora, instando la responsabilidad contractual, por ello en la demanda concreta que ejercita, entre otras, la “acción contractual por incumplimiento de contrato, arts. 1101 y ss. del CC” y así se reconoce en el fundamento jurídico octavo de la sentencia recurrida, por lo que debemos desestimar el motivo.

CUARTO.- Motivo segundo. Infracción de los arts. 17.1 de la Ley de ordenación de la Edificación y del art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: la promotora no ostenta una legitimación

extraordinaria para actuar en representación de la comunidad de propietarios ni reclamar por zonas comunes.

Se desestima el motivo.

Se alega que la actora no goza de legitimación extraordinaria para actuar en nombre de la comunidad ni para reclamar por zonas comunes, citando entre otras la sentencia de 21 de diciembre de 2011; recurso 1885 de 2008.

Debemos dar por reproducidos los argumentos del motivo anterior pues se ejercitó, entre otras, la acción sustentada en la responsabilidad contractual.

En cuanto a la jurisprudencia citada, debemos recordar que la sentencia citada recoge un supuesto en el que se accionaba en base al art. 1902 del CC, por lo que al no constar perjuicio para la promotora no le reconocía legitimación, no siendo éste el supuesto analizado, ya que en el actual litigio se acciona en base al incumplimiento de los profesionales, los cuales, por cierto, no discuten los innumerables defectos que se constatan en la sentencia recurrida.

QUINTO.- Motivo tercero. Infracción de los arts. 22 y 413 LEC. La transmisión del objeto litigioso constituye una innovación que implica una pérdida sobrevenida de legitimación.

Se desestima el motivo.

Se alega pérdida de legitimación sobrevenida, al haberse vendido la mayoría de las viviendas. Nuevamente debemos recordar que la actora no actuaba solo en su condición de propietaria de la promoción o de parte de la misma, sino como contratante con los profesionales, lo que le facultaba para exigir el cumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios profesionales, y de obra, en su caso (art. 1101 del C. Civil).

SEXTO.- Motivo cuarto. Infracción de los arts. 1101 y 1106 del Código Civil. La indemnización en el ámbito de la responsabilidad civil contractual se limita a los daños sufridos y acreditados.

Se desestima el motivo.

Entiende el recurrente que no se han producido daños y perjuicios en la esfera del patrimonio de la actora.

Insiste esta Sala en que se ejercita una acción del art. 1101 del C. Civil, en base a la que se

constata el incumplimiento, que nadie discute, y lo solicitado y concedido no es una indemnización sino la reparación 'in natura', petición lógica y derivada de la pretensión en la que se insta el debido cumplimiento de lo contratado.

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR D. Carlos Manuel.

SÉPTIMO.- Motivo primero y único. Infracción del art. 7.6 LEC, que dispone que sólo podrá comparecer en juicio a quien la Ley conceda representación, concesión que en el caso de Comunidades de Propietarios únicamente se da al Presidente o al Vicepresidente que le sustituye, tal y como disponen las sentencias del Tribunal Supremo de 30-12-2009, 14-5-2007, o las de la Audiencia Provincial de Badajoz de 12-12-2012 o la de la Audiencia Provincial de Valencia de 8-3-2013.

Se desestima el motivo. Se alega por el recurrente:

La sentencia ahora recurrida reconoce a la demandante Cabagua S.A. legitimación activa para demandar por daños y desperfectos en zonas comunes en el complejo Terrazas Oliva Golf por el mero hecho de ser copropietaria, sin más requisitos. Así, en su fundamento de derecho noveno, literalmente, afirma: "Se sostiene asimismo la falta de legitimación respecto de las zonas comunes, puesto que se dice que no se ha acreditado ostentar la titularidad de uno solo de los inmuebles, lo cierto es que sí está acreditado que no se ha producido la venta en el momento de interposición de la demanda de la totalidad de los inmuebles que formaban la urbanización, lo que supone que necesariamente eran propiedad de la promotora, y siendo propiedad de ésta en el momento de interposición de la demanda, que es cuando se determina la legitimación activa, necesariamente ha de mantenerse a lo largo de todo el procedimiento, aunque posteriormente se haya producido la transmisión de los citados inmuebles, que por otra parte tampoco ha quedado acreditada por prueba alguna aportada por la ahora recurrente".

Pues bien, este reconocimiento de legitimación activa del copropietario en el ejercicio de acciones judiciales en beneficio de la comunidad entra en directa contradicción con la doctrina más novedosa del Tribunal Supremo, como la recogida en la STS de 30 de diciembre de 2009, que limita la legitimación activa de los copropietarios a los supuestos en que "se actúe con anuencia de la comunidad y/o sin la oposición expresa o tácita de aquélla", afirmando con carácter general que la única forma que el co-

propietario tiene de canalizar el ejercicio de acciones judiciales en beneficio de la comunidad es a través de la Junta de Propietarios, adoptando de esta forma una posición claramente restrictiva respecto a la legitimación activa de cualquier copropietario para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad al margen de la representación que ostenta el presidente.

Esta Sala debe rechazar este recurso por los mismos argumentos ya expuestos pues lo ejercitado fue una acción de responsabilidad contractual, por lo que no procede debatir si se actuó en representación de la comunidad o en beneficio de la misma.

OCTAVO.- Se imponen a los recurrentes las costas de sus respectivos recursos (arts. 394 y 398 LEC). Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por D. Rosendo representado por el procurador D. Pedro Vila Rodríguez, y DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN, INTERPUESTO POR D. Carlos Manuel representado por el procurador D. José Ramón Couto Aguilar, contra sentencia de 9 de mayo de 2013 de la Sección Decimooctava de la Audiencia Provincial de Madrid.

2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3. Procede imposición a los recurrentes de las costas de sus respectivos recursos.

Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Por la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha dictado la Sentencia nº 512/2015, de 15 de septiembre de 2015, en el Recurso de Casación 1712/2013, cuya principal aportación hace referencia fundamentalmente a los problemas de legitimación activa y pasiva que surgen en las reclamaciones judiciales por deficiencias constructivas en el sector de la edificación.

La Sentencia dictada por el Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación que interpusieron las dos personas físicas condenadas (arquitecto y aparejador), cuya principal pretensión al recurrir era que se declarase la falta de legitimación activa de la entidad promotora demandante

El procedimiento judicial fue iniciado por la empresa promotora de la obra, que reclamó contra el resto de agentes que intervinieron en el proceso constructivo (empresa contratista, arquitecto redactor del proyecto, aparejador director de la ejecución de obra y la empresa que en la certificación aparecía como dirección de obra); su reclamación se basaba en la responsabilidad contractual existente entre las partes, solicitando en la demanda la declaración de la existencia de defectos constructivos en el complejo residencial que fue edificado y la condena de los demandados a iniciar en un plazo inferior a quince días las obras de reparación que se identificaron en la demanda y su informe pericial. El Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Madrid, que conoció del procedimiento, dictó sentencia por la que se estimó la demanda, siendo confirmada posteriormente por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid que conoció del recurso de apelación que fue interpuesto por los demandados.

La Sentencia dictada por el Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación que interpusieron las dos personas físicas condenadas (arquitecto y aparejador), cuya principal pretensión al recurrir era que se declarase la falta de legitimación activa de la entidad promotora demandante. Para ello, los recursos alegaban infracción de los artículos 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal en relación con la legitimación activa para actuar en representación de la Comunidad de Propietarios, o los artículos 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación y 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, insistiendo nuevamente en que la promotora no ostenta legitimación extraordinaria para actuar en representación de la comunidad de Propietarios ni reclamar por deficiencias en las zonas comunes. También se alegaba infracción de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil, argumentando que la indemnización en el ámbito de la responsabilidad civil contractual se limita a los daños sufridos y acreditados. Es necesario aclarar que la reclamación que emprende la promotora se refiere a un complejo residencial ya terminado, vendido y entregado a los compradores de las viviendas, aunque en el momento de interponerse la demanda la promotora conservaba la propiedad de algunas de las viviendas, que fueron vendidas posteriormente durante la tramitación del procedimiento judicial. También quedó constancia en el procedimiento del hecho de que la Comunidad de Propietarios nunca autorizó a la entidad promotora para actuar en su nombre. Por todo ello, los argumentos que se empleaban por los demandados para sostener la falta de legitimación activa consistían en la inexistencia de representación otorgada por la Comunidad de Propietarios ni ningún otro tipo de legitimación extraordinaria para reclamar deficiencias en zonas comunes, por cuanto los únicos legitimados para reclamar los daños materiales derivados de defectos de la construcción en zonas comunes son los

COMENTARIO

propietarios y terceros adquirentes, no bastando la condición que tiene la promotora de contratante inicial de la obra, considerando además que la reclamación requiere un quebranto patrimonial propio en sus bienes y derechos, que impide a la actora reclamar por defectos en viviendas que no son de su propiedad.

Ninguno de estos argumentos es aceptado por el Tribunal Supremo, que destaca la existencia de un error de partida en el recurso, consistente en entender que la promotora actuaba en representación de la Comunidad de Propietarios. La realidad es que su actuación se basaba en los contratos que ligaban a la promotora con los profesionales y con la constructora, motivo por el que la demanda se basa en una acción de responsabilidad contractual derivada del incumplimiento del contrato, de tal forma que la demanda hacía expresa referencia al artículo 1101 del Código Civil como base de su argumentación jurídica. La entidad promotora demandante también tenía la condición de propietaria de la promoción cuando interpuso la demanda, pero su legitimación no resulta de ese hecho, sino de su condición de parte contratante que le facultaba para exigir el cumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios profesionales, y de obra, en su caso. De hecho, también destaca el Tribunal Supremo que la acción ejercitada no pretende una indemnización, sino la reparación in natura de las deficiencias constructivas, petición que considera lógica y natural de quien insta el cumplimiento de lo contratado.

En definitiva, existe una correcta aplicación del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación cuando indica que, sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos de los daños materiales ocasionados en los plazos indicados en dicha norma. Decimos que es correcta precisamente porque la acción de la promotora –que no pretende una indemnización, sino la reparación– no se ampara exactamente en ese artículo, sino en la responsabilidad contractual que se deriva de manera especial del artículo 1101 del Código Civil, de tal modo que no estamos ante una acción de los propietarios de las viviendas para exigir la reparación de las deficiencias constructivas, ni de la promotora actuando en su nombre o interés, sino de ésta misma como parte contratante exigiendo a los profesionales y constructor el cumplimiento de sus contratos. De ahí se deriva su legitimación activa y la consecuente legitimación pasiva de los demandados, vinculados por dichos contratos y obligados a su correcto cumplimiento.

El Tribunal Supremo destaca la existencia de un error de partida en el recurso, consistente en entender que la promotora actuaba en representación de la Comunidad de Propietarios. La realidad es que su actuación se basaba en los contratos que ligaban a la promotora con los profesionales y con la constructora, motivo por el que la demanda se basa en una acción de responsabilidad contractual derivada del incumplimiento del contrato, de tal forma que la demanda hacía expresa referencia al artículo 1101 del Código Civil como base de su argumentación jurídica

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

La inexistencia de póliza o aval individual de afianzamiento de cantidades para las cantidades entregadas a cuenta, no exime a la aseguradora o entidad avalista, en su caso, de hacer efectiva la garantía suscrita mediante la póliza colectiva

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 23 de septiembre de 2015.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Fundamentos de Derecho

Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia. La entidad Herrada del Tollo, S.L. realizó una promoción inmobiliaria para la construcción de las viviendas Residencial Santa Ana del Monte. Herrada del Tollo, S.L. vendió una vivienda en construcción de esta promoción a Esperanza y Fabio, otra a Jacobo y Nicolás, y otra a Estefanía.

A cuenta del precio de sus respectivas compraventas, Esperanza y Fabio entregaron a

la promotora 222.066,84 euros; Jacobo y Nicolás 63.373,35 euros; y Estefanía 26.000 euros.

El 9 de julio de 2004, la promotora concertó con Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana (en adelante, SGRCV) una póliza de afianzamiento hasta la suma total de 1.500.000 euros. El 10 de agosto de 2005, se amplió la suma máxima garantizada a 3.500.000 euros. El 30 de octubre de 2006 se amplió la suma garantizada a 6.500.000 euros.

El 23 de febrero de 2003, la promotora concertó con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (en adelante, BBVA) una "póliza de cobertura para límite de garantías bancarias", con un límite máximo de 1.000.000 euros. Y el 22 de octubre de 2004 concertaron una segunda póliza con un límite máximo de cobertura de 1.000.000.

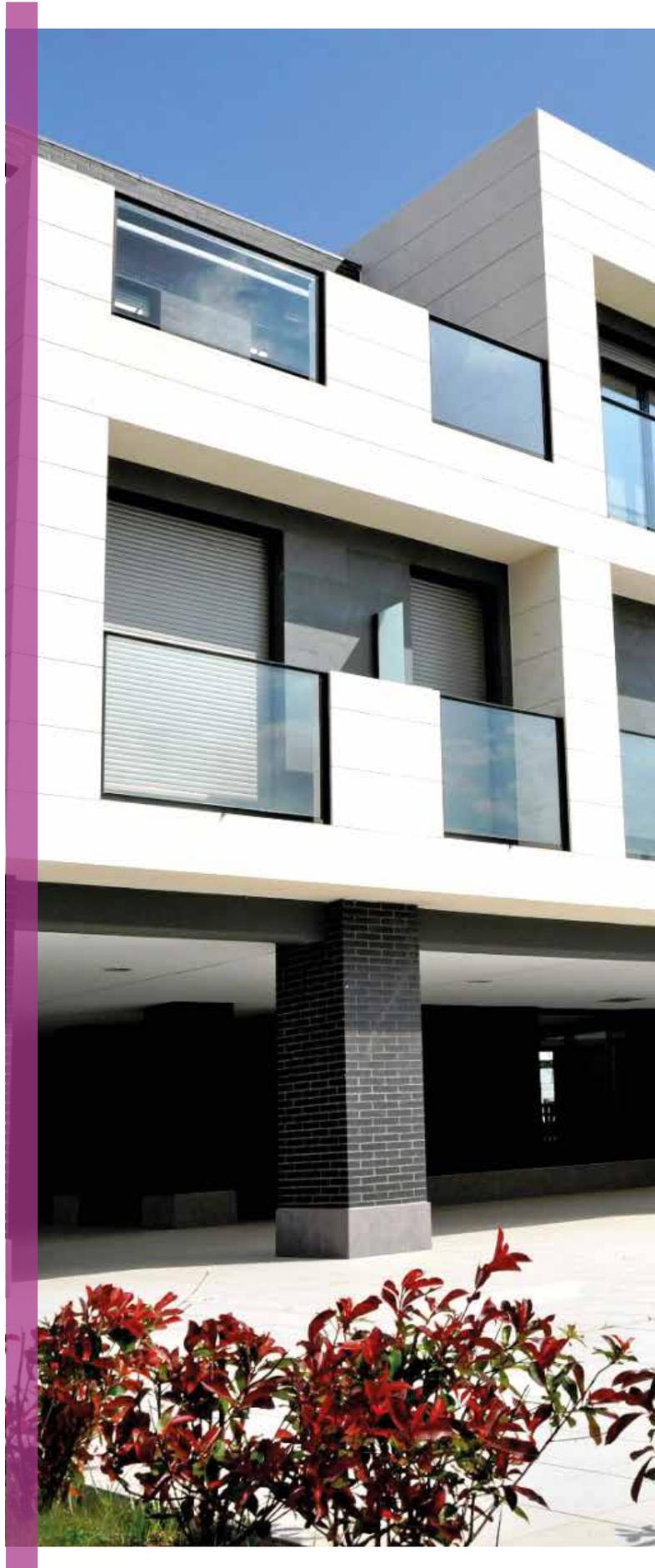
El 21 de abril de 2004, la promotora concertó con Banco Pastor (en la actualidad, Banco Popular) una "póliza de contraaval", por un importe de 3.000.000 euros.

