

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

**nº35**

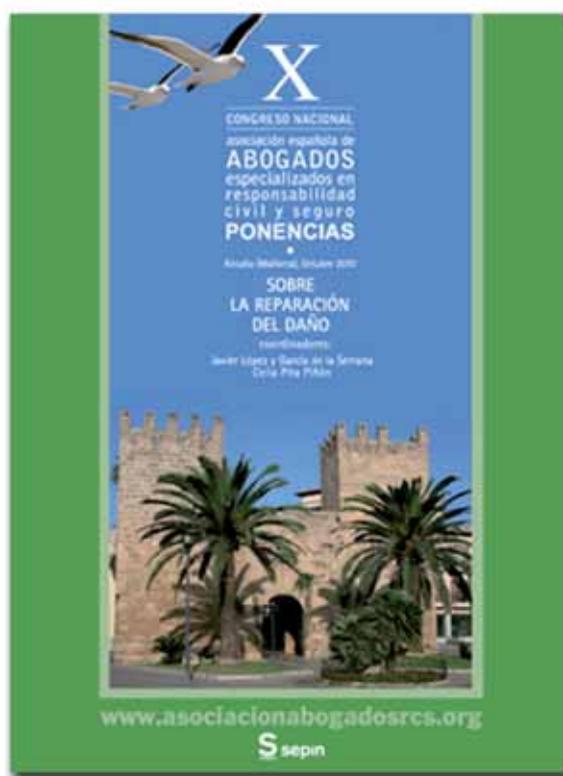
Tercer Trimestre. Año 2010

■ Daño moral y prueba pericial en la responsabilidad civil por perturbación de derechos reales

■ Responsabilidad extracontractual por actuación judicial negligente

■ La interpretación de las condiciones en el contrato de seguro

# X Congreso Nacional “Ponencias sobre la Reparación del Daño”



555 páginas - 45 euros

Un año más la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro ha celebrado su congreso anual, como viene realizando desde el año 2001.

Se ha convertido en práctica habitual de todos estos congresos la publicación de un libro con las ponencias que son objeto de exposición, y que se entrega a todos los congresistas al inicio de los mismos. Así ocurre en el X Congreso anual de la Asociación, que se celebró en octubre de 2010 en Alcudia (Mallorca), para cuyo fin se ha elaborado la presente obra, centrada en esta ocasión en "La reparación del daño".

Esta monografía, como siempre, se convertirá en un instrumento de trabajo imprescindible para poder refrescar en cualquier momento las consideraciones y reflexiones expresadas por los distintos ponentes en la exposición de sus trabajos.

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

**nº35**

Tercer Trimestre. Año 2010

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

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



# Contenidos

## EDITORIAL

- ◆ Qué barato sale violar la dignidad del ser humano  
Por Javier López y García de la Serrana ..... 5

## DOCTRINA

- ◆ Daño moral y prueba pericial en la responsabilidad civil por perturbación de derechos reales  
Gonzalo Iturmendi Morales ..... 9
- ◆ Responsabilidad extracontractual por actuación judicial negligente  
Joaquim Martí Martí ..... 39
- ◆ La interpretación de las condiciones en el contrato de seguro  
Abel B. Veiga Copo ..... 51

## JURISPRUDENCIA

### Tribunal Supremo

#### RESPONSABILIDAD CIVIL

- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 12 de julio de 2010.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Víctima de un accidente laboral que, por la actuación negligente del anestesista, quedó en coma vegetativo irreversible. Acción de reclamación de daños y perjuicios contra la Mutua de accidentes laborales que designó el centro sanitario y los facultativos que efectuaron la intervención quirúrgica. Plazo de prescripción de 15 años ..... 73
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 14 de julio de 2010.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Reclamación de indemnización de daños y perjuicios a la ex-esposa por infidelidad durante el matrimonio y el descubrimiento de que uno de los hijos no era en realidad del demandante. Prescripción de la acción. El plazo de prescripción comienza a correr «desde que lo supo el agraviado, no siendo de aplicación la jurisprudencia sobre daños continuados» ..... 81
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10 de septiembre de 2010.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Interrumpida la prescripción de una acción de responsabilidad civil extracontractual por reclamación extrajudicial, el nuevo plazo comienza a correr el día siguiente al de la recepción de la reclamación, sin referencia ya al día del hecho causante del daño ..... 91



- ◆ *Auto del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 14 de septiembre de 2010.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Delimitación del ámbito de actuación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación ..... 97
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 27 de septiembre de 2010.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad civil médica. Consentimiento informado. Relación de causalidad. Diligencia debida: obligación de medios y de resultados ..... 103

### PERLAS CULTIVADAS

- ◆ Pronunciamientos relevantes. Por *José Mª Hernández-Carrillo Fuentes* ..... 109

### ENTREVISTA

- ◆ Julio C. Fuentes Gómez. Por *María del Carmen Ruiz-Matas Roldán* ..... 121

### NOTICIAS Y ACTIVIDADES

- ◆ X Congreso Nacional. 1, 2 y 3 de octubre 2010. Alcúdia ..... 125
- ◆ XI Congreso Nacional. 5, 6 y 7 de mayo 2011. Córdoba ..... 134

**EDITA:**

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

**PRESIDENTE:**

*Mariano Medina Crespo*

**DIRECTOR:**

*Javier López y García de la Serrana*

**SUBDIRECTORA:**

*María del Carmen Ruiz-Matas Roldán*

**CONSEJO DE REDACCIÓN:**

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

**MIEMBROS DE HONOR:**

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

**DISEÑO:**

*Aeroprnt Producciones S.L.*

**IMPRIME:**

*Aeroprnt Producciones S.L.*

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

**ISSN** 1887-7001

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



## Qué barato sale violar la dignidad del ser humano

---

por Javier López y García de la Serrana  
Director

**E**n una anterior editorial hablaba de “*la justicia del Cadí*” para referirme a los vaivenes jurisprudenciales en la cuantificación del daño por la falta del consentimiento informado en la práctica médica, pues existen dos posiciones bien diferenciadas, una resarcitoria que estima que se debe indemnizar por la totalidad del daño y otra reparadora, por la que se indemnizaría únicamente el daño moral derivado de la pérdida de la oportunidad de elección, al no ser posible establecer si el paciente, conociendo esa información, hubiera otorgado o no el consentimiento.

Citaba como muestra de esta diversidad de criterios una de las últimas resoluciones dictadas en esta materia por la Sala 1ª del TS, la sentencia de 30 de junio de 2009 (Ponente: Marín Castán), que aborda el tema de la cuantificación del daño causado por la falta de consentimiento informado, entendiendo que la indemnización no tiene que coincidir necesariamente con la que correspondería al daño o lesión causado por la intervención, es decir, a la materialización o cris-



talización del riesgo típico; desde esta perspectiva nuestro Alto Tribunal optaba por establecer la indemnización en el 50% del importe reclamado por la actora, sin más argumentos que la remisión a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2005, pero sin embargo ésta estimó como indemnización por la infracción del deber de información, el 100% del daño causado.

Por su parte, la sentencia de la Sala 3ª del TS, de **9 de marzo de 2010** (Ponente: Lecumberri Marti), a pesar de pertenecer a la jurisdicción contencioso-administrativa, optó también por la posición resarcitoria por la totalidad del daño, al entender que, con la omisión de información a la paciente, se le privó de la posibilidad de ponderar la conveniencia de someterse o no a aquella específica y singular operación quirúrgica; por ello, entiende que la omisión de aquel dato o circunstancia, no puede calificarse de irrelevante desde el punto de vista de la autonomía de la persona, dado que se le privó a la paciente de su facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses si debía someterse o no a aquella intervención quirúrgica y, en su caso, contrastar el pronóstico con otros facultativos. Esta situación exige según nuestro Alto Tribunal una indemnización acorde con el 100% del daño causado (180.000 euros), dada la importancia de la infracción de la *lex artis ad hoc* que supone el consentimiento defectuosamente informado.

Por tanto, decía en dicha editorial que la cuantificación del daño en estos casos sigue quedando a discreción del juez, sin que hasta la fecha se hayan fijado parámetros claros en los que basarse a la hora de la valoración los daños provocados ante un incumplimiento del consentimiento informado, estando a la "imaginación" de los jueces, o lo que es lo mismo a "**la justicia del Cadí**", con el riesgo discriminatorio que esto

supone. Ese es el próximo paso evolutivo de la jurisprudencia sobre esta materia, que todos esperamos se produzca en los próximos años.

Pero el motivo de volver a hablar de este tema lo tiene la sentencia del TSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo de Granada (recurso 2726/03), de 2 de noviembre de 2010, que me acaba de hacer llegar un querido compañero mientras terminaba esta editorial, la cual en un principio glosaba nuestro X Congreso Nacional recién celebrado, dándome un vuelco el corazón cuando leo en dicha sentencia que **la cantidad en que debe valorarse el bien moral lesionado según el TSJA, consistente en la falta de consentimiento informado, es de 600 euros**. En ese momento lo primero que se me viene a la cabeza es qué barato sale violar la dignidad del ser humano, pero no quiero escandalizarme por adelantado, sobre todo porque su ponente es una magistrada a la que considero una gran jurista, sin antes leer los argumentos de dicha sentencia: *"En correlación a este pronunciamiento judicial, ha de destacarse que la falta de consentimiento informado, siempre que de la intervención médica haya derivado lesiones o secuelas, da lugar a resarcimiento, que debe evaluarse en relación al valor autónomo del derecho que, como bien moral, tiene el paciente a ser informado de las lesiones que de una forma previsible pueden derivar de la intervención quirúrgica. Y en el presente caso, esta información debía haberse orientado a informar a la paciente sobre cómo sería el posoperatorio, sobre la incerteza de los resultados a largo plazo de la intervención en cuestión (relativa a lo que de una forma popular se llama juanetes), sobre la probable necesidad de un cambio de calzado para toda la vida, y sobre la existencia de complicaciones, como la reducción del movimiento de la articulación metatarsofalángica, recidiva, disfunción nerviosa sensitiva, infección localizada, hallus varus o necrosis de la cabeza de metatarsiano.*

*La ausencia de tal consentimiento informado –cuestión admitida por la Administración sanitaria– determina reconocer el derecho de la recurrente a ser indemnizada por este motivo, pero no a la cantidad señalada por la misma en su escrito de demanda (61.656,75 euros), que se refiere a las secuelas padecidas, sino a la cantidad en que esta Sala entiende, debe valorarse el bien moral consistente en el derecho a obtener la información referida en el apartado anterior. Y ha de considerarse adecuada la cantidad de 600 euros. A esta cantidad no cabe añadirle intereses legales, ya que es una cantidad liquidada en este mismo pronunciamiento judicial”.*

Después de leer estos argumentos, ya sí que no entiendo nada, pues **la falta de información sobre la probable necesidad de un cambio de calzado para toda la vida y sobre la existencia de complicaciones, como la reducción de movimientos, disfunciones nerviosas sensitivas, infecciones o necrosis de la cabeza de metatarsiano, sólo se hace merecedora de una indemnización que no llega al 10% del daño causado**, aunque este no se deba a una mala praxis médica directa, pero sí a una falta de consentimiento informado. En ese momento me acuerdo de una parte del prólogo que María Castellano Arroyo y Enrique Villanueva Cañadas, Catedráticos de Medicina Legal y Forense de la Universidad de Granada, tuvieron la gentileza de hacerle al libro “El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital” (Ed. Comares, Granada 2002), que escribí junto con mi mujer, médico especialista en nefrología: “El Consentimiento y la Información necesaria para que éste tenga validez jurídica son ramas de un mismo tronco: la Autonomía de la persona. El Principio de Autonomía tiene su origen en el reconocimiento de la persona como ser individual, dotado de racionalidad y libertad, lo que la convierte en un ser diferente de lo fisi-

co, en fuente de moralidad y en ordenadora de todo lo que la rodea, para dirigirlo hacia su propio perfeccionamiento. Reconocer esto significó aceptar la dignidad del ser humano en sí mismo y no en relación a la posición que ocupara en la organización social, dignidad que es consustancial a la persona y que deriva hacia una consecuencia universal: todas las personas son igualmente dignas. Este reconocimiento supuso el gran salto al pensamiento moderno y dio origen al nacimiento de los derechos individuales. La aceptación de la dignidad de la persona basada en su capacidad de comprensión, de raciocinio, de juicio y en la voluntad libre o capacidad de elegir, ha llevado en la relación médico-enfermo a que sea el enfermo, siempre que su estado psicofísico lo permita, quien tome las decisiones que considere más favorables para su persona entre las alternativas diagnósticas y terapéuticas que se le ofrezcan”.

La importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales se pone de manifiesto al constatar el interés que han demostrado por los mismos casi todas las organizaciones internacionales con competencia en la materia. Ya desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, organizaciones como Naciones Unidas, UNESCO o la Organización Mundial de la Salud, o, más recientemente, la Unión Europea o el Consejo de Europa, entre muchas otras, han impulsado declaraciones o, en algún caso, han promulgado normas jurídicas sobre aspectos genéricos o específicos relacionados con esta cuestión. En este sentido, es necesario mencionar la trascendencia de la Declaración universal de derechos humanos, del año 1948, que ha sido el punto de referencia obligado para todos los textos constitucionales promulgados posteriormente o, en el ámbito más estrictamente sanitario, la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, promovida el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud, aparte de múltiples declaraciones inter-



nacionales de mayor o menor alcance e influencia que se han referido a dichas cuestiones.

Últimamente, cabe subrayar la relevancia especial del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito el día 4 de abril de 1997, el cual entró en vigor en el Reino de España el 1 de enero de 2000. Dicho Convenio es una iniciativa capital: en efecto, a diferencia de las distintas declaraciones internacionales que lo han precedido, es el primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben. Su especial valía reside en el hecho de que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. El Convenio trata explícitamente, con detenimiento y extensión, sobre la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, persiguiendo el alcance de una armonización de las legislaciones de los diversos países en estas materias; en este sentido, es absolutamente conveniente tener en cuenta el Convenio en el momento de abordar el reto de regular cuestiones tan importantes.

Lo que acabo de reproducir no es otra cosa que los dos primeros párrafos de la exposición de motivos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información

y documentación clínica que, en su artículo 2, establece como principios básicos: "1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica. 2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley".

Dicho todo esto sólo me queda añadir que **violiar la dignidad del ser humano, tomándolo por tonto al ignorar su capacidad de decisión sobre algo tan importante como es su vida y su salud, no debería salir nunca tan barato**. No debemos olvidar que la información al paciente es un derecho fundamental de la persona, más que una obligación del profesional, que también lo es; y, como tal, su vulneración tiene que ser merecedora de una indemnización mucho más acorde con su singular trascendencia, aunque para algunos esta pase desapercibida.

Baste recordar por último la Sentencia del TC, de 23 de octubre de 2006 que estimó el Recurso de Amparo contra la sentencia del TS de 14 de noviembre de 2002, por entender que 200 euros, indemnización concedida en dicha sentencia por violación del derecho a la intimidad y la propia imagen, "lejos de reparar tales derechos, los lesiona de nuevo, pues es notorio que una indemnización de 200 euros resulta una cantidad meramente simbólica y claramente insuficiente".



## Daño moral y prueba pericial en la responsabilidad civil por perturbación de derechos reales

Gonzalo Iturmendi Morales  
Abogado



### SUMARIO

1. Introducción
2. Perturbaciones ilegítimas de derechos reales causantes de daño moral
3. Aproximación normativa de algunas manifestaciones del daño moral
4. Responsabilidad civil por daño moral a partir de la perturbación del derecho real
  - 4.1 Precisiones previas
  - 4.2 ¿Cuándo hay que responder?
    - 4.2.1 Daños morales por intromisión ilegítima en los derechos reales



#### 4.2.2 Nexo de causalidad

#### 4.2.3 Causalidad adecuada

#### 4.2.4 Interrupción del nexo de causalidad

#### 4.2.5 Insuficiencia de las simples conjeturas para apreciar el nexo de causalidad

### 5. Prueba pericial del daño moral originado por intromisiones ilegítimas en derechos reales y defectos de la construcción

## 6. Conclusiones

### 1. Introducción

Relacionar los **derechos reales y los daños patrimoniales** con el **daño moral**, nos obliga a establecer primeramente criterios que permitan discernir con rigor cuando se produce con suficiente relevancia la inquietud, la pesadumbre y el impacto emocional generador de un auténtico daño moral a raíz de títulos de imputación de responsabilidad de nacen de intromisiones ilegítimas en los derechos reales o bien en los defectos constructivos. Establecidos estos criterios aún queda otra labor, la de su valoración<sup>1</sup> con criterios objetivos, auditables y transparentes que garanticen la equanimidad de las resoluciones judiciales.

Al repararse el daño moral no se atiende a la reintegración de un patrimonio, sino que se proporciona una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, en unos casos y en otros supuestos a la compensación económica por el menoscabo de la dignidad de la persona y de los derechos inherentes a la misma.

Resulta llamativo la práctica habitual de no llevar a cabo prueba pericial del daño moral reclama-

do tendente a acreditar la existencia del mismo, por lo que en una ocasiones procede su total desestimación y en otras se estima sobre la base de la constatación previa de unos hechos que afectan a la esfera patrimonial y de los derechos reales, de los que se presumen 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, son traducibles en la esfera económica.

El auténtico daño moral no implica repercusión económica, no se habla de reparación, sino de indemnización compensatoria por vía de sustitución. Surge entonces una doble dificultad pericial, por un lado la determinación de la relevancia del hecho motivador como para poder hablar de indemnización por daño moral y seguidamente la posibilidad o no de utilizar parámetros o módulos objetivos en su valoración. A priori al escapar, por su naturaleza a una objetivación mensurable, su cuantificación viene moviéndose dentro de una ponderación razonable, situándose en el plano de la equidad y en una prudente consideración de las circunstancias acontecidas, pero cabe preguntarse si ésta solu-

<sup>1</sup> En nuestro trabajo no nos referimos a la valoración de los derechos reales propiamente dicha sino a la valoración del daño extramatrimonial derivada del previo daño patrimonial en aquellos derechos. Sobre valoración inmobiliaria véase: Valoraciones inmobiliarias: fundamentos teóricos y manual práctico (D.L. 2003). LLANO ELCID, ANTONIO. Marbella: Llano, D.L. 2003; en cuyo estudio se aborda los fundamentos teóricos de la valoración inmobiliaria: valoración inmobiliaria, valor de un bien inmueble, bienes inmuebles y derechos reales, unidades monetarias y de superficie, momentos determinados, finalidad (clasificación de las valoraciones, tipos de valoraciones inmobiliarias, principios de la valoración inmobiliaria, formación de precios de los inmuebles en España, criterios fundamentales para la valoración de inmuebles, métodos de valoración, fórmulas generales de valoración, conceptos empleados), métodos de valoración, métodos de comparación, métodos de capitalización de rentas, método del coste, método residual, aplicación de los distintos métodos de valoración, valoraciones administrativas, catastrales y urbanísticas. Y finalmente la Valoración de los derechos reales propiamente dichos

ción es la idónea en todos los casos y cuál es el papel de la prueba pericial en este ámbito.

Sabido es –como recoge la STS 2 abril de 2004–, que aunque el daño moral no se encuentre específicamente nominado en el Código Civil, tiene adecuado encaje en exégesis de ese amplísimo «reparar el daño causado» que emplea el artículo 1902, como tiene declarado el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 6 de diciembre de 1912; la construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como por la jurisprudencia.

Actualmente predomina la idea del daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.). De ahí que, ante, frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del «lucro cesans» y/o del «damnum emergens», la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento

moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado (Sentencias de 31 de mayo de 1983 y 25 de junio de 1984<sup>2</sup>).

Por lo que hace a la valoración del daño<sup>3</sup> se ha venido manteniendo que lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (S. 23 julio 1990, 29 enero 1993, 9 diciembre 1994 y 21 junio 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes<sup>4</sup>, como destacan las Sentencias de 29 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994. Cuando el daño moral emane de un daño material (S. 19 octubre 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte<sup>5</sup>, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la «in re ipsa loquitur», o cuando se da una situación de notoriedad (SS. 15 febrero 1994, 21 marzo 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria.

Proponemos realizar una aproximación metodológica normativa y estudio jurisprudencial del daño moral a partir de títulos de imputación de responsabilidad patrimonial. Para ello centramos nuestra atención, en la intromisión ilegítima en los derechos reales y patrimoniales, como hecho ge-

<sup>2</sup> "No cabe duda que el extravío de la muestra estirpada a la paciente le ha producido un importante trastorno de orden psicológico; en efecto extraviada la muestra no se han podido hacer las pruebas necesarias a fin de determinar si lo extraído era de componente benigno o maligno, ello lleva directamente una situación de desazón manifestada por la posibilidad de padecer una peligrosa enfermedad sin saberlo; pero es que a mayor abundamiento no habiéndose podido practicar las pruebas de anatomía patológica y sin poder establecerse un diagnóstico preciso podría haberse dado la circunstancia, al final no producida que la demandante padeciera una enfermedad de carácter grave y durante un periodo de tiempo no se haya podido tratar de la misma por lo que la existencia de los daños morales evidenciados por ese sufrir psicológico del paciente que se produce aunque cuando no se tenga una personalidad hipocondríaca se han producido". Sentencia Audiencia Provincial núm. 600/2004 Madrid (Sección 18), de 29 septiembre. Recurso de Apelación núm. 587/2003. Ponente: Sr. D. Pedro Pozuelo Pérez.

<sup>3</sup> LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, MIGUEL, La Prueba pericial: guía práctica y jurisprudencia (2004). -Madrid: COLEX, 2004.

<sup>4</sup> LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, MIGUEL. La Prueba pericial: guía práctica y jurisprudencia (1995). -Madrid: COLEX, 1995.

<sup>5</sup> CRIADO DEL RÍO, M<sup>a</sup> TERESA. Propuesta de modelo de informes médico legales de valoración de daños personales en los ámbitos laboral y civil. En: Cuadernos de valoración. -Madrid: Sociedad Española de Valoración del Daño Corporal. -nº 1, Diciembre 2003; p. 23-27. También, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARÍA FRANCISCA. Manual práctico de la prueba pericial médica: examen de antecedentes, extremos de proposición, práctica y... (2000). Granada: Comares, 2000. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, PEDRO M<sup>a</sup>, La Peritación como medio de prueba en el proceso civil español (D.L. 1999). -Pamplona: Aranzadi, D.L. 1999.



nerador del daño moral, causa de imputación de la que nace la responsabilidad.

La ponencia tiene un objetivo científico y un objetivo práctico. El primero **es conocer mejor los factores periciales implicados en el hecho motivador del daño moral** que produce el estado del perjudicado en el triple ámbito personal, familiar y socio-laboral. El segundo consiste en la **búsqueda de un patrón que permita reconocer un mínimo de cohesión interna en los pronunciamientos judiciales sobre esta materia, a fin de establecer las bases metodológicas de una técnica pericial que proporcione garantías de coherencia y previsibilidad de las futuras resoluciones jurisdiccio-**

**nales.** Precisamos, al fin, establecer unas pautas que posibiliten el examen pericial completo de los hechos relevantes, su análisis correcto y los razonamientos lógicos con arreglo a la ciencia, en materia de daño moral derivado del previo daño patrimonial, una prueba basada en hechos probados y contrastables, con conclusiones claras, concisas y estar bien motivadas.

La doctrina científica<sup>6</sup> ha abordado el problema del daño moral desde el punto de vista de su origen histórico, clasificación, valoración económica, aseguramiento, etc., en contraposición con la escasa práctica de la prueba pericial en materia psicológica<sup>7</sup> cuando se produce la intromisión en los derechos reales.

<sup>6</sup> ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO, Daño moral: concepto y requisitos. Prueba del daño. Daño moral y responsabilidad por incumplimiento contractual. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (Civitas) Revista N.º: 54 Fecha de Publicación: Octubre-Diciembre 2000. ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO, Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (Civitas) Revista N.º: 54 Fecha de Publicación: Octubre-Diciembre 2000. CASAS PLANES, MARÍA DOLORES, Reflexión acerca del daño moral al enfermo psíquico, derivado de actuaciones judiciales y del funcionamiento anormal de la Administración Pública. Diario La Ley, N.º 6697, 20 Abr. 2007, Año XXVIII, Ref. D-97, Editorial LA LEY. MACÍAS CASTILLO, AGUSTÍN, Daño moral y lucro cesante Actualidad Civil, Sección: Fundamentos de Casación, Págs: 2714 a 2717. N.º de Págs.: 4 Revista N.º: 22 Fecha de Publicación: Quincena del 16 al 31 Dic. 2006 Tomo: 2. GARCÍA VARELA, ROMAN, El incumplimiento contractual y el daño moral, Diario La Ley-Diario La Ley, N.º 6440, 14 Mar. 2006, Año XXVII, Ref. D-69, Editorial LA LEY. IGARTUA ARREGUI, FERNANDO, Daño moral contractual. Reconocimiento en sentencia apelada. Daño y perjuicios e incumplimiento de contrato. Frustración de las expectativas basadas en el contrato. Lesión a la permanencia en el ejercicio de una actividad. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Revista N.º: 5 Fecha de Publicación: Abril-Agosto 1984. IGARTUA ARREGUI, FERNANDO, Derecho a la intimidad: límites. Derecho a la imagen. Indemnización del daño moral. Incongruencia. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Revista N.º: 12 Fecha de Publicación: Septiembre-Diciembre 1986. AGUSTÍN CALVO, MARÍA GRACIELA, La valoración judicial en la indemnización por daño moral. Revista General de Derecho, Revista N.º: 610 Fecha de Publicación: Julio-Agosto 1995. VICENTE DOMINGO, ELENA, Responsabilidad civil extracontractual. Daño personal. Daño moral. Valoración. Legitimación de la madre. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Revista N.º: 35 Fecha de Publicación: Abril-Agosto 1994. BELLÓN MOLINA, FRANCISCO ANTONIO, La condena a indemnizar los perjuicios causados, en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral. Actualidad Civil, Sección: Doctrina Página: 391, Fecha de Publicación: 1998, Ref.: XVIII, Tomo: 2. -MARCOS OYARZUN, FRANCISCO JAVIER, Daño moral, objeto y reparación integral en supuestos de responsabilidad administrativa Revista de Estudios Locales Revista de Estudios Locales (CUNAL) (Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local), Sección: Comentario Jurisprudencial Página: 53, Revista N.º: 50 Fecha de Publicación: Octubre 2001. CRISTOBAL MONTES, ANGEL, El daño moral contractual, Revista de Derecho Privado (Edersa), Fecha de Publicación: 1990. PARRA LUCÁN, MARÍA DE LOS ANGELES, TS 19 de junio de 1990: Responsabilidad civil médico-sanitaria. Derecho a la protección de la salud. Daño moral. Relación de causalidad. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (Civitas) Revista N.º: 24 Fecha de Publicación: Septiembre-Diciembre 1990. GARCIA RUBIO, MARIA PAZ, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1998: Nacimiento de un niño no querido. Daño resarcible. Daño patrimonial. Daño moral. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (Civitas), Revista N.º: 48 Fecha de Publicación: Septiembre-Diciembre 1998. QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, Apuntes sobre la responsabilidad civil del facultativo por denegación de asistencia médica, Diario La Ley, N.º 6226, 7 Abr. 2005, Ref. D-80, Editorial LA LEY. SOTO NIETO, FRANCISCO, Daños derivados de negligencia médica. Tendencia progresiva hacia el establecimiento de un sistema de baremos. Diario La Ley, 1995, pág. 826, Tomo 2, Editorial LA LEY. MARTÍN CASALS, MIGUEL, Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (wrongful conception), Diario La Ley, 2001, Ref. D-45, Tomo 2, Editorial LA LEY. GONZÁLEZ MIRASOL, PABLO, Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica, Diario La Ley, N.º 6326, 26 Sep. 2005, Ref. D-213, Editorial LA LEY. EMALDI CIRIÓN, AITZIBER, La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos. Diario La Ley, 2001, Ref. D-142, Tomo 5, Editorial LA LEY. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, GEMA, La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil. Diario La Ley, 1998, Ref. D-168, Tomo 3, Editorial LA LEY. PALOU BRETONES, ANTONIO, Responsabilidad del personal sanitario, Diario La Ley, 1999, Ref. D-313, Tomo 6, Editorial LA LEY. -SOTO NIETO, FRANCISCO, Valoración del perjuicio estético, Diario La Ley, N.º 5523, 15 Abr. 2002, Año XXIII, Ref. D-102, pág. 1820, Tomo 3, Editorial LA LEY. BAÑEGIL ESPINOSA, ADOLFO, Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica, Actualidad Civil Sección: Doctrina, Página: 143, Fecha de Publicación: 1997. URBANO CASTRILLO, EDUARDO DE, La responsabilidad médica por el resultado: el caso de los odontólogos, Diario La Ley, N.º 6880, 11 Feb. 2008, Año XXIX, Ref. D-39, Editorial LA LEY. DÍAZ MARTÍNEZ, ANA, Daños causados en la investigación biomédica y la realización de estudios genéticos: conductas y omisiones determinantes de responsabilidad y resarcimiento, Diario La Ley, N.º 6782, 19 Sep. 2007, Año XXVIII, Ref. D-197, Editorial LA LEY. RIVES SEVA, JOSÉ MARÍA, Consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil médica y sanitaria. Cuestiones de derecho sustantivo y procesal en la materia, Diario La Ley, N.º 6011, 5 May. 2004, Año XXV, Ref. D-103, Editorial LA LEY. MEDINA CRESPO, MARIANO Daños corporales y Carta Magna. Repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo, Ed. DYKINSON, Madrid, 2003.

<sup>7</sup> Peritaje psicológico en procedimientos civiles y laborales (D.L.1998) Madrid: Fundación Universidad Empresa, D.L. 1998.

Analizaremos este problema desde el punto de vista del título de imputación de responsabilidad, sin intuir al inicio del análisis –exactamente– a donde nos puede llevar. Nos preguntamos si existe o no un orden natural o una pauta en la causa de imputación de la responsabilidad, en suma, una coherencia en las resoluciones judiciales que vincule la intromisión ilegítima de los derechos reales y patrimoniales con el daño moral.

En esta doble aproximación para el estudio problema, en primer lugar abordaremos el necesario estudio normativo, en la medida en que exista protección normativa expresa por parte del legislador y a continuación su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales. A la hora de establecer un criterio orientador para recorrer en el marasmo de resoluciones judiciales existentes, hemos centrado nuestra atención en **los títulos de imputación de responsabilidad basados en intromisiones indebidas en derechos reales, en la que concurre el daño moral**, auténtica causa de imputación por la que nace la responsabilidad.

## 2. Perturbaciones ilegítimas de derechos reales causantes de daño moral

Desde el punto de vista conceptual **los derechos reales**, a diferencia de los derechos personales o de obligaciones, **se caracterizan** porque otorgan a su titular la capacidad, facultad o potes-

tad sobre una cosa, al fin, un derecho subjetivo que implica la inmediata dominación sobre una cosa frente a terceros<sup>8</sup>.

Los derechos reales –en la mayor parte de los casos– se pueden reponer total o parcialmente, pudiéndose valorar económicamente –para el caso de su pérdida, destrucción o imposibilidad de ejercicio– siguiendo distintos métodos de evaluación, tales como los métodos de comparación, métodos de capitalización de rentas, método del coste, método residual, valoraciones administrativas, catastrales, urbanísticas, etc.

Incluso es conocida perfectamente la doctrina de la Dirección General de Registros y el Notariado acerca de la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales, al amparo del principio de «*numerus apertus*»<sup>9</sup> que predicen los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario. La autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un **deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado**<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Lo define GONZALO DE LAS CASAS, JOSÉ, en El Diccionario General del Notariado de España, como: “El inherente a la cosa y la persigue a donde quiera que se encuentre”, Imprenta de la biblioteca del notariado, Madrid 1855, Tomo IV, pág. 73.

<sup>9</sup> Aunque con límites, ya que caben pactos que alteren el contenido típico de los derechos reales (arts. 392, 467 y 470 del Código civil y art. 7 del Reglamento Hipotecario). Así, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo 2009 deniega la inscripción de un acta de solicitud de nota marginal respecto a la afección de una finca al cumplimiento de la finalidad de una subvención. Para que un derecho se considere derecho real es preciso que la figura que se cree reúna las características propias de un derecho real, y si se trata de una figura nueva, máxime si se trata de algún tipo nuevo de garantía carente de regulación legal, es preciso que se regulen todas las consecuencias que dicha garantía comporta, o bien se remita a los efectos jurídicos de otra figura. Aunque la figura que se constituye en el caso no es totalmente atípica, pues viene establecida en la Ley General de Subvenciones, sin embargo, su artículo 31.4 b) dice que el bien quedará afecto «al pago del reintegro cualquiera que sea su poseedor salvo que resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral», y lo no se regula en dicha Ley es una figura específica que sirva para, mediante la constancia registral de la afección, evitar que surja dicho tercero.

<sup>10</sup> Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 25 Abr. 2005: “Del análisis del elevado número de resoluciones que este Centro Directivo ha dedicado a la cuestión, puede colegirse que han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de preferente adquisición (el tanteo convencional, cuyo carácter real no ha recibido sanción legal hasta la reciente legislación catalana), las situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal y la variada gama de servidumbres personales y reales; por otra parte, respecto de los derechos reales típicos, y singularmente de los de goce, la autonomía de la voluntad ha ido más bien encaminada a perfilar determinadas características del paradigma legal”.



Por tanto, podemos resumir las características de los derechos reales en la inmediatividad del poder de su titular sobre la cosa, que le permite usarla y servirse de ella como dueño, sin perjuicio de las limitaciones que el ordenamiento jurídico imponga a su titular, por ejemplo, con motivo de planes urbanísticos que impidan el aprovechamiento ilimitado de un solar. Siendo esa facultad erga omnes, implica desde la perspectiva de los demás, la obligación de abstención de cualquier extraño a acceder sin consentimiento del titular del derecho real. Además, son derechos especialmente protegidos mediante el ejercicio de otros derechos, como son los llamados derechos de preferencia y persecución, que refuerzan la posición del titular del derecho real frente a los titulares de otros de-

rechos que invocan la protección del ordenamiento jurídico.

A la hora de clasificar los derechos reales CAS-TÁN distinguió entre derechos reales que recaen sobre cosas materiales y derechos reales sobre bienes inmateriales. "A su vez –siguiendo la clasificación de MALDONADO–, los derechos reales sobre cosas corporales pueden ser de protección provisoria (**posesión**<sup>11</sup>) o de protección perfecta y definitiva. Estos últimos se dividen a su vez en derecho real pleno (**dominio**<sup>12</sup>) y derechos reales restringidos o limitativos del dominio. El dominio, a su vez puede ser de un solo sujeto o de varios, formando en este último caso las diversas formas de **copropiedad**. Por su parte los derechos reales

<sup>11</sup> Véase sobre daño moral en derecho de posesión de vivienda: SAP Cádiz (Sección 1ª), de 3 noviembre 2000 (JUR 2001, 46761). SAP Burgos núm. 299/2005 (Sección 2ª), de 31 mayo (JUR 2005, 221550). SAP Valladolid, Sección 3ª, Sentencia de 27 Nov. 2008, rec. 232/2008. SAP La Rioja núm. 297/2006 (Sección 1), de 11 octubre (JUR 2006, 278309). SAP Asturias núm. 494/2000 (Sección 5ª), de 14 septiembre (JUR 2000, 299957). SAP La Coruña núm. 126/2000 (Sección 6ª), de 15 junio (JUR 2001, 37193). SAP Pontevedra, Sección 6ª, Sentencia de 6 Nov. 2008, rec. 3100/2007. SAP Madrid, Sección 14ª, Sentencia de 28 Oct. 2008, rec. 427/2008. SAP Asturias, Sección 4ª, Sentencia de 10 Abr. 2006, rec. 90/2006.

<sup>12</sup> Daños en vivienda: SAP Zamora núm. 79/2001, de 6 marzo (JUR 2001, 150444). SAP Barcelona (Sección 16ª), de 28 junio 2000 (JUR 2000, 284507). SAP Barcelona (Sección 13ª), de 30 junio 2000 (JUR 2000, 305461). SAP La Rioja núm. 377/2006 (Sección 1), de 27 diciembre (JUR 2007, 104724). SAP León núm. 80/2006 (Sección 3ª), de 7 abril (JUR 2006, 159522). SAP Álava núm. 134/2001 (Sección 1ª), de 16 mayo (JUR 2001, 303069). SAP Ciudad Real núm. 245/2005 (Sección 1ª), de 30 septiembre (JUR 2006, 11700). SAP Las Palmas núm. 520/2000 (Sección 4ª), de 15 septiembre (JUR 2001, 91321). SAP Murcia núm. 377/2000 (Sección 1ª), de 18 septiembre (JUR 2001, 17412). SAP Barcelona núm. 121/2006 (Sección 16), de 16 marzo (JUR 2006, 231713). SAP Jaén núm. 148/2001 (Sección 2ª), de 27 febrero (AC 2001, 1160). SAP Murcia núm. 138/2006 (Sección 4ª), de 17 mayo (JUR 2006, 187896). SAP Valencia núm. 278/2004 (Sección 11ª), de 21 mayo (JUR 2005, 11007). SAP Asturias núm. 587/2000 (Sección 5ª), de 27 octubre (JUR 2001, 27035). SAP Barcelona (Sección 16ª), de 24 abril 2001 (JUR 2001, 215279). SAP Segovia núm. 20/2003 (Sección Única), de 6 marzo (JUR 2003, 141876). SAP Alicante, Sección 8ª, Sentencia de 1 Dic. 2008, rec. 345/2008. SAP Madrid, Sección 19ª, Sentencia de 23 Ene. 2009, rec. 751/2008. Daños en el jardín y huerto. SAP Barcelona (Sección 14ª), de 7 mayo 2003 (JUR 2003, 254443). Desalojo temporal. SAP Salamanca núm. 179/2006 (Sección 1), de 10 abril (JUR 2006, 249362). SAP Badajoz núm. 15/2005 (Sección 2ª), de 25 enero (JUR 2005, 98086). SAP Madrid núm. 27/2005 (Sección 18ª), de 14 enero (JUR 2005, 55159). SAP La Rioja núm. 297/2006 (Sección 1), de 11 octubre (JUR 2006, 278309). SAP Alicante núm. 473/2002 (Sección 7ª), de 18 septiembre (JUR 2002, 264204). SAP Madrid núm. 404/2005 (Sección 14ª), de 26 mayo (JUR 2005, 177458). SAP Salamanca núm. 36/2006 (Sección 1ª), de 30 enero (JUR 2006, 105666). SAP Barcelona núm. 170/2006 (Sección 16), de 12 abril (JUR 2006, 236905). SAP Cantabria núm. 610/2005 (Sección 2ª), de 23 diciembre (JUR 2006, 27228). SAP La Coruña núm. 258/2005 (Sección 6ª), de 27 mayo (JUR 2006, 93863). SAP Zamora núm. 310/2004 (Sección 1ª), de 11 noviembre (JUR 2004, 312647). SAP Madrid núm. 662/2006 (Sección 14), de 7 noviembre (JUR 2007, 53206). SAP Burgos núm. 569/2001 (Sección 2ª), de 10 octubre (JUR 2001, 330115). SAP Palencia núm. 124/2004 (Sección 1ª), de 20 abril (JUR 2004, 214649). SAP Cádiz núm. 368/2002 (Sección 7ª), de 23 septiembre (JUR 2002, 282026). SAP Valencia núm. 198/2004 (Sección 7ª), de 7 abril (JUR 2004, 171442). AAP Madrid núm. 182/2006 (Sección 19), de 7 junio (JUR 2007, 11237). SAP Asturias núm. 353/2004 (Sección 6ª), de 25 octubre (JUR 2004, 291582). SAP Huesca núm. 60/2003 (Sección Única), de 27 febrero (JUR 2003, 85653). AAP León (Sección 2ª), de 29 enero 2001 (JUR 2001, 122420). SAP La Coruña núm. 202/2003 (Sección 4ª), de 24 julio (AC 2003, 1546). SAP Sevilla núm. 85/2006 (Sección 2ª), de 6 marzo (JUR 2006, 196382). SAP Sevilla núm. 501/2004 (Sección 5ª), de 7 octubre (JUR 2005, 70113). SAP Asturias núm. 170/2003 (Sección 6ª), de 7 abril (JUR 2003, 210330). SAP Madrid núm. 662/2006 (Sección 14), de 7 noviembre (JUR 2007, 53206). SAP Valladolid núm. 37/2004 (Sección 1ª), de 29 enero (JUR 2004, 81134). SAP Madrid núm. 742/2003 (Sección 9ª), de 29 noviembre (JUR 2004, 89336). SAP Asturias núm. 421/2002 (Sección 6ª), de 7 octubre (JUR 2003, 9844). SAP Asturias núm. 105/2003 (Sección 4ª), de 4 marzo (AC 2003, 773). AAP León núm. 54/2004 (Sección 3ª), de 20 julio (JUR 2004, 256178). SAP Barcelona núm. 67/2005 (Sección 11ª), de 2 febrero (JUR 2005, 81199). SAP Navarra núm. 60/2003 (Sección 1ª), de 12 marzo (JUR 2003, 117510). SAP Tarragona núm. 455/2005 (Sección 1ª), de 25 octubre (JUR 2006, 81051). SAP Madrid núm. 69/2006 (Sección 18ª), de 1 febrero (JUR 2006, 100068). SAP Asturias núm. 477/2002 (Sección 4ª), de 21 octubre (JUR 2003, 11691). SAP Badajoz núm. 203/2004 (Sección 2ª), de 1 septiembre (JUR 2004, 274883). SAP Córdoba núm. 75/2002 (Sección 2ª), de 1 abril (JUR 2002, 152909). SAP Badajoz núm. 76/2004 (Sección 2ª), de 15 abril (JUR 2004, 306291). SAP Orense núm. 207/2001 (Sección 2ª), de 11 junio (JUR 2001, 237312). SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 21/2006 (Sección 4), de 23 enero (AC 2006, 658). SAP Zamora núm. 112/2004 (Sección 1ª), de 29 marzo (JUR 2004, 128669). SAP Girona núm. 9/2005 (Sección 1ª), de 18 enero (JUR 2005, 64020). SAP Baleares núm. 244/2003 (Sección 3ª), de 14 abril (JUR 2003, 228506). SAP Baleares núm. 13/2004 (Sección 5ª), de 22 enero (JUR 2004, 80532). SAP Cantabria núm. 219/2004 (Sección 1ª), de 29 abril (JUR 2004, 174639). SAP La Coruña núm. 172/2002 (Sección 4ª), de 7 mayo (JUR 2002, 203902). SAP Pontevedra núm. 382/2006 (Sección 1), de 28 junio (JUR 2006, 240396). AAP Gipuzkoa núm. 155/2006 (Sección 3), de 12 abril (JUR 2006, 194712). SAP Álava núm. 112/2005

restringidos pueden ser **de goce, de garantía o de adquisición**. Los derechos reales de goce se dividen a su vez en derechos reales temporales sobre cosas muebles e inmuebles (derechos **de usufructo, uso y habitación**<sup>13</sup>) y derechos reales inmobiliarios. Estos últimos pueden ser de duración indefinida o de duración no prefijada. Entre los primeros están las **servidumbres**<sup>14</sup> **reales o prediales, los censos, los foros y el derecho de superficie**. Los de duración no prefijada son las

**servidumbres personales**. En cuanto a los derechos reales restringidos de garantía, estos pueden ser de garantía mobiliaria (**prenda e hipoteca mobiliaria**), de garantía inmobiliaria (**hipoteca y anticresis**) y de retención (derecho de retención). Finalmente los derechos reales restringidos de adquisición son el retracto, el tanteo y la opción<sup>15</sup>.

Lo cierto es que las relaciones de vecindad en la sociedad moderna cada vez son más comple-

(Sección 2ª), de 21 julio (JUR 2005, 233350). SAP Alicante núm. 466/2005 (Sección 8ª), de 17 noviembre (JUR 2006, 97426). SAP Almería núm. 64/2001 (Sección 2ª), de 19 febrero (AC 2001, 1140). SAP Asturias núm. 123/2004 (Sección 4ª), de 15 marzo (JUR 2004, 129409). SAP Asturias núm. 203/2004 (Sección 5ª), de 9 junio (JUR 2004, 179727). SAP Asturias núm. 354/2001 (Sección 6ª), de 18 junio (JUR 2001, 238242). SAP Asturias núm. 360/2004 (Sección 5ª), de 20 octubre (JUR 2004, 291843). SAP Asturias núm. 471/2003 (Sección 1ª), de 3 diciembre (JUR 2004, 37001). SAP Barcelona (Sección 16ª), de 11 febrero 2002 (JUR 2002, 135515). SAP Cáceres núm. 103/2002 (Sección 2ª), de 22 abril (JUR 2002, 184628). SAP Cádiz núm. 161/2002 (Sección 8ª), de 10 abril (JUR 2002, 164849). SAP Ciudad Real núm. 96/2005 (Sección 2ª), de 5 abril (JUR 2005, 99759). SAP Córdoba núm. 200/2005 (Sección 3ª), de 17 octubre (JUR 2006, 143661). SAP Córdoba núm. 385/2003 (Sección 1ª), de 30 julio (JUR 2003, 220477). SAP La Coruña núm. 65/2000 (Sección 4ª), de 18 febrero (JUR 2000, 195316). SAP León núm. 238/2003 (Sección 2ª), de 27 junio (JUR 2004, 11632). SAP Murcia núm. 137/2004 (Sección 2ª), de 6 mayo (JUR 2004, 306267). SAP Murcia núm. 26/2004 (Sección 5ª), de 3 febrero (JUR 2004, 117168). SAP Murcia núm. 284/2005 (Sección 2ª), de 31 octubre (JUR 2006, 190261). SAP Murcia núm. 426/2006 (Sección 1), de 27 noviembre (JUR 2007, 14088). SAP Navarra núm. 293/2001 (Sección 1ª), de 22 noviembre (JUR 2002, 42821). SAP Pontevedra (Sección 6ª), de 23 enero 2003 (JUR 2003, 109435). SAP Salamanca núm. 163/2005 (Sección 1ª), de 13 abril (JUR 2005, 129912). SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 444/2002 (Sección 3ª), de 28 junio (JUR 2002, 226831). SAP Sevilla (Sección 8ª), de 21 julio 2004 (JUR 2004, 256151). SAP Sevilla núm. 496/2000 (Sección 2ª), de 16 junio (JUR 2000, 283534). SAP Sevilla núm. 821/2000 (Sección 2ª), de 5 octubre (JUR 2001, 58412). SAP Valencia núm. 202/2003 (Sección 7ª), de 25 marzo (JUR 2003, 137292). SAP Valencia núm. 22/2005 (Sección 7ª), de 19 enero (JUR 2005, 71404). SAP Valencia núm. 880/2000 (Sección 7ª), de 8 noviembre (JUR 2001, 61081). SAP Murcia núm. 487/2001 (Sección 1ª), de 25 octubre (JUR 2002, 39759). SAP Pontevedra núm. 325/2001 (Sección 2ª), de 23 noviembre (JUR 2002, 54748). SAP Ciudad Real núm. 72/2006 (Sección 1ª), de 1 marzo (JUR 2006, 104490). SAP Girona núm. 533/2001 (Sección 1ª), de 9 noviembre (JUR 2002, 31731). SAP Guadalajara núm. 212/2005 (Sección 1ª), de 7 octubre (JUR 2006, 11500). SAP Badajoz núm. 513/2003 (Sección 3ª), de 9 octubre (JUR 2004, 48563). SAP Córdoba núm. 96/2001 (Sección 3ª), de 14 mayo (JUR 2001, 213371). SAP Barcelona núm. 43/2004 (Sección 1ª), de 28 enero (JUR 2004, 53971). SAP Sevilla núm. 83/2006 (Sección 8ª), de 20 febrero (JUR 2006, 199746). SAP Asturias núm. 218/2006 (Sección 6ª), de 5 junio (JUR 2006, 226376). SAP Zaragoza núm. 211/2005 (Sección 4ª), de 22 abril (JUR 2005, 134338). SAP Madrid (Sección 20ª), de 31 enero 2002 (JUR 2003, 40432). SAP Málaga núm. 622/2003 (Sección 5ª), de 28 julio (JUR 2003, 225990). Humedades. SAP León núm. 113/2004 (Sección 2ª), de 29 abril (JUR 2004, 147908). SAP Valencia núm. 411/2003 (Sección 6ª), de 7 junio (AC 2004, 953). SAP Sevilla núm. 357/2005 (Sección 8ª), de 3 noviembre (JUR 2006, 122292). SAP Valencia núm. 266/2003 (Sección 6ª), de 12 abril (JUR 2003, 150596). SAP Cantabria núm. 103/2003 (Sección 4ª), de 12 marzo (JUR 2003, 187599). SAP Pontevedra núm. 32/2005 (Sección 4ª), de 19 abril (JUR 2006, 25597). SAP Huesca núm. 70/2001, de 27 febrero (JUR 2001, 127069). SAP Lugo núm. 105/2004 (Sección 1ª), de 8 marzo (JUR 2004, 119756). SAP Albacete núm. 212/2003 (Sección 1ª), de 27 octubre (JUR 2004, 49389). SAP Barcelona (Sección 17ª), de 5 mayo 2000 (JUR 2000, 210449). SAP Barcelona núm. 28/2004 (Sección 19ª), de 19 enero (JUR 2004, 52943). SAP Jaén núm. 653/2000 (Sección 2ª), de 28 noviembre (JUR 2001, 32057). SAP Barcelona (Sección 1ª), de 11 octubre 2002 (JUR 2003, 105042). SAP Barcelona núm. 227/2004 (Sección 17ª), de 31 marzo (JUR 2004, 154546). SAP Madrid núm. 415/2004 (Sección 12ª), de 17 marzo (JUR 2004, 248933). SAP Murcia núm. 310/2000 (Sección 2ª), de 7 noviembre (JUR 2001, 29052). SAP Barcelona núm. 49/2006 (Sección 4), de 10 febrero (JUR 2006, 227777). SAP Ciudad Real núm. 140/2002 (Sección 1ª), de 3 mayo (JUR 2002, 168930). SAP Valencia núm. 225/2006 (Sección 11), de 18 abril (JUR 2006, 272763). SAP Madrid núm. 594/2005 (Sección 21ª), de 2 diciembre (JUR 2006, 34626). SAP Alicante núm. 263/2005 (Sección 4ª), de 13 julio (JUR 2006, 4805). SAP Cádiz núm. 270/2002 (Sección 8ª), de 5 julio (JUR 2002, 260846). SAP Granada núm. 45/2006 (Sección 3ª), de 27 enero (JUR 2006, 161635). SAP Burgos núm. 428/2002 (Sección 3ª), de 25 julio (JUR 2002, 247256). SAP Burgos núm. 550/2001 (Sección 3ª), de 6 noviembre (JUR 2002, 26932). Invasión de plaga de ratones. SAP Murcia núm. 75/2005 (Sección 5ª), de 17 febrero (JUR 2005, 91505). Ocupación en base al art. 569 del Código civil. SAP Toledo núm. 340/2005 (Sección 1ª), de 15 noviembre (JUR 2006, 969). Pérdida parcial de patio. SAP Barcelona núm. 713/2005 (Sección 14ª), de 15 diciembre (JUR 2006, 74760). Pérdida parcial del derecho de vuelo. SAP Barcelona núm. 629/2004 (Sección 17ª), de 4 noviembre (JUR 2005, 16519). Privación de paso para reparaciones urgentes. SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 275/2002 (Sección 4ª), de 1 julio (JUR 2002, 242601). Situación de insalubridad. SAP Málaga núm. 1207/2005 (Sección 5ª), de 21 noviembre (JUR 2006, 136203).