Con posterioridad, Herrada del Tollo, S.L. fue declarada en concurso de acreedores. Dentro del concurso, el juzgado mercantil que tramitaba el concurso declaró la resolución de los tres contratos de compraventa y la existencia de la deuda de devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los respectivos compradores.

Estefanía votó a favor del convenio, que fue finalmente aprobado por sentencia de 26 de julio de 2010.

2. Los compradores demandantes (Esperanza y Fabio, Jacobo y Nicolás, y Estefanía) interpusieron la demanda que dio inicio al presente procedimiento en la que reclamaban de las demandadas la devolución de las cantidades anticipadas, más los intereses devengados, en ejecución de la garantía otorgada en su día.

3. La sentencia dictada en primera instancia estimó la reclamación formulada por Esperanza, Fabio, Jacobo y Nicolás, por entender que, aunque no se hubieran otorgado los avales individuales por las entidades demandadas, esto no les impedía disfrutar de las garantías establecidas por la Ley 57/1968 para los casos de incumplimiento de la promotora. Razonaba que «al tratarse de un seguro colectivo, el comprador adquiere su condición de asegurado por el hecho de contratar con la promotora vendedora, no pudiendo afectarle los incumplimientos





de esta para con las aseguradas». El juzgado, frente a las objeciones de BBVA y Banco Pastor, afirmaba que el objeto de las pólizas era garantizar las sumas anticipadas por los compradores a la promotora. En el caso de BBVA y de la Sociedad de Garantía Recíproca, se hacía expresa mención a la ley 57/1968 y a la promoción de Residencial Santa Ana. Y en el caso de Banco Pastor, sus actos propios demuestran que avaló a otros compradores de la misma promoción.

La sentencia de primera instancia desestimó las pretensiones de Estefanía porque se había adherido al convenio y su crédito quedó novado: aceptó una quita del 35% y una espera de tres años para el pago del restante 65%, que debía abonarse en el 4º y en el 5º año.

4. Recurrida en apelación por las tres entidades demandadas, la Audiencia estimó en parte sus recursos en el siguiente sentido. Confirmó la tesis seguida por el juzgado de que el hecho de que el promotor no hubiera entregado a los compradores un documento individualizado de aval no era impedimento para que tuvieran derecho a la garantía establecida en la Ley 57/1968, y en concreto a la cobertura otorgada por las tres entidades demandadas. Al tratarse de un seguro colectivo, el comprador adquiere su condición de asegurado por el hecho de contratar con la promotora, sin que pueda verse afectado por el incumplimiento de esta para con la asegurada. Sin embargo, la Audiencia redujo el importe reclamado por intereses, como consecuencia de la transacción a la que llegaron los compradores con la promotora concursada sobre la resolución del contrato y la determinación de las cantidades adeudadas, que incluía la devolución de las entregadas a cuenta más los intereses legales.

5. Frente a la sentencia de apelación, Banco Pastor formuló recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Y las otras dos demandadas (BBVA y Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana), interpusieron también sendos recursos de casación.

Analizaremos en primer lugar los recursos de BBVA y SGRCV, que suscitan la misma cuestión. Y luego entraremos a examinar los recursos de Banco Pastor.

Recursos de casación de BBVA y SGRCV

6. Formulación del motivo primero de SGRCV. Se funda en la infracción de los arts. 1,

2, 3 y 7 de la Ley 57/1968, de 27 de julio: sobre quién deben pesar las consecuencias jurídicas de que la promotora no hubiera entregado en su día aval individual a los compradores, por un lado; y si es necesario la entrega de aval individual emitido por una entidad de crédito para poder condenar a esta, por otro.

En el desarrollo del motivo se razona que «la sentencia recurrida ha obviado por completo que el Tribunal Supremo en sus recientes resoluciones ha confirmado que el único responsable de no entregar aval individual a los compradores es la promotora y sobre ésta deben recaer las consecuencias, no pudiéndose condenar a mi representada por no haber entregado dicho aval, y mucho menos a reintegrar unas cantidades que nunca avaló. De hecho, la Ley 57/1968, de 27 de diciembre, así lo declara. El texto legal prevé expresamente, en su artículo 2, que los contratos de compraventa hagan mención, no sólo de la aseguradora o entidad financiera con la que la promotora cumpliría su obligación de garantizar los anticipos a cuenta, sino también el aval individualizado por ella entregado».

La jurisprudencia que se menciona infringida sería la contenida en las Sentencias 731/2012, de 10 de diciembre, 221/2013, de 11 de abril, y la de 5 de febrero de 2013.

7. Formulación del motivo único de BBVA. El motivo se funda en la infracción de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Denuncia la vulneración de la jurisprudencia que establece que conforme a esta ley no se le impone al banco velar por la entrega del aval por la vendedora ni entregar directamente el aval al comprador, y cita las Sentencias de 5 de febrero de 2013 y 11 de abril de 2013.

8. Desestimación del motivo primero de SGRCV y del motivo único de BBVA. En casos como el presente, el promotor de viviendas destinadas a domicilio o residencia familiar, para poder cobrar de los compradores cantidades anticipadas, antes y durante la construcción, debía cumplir con los requisitos dispuestos en el art. 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Esta norma impone, como primera condición, al promotor «(g)arantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada

en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido».

El art. 2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, prevé que en los contratos de venta de viviendas en los que se haya pactado la entrega al promotor de cantidades anticipadas debería hacerse constar, entre otras referencias, la del «aval o contrato de seguro especificados en la condición primera del artículo anterior, con indicación de la denominación de la entidad avalista o aseguradora» [art. 2.b)].

El último párrafo del art. 2 de la Ley 57/1968 prevé que «en el momento del otorgamiento del contrato el cedente hará entrega al cesionario del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio».

El art. 3 de la Ley 57/1968 atribuye al contrato de seguro o aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda, carácter ejecutivo «para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley».

Constituye jurisprudencia de esta Sala que el art. 1 de la Ley 57/1968 permite al comprador dirigirse simultáneamente contra el promotor vendedor y su aseguradora o avalista para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas, cuando se cumpla el presupuesto legal de «que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido» [Sentencias 476/2013, de 3 de julio; 218/2014, de 7 de mayo y 218/2015, de 22 de abril]. Esta misma jurisprudencia permite también dirigirse únicamente contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento.

Esta Sala también ha declarado que el importe cubierto por el seguro debe comprender todas las cantidades entregadas a cuenta del precio, aunque la póliza de seguro establezca una cantidad máxima inferior, porque en otro caso se infringirían el art. 2 de la Ley 57/1968 y el art. 68 LCS [Sentencias 476/2013, de 3 de julio y 779/2014, de 13 de enero de 2015].

9. En el presente caso, consta que la promotora concertó con SGRCV una póliza colec-

tiva de afianzamiento, cuya suma máxima de cobertura se fue ampliando, y con BBV dos pólizas colectivas de afianzamiento por el mismo importe máximo de 1.000.000 euros. Junto con los contratos de compraventa de los demandantes, ahora recurridos, se adjuntó una copia de las correspondientes pólizas colectivas, pero no llegó a emitirse por SGRCV y BBVA una póliza individualizada a favor de los compradores.

La controversia suscitada es si en el presente supuesto, en que se han resuelto los contratos de compraventa por incumplimiento de la promotora, aunque mediante una transacción, los compradores tienen derecho a reclamar de SGRCV y BBVA la devolución de las cantidades entregadas a cuenta al promotor, sobre la base de las pólizas colectivas concertadas por el promotor con estas dos entidades, y sin que éstas hubieran llegado a extender a favor de los compradores un aval individualizado.

La Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1968, que regula el seguro de afianzamiento de cantidades adelantadas, en su art. 2 entiende que: «contratante es el promotor, vendedor o cedente de las viviendas, que es el deudor garantizado que contrata el seguro colectivo y ha de pagar las primas; asegurado es el cesionario o adquirente de una vivienda con pagos anticipados, de cuyo reintegro queda garantizado; y seguro colectivo es el que se refiere al conjunto constituido por los asegurados adquirentes de una determinada finca o de una unidad orgánica de viviendas».

El art. 5 de esta Orden Ministerial disponía que a medida que fueran quedando incorporados al contrato los asegurados, se extendieran las respectivas «pólizas individuales de seguro», que debían recoger como condiciones mínimas: i) las particulares relativas a la personalidad del asegurado o de los beneficiarios distintos de él, si los hubiere; ii) las fechas señaladas para el ingreso de las cantidades anticipadas; iii) la fecha convenida para la iniciación de la construcción y/o para la entrega de la vivienda.

Conviene advertir que la emisión de estos certificados individualizados correspondía a la entidad que cubría la eventualidad de la obligación del promotor de restituir las cantidades entregadas a cuenta, a requerimiento del propio promotor, y una vez se fueran concertando los concretos contratos de venta de vivienda.

10. En nuestro caso, en la póliza de SGRCV, expresamente se afirma en la primera estipulación que: «por el presente contrato se garantiza

el reembolso de las cantidades que por principal e intereses haya de satisfacer la SGR a los adquirentes/ocupantes de las viviendas, plazas de garaje, trasteros bajos comerciales, por cuenta del socio partícipe –la promotora– como consecuencia de los avales solidarios prestados por la misma en cumplimiento del presente contrato...» Serán beneficiarios del aval, los compradores/optantes de viviendas... de las distintas promociones/construcciones que el socio partícipe inicie en los sucesivos o se encuentren vigentes a la fecha de la firma de la presente póliza».

Y en la estipulación segunda, se pactó que «la SGR, hasta la cantidad máxima convenida, y a solicitud de su socio partícipe libraré los avales correspondientes en garantía de la devolución de las cantidades satisfechas por los compradores/optantes, en el supuesto en que no se inicie la construcción...».

La retribución prevista era un tanto por ciento de la cuantía máxima de cobertura, y otro tanto por ciento del saldo medio de las fianzas en vigor en cada trimestre (estipulación sexta).

La póliza del BBVA es una póliza denominada de cobertura para límite de garantías bancarias, también conocida como línea de avales, que, después de contener un clausulado de condiciones generales, en la última estipulación se afirma expresamente: «la finalidad de esta línea de avales es el afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta, percibidas de la promoción de Santa Ana del Monte en Jumilla».

11. Los recurrentes sostienen que las pólizas colectivas no implicaban ninguna asunción de garantías a favor de los posibles adquirentes de viviendas, y que la garantía de cada comprador no se produciría hasta que no se emitieran los avales individuales, pues hasta entonces no se habría concretado la identidad del adquirente beneficiario, el importe de la suma anticipada y la parte de la prima congruente con aquella. Y, por otra parte, la entidad aseguradora o bancaria no quedaba obligada a emitir el aval individualizado si no era a requerimiento de la promotora. En cierto modo, eso parece que fue lo que afirmamos en la anterior Sentencia 25/2013, de 5 de febrero, al razonar que: «la norma –Ley 57/1968– no le impone –al banco– la obligación de velar por la entrega de los avales por parte de la vendedora. De la póliza firmada entre el banco y la promotora tampoco se deduce que la entidad bancaria tuviese obligación de en-

tregar el aval directamente al comprador, pues siempre lo emitiría a petición del promotor».

Pero esta interpretación pone en evidencia cómo puede quedar insatisfecha la previsión de garantía contenida en los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 57/68, porque bajo la apariencia de la garantía concertada en la póliza colectiva, cuya copia se entregaba al comprador, este no tiene por qué conocer que todavía debe recibir el aval individualizado y queda a merced de la mayor o menor diligencia del promotor solicitar los concretos certificados o avales individuales.

En atención a la finalidad tuitiva de la norma, recientemente resaltada por la Sala, que exige el aseguramiento o afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta, y a que se ha convenido una garantía colectiva para cubrir las eventuales obligaciones de devolución de la promotora de las cantidades percibidas de forma adelantada de los compradores, cuya copia ha sido entregada junto con los contratos de compraventa, es posible entender individual, respecto de lo que no tiene responsabilidad el comprador. No debe pesar sobre el comprador que ha entregado cantidades a cuenta la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certificados o avales individuales.

Por ello podemos entender en estos casos que: i) al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía; ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al art. 3 Ley 57/1968; y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva.

12. Formulación del motivo segundo de SGRCV. El motivo se funda en la infracción de los arts. 1822, 1824, 1827, 1091, 1257 y 1258 CC, en cuanto que la fianza no se presume, debe ser expresa y no puede extenderse a más de



lo contenido en ella. La póliza de afianzamiento suscrita por SGRCV y la promotora no es título suficiente para sustentar la reclamación.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

13. Desestimación del motivo segundo de SGRCV. A la vista de lo resuelto en los fundamentos jurídicos 8-11, en los que damos respuesta al primer motivo del recurso de casación de SGRCV, resulta improcedente este segundo motivo. Una vez que hemos interpretado que la póliza colectiva, en estos casos en que se firma para garantizar las obligaciones de devolución de las cantidades anticipadas por los compradores en cumplimiento de lo prescrito en los arts. 1, 2 y 3 Ley 57/1968, cubría este riesgo aunque no se hubiera extendido el certificado individual a favor de cada comprador, no se cumple el presupuesto de este segundo motivo. Con ello hemos reconocido que la póliza de afianzamiento suscrita por SGRCV constituía título suficiente para justificar la reclamación de los compradores demandantes por un procedi-



miento declarativo ordinario. En cualquier caso, la sentencia no presume la fianza ni la extiende más allá de lo contenido en ella, sino que constata la existencia de la garantía.

Recurso extraordinario por infracción procesal de Banco Pastor

14. Formulación de los motivos primero y segundo. El motivo primero se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española, en concreto, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de haber incurrido la sentencia en un error notorio en la instancia no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el desarrollo del motivo concreta que el defecto de valoración de la prueba se refiere a que la póliza de contraaval de Banco Pastor constituía un aseguramiento o garantía de las cantidades entregadas por los compradores de

viviendas de la Promoción Santa Ana del Monte de Jumilla. Y añade que «de la mera lectura del documento nº 8 –la póliza– se desprende, con la claridad que manifiesta su literosuficiencia, que la citada póliza no es en absoluto una garantía, ni mucho menos un seguro, a favor de terceros, sino una garantía a favor del propio banco». También afirma que las cláusulas del contrato «expresan con claridad meridiana que el banco se reserva la libertad de dar o no dar los avales y que estos, previamente, habrán de serle solicitados, por lo que no existe tampoco compromiso de mi mandante de emitir avales para su promoción del tipo de los de la Ley 57/1968».

El motivo segundo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, «por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española, ya que, como consecuencia del error denunciado en el motivo anterior, la sentencia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de esta parte por error manifiesto en la determinación de las premisas de las que se parte en la argumentación determinante del fallo».

En el desarrollo del motivo razona que «la consideración de que la referida póliza de contraaval como garantía a favor de los terceros compradores de viviendas de la promoción Santa Ana del Monte es presupuesto de la prosperabilidad de la acción, y en consecuencia, constituye premisa de la que se parte en la argumentación determinante del fallo, conformando parte del silogismo jurídico que conduce al mismo».

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

15. Desestimación de los motivos primero y segundo. Procede desestimar el motivo primero porque pretende impugnar la interpretación que el tribunal de instancia ha hecho del contrato de contraaval firmado por la promotora y Banco Pastor, en relación con el alcance de la garantía otorgada, por un cauce equivocado. En este sentido, ya hemos advertido en otras ocasiones, como por ejemplo en la sentencia 533/2014, de 14 de octubre, en que por este mismo cauce del recurso extraordinario por infracción procesal se pretendía impugnar la valoración que el tribunal de instancia hacía de un contrato, por considerarla arbitraria o porque incurría en un error notorio, que: «no debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitra-

riedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencias 432/2009, de 17 de junio; 196/2010, de 13 de abril; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo; 326/2012, de 30 de mayo), con la revisión de la valoración jurídica mediante la cual el tribunal califica la obligación asumida por los demandados». Lo que en su caso, de forma también restrictiva, debería ser objeto de recurso de casación.