<sup>13</sup> Véase sobre daño moral en el derecho de habitación en vivienda, desalojo temporal. SAP Barcelona (Sección 14ª), de 10 abril 2000 (JUR 2000, 190984).

<sup>14</sup> Véase sobre daño moral en el derecho de luces y vistas: obstrucción. SAP Murcia núm. 165/2003 (Sección 5ª), de 23 mayo (JUR 2004, 34650). AAP Barcelona (Sección 16ª), de 10 junio 2002 (JUR 2002, 210598). SAP Cádiz, Ceuta, núm. 54/2003 (Sección 6ª), de 22 mayo (JUR 2003, 189174). De medianería: abuso. SAP Madrid (Sección 13ª), de 25 octubre 2002 (JUR 2003, 49337). SAP Vizcaya, Sección 3ª, Sentencia de 29 Nov. 2007, rec. 396/2007. De paso necesario: molestias derivadas. SAP Asturias núm. 28/2002 (Sección 5ª), de 25 enero (JUR 2002, 74073). De paso: obstrucción. SAP León núm. 39/2002 (Sección 3ª), de 29 enero (JUR 2002, 98698). AAP Cádiz (Sección 2ª), de 23 julio 2002 (JUR 2002, 253645). SAP Vizcaya núm. 37/2004 (Sección 3ª), de 21 enero (JUR 2004, 101284). AAP Girona núm. 25/2001 (Sección 2ª), de 19 febrero (JUR 2001, 137245). SAP Asturias núm. 83/2004 (Sección 7ª), de 31 marzo (JUR 2004, 222123). De ventilación: obstrucción. SAP Navarra núm. 17/2006 (Sección 3), de 8 febrero (JUR 2007, 92827).

<sup>15</sup> MALDONADO RAMOS, JAIME. Derecho real. En: Enciclopedia Jurídica La Ley, Volumen 08, pág.: 4318. Madrid, 2009.



jas, de manera que unos y otros derechos pueden entrar en conflicto en la esfera del derecho civil<sup>16</sup> con el consiguiente daño patrimonial y extramatrimonial.

En el ámbito del derecho público y en particular en materia de urbanismo, destacamos siguientes fuentes normativas que relacionan los derechos reales con la normativa de urbanismo. En primer lugar la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones<sup>17</sup>, seguidamente el Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de disciplina urbanística no hacen referencia alguna a los derechos extramatrimoniales<sup>18</sup> y finalmente el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y

aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana<sup>19</sup>. En ninguna de las referidas fuentes se hace referencia al daño moral y su valoración.

Volviendo a la esfera del derecho privado, observamos que las perturbaciones entre vecinos se manifiestan en escenarios que son muchas veces perfectamente identificables, como por ejemplo el mundo de la construcción<sup>20</sup>, pero en otras ocasiones lo hacen mediante perturbaciones más sutiles, como los humos, ruidos, olores y similares intromisiones en el pacífico ejercicio de otros derechos<sup>21</sup>.

El problema aparece cuando quien sufre la inmisión, llevado por una apreciación claramente subjetiva y desproporcionada, no tolera la inmisión,

<sup>16</sup> Véase ALGARRA PRATS. Responsabilidad civil por daños causados por inmisiones en el código civil español y la protección frente a humos, ruidos, olores y similares perturbaciones entre vecinos.

<sup>17</sup> Así, el art. 32 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

<sup>18</sup> El Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de disciplina urbanística (art. 20).

<sup>19</sup> Finalmente el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana (art. 85, 2).

<sup>20</sup> MONTSERAT VALERO, ANTONIO. Responsabilidad civil por vicios de la construcción. (D.L. 2008)-Madrid: Difusión Jurídica, D.L. 2008.

<sup>21</sup> Esta cuestión ha sido tratada en la doctrina entre otros: ALGARRA PRATS, E., La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona, Madrid, 1995. ALONSO GARCÍA, C., El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica, Madrid, 1995. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M., «La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica: nuevas perspectivas de los derechos fundamentales», en DiarioLa Ley, núm. 5437, Madrid, 2001. BEATO ESPEJO, M., «El medio ambiente urbano y la convivencia ciudadana: el ruido por el consumo de bebidas en la vía pública», en Revista de Administración Pública, núm. 139, pág. 171, Madrid, 1996. «El medio ambiente como bien jurídico protegido. El ruido como actividad molesta. Derecho a un ambiente silencioso y pacificador», en Revista de Derecho Urbanístico, núms. 148 y 149, págs. 115 y 155 respectivamente, Madrid, 1996. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., Instituciones de Derecho ambiental, Madrid, 2001. BLASCO ESTEVE, A., «Idas y venidas en la lucha contra el ruido», en Revista de Administración Pública, núm. 153, pág. 267, Madrid, 2000. CASTELAO RODRÍGUEZ, J., «Ocio, pasividad municipal y orden público», en Revista de Estudios Locales, núm. 56, Madrid, 2002. EGEA FERNÁNDEZ, J., «Relevancia constitucional de las inmisiones por ruido ambiental procedente de una zona de ocio nocturno», en Derecho Privado y Constitución, núm. 15, pág. 69, Madrid, 2001. EVANGELIO LLORCA, R., La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad, Granada, 2000. GARCIA MACHO, R., «El principio rector medio ambiente y la protección del ciudadano frente a los ruidos», en El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, vol. III, pág. 3543, Valencia, 2000. GARCÍA SAN JOSÉ, D., «Ruido nocturno e insomnio: los derechos a la vida privada y familiar y al respeto del domicilio frente al interés general de los vuelos de aviones durante la noche», en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 64, pág. 239, Madrid, 2002. GARCÍA SANZ, B. y GARRIDO, F. J., La contaminación acústica en nuestras ciudades, Barcelona, 2003. GÓMEZ PUENTE, M., La inactividad de la Administración, Pamplona, 2000. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993. JORDANO FRAGA, J., La protección del derecho a un medio ambiente adecuado, Barcelona, 1995. LLAMAS, E. y MACÍAS, A., «Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido», en Actualidad Civil, núm. 44, pág. XLIV, Madrid, 1998. LÓPEZ RAMÓN, F., «La ordenación del ruido», en Revista de Administración Pública, núm. 157, pág. 27, Madrid, 2002. MARTÍ MARTÍ, J., «La respuesta del derecho a las inmisiones sonoras», en Diario La Ley, núm. 5604, Madrid, 2002. MARTÍN MATEO, R.: Tratado de Derecho Ambiental, Madrid, 1991. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional», en Revista de Administración Pública, núm. 115, pág. 205, Madrid, 1988. «Los ruidos evitables», en Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 238, pág. 1275, Madrid, 1988. «El ruido en la reciente jurisprudencia», en Revista de Administración Pública, núm. 125, pág. 319, Madrid, 1991. «Medio ambiente sonoro», en Derecho del medio ambiente y Administración local, pág. 227, Madrid, 1996. MUÑOZ SANCHO, M., Anteproyecto de ordenanza sobre protección del medio ambiente urbano contra la emisión de ruidos, Madrid, 1984. NAVARRO MENDIZÁBAL, I., Las inmisiones y molestias medioambientales. Tutela preventiva civil, Madrid, 1997. PÉREZ CONEJO, L., La defensa judicial de los intereses ambientales: estudio específico de la legitimación difusa en el proceso contencioso-administrativo, Valladolid, 2002. PÉREZ MARTOS, J., Ordenación jurídica del ruido, Madrid, 2002. PINEDO HAY, J., Análisis jurídico de la contaminación acústica producida por las actividades de ocio, Madrid, 2002. PULIDO QUECEDO, M., «Sobre la defensa frente al ruido y el derecho a la intimidad domiciliaria», en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 8, pág. 9, Pamplona, 2001.

aún en los casos en los que no existe motivo de preocupación objetiva al estar la inmisión dentro de los límites perfectamente tolerables por el ser humano.

Podemos encontrar algunas manifestaciones de inmisiones en contaminaciones acústicas, lumínicas, eflúvicas, olorigenas, pulvígenas, visuales y paisajísticas<sup>22</sup> que han dado lugar a pronunciamientos favorables a la estimación de la responsabilidad civil por daño moral<sup>23</sup>.

La acción negatoria de inmisiones se ha propuesto por la doctrina moderna como la acción apropiada para encauzar las pretensiones de cesación y abstención del propietario frente a injerencias intolerables en su derecho. Su admisión en el ámbito de las relaciones de vecindad contribuye,

además, a la ardua tarea de contención de los daños ambientales, ya que la inmisión constituye, una clara hipótesis de daño ecológico de difícil resarcimiento, y respecto de los que la tutela preventiva se alza como la mejor opción<sup>24</sup>.

Cabe preguntarse sobre los criterios para determinar lo que es tolerable o intolerable, ya que si se dejara esa apreciación a la pura subjetividad de la persona que soporta la inmisión podríamos encontrarnos en dinámicas de clara inseguridad jurídica.

En la determinación de la tolerancia de las inmisiones electromagnéticas, la teoría de la normal tolerancia toma en consideración el punto de llegada y el sujeto pasivo de la inmisión y considera tolerables aquellas inmisiones

<sup>22</sup> Véase al respecto MARTÍ MARTÍ, JOAQUIM. Conceptos indemnizables por la contaminación acústica, lumínica, eflúvica, olorigena, pulvígena, visual y paisajística. En: Diario La Ley, N.º 6802, 18 Oct. 2007, Año XXVIII, Ref. D-220, Editorial LA LEY.

<sup>23</sup> Véase sobre daño moral en Humos. SAP Zaragoza núm. 110/2006 (Sección 2ª), de 7 marzo (JUR 2006, 110516). SAP A Coruña, Sección 4ª, Sentencia de 4 Abr. 2007, rec. 666/2006. Olores. SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 295/2001 (Sección 1ª), de 23 abril (JUR 2001, 195939). SAP Barcelona núm. 669/2005 (Sección 11ª), de 28 octubre (JUR 2006, 76295). SAP Murcia núm. 226/2001 (Sección 1ª), de 10 mayo (JUR 2001, 265049). SAP Jaén núm. 113/2002 (Sección 1ª), de 27 febrero (JUR 2002, 104037). SAP Cáceres núm. 478/2006 (Sección 1), de 11 diciembre (JUR 2007, 75259). Emanaciones de gases. SAP Murcia núm. 206/2002 (Sección 3ª), de 19 septiembre (AC 2002, 1577). Olores SAP Baleares núm. 57/2001 (Sección 3ª), de 6 marzo (AC 2001, 1200). Polvo. SAP Pontevedra núm. 25/2002 (Sección 5ª), de 21 enero (JUR 2002, 97299). Ruidos. SAP Murcia núm. 69/2003 (Sección 4ª), de 14 febrero (AC 2003, 739). SAP Albacete núm. 216/2004 (Sección 1ª), de 18 octubre (JUR 2005, 8206). SAP Valladolid núm. 251/2004 (Sección 3ª), de 20 julio (JUR 2004, 211055). SAP Guipúzcoa núm. 143/2001 (Sección 1ª), de 3 mayo (JUR 2001, 302188). AAP Guipúzcoa núm. 59/2004 (Sección 1ª), de 21 junio (AC 2004, 1864). SAP Granada núm. 506/2004 (Sección 4ª), de 14 septiembre (JUR 2004, 292906). SAP Badajoz núm. 150/2006 (Sección 3), de 8 junio (JUR 2006, 240644). SAP Badajoz núm. 314/2004 (Sección 3), de 25 octubre 2004. SAP Granada núm. 70/2006 (Sección 3), de 10 febrero (AC 2006, 1101). SAP Badajoz núm. 314/2004 (Sección 3ª), de 25 octubre (AC 2004, 1895). SAP Barcelona (Sección 4ª), de 28 noviembre 2001 (JUR 2002, 64964). SAP Madrid núm. 25/2006 (Sección 21ª), de 17 enero (JUR 2006, 90310). SAP Zaragoza núm. 260/2005 (Sección 5ª), de 10 mayo (JUR 2005, 113001). SAP Alicante núm. 23/2003 (Sección 4ª), de 9 enero (JUR 2003, 112135). SAP A Coruña núm. 237/2006 (Sección 3), de 31 marzo (JUR 2006, 226777). SAP La Rioja núm. 305/2003 (Sección Única), de 31 julio (JUR 2003, 242092). SAP Murcia núm. 359/2003 (Sección 5ª), de 12 diciembre (JUR 2004, 37261). SAP Ciudad Real núm. 147/2000 (Sección 2ª), de 5 mayo (JUR 2000, 281617). SAP Lleida núm. 411/2000 (Sección 2ª), de 15 septiembre (AC 2000, 1619). SAP Pontevedra núm. 374/2005 (Sección 1ª), de 14 julio (JUR 2006, 21926). SAP Asturias núm. 104/2005 (Sección 1ª), de 15 marzo (JUR 2005, 89842). SAP Huelva núm. 369/2001 (Sección 2ª), de 8 noviembre (JUR 2002, 40978). SAP Alicante núm. 185/2002 (Sección 4ª), de 15 marzo (JUR 2002, 140080). SAP Girona núm. 341/2005 (Sección 1ª), de 27 septiembre (JUR 2006, 51205). SAP Almería núm. 213/2001 (Sección 1ª), de 3 julio (JUR 2001, 250568). SAP Islas Baleares núm. 71/2006 (Sección 4), de 7 marzo (JUR 2006, 160767). SAP Barcelona (Sección 1ª), de 6 septiembre 2002 (JUR 2002, 275679). SAP Madrid núm. 528/2004 (Sección 10ª), de 24 marzo (JUR 2004, 248667). SAP Sevilla núm. 62/2006 (Sección 6ª), de 23 febrero (JUR 2006, 185456). SAP Alicante núm. 182/2003 (Sección 6ª), de 7 abril (JUR 2003, 203706). SAP Islas Baleares núm. 471/2006 (Sección 3), de 31 octubre (AC 2006, 1907). SAP Baleares núm. 302/2004 (Sección 4ª), de 22 junio (JUR 2004, 203626). SAP Málaga núm. 399/2005 (Sección 6ª), de 10 mayo (JUR 2006, 22434). SAP Baleares núm. 7/2002 (Sección 3ª), de 11 enero (JUR 2002, 71164). SAP Madrid núm. 414/2005 (Sección 10ª), de 31 mayo (AC 2005, 1217). SAP Barcelona (Sección 4ª), de 14 enero 2002 (JUR 2002, 110540). SAP Baleares núm. 112/2006 (Sección 3ª), de 10 marzo (AC 2006, 452). SAP Barcelona núm. 134/2006 (Sección 19), de 15 marzo (JUR 2006, 273105). SAP Navarra núm. 57/2006 (Sección 3), de 15 mayo (AC 2007, 367). SAP Madrid núm. 129/2006 (Sección 13ª), de 24 marzo (JUR 2006, 171831). SAP Salamanca núm. 542/2005 (Sección 1ª), de 12 diciembre (JUR 2006, 79846). SAP Valencia núm. 473/2005 (Sección 7ª), de 22 julio (JUR 2005, 205098). SAP Valencia núm. 125/2001 (Sección 6ª), de 19 febrero (JUR 2001, 125862). SAP Asturias núm. 287/2000 (Sección 7ª), de 6 noviembre (JUR 2001, 92162). SAP Madrid núm. 281/2005 (Sección 10ª), de 8 abril (JUR 2005, 126930). SAP Castellón núm. 293/2004 (Sección 2ª), de 23 diciembre (JUR 2005, 65926). SAP Asturias núm. 105/2000 (Sección 1ª), de 28 febrero (AC 2000, 264). SAP Salamanca núm. 138/2000 (Sección Única), de 2 marzo (AC 2000, 1364). SAP Burgos, Sección 3ª, Sentencia de 24 Abr. 2008, rec. 60/2008. SAP Toledo, Sección 1ª, Sentencia de 26 Sep. 2008, rec. 138/2008. Actividades molestas, insalubres y peligrosas. SAP Las Palmas, Sección 4ª, Sentencia de 7 Mar. 2007, rec. 618/2006. SAP Cáceres, Sección 1ª, Sentencia de 31 May. 2006, rec. 283/2006. SAP Les Illes Balears, Sección 3ª, Sentencia de 23 Feb. 2007, rec. 650/2006. SAP Córdoba, Sección 2ª, Sentencia de 18 Sep. 2006, rec. 181/2006. SAP Cádiz, Sección 7ª, Sentencia de 24 Mar. 2008, rec. 349/2007.

<sup>24</sup> ÁLVAREZ LATA, NATALIA, Tutela ambiental y acción negatoria de inmisiones: un ejemplo de su operatividad. Actualidad Civil.



que puede soportar un individuo medio normal; es decir, se consideran normales aquellas inmisiones que no superan el grado medio de receptividad o sensibilidad hacia las mismas, de manera que no se tiene en cuenta la particular tolerancia del concreto sujeto reclamante en función de sus particulares condiciones, sino el grado de tolerancia de un individuo medio normal. Determinado dicho grado medio –en el caso de las inmisiones electromagnéticas no ionizantes– en las 100 microteslas de la Recomendación del Consejo de la Unión Europea y normativa española plasmada en Real Decreto 1066/2001 del 28 de septiembre, estando por debajo del mismo, llegamos a la conclusión de que no debe prosperar la acción de inmisión ilegítima por no superar el mínimo a partir del cual se considera intolerable la inmisión. Si, por el contrario se traspasara ese umbral de tolerancia, la acción debería prosperar. Respecto del posible ejercicio de la acción de responsa-

bilidad civil se plantean varios problemas. En primer lugar el relativo a la imposibilidad de acreditación del daño en los casos de inmisión de ondas electromagnéticas no ionizantes. Es jurisprudencia reiterada la necesaria concurrencia de este requisito, que, además, debe acreditarse en la litis correspondiente. Resulta improcedente declarar la responsabilidad civil del causante de la inmisión si no se acredita el daño. Ahora bien, el perjudicado siempre podrá invocar que siente el daño como apreciación subjetiva, por el mero hecho de la actividad molesta<sup>25</sup>.

Existe un consenso generalizado a la hora de entender que el **ruido**<sup>26</sup> puede llegar a representar una afección para los derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar, y a la inviolabilidad del domicilio, aparte de suponer una agresión al medio ambiente<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Véase ITURMENDI MORALES, GONZALO, Ponencia "Nanotecnología. ¿Son suficientes los instrumentos de responsabilidad civil actuales para hacer frente a los riesgos presentes y futuros o existe necesidad de crear nuevas normas? Crítica a las normas ya existentes. Sugerencias prácticas". Madrid, 16 de abril de 2010, del I Congreso 'Nuevas tecnologías y sus repercusiones en el Seguro: Internet, biotecnología y nanotecnología' (en prensa Cuadernos de la Fundación Mapfre, Instituto de Ciencias del Seguro).

<sup>26</sup> Véanse sobre ruidos, olores y daño mora: SAP Baleares núm. 69/2005 (Sección 5ª), de 21 febrero (JUR 2005, 118262). SAP Pontevedra núm. 336/2001 (Sección 1ª), de 17 octubre (JUR 2002, 15960). SAP Madrid (Sección 14ª), de 10 diciembre 2001 (AC 2002, 607). SAP Salamanca núm. 607/2000 (Sección 1ª), de 13 noviembre (JUR 2001, 29965). Vibraciones. SAP Baleares núm. 97/2003 (Sección 3ª), de 14 febrero (JUR 2003, 196438). SAP Valencia núm. 240/2005 (Sección 7ª), de 13 abril (JUR 2005, 129904). SAP Sevilla (Sección 5ª), de 2 diciembre 2002 (JUR 2003, 147425). SAP Burgos núm. 669/2001 (Sección 2ª), de 29 noviembre (AC 2002, 118). SAP Navarra núm. 137/2005 (Sección 1ª), de 6 julio (AC 2005, 1803). SAP Murcia núm. 329/2004 (Sección 5ª), de 14 diciembre (AC 2005, 274). SAP Córdoba núm. 91/2004 (Sección 2ª), de 27 abril (JUR 2004, 150621). SAP Valladolid núm. 124/2004 (Sección 3ª), de 7 mayo (JUR 2004, 181296). SAP Ciudad Real núm. 353/2002 (Sección 1ª), de 29 octubre (AC 2002, 2317). SAP La Coruña núm. 635/2005 (Sección 6ª), de 30 diciembre (JUR 2006, 82932). SAP Navarra, Sección 2ª, Sentencia de 2 Abr. 2007, rec. 34/2005. Ruidos, vibraciones, humos y olores. SAP Asturias núm. 383/2003 (Sección 6ª), de 15 septiembre (JUR 2003, 235985). SAP Valencia núm. 176/2004 (Sección 7ª), de 26 marzo (AC 2004, 890). Ruidos, vibraciones y polvo. SAP Valencia núm. 297/2001 (Sección 6ª), de 30 abril (JUR 2001, 182408). Molestias aire acondicionado. SAP Jaén, Sección 2ª, Sentencia de 16 Mar. 2007, rec. 83/2007. Ruidos, cámaras frigoríficas de hipermercados. SAP Sevilla, Sección 6ª, Sentencia de 23 Feb. 2006, rec. 7353/2005.

<sup>27</sup> Resulta especialmente significativa la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de febrero de 2004, por la que se confirma la tesis de que el ruido puede llegar a representar una afección para los derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar, y a la inviolabilidad del domicilio, aparte de suponer una agresión al medio ambiente. La Sentencia parte de la doctrina expuesta en la STC 119/2001, de 24 de mayo, significando que los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. Habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias tradicionales, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. A esta nueva realidad ha sido sensible la reciente Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido. En la Exposición de Motivos se reconoce que «el ruido en su vertiente ambiental (...) no ha sido tradicionalmente objeto de atención preferente en la normativa protectora del medio ambiente. Tratamos del ruido en un sentido amplio, y éste es el alcance de la ley». Luego se explica que «en la legislación española, el mandato constitucional de proteger la salud (artículo 43 de la Constitución) y el medio ambiente (artículo 45 de la Constitución) engloban en su alcance la protección contra la contaminación acústica. Además, la protección constitucional frente a esta forma de contaminación también encuentra apoyo en algunos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, entre otros, el derecho a la intimidad personal y familiar, consagrado en el artículo 18.1». La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se hizo cargo de la apremiante exigencia, como se refleja en las Sentencias de 21 de febrero de 1990, caso Powell y Rayner contra Reino Unido; de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra Reino de España; de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia y de 8 de julio de 2003, caso Hatton y otros contra Reino Unido.

En los últimos años hemos pasado de una situación de ausencia de normativa sobre el ruido a un desarrollo legislativo bastante minucioso, tanto desde el marco normativo europeo, como desde el ámbito legislativo estatal y autonómico<sup>28</sup>.

El ruido, en la sociedad de nuestros días, puede llegar a representar un factor psicopatológico y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas (v. gr. deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas).

Se entiende que el derecho a disfrutar de un medio adecuado constituye un derecho subjetivo conectado con los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad personal y familiar<sup>29</sup>.

Sin embargo el daño moral derivado en la intrusión ilegítima de los derechos reales, en general, no es susceptible de reposición –por su propia naturaleza– al no circular en el tráfico jurídico.

Por consiguiente resulta necesario revisar las aportaciones normativas sobre el daño moral, por otro lado, con alusiones prácticamente excepcionales, pero que surgen, de forma coincidente, como consecuencia de la necesidad de protección de grupos de interés que precisan una especial protección. Encontramos una serie de normas que en unos casos tienen su base en la protección de los particulares considerado de forma individual y en otros supuestos en la protección de los intereses supraindividuales de carácter general.

Podemos clasificar los llamados daños morales desde el punto de vista de la protección normativa que reciben por parte del legislador, entendiendo por tales aquellos supuestos en los que existe una regulación legal donde se alude expresamente al daño moral causado como consecuencia de la trasgresión de una norma legal que contempla expresamente la protección del daño moral.

### 3. Aproximación normativa de algunas manifestaciones del daño moral

Si bien es cierto que no existe una regulación expresa de los daños morales en materia de **competencia desleal**, no lo es menos que la Ley de competencia contempla la posibilidad de resarcimiento de los daños perjuicios derivados como consecuencia del ejercicio de prácticas de competencia desleal.

Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Tales comportamientos encontrarían am-

<sup>28</sup> En el marco europeo téngase en cuenta la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, publicada en el DOCE de 18 de julio de 2002, L 189/12, en vigor desde su publicación y con fecha límite para la incorporación a los Estados miembros al Derecho interno el 18 de julio de 2004. En el marco legislativo estatal: la Ley estatal del Ruido 37/2003, de 17 de noviembre. Y en el marco autonómico: Ley 3/1998 de 27 de febrero, de Protección del Medio Ambiente, en el País Vasco; Ley 7/1997 de 11 de agosto, de Protección contra la Contaminación Acústica en Galicia; Ley 16/2002 de 28 de junio, de Protección contra la Contaminación Acústica en Cataluña, inspirada en los principios de la Directiva 2002/49/CE; Decreto de la Comunidad de Madrid 78/1999 de 27 de mayo, por el que se aprueba el Régimen de Protección contra la Contaminación Acústica, y la Ley 2/2002 de 29 de julio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid; y la Ley 7/2002 de la Generalitat Valenciana, de 3 de diciembre, de Protección contra la Contaminación Acústica (DOGV, 9 de diciembre de 2002).