El motivo segundo debe desestimarse porque la que se denuncia premisa equivocada de la que parte la sentencia recurrida es precisamente aquella interpretación del contrato de contraaval en el sentido de que otorga una garantía a favor de los terceros compradores de viviendas de la promoción Santa Ana del Monte. Se trata de una valoración jurídica extraída de la interpretación del contrato, que tampoco puede ser revisada en esta sede del recurso extraordinario por infracción procesal con el pretexto de que constituye la premisa mayor de la que parte la argumentación de la sentencia recurrida.

Recurso de casación de Banco Pastor

16. Formulación de los motivos primero y segundo. El motivo primero denuncia la infracción del art. 1281.1 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, como consecuencia de que la sentencia recurrida concluye, contra la dicción literal de la póliza de contraaval, que la naturaleza y significación jurídica de la misma es un aseguramiento o garantía de las cantidades entregadas por los compradores de viviendas de la promoción Santa Ana del Monte, y no lo que claramente se desprende de su dicción literal, esto es, que constituye una garantía a favor del banco.

El motivo segundo denuncia la infracción de la doctrina sobre los actos propios contenida en el art. 7 CC, al considerar la sentencia como acto propio vinculante frente a los demandantes, «la prestación de aval a diferentes compradores de la misma promoción», sin que se dieran las circunstancias y requisitos exigidos por dicha doctrina para ello.

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

17. Desestimación de los motivos primero y segundo. Analizamos conjuntamente ambos motivos porque cuestionan la interpretación del contrato realizada por la sentencia de instancia.



La denominada póliza contraaval es una línea de avales que, si bien no contiene una mención expresa a que se hubiera otorgado para garantizar la devolución de las cantidades entregadas de forma adelantada por los compradores de la promoción Residencial Santa Ana del Monte, conforme a lo regulado en la Ley 57/1968, sin embargo consta que con cargo a dicha póliza Banco Pastor emitió avales individuales a favor de otros compradores de viviendas de esta promoción.

En realidad, la sentencia no ha infringido la doctrina de los actos propios, porque no ha acudido a ella para declarar la vinculación del banco respecto de ellos, sino que la mención al otorgamiento de avales individuales a favor de otros compradores se hace para ilustrar la existencia del afianzamiento y que fue otorgado para garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores de esta promoción inmobiliaria (Residencial Santa Ana del Monte).



18. En relación con la interpretación del contrato, como hemos hecho en otras ocasiones, debemos partir de dos consideraciones previas. La primera se refiere al alcance de la revisión en casación de la interpretación realizada en la instancia: la interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, y la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regula la interpretación de los contratos o se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario (Sentencias 524/2013, de 23 de julio, y 252/2014, de 14 de mayo).

La segunda versa sobre el sentido de las reglas legales de interpretación de los contratos, de conformidad con la finalidad de la interpretación, tal y como se viene entendiendo por la jurisprudencia (Sentencias 294/2012, de 18 de mayo, y 27/2015, de 29 de enero).

El principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. Esta búsqueda de la intención común de las partes se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática (art. 1285 CC) constituya un presupuesto lógico-jurídico de esta labor de interpretación.

No obstante, el sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito negocial proyectado en el contrato.

Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no sólo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla de interpretación contenida en el párrafo primero del art. 1281 CC ("si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas").

Pero, en otro caso, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance (arts. 1282-1289 CC), para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.

A tenor de su contenido, el contrato de contra-aval cumplía la función de servir de línea de avales, para garantizar la eventual obligación de quien se denomina 'garantizado', que es la promotora Herrada del Tollo, S.L., de devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores. Y así, en la cláusula 1.1. se afirma que el banco ha convenido con el garantizado (la promotora) la prestación a favor de esta de toda clase de cauciones, avales, garantías y fianzas (en adelante avales), para asegurar el buen fin de obligaciones o compromisos contraídos o que contraiga frente a terceros, hasta

el límite indicado en la propia póliza (3.000.000 euros). Los actos posteriores, el otorgamiento de avales individuales con cargo a esta póliza a favor de compradores de la promoción Residencial Santa Ana del Monte, corroboran que esta fue la voluntad de las partes al concertar la póliza, garantizar la obligación de la promotora de devolver las cantidades entregadas a cuenta por los compradores.

Al interpretarlo así, el tribunal de instancia no ha vulnerado las reglas legales de interpretación de los contratos, sino que las ha aplicado adecuadamente, conforme a la reseñada jurisprudencia.

19. Formulación del motivo tercero. El motivo se funda en la infracción del art. 1 Ley 57/1968 y la jurisprudencia que lo interpreta, al acordar la sentencia recurrida la condena del banco a la devolución de las cantidades anticipadas, como consecuencia de la no entrega u omisión del aval que preceptúa la Ley 57/1968, cuando la responsable en este supuesto es exclusivamente la vendedora, tal y como recoge tal doctrina.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

20. Desestimación del motivo tercero. Las razones de la desestimación son las mismas que vertimos en los fundamentos jurídicos 8-11. Del mismo modo que en el caso de la póliza de seguro colectivo de SGRCV y de la póliza de cobertura para límite de garantías bancarias del BBVA, también la póliza de contraaval de Banco Pastor, merced a la interpretación realizada de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 57/1968, cubría la eventualidad garantizada, sin que la ausencia de los correspondientes avales individuales impida que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza de contraaval.

Costas

21. Aunque han sido desestimados los tres recursos de casación, en atención a las serias dudas planteadas sobre el alcance de la cobertura de las pólizas colectivas, cuando no se hayan emitido los certificados o avales individuales, no imponemos las costas generadas por estos recursos.

Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal de Banco Pastor, impone-

mos a la recurrente las costas generadas por su recurso (art. 398.2 LEC).

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

FALLAMOS

1º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Banco Pastor, S.A. (hoy Banco Popular Español, S.A.) contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 5ª) de 8 de octubre de 2013, que resolvió la apelación de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alicante de 9 de julio de 2012 (juicio ordinario núm. 474/2012), con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

2º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Banco Pastor, S.A. (hoy Banco Popular Español, S.A.) contra la reseñada Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 5ª) de 8 de octubre de 2013 (rollo núm. 752/2012), sin hacer expresa condena de las costas del recurso.

3º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la reseñada Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 5ª) de 8 de octubre de 2013 (rollo núm. 752/2012), sin hacer expresa condena de las costas del recurso.

4º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana contra la reseñada Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 5ª) de 8 de octubre de 2013 (rollo núm. 752/2012), sin hacer expresa condena de las costas del recurso.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sancho Gargallo, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.

Hace un tiempo, y como antes habían hecho otros autores (v. gr. CARRASCO PERERA), advertimos que el 'sistema de doble póliza' (póliza colectiva y póliza individual) con que se articula el seguro de 'afianzamiento' (caución) de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas en la Ley 57/1968, se estaba demostrando nefasto para los compradores de viviendas sobre plano con entregas a cuenta, porque ha propiciado que muchos promotores hayan aparentado disponer de las garantías exigidas legalmente con tan sólo mostrar la póliza colectiva, pero sin luego solicitar la emisión de los correspondientes certificados o pólizas individuales, con lo que el inicio de la cobertura para cada asegurado se ha supeditado a esa actuación del promotor tomador (v. nuestro trabajo «Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compra de viviendas», Responsabilidad civil y Seguro, nº 37, 2011, pp. 9 y ss.).

Consciente de este problema, el legislador, por medio de la nueva Ley de Ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (Ley 20/2015, de 14 julio), con efectos 1 de enero de 2016 deroga la Ley 57/1968 y modifica la d.a.1ª de la Ley de Ordenación de la Edificación, exigiendo para que un contrato de seguro de caución pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que se suscriba una póliza de seguro individual por cada adquirente, en la que como suma asegurada se incluya la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa. Como se declara en el Preámbulo de la Ley 20/2015, con ello "se dota de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor, eliminándose, entre otros aspectos, el régimen actual basado en un sistema dual de pólizas (pólizas colectivas y certificados individuales de seguros de caución)". Sin embargo, si se nos permite la ironía, a la vista de la interpretación que hace el Tribunal Supremo en la sentencia comentada, consistente en que el asegurador debe responder aunque no se haya emitido el certificado o póliza individual, se podría concluir que esa modificación legislativa no era necesaria.

Estamos ante situaciones en las que el promotor, para ahorrarse la sobreprima que deriva de la emisión de las pólizas o certificados individuales, no llega a solicitar su emisión, algo que se pone de relieve cuando fracasa la promoción, resultando un escenario en el que, por un lado, el promotor es insolvente y, por otro, el asegurador se niega a hacer frente a la reclamación del comprador por considerar que al no existir póliza individual no existe cobertura para ese comprador en particular. Por tanto, hay que decidir quién soporta los perjuicios, partiendo de que el verdadero responsable (el promotor) es insolvente: si el comprador o el asegurador o avalista, que no ha llegado a percibir la prima para cubrir la entrega de esas cantidades anticipadas en particular, sino sólo la 'prima provisional' correspondiente al seguro colectivo.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo opta por 'salvar' al comprador, haciendo recaer en el avalista o asegurador las consecuencias del incorrecto proceder del promotor,



Estamos ante situaciones en las que el promotor, para ahorrarse la sobreprima que deriva de la emisión de las pólizas o certificados individuales, no llega a solicitar su emisión, algo que se pone de relieve cuando fracasa la promoción, resultando un escenario en el que por un lado el promotor es insolvente, y por otro el asegurador se niega a hacer frente a la reclamación del comprador por considerar que al no existir póliza individual no existe cobertura para ese comprador en particular



COMENTARIO

pero sin basarse en el incorrecto proceder del avalista o asegurador. Puede haber casos en los que cabe plantearse una culpa *in vigilando* o *in omittendo* por parte de éstos, pero la solución por la que ha optado el Tribunal Supremo no se funda en ello, sino en que las consecuencias no las debe soportar el comprador, convirtiendo sin más la póliza colectiva en póliza individual, aunque reserva el carácter ejecutivo a la póliza o certificado individual. Señala que: *“En atención a la finalidad tuitiva de la norma, recientemente resaltada por la Sala, que exige el aseguramiento o afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta, y a que se ha convenido una garantía colectiva para cubrir las eventuales obligaciones de devolución de la promotora de las cantidades percibidas de forma adelantada de los compradores, cuya copia ha sido entregada junto con los contratos de compraventa, es posible entender individual, respecto de lo que no tiene responsabilidad el comprador. No debe pesar sobre el comprador que ha entregado cantidades a cuenta la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certificados o avales individuales”,* concluyendo que: *“Por ello podemos entender en estos casos que: i) al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía; ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al art. 3 Ley 57/1968; y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva”.*

A nuestro juicio, se obvia que tal y como están configurados legalmente (en la Ley 57/1968 y en la Orden de desarrollo de 29 de noviembre de 1968), estos seguros colectivos son contratos o pólizas de abono, esto es, seguros de grupo en los que la póliza (colectiva) es flotante (o global), y en los que por tanto la declaración de abono del tomador-cedente (el promotor) es presupuesto para que el interés asegurado quede individualizado y se refleje su exposición al riesgo, de forma que su omisión impide que se ponga en funcionamiento la secuencia que debe culminar con la entrega a los adquirentes –y ya asegurados– del correspondiente certificado o póliza individual. Sólo una vez que se individualiza el interés asegurado mediante la correspondiente declaración de abono, es posible cuantificar la prima que corresponde satisfacer por la cobertura del interés asegurado en cada caso. Por tanto, en la generalidad de los supuestos, sin la previa declaración de abono no habrá existido cobertura, no tanto porque no se haya emitido la póliza o certificado individual (no es una cuestión meramente formal), sino porque no se habrá producido el presupuesto para que se emita este documento de garantía individual: no se habrá llegado a individualizar el interés asegurado ni se habrá advertido al asegurador de su exposición al riesgo.

Por otro lado, interesa destacar que el Tribunal Supremo matiza que *“la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al art. 3 Ley 57/1968”*, de modo que si no existe, la vía procedente será la declarativa. Al respecto, señala que *“la póliza de afianzamiento suscrita por SGRCV constituía título suficiente para justificar la reclamación de los compradores demandantes por un procedimiento declarativo ordinario”*, de modo que la póliza colectiva no puede servir como título ejecutivo, que sólo lo constituirá la póliza o certificado individual (cf. art. 3 Ley 57/1968, y su art. 2, que viene a exigir la certificación individual para acreditar la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio).



perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes

No en vano la paciencia es una asignatura que no se imparte en las facultades, previendo que las lecciones futuras van a ser perpetuas. En el devenir diario del ejercicio de nuestra profesión no es insólito que hayamos de aguardar algo más que unos minutos a la efectiva celebración de una vista oral; y todos hemos vivido 'un mal día' en el que el titular de un juzgado decide que la hora señalada es inexorable. Un compañero sevillano y su cliente fueron objeto de dicha 'atención' en un Juzgado de Violencia sobre la Mujer, Juicio de Faltas del que se vieron excluidos, y del recurso y petición de nulidad conoció la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sentencia nº 310/15, de 10 de junio, resolviendo, con el tino y firmeza que le caracterizan, el Ilustrísimo Señor De Paul Velasco; el cual sin dejar de 'estimar' el esfuerzo del Letrado apelante -“... *la agresiva retórica característica del Letrado que los suscribe, pero que no por bombásticas y tonantes merecen mejor acogida*” ... “*vano intento de tirar la piedra y esconder la mano*...” ... “*Este galimatías, aparte de demostrar muy escaso conocimiento de la psicología judicial (pues no pocas veces el peligro para la objetividad del juzgador no procede del prejuicio, sino del empeño en demostrar su ausencia)*...” ... “*... descripción... conspiranóica*...”- estima la vulneración:

“.- Ahora bien: si se despoja el motivo de esos elementos deliroides con que los adoba el letrado recurrente, no puede sino reconocerse la razón que asiste a la parte apelante cuando señala que las circunstancias en que se desarrolló el juicio de faltas en su ausencia han determinado que se viera

privada injustificadamente de su derecho a la tutela judicial efectiva, y más en concreto de su derecho a excitar el ejercicio del *ius puniendi* estatal mediante el ejercicio de la acción penal”.

“Pues bien: de este tan turbulento como raudo desarrollo

del acto lo que importa a los fines que aquí interesan es que se dio por incomparecida definitivamente a la denunciante, y con ello por decaída irremisiblemente en la acción penal que pretendía ejercitar, cuando no habían pasado ni tres minutos de la hora señalada para el comienzo del juicio; y que, aun cuando todo indicaba que dicha denunciante había llegado a la sala de vistas solo medio minuto después (cuatro minutos y doce segundos de retraso en total), no se volvió de tal acuerdo y se siguió adelante contra viento y marea con el dictado de una sentencia absolutoria basada precisamente en esa incomparecencia de quien ya había hecho acto de presencia, antes incluso de que se pronunciara el fallo.

Este órgano de apelación lamenta decir que el proceder judicial que se acaba de describir dista mucho de parecerle razonable. Es obvio que las partes, como manifestación de la buena fe procesal y del respeto debido a la autoridad judicial y a los restantes actores del proceso, tienen el deber de asistir con puntualidad a las vistas señaladas, pero ese deber no puede llevarse a extremos de rigidez que serían impensables, no ya en la vida cotidiana, sino en actos públicos no menos solemnes, si no más, que un juicio de faltas; y ello con más razón por cuanto los propios órganos judiciales, por razones estructurales, por circunstancias imponderables o, a veces, por motivos puramente personales, no son precisamente un ejemplo de exactitud en la hora de comienzo de las vistas, hasta el punto de que el Estatuto General de la Abogacía, en su artículo 40, prevé ya con carácter general esos retrasos y encomienda a los profesionales esperar "un tiempo prudencial sobre la



hora señalada por los órganos judiciales para las actuaciones en que vayan a intervenir" antes de formular su queja por la demora.

No se entendería en virtud de qué ley del embudo ese 'plazo prudencial' del que habla el Estatuto de la Abogacía hubiese de ser exigible en una sola dirección. Claro está que las razones estructurales antes apuntadas, el carácter predominantemente público o privado de los intereses en presencia en cada caso y hasta la supraordenación del órgano judicial son otros tantos factores que hacen que ese plazo de cortesía frente al retraso no pueda tener la misma duración cuando la demora es del propio órgano que cuando es de una parte o de su representación o defensa, habiendo de ser sensiblemente mayor en el

primer caso que en el segundo. Pero el caso que nos ocupa no ofrece ningún problema de ponderación desde esa perspectiva. Cuando un juicio comienza en ausencia de una parte solo uno o dos minutos después de la hora señalada (según atendamos al acta o a la grabación) y se da por concluido menos de dos minutos después no puede decirse que estemos ante un problema de límites. Una incidencia banal del tráfico rodado o del transporte público, una mínima dificultad inesperada para estacionar el vehículo en los alrededores de la sede judicial, una congestión transitoria en los ascensores del edificio judicial o una mera equivocación o rodeo al localizar la sala de vistas bastarían para ocasionar una demora en la llegada de los interesados mayor de la que en este caso, con puntua-

lidad neurótica más que británica, se consideró suficiente para tener por incomparecida a la denunciante. No parece que los pilares de la justicia se hubieran resquebrajado por aguardar solo cinco minutos antes de llegar a esa conclusión; y de haberse actuado así, como aconsejaban la prudencia, el sentido común y la cortesía institucional (aunque el letrado recurrente no pareciera entender este concepto), el juicio hubiera podido celebrarse con las dos partes y sus respectivos abogados presentes.

Incluso aunque no se aceptara la necesidad de haber aguardado unos minutos más antes de comenzar el juicio en ausencia de la denunciante, o se considerase que la decisión contraria carece de trascendencia anulatoria al ser estrictamente legal, la circunstancia de que la Sra. Sabina

-estamos seguros de que era ella la señora que acompañaba al letrado recurrente, aunque este, llevado por su inflamada retórica, se olvide de aseverarlo así en el recurso-, la circunstancia, decimos, de que la denunciante se presentara en la sala de vistas cuando todavía estaban en ella las restantes partes y ni siquiera se había acabado de dictar la sentencia oral hubiera debido llevar a la magistrada *a quo* a dejar sin efecto lo actuado y retrotraer el juicio a su momento inicial, al evidenciarse de que su celebración en ausencia de la denunciante se había basado en el presupuesto erróneo de que la incomparecencia de la denunciante era voluntaria y definitiva. Que ello debió ser así se evidencia tan pronto como se repara en que esa celebración en ausencia se había traducido en la imperatividad de dictar una sentencia absolutoria por

virtud del principio acusatorio, al no haber comparecido la denunciante a sostener su pretensión de condena contra el denunciado. Que un retraso de tres minutos tenga como consecuencia la privación del ejercicio de la acción penal es algo de tal desproporción que por sí solo demuestra el grave error cometido.

OCTAVO.- Así las cosas, en definitiva, la decisión de celebrar el juicio de faltas en ausencia de la denunciante apelante se basó en el presupuesto de la voluntariedad de su inasistencia; y en cuanto tal presupuesto se demostró, ya en el propio acto del juicio, infundado, dicha decisión y su falta de rectificación en el mismo acto infringieron el principio de audiencia y produjeron la privación de la tutela judicial efectiva que ahora alega la parte interesada”.

Tras un suceso propio 'de laboratorio'; un Sr. demanda a una sociedad encargada del mantenimiento semafórico, y a su operario a los que reclamó el pago de 6.679,28 euros, en ejercicio de la acción de responsabilidad por culpa o negligencia, porque circulando con su vehículo por la Avenida de España, de Sevilla, se detuvo ante un semáforo en rojo y continuó su marcha una vez se puso en verde, siendo alcanzado por otro vehículo estando también el semáforo en verde para él. En ese momento el Sr. S (el operario) estaba manipulando el grupo semafórico -Sentencia nº 523/15, de 22 de septiembre, de la Sala de lo Civil del TS-

“La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC (SSTS 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006, 5 de abril de 2010) y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecúa a los principios que informan su regulación positiva. La aplicación de la doctrina del riesgo, cuya entidad

está en consonancia con la importancia de los daños que pueden ocasionarse, se traduce en una acentuación de la diligencia exigible para adoptar las medidas que eviten los accidentes con consecuencias dañosas para las personas o las cosas, en una posición procesal más gravosa en el ámbito probatorio y una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilístico, que facilitan las reclamaciones de los perjudicados debilitando la respuesta exculpatoria de la entidad titular del servicio (STS 28 de julio 2008).

En el caso examinado, la existencia de una responsabilidad nacida del riesgo creado no puede ser acogida fundándose en la evolución de la jurisprudencia de esta Sala dirigida a objetivar la responsabilidad corrigiendo “el excesivo subjetivismo con que venía aplicándose el artículo 1902 CC”. La responsabilidad de tipo subjetivo es el sistema común de responsabilidad. Se requiere la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, o lo que se ha venido llamando un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro or-

denamiento, a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen legalmente previstas en la ley (SSTS de 3 abril 2006, 23 de mayo 2008), tras considerar probado el cumplimiento de los requisitos exigidos por

el mismo de daño, culpa y relación de causalidad. Sí puede ser estimada esta responsabilidad como infracción de la doctrina de esta Sala a partir del riesgo creado mediante la manipulación de unas señales semafóricas sin adoptar las precauciones necesarias a di-

cha actividad pues riesgo hay en el movimiento de coches y personas sin el adecuado control de las mismas, como hay el consiguiente reproche culpabilístico cuando dos semáforos incompatibles se ponen al mismo tiempo en verde, tras la intervención del operario”.

Carente de 'paja' ni 'farfolla', el auto dictado el 2 de febrero de 2015 por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en ponencia del Ilustrísimo Señor Del Moral García, a propósito de la querrela por presunta prevaricación contra dos magistrados de la Audiencia Nacional por el dictado de sentencia absolutoria respecto de los incidentes acaecidos durante la concentración convocada ante el Parlamento de Cataluña el día 14 de junio de 2011, que fueron objeto de amplia difusión:

“El legítimo debate procesal, máxime en una materia tan propensa a valoraciones diferentes como es la probatoria, no puede degenerar en una precipitada y alegre reconducción al terreno de la prevaricación (y/o acusación falsa). El ordenamiento brinda a las partes para encauzar esas diferencias un sistema de recursos del que por cierto no ha hecho adecuado uso la entidad ahora querellante: al anuncio del pertinente recurso de casación no ha seguido su formalización en plazo por lo que ha sido declarado desierto. Reaccionar frente a una sentencia de la que se puede discrepar legítimamente con una querrela por prevaricación sin base sólida aparece *prima facie* como un abuso de la facultad que la norma constitucional (arts. 125 CE) pone en manos de todo ciudadano.

Más allá de las discrepancias sobre valoración de la prueba que proliferan en la *praxis* de los Tribunales, no es admisible que la parte procesal descontenta con la sentencia, responda no con la interposición de un recurso sino con la presen-

tación de una querrela huérfana de fundamento. Eso es tanto como si el Tribunal hubiese deducido testimonio por acusación y denuncia falsa contra las partes acusadoras a la vista de esas absoluciones que nadie en el Tribunal discute.

Si se generalizase esa forma de reaccionar quedaría dinamitado el clima de serenidad y sosiego que debe rodear a un Tribunal al decidir. Si a la hora de dictar una sentencia y de manifestar sus criterios en la deliberación un Magistrado siente sobre sí la espada de Damocles de una querrela, estaremos sentando las bases de unos jueces subliminalmente condicionados, muy distintos a los que quiere la Constitución y exige nuestra Sociedad. La amenaza de una querrela no es escenario propicio para ese enjuiciamiento en libertad y con sujeción exclusiva a la ley que exige la función jurisdiccional, pieza esencial de un Estado de Derecho. Es evidente que los jueces son responsables. Cuando actúan deliberadamente en contra de las leyes y la justicia se les ha de exigir responsabilidad. Pero

es una temeridad con efectos perversos generar y alimentar la sospecha de que se está prevaricando cada vez que se produce una resolución discrepante con las tesis de una parte, y además razonada en derecho y acudiendo a criterios fundados aunque puedan no compartirse (como sucedió aquí en relación a un miembro del Tribunal). Sostener que dos magistrados se han confabulado con ese propósito prevaricador sin una base fundada sobrepasa lo aceptable.

Estando pendiente un recurso de casación que sí ha sido formalizado por otras partes, una querrela paralela en la que habría de decidirse sobre la arbitrariedad y desviación consciente del derecho de esa resolución se revela como singularmente perturbadora. Aún habiendo desaparecido de la Ley Procesal la previsión que exigía que la querrela por prevaricación no se pudiese formalizar hasta que se hubiesen resuelto los posibles recursos (antiguo art. 758 LECrim), resulta de elemental prudencia, salvo casos flagrantes de injusticia, esperar a ese momento.

En el supuesto ahora examinado no se atisban esos indicios de injusticia palmaria, grosera y evidente que quiere encontrar la entidad querellante, extrayéndolos de unas normales divergencias valorativas legítimas que han de ventilarse a través de las herramientas que pone en manos de las partes el ordenamiento”.

Hay que insistir sobre la doctrina del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, acerca de la solidaridad impropia y las nuevas advertencias que suponen las sentencias nº 510 y 513/2015, de 17 de septiembre –en ponencia del Excmo. Sr. Seijas Quintana–:

“Se reitera como doctrina la siguiente: “en los daños comprendidos en la LOE (RCL 1999,2799), cuando no se pueda individualizar la causa de los mismos, o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas, sin que se pueda precisar el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la exigencia de la responsabilidad solidaria que se derive, aunque de naturaleza legal, no puede identificarse, plenamente, con el vínculo obligacional solidario que regula el Código Civil (LEG 1889,27), en los términos del artículo 1137, por tratarse de una responsabilidad que viene determinada por la sentencia judicial que la declara. De forma, que la reclamación al promotor, por ella sola, no interrumpe el plazo de prescripción respecto de los demás intervinientes”.



Es sin duda significativo que ante materia tan relevante como la protección de menores, y la disparidad de criterio entre la administración –Delegación Provincial de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía en Granada (que suspendió el régimen de visitas a los padres biológicos)– y la jurisdicción –Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada, sentencia de 31 de enero de 2014 (que dejó sin efecto la suspensión)– haya de establecer doctrina la Sección 1ª del Tribunal Supremo, en sentencia nº 321/2015, de 18 de junio:

“3. Se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: “La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a

fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada”.



Es frecuente que, como estrategia procesal lícita, opte la dirección letrada de una u otra partes, en proceso administrativo, o laboral, por ocultar sus principales argumentos en el expediente administrativo previo, reservándolos para el debate judicial propio. Ello tiene el riesgo no despreciable contemplado en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 2015:



“No puede el juez apreciar la concurrencia de hechos o excluyentes sin que hayan sido objeto de alegación de parte. Entendiendo la doctrina que hechos excluyentes son los “que no atacan el nacimiento y existencia de la situación o relación jurídicas que son objeto del proceso, ni tampoco su subsistencia, pero que producen el efecto de hacer inexigibles las obligaciones que para el favorecido con el hecho se derivaban de las aludidas situación o relación jurídica” (TS 2 marzo 2005). Y hecho excluyente por antonomasia es la prescripción.

Así lo ha entendido esta Sala en la última de las sentencias dictadas de 2 de marzo de 2005 (Recurso 448/2004) que fue precisamente la que sirvió de base a los razonamientos de la sentencia recurrida. Afirmábamos en ella que “la excepción material de prescripción, por tratarse de un hecho excluyente, necesita de expresa alegación para que pueda ser judicialmente apreciado, no bastando con que simplemente su realidad pueda deducirse de la prueba. Esto trae como consecuencia que su falta de alegación al resolver en vía administrativa

la petición impide también su alegación en el seno del proceso, so pena de quebrantar la congruencia, pues la introducción de esta excepción por primera vez en el acto del juicio es sorpresiva para el actor y le causa indefensión, porque no le ha permitido preparar debidamente su defensa, si es que pensara que podría rebatir la alegación que en tal sentido se le hubiera hecho al resolver administrativamente su petición, o, en otro caso (esto es, si opinara que realmente su crédito hubiera prescrito), la falta de alegación temporánea de la repetida excepción material le ha inducido a interponer una demanda que de otro modo quizá no hubiera ejercitado, o la habría planteado en otros términos”.

Doctrina de aplicación al supuesto ahora enjuiciado, pues el contenido de la LRJS en lo que aquí y ahora interesa no ha sufrido variación respecto a la LPL. Y siendo que la sentencia recurrida en este extremo resuelve conforme a la doctrina de esta Sala IV/TS, no cabe apreciar las infracciones denunciadas, pues la excepción de prescripción fue alegada por la Entidad Gestora por primera vez en el acto de juicio, de modo que, tratándose de un hecho excluyente, necesitaba de expresa alegación para que pudiera ser judicialmente apreciada, no bastando con que simplemente su realidad pueda deducirse del expediente administrativo como pretende el recurrente. Esto trae como consecuencia que su falta de alegación al resolver en vía administrativa la petición, impide también su alegación en el seno del proceso. La alegación sorpresiva para el actor, es sin lugar a dudas causa de indefensión, pues no ha podido preparar su defensa sobre este concreto extremo”.

La sentencia nº 532/25015, de 23 de septiembre de la Sala 2ª del Tribunal Supremo establece las condiciones en que el acceso de un médico a las historias clínicas de tres compañeras, puede ser constitutivo del delito de descubrimiento y revelación de secretos por funcionario público, y penarlo con más de dos años de privación de libertad:

“En definitiva, el mero acceso no integraría delito, salvo que se acreditara perjuicio para el titular de los datos o que este fuera ínsito, por la naturaleza de los descubiertos, como es el caso de los datos sensibles”.

“Consecuentemente el motivo debe ser desestimado, pues toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley, formando parte de su derecho a la intimidad (art. 7.1 Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). La historia clínica definida en el art. 3 de esta ley como el conjunto de documentos que contienen



los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial, estaría comprendida en ese derecho a la intimidad y además forma parte de los datos sensibles, el núcleo duro de la privacidad, cuyo mero acceso,

como hemos descrito, determina el perjuicio de tercero; el del titular de la historia, cuyos datos más íntimos, sobre los que el ordenamiento le otorga un mayor derecho a controlar y mantener reservados, se desvelan ante quien no tiene autorizado el acceso a los mismos”.

Con nuestro infinito respeto y solidaridad con las víctimas, lo sean de un acto terrorista, o de un accidente de tráfico, lo cierto es que cuando –como es frecuente en ‘su’ valoración del daño– por la Audiencia Nacional, se fija una cifra en pago a ambos perjudicados por el fallecimiento de su padre, que se revela cuantitativamente muy distante de la contemplada por el conocido ‘Baremo’ para los hechos derivados de la circulación vial, surge sin duda de si lo que se menciona como usos del foro, alude solo a la propia Audiencia, y por qué, en tal caso, no se equipara esta al resarcimiento del resto de víctimas de origen causal diverso, o viceversa. Lo vemos en la sentencia nº 21/2015, de 15 de septiembre de la Audiencia Nacional:

“A tenor del art. 19 CP 1973, toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente; por

todo ello, el acusado indemnizará a los legales herederos de D. Julián: D. Ovidio y Dª Felicísima en la cantidad de 500.000

euros (art. 17. 2.a) y 20.3, Ley 29/2011, de 22 de septiembre) en reparación del daño causado e indemnización de perjuicios sufridos a raíz de la muerte de su padre (art. 101. 2º y 3º CP 1973), una vez oído el testimonio de Dª Felicísima ante el Tribunal relatando los padecimientos sufridos por tal motivo, cantidad estimada adecuada a aquellos, atendidos los usos del foro y recientes sentencias de la Sala (Sección 3ª 18/09/2014 y 24/09/2014).