<sup>29</sup> VACAS GARCÍA-ALÓS, LUIS. El derecho de las inmisiones y la protección contra la contaminación acústica Diario La Ley, N.º 5886, 5 Nov. 2003, Año XXIV, Ref. D-244, Editorial LA LEY.



paro de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, como cláusula general que trata de impedir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que no encajan en las que expresamente tipifica como tales la citada Ley 3/1991 de Competencia Desleal, en su Capítulo primero, Capítulo II, una norma que obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de junio de 2000 que a su vez recoge la doctrina establecida en la Sentencia de 8 de julio de 1981.

La acción del artículo 32, 5 de la Ley de Competencia Desleal, de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, interviniendo dolo o culpa del agente ha prosperado con éxito, tal y como se desprende de la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales que no ha sido ajena a las múltiples reclamaciones formuladas en este sentido sobre actos contra competidores<sup>30</sup> con denigración de los mismos<sup>31</sup>, anuncios engañosos<sup>32</sup>, apropiación de base de datos<sup>33</sup>, carta inexacta contra competidores<sup>34</sup>, creación de sociedad competidora<sup>35</sup>, imitación de productos<sup>36</sup>, infracción del nombre comercial registrado<sup>37</sup>, plagio de productos y marcas<sup>38</sup>, uso de nombre simi-

lar<sup>39</sup>, uso indebido de nombre<sup>40</sup> y uso indebido de nombre comercial<sup>41</sup>.

En materia de protección de los derechos de autor de obras intelectuales<sup>42</sup>, la Directiva 2004/48/CE del Parlamento y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los **derechos de propiedad intelectual**, declaró que con el fin de reparar el perjuicio sufrido debido a una infracción cometida por un infractor que haya realizado una actividad que constituya una infracción de este tipo a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, el importe de la indemnización por daños y perjuicios concedida al titular debe tener en cuenta todos los aspectos pertinentes, como los beneficios dejados de obtener por el titular del derecho o los beneficios ilícitos obtenidos por el infractor, así como, cuando proceda, el daño moral ocasionado al titular. O como alternativa cuando, por ejemplo, sea difícil determinar el importe del perjuicio realmente sufrido, el importe de la indemnización podría inferirse de elementos como los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido la autorización de utilizar el derecho de propiedad intelectual de que se trate. El objetivo no es instaurar una obligación de establecer indemnizaciones punitivas, sino permitir una indemnización basada en un criterio objetivo, teniendo en cuenta al mismo tiempo los gastos realizados por el titular, como los gastos de identificación e investigación. Acorde con la anterior Directiva, la Ley 19/2006 de

<sup>30</sup> SAP Pontevedra núm. 384/2001 (Sección 5ª), de 5 octubre.

<sup>31</sup> SAAP Bizkaia núm. 179/2006 (Sección 1), de 15 marzo; SAP Álava núm. 48/2002 (Sección 2ª), de 20 febrero; SAP Málaga núm. 79/2006 (Sección 6), de 14 febrero; SAP Vizcaya núm. 38/2002 (Sección 4ª), de 15 enero; 1465. SAP Lugo núm. 6/2004 (Sección 1ª), de 12 enero; SA Barcelona (Sección 15ª), de 31 diciembre 2002; SAP Valencia núm. 804/2004 (Sección 9ª), de 30 diciembre.

<sup>32</sup> SAP Cádiz, Ceuta, núm. 3/2001 (Sección 6ª), de 9 enero.

<sup>33</sup> SAP Alicante núm. 795/2000 (Sección 5ª), de 2 octubre.

<sup>34</sup> SAP Madrid núm. 697/2004 (Sección 25ª), de 14 diciembre, SAP Valladolid núm. 420/2001 (Sección 1ª), de 15 octubre SAP Zaragoza núm. 244/2006 (Sección 5), de 28 abril.

<sup>35</sup> SAP Álava núm. 78/2005 (Sección 2ª), de 23 mayo.

<sup>36</sup> SAP Asturias núm. 351/2004 (Sección 4ª), de 13 septiembre; SAP Cuenca núm. 278/2006 (Sección 1), de 29 diciembre.

<sup>37</sup> SAP Barcelona núm. 293/2005 (Sección 15ª), de 21 junio.

<sup>38</sup> SAP Murcia núm. 114/2006 (Sección 4ª), de 24 abril.

<sup>39</sup> SAP Valencia núm. 415/2001 (Sección 7ª), de 23 julio.

<sup>40</sup> SAP Madrid núm. 313/2006 (Sección 14ª), de 16 mayo.

<sup>41</sup> SAP Asturias núm. 199/2002 (Sección 5ª), de 3 mayo.

<sup>42</sup> Véase al respecto XXIII Jornadas de Estudio sobre propiedad industrial e intelectual (2008)-Jornadas de Estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual (23ª. 2008 [Barcelona]: Grupo Español de la AIPPI, 2008.

5 de Junio<sup>43</sup> que amplía los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y establece normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, norma que persigue, entre otras finalidades, reparar el perjuicio sufrido a causa de una infracción del derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial, con dos módulos de cálculo de la indemnización por daños y perjuicios. El primero de estos módulos comprende, de forma acumulativa, las consecuencias económicas negativas que haya sufrido la parte perjudicada y también el daño moral. Alternativamente, esta indemnización podrá consistir en una cantidad a tanto alzado, basada en la remuneración que habría percibido el perjudicado si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual o industrial en cuestión. Además, en la determinación de la cuantía indemnizatoria han de considerarse los gastos realizados por el titular del derecho lesionado en la investigación para la obtención de pruebas razonables de la comisión de la infracción<sup>44</sup>.

El artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre **protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia**

**imagen**, establece que la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere dicha ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución y comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima, la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. El importe de la indemnización por el daño moral<sup>45</sup>, en el caso del artículo 4.º, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado 2<sup>46</sup> y,

<sup>43</sup> El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia fue modificado en su artículo 140, que fue redactado por el apartado cuatro del artículo segundo de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, estableciendo que la indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial, prescribiendo la acción a los cinco años. "La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes: a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra. b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión".

<sup>44</sup> La introducción de estos criterios y elementos implica modificar el artículo 140 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; el artículo 66 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes; el artículo 43 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y el artículo 55 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial.

<sup>45</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, en se pregunta: "¿qué suma, aparte de la reparación in natura, ha de satisfacer el autor de las lesiones por esas cicatrices residuales, o por esos quebrantos psicofísicos de la víctima debidamente acreditados?". Y afirma: "Ciertos autores cuestionan que se haya de reparar económicamente una afección que, por ontología, carece de patrimonialidad... En definitiva, la significación de la institución del daño moral se cohonestan con la modernidad de los institutos jurídicos, y con la ineludible tutela que han de obtener las personas que sufran violaciones en sus derechos –patrimoniales o no–. Así se restaura el quebranto acontecido y se palián, en lo posible, esas perturbaciones anímicas, cuando, se repite, provienen como causa del acto ilícito inicial y se constata la prueba indiscutible de su realidad".

<sup>46</sup> "Artículo 4. 1. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica. 2. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. 3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento".



en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo 6.º la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado<sup>47</sup>.

La Ley 11/1986, de 20 de marzo, de **Patentes**, estableció en su artículo 66 (en consonancia con la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de **Marcas**, artículo 43 y la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del **Diseño Industrial**, artículo 55) que la indemnización de daños y perjuicios debida al titular de la patente comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el titular a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial<sup>48</sup>. Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrán en cuenta, a elección del perjudicado:

- a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de la explotación de la invención patentada si no hubiera existido la competencia del infractor y los beneficios que este último haya obtenido de la explotación del invento patentado. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico.
- b) La cantidad que como precio el infractor hubiera debido pagar al titular de la patente por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su explotación conforme a derecho<sup>49</sup>.

Para su fijación se tendrá en cuenta especialmente, entre otros factores, la importancia económica del

invento patentado, la duración de la patente en el momento en que comenzó la violación y el número y clase de licencias concedidas en ese momento.

La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las **víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual** regula, por una parte, las ayudas de contenido económico a las víctimas de delitos violentos y, por otra parte, la asistencia a las víctimas de todo tipo de delitos. El concepto legal de ayudas públicas contemplado en esta Ley debe distinguirse de figuras afines y, señaladamente, de la indemnización. No cabe admitir que la prestación económica que el Estado asume sea una indemnización ya que éste no puede asumir sustitutoriamente las indemnizaciones debidas por el culpable del delito ni, desde otra perspectiva, es razonable incluir el daño moral provocado por el delito. La Ley, por el contrario, se construye sobre el concepto de ayudas públicas –plenamente recogido en nuestro Ordenamiento– referido directamente al principio de solidaridad en que se inspira.

Es bastante sorprendente la inclusión en el artículo 53, 2 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid de la siguiente norma: “En la imposición de **sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las ordenanzas** por resolución motivada del órgano que resuelva el expediente sancionador, se podrá sustituir la sanción económica por trabajos en beneficios de la comunidad, la asistencia obligatoria a cursos de formación, a sesiones individualizadas o cualquier otra medida alternativa que tenga la finalidad de

<sup>47</sup> “Artículo 6. 1. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4º. 2. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere”.

<sup>48</sup> El número 1 del artículo 66 redactado por el apartado dos del artículo tercero de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

<sup>49</sup> El número 2 del artículo 66 redactado por el apartado dos del artículo tercero de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

sensibilizar al infractor sobre cuáles son las normas de conducta en el espacio urbano o reparar el daño moral de las víctimas". Nos preguntamos si realmente tiene algo que ver la sanción administrativa con la reparación del daño moral, especialmente si tenemos en cuenta que el sistema español de reparación del daño es compensatorio del mismo y nunca sancionador<sup>50</sup>.

El Decreto 15/2007, de 19 de abril, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los centros docentes de la Comunidad de Madrid establece en su artículo 19, relativo a la responsabilidad y reparación de los daños, que los alumnos quedan obligados a reparar los daños que causen, individual o colectivamente, de forma intencionada o por negligencia, a las instalaciones, a los **materiales del centro y a las pertenencias de otros miembros de la comunidad educativa**, o a hacerse cargo del coste económico de su reparación. Asimismo, estarán obligados a restituir, en su caso, lo sustraído. Los padres o representantes legales asumirán la responsabilidad civil que les corresponda en los términos previstos por la Ley. En los Reglamentos de Régimen Interior se podrán fijar aquellos supuestos excepcionales en los que la reparación material de los daños pueda sustituirse por la realización de tareas que contribuyan al mejor desarrollo de las actividades del centro, o a la mejora del entorno ambiental del mismo. La reparación económica no eximirá de la sanción. Asimismo, cuando se incurra en conductas tipificadas como **agresión física o moral a sus compañeros** o demás miembros de la comunidad educativa, se deberá reparar el daño moral causado mediante la presentación de excusas y el reconocimiento de la responsabilidad en los actos, bien en público o bien en privado, según correspon-

da por la naturaleza de los hechos y de acuerdo con lo que determine el órgano competente para imponer la corrección.

Existe otra referencia a la reparación del daño moral en el **colectivo de discapacitados con deficiencias físicas, psíquicas y sensoriales y en los dependientes**. Las personas con discapacidad constituyen un sector de población heterogéneo, pero todas tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país. La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad establece en su artículo 18, relativo a la tutela judicial y protección contra las represalias, que dicha tutela del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho. La indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado a priori. La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión.

Todos estos antecedentes normativos nos conducen al exponente donde se evidencia con más claridad la necesidad de protección por el posible daño moral objetivo y la **actuación médica**. Nos referimos a la ausencia de información como

<sup>50</sup> Véase en este sentido el artículo 30 de la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona, relativo a las competencias del Ayuntamiento de Barcelona que establece: "En la imposición de sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las ordenanzas por resolución motivada del órgano que resuelva el expediente sancionador, se podrá sustituir la sanción económica por trabajos en beneficio de la comunidad, la asistencia obligatoria a cursos de formación, a sesiones individualizadas o cualquier otra medida alternativa que tenga la finalidad de sensibilizar al infractor sobre cuáles son las normas de conducta en el espacio urbano o reparar el daño moral de las víctimas".



daño moral autónomo que afecta a su derecho de autodeterminación del paciente. Se trata del Derecho a la información asistencial de los pacientes para conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

Tales derechos se encuentran recogidos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, a tenor de la cual se la información clínica forma parte de todas las actuaciones

asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, garantizando el médico responsable del paciente el cumplimiento de su derecho a la información así como los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto<sup>51</sup>.

El paciente –incluso en caso de incapacidad, junto con su representante legal– se erige como titular del derecho a la información, si bien también serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de

<sup>51</sup> Derecho de información que alcanza, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 41/2002, el derecho a la información epidemiológica: “Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley”.

las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Derecho a la información sanitaria de los pacientes que encuentra sus límites por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, entendiendo como tal la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave; llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

La regulación del derecho a la protección de la salud, recogido por el artículo 43 de la Constitución de 1978, desde el punto de vista de las cuestiones más estrechamente vinculadas a la condición de sujetos de derechos de las personas usuarias de los servicios sanitarios, es decir, la plasmación de los derechos relativos a la información clínica y la autonomía<sup>52</sup> individual de

los pacientes en lo relativo a su salud, ha sido objeto de una regulación básica en el ámbito del Estado, a través de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

En resumen, para orientar la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica son principios básicos la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad. De manera que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios, ya que el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

La Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se refiere a la historia clínica<sup>53</sup> que comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación

<sup>52</sup> Respecto del derecho de la autonomía del paciente: Véase el Capítulo IV «Respeto al derecho a la autonomía del paciente» de la Ley [CATALUÑA] 21/2000, 29 diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica («D.O.G.C.» 11 enero 2001). Véase el Título II «Del consentimiento informado» de la Ley [GALICIA] 3/2001, 28 mayo, reguladora del «consentimiento informado» y de la historia clínica de los pacientes («D.O.G.» 8 junio). Véase el Capítulo IV «Respeto al derecho a la autonomía del paciente y a su voluntad expresada» de la Ley Foral [COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA] 11/2002, 6 mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica («B.O.N.» 13 mayo). Véase la Ley [PAÍS VASCO] 7/2002, 12 diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad («B.O.P.V.» 30 diciembre). Véase la Ley [COMUNIDAD VALENCIANA] 1/2003, 28 enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana («D.O.G.V.» 31 enero). Véase el Título IV «Protección de los derechos relativos a la autonomía de la decisión» de la Ley [CASTILLA Y LEÓN] 8/2003, 8 abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud («B.O.C.L.» 14 abril). Véase Ley [ANDALUCÍA] 5/2003, 9 octubre, de declaración de voluntad vital anticipada («B.O.J.A.» 31 octubre). Véase Ley [COMUNIDAD DE MADRID] 3/2005, 23 mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente («B.O.C.M.» 14 junio). Véase Ley [CASTILLA-LA MANCHA] 6/2005, 7 julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud («D.O.C.M.» 15 julio). Véase Ley [EXTREMADURA] 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente («D.O.E.» 16 julio). Véase D [CANARIAS] 13/2006, 8 febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro («B.O.I.C.» 2 marzo). Véase Ley [BALEARES] 1/2006, 3 marzo, de voluntades anticipadas («B.O.I.B.» 11 marzo).

<sup>53</sup> Véase D [PAÍS VASCO] 272/1986, 25 noviembre por el que se regula el uso de la Historia Clínica de los Centros Hospitalarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco («B.O.P.V.» 6 diciembre). Véase el Capítulo V «Sobre la historia clínica» de la Ley [CATALUÑA] 21/2000, 29 diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica («D.O.G.C.» 11 enero 2001). Véase el Título III «De la historia clínica» de la Ley [GALICIA] 3/2001, 28 mayo, reguladora del «consentimiento informado» y de la historia clínica de los pacientes («D.O.G.» 8 junio). Véase el Capítulo V «Sobre la historia clínica» de la Ley Foral [COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA] 11/2002, 6 mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica («B.O.N.» 13 mayo). Véase el Capítulo II «La historia clínica» del Título V de la Ley [COMUNIDAD VALENCIANA] 1/2003, 28 enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana («D.O.C.V.» 31 enero). Véase el Capítulo I «Historia clínica» del Título V de la Ley [EXTREMADURA] 3/2005, 8 julio, de información sanitaria y autonomía del paciente («D.O.E.» 16 julio). Véase D [CANARIAS] 178/2005, 26 julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula la historia clínica en los centros y establecimientos hospitalarios y establece el contenido, conservación y expurgo de sus documentos («B.O.I.C.» 8 agosto). Véase D [CASTILLA Y LEÓN] 101/2005, 22 diciembre, por el que se regula la historia clínica («B.O.C.L.» 28 diciembre). Véase el Capítulo IV «De la historia clínica» de la Ley [ARAGÓN] 6/2002, 15 abril, de Salud de Aragón («B.O.A.» 19 abril).



de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro. Y también se a dos documentos básicos, el consentimiento informado (artículo 10) y las instrucciones previas (artículo 11).

El facultativo debe proporcionar al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica sobre las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, las contraindicaciones, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente y los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

Por otro lado, mediante el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad,

capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. Cada servicio de salud regulará<sup>54</sup> el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito, no siendo de aplicación las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones, pudiendo revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.

<sup>54</sup> Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Véase R.D. 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal («B.O.E.» 15 febrero). Véase D [CATALUÑA] 175/2002, 25 junio, por el que se regula el Registro de voluntades anticipadas («D.O.G.C.» 27 junio). Véase D [ARAGÓN] 100/2003, 6 mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas («B.O.A.» 28 mayo). Véase D Foral [COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA] 140/2003, 16 junio, por el que se regula el registro de voluntades anticipadas («B.O.N.» 30 junio). Véase D [PAÍS VASCO] 270/2003, 4 noviembre, por el que se crea y regula el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas («B.O.P.V.» 28 noviembre). Véase D [ANDALUCÍA] 238/2004, 18 mayo, por el que se regula el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía («B.O.J.A.» 28 mayo). Véase D [COMUNIDAD VALENCIANA] 168/2004, 10 septiembre, del Consell de la Generalitat, por el que se regula el Documento de Voluntades Anticipadas y se crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas de la Comunidad Valenciana («D.O.C.V.» 21 septiembre). Véase D [CANTABRIA] 139/2004, 15 diciembre, por el que se crea y regula el Registro de Voluntades Previas de Cantabria («B.O.C.» 27 diciembre). Véase D [REGIÓN DE MURCIA] 80/2005, 8 julio, por el que se aprueba el reglamento de instrucciones previas y su registro («B.O.R.M.» 19 julio). Véanse Ley [LA RIOJA] 9/2005, 30 septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad («B.O.L.R.» 6 octubre) y Decreto 30/2006, de 19 de mayo, por el que se regula el Registro de Instrucciones Previas de La Rioja («B.O.L.R.» 25 mayo). L 9/2005 de 30 Sep. CA La Rioja (reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad). D 30/2006 de 19 may. CA La Rioja (regulación del registro de instrucciones previas). Véase D [CANARIAS] 13/2006, 8 febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro («B.O.I.C.» 2 marzo). Véase D [CASTILLA-LA MANCHA] 15/2006, 21 febrero, del Registro de Voluntades Anticipadas de Castilla-La Mancha («D.O.C.M.» 24 febrero). Véase D [COMUNIDAD DE MADRID] 101/2006, 16 noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid («B.O.C.M.» 28 noviembre). Véase D [CASTILLA Y LEÓN] 30/2007, 22 marzo, por el que se regula el documento de instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el Registro de Instrucciones Previas de Castilla y León («B.O.C.L.» 28 marzo). Véase D [BALEARES] 58/2007, 27 abril, por el que se desarrolla la Ley de voluntades anticipadas y del registro de voluntades anticipadas de las Illes Balears («B.O.I.B.» 10 mayo). Véase D [GALICIA] 259/2007, 13 diciembre, por el que se crea el Registro gallego de instrucciones previas sobre cuidados y tratamiento de la salud («D.O.G.» 14 enero 2008). Véase D [PRINCIPADO DE ASTURIAS] 4/2008, 23 enero, de Organización y Funcionamiento del Registro del Principado de Asturias de Instrucciones Previas en el ámbito sanitario («B.O.P.A.» 7 febrero).

A propósito del Daño moral y responsabilidad patrimonial de la Administración por las actuaciones de los Servicios Públicos de Salud, el Tribunal Supremo ha declarado la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños morales y estimando que tales daños pueden ser indemnizados en la esfera de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. “Ejemplos de ello son las sentencias de 13 de Julio de 1983 y de 12 de Marzo de 1984. Y, sobre todo, la de 16 de Julio de 1984, en donde se citan aquellas que han sentado Jurisprudencia sobre el reconocimiento de los daños morales como lesiones susceptibles de ser indemnizadas en vía contencioso-administrativa”<sup>55</sup>. En cuya Sentencia, declaró: «Que no cabía excluir de la discutida indemnización lo que en concepto de daño moral se estimaba reparable, porque si bien es cierto que la sentencia de esta Sala de 17 de Enero lo excluía, ello se encuentra superado por la más reciente de nuestra Jurisprudencia, resultante de las de 12 de Marzo de 1975, 2 y 4 de Diciembre de 1980, 30 de Marzo de 1982 y 13 de Julio de 1983”<sup>56</sup>.

De los pronunciamientos jurisdiccionales estudiados de responsabilidad médica y daño moral hemos deducido la aparición reiterada y constante –en el origen del daño mora– de la **ausencia de información** en múltiples manifestaciones relacionadas con toda clase de actos médicos. En suma, la concesión

de indemnización por el daño moral ocasionado a un paciente que no fue debidamente informado de los riesgos inherentes al acto médico al que se sometió. No es ajeno este problema la Administración Pública sanitaria, como refleja la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª (Sentencia de 13 Abr. 2007, rec. 1308/2003) **donde se aborda la problemática del daño moral y la falta de consentimiento informado, entendido como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.**

Advertimos la aparición de un paradigma que se repite en múltiples pronunciamientos de los órganos judiciales en el que, por un lado se deniega la indemnización por las secuelas, invalidez o cualquier daño corporal a consecuencia de haberse producido una correcta praxis médica en el tratamiento y la atención prestada por los servicios sanitarios que no permite considerar el daño soportado como antijurídico, y por otro lado –a pesar de lo anterior–, se concede la indemnización por el daño moral ocasionado al mismo paciente al no ser debidamente informado de los riesgos inherentes a la técnica empleada en el acto médico, en suma se puede afirmar que la consolidación del principio de la ausencia de información, como daño moral autónomo que afecta a su derecho de autodeterminación.

<sup>55</sup> Como señala ORTIZ RODRÍGUEZ, CELSO, en Los daños morales en la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Diario La Ley, 1985, pág. 1166, Tomo 4, Editorial LA LEY.

<sup>56</sup> Véanse las siguientes STS: E. -Cirugía. \*Falta de información adecuada. SAP Madrid núm. 492/2004 (Sección 14ª), de 15 junio. SAP Asturias núm. 679/2000 (Sección 5ª), de 7 diciembre. SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 524/2003 (Sección 3ª), de 26 septiembre. SAP Sevilla (Sección 8ª), de 11 febrero 2004. SAP Barcelona (Sección 16ª), de 13 marzo 2001. SAP Murcia núm. 546/2001 (Sección 1ª), de 27 noviembre. SAP Barcelona (Sección 14ª), de 17 abril 2000. F. -Cirugía esterilizadora \*Falta de información adecuada. SAP Murcia núm. 240/2002 (Sección 2ª), de 5 octubre. SAP Tarragona (Sección 3ª), de 23 octubre 2002. SAP Zaragoza núm. 285/2003 (Sección 5ª), de 12 mayo. SAP Barcelona núm. 739/2005 (Sección 14ª), de 27 diciembre. SAP Madrid núm. 758/2006 (Sección 12), de 23 noviembre. SAP Málaga núm. 284/2000 (Sección 6ª), de 15 mayo. SAP Vizcaya núm. 400/2002 (Sección 5ª), de 4 octubre. SAP Valencia núm. 247/2005 (Sección 7ª), de 15 abril. G. Cirugía estética. Falta de información adecuada. SAP Barcelona (Sección 17ª), de 11 abril 2003. SAP Asturias núm. 264/2002 (Sección 5ª), de 12 junio. SAP Alicante núm. 183/2004 (Sección 5ª), de 4 marzo. SAP Valencia núm. 404/2001 (Sección 6ª), de 29 mayo. SAP Valencia núm. 733/2005 (Sección 8ª), de 19 diciembre. SAP Barcelona núm. 185/2006 (Sección 14), de 24 marzo. SAP Barcelona (Sección 14ª), de 13 octubre 2003. SAP Valencia núm. 192/2002 (Sección 7ª), de 15 abril. SAP Barcelona núm. 317/2006 (Sección 11), de 11 mayo. SAP Baleares núm. 308/2005 (Sección 5ª), de 11 julio. SAP Madrid (Sección 9ª), de 10 junio 2002. J. -Ginecología: en general. \*Falta de información adecuada. SAP Barcelona (Sección 16ª), de 14 junio 2001. L. -Neurología. \*Falta de información adecuada. SAP Madrid núm. 633/2004 (Sección 18ª), de 30 septiembre. M. -Odontología. \*Falta de información adecuada. SAP Valladolid núm. 384/2002 (Sección 1ª), de 15 noviembre. SAP Madrid (Sección 20ª), de 6 junio 2001. SAP Barcelona (Sección 12ª), de 2 julio 2002. N. -Oftalmología. \*Falta de información adecuada. SAP La Coruña núm. 41/2003 (Sección 1ª), de 3 febrero. SAP Barcelona (Sección 13ª), de 6 marzo 2002. SAP Alicante núm. 409/2002 (Sección 4ª), de 15 julio. O. -Podología. \*Falta de información adecuado. SAP Madrid núm. 187/2006 (Sección 10), de 21 febrero. T. -Traumatología. Falta de información adecuada. SAP Navarra núm. 36/2003 (Sección 1ª), de 12 febrero (JUR 2003, 84780). C.-Clínicas y hospitales. \*Falta de información adecuada. SAP Navarra núm. 20/2002 (Sección 1ª), de 1 febrero. SAP Valencia núm. 797/2002 (Sección 8ª), de 10 diciembre.