Asimismo, a tenor de lo establecido en los arts. 20.1 y 4 y 21.1. de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral

a las Víctimas del Terrorismo, el Estado asumirá con carácter extraordinario el abono de las indemnizaciones correspondientes, impuestas en sentencia firme en concepto de responsabilidad civil, por la comisión de alguno de los delitos comprendidos en el ámbito de

aplicación de esta Ley, no pudiendo exceder la cantidad total a abonar por el Estado por dicho concepto de 500.000 euros en caso de fallecimiento, subrogándose el Estado en las acciones que los perceptores de las indemnizaciones y prestaciones recibidas puedan

ejercer contra los responsables de los actos de terrorismo hasta el límite de la indemnización satisfecha por aquél, debiendo, con carácter previo a la percepción de las prestaciones transmitir los perceptores al Estado las acciones civiles correspondientes”.

El nunca suficientemente bien ponderado escrito interesando aclaración o subsanación que, como remedio procesal útil provee el art. 267 de la LOPJ o 214 de la LEC, puede tener la insospechada relevancia de suplir el rotundo trámite previsto en el art. 293.1.f LOPJ del incidente de nulidad, en un interesante supuesto de error judicial, y pérdida de oportunidad, sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2015:

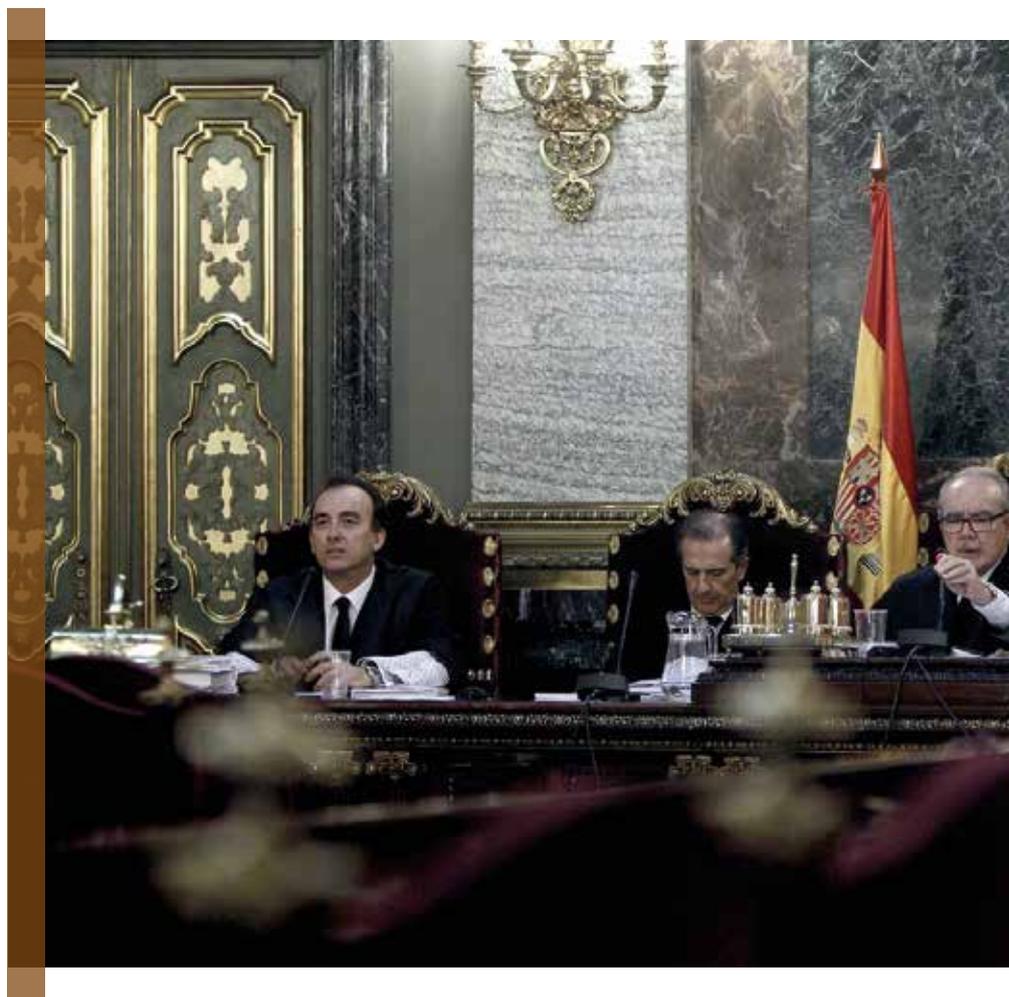
“SEGUNDO.- Con carácter previo a conocer, en su caso, del fondo del asunto, ha de examinarse si la demandante ha agotado, o no, los recursos previstos en el ordenamiento jurídico de manera previa a acudir al presente procedimiento para el reconocimiento de error judicial.

Es cierto que, de acuerdo con el artículo 293 LOPJ, la acción judicial para el reconocimiento del error debe instarse en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse, y, que dicho plazo, dado el carácter sustantivo y autónomo de la demanda de error judicial frente a la resolución judicial con respecto a la cual se solicita su declaración -al igual que ocurre con las demandas de revisión de sentencias firmes- no es un plazo procesal, sino un plazo sustantivo de caducidad del derecho que se rige por las normas establecidas en el artículo 5.2 del Código Civil (SSTS de 22 de diciembre de 1989, 20 de octubre de 1990 y 14 de octubre de 2003 -REJ 18/2002-, todas ellas de la Sala Primera del Tribunal Supremo).

Es cierto que esta Sala venía estableciendo que el plazo

para la interposición de la demanda para el reconocimiento de error judicial no se interrumpía por la formalización y desarrollo de un Incidente de nulidad de actuaciones ni tampoco por la interposición de un

Recurso de amparo, sin embargo, a partir de la STS de 23 de septiembre de 2013 de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (REJ 9/2013), esta Sala de lo Contencioso-Administrativo



del Tribunal Supremo, asumiendo plenamente los razonamientos contenidos en la citada sentencia, ha considerado que el Incidente de nulidad de actuaciones se incardina dentro del ámbito del artículo 293.1.f) de la LOPJ, lo que exige que, previamente a la interposición de la demanda para el reconocimiento por error judicial, se promueva Incidente de nulidad de actuaciones frente a la resolución judicial a la que imputa el error, comenzando el cómputo del plazo para interponer aquélla a partir de la resolución denegatoria del Incidente de nulidad de actuaciones.

Por todas, SSTs de 16 de enero, 17 de julio y 2 de septiembre de 2014, dictadas en los Recursos para reconocimiento de error judicial números 41/2013, 9/2013 y 18/2013, respectivamente.



Pues bien, en el presente caso, D^a. Sandra no instó la nulidad de actuaciones contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Madrid a la que se imputa el error. Ahora bien, ello no supone, necesariamente, la inadmisión de la demanda de error judicial por este motivo.

En efecto, si la necesidad de agotar los cauces procesales legalmente previstos a que se refiere el artículo 293.1.f) de la LOPJ pasa por instar ante el órgano judicial al que se imputa el error la nulidad de actuaciones, ello se debe a la finalidad de dar a ese órgano judicial la posibilidad de reparar la lesión denunciada en la demanda para el reconocimiento de error judicial (por todas, STS de la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ de 31 de mayo de 2011, REJ 11/2010), por lo que debe concluirse que ha quedado cumplido el requisito exigido por el art. 293.1.f) de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando, como ocurre en el presente caso, D^a. Sandra solicitó a la Sala de Madrid que subsanara y completara la sentencia, alegando, entre otras razones, que se había omitido indemnizar unas secuelas y daños que habían quedado acreditadas, entre ellas el Linfedema, que sí estaba contemplado en el Real Decreto Legislativo 8/2004, y el resto de secuelas no contempladas en la citada norma.

Esto es, los mismos errores que ahora se denuncian en la demanda objeto del presente proceso se denunciaron, si bien invocando su omisión, al instar ante la Sala de Madrid la subsanación y complemento de la sentencia, por lo que la aquí demandante dio al órgano sentenciador la posibilidad de reparar la lesión denunciada en la demanda para el reconocimiento de error judicial,

cumpliendo, a través de la solicitud de subsanación y complemento de la sentencia, la finalidad prevista por el artículo 293.1.f) de la LOPJ”.

Materia siempre relevante –no tan conocida– y que adquiere vigencia a través de la reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas por Ley 35/2015, de 22 de septiembre, art. 82, o 92; al respecto de la pensión compensatoria, cabe destacar la sentencia nº 1017/2002, de 6 de noviembre de la Sección 24^a de la Audiencia Provincial de Madrid:

“CUARTO.- En orden al segundo motivo del recurso a que nos venimos refiriendo, procede igualmente su estimación, habida cuenta nos encontramos en fase de ejecución de sentencia de divorcio de los inicialmente litigantes, luego no se trata del reconocimiento de derechos, en un sentido abstracto, sino del cumplimiento de aquellos que fueron sancionadas judicialmente.

Como se afirmó en auto de 26 de enero de 2000, de esta misma Audiencia, la cuestión principal de los pleitos de separación, nulidad o divorcio, es de carácter personalísimo y no cabe irrogarse por un tercero unas facultades que la ley no le otorga, pero en el caso que nos ocupa la cuestión suscitada es diferente, pues existe una sentencia firme que crea un nuevo status jurídico, y que en ocasiones no sólo incide sobre las partes iniciales del proceso, como se infiere del párrafo segundo del artículo 101 del Código Civil EDL 1889/1.

Los Jueces y Tribunales vienen obligados a ejecutar sus resoluciones (artículo 117.3 de la CE EDL 1978/3879) y su finalidad es llevar a término

lo ordenado, por tanto es indiscutible que cualquiera de los cónyuges puede instar la ejecución de la sentencia que declaraba su separación matrimonial en orden a darle efectiva satisfacción de cuanto en ella se dispuso.

El artículo 661 del Código Civil EDL 1889/1, previene que los herederos suceden al difunto por el sólo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones; si el padre, de quienes contra hoy se mantiene una reclamación, tenía la obligación de afrontarla y sobre eso no cabe discusión, en principio nada debería impedir que queden igualmente obligados quienes sean declarados sus herederos, todo ello sin perjuicio de lo prevenido en los artículos 1010 y siguientes del Código Civil EDL 1889/1, lo que constituiría ya la cuestión de fondo del debate y no la estrictamente de carácter procesal que ahora se ventila.

La doctrina constitucional consolidada en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es igualmente aplicable a la legitimación activa o pasiva; y se viene entendiendo que son parte aquellos sujetos que pretenden una tutela jurisdiccional y aquellos respecto de los cuales o frente a los cuales se pide esa tutela.

Con normalidad será parte en la ejecución quien lo haya sido en procedimiento declarativo, pero es factible y ajustado a derecho que personas no mencionadas en la sentencia obtengan sobrevenidamente y después de ella esa cualidad.

Cuando fallece el ejecutante o el ejecutado, su heredero podrá ser parte procesal en la misma posición, por cuanto la ejecución no es un nuevo proceso, sino la última fase que da sentido al declarativo.

En consecuencia ha de estimarse el recurso instado por la apelante”.

Sentencia con tino, como suele, la ponencia del Ilustrísimo Don Miguel Pasquau Liaño en resolución nº 2/2015, de 29 de Enero de la Sección 1ª del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y lo Penal, acerca del sistema de valoración de daños corporales:

“La acusación particular considera que la sentencia incurre en infracción de ley en la determinación de la indemnización civil derivada del delito, por cuanto en su opinión concede a la pareja de la víctima más indemnización de la que le corresponde, concede al progenitor menos de la que le corresponde según el baremo de daños corporales para los accidentes de circulación (que considera como tope mínimo para los casos de acciones dolosas) y no considera perjudicada a una medio hermana de la víctima que tenía cinco años en el momento de su muerte”.

“b) En segundo lugar, porque la circunstancia de la concurrencia de un perjudicado con otros, que en el sistema legal de valoración de daños corporales puede ser determinante para alcanzar una cifra en función de la lógica que preside dicho sistema, no es trasladable de manera automática a los supuestos de responsabilidad por dolo (o delito), siendo más apropiado singularizar la indemnización sobre una valoración del dolor o sufrimiento concreto padecido por cada uno de los perjudicados. Ciertamente es que el baremo puede y acaso debe ser contemplado como una referencia legal relativa al valor económico de los bienes perjudicados, pero, como ya dijimos en nuestra sentencia

de 18 de octubre de 2013 en un supuesto similar, en lo referente a la determinación del círculo de perjudicados por la muerte de una persona, el hecho de tratarse de una muerte dolosa permite escapar de las rígidas determinaciones del Sistema de Valoración de Daños Corporales, previsto a modo de consecuencias naturales de daños causados por negligencia, aunque sólo fuera porque, conforme a la teoría general de la responsabilidad civil, el dolo justifica una indemnización de todos los daños que conocidamente se deriven del hecho doloso siempre que concurren los criterios generales de causalidad e imputación objetiva; de ahí que, aun tratándose de daño moral, el principio de reparación íntegra permite e incluso obliga a identificar con la máxima precisión posible tanto el círculo de perjudicados como la intensidad del perjuicio. Por la misma razón, entiende la Sala que la ampliación o reducción del montante indemnizatorio para cada perjudicado que dicho Sistema de Valoración establece en función de con qué personas concurren en tal condición, no es en absoluto vinculante en los casos de dolo, por más que en dicho sistema se describan un conjunto de situaciones típicas que pueden ser consideradas.

En definitiva, la Sala ha de insistir en que es posible ofrecer una respuesta singularizada y apartada de la regla general para los casos que escapan a las rígidas determinaciones del Sistema de Valoración, cuya razón de ser se encuentra más en la seguridad jurídica para las Compañías Aseguradoras que en razones de justicia y reparación íntegra del daño, que son las razones que deben presidir la responsabilidad civil en caso de delito”.

La sentencia nº 566/2015, de 9 de octubre de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, decide en una condena por asesinato, la utilización más adecuada del conocido 'Baremo' como referencia:

“El Sistema para la valoración de los daños y perjuicio causados a las personas en accidentes de circulación, de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, incorporado por la Ley 30/095, de 8 de noviembre establece una indemnización básica por muerte en caso de un solo hijo, de víctima separada legalmente, de 134.207,73 euros (Baremo de 2014). Incrementada en un 50% resulta una suma total de 201.311,59 euros, ligeramente superior a la establecida en la sentencia apelada.

Aplicado ese baremo con criterio orientativo y siendo adecuado conforme a la práctica de los Tribunales ese incremento por tratarse de un delito doloso, la cantidad fijada en la Sentencia resulta adecuada para indemnizar los

daños y perjuicios sufridos por la hija del fallecido a consecuencia de estos hechos, que no queda reducidos por los hechos que destaca la defensa del apelante.

Ahora bien, consta que en la sentencia dictada por el Juzgado de Menores se fijó como indemnización a favor de la misma menor, Custodia, hija del fallecido, una indemnización de 180.000 euros por el mismo concepto que, de ser percibida junto a la fijada en la sentencia apelada, supondría una duplicidad de indemnizaciones. El enjuiciamiento en procedimiento y tribunales separados de la menor, considerada cooperadora del delito, y del mayor de edad, condenado, como autor material, genera situaciones como ésta, en la que pueden resultar obligados al pago de la misma o similar indemniza-

ción, por idéntico concepto y en calidad de autores, dos personas diferentes.

Habiendo plena identidad en la causa y en el concepto indemnizatorio, el riesgo de enriquecimiento injusto que podría derivarse la obtención de la indemnización en ambos procesos por los mismos daños y perjuicios puede evitarse estableciendo en esta sentencia la solidaridad entre los autores del delito que contempla el art. 116 del C. Penal. De este modo, la percepción por la perjudicada de la indemnización fijada en su favor en el procedimiento ante el Juzgado de Menores dejaría reducida la deuda del condenado en este proceso a la diferencia con la establecida en la sentencia apelada.

Solo en este sentido cabe estimar parcialmente este motivo del recurso, añadiendo que esta condena en concepto de responsabilidad civil debe entenderse solidaria en la suma coincidente a la impuesta a la citada menor en el procedimiento seguido en el Juzgado de Menores”.

En orden en la interpretación del Art. 15.2 LCS y el impago del primer fraccionamiento es ilustradora la sentencia nº 42/2015, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo:

“Cuando «se haya fraccionado el pago de la prima y se deja de pagar el primer fraccionamiento, a su vencimiento, desde ese momento opera la previsión contenida en el art. 15.2 LCS, sin que sea necesario esperar al vencimiento del último fraccionamiento (...). A los efectos del art. 15.2 LCS, la prima debe entenderse impagada, y por ello desde ese momento comienza el plazo de gracia de un mes, y a partir de entonces se suspen-

de la cobertura del seguro, hasta la extinción del contrato a los seis meses del impago, siempre que en este tiempo no conste que la aseguradora ha optado por reclamar la prima».

En nuestro caso se dejó de pagar el segundo fraccionamiento de la segunda anualidad, que vencía el 19 de agosto de 2009. Transcurridos los seis meses desde este impago de la segunda

prima, sin que el asegurador hubiera reclamado su pago, el contrato de seguro quedó extinguido de forma automática y por efecto de la propia disposición legal, sin que fuera preciso instar la resolución por alguna de las partes. Por ello, el 19 de febrero de 2010 el contrato de seguro quedó extinguido, y cuando más tarde falleció el Sr. Fausto, este riesgo ya no estaba cubierto por haberse extinguido el seguro de vida”.

La Sentencia nº 463/2015, de 10 de septiembre de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, analiza la imputación objetiva errónea a una comunidad de propietarios condenada respecto de un incendio, y la no ejecución de un acuerdo, de 5 meses antes, de sustituir la cerradura de una puerta a la terraza por una barra antipánico:

“Es cierto que en el incendio está el origen del daño. Lo que no hay es causalidad jurídica o imputación objetiva para atribuir el resultado dañoso a la comunidad demandada por el hecho de no haber ejecutado el acuerdo en ese breve plazo de tiempo que va desde que este se adopta hasta que ocurre el incendio.

El incendio se produjo dentro de la esfera de actuación de doña Angustia, sin que ninguna intervención tuviera la comunidad de propietarios, puesto que se inicia en el piso de su propiedad y no en un elemento común y en ningún caso puede imputarse a la Comunidad res-

ponsabilidad en la causación o agravación posterior de los daños, directamente vinculados a su actuación. La responsabilidad de la comunidad no debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por el incendio, ni del pánico derivado del mismo, pues no fue ella quien lo originó, sino desde la negligencia de la vecina, y del riesgo asumido por los propios vecinos que conocían perfectamente el estado de la puerta y que tenían además la llave para abrirla.

3.- Tampoco existe razón jurídica alguna para trasladar ese daño a la recurrente por el hecho de que con posterior-

idad unos vecinos abrieran la puerta de su casa a la familia Aníbal para refugiarse en ella, en la medida en que esa conducta estaba en su propia esfera de riesgo. Lo que es evidente es que de no haberse ocasionado el incendio y de no haber salido de casa la Sra. A dejando la puerta abierta, el daño no se hubiera producido por lo que la relación causal se establece exclusivamente entre la conducta de quien inició el curso causal de los hechos y el daño ocasionado por el fuego puesto que ninguna otra causa posterior puede considerarse relevante desde el punto de vista de la imputación objetiva para ponerla a cargo de la comunidad.

4.- Y si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada necesaria para que la recurrente deba responder”.

Interesante la precisión respecto de cuál puede ser el objeto del recurso de revisión, un documento falso, no una sentencia de casación, en la sentencia de 17 de julio de 2015, de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo:

“QUINTO.- Pues bien, a la luz de la doctrina que acabamos de sintetizar, es evidente que no concurre el motivo de revisión alegado por los recurrentes, por lo que el recurso debe ser desestimado, pues no consta que exista, como viene exigiendo esta Sala para que la demanda de revisión pueda prosperar al amparo del motivo b) del artículo 102.1 de la LRJCA, bien una sentencia firme civil o penal –que declare la existencia de la falsedad del documento en que se funda la revisión (en este caso de la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Con-

tencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en el Recurso 498/2007)-, bien la retractación o reconocimiento de dicha falsedad por quien lo redactó, sin que el hecho de que el Tribunal Supremo casara la citada sentencia suponga la retractación o reconocimiento de la invocada falsedad por parte de quien lo redactó.

Por ello, cualquiera que haya sido la interpretación extensiva que este Tribunal Supremo ha realizado del concepto de ‘documento de-

clarado falso’ –a que alude del artículo 102.1.b) de la LRJCA (en comparación con el de “documento declarado falso en un proceso penal” del artículo 510.2º de la LEC)-, lo cierto es que una sentencia que haya sido casada por el Tribunal Supremo, y por muy errónea que sea, no convierten en ‘falsa’ a la sentencia en cuestión.

Como dijimos en la STS de 2 de febrero de 2005 (RR 1/2004) “la falsedad a que se refiere el apartado b) del art. 102.1 de la LJA 29/1998 no es la simple equivocación o error

involuntario en el contenido de un documento, sino la intencionada alteración dirigida a modificarlo mediante una actuación antijurídica sancionable, que haya sido objeto de formal declaración o reconocimiento". Y es que, el concepto de documento 'falso' no puede equipararse a documento erróneo o equivocado, interpretación extensiva

que iría en contra del carácter extraordinario y excepcional que la jurisprudencia ha predicado siempre del proceso de revisión. La falsedad es un concepto distinto al de error o equivocación, porque implica una voluntad consciente de alteración de los hechos con el fin de provocar un resultado que distorsiona la realidad, y en el presente caso lo que se

achaca a la sentencia tachada de falsa es una errónea interpretación del Derecho, interpretación errónea que, de ser voluntaria -lo que ni siquiera se alega-, no la convertiría en falsa, sino que incurriría en la causa de revisión del apartado d) del artículo 102.1 de la LRJCA, esto es, por haberse dictado en virtud de prevaricación".

La sentencia de 20 de julio de 2015, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo concreta perfectamente la consideración legal de la situación de separación, divorcio, reanudación de la convivencia y derecho a pensión:

"PRIMERO.- La sentencia de suplicación -dictada el 12/6/2014 (R. nº 580/14) por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, ahora recurrida, revoca la dictada en la instancia -que había desestimado la demanda- y declara que la demandante tiene derecho a que se reconozca la pensión de viudedad. La actora contrajo matrimonio con su difunto esposo en 08/10/94, naciendo de esta unión un hijo, el 27/07/98. El 04/06/10 se dictó sentencia de divorcio de mutuo acuerdo, sin establecer pensión compensatoria alguna.

En la fecha en la que recajó la sentencia los cónyuges ya se habían reconciliado de facto y habían vuelto a convivir, manteniendo esa convivencia como pareja de hecho, pero sin volver a casarse entre ellos, falleciendo el que había sido su esposo el 15/06/11. La demandante solicitó la pensión de viudedad, siendo denegada por el INSS por cuanto no existe matrimonio, ni se reúnen los requisitos para acceder a la misma por la vía de la pareja de hecho al no acreditar cinco años de convivencia en tal situación.

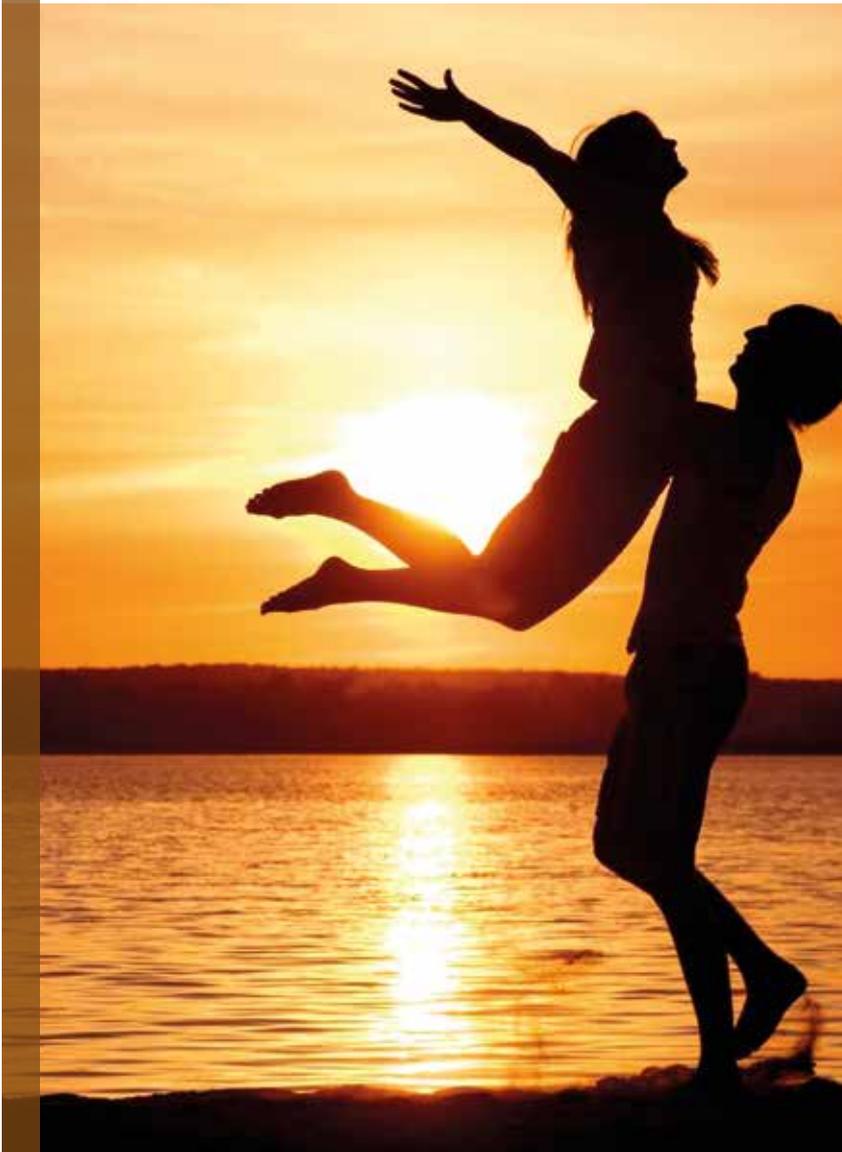
La Sala de suplicación analiza si se cumplen los requisitos que establece el art. 174 de la LGSS, y, en particular, si se acredita o no una "convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años". Respecto a tal requisito, entiende que dicha convivencia no viene referida exclusivamente al período de "pareja de hecho", sino a la totalidad de su vida, y si se tienen en cuenta los períodos anteriores a la sentencia de divorcio se reúne con exceso el periodo de convivencia superior a los cinco años, pues tan sólo consta una hipotética solución de continuidad entre los cónyuges desde la fecha en que suscribió el convenio de separación (el 30/03/10) hasta que se dictó sentencia en 04/06/10, momento en que ya conviven nuevamente, solución de continuidad de la convivencia que no consta en el proceso. Añade que en el certificado de empadronamiento consta que la actora ha convivido con su esposo e hijo en el mismo domicilio desde el 12/08/98 hasta el 15/06/11, en que se indica la 'defunción' como cau-

sa del cese de la convivencia. Tras hacer referencia a la STS de 04/03/14 (R. 1593/13), cuya doctrina considera perfectamente aplicable al caso, llega a la conclusión que "el no haber comunicado al Juzgado la reanudación de su convivencia previa a la sentencia o el no haber contraído nuevo matrimonio entre ellos, así como la voluntad de mantener el vínculo en la pareja, fuera matrimonial o por la vía de hecho, no puede tener como consecuencia la denegación de la pensión de viudedad".

"De todas las consideraciones anteriores se desprenden las siguientes consecuencias:

- La situación matrimonial es, por definición, contraria a la situación de pareja de hecho -en el matrimonio, los cónyuges están obligados a vivir juntos y se presume, salvo prueba en contraria, que los cónyuges viven juntos (arts. 68 y 69 CC); mientras que en la pareja de hecho la convivencia es voluntaria y tiene que producirse en los términos que hemos señalado para considerarla constitutiva de la situación y, además, acreditarla, también en la forma requerida, para que el Derecho la estime existente a los efectos jurídicos mencionados-.

- Como consecuencia de lo anterior, es evidente que en caso de separación, estando



vigente el vínculo matrimonial, tampoco puede constituirse válidamente una pareja de hecho entre los cónyuges, sin que a ello obste la privación del efecto natural del matrimonio de que los cónyuges vivan juntos, de modo que en caso de reconciliación no se constituirá una convivencia, con análoga relación de afectividad a la conyugal, constitutiva de una pareja de hecho, sino que pasa a tener nuevamente efectividad la obligación de los cónyuges de vivir juntos, presumiéndose otra vez que así lo hacen.

- Sin embargo, en el caso de divorcio, disuelto el víncu-

lo matrimonial puede generarse una situación de pareja de hecho entre los antiguos cónyuges, pues ya hemos visto que la reconciliación posterior no produce efectos legales y si los divorciados contraen entre sí nuevo matrimonio, será esta nueva situación matrimonial la que genere sus efectos.

Por tanto, los cónyuges divorciados pueden constituir una pareja de hecho, pero cumpliendo los requisitos establecidos en el párrafo cuarto del número 3 del art. 174. sin que a tales efectos pueda computarse el anterior perio-

do de convivencia matrimonial -ya hemos dicho que el cómputo de ambos períodos de convivencia, sumando la tenida como pareja de hecho a la matrimonial anterior, solo se admite en el supuesto excepcional que regula el último inciso del tercer párrafo del número 1 del repetido art. 174-”.