Estamos ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida; criterio que es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción del repetido criterio; prescindir del mismo conllevaría una excesiva objetivización de la responsabilidad que podría declararse con la única exigencia de existir una lesión efectiva, sin necesidad de demostración de la infracción del criterio de normalidad.

**La ausencia documental del consentimiento informado invierte la regla general de la carga de la prueba**<sup>57</sup>, correspondiendo a la Administración acreditar que, a pesar de la no constancia documental, el paciente fue debidamente informado de los riesgos inherentes a la técnica utilizada en el caso concreto que le afecta. No resulta suficiente que el paciente tenga indicios –sobre la técnica a emplear– por otros medios que no se pueden constatar como fiables o ciertamente rigurosos.

**Tal omisión, debe considerarse, con arreglo a reiterada doctrina del Tribunal Supremo, como un daño autónomo que ha afectado al derecho de autodeterminación del paciente que debe ser, por sí mismo, indemnizado**, como tal daño moral autónomo, independiente de las secuelas que quedaron al paciente, aunque por sí mismas no resulten indemnizables, por no ser un daño que pueda calificarse de antijurídico<sup>58</sup>.

#### 4. Responsabilidad civil por daño moral a partir de la perturbación del derecho real

En España no existe duda alguna sobre la posición favorable de los tribunales con respecto a la indemnización del daño moral causado por responsabilidad civil extracontractual, e incluso por un incumplimiento contractual.

La jurisprudencia ha venido tradicionalmente refiriendo el concepto de daño moral al sufrimiento de la persona. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos de la personalidad conduce a entender que el daño moral es un concepto ligado a la dignidad de la persona que no siempre se traduce en un sufrimiento de carácter psicológico y que no siempre tiene una relación directa con él.

Observamos como en las resoluciones jurisdiccionales en las que se indemniza el daño moral por intromisión ilegítima en derechos reales, tales como vivienda, inmisiones de todo tipo, servidumbres, etc. como casi siempre hay una deficiente prueba pericial –incluso inexistente en muchos casos–, para acreditar el padecimiento o sufrimiento psíquico.

##### 4.1 Precisiones previas

Como decíamos anteriormente, parece que las resoluciones judiciales diluyen la problemática del daño moral en la del patrimonial, sin un patrón determinado, como si, aparentemente, se persiguiera paliar los daños morales con dinero, tarea intrínsecamente imposible.

La indemnización por daño moral perseguiría así compensar los perjuicios que su beneficiario o beneficiarios sufren en su vida personal (dolor físico y sufrimiento psíquico) y sociofamiliar (su capacidad de comunicarse o relacionarse afectivamente, por ej.), pues suponen la pérdida o deterioro de bienes que

<sup>57</sup> En consonancia con el artículo 147 del Real Decreto Legislativo 1/2007 en el que se traslada la carga de la prueba al prestador de los servicios médicos.

<sup>58</sup> Como establece la STS de 4 de abril de 2000: «Esta situación (se refiere la citada STS a la omisión del consentimiento informado) no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud. Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que esta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención».

se integran con signo positivo en la función de utilidad del perjudicado, pero no aquéllos que afectan negativamente a las actividades económicas o laborales.

Por ello, parece aceptable entender que el concepto de «daño moral» con carácter general es aplicable a todo daño personal no patrimonial entendido como menoscabo de la integridad y dignidad personal. Su análisis pone de manifiesto la existencia de diversas categorías independientes de daño moral, que deben separarse para comprender la estructura de este concepto. Así, para XIOL RIUS **“existe un daño moral objetivo**, que es el que corresponde a la pérdida de la integridad personal y al menoscabo de la dignidad de la persona y de los derechos inherentes a la misma mediante los que se construye su ámbito de autonomía que no tienen carácter patrimonial y no son susceptibles propiamente de resarcimiento o indemnización, sino solamente de una compensación económica o de otra índole, que debe ser establecida con arreglo a criterios apreciativos por parte del juez o del legislador. Este daño moral, por ser objetivo, no requiere conciencia de pérdida ni tampoco sufrimiento personal. En el caso de los daños corporales el daño moral objetivo está indisolublemente unido a la lesión como deficiencia anatómica, funcional o generadora de una discapacidad. La pregunta acerca de si el gran lesionado que no tiene conciencia del daño sufrido por hallarse en coma vegetativo debe ser indemnizado por el daño moral sufrido debe obtener, según estos principios, una respuesta afirmativa. Este es el daño moral que debe ser recogido en las tablas básicas del baremo de accidentes de circulación, en lo que puede llamarse el primer apartado. No hace falta decir que la mención «incluidos daños morales», que figura en las tablas, no puede ser más inadecuada, por cuanto induce a confusión sobre lo que verdaderamente constituye el objeto de resarcimiento mediante las indemnizaciones básicas. **Existe un daño moral subjetivo o daño psicológico** cuando se trata de considerar el nivel de sufrimiento personal que el daño

impone a quien lo padece y que requiere conciencia de sufrimiento para su valoración<sup>59</sup>”.

En materia de responsabilidad civil los daños se pueden clasificar de la forma siguiente:

- 1º. Daño material (property damage).** Es el que afecta a los bienes o patrimonio de un perjudicado (aggrieved; victim; damaged), que ha sufrido un daño en su persona, en sus derechos, bienes o intereses.
- 2º. Daño personal (personal injury).** Es sinónimo de daño corporal. Es la lesión sufrida en el cuerpo humano, incluso la pérdida de la vida.
- 3º. Daño consecuencial (consequential damage).** Para distinguirlo del daño directo, se da este nombre a aquel que es consecuencia mediata o indirecta de un daño ocasionado al paciente.
- 4º. Daños y perjuicios (damages).** Expresión que se utiliza para designar no sólo la pérdida producida como consecuencia directa de un evento (daño) sino también de las que indirectamente se deriven de este (perjuicio). Así, hay que distinguir entre el **daño emergente (general damage)**, que es el daño realmente producido, a diferencia del **lucro cesante (loss of profits)**, que es la ganancia o utilidad dejada de percibir y que se mide por la que se hubiera obtenido en caso de no haberse producido las circunstancias que lo han causado y consiste en el daño negativo que se produce por el no aumento del patrimonio del acreedor a consecuencia de la ganancia que ha dejado de percibir por causa de la actuación de deudor, conforme establece el artículo 1106 de nuestro Código Civil, el cual prescribe que «la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya

<sup>59</sup> Ponencia del Congreso de Responsabilidad Civil del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona 2008. Véase también XIOL RÍOS, JUAN ANTONIO. Daño patrimonial y daño moral en el sistema de la Ley 30-1995. -En: Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro. -Madrid: INESE. -Junio 1999; p. 305-314.



dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes». A su vez, los perjuicios pueden ser, **consecutivos** (pérdidas económicas derivadas del previo daño material o corporal) o **no consecutivos**, también llamados, perjuicio patrimoniales puros (que se producen sin la necesidad del previo daño material o corporal).

**5º. Daños morales (moral damages).** La comisión de una intromisión ilegítima en los derechos reales puede ocasionar daños en la persona o en sus bienes. Cuando dichos daños no afectan a la esfera económica del individuo (daños patrimoniales o materiales) sino a su esfera moral, nos encontramos ante el daño moral, el cual, si bien es de difícil conversión en una suma de dinero, no por ello debe de carecer de la adecuada indemnización, teniendo en cuenta el perjuicio sufrido, la culpabilidad del ofensor, su situación económica, etc. Aún estando reconocida en España la indemnización por daño moral, las cuantías son extraordinariamente bajas. No existen en España los daños punitivos<sup>60</sup>.

**Finalmente se puede establecer una clasificación de daños directos e indirectos, siendo el primero (direct damage)** sinónimo de daño, en general, para diferenciarlo del **daño consecuencial o indirecto** y el segundo (**consequential damage**), el causado no directamente por un riesgo, pero cuya causa próxima no radica en dicho riesgo. Es también sinónimo de pérdida consecuencial o de perjuicio (**in-direct loss or damage**). El daño indirecto (consequential damage) puede tener su origen en una **causa**

**directa (direct cause)** o en una **causa remota (remote cause)**. A diferencia de la causa próxima, es la más lejana de entre las que ha dado origen a un daño o pérdida. Notemos que la acreditación judicial del nexo de causalidad en el daño indirecto remoto es de muy difícil constatación, lo cual resulta de indudable importancia la hora de desestimar el alcance de la responsabilidad civil de por daño moral en tales casos.

Ello es así porque en sistema español de responsabilidad civil requiere la acreditación del nexo de causalidad para que exista responsabilidad en el daño moral.

## 4.2 ¿Cuándo hay que responder?

La responsabilidad por intromisión ilegítima en los derechos reales surge con la concurrencia de los requisitos de la misma, cuando sea declarada judicialmente o bien a resultas de un arbitraje. Por tanto es necesario que concurren todos los requisitos de la responsabilidad, tales como la perturbación de los derechos, el daño y la relación de causalidad (nexo de causalidad) entre la acción u omisión y el daño causado, cuya carga de la prueba corresponde al perjudicado, no se presume nunca y debe acreditarse suficientemente en cada caso<sup>61</sup>.

### 4.2.1 Daños morales por intromisión ilegítima en los derechos reales

Nuestro Tribunal Supremo ha llegado a afirmar (STS Sala 1ª, de fecha 31-10-2002, nº 1031/2002, rec. 1308/1997 que: «No es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión

<sup>60</sup> Daños punitivos (punitive damages). En derecho anglosajón, es la penalización económica que impone el juez al causante de un daño, de cuantía extraordinaria y carácter ejemplarizante, por haber incurrido en un comportamiento de mala fe o conducta maliciosa. Tiene por objeto aliviar al perjudicado y castigar al demandado por su conducta y al propio tiempo servir de ejemplo. En España no existe la figura de los daños punitivos. El sistema legal español de reparación del daño causante de responsabilidad civil se basa en la reparación del daño (dejar a la víctima en situación similar como se encontraba antes del siniestro y no en la sanción al causante del daño. La reparación del daño (compensation for loss) es una de las formas de pago de la indemnización junto con la reposición del bien siniestrado, la entrega de una cantidad o la prestación de un servicio. Sinónimo de indemnización.

<sup>61</sup> Junto con el resto de los requisitos de la responsabilidad civil médica se exige la prueba de la relación de causalidad. Al respecto, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, CALIXTO, "Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria", en *Indret* 1/2004, Barcelona, 2004, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com> donde recoge una clasificación de sentencias por grupos de casos en función de cuando existen o no dudas acerca de la virtualidad causal de la intervención médica.

del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo, es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del pretium doloris. Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial»<sup>62</sup>.

Lo cierto es que frente a la tesis de la improcedencia de la indemnización por daño por falta de acreditación del padecimiento o sufrimiento psíquico y por reclamarse un perjuicio patrimonial, existen una gran cantidad de resoluciones jurisdiccionales en las que se declara la procedencia de la indemnización por tal motivo. Así, frente o junto al deber de resarcir el daño patrimonial derivado de un lucro cesante o un daño emergente, ha tomado cuerpo en nuestro derecho la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración del patrimonio, va dirigida principalmente a proporcionar en la medida

de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado; concepción amplia del daño moral, que conlleva la declaración de indemnizables, a título de «pecunia doloris» a múltiples realidades surgidas de la vida práctica que afectan a los derechos reales del perjudicado.

El daño moral que producen las intrusiones ilegítimas, cuando exceden de los límites de la tolerable convivencia, son por sí mismos perjuicios indemnizables que, a pesar de la dificultad de cuantificación, no por ello dejan de ser susceptibles de valoración.

Sin embargo, en algunas ocasiones, la acreditación del daño moral en supuestos de intrusiones ilegítimas, no requiere sino la verificación del acaecimiento y persistencia de tal intrusión, de manera que la certeza de ese daño moral, como ha señalado la doctrina, “no precisa prueba adicional, aplicándose en casos de ruidos no tolerables el brocardo in re ipsa loquitur, según el cual cuando la realidad del daño moral depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, no se exige demostración añadida a la de esta realidad”<sup>63</sup>. Y así se establece, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 25 de octubre de 2004<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª, Sentencia de 20 Mar. 2009, rec. 256/2008, Ponente: Vega de la Huerga, María Margarita. Nº de sentencia: 124/2009, Nº de recurso: 256/2008, en la que se aborda una acción real basada en la legitimación registral que reconoce el art. 38 LH. Con los requisitos de perturbación producida en la finca de los demandantes por unas obras realizadas en la finca colindante propiedad de la demandada, teniendo los actores inscrito en el Registro el dominio o derecho real cuya tutela solicitan en asiento vigente y sin contradicción, habiendo sido despojados de parte de la parcela de su propiedad por obras realizadas por la demandada en la finca colindante, al haberse producido un desplome de parte de la parcela de los demandantes, produciendo un menoscabo en su derecho de goce de su propiedad. La Sentencia condena a los demandados a restituir al estado original la finca de los actores, realizando a su costa las obras descritas en el informe pericial del arquitecto. Respecto del año moral se declara improcedente la indemnización por daño por falta de acreditación del padecimiento o sufrimiento psíquico y por reclamarse un perjuicio patrimonial.

<sup>63</sup> DOMINGO MONFORTE, JOSÉ; BERMEJO FERRER, YOLANDA; MUÑOZ PAZ, ÁNGEL y ESCRICHE MONZÓN, MARÍA DEL CARMEN. Responsabilidad civil y protección jurídica por contaminación acústica en los órdenes administrativo, penal, civil y laboral. En: Diario La Ley, N.º 6311, 5 Sep. 2005, Ref. D-195, Editorial LA LEY.

<sup>64</sup> Sentencia entre cuyos fundamentos jurídicos destacamos: «En cuanto a los daños causados, y puesto que la demanda, junto con la condena a la adopción de medidas de insonorización y de limitación del sonido, y aun de cesación en la actividad, solicita la indemnización de los producidos a los miembros de la comunidad actora, ha de rechazarse el criterio particularmente restrictivo de que hace gala el escrito de oposición al recurso en lo relativo a los daños morales, respecto de cuya demostración en el proceso, la cual niega se haya verificado satisfactoriamente, viene a exigir una acreditación detallada, siendo así que, si bien los daños corporales, psíquicos o físicos, que se hubieran ocasionado, al igual que los materiales y que los perjuicios económicos, deben ser probados determinadamente en su realidad y alcance (SSTS de 19 de octubre de 1994 y 20 de mayo de 1996), el denominado «daño moral», consistente en un sufrimiento o padecimiento psíquico: ansiedad, angustia, zozobra, temor, incertidumbre, desasosiego, malestar, irritación (SSTS de 27 de julio de 1994, 22 de mayo de 1995, 27 de enero de 1998, 12 de julio de 1999 y 31 de mayo de 2000) como los que habitualmente acompañan o subsiguen a la intrusión sonora grave, no requiere sino la verificación en autos del acaecimiento y persistencia de tal intrusión, de modo que la certeza de ese daño moral para quienes la han soportado no precisa prueba adicional, con lo que se viene a aplicar a estos casos de ruidos no tolerables la doctrina representada en el brocardo in re ipsa loquitur, según la cual cuando la realidad del daño moral «depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa», no se exige demostración añadida a la de esta realidad (SSTS de 15 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 2000). Tocante a la cuantía de los causados en el caso, la valoración de sus circunstancias, y en especial la duración, intensidad y frecuencia del trastorno producido, con particular incidencia a altas horas de la noche, se estima adecuada la solicitada dentro del petitum de la demanda, ello en una apreciación ocioso es decir que prudencial y a tanto alzado, tal como, reconociendo que la cuantificación del daño moral por ruidos molestos resulta en todo caso compleja, hacen buen número de Audiencias Provinciales (por ejemplo, SAP Barcelona Secc. 1.ª de 3 de marzo de 1999, SAP Asturias Secc. 1.ª de 28 de febrero de 2000, SAP Lérida Secc. 2.ª de 15 de octubre de 2000)».



Con independencia de ello, observamos como en las resoluciones jurisdiccionales en las que se indemniza el daño moral por intromisión ilegítima en derechos reales y los defectos de construcción, casi siempre hay una deficiente prueba pericial –incluso inexistente en muchos casos–, para acreditar el padecimiento o sufrimiento psíquico<sup>65</sup>.

#### 4.2.2 Nexo de causalidad

El hecho de una discusión judicial sobre la titularidad de un derecho real no implica de por sí un daño moral<sup>66</sup>, de manera que hay que acreditar la existencia del daño moral y la relación de causalidad existente entre la intromisión ilegítima en el derecho real y el daño moral, pues de lo contrario, no concurriendo todos los requisitos de la responsabilidad civil, la reclamación de indemnización por daño moral no deberá prosperar.

Para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión y el daño o perjuicio resultante, la jurisprudencia viene aplicando el **principio de la causalidad** adecuada que exige, para apreciar la culpa del causante del daño, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo valorarse, en cada caso concreto, si el acto antecedente que se valora como causa, tiene virtualidad suficiente para que el mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido<sup>67</sup>.

En el nexo causal entre la conducta de la intromisión ilegítima en los derechos reales y la produc-

ción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad del acto propiamente dicho y su obligación de repararlo; queda así expresado que la causalidad adecuada es más bien un problema de imputación; esto es, que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quien se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hacen dimanar<sup>68</sup>.

#### 4.2.3 Causalidad adecuada

**Como consecuencia de la equivalencia de condiciones**, según la cual se reputa causa toda condición que ha contribuido al resultado de forma que éste no se hubiere producido si la condición no se hubiere dado –condicio sine qua non–, **y de la causalidad adecuada**, que exige la determinación de si la conducta del autor del acto, concretamente la conducta generadora del daño, es generalmente adecuada para producir un resultado de la clase dado, de tal manera que si la apreciación es afirmativa cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad, así como que la orientación jurisprudencial viene progresiva y reiteradamente decantándose por la aceptación de la teoría de la causalidad adecuada, consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre un antecedente –causa– y una consecuencia –efecto–, también es de afectar el módulo cuantitativo cuando la causa originaria alcance tal trascendencia que haga inoperante cualquier otra incidencia, así como que ésta no sea generante de una causa indemnizatoria independiente<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Fuentes utilizadas en la recopilación de sentencias: Indemnizaciones por daños morales II, páginas 829 a 956, Thomson Aranzadi, Navarra 2008 y Base de datos general La Ley 4/2009.

<sup>66</sup> Así lo afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, Sentencia de 30 Oct. 2007, rec. 68/2007.

<sup>67</sup> Debe responderse por los daños cuya causación era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, es decir, cuando se trata, como en el caso, de daños previsibles. En el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; queda así expresado que la causalidad es más bien un problema de imputación, esto es, que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputado a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hacen dimanar. TS. TRIBUNAL SUPREMO (Sala 1) 23/11/1994 Ponente Santos Briz.

<sup>68</sup> TS. TRIBUNAL SUPREMO (Sala 1) 20/10/1997 Ponente González Poveda.

<sup>69</sup> TS. TRIBUNAL SUPREMO (Sala 1) 03/06/1991 Ponente Fernández Rodríguez.

#### 4.2.4 Interrupción del nexo de causalidad

La jurisprudencia mayoritaria admite la interrupción del nexo causal por la intervención dolosa e intencional de un tercero, que priva de responsabilidad al agente inicial cuando el resultado no se corresponde con el actuar u omisión de éste y sí con la conducta de aquél, abandonando posturas cercanas a la teoría de la equivalencia de las condiciones; pero no es menos cierto que la moderna jurisprudencia opta decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal<sup>70</sup>.

Aun concurriendo una conducta negligente en el demandado, el mismo puede verse exentos de responsabilidad si acredita que entre su comportamiento y el resultado dañoso ha mediado una causa extraña de suficiente entidad que, interfiriéndose en el nexo de causalidad, lo rompa<sup>71</sup>.

#### 4.2.5 Insuficiencia de las simples conjeturas para apreciar el nexo de causalidad

La jurisprudencia se basa en la doctrina de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión –causa– y el daño o perjuicio resultante

–efecto–, valorando en cada caso si el acto precedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal, siendo insuficiente a estos efectos las simples conjeturas para estimar acreditado el nexo causal cuestionado (TS 1.ª SS 3 y 4 Jul. 1998).

En nuestra opinión las causas remotas (*remote cause*) en los daños morales indirectos son en la mayoría de los casos meras conjeturas. Es doctrina básica y reiterada la que establece que no caben en sede de nexo causal meras deducciones, conjeturas o probabilidades, sino que se precisa la certeza probatoria<sup>72</sup>.

El sistema español de responsabilidad civil, no establecen limitación de la responsabilidad y tampoco limitan los tipos de daños indemnizables. Pero no es menos cierto que la probabilidad de que prospere una reclamación basada en daños indirectos por **causa remota (remote cause)** es prácticamente irrelevante.

La jurisprudencia española por su parte habla de daño moral «puro» y considera que daños no patrimoniales son daños morales puros, es decir, los que no acarrear ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente valiables y que se identifican con la perturbación injusta de las condiciones anímicas del sujeto lesionado.

<sup>70</sup> TS. TRIBUNAL SUPREMO, (Sala 1) 30/03/2006 Ponente: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio.

<sup>71</sup> TS. TRIBUNAL SUPREMO (Sala 1) 18/03/1998 Ponente Fernández-Cid de Temes.

<sup>72</sup> TS. TRIBUNAL SUPREMO (Sala 1) 08/02/2000 Ponente Corbal Fernández. Véase también la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 30 Mar. 2006, rec. 3422/1999. Ponente: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio. Nº de Sentencia: 341/2006 Nº de Recurso: 3422/1999 Jurisdicción: CIVIL También la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 27 Dic. 2002, rec. 1772/1997 Ponente: Romero Lorenzo, Antonio. Nº de Sentencia: 1290/2002. Nº de Recurso: 1772/1997 Jurisdicción: CIVIL.



Así la doctrina distingue entre daño moral «directo» y daño moral «indirecto» pero al hacerlo **parte**, no de la relación de causalidad entre los hechos generadores de la responsabilidad civil, sino **de la naturaleza de los intereses jurídicos afectados**. En este sentido el daño moral es directo, como afirma VIELMA «si lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial»; el daño moral será indirecto «si la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, produce, además, el menoscabo a un bien no patrimonial». Tal distinción no es novedosa y surge de la teoría general del daño, y se siguen los mismos parámetros para conceptualizar el daño patrimonial directo y el daño patrimonial indirecto. De este modo se establece, así como el daño patrimonial es una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo a un interés no patrimonial, el daño moral indirecto es la derivación del hecho lesivo a un interés patrimonial<sup>73</sup>.

### 5. Prueba pericial del daño moral originado por intromisiones ilegítimas en derechos reales

Se precisan pruebas periciales de tipo objetivo a la hora de valorar tanto el hecho motivador de la intromisión ilegítima de los derechos reales, como las consecuencias producidas en la esfera patrimonial y moral del perjudicado.

Hemos advertido anteriormente que la perturbación ilegítima en los derechos reales puede causar tanto un daño moral objetivo como subjetivo. En el primer caso el interés fundamental de

la prueba deberá dirigirse hacia la constatación del menoscabo de la dignidad de la persona y de los derechos de la personalidad inherentes a la misma, mientras que en el segundo el objeto de la pericia deberá dirigirse a la constatación del sufrimiento psíquico de las personas a consecuencia de la perturbación en los derechos reales.

El menoscabo de los derechos de la personalidad se puede producir como consecuencia de la trasgresión de derechos de la personalidad que gozan de reconocimiento expreso en la Constitución<sup>74</sup>. El derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral, reconocidos en el artículo 15 de la CE, derecho cuyo contenido –siguiendo la clasificación de NAVEIRA ZARRA– puede concretarse en las facultades como el derecho a la integridad física, entendido como el derecho a no sufrir ninguna limitación o merma de dicha integridad; el derecho a la integridad psíquica, entendido como el derecho de la persona a no ver herida, modificada o anulada su voluntad, sus ideas o pensamientos, sus sentimientos; el derecho a la salud física y mental frente a enfermedades no constitutivas de restricciones a la integridad física o psíquica; el derecho al bienestar físico y psíquico, entendido como el derecho de la persona a que no se le hagan padecer dolores o molestias, tanto físicas como psíquicas; y el derecho a la propia apariencia personal o derecho de la persona a no ser desfigurada en su imagen externa a través de actos no constitutivos de limitaciones a la integridad física. Sin perjuicio de que “todas aquellas situaciones jurídicas relativas a la persona que carezcan de la protección brindada por

<sup>73</sup> VIELMA MENDOZA, YOLEIDA, Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual. II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro, Córdoba, 3 y 4 de mayo de 2001. <http://civil.udg.edu/cordoba/com/Vielma.htm> Web consultada 17 de mayo de 2009.

<sup>74</sup> Como ocurre en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero, bajo el epígrafe «Derechos fundamentales y libertades públicas».

una normativa específica deben ser protegidas, siempre que así lo exija la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad<sup>75</sup>.

La prueba pericial tiene que ir dirigida por un lado a la constatación veraz<sup>76</sup> de los hechos que generan la vulneración ilegítima de los derechos reales y por otro a la evaluación del daño patrimonial y extramatrimonial que supone tal perturbación, sin perjuicio de determinar las medidas correctivas apropiadas para la solución de los problemas generados a raíz de la intromisión ilegítima en los derechos reales.

Por otro lado para evaluar cuantitativamente el daño moral deben tenerse en cuenta las circunstancias que concurren en cada caso, en particular la duración, intensidad y frecuencia o continuidad de las intromisiones ilegítimas en los derechos reales, la normalidad o anormalidad de los usos que las generan, incluso el momento en que se producen, en caso de inmisiones intermitentes o bien la constatación de su permanencia en el tiempo si el daño es continuado.

Tengamos en cuenta que el informe pericial se dirige a personas no expertas, que solicitan un análisis técnico, razonado por un proceso lógico argumental que permita constatar situaciones fácticas cuando sea posible, o bien describir las bases necesarias para la presunción ulterior que corresponde al órgano jurisdiccional<sup>77</sup>. Tal es la ventaja práctica de una buena pericia<sup>78</sup> y la finalidad prevista en el art. 335 de la LEC cuando establece que cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.

Desde el punto de vista formal el dictamen pericial<sup>79</sup> deberá especificar el número de actuaciones judiciales y el juzgado o tribunal solicitante del informe para conseguir la localización inmediata del expediente. También deberán constar el nombre, apellidos, DNI, dirección y teléfono del perito, a efectos

<sup>75</sup> Como indica NAVEIRA ZARRA, MAITA MARÍA en «El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual», EDESA (2006), al referirse a las clases de daños resarcibles y a la forma en que esta protección puede instrumentarse a través del art. 10 de la CE, invoca los siguientes argumentos: "a) Existen unos argumentos de carácter substancial, que derivan del tenor literal del art. 10 de la CE, el cual, por un lado, al referirse a la dignidad de la persona y a los derechos que le son inherentes, identifica esta dignidad con la raíz de los derechos de la personalidad, de tal modo que siempre que la dignidad de la persona exija que se proteja una determinada situación, la misma debe ser protegida. Por otro lado, la disposición comentada califica la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como «fundamento del orden político y de la paz social». Por tanto, como fundamento del orden jurídico, que, como tal fundamento, ha de ser objeto de una protección máxima. b) Por otra parte, nos encontramos con un argumento de carácter sistemático: el art. 10 de la CE está situado en el umbral de los derechos de la personalidad, al preceder el tratamiento o regulación de los mismos, por lo que se puede afirmar que constituye el germen y el fundamento de estos derechos. En este sentido se pronunció el propio Tribunal Constitucional en sentencia de 11 de abril de 1985 (STC 53/1985), al afirmar que la colocación del precepto en el pórtico del Título I indica que dicha disposición constituye «el punto de arranque, el pórtico ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos». Estos argumentos permiten considerar la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como cláusula de cierre de la protección de los derechos de la personalidad, lo que ha permitido englobar dentro de estos derechos la protección del derecho al cambio de sexo, del derecho al trasplante o del derecho al nombre, derechos éstos que, pese a no gozar de protección específica, resultan amparados con base en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad". Véase también RODRIGUEZ MOURULLO, GONZALO, «Comentario del art. 15 de la Constitución Española de 1978», en ALZAGA VILLAAMIL, OSCAR. (Dir.), Comentarior a las Leyes Políticas, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pág. 316.

<sup>76</sup> En caso contrario el perito puede incurrir en los tipos y penas de los artículos: Artículo 459 del Código penal. "Las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años". Y Artículo 460 del Código penal. "Cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años".

<sup>77</sup> Sobre la diferencia entre la presunción judicial y la presunción pericial véase SALA GUARDIOLA, FRANCISCO JAVIER La Presunción judicial y la presunción pericial-En: Pericia.-Madrid: Asociación de Peritos de Seguros y Comisarios de Averías.-01/01/2008 Número 35 Enero 2008.

<sup>78</sup> Las Ventajas de una herramienta de valoración. En: Pericia.-Madrid: Asociación de Peritos de Seguros y Comisarios de Averías. -01/05/2009 Número 40-mayo 2009.

<sup>79</sup> BARBA MORÁN, MANUEL CARLOS. El Dictamen pericial en ergonomía y psicología aplicada: manual para la formación del perito (D.L.2007)-Madrid: Tébar, D.L. 2007.



de citas o consultas, así como la profesión y títulos o cualquier otro mérito profesional que posea el perito, relativos a la materia acreditando así su formación profesional<sup>80</sup> y la fecha de emisión del informe. El informe deberá contener la manifestación, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito<sup>81</sup>.

Razones prácticas<sup>82</sup> y la propia trascendencia de la prueba<sup>83</sup> hacen recomendable que el informe pericial deben ser preciso, cronológicamente acorde con las fuentes invocadas<sup>84</sup>, sencillo, sin caer en la redundancia ni en errores<sup>85</sup> y debe ser conciso; la explicación y el contenido deben estar estructurados en orden lógico, debiéndose evitar párrafos largos<sup>86</sup>. El análisis realizado ha de estar en concordancia con lo que se pregunta<sup>87</sup>. Por otro lado ha de ser obje-

tivo, característica intrínseca al perito, no debiendo incluir términos jurídicos. Finalmente es conveniente presentar fotografías (numeradas y tituladas)<sup>88</sup>; planos<sup>89</sup>, croquis y la documentación adjunta original o compulsada por fedatario público.

En lo referente al contenido del informe técnico deberá centrarse tanto en las preguntas o apartados objeto de la prueba pericial, centrándose en los hechos propiamente dichos<sup>90</sup>, dejando claro cuando estén empíricamente constatados cual fue el método empleado en su constatación. Todas las argumentaciones han de ser técnicas, evitando afirmaciones subjetivas y no demostrables, pues de lo contrario el dictamen podrá ser objeto de impugnación<sup>91</sup>. Es conveniente recoger el máximo número de consideraciones posibles, que clarifiquen las conclusiones del informe, tales como la descripción de la intromisión en los derechos reales, los daños cuando existan<sup>92</sup> y características técnicas de la intromisión, así como la descripción del estado habitual y de su estado tras

<sup>80</sup> Conforme al Artículo 340 de la LEC se establecen las siguientes condiciones de los peritos. "1. Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias. 2. Podrá asimismo solicitarse dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello. 3. En los casos del apartado anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del artículo 335".

<sup>81</sup> Art. 335 de la LCE.

<sup>82</sup> La Necesidad o no de la utilización de los peritos: su labor ayuda sobremedida al control del coste de daños... AGUD CABEZA, ARTURO. En: Pericia: revista de la Asociación Profesional de Peritos de Seguros y Comisarios de Averías. Madrid. nº 30, Junio 2006; p. 14-17. También, Guía de actuación y responsabilidades del perito en los procedimientos civiles, penales,... (D.L.2006). HUMERO MARTÍN, ANTONIO E. Madrid: Dykinson, D.L. 2006.

<sup>83</sup> La Irrevocabilidad del perito de seguros en la peritación contradictoria. ALONSO SAMA, JUAN ANTONIO. En: Pericia: revista de la Asociación Profesional de Peritos de Seguros y Comisarios de Averías: Documento. Madrid. nº 33, Junio de 2007; p. 38-39.

<sup>84</sup> El Perito ante el nuevo Código Técnico de la Edificación: abre nuevas vías para los profesionales de la peritación-UREÑA, JULIO-En: Pericia: revista de la Asociación Profesional de Peritos de Seguros y Comisarios de Averías: Documento. Madrid. nº 30, Junio 2006; p. 34-35.

<sup>85</sup> FERNÁNDEZ, PABLO. 201 errores en la valoración de empresas: diagnóstico para conocerlos y prevenirlos (D.L.2008). Barcelona: Deusto, D.L. 2008.

<sup>86</sup> Véase al respecto FAMILIAR MARTÍN, M<sup>a</sup> LOURDES. El Perito ante el juzgado: elaboración del informe pericial de daños en automóviles-En CESVI-MAP: Revista técnica de reparación y peritación de daños en carrocería y pintura de automóviles. Madrid: Centro de Experimentación y Seguridad Vial MAPFRE= ISSN 1132-7103. 01/06/2009 Número 68-junio 2009, p. 43-45.

<sup>87</sup> JANÉ CALLEJA, ENRIC. La Peritación de siniestros multirriesgo: interpretación de garantías y casos prácticos (2000)-Barcelona: Winterthur, 2000.

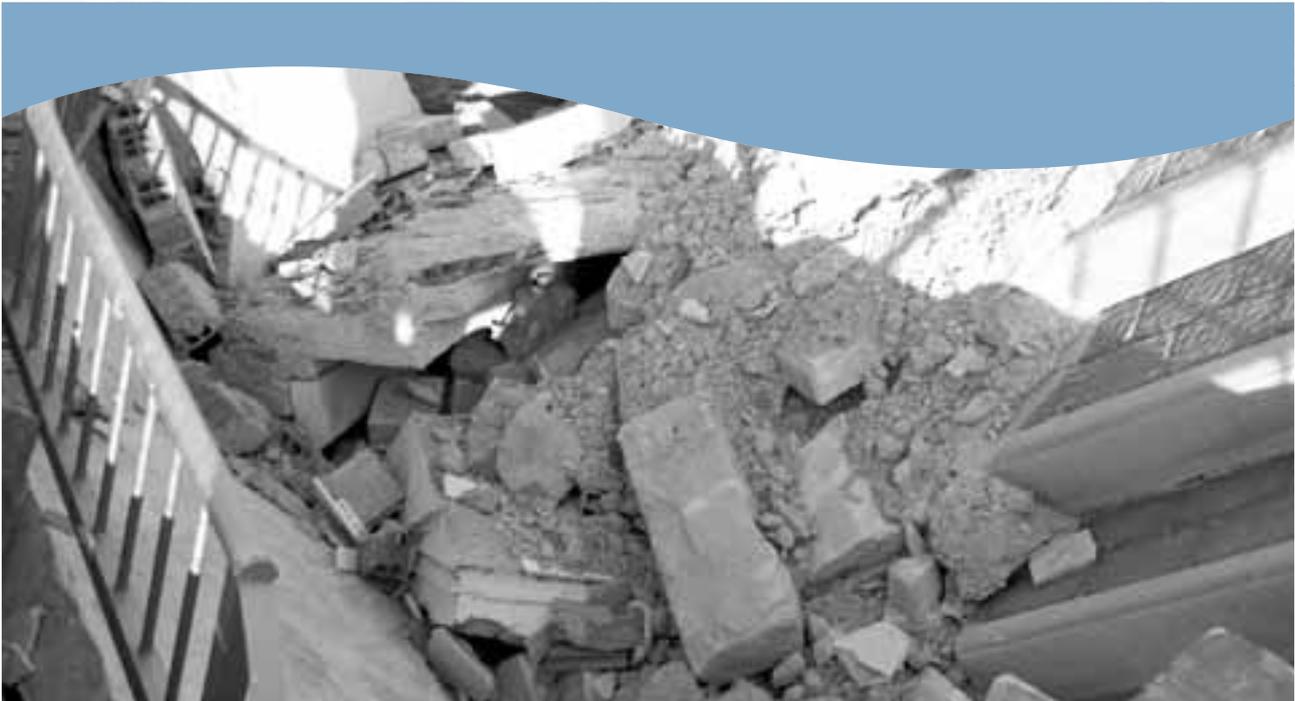
<sup>88</sup> Véase al respecto MAURENZA ROMÁN, JOSÉ ANTONIO. Porque más vale una imagen...: la fotografía digital como apoyo a la peritación. En CESVI-MAP: Revista técnica de reparación y peritación de daños en carrocería y pintura de automóviles. -Madrid: Centro de Experimentación y Seguridad Vial MAPFRE= ISSN 1132-7103. 01/06/2009 Número 68-junio 2009, p. 47-49.

<sup>89</sup> ROBERTS URRUTIA, ROBERTO. El Siniestro: peritación del siniestro de responsabilidad civil en la construcción (1992). -Madrid: AGERS: INESE, 1992.

<sup>90</sup> DAVIS, JOHN D. Spoiled evidence: preventing. -En: Risk management. -New York.-nº 2, February 2004; p. 20-23.

<sup>91</sup> Véase al respecto BACIGALUPO, ENRIQUE. La Impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal: reflexiones sobre un decenio de aplicación... En: Estudios de jurisprudencia: revista COLEX. Madrid.-año I, nº 1, junio 1992; p. 47-54. También ROBLEDANO, JOSÉ MANUEL. Análisis de las causas de impugnación del dictamen pericial en la Ley de Contrato de Seguro: la responsabilidad de... En: Revista de derecho de los seguros privados. Madrid. nº 4, Julio-Agosto 1999; p. 7-25.

<sup>92</sup> Véase NÚÑEZ ALDAZ, IMANOL. Acción preventiva y generación de activos intangibles: criterios de valoración (2008)-Madrid: INSHT, 2008.



la perturbación del derecho real. No deben reflejarse consideraciones superfluas ni hipótesis sobre el origen de la intromisión<sup>93</sup>. El análisis técnico debe recoger las operaciones practicadas y sus resultados y las valoraciones deben ser razonadas con su correspondiente justificación en cualquier caso<sup>94</sup>, especialmente cuando forme parte del informe las acciones correctivas necesarias para la reparación del daño y su cuantificación<sup>95</sup>, incluida la pérdida de ganancia<sup>96</sup>.

## 6. Conclusiones

A modo de conclusiones de este estudio podemos afirmar que no existe una pauta clara ni en

la normativa legal donde aparece la referencia al daño moral, ni en las resoluciones judiciales sobre el origen del daño moral como hecho generador de la responsabilidad. Particularmente, el comportamiento errático de los órganos jurisdiccionales responde más a criterios de justicia material que a un orden natural en la causa de imputación de la responsabilidad y denota una actuación, en suma, carente de coherencia en las resoluciones judiciales que vinculan intromisión ilegítima en los derechos reales con el daño moral.

Sin perjuicio de ello en las resoluciones judiciales hemos constatado disparidad de criterios, si bien predomina el que asocia el daño moral

<sup>93</sup> RUIZ ECHAURI, JOAQUÍN. La Peritación de siniestros de responsabilidad civil y la intervención procesal de los peritos. En: Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro. -Madrid: INESE. -nº 2, Febrero 2005; p. 4-21.

<sup>94</sup> Véase SANTOS RUIZ, MANUEL. Método de valoración de bienes inmuebles. En: Pericia. Madrid: Asociación de Peritos de Seguros y Comisarios de Averías. Número 38-noviembre 2008, p. 19-22.

<sup>95</sup> REVENGA PENELAS, ROBERTO. Financiación de la reconstrucción. Reparación en el siniestro de daños materiales y pérdidas consecuenciales: ... (1995). Madrid: AGERS: INESE, 1995.

<sup>96</sup> ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN, El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo, en Revista de Derecho Privado, 1998, p. 361 y ss., CARRASCO PERERA, Comentario al art. 1106 del Código Civil, en los Comentarios al Código Civil dirigidos por M. Albaladejo. CERDÁ OLMEDO, MIGUEL, Responsabilidad civil por daños futuros, en ADC, 1985, pp. 623 y ss. DE CUPIS, A., «El daño», traducción de Angel Martínez Carrión, Edit. Bosch, 1975. LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, JAVIER El Lucro cesante por la paralización de vehículos destinados a la actividad empresarial.- En: Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.- Madrid: Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.- nº 26, segundo trimestre de 2008; p. 28-54. MOISSET DE ESPANES, Reflexiones sobre el "daño actual" y el "daño futuro", con relación al "daño emergente" y al "lucro cesante", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1975, pp. 195 y ss. SANTOS BRIZ, La responsabilidad civil, Madrid, 1993. YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual, Dykinson, 2001.



prácticamente con cualquier intromisión ilegítima. La protección que los tribunales otorgan frente a las inmisiones por ruidos y el reconocimiento a la indemnización al que la ha sufrido es extrapolable cuando la molestia proviene de otras inmisiones, tales como vibraciones, olores, fluidos, humos, etc., siempre y cuando la intromisión sea considerada ilegítima y quien la sufra no tenga el deber jurídico de soportarla.

La prueba pericial debe distinguir entre daño moral objetivo y subjetivo. Su práctica resulta capital a la hora de estimar la posible intromisión ilegítima en los derechos patrimoniales, su utilización supone un medio probatorio más de indudable utilidad para el órgano jurisdiccional. Sin embargo hemos detectado la ausencia sistemática de una prueba

pericial tendente a facilitar la labor de valoración del daño moral producido por el hecho motivador del daño que produce el estado del perjudicado en el triple ámbito personal, familiar y socio-laboral. Esta carencia debería suplirse por una actividad pericial probatoria específica que estableciera los hechos relevantes, su análisis correcto y los razonamientos lógicos del impacto inmaterial sufrido en el perjudicado, tras la intromisión ilegítima perpetrada, sobre la base de hechos probados, contrastables, con conclusiones claras, concisas y bien motivadas.

Finalmente, no existen resoluciones de daño moral indirecto remoto, entendiendo como tal aquel que carece de una relación de causalidad adecuada entre la intromisión ilegítima en el derecho real y el daño moral.

# Responsabilidad extracontractual por actuación judicial negligente

**Joaquim Martí Martí**

*Abogado. Profesor Colaborador Derecho Civil Universidad de Barcelona  
Profesor Consultor en la Universitat Oberta de Catalunya*



En el presente artículo abordaremos la posibilidad de resarcimiento ante demandas y actuaciones judiciales en claro abuso de derecho y con mala fe procesal, tendentes únicamente a servir como instrumento a un resultado distinto del que se expone en el suplico del escrito que pretende iniciar un proceso judicial.

## SUMARIO

- I. La buena fe procesal
- II. Responsabilidad por daños derivados de ejercicio culpable de los derechos procesales
- III. Especial consideración de los Interdictos
- IV. La cuantificación del daño
- V. El derecho al honor
- VI. El siguiente paso



## I. La buena fe procesal

Debería servir de introducción al presente artículo la proclamación que la LEC 1/2000 efectúa en su art. 247 LEC relativo a la «buena fe procesal».

La protección del art. 247 LEC tiende a que, en el mismo proceso en el que se conculca la «buena fe procesal» el tribunal tenga la posibilidad de *«rechazar fundamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal»* tal y como reconoce el párrafo 2 del citado artículo.

El art. 247 de la LEC ofrece una solución en el mismo proceso: la desestimación fundada de la pretensión y de la práctica de pruebas inútiles e infundadas, de las peticiones de acumulación y suspensión improcedentes y de aquellas medidas cautelares que se introduzcan en procesos que no tienen una finalidad en sí mismas, así como la desestimación en el Fallo de la sentencia que se dicta de forma inmediata.

Pero el castigo a la mala fe procesal no puede quedarse en la «desestimación» de la pretensión y cabe preguntarse si puede ir más allá y acudir a la vía de la penalización pecuniaria.

La primera incursión a la sanción económica la encontramos en el párrafo 3.º del art. 247 LEC: *«Si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte hubieren podido causar»*.

Así pues entramos ya en la intención del legislador relativa a que la parte defraudadora responda de su actuación negligente. Podemos tipificar la conducta infractora como de «infracción procesal» o «infracción por actuación judicial».

Pero la infracción de la actuación judicial negligente no puede quedarse aquí y hemos de proceder al estudio de si esa actuación procesal en franco abuso de derecho y con mala fe ha causado un perjuicio económico al que ha padecido el proceso sin sustento, y si ese daño merece ser indemnizado como cualquier otro sufrido por culpa o negligencia.

## II. Responsabilidad por daños derivados de ejercicio culpable de los derechos procesales

El art. 1902 del CC utilizado en la totalidad de los supuestos en que se produce un daño ¿debe quedar excluido si ese daño se ha causado a una parte del proceso por otra que obró negligentemente con una pretensión oculta en el proceso y que ha quedado acreditada? Si la respuesta fuera positiva la teoría de la responsabilidad objetiva y el logro jurisprudencial que ha servido de contorno a la misma no estaría completado.

Nos faltaría solucionar la responsabilidad por daños cuando éstos se han causado y acreditada su existencia, utilizando el proceso judicial para la entrega tardía de la posesión, la paralización de la obra sin causa, la suspensión de los efectos del contrato, la retención del bien, la discusión de la titularidad del bien y, por último, con la manifestación pública de la interposición de una acción judicial, en definitiva con la desviación natural del proceso y el ejercicio culpable de los derechos procesales, términos éstos últimos acuñados por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 31 de octubre de 2002.

El derecho al proceso está consagrado como derecho constitucional, pero el uso de ese derecho en fraude de ley con un fin distinto al inicialmente pro-



gramado para ese derecho puede causar un daño a un tercero, que se ve perjudicado por la utilización maliciosa del proceso y del derecho de toda persona a acudir al ámbito judicial.

Pues bien, no estamos ante una ausencia de la aplicación a la responsabilidad objetiva y ésta puede aplicarse en toda su extensión y fundamento a los daños que han sido causados por un actuar negligente en la interposición del proceso y en su finalidad misma.

La responsabilidad objetiva del art. 1902 CC exige la acreditación de los daños y la culpa del infractor, culpa que la jurisprudencia ha matizado hasta considerarla como presente en todo daño, y por tanto «culpa objetiva».

En nuestro caso los dos requisitos: la cuantificación del daño y la culpa del infractor, van a tener que acreditarse, el primero como en toda demanda de

responsabilidad por daños y el segundo en un modo superior al del resto de supuestos de responsabilidad extracontractual. Pero una vez acreditados van a merecer la misma solución que todos los supuestos enjuiciados al amparo del tan utilizado art. 1902 CC.

La doctrina jurisprudencial de responsabilidad extracontractual nacida de acto ilícito exige una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del que se pretende sea responsable y el resultado dañoso producido. El Tribunal Supremo establece con reiterado fundamento que se requiere para su apreciación, la concurrencia de una acción u omisión objetivamente imputable al agente, la culpa o negligencia por parte de éste, la realidad del daño causado y el nexo o relación de causalidad entre la acción y omisión y el daño causado.

En cuanto a la necesidad de que se dé un nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido, dice la sentencia de 30 de abril de 1998,



citada en la de 2 de marzo de 2001, que «como ha declarado esta Sala (sentencia de 22 de febrero de 1946 y otras posteriores, como la de 9 de octubre y 27 de diciembre de 2002) en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; queda así expresado que la causalidad, como en el caso debatido, es más bien un problema de imputación; esto es que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hace dimanar».

En los supuestos de actuaciones judiciales fraudulentas, o de ejercicio culpable de los derechos procesales, se trata de estimar la mera posibilidad de admitir un daño material (o moral) causado por un proceso judicial, y en base a los requisitos de causalidad previstos en el párrafo anterior para el resto de los casos de responsabilidad extracontractual por daños.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de febrero de 1998, recogiendo la Doctrina de la de 5 de junio de 1972, declaró que para que el ejercicio del derecho al proceso pueda calificarse de abusivo es menester que en su realización concurren los siguientes elementos esenciales:

1.º Uso de un derecho objetivo y externamente legal.

2.º Un daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica.

3.º Inmoralidad o antisocialidad de este daño manifestada de forma subjetiva, cuando la actuación de su titular obedezca al deseo de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficios propios, no deduciéndose tal resultado cuando, sin traspasar

los límites de la equidad y la buena fe, se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por oponerse a ello la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*.

La Sentencia del TS de 21 de marzo de 1996 condiciona la procedencia de la indemnización a que la conducta en el proceso sea «*dolosa o manifiestamente temeraria, incluyéndose la abusiva, arbitraria, caprichosa y todas las variedades que se pueden englobar en la mala fe, acreditativa de un proceder ilícito y antijurídico*».

El Tribunal Supremo (Sentencias de 5 de junio de 1995 y 4 de diciembre de 1996, entre otras) a propósito de la reparación de los daños producidos por el agente a consecuencia de sus actuaciones judiciales, ha establecido que han de repararse siempre que haya intervenido culpa o negligencia por imperativo del art. 1902 Código Civil, que la viabilidad de la petición del resarcimiento de daños y perjuicios causados por actuaciones judiciales precisa que la parte que las puso en marcha haya actuado con intención dañosa o al menos con manifiesta negligencia; pero que en esta materia ha de procederse con sumo cuidado, pues no toda desestimación de la demanda es prueba por sí misma del actuar negligentemente ni puede coaccionarse psíquicamente con la amenaza de un pleito de responsabilidad civil a quien cree honestamente tener derechos que ejercitar o defender para que no acuda a la vía jurisdiccional; se vulneraría de otro modo el derecho fundamental que consagra el art. 24 de la Constitución a la tutela efectiva de los derechos.

Así, nuestro Alto Tribunal dice que en ninguna materia como en ésta es exigible al Juzgador la máxima consideración a las circunstancias del caso, a fin de que los efectos indeseables expuestos en líneas anteriores no se produzcan, pero tampoco la vulneración de los derechos de quien ha sufrido injustamente un proceso.