“Tal interpretación no puede admitirse, siendo la correcta la de la sentencia de contraste, como ya hemos adelantado, pues, de acuerdo con la doctrina explicitada en los anteriores fundamentos jurídicos Tercero y Cuarto, la vía de acceso a la pensión de viudedad que se pretende lo es a partir de una situación de pareja de hecho, que, cuando se refiere a personas previamente unidas en matrimonio, sólo es posible después de divorciados, sin haberse vuelto a casar entre sí, y como tal pareja de hecho ha de reunir los requisitos constitutivos exigidos por el art. 174.1 cuarto párrafo de la LGSS, y entre ellos, acreditar que la convivencia como tal pareja de hecho en el período inmediatamente anterior al fallecimiento del causante, haya tenido una “duración ininterrumpida no inferior a cinco años”. Y es evidente que este requisito, cuya falta denuncia el INSS, no se cumple en el caso debatido, bastando para ello tener en cuenta que la sentencia de divorcio es del 4 de junio de 2010 y que el causante, su antiguo cónyuge con quien siguió conviviendo tras el divorcio en situación de pareja de hecho, falleció el 15 de junio de 2011, acreditando así una convivencia en tal situación que duró un año y diez días, lejos de los cinco años que exige el precepto legal, sin que pueda sumarse la tenida con anterioridad al divorcio, ya que lo fue bajo vínculo matrimonial y por tanto en otro concepto distinto al de pareja de hecho”.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional decide, en Sentencia N°63/2015, de 13 de abril de 2015, un caso con desenlace realmente impredecible: El Juzgado de lo Penal núm. 5 de A Coruña, por Sentencia de 13 de abril de 2005, condenó al demandante de amparo como autor responsable de un delito de hurto, imponiéndole la pena de un año de prisión. La Sentencia no fue recurrida en apelación y adquirió firmeza por Auto de 21 de diciembre de 2006, incoándose la ejecutoria, después de dictarse Sentencia condenatoria y de declararse su firmeza, por Auto de 16 de marzo de 2010 se desestimó la solicitud de suspensión de la pena; a ella siguieron, de forma sucesiva, dos solicitudes de sustitución de la pena amparadas en el art. 88 del Código Penal, así como una petición de suspensión durante la tramitación del indulto, peticiones que también fueron desestimadas. Hasta en tres ocasiones el órgano judicial ordenó el ingreso voluntario en prisión, no llegando a materializarse en ninguna de ellas. De este modo, las actuaciones se prolongaron en el tiempo hasta el 23 de enero de 2012, sin que existiera ninguna actuación de cumplimiento efectivo de la pena, sino tan solo órdenes judiciales de ingreso voluntario en prisión que, por diferentes circunstancias, vinieron a quedar frustradas en su resultado material. El 23 de enero de 2012, solicitó que, conforme a lo dispuesto en los arts. 130.1.7, 33.3 a), 133.1 y 134 del Código penal, fuera declarada extinguida su responsabilidad penal por prescripción de la pena al haber transcurrido más de cinco años tanto desde el momento en que finalizó el plazo para recurrir la Sentencia, como desde la declaración de su firmeza. La petición fue desestimada por auto, al considerar el Juzgado de lo Penal competente que el plazo de prescripción del art. 134 del Código Penal puede resultar interrumpido en los casos en los que la ejecución se ve “paralizada, suspendida o dilatada por una resolución o incidente iniciado a instancia o en interés del penado”....“en todos estos casos la suspensión o dilación de la ejecución de la pena deriva de una previsión legal expresa de la Ley introducida en interés del reo o de principios o garantías constitucionales, por lo que resulta indudable que los efectos de dicha suspensión de la ejecución de la pena han de alcanzar también al cómputo de la prescripción de dicha pena, pues, una vez que se paraliza la ejecución de una pena por imperio de la Ley y en beneficio del reo, se paraliza con ello también el transcurso de los plazos prescriptivos de dicha pena”... “las sucesivas peticiones de beneficios a favor del penado, así como los continuos recursos interpuestos en esta ejecutoria demuestran con claridad que la dilación que se aprecia en acordar la orden de ingreso en prisión de ÁRM para el cumplimiento efectivo de la pena impuesta ha sido debida a tales maniobras, lo que no puede llevar aparejado ahora la declaración de prescripción de la pena”. El Auto fue recurrido en apelación, siendo el recurso desestimado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña por Auto de 4 de junio de 2012. El demandante fue declarado rebelde por el Juzgado de lo Penal, acordándose la suspensión y archivo de la ejecutoria en tanto fuere hallado, y el de 17 de julio de 2012, presenta demanda de amparo contra los Autos de 17 de febrero y 4 de junio de 2012, con petición de suspensión:

El único precepto que el Código Penal dedica a la cuestión que analizamos es el art. 134, con la siguiente redacción literal: “El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse”. El legislador no contempla otras causas de interrupción de la prescripción de la pena que éstas, de manera que, desde el momento en que se trata de ejecutar una resolución firme contra persona o personas determinadas, el eje de la

prescripción de la pena gira en torno al cumplimiento de la misma. Y ello porque, a diferencia de la prescripción del delito, en la fase de ejecución el culpable ya está plenamente identificado y, al menos en los casos en que no se sustrae a la acción de la justicia, se encuentra a disposición del Juez o Tribunal para la ejecución de la pena (STC 187/2013, de 4 de noviembre, FFJJ 4 y 5, citando a las SSTC 109/2013, de 6 de mayo, FJ 4 y 6, y 152/2013, de 9 de septiembre, FJ 5). Así pues, en el ámbito de ejecución de la pena no cabe hablar de

otras formas de interrupción de la prescripción de la pena distintas del quebrantamiento de condena, por no existir una regulación sustantiva en tal sentido, como en cambio sí existía en el antes citado Código penal de 1973 (SSTC 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4; 109/2013, de 6 de mayo, FJ 4; 187/2013, de 4 de noviembre, FJ 4; 192/2013, de 18 de noviembre, FJ 4 y 49/2014, de 7 de abril, FJ 3).

Circunstancias todas ellas que llevan a excluir en este caso la justificación postulada en la

instancia, que adjudica un efecto interruptor del plazo de prescripción a las diferentes resoluciones judiciales recaídas a lo largo de la ejecutoria de la que trae causa el amparo, dirigidas en su mayoría a resolver sobre las sucesivas peticiones realizadas por el penado en orden a cumplir la pena de prisión en alguna de las formas alternativas que prevén los arts. 80 y ss. del Código Penal. Y ello porque la única hipótesis impeditiva del transcurso del plazo de prescripción de la pena que actualmente reconoce de modo expreso el art. 134 del Código Penal es el quebrantamiento del cumplimiento de la pena ya iniciada. Por tal motivo, no cabe entender que la denegación de cada una de las formas alternativas al cumplimiento tenga cobijo en el precepto referenciado, pues precisamente su denegación impide entender iniciado un cumplimiento equivalente a la ejecución *in natura*.

El art. 118 de nuestra Constitución recoge el mandato expre-

so de cumplimiento de las Sentencias y demás resoluciones firmes dictadas por los Jueces y Tribunales, deber cuyo seguimiento incumbe al órgano judicial competente a la hora de hacer ejecutar la Sentencia, adoptando sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado a tal fin, según prevé también la normativa procesal y, en particular, el art. 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su inciso segundo. Para casos como el examinado, el legislador no ha previsto expresamente mecanismos suspensivos excepcionales que otorguen a la tramitación de peticiones como las examinadas –como tampoco a los recursos subsidiarios a las mismas– efectos suspensivos del cumplimiento.

Conforme a la doctrina expuesta, el criterio interpretativo sostenido por los órganos jurisdiccionales en las resoluciones recurridas –que supuso entender interrumpida la prescripción

de la pena de un año de prisión impuesta al recurrente en amparo desde la sucesión misma de decisiones judiciales tendentes a dar respuesta a sus continuas solicitudes de cumplimiento alternativo– no puede entenderse amparado en la literalidad de la norma aplicable, lo que incide en el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y repercute en los derechos del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la libertad (art. 17.1 CE), impidiendo estimar debidamente satisfecho el canon de motivación reforzada exigible en estos casos.

Debe, por ello, otorgarse el amparo solicitado para restablecer al recurrente en la integridad de los derechos fundamentales vulnerados, y así anular el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña de 4 de junio de 2012, en la medida en que se fundamenta en la aplicación de una interrupción de la prescripción sin base legal”.

El auto de 7 de mayo de 2015, dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, razona pormenorizadamente la desestimación del recurso de súplica formulado frente a un auto de inadmisión a trámite de una querrela por prevaricación, que el recurrente califica de “decepcionante, basado en pretextos y no en lo establecido por la Ley, injusto y simplificador de los argumentos de la querrela, al tiempo que considera que la finalidad del mismo no ha sido la recta aplicación del Derecho, sino el favorecimiento del interés del querrelado con grave merma para los intereses del querrelante y para la justicia”:

“Séptimo.- Puede resultar ilustrativo para el querrelante y recurrente el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala Civil y Penal) de 4 de julio de 2012. Dicho Auto inadmitió a trámite una querrela formulada contra un Juez por haber él mismo inadmitido a trámite un incidente de recusación formulado contra él, por considerar que comportaba un ejercicio abusivo de tal facultad basado exclusivamente en la invocación de una pérdida de imparcialidad por el hecho de haber dictado resoluciones que no le daban la razón.

Octavo.- La interposición de una querrela contra un Juez no comporta causa de recusación mientras no se admita a trámite. Naturalmente, el órgano judicial al que va dirigida debe incoar algún procedimiento precisamente para pronunciarse sobre su competencia y para su admisión a trámite, con informe del Ministerio Fiscal. Tal cauce procesal, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo (Sala Segunda) es la ‘Causa Especial’. Sostener, como hace el recurrente, que la incoación de una Causa Especial es ya la incoación de un ‘proce-

dimiento penal’ a los efectos de integrar la causa de recusación del art. 219.4º LOPJ conduce al absurdo, que quiere evitar la Ley, de que cualquier parte que quiera apartar del conocimiento a un Juez, podrá conseguirlo con la mera interposición de una querrela, que inevitablemente ha de comportar la incoación de algún procedimiento. Bastará con hacer referencia a los Autos del Tribunal Supremo de 20 julio 2009 (Sala ex art. 61 LOPJ), 12 febrero 2010 y 15 septiembre 2010 (Sala Segunda) que se pronuncian en tal sentido”.



entrevista a...

MARIANO MEDINA CRESPO



por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

Presidente de la Asociación de Abogados Especializados en RC y Seguros, abogado y doctor em Derecho, autor de distintos manuales del valoración del daño, de muchos artículos doctrinales, ponente en innumerables congresos y cursos sobre la materia, y gran especialista en Responsabilidad Civil y valoración del daño.

Quisiéramos preguntarle en primer lugar si el resultado del nuevo texto legal obedece a las expectativas que la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, a quien usted representa, había depositado en la tan ansiada reforma.

Creo que, efectivamente, se han cumplido las expectativas de la Asociación, teniendo en cuenta que ésta está integrada por abogados especializados, con independencia de que sean defensores de los intereses de las víctimas o de las entidades aseguradoras. Como diagnóstico general, puede afirmarse que el nuevo Baremo es bastante más justo que el que ha sido derogado, aunque, para definir la situación con más precisión, debe decirse que es menos injusto.

En cuanto a los cambios introducidos en materia de daño patrimonial, ¿considera que por fin se han introducido las reformas necesarias para que este tipo de daño quede indemnizado en todos los supuestos?

Desde el punto de vista del resarcimiento de los perjuicios patrimoniales, no es exagerado afirmar que el nuevo Baremo constituye una verdadera revolución, sobre todo en lo referente al lucro cesante causado tanto por la muerte como por las lesiones permanentes laboralmente impositivas o limitativas. Lo que caracteriza al Baremo derogado es que acude a una serie de subterfugios y normas camelísticas para decir que resarce el lucro cesante, cuando lo cierto es que ello no es así, no resistiendo dicho Baremo al respecto el más mínimo análisis crítico. Téngase en cuenta que el factor de corrección por perjuicios económicos funciona para resarcir unos perjuicios económicos en función del valor de los perjuicios personales y cuyos perjuicios pueden perfectamente no existir o ascender a importes diametralmente superiores a los resultantes de dicho factor. Téngase en cuenta que el factor corrector de la incapacidad permanente, pese a lo que haya dicho la jurisprudencia, no sirve en absoluto para resarcir lucro cesante alguno, según es perfectamente demostrable; que es un completo camelo la afirmación legal de que las indemnizaciones básicas incluyen un cierto perjuicio patrimonial básico que no se concreta y no se dice en qué consiste ni en qué proporción se restaura, por la sencilla razón de que no se restaura en absoluto el más mínimo perjuicio patrimonial; y el colmo de los colmos es que, en el caso de las secuelas, se haya tenido que acudir a un cuarto concepto a través de la jurisprudencia para completar las deficiencias e insuficiencias tabulares y seguir sin reparar, de forma plena, el lucro cesante padecido. Cuatro normas que se dice que lo contemplan y que se ponen al servicio de no restaurarlo. Pues bien, lo que caracteriza al nuevo Baremo es que se ha aislado de verdad el lucro cesante y se han establecido fórmulas, que naturalmente son perfectibles, pero que desde luego sirven para resarcirlo, siendo particularmente positivo que se haya regulado el resarcimiento del lucro cesante de aquella persona que, sin haber tenido ocasión por razón de su edad para acceder al mercado laboral, quede afectado por una incapacidad absoluta o una incapacidad equivalente a la definida típicamente como total.

¿Considera que algunos de los apartados del nuevo baremo, como puede ser la cuantifica-



ción de secuelas de baja entidad, son el resultado de pequeños sacrificios en aras a alcanzar el consenso en un texto definitivo?

Efectivamente es así. Se ha primado, porque es de justicia, el resarcimiento de los grandes lesionados, pero se ha efectuado notoriamente a costa de quienes sufren lesiones graves, menos graves y leves, sin que pueda decirse que éstos hayan obtenido una mejora de su protección resarcitoria.

¿Considera que las novedades introducidas en el Baremo dan solución a la mayoría de los conflictos que surgían de la interpretación de las normas aplicables bajo la vigencia del anterior?

No puede decirse que el nuevo Baremo proporcione solución a la mayor parte de los conflictos que han venido surgiendo en el funcionamiento del Baremo derogado por razón de la interpretación de sus diversas normas. No puede decirse, porque ciertamente el nivel de esos conflictos era mínimo, al haberse impuesto las interpretaciones de signo literalista, afirmadas con un criterio contra victimam. Téngase en cuenta que la verdadera razón, dígame lo que se diga, de que se haya tenido que realizar un nuevo Baremo no estriba en que hubiera quedado obsoleto en relación con los cambios de la realidad social, sino en que se había manifestado como pertinazmente injusto; injusticia que radicaba en la propia génesis del Baremo y que, en una buena medida, resulta paliada con el nuevo Baremo.

¿Cree que la nueva regulación favorecerá la transacción de reclamaciones por daños personales causados en accidentes de tráfico?

No creo que pueda sostenerse que el nuevo Baremo haya de favorecer las transacciones entre víctimas y aseguradoras con un nivel superior al existente con el Baremo derogado. Creo que el nivel de transacciones seguirá siendo el mismo, que de suyo es muy elevado, con la diferencia de que ahora esas transacciones serán menos injustas que las que se han venido realizando en estos veinte años, al ser conscientes los abogados de los perjudicados que la vía judicial no mejoraría de modo sensible sus resultados.

¿Cuál es su opinión sobre la aplicación del nuevo baremo para supuestos ajenos al sector de la circulación?

Soy contrario a que el nuevo Baremo se aplique de forma mecánica para valorar los da-

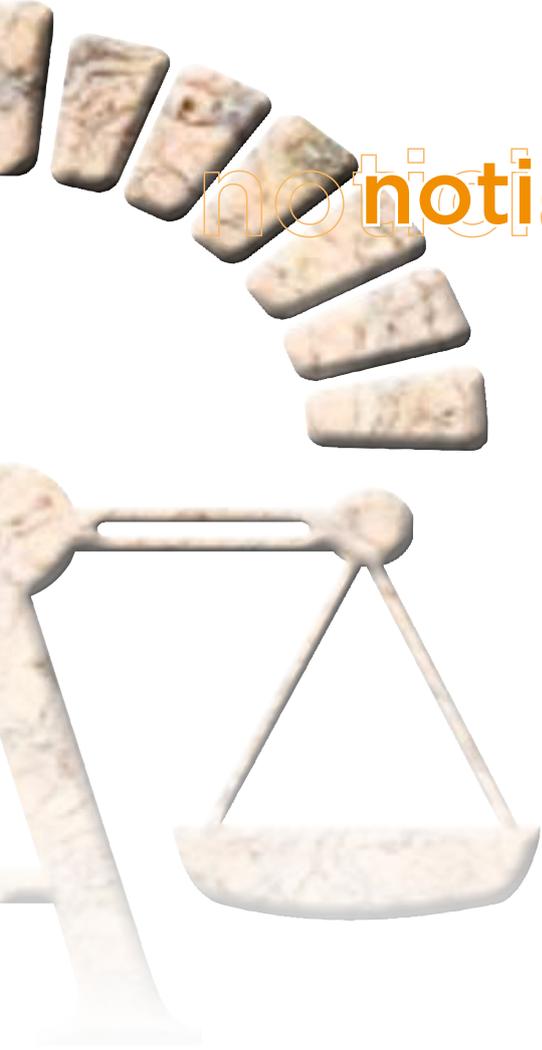




ños corporales ajenos al tránsito motorizado, por la misma razón que he venido sosteniendo que no debía efectuarse esa aplicación mecánica del Baremo derogado. La razón es muy sencilla. El Baremo de Tráfico, tanto el derogado como el nuevo, constituye una regulación legal excepcional que está puesta inequívocamente al servicio de proteger la economía de las entidades aseguradoras que asumen la responsabilidad civil automovilística y en la medida en que constituye una regulación privilegiada, está impedida su aplicación analógica fuera de su propio ámbito, según resulta del art. 4 CC. Otra cosa es que el nuevo Baremo de forma mucho mejor que el derogado aporta una serie de estructuras sobre los conceptos perjudiciales y su dimensión resarcitoria que hace que constitu-

ya un instrumento imprescindible en la fijación de las bases jurídico valorativas que han de establecer los jueces para fijar las indemnizaciones y a las que previamente han de atenerse los abogados para formular sus reclamaciones. Pero ello no significa que el Baremo se haya de utilizar para fijar exactamente las cantidades previstas en él cuando los daños corporales son de diverso origen. Antes bien, las cuantías del nuevo Baremo, en lo que refiere a los perjuicios personales, deberían funcionar como mínimos resarcitorios cuando se esté fuera del tránsito motorizado; y, a su vez, cuando se esté fuera del tránsito motorizado, no pueden operar las limitaciones extrínsecas y artificiales que el nuevo Baremo establece en relación con el resarcimiento de los perjuicios patrimoniales.

noticias y actividades



→ APROBADA LA LEY 35/2015, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE REFORMA DEL SISTEMA PARA LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

Tras haber concluido su trámite parlamentario, ya es un hecho la **Ley 35/2015, de 22 de septiembre**, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, la cual entra en vigor el **1 de enero de 2016**. Con ella se actualiza un sistema vigente desde 1995, el que se creó con la Ley 30/1995 –conocido hasta ahora como ‘el Baremo’–, y que figura actualmente como Anexo 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.

Pero hasta que la Ley 35/2015 ha visto la luz, ha habido que recorrer un largo periplo de comisiones, grupos de trabajo, puestas y proyectos. De hecho, para poner en marcha esta delicada y complicada reforma, se citó a nuestra Asociación en la Dirección General de Seguros allá por el 10 de julio de 2010, para la **constitución de un Grupo Plenario Consultivo**, que estaría formado por representantes de todos los sectores afectados, comenzando de esta forma este ‘viaje’ al estimarse la necesidad de un análisis sistemático sobre la reforma del actual sistema legal valora-

tivo. Por tanto, la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro estuvo desde el primer momento formando parte del referido Grupo Plenario Consultivo, representada por nuestro presidente, **MARIANO MEDINA CRESPO**, y nuestro secretario general, **JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**.

Seguidamente, el 12 de julio de 2011 se dictó la **Orden comunicada de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia** por la que se constituía una Comisión de Expertos, presidida por el catedrático de Derecho Civil **MIQUEL MARTÍN CASALS**, y de la que formó parte nuestro presidente **MARIANO MEDINA CRESPO**, a fin de proponer la modificación del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación recogido en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. En dicha Orden se decía que el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor en 1995 del sistema legal de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, así como el conjunto de reformas que en el ámbito comunitario se habían emprendido en relación con el seguro



del automóvil, tendentes todas ellas a incrementar la protección a las víctimas mediante la garantía de una indemnización suficiente, justificaban la conveniencia de estudiar la revisión del sistema legal valorativo a fin de introducir, si procediera, las modificaciones pertinentes. Se afirmaba asimismo en dicha Orden que el sistema legal valorativo requería un reforzamiento de sus normas de aplicación para superar las dudas y dificultades interpretativas que se han venido planteando.

Una vez vencido el 31 de julio de 2013 el mandato de la Comisión de Expertos, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones estimó necesario constituir un **Grupo de trabajo** con las personas que formaron parte de la citada Comisión de Expertos para ultimar las tareas de revisión. El Grupo de trabajo continuó las tareas de redacción de una propuesta de texto articulado completo, acompañado de una propuesta de las tablas en las que se contienen las indemnizaciones que correspondería abonar en los casos de muerte, de lesiones permanentes (llamadas secuelas) y de lesiones temporales derivadas de accidentes de circulación

El **22 de mayo de 2014** se presentaría en la Dirección General de Seguros ante el referido Grupo Plenario Consultivo, después de casi 4 años de trabajo y numerosas reuniones de trabajo tanto del Comité de Expertos como del Grupo Ple-



Reunión en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados el 1 de diciembre de 2010 en la que expusimos a su presidente, así como a los portavoces del PP, PSOE y demás partidos, los trabajos que se estaban realizando en la Comisión de Reforma del Baremo y la importancia de que los mismos no cayeran en saco roto por el desinterés de algunos sectores

nario Consultivo, la **Propuesta del nuevo Sistema Legal Valorativo de Daños Personales en Accidentes de Circulación**, que por fin resarce de forma separada y estructurada el daño patrimonial o lucro cesante que representa la incapacidad permanente o el fallecimiento de una víctima de accidente de circulación, e igualmente supone un verdadero cuerpo normativo –al incorporarse un total de 112 nuevos artículos–, lo que nos permitirá evolucionar notablemente en esta materia al disponer del mejor sistema europeo de valoración del daño corporal, en cuanto a estructura y vertebración se refiere.

El Congreso de los Diputados por su parte, mediante una **Proposición No de Ley** publicada el **2 de diciembre de 2014**, instó al Gobierno a presentar en el próximo periodo de sesiones un proyecto de ley de reforma del sistema de valoración para las indemnizaciones de los daños y perjui-

cios causados a las víctimas en accidentes de circulación

El siguiente paso que tanto se hizo de rogar y que provocó la inquietud de muchos de los que formamos parte de este trabajo, así como del resto de la comunidad jurídica, fue la aprobación por el Consejo de Ministros el **10 de abril de 2015** del **Proyecto de Ley** de reforma del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el 17 de abril pasado. El Proyecto de Ley aprobado podemos decir que correspondía al consenso alcanzado por la mayor parte de los afectados (víctimas, aseguradoras, juristas, doctrina,...) que entendían absolutamente necesario reformar el anterior para adecuarlo a la realidad social actual.

Inicialmente, el nuevo Baremo recibió algunas críticas por aquellos que pensaban que sería muy beneficioso para las



A la salida de la Dirección General de Seguros el 22 de mayo de 2014, Miquel Martín Casals, Javier López y García de la Serrana y Mariano Medina Crespo, tras presentar en el Grupo Plenario Consultivo, después de casi 4 años de trabajo, la propuesta del nuevo Sistema valorativo de daños y perjuicios personales causados en accidentes de circulación.

víctimas con lesiones mayores, pero no así para las víctimas con lesiones menores, que son la mayoría. Sobre todo en este momento el debate se centró en el síndrome postraumático cervical, y en concreto, en la redacción del artículo 135 por el que según un sector de la doctrina se vería muy limitado el derecho de indemnización por traumatismos menores relacionados con la columna vertebral, en atención a la referencia que se hacía en dicho artículo a la prueba biomecánica, así como a la excepcionalidad de dicha secuela. Por ello, resultó de gran trascendencia la supresión -ya en el trámite parlamentario- de las palabras '**biomecánica**' del artículo 135.1.d) y '**excepcionalmente**' del artículo 135.2, que tanto dieron que hablar en la fase previa. No obstante, y como se verá tras su aprobación defini-

tiva, podemos considerar que el beneficio del nuevo Baremo será de aplicación general para todas las víctimas de accidentes de tráfico, y ello, por cuanto el mismo viene a compensar el daño moral de una forma mucho mejor que antes, al contar con muchas más herramientas valorativas y una mayor seguridad jurídica, y sobre todo, por su gran novedad resarcitoria, la reparación del daño patrimonial de forma vertebrada.

Sin embargo, no todo ha sido consenso y transparencia en la confección del nuevo Baremo, pues el 29 de julio se publicaba en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el texto aprobado por el Congreso de los Diputados del Proyecto de ley de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de

circulación y remitido al Senado para su aprobación, que se corresponde con el Proyecto de ley presentado por el Gobierno en abril -basado en la Propuesta presentada por el Comité de Expertos- pero con ciertas **enmiendas aprobadas el 14 de julio por el Congreso**, entre ellas algunas muy importantes como las modificaciones realizadas **a los artículos 7, 13 y 14 de la LRCSCVM** mediante enmiendas presentadas por el Grupo Popular, modificaciones no previstas en ningún momento y sobre las que ningún consenso se buscó, al menos con los miembros del grupo de expertos que realizó la Propuesta inicial. En concreto y en lo que al artículo 7 de la LRCSCVM se refiere, se le añaden algunos párrafos que son de vital importancia en relación a las obligaciones de la víctima, como el incluido en su apartado 1 que

viene a crear la **obligatoriedad de la reclamación previa a la aseguradora** con aportación de toda la documentación médica disponible: *“No obstante, con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, deberán comunicar el siniestro al asegurador, pidiendo la indemnización que corresponda. Esta reclamación extrajudicial contendrá la identificación y los datos relevantes de quien o quienes reclamen, una declaración sobre las circunstancias del hecho, la identificación del vehículo y del conductor que hubiesen intervenido en la producción del mismo de ser conocidas, así como cuanta información médica asistencial o pericial o de cualquier otro tipo tengan en su poder que permita la cuantificación del daño”*.

Entre las reformas introducidas por el Congreso debemos destacar, además de las ya mencionadas relativas al artículo 135 y las de los artículos 7, 13 y 14 de la LRCSCVM, la reforma de los artículos 1 y 4 de dicha Ley, modificaciones que sí estaban previstas en el Proyecto presentado por el Gobierno –aunque también fueron retocados vía enmienda parlamentaria-. Respecto a la modificación del artículo primero de la LRCSCVM, ampliada en trámite parlamentario, nos referimos al reconocimiento no sólo de los menores de 14 años de una falta de responsabilidad a la hora de resultar inermes en lo que a la concurrencia de culpas o a la culpa exclusiva se refiere, sino que también se cataloga como sujetos no responsables a aquellas personas con menoscabo físico o psíquico privados de capacidad de ‘culpa civil’, aunque en ambos casos esta exclusión de responsabilidad sólo se realiza respecto de las secuelas y lesiones temporales sufridas.

De esta forma, a pesar de las modificaciones introducidas

‘por la puerta de atrás’, que han pasado de forma inadvertida por el Senado, podemos decir que con todos estos años de trabajo se ha conseguido **un gran sistema de valoración del daño personal**, cuyo texto definitivo ha sido aprobado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, por la que se reforma 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, para introducir el nuevo sistema a continuación del último artículo que tenía hasta ahora dicha ley, evitando su desarrollo en una ley diferente que conduciría a una clara dispersión normativa de la materia. Por tanto, han sido razones de técnica legislativa las que han llevado a integrar en el articulado de la Ley las disposiciones de carácter normativo que establecen las nuevas reglas de aplicación del Baremo, que se alejan por completo del contenido clásico de un Anexo, siendo el único Anexo el que se incluye para introducir las nuevas tablas que cuantifican y modulan todos los nuevos conceptos indemnizables.

La Ley consta de Preámbulo, un artículo único con nueve apartados, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria, y cinco disposiciones finales. La principal novedad es la introducción de un nuevo Título en el Texto Refundido, que consta de 112 artículos –que van desde el artículo 32 al 143–, agrupados en dos capítulos. El primero se refiere a disposiciones generales y definiciones. El segundo incluye las reglas para la valoración del daño corporal y, en sus tres secciones, se ocupa, respectivamente, de las indemnizaciones por causa de muerte, por secuelas y por lesiones temporales, que se plas-

man, respectivamente, en las tablas 1, 2 y 3. Así, en cada uno de esos supuestos se distingue entre el «perjuicio personal básico» (tablas 1.A, 2.A y 3.A), los «perjuicios particulares» (tablas 1.B, 2.B y 3.B) y el llamado «perjuicio patrimonial» (tablas 1.C, 2.C y 3.C), que a su vez distingue entre daño emergente y lucro cesante.

En términos generales podemos decir, que este nuevo Baremo trae consigo el reconocimiento individualizado del lucro cesante como concepto indemnizatorio con identidad propia situándolo fuera de los antaño raquíticos factores de corrección, la existencia de los perjuicios particulares personales, reconociendo ex lege al daño moral como una categoría indemnizatoria propia separada del daño personal, la posible indemnización de los gastos asistenciales futuros o el reconocimiento de la dignidad de las labores desarrolladas por las personas que se dedican a las desagradecidas tareas del hogar. Por tanto, el Baremo aprobado sienta las bases de un sistema verdaderamente vertebrado que nos permitirá reclamar y apostar por una reparación más justa de los daños y perjuicios personales de las víctimas de accidentes que la hasta ahora se tenía, pudiendo incluso ser mejorado aprovechando para ello la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración prevista en la Disposición adicional primera, con el objeto de analizar su puesta en marcha, sus repercusiones jurídicas y económicas, sobre todo teniendo presente que en la composición de la Comisión participarán las asociaciones de víctimas y las entidades aseguradoras. Se puede concluir por ello, afirmando que esta reforma supone un gran avance en materia de derecho de daños.



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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

Estudio de una figura que nuestra jurisprudencia apenas había acogido hasta hace unos pocos años

LA COMPENSACIÓN DEL BENEFICIO OBTENIDO A PARTIR DEL DAÑO PADECIDO



El principio «*compensatio lucri cum damno*» en el Derecho de Daños.

Durante mucho tiempo, la figura de la *compensatio lucri cum damno* ha sido desconocida por la doctrina y la jurisprudencia españolas.

La presente obra trata de sentar las bases para colmar esta laguna, acudiendo a una construcción teórica puesta al servicio de una práctica que, con la técnica del descuento de los beneficios obtenidos, evita el enriquecimiento de los perjudicados al circunscribirse su resarcimiento al daño diferencial.

NUEVO

5%
descuento

ELIGE
papel
o digital

Autor:

Mariano Medina Crespo

Páginas: 280 • Rústica
ISBN: 978-84-9090-081-9


smarteca
biblioteca inteligente profesional

Con las mejores publicaciones profesionales del mercado

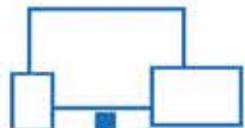
ENCUENTRA



TRABAJA



SUBE TU CONTENIDO



Siempre accesible
Siempre al día

Regístrate ya y accede a los contenidos gratuitos en www.smarteca.es

 **Wolters Kluwer**

ADQUIERE HOY MISMO TU EJEMPLAR:

902 250 500 tel. / clientes@wke.es

PAPEL: <https://tienda.wolterskluwer.es> / DIGITAL: www.smarteca.es



Protección a medida para tu actividad profesional.

En **SegurCaixa Adeslas** estamos cerca de ti para ofrecerte toda la protección que necesitas para tu actividad profesional, un seguro a medida de tus necesidades.

Infórmate en
OfertaRCGeneral@ne.segurcaixaadeslas.es

 **SegurCaixa Adeslas**