Con cita de la sentencia de 31 de enero de 1992, dice la de 31 de julio de 1996 que «el proceso en sí es el ejercicio de un derecho constitucional a la tutela efectiva, que si no siempre ha de producir el éxito de la acción, no permite en modo alguno extraer o generalizar que el fracaso o abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio. La mera posibilidad jurídica de admitir un proceso tendente a obtener la reparación de los daños causados por otro proceso está admitida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 11, en el Código Civil, art. 7.1 y 2, cuando exigen respetar la buena fe y proscriben situaciones procesales constitutivas de abuso de derecho o fraude procesal. También lo admite la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1984). Pero la calificación de actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal abusiva, para no coartar el ejercicio de acciones, así como con estricto estudio de las resoluciones judiciales cuyo contenido puede ser esclarecedor. Cautelas que se reiteran en la sentencia de 13 de octubre del mismo año 1992».

En este momento jurisprudencial se fijaron los requisitos esenciales que configuran el abuso de derecho, en los siguientes:

a) Una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación y que por ello la ley la debe privar de protección, es decir, lo que podríamos denominar un «fraude procesal».

b) Una actuación extralimitada que produzca efectos dañinos.

c) Que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que puede plantear una pretensión de cesación e indemnización.

Dice la sentencia de 6 de febrero de 1999 que dentro del área del concepto del abuso del Derecho, existe un campo muy delimitado de actuación,

como es el conocido doctrinalmente «abuso del Derecho y derecho a litigar», y que se puede definir como aquel aspecto del abuso del Derecho relativo a determinar si incurre en responsabilidad aquella persona que dentro de una contienda judicial mantiene pretensiones manifestadamente indefinidas u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso o del llamado «derecho a litigar»; en otro aspecto, es de si el litigante a quien se ha producido daños como consecuencia de la actividad procesal de la otra parte, está amparado por las reglas de la responsabilidad civil, de suerte que puede ejercitar la acción de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código Civil, contra el causante del perjuicio, esgrimiendo la existencia de una «*justa causa litigandis*».

En relación con la cuestión aquí debatida, dice la sentencia de 15 de abril de 2003 que la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este tema, recogiendo en la de 5 de junio de 1995 que «la viabilidad de la petición de resarcimiento de daños y perjuicios causados por actuaciones judiciales, precisa que la parte que las puso en marcha haya actuado con intención dañosa o al menos con manifiesta negligencia».

Finalmente, como señala la sentencia de 10 de diciembre de 2000, «sólo podrá inclinarse a la tesis del reclamante cuando exista prueba seria, eficaz y –como se ha dicho– contundente de la intención de la otra parte de dañar y de que su conducta ha sido dolosa y manifiestamente temeraria y, por ello, arbitraria, caprichosa y abusiva», contundencia de que carecen los hechos probados en la instancia.

La jurisprudencia es constante a la hora de calificar como conducta negligente y mala fe procesal la utilización del proceso como medida de presión en la negociación global que se estaba manteniendo con la parte que fue traída al proceso, intención dañosa tratada entre otras en el supuesto enjuicia-



do en la sentencia de la AP de Málaga de 13 de abril de 2004, ya que en este supuesto la parte codemandada estaba fuera de toda relación con los hechos expuestos en demanda.

### III. Especial consideración de los interdictos

La mayoría de ejemplos jurisprudenciales que se han resuelto estimando la acción de responsabilidad por actuación judicial, se han dado en nuestro derecho en situaciones derivadas de la suspensión de obra en interdictos.

Entendemos que el Interdicto de obra nueva (juicio verbal de tutela sumaria de posesión con suspensión de obra nueva) ha sido utilizado en muchas ocasiones de forma desvirtuada a su fundamento y origen; y que la paralización de obras con juicios interdictales ha sido asimismo utilizado como vía coercitiva paralela a la negociadora.

Es por ello que, ante la mayor utilización de esta actuación judicial de forma abusiva y maliciosa, mayor ha sido el trato judicial a favor de la responsabilidad extracontractual derivada de interdicto utilizado maliciosamente.

Como bien dicte el TS, la tensión entre ambos extremos (derecho al proceso y responsabilidad por actuación judicial fraudulenta) llega a su punto máximo cuando se trata del ejercicio de una acción interdictal «que lleva consigo la paralización de una obra, pues los daños que ello origina son completamente previsibles e incluso a menudo se buscan con el planteamiento del interdicto para lograr rápidamente concesiones o compromisos del demandado que quiere evitarlos a toda costa» (Sentencia de 4 de diciembre de 1996).

Es decir debe calificarse como ejercicio culpable de derecho procesal el ejercicio de acción interdictal sin el cuidado o negligencia debido para evitar el resultado totalmente previsible concretado

en el daño por la paralización de las obras, siguiendo la doctrina de esta Sentencia del TS.

Concluyendo, las Sentencias de 5 de mayo de 1995 y la de 27 de mayo de 1988, que los daños y perjuicios que acreditadamente sean consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva, han de reputarse indemnizables en vía de reparación en los casos en que esta acción resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia o al menos resulte de ella sin asomo de duda.

De gran interés doctrinal es el Fundamento Jurídico 2.º de la Sentencia de la Secc. 17.ª de la AP de Barcelona de 9 de mayo de 2002, recurso 1353/2000. La meritada sentencia viene a declarar de forma rotunda y sin asomo de dudas tal y como exige la jurisprudencia antes citada (entre otras, las sentencias de 5 de junio de 1995 y 21 de marzo de 1996), que la demanda era totalmente infundada y que carecía de *iusta causa litigantes*. En suma, para el problema suscitado por el interdictante, y centrado en la alteración de flujos de competencia, el ejercicio de la acción interdictal era inútil desde el punto de vista jurídico y tenía finalidades ajenas a la misma. La ausencia de un interés serio y legítimo y de la normal prudencia en el ejercicio de la acción interdictal (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1978, 23 de noviembre de 1984, 17 de marzo y 15 de diciembre de 1992, 4 de marzo y 4 de diciembre de 1996), se destila para la citada Secc. 17.ª del propio talante de la demandada quien ya en la demanda interdictal expresó claramente un interés distinto al que específicamente protege el procedimiento interdictal y lo mantuvo al absolver posiciones y posteriormente al recurrir la resolución desestimatoria de su pretensión, quien además había mantenido numerosos litigios, siendo de particular interés la interposición de una demanda interdictal anterior que tras ser desestimada en primera instancia y antes de que se resolviera la apelación fue objeto de transacción.

En definitiva y recapitulando, entiende la Sala que la acción interdictal previa quedó desvirtuada en su pretensión, partiendo de la naturaleza del propio procedimiento interdictal, cautelar, sumario y posesorio, y de los requisitos que para el planteamiento de la acción interdictal exigen la Ley y la Jurisprudencia, teniendo en cuenta también que este procedimiento va destinado o dirigido a amparar la posesión, la propiedad y cualquier derecho real de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de una obra nueva persiguiendo precisamente la suspensión preventiva o cautelar de las obras y considerando fundamentalmente el contenido de las resoluciones dictadas en el procedimiento interdictal puede concluirse que la parte acudió a los tribunales y empleó la vía sumaria inadecuadamente, a sabiendas de los perjuicios que causaba y sin ponderarlos, para paralizar unas obras que habían sido aprobadas previamente y alegando unos motivos totalmente ajenos a la vía interdictal, sin acreditar una mínima y suficiente justificación de atentado a la posesión para considerarla merecedora de protección frente a la continuación de la obra.

Para la Sala, la constatada ausencia de una *iusta causa litigantes* al quedar plenamente acreditada la falta de un interés legítimo, la persistencia injustificada en mantener en suspenso las obras iniciadas al recurrir una resolución dictada en primera instancia en la que de forma clara y ampliamente razonada se desestimaba su pretensión, son claros exponentes de una conducta contraria a la función social del derecho instado cuyos límites normales no fueron respetados por la recurrente atendida la intención, el objeto y las circunstancias antes expuestas, que no puede recibir el amparo del ordenamiento jurídico y obliga en aplicación de los arts. 11 de la LOPJ y 7 y 1902 del CC a concluir que el ejercicio de la acción interdictal sobrepasó manifiestamente los límites del derecho y debe generar la obligación de resarcir los perjuicios irrogados que sean directamente atribuibles a su actuación.

#### IV. La cuantificación del daño

Sentada la responsabilidad extracontractual del interdictante y afirmado el derecho que corresponde a los perjudicados por la actuación judicial fraudulenta, tienen éstos el derecho a ser reparados en los daños y perjuicios que directamente sean consecuencia de la actuación judicial engañosa. Se han acreditado como objeto de cuantificación y con derecho a indemnización los perjuicios tales como rentas dejadas de percibir, indemnizaciones por entrega tardía de las obras e incluso el importe de campañas publicitarias explicativas de la nueva fecha de entrega de obra.

Para la jurisprudencia el principio de indemnidad que debe inspirar el resarcimiento supone la reparación íntegra del perjuicio ocasionado ex art. 1106 del CC y obliga a incluir en la indemnización que se conceda la totalidad de los perjuicios irrogados, mas exige que éstos queden cumplidamente acreditados y que no sean dudosos, contingentes o meramente esperados, siendo la Doctrina del Tribunal Supremo muy restrictiva también en esta cuestión al excluir del ámbito de las ganancias futuras, las que son simples expectativas pero no consolidadas por presentarse dudosas al responder a supuestos carentes de realidad y de resultado inseguro y establecer que únicamente pueden reclamarse las ganancias en las que concurre verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio y 8 de julio de 1996, y 16 de junio y 30 de noviembre de 1993).

Estimación de indemnización de los daños y perjuicios causados por acción interdictal *utilizado con el fin de crear un clima de presión para obtener mayores beneficios en la negociación*, que asimismo se reconoce en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, Sentencia de 31 de octubre de 2002.

En el supuesto contemplado por Sentencia del TS de 6 de febrero de 1999, no se dio lugar a la pre-



tensión indemnizatoria aunque la demanda interdictal fue desestimada en ambas instancias porque «*como muy bien se infiere de la sentencia recurrida en su "factum", en absoluto puede decirse que en dicho proceso sumario interdictal se ejerciera una pretensión patentemente temeraria o infundada*».

Y añade el TS: «los daños y perjuicios que acreditadamente sean consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva, han de reputarse indemnizables en vía de reparación en los casos en que esta acción "resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia o al menos resulte de ella sin asomo de duda"». Lo que reitera la STS de 3 de julio de 1997 al decir: «la evidencia de estarse ante una acción interdictal "clara o manifiestamente infundada" ha de extraerse necesariamente del contenido de la propia sentencia recaída en el juicio interdictal». La de 28 de marzo de 1998 recoge la doctrina sentada en la anterior de 27 de mayo de 1988 y dice: «dado el carácter excepcional de esta institución y la exigencia de que en los supuestos en que se estime la existencia de abuso ha de ser patente la intención de perjudicar o la falta de finalidad sería legítima del sujeto, al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado (así, entre otras sentencias recientes, las de 31 de diciembre de 1985, 5 de abril y 9 de octubre de 1986 y 8 de julio y 17 de septiembre de 1987). Pero ello no excluye –sigue diciendo la sentencia que reseñamos– que, producidos y debidamente acreditados unos daños y perjuicios como consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva que resulte claramente infundada y así se declare en la sentencia, la parte que ocasionó aquéllos deberá responder de los mismos procediendo a su reparación, por cuanto la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito civil ofrece un carácter reparador y no propiamente punitivo o sancionador». Y añade la de 26 de octubre de 1998: «La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de decidir controversias análogas a las presentes, para estimarlas procedentes cuando

se acredita una persistencia totalmente injustificada en mantener en suspenso las obras iniciadas».

Así pues, para la viabilidad del resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por actuaciones judiciales –al igual que para el resto de supuestos de pretensión de resarcimiento– se precisa la cuantificación de los mismos en base a criterios reales de sustrato económico del daño, así como la ya repetida regla que esa cuantificación resulte que es consecuencia directa e inmediata del proceso dolosamente instado.

A esa misma conclusión y a la equiparación de necesidad de acreditación del «quantum» indemnizatorio llega la Secc. 17.<sup>a</sup> de la AP de Barcelona en la referida Sentencia de 9 de mayo de 2002, al proclamar indubitadamente que debe aplicarse la misma regla de acreditación del daño que es aplicable al resto de los supuestos de responsabilidad extracontractual por daños.

La SAP de Granada, Secc. 3.<sup>a</sup>, de 17 de septiembre de 2002 de reclamación de responsabilidad extracontractual por temeridad y mala fe en actuación judicial, estima parcialmente la indemnización reclamada y concede el *quantum* de la indemnización en base a la doctrina del TS en sentencia de 18 de febrero de 1993, entre otras, que ha expresado que la indemnización de daños y perjuicios comprende efectivamente, conforme al art. 1106 CC, tanto el valor de las pérdidas sufridas como las ganancias dejadas de obtener, alcanzando tanto a los daños previstos como a los que se pudieran prever en los supuestos el art. 1107.

El TS resuelve en la Sentencia de 4 de diciembre de 1996 que la cuantía de la indemnización es el del daño derivado de la paralización de las obras, que la actora justifica en 42.813.367 ptas., integradas en las partidas que se exponen en demanda, incluyendo el coste del personal que hubo de necesitarse a pesar de la paralización, y el coste

financiero, ligado con el objeto de la paralización, de las que debe descontarse el importe referido como lucro cesante por resolución del contrato de compraventa de los inmuebles cuya paralización se obtuvo, *«pues esa resolución es gratuita atribuirla a la demanda interdictal»*.

Ahora bien, tal indemnización no opera de forma automática, sino que requiere demostración del daño y su imputación, para deducir la consiguiente responsabilidad a persona determinada, es decir que su real causación ha de llevarse a cabo en la fase probatoria del pleito, correspondiendo su apreciación al Tribunal de instancia no siendo revisable en casación la cuantía determinada en instancia (STS de 9 de julio de 2003).

Por otro lado dicho mismo Tribunal en sentencia de 5 de noviembre de 1998, refiriéndose al lucro cesante, decía que éste «tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, sentencia de 10 de mayo de 1993), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, sentencia de 21 de octubre de 1987 y 28 de septiembre de 1994). El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna.

Por ello, la Sala 1.<sup>a</sup> del TS ha destacado la prudencia rigorista (así, sentencia de 30 de noviembre de 1993) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir –lucro cesante– y la realidad de éste, no con mayor rigor o

criterio restrictivo que cualquier hecho que constituya la base de una pretensión (así, sentencias de 8 de julio y 21 de octubre de 1996).

## V. El derecho al honor

El siguiente logro jurisprudencial debe provenir de estimar como intromisión ilegítima en el honor la interposición de demanda dolosa y manifiestamente temeraria, y su utilización en manifestaciones públicas como juicio de valor y de descrédito y no como información en sí misma.

Desgraciadamente cada día se utiliza con más frecuencia la manifestación pública de haber acudido al ámbito judicial y arrojar dicha manifestación como un juicio de valor y utilizarlo en descrédito de la persona a quien se ha demandado, con interés en la manifestación de perjuicio hacia la persona al presuponer que el ámbito judicial va a estimar la pretensión y va a condenar a una determinada prestación a la persona demandada.

Hemos llegado incluso a la utilización de la copia de la demanda presentada como presupuesto para desvirtuar la conducta de adverso, sin esperar ni siquiera a la sentencia estimatoria.

Esta denuncia encuentra su punto más álgido en la utilización del proceso penal como atentado al honor de la persona denunciada y la utilización de la mera presentación de la causa penal como suficiente para manifestar el carácter de conducta penal en el acusado.

La interposición de una querrela sirve en gran cantidad de supuestos como instrumento para desacreditar a la persona que se ha incluido en la misma en base a meras suposiciones e infundadas actuaciones. El fin perseguido puede consistir en el descrédito o deterioro de la imagen de la persona o de la empresa y es en estos casos cuando a nuestro entender encuentra plena justificación la reclamación



de responsabilidad extracontractual por actuación judicial culpable y la pretensión de resarcimiento por daño moral.

Si a ello añadimos, la cada vez más frecuente utilización mediática del proceso penal, debemos encontrar analogía a los conceptos indemnizables referidos en supuestos que provienen de los procesos interdictales civiles.

La imputación de ejercicio culpable de los derechos procesales penales acompañados de campañas publicitarias dando a conocer el proceso ya ha sido objeto de enjuiciamiento por el TS en la Sentencia de 12 de diciembre de 2000 en un supuesto de delito contra la Propiedad Intelectual en el que se acordó la Diligencia de Entrada, Registro y Decomiso de material fonográfico pero con un resultado final de sobreseimiento y devolución del material intervenido a su titular.

El acusado entendió que la campaña publicitaria que acompañó a la Diligencia había ocasionado el descrédito de su empresa por lo que instó demanda ante los Juzgados de San Sebastián al entender que en la actuación del querellante existían los requisitos de culpabilidad propios del uso fraudulento del proceso penal.

El TS no lo considera así por cuanto la querellante cuando insta la causa penal se limita a denunciar unos hechos, determinantes de una supuesta infracción, y que a resultas de las distintas actuaciones ya judiciales, se acuerda por el Juzgado la práctica de las diligencias correspondientes y entre ellas la entrada y registro del local de la acusada. La Sala 1.<sup>a</sup> del TS revoca la Sentencia de la AP que sí había considerado la actitud de la acusadora como negligente y casa la Sentencia estimatoria de la culpabilidad por cuanto *la campaña publicitaria, al divulgarse las actuaciones judiciales, se debe a la enorme relevancia pública del caso* y no al propio actuar de la querellante.

No obstante desestimarse la pretensión indemnizatoria entendemos que el TS abre la puerta a la pretensión indemnizatoria cuando la campaña publicitaria sea orquestada por la propia querellante, quien sin esperar a la resolución judicial utilice la vía mediática como medida desacreditadora de la licitud del actuar de la persona acusada.

La reclamación de daños morales y materiales derivados de la interposición de una querrela se discute también en la SAP de Córdoba, Secc. 1.<sup>a</sup> de 5 de junio de 2003, rec. 226/2003. Con fundamento, y causa de pedir, en la absolución decretada la actora ejercita en esa litis una acción por culpa extracontractual (cita expresamente los arts. 1902 y 1903 CC) por la que viene a reclamar del demandado querellante 30.050,61 euros en concepto de daños morales y materiales.

Para la AP de Córdoba y con sustento en la doctrina de la STS de 14 de octubre de 1988 la entrada en vigor de la CE supuso un nuevo giro a la doctrina tradicional al proteger dicho derecho en el art. 18.1, desarrollándose, conforme al mandato del 81.1, por la Ley Orgánica indicada de 1982, de lo que cabe colegir que la tipificación de una normativa especial obliga a tenerla en cuenta en cuanto supuestos se alegue se lesione el honor de una persona y sustraerla al imperio de la doctrina tradicional elaborada en base al art. 1902 del Código Civil, de modo que cuantos hechos y circunstancias lesivas al honor hubieren ocurrido después de dicha Ley Orgánica quedarán sujetos a la misma sustraídas de aquel precepto genérico.

No obstante ello, respecto a la acción basada en el art. 1902 derivado de la interposición de la querrela, no puede obviarse como dice la STS de 31 de enero de 1992, que el ejercicio procesal en sí es ejercicio de un derecho constitucional a la tutela efectiva (en modo alguno un acto antijurídico), que si no siempre ha de producir el éxito de la acción, no

permite en modo alguno extraer o generalizar que el fracaso o el abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio; y sólo en ese caso, debemos añadir, es causa de responsabilidad aquiliana si se acreditan los perjuicios que tal proceso deparó; pues en absoluto basta la interposición de querrela criminal, seguimiento de la misma y ulterior sentencia penal de signo absolutorio para el allí procesado y ahora actor integre base sin más para obtener indemnización (STS 27 de noviembre de 1986).

A nuestro entender, la utilización *«dolosa o manifiestamente temeraria, incluyéndose la abusiva, arbitraria, caprichosa y todas las variedades que se pueden englobar en la mala fe, acreditativa de un proceder ilícito y antijurídico»* del proceso penal y la utilización mediática del mismo puede atentar perfectamente al honor y suponer intromisión ilegítima de la intimidad de una persona, que puede ser objeto de reclamación por la vía del art. 1902 del CC y con fundamento en la acción culposa del derecho al proceso.

Otro supuesto de atentado al honor por demanda, en este caso en el ámbito civil, se ha llegado a plantear en el recurso de casación 1854/1994 resuelto por el Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, de lo Civil, en la Sentencia de 5 de mayo de 2004. Por parte de un Procurador de los Tribunales se formuló demanda solicitando la condena de los demandados, además de a la publicación de la sentencia, al pago de la cantidad de cuatro millones trescientas veintitrés mil novecientos dos pesetas –4.323.902 ptas.– en concepto de daño moral por el ataque al honor externo u objetivo y buena reputación del demandante con afectación de su prestigio profesional como Procurador, como consecuencia de la demanda judicial entablada por los mismos contra el actor en la que se le imputó negligencia profesional, descalificándole en su actuación, y en cuyo proceso recayeron Sentencias absolutorias del Juzgado y de la Audiencia.

La Sentencia del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 1 de Santiago de 16 de marzo de 1995, autos de menor cuantía núm. 145/1994, señala que se ejercita la acción de responsabilidad del art. 1902 y no con base en la LO 1/1982, en relación con la actividad profesional, y estima la demanda en su pretensión pecuniaria pero no en cuanto a la publicación, en las dos formas solicitadas en el suplico de la demanda, de la sentencia que pone fin al litigio. La Sentencia de la Secc. 4.<sup>a</sup> de la AP La Coruña de 18 de marzo de 1998, rollo 2174/1995, estima el recurso de apelación de los demandados y revoca la resolución apelada absolviendo a los mismos de las pretensiones contra ellos ejercitadas. Se indica que, efectivamente, se ejercitó la acción de responsabilidad extracontractual por atentado al prestigio profesional con fundamento en el art. 1902 CC, y, después de exponer la evolución jurisprudencial en orden a la posibilidad de que dicho atentado pueda al tiempo transgredir el honor cuando tiene una cierta intensidad, resume, mediante una exhaustiva argumentación, que en el caso no ha habido intromisión ilegítima en la honorabilidad o en el prestigio profesional.

Se razona por el peticionante de responsabilidad, que la tutela pretendida por los allí actores estaba fundada en una apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), sin embargo, una vez acreditada mediante la prueba caligráfica que las firmas de las notificaciones no son del mismo, desde entonces falta la negligencia del Procurador, el cual ya no puede ser acusado de negligencia profesional en el desempeño del contrato de servicios, por lo que los demandantes debieron haber desistido, y al no hacerlo infringieron el principio de la buena fe a que alude el art. 7.1 CC, ya que *«nadie puede exigir que el contrato de servicios concertado con el Procurador art. 1258 CC tenga que cumplirse contrariando las consecuencias que son conformes a la buena fe para pedirle responsabilidades por resoluciones judiciales que no han llegado nunca a su conocimiento»*. El mantenimiento de la acción –resume el recurrente–



te— revela la índole de la intromisión ilegítima que se produce en su prestigio profesional.

El motivo se desestima por el Alto Tribunal si bien recoge la doctrina para incluir el atentado al prestigio profesional con fundamento en el art. 1902 del CC y por ende en la responsabilidad extracontractual por abuso de la actuación judicial.

Respecto del primer aspecto son concluyentes los términos de la demanda y de las Sentencias de instancia en las que claramente se expresa que la acción ejercitada es la de responsabilidad extracontractual por atentado al prestigio profesional con fundamento en el art. 1902 CC, lo que no se desvirtúa por una vaga referencia o alusión al honor en base a la conocida la doctrina jurisprudencial que admite la inclusión del prestigio profesional en el honor (SSTC 14 de diciembre de 1992 y TS 11 de noviembre de 1992).

Dice la STC de 14 de diciembre de 1992 que el prestigio profesional ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor; y reiterada doctrina de esta Sala (SS 25 de marzo y 20 de diciembre de 1993; 24 de mayo de 1994; 12 de mayo de 1995; 16 de diciembre de 1996; 20 de marzo, 21 de mayo, 24 de julio, 10 de noviembre y 15 de diciembre de 1997; 27 de enero, 27 de julio y 31 de diciembre de 1998; 22 de enero de 1999; 15 de febrero y 26 de junio de 2000; 30 de septiembre de 2003; 18 de marzo de 2004) aprecia dicha inclusión. El prestigio profesional, que es el que tiene toda persona cuando actúa dentro del área de su actividad laboral, artística, deportiva, científica o similar y que, desde luego, tiene repercusión en el ámbito social (S 22 de enero de 1999), forma parte de éste marco externo —el de la trascendencia— en que se desenvuelve el honor (S 31 de diciembre de 1998 y 18 de marzo de 2004), aunque la jurisprudencia exige, para que el ataque al mismo integre además una transgresión del honor, que revista un cierto grado de intensidad (S 15 de diciembre de 1997 y cita).

## VI. El siguiente paso

Así pues los antecedentes nos sirven para extrapolar la doctrina a aplicar pero no en cuanto al Fallo de dichas Sentencias; debemos, no obstante, extraer la doctrina de las mismas en aras a encontrar en el supuesto en que nos encontremos los constantes requisitos referidos en este artículo. Artículo que debe concluir con la máxima que, acreditada la utilización del acceso al ámbito judicial, civil o penal, como instrumento de descrédito, con un único y exclusivo fin desnaturalizado y muy alejado de la pretensión jurídica, con maliciosa utilización del proceso fuera de éste (como instrumento de presión en la negociación ya se ha admitido) debe admitirse la indemnización del art. 1902 CC por atentado del derecho al honor y a la propia imagen.

Indirectamente citaremos la condena a programas televisivos en los que se dio una información no veraz de supuestos que se estaban enjuiciando y en el que se incluyeron a personas que finalmente fueron absueltas (STS, Sala 1.ª de 5 de julio de 2004, Caso Farmacéutica de Olot y programa de televisión).

El siguiente paso debe tender, asimismo, hacia una mayor progresión de la responsabilidad objetiva por ejercicio culpable de los derechos aplicando la doctrina jurisprudencial de los daños de la acción interdictal a los daños del resto de actuaciones judiciales ya que en muchos otros supuestos de acción judicial, civil o penal, *el resultado dañino del proceso es totalmente previsible* al igual que el de la paralización de las obras, y es por ello que ante supuestos de daño causado, previsible ante la actuación judicial temeraria, debe darse el mismo resultado de estimación de la posibilidad de rescisión de los daños materiales que ha sufrido la parte por el mero hecho de la interposición de un proceso que se revelaba ya como completamente inútil desde el punto de vista jurídico y con una función desnaturalizada del mismo.

# La interpretación de las condiciones en el contrato de seguro

**Abel B. Veiga Copo**

*Profesor Agregado de Derecho Mercantil  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid*



“Es la interpretación un arte que se aprende por el estudio de los grandes modelos de la antigüedad y los tiempos modernos ofrecen en abundancia, al contrario de lo que sucede con la teoría de este arte, respecto a la cual, por circunstancias accidentales nos encontramos sumamente pobres. No se enseña solamente el arte de la interpretación, como ninguna de las artes, por medio de reglas; pero, contemplando las obras de los grandes maestros, penetramos el secreto de su superioridad, ponemos en actividad las facultades que reclama la ciencia y aprendemos a dirigir por buen camino nuestros esfuerzos. Ahora bien: la teoría de la interpretación, como la de todas las artes, se limita a establecer los preceptos y a señalar los peligros que podemos encontrar en nuestro estudio”.

SAVIGNY, Sistema del derecho romano actual, I, p. 186



Al hilo de la necesaria claridad, concreción y simplicidad en la redacción de las distintas cláusulas ya sean éstas generales ya particulares, se suma la otra cara de la moneda en caso de carencia, defecto o vicio de aquéllas, la interpretación. No cabe duda que el contrato de seguro es incontestablemente el contrato o acuerdo más frecuentemente interpretado por nuestros tribunales. Sus cláusulas a veces más de las deseadas, lacónicas y equívocas, oscuras y esquivas, provocan una incompreensión intolerable e inadmisibles para el tomador del seguro quien poco puede hacer ante tal comportamiento. Interpretar es investigar, e investigar la intención es realmente una operación inductiva que pone de manifiesto lo más recóndito<sup>1</sup>.

Interpretar un contrato de seguro es clarificar el conjunto de documentos que constituyen la póliza en la procura o búsqueda de sentido de sus cláusulas oscuras, incomprensibles y ambiguas con la ayuda de diversas técnicas o reglas que respetan lo más fielmente posible la común intención, mal expresada, de las partes; y si se interpreta es porque la aseguradora ha infringido su deber de hablar claro, de expresarse claramente (*clare loqui*); la interpretación tiende a fijar el alcance y contenido exacto de las obligaciones respectivas de las partes, frecuentemente, la garantía debida por el asegurador y los efectos que dimanar de la misma, lo cual no obsta para que allí cuando proceda se declare la no cobertura o no garantía de un determinado riesgo. No en vano así nos lo recuerda entre otras muchas la sentencia de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 143) en un caso de seguro de responsabilidad civil patronal y ante un accidente laboral de trabajador. El objeto de la

discusión no era otro que la aplicación o no de un límite parcial por víctima establecido en la póliza. La responsabilidad civil contratada lo era por siniestro y ello con independencia del número de víctimas. Se argumenta precisamente en la literalidad oscura interpretable "pro asegurado" como un postulado ni absurdo ni ilógico.

Es precisamente en el momento de la ejecución del contrato, es decir, cuando se verifica el siniestro, cuando surgen las dudas, los rechazos, las lagunas, los equívocos y las ambigüedades, sobre todo por parte de quién las predispuso en aras a escudarse del pago de determinadas coberturas. Y esta aptitud de por sí es intolerable e inadmisibles por lo que la interpretación acaba generando indirectamente, en ocasiones, una distribución equitativa del riesgo de ambigüedad en la declaración, atribuyéndoselo como no podía ser de otro modo, a quien lo ha generado desde la imposición, el cálculo y probablemente desde el conocimiento de tamaño abuso. Es esta precisamente una de las funciones a las que está llamada la regla *contra proferentem*, la cual además también estimula al predisponente a expresarse claramente pues de lo contrario le sanciona con una interpretación a su costa en caso de que no lo haga y, eso sí, con independencia de su buena o mala fe subjetiva<sup>2</sup>.

En suma, la interpretación es una auténtica *fléau des polices* mal redactadas, lacónicas y ambiguas<sup>3</sup>. La interpretación de cláusulas y también de pólizas oscuras es síntoma en cierto modo del poder soberano de los jueces quienes han de interpretar aquellos contratos de seguro que no sean ni claros ni precisos<sup>4</sup>. Vienen a subvenir la falta

<sup>1</sup> Como bien señalaba SCAEVOLA, *Código Civil*, XX, 2 ed., Madrid, 1958, p. 869 interpretar la ley, sea ésta colectiva (textos) o individual (contrato), no es aplicarla, sino pesquisar la mente.

<sup>2</sup> Conforme ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, p. 319.

<sup>3</sup> Sobre el particular MALEVILLE, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, Paris, 1996, p. 4.

<sup>4</sup> En este sentido MALEVILLE, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, cit., p. 125, quien señala como "toutefois, si les juges du fait sont tenus de fixer le sens des polices dépourvues de clarté et de précision, ils demeurent libres de choisir les techniques d'interprétation".



de probidad, atinado juicio y buena fe en quién elaboró, predispuso e impuso semejantes cláusulas a quienes han concertado un seguro, y sobre todo, quienes lo han concertado sin poder mover un ápice la redacción de dichos clausulados. Estos tienen que indagar en el *qué se dijo, cómo se dijo, para qué se dijo, cómo se dijo y qué se debió decir*. No podemos por ello desconocer o ignorar el papel del intérprete en la labor interpretativa, pues las cosas parecen otras según quien las mira<sup>5</sup>; y es que como decía el poeta el ojo que te ve no es ojo porque tú lo veas sino porque él te ve.

Interpretar allí donde no hay claridad, más bien donde no hay la suficiente claridad, donde existen dudas; ya decía el viejo brocardo latino que evidentemente *in claris non fit interpretatio*<sup>6</sup>; en efecto, si la interpretación está proscrita

en presencia de cláusulas claras y precisas, se impone en la hipótesis contraria; interpretar allí donde las partes, *recte*, donde el predisponente ha introducido deliberadamente ambigüedades calculadas o no tan calculadas pero sí soterradas. Si interpreto es porque no se comprende, y si no se comprende se veda y cercena toda posibilidad al conocimiento, amén de que por el camino se está abusando de la buena fe del asegurado quien ignora y desconoce la técnica del seguro y las imposiciones del asegurador. Juego y cálculo, estrategia y comportamiento reiterado y oblicuo por parte de quien trata de ganar allí donde la claridad y la comprensibilidad están ausentes o allí donde se pretende jugar con ellas. No tiene sentido tratar averiguar la voluntad del predisponente pues es la que aparece con claridad en el clausulado.

<sup>5</sup> Véase DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, Reimpresión, 2002, p. 74.

<sup>6</sup> Un principio que no significa paradójicamente otra cosa que la sencillez de la interpretación de aquello que se manifiesta con claridad. Como bien señalan SHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3ª ed., Hamburg, 2000, p. 397 el punto de partida de una interpretación contractual complementario es un contrato incompleto. Das impliziert bereits die Orientierung am Konzept des vollständigen Vertrags.



## 1. ¿ Nulidad o interpretación de una cláusula no clara e imprecisa?

La multiplicación de documentos contractuales, la dispersión de cláusulas, las excepciones de las excepciones, la jerga y el tecnicismos de las aseguradoras y la ausencia de definiciones contractuales constituyen un excelente caldo de cultivo para procurar la interpretación de los clausulados<sup>7</sup>. No es un debate estéril decidir si ante una cláusula imprecisa y no clara hemos de postular directamente la nulidad de dicha cláusula o, por el contrario, hemos de dejar hacer al intérprete, quien contará con las reglas hermenéuticas que le brinda nuestro ordenamiento, unas con carácter prioritario, y otras con carácter complementario y subsidiario. Las posturas doctrinales como cabía esperar, difieren en este punto sin ponerse de acuerdo sobre cuál ha de ser la mejor sanción aplicable cuando se incumplen estos requisitos legales de claridad en la redacción de las cláusulas.

Ahora bien, no podemos ignorar que el problema de la existencia de una cláusula oscura e imprecisa puede ir más allá de un simple análisis del contenido y alcance de la misma, pues se ha

esgrimido que aquellas cláusulas que vulneren los requisitos de claridad y precisión como señala el artículo 3 de la LCS deberán ser consideradas como nulas de pleno de derecho sin que por el contrario se deba entrar en esa labor interpretativa por parte del juez para lograr autenticar el alcance de la misma. Para ello quienes defienden estos postulados se basan primero, en el artículo 2 de la LCS que establece que la Ley del Contrato de Seguro es una norma imperativa, y segundo, en el artículo 6.3 del Código civil que señala textualmente que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibiciones son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

Así las cosas, toda estipulación inserida en un contrato de seguro que adolezca de las exigencias de claridad y precisión habrá de calificarse de nula, por lo que no será necesario entrar en una labor interpretativa utilizando para ello el artículo 1288 del Código civil ya que con ello no se va a favorecer al asegurado de forma tan clara como con la nulidad de la estipulación controvertida y que beneficia al asegurador<sup>8</sup>. Postura esta a nuestro juicio excesivamente maximalista y que no se puede compartir

<sup>7</sup> En parecidos términos BIGOT, “La recommandation des clauses abusives el l’assurance multirisques habitation des particuliers”, RGAT, 1986, pp. 9 y ss.

<sup>8</sup> Entre otros vid. LARRAYA RUIZ, *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados Artículo 3.1 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro*, Elcano, 2001, p. 209 quien defiende sin ambages que la nulidad siempre favorecerá más al asegurado que la mera interpretación de la estipulación controvertida ya que se estará eliminando el límite que establecía dicha cláusula. Algo más dubitativo se muestra MARINA GARCÍA-TUÑÓN, “El modelo de control sobre condiciones generales de la contratación en el Derecho contractual del Seguro”, CDC, 1991, nº 10, pp. 49 ss., p. 73 quien duda en si se deberá optar entre la nulidad o por el sistema de interpretación de la estipulación no clara. En parecidos términos SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Pamplona, 1996, p. 159, si bien se decanta por la nulidad si se comprueba que la cláusula no se ajusta a las exigencias de la buena fe y al respeto de los principios inspiradores legales, ya que si el resultado de esta valoración es negativo, dicha cláusula será calificada de lesiva, y por tanto, abusiva. A favor también de la no incorporación de cláusulas difícilmente perceptibles, inconcretas o incomprensibles aunque para ello se apoya no en la LCS sino más bien en la LCGC, PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, cit., p. 399. Partidarios de la interpretación como sanción y no de la nulidad, ILLESCAS ORTIZ, “El lenguaje de las Pólizas”, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, Madrid, 1982, pp. 357-378, p. 258; SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 3 LCS, Ley*, cit., p. 67. Para Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1993, p. 351 en una posición un tanto ecléctica postula “... Parece razonable permitir la aplicación de ambas vías de reacción, graduando la inobservancia. Se pueden distinguir de este modo grados de inobservancia o, si se prefiere, distinguir entre cláusulas oscuras y cláusulas incomprensibles, aplicando a las primeras la interpretación contra el predisponente y a las segundas la nulidad”.

en su integridad, pues ¿quién mide el grado de claridad y precisión y cuando ha de acudir entonces a esa labor interpretativa, pues si se da un mínimo de claridad dónde radica entonces la oscuridad?, ¿es acaso lo mismo oscuridad que incompreensión, genera una la otra?, aparte de que el artículo 1288 del Código civil no casa bien con las normas interpretativas que real y prioritariamente se adaptan mejor a los condicionados como son las reglas de prevalencia, *contra proferentem*, de cláusula más beneficiosa o de cláusula más importante.

Por consiguiente, sólo en determinados extremos la falta de claridad e imprecisión rozará la sanción de nulidad, esto es, cuando sea totalmente imposible generar una mínima y coherente interpretación de la cláusula en cuestión, y por el contrario, la aplicabilidad de la interpretación, que será la solución más idónea, la preferiremos cuando se genere oscuridad, ambigüedad, etc., que por otra parte son los supuestos frecuentes.

El intérprete ha de buscar y determinar el sentido de las condiciones que en definitiva es la presunción de la voluntad común de las partes –la *hypothetische Parteiwille*– cuando éste no es ambiguo o poco claro para aplicarlas sin más al litigio planteado y, en su caso, someterlas a las normas de control de contenido y declarar su ineficacia, allí donde ya no cabe interpretación y donde la nulidad total o parcial es, mal que bien, la mejor solución. Aun cuando los condicionados de seguro contengan condiciones generales no negociadas impuestas por el asegurador predisponente al asegurado adherente siempre habrá una parcela aunque mínima, de intención común de los contratantes. Nada ni nadie puede negar que el adherente tomador

del seguro deseaba o incluso necesitaba contratar un concreto y específico contrato de seguro. Por lo que al menos en la parte que corresponde con la esencia del contrato ambas partes estaban de acuerdo de un modo u otro<sup>9</sup>.

Es cierto que ha de prevalecer la intención de los contratantes (orientación subjetiva), mas es claro que bajo el pretexto de interpretar no puede tergiversarse una declaración de voluntad clara llegando a conjeturas (orientación objetiva). Siempre ha de buscarse la intención de lo efectivamente declarado. Algo que por lo demás es más fácil de alcanzar cuando existen condiciones particulares que cuando sólo existen condiciones generales. No cabe duda que en este último ámbito, el de la contratación con condiciones generales, es la interpretación u orientación objetiva la que debe primar, pues no de otro modo se puede buscar el equilibrio de las dos posiciones contractuales<sup>10</sup>. Lo idóneo es tratar de conciliar ambas orientaciones, la subjetiva y la objetiva, circunscribiendo los medios del intérprete a los hechos y a lo efectivamente declarado, puesto que la voluntad contractual no puede crearse o inventarse más allá de las manifestaciones vertidas por las partes<sup>11</sup>. Cuestión bien distinta es que sea viable dicha conciliación. Y para ello disponemos de las herramientas que brindan, primero, el artículo 6 de la Ley de condiciones generales, y segundo, los artículos sobre interpretación que se recogen en el Código Civil (artículos 1281 a 1289). Ese es el orden jerárquico y ese es el criterio que hay que seguir. Baste con comparar por ejemplo el artículo 6.1 de la LCGC con el artículo 1285 del CC para comprobar como la regla de prevalencia ínsita en aquél constituye una excepción parcial y prioritaria a la que se regula en el artículo

<sup>9</sup> En parecidos términos DÍAZ ALABART, "Artículo 6. Reglas de interpretación", *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (BERCOVITZ, R., (Coord.)), Elcano, 1999, pp. 193-232, p. 199.

<sup>10</sup> En idéntico sentido, DÍAZ ALABART, Artículo 6. Reglas de interpretación, cit., p. 199.

<sup>11</sup> En este sentido véase LÓPEZ y LÓPEZ, *Comentario a los artículos 1281 y siguientes del Código civil*, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVII-2, Madrid, 1981, pp. 24 y ss.; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, I, cit., p. 369.



1275 del CC. Del mismo modo el artículo 6.2 en cuanto recoge y también porque no, reformula, la regla contra proferentem no es que prevalezca al tradicional artículo 1288 sino que simplemente le sustituye pues éste no se aplicará en los contratos con condiciones generales aunque sí en el resto, amén de que el dictado entre uno y otro difiere si bien no en lo sustancial.

No se trata sólo de eliminar dudas y ambigüedades del contrato sino también de tratar de encontrar la concreta voluntad de las partes contratantes, para lo cual al interpretar y, por ende, atribuir sentido y significado a una condición y a un contrato, ha de hacerse conciliando al mismo tiempo la orientación objetiva y subjetiva. La interpretación es subjetiva cuando se dirige a averiguar o a buscar la voluntad o intención común de las partes, de los contratantes (*voluntas spectanda*). Se busca reconstruir la intención, el propósito de los contratantes, reconstruir en suma la historia, y para ello el ordenamiento brinda las herramientas que confieren los artículos 1282 y 1283 del Código Civil; por el contrario la interpretación objetiva es aquella operación que trata de eliminar las du-

das y ambigüedades de la declaración contractual atribuyendo a la misma un sentido y un significado procurado a través de criterios objetivos, con independencia de los que las partes hayan podido querer. Los medios que utiliza son los que le brindan los artículos 1284 a 1289 del Código civil. No está claro que uno de los criterios haya de primar respecto al otro. Mas si lo está o debe estar que los principios a los que ha de sujetarse y ajustarse toda actividad hermenéutica o interpretativa son los de búsqueda de la voluntad real de los contratantes, esa voluntad que presidió e imperó en la formación y la celebración del contrato y que fue común a las dos partes, y no a la voluntad individual de cada una de ellas, algo que en el contrato de seguro es algo más común de lo deseable.

La interpretación también debe dirigirse a que la cláusula o incluso el contrato sea eficaz, por lo que prima un principio de conservación del contrato. Finalmente no hay que ignorar el principio de buena fe en su aplicación a la interpretación contractual. Una consecuencia importante de esta exigencia del principio de buena fe en materia de interpretación es la regla llamada de la *interpreta-*

tio *contra proferentem*. Se busca no favorecer al causante de la oscuridad lo que puede provocar favorecer a su adversario<sup>12</sup>.

## 2. La labor interpretativa

La interpretación, por tanto, es una operación previa y lógica al control de contenido, por lo que sus normas se aplican, obviamente, en primer lugar. Esta primacía temporal no es caprichosa, todo lo contrario, tiene su trascendencia en la aplicación de la regla *contra proferentem*, ya que la atribución de uno u otro sentido a una cláusula entre los varios posibles puede ser determinante a los efectos de considerar la cláusula válida o por el contrario ineficaz a tenor de las normas de control de contenido. Como bien se ha señalado es cierto que la interpretación se ha utilizado en ocasiones por los jueces para efectuar un control *encubierto* de contenido de los contratos celebrados sobre la base de condiciones generales<sup>13</sup>.

No cabe duda que esta labor es más grata y cómoda en cuanto hacedores del contrato y en definitiva del derecho por parte del juez, que en ausencia de una norma de cobertura clara, acuden allí donde el terreno es más fácil y está mejor abonado, el de la rectificación que no el de la averiguación del contenido y la verdadera intencionalidad

de las partes. Es más sencillo el manejo de la interpretación que el recurrir a las cláusulas generales del Derecho siempre más abstractas e incluso etéreas. Si bien no nos choca el comportamiento pues siempre tendemos a favorecer a la parte débil del contrato, el consumidor, no es pequeño por el contrario el flaco favor que le hacemos al Derecho, pues interpretar rectificando no implica por ello que se haga más justicia si un juez cree que la razón está de parte del consumidor buscando y tratando de encontrar una fundamentación más acorde e incluso tradicional para dictar una sentencia que podrá hacer justicia pero que tergiversa y yerra al aplicar las reglas contractuales<sup>14</sup>.

Es más, la polémica incluso llega a la hora de marcar los límites a ese control de contenido, es decir si existe un ámbito libre de control en las cláusulas del seguro o por el contrario todas han de quedar potencialmente sometidas a este control. Así hay autores que sostienen que las cláusulas de determinación de las prestaciones –*Leistungsbeschreibungen*–, como las de fijación del precio han de estar libre de control de contenido<sup>15</sup>.

Cuando se habla de interpretación lo que en realidad se trata de hacer es indagar el sentido de las condiciones generales, una indagación que bien puede referirse a un ámbito concreto, bien a

<sup>12</sup> Conforme DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, I, cit., p. 373.

<sup>13</sup> Conforme ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 288, quien sin ambages declara que lo que es un procedimiento de averiguación del contenido de un contrato acaba siendo un mecanismo de rectificación o corrección del mismo –*Vertragskorrektur*–.

<sup>14</sup> Para ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 291, el precio pagado es, sin embargo, muy alto y la victoria, pírrica, el recurso a las normas de interpretación para rectificar el contenido de un contrato conduce, por un lado, a la desvirtuación y degradación de la función de tales reglas (que no es rectificar, sino averiguar), lo cual es dogmáticamente inadmisibles. El autor señala las palabras clarividentes de RAISER, *Richterliche Kontrolle von AGB*, Frankfurt-Berlin, 1968, p. 132, que señala: “la victoria sobre el empresario es breve, según demuestra la experiencia, porque éste pondrá toda la sagacidad de sus asesores en lo que de ellos dependa para hacer la cláusula menos dudosa, todavía más general, menos al alcance de un control interpretativo de esta clase”.

<sup>15</sup> En este sentido DYLLA-KREBS, *Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Baden-Baden, 1990, p. 157. En el mismo sentido FRENZ, “AGB-Gesetz und Allgemeine Versicherungsbedingungen”; *VersR*, 1979, pp. 394-397, p. 396 quien recomienda una exclusión del control de contenido de las cláusulas de *Leistungsbeschreibung*. También SIEG, “Allgemeine Versicherungsbedingungen im Lichte der AGB-Gesetzesplanung”, *BB*, 1975, p. 845-846 recomienda un *Kontrollfreiheit* para este tipo de cláusulas.



un ámbito abstracto. En efecto, el tipo de interpretación condiciona en buena medida los resultados de aquélla. Una cosa es el tipo de interpretación y, otra instrumental de aquélla, es la concreta regla de interpretación por la que se llega a buscar ese sentido. Ahora bien, ¿qué interpretamos, el sentido de una cláusula o cláusulas de ese concreto contrato de seguro, o por el contrario, esta no procede y se indaga sobre el condicionado en general en cuanto acto de predisposición? o si se prefiere, ¿las condiciones deben ser interpretadas de modo circunstanciado, es decir, de igual forma que cualquier otro tipo de cláusulas contractuales, o bien han de ser interpretadas de forma típica, sin tomar en consideración las circunstancias del caso concreto?

Recordemos que las condiciones generales no están pensadas para el caso particular, *ad hoc*, sino todo lo contrario. En buena manera el intérprete ha de tener en cuenta esta vicisitud de los contratos de adhesión, contratos en masa, por lo que lo genuinamente relevante no es lo que entiende el contratante concreto, el tomador concreto, sino lo que entendería el prototipo de adherente: el tomador del seguro con un grado de entendimiento medio, honrado y diligente<sup>16</sup>. Cuando las partes quieren o pretenden desviarse del alcance y sentido típico de una condición general, el camino más expedito no es otro que el de llegar a un acuerdo individual o pacto por el que se apartan de aquél alcance típico, por lo que la interpretación parece que siempre será la general del condicionado y nunca la circunstanciada. Y la discusión no ha sido precisamente pequeña entre los distintos autores. La respuesta

viene en definitiva condicionada a la postura que en cada caso se adopte conforme a la naturaleza jurídica de las condiciones generales que se defiendan. Así quienes son partidarios de una tesis normativista son proclives a defender una interpretación típica, uniforme, de modo que el juez examine las condiciones generales con independencia de las circunstancias concretas del caso o seguro en particular, es decir, limita su juicio y su análisis al tenor literal de las mismas y al tipo contractual en el que se incluyan sin atender o distraerse por cualquier vicisitud de la relación concreta o a las circunstancias personales del adherente concreto.

Por el contrario, los autores contractualistas se muestran más divididos y si bien algunos parapetados en la función económica que cumplen las condiciones y a pesar de no uniformizar posturas, se atrincheran en una interpretación uniforme y típica de las condiciones generales, pues de lo contrario se frustraría precisamente la función racionalizadora de la actividad empresarial que se encarga de desempeñar las condiciones generales. Sin embargo no faltan autores partidarios de la naturaleza jurídica contractualista de las condiciones que siendo éstas meras cláusulas contractuales, consiguientemente han de aplicárseles las normas de la hermenéutica contractual común aplicables<sup>17</sup>. No olvidemos que las mismas condiciones generales pueden tener significados diferentes en función de ciertas circunstancias. A nuestro juicio la mejor interpretación desde luego es aquella que tiene en cuenta las circunstancias del caso concreto en un contrato determinado siempre y cuando éstas existan y sean al mismo tiempo relevantes, claro

<sup>16</sup> En parecidos términos ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 292, para quien el horizonte de comprensión de este modelo de cliente es el que deviene relevante para decidir el significado de la condición general.

<sup>17</sup> Como señala SÁNCHEZ CALERO, *Ley Contrato de Seguro*, Pamplona, 1999, p. 80 una de las consecuencias prácticas de calificar la naturaleza de las condiciones generales como contractual y no normativa, radica en que nuestro Tribunal Supremo ha aplicado a las condiciones generales las normas relativas a la interpretación de los contratos, orientación que sin duda ofrece algunas peculiaridades ante el hecho de la predisposición de las condiciones generales por una de las partes y el debilitamiento de la voluntad común de los contratantes.

está. No será fácil que existan en condicionados generales dada la estandarización y uniformidad de los mismos, lo cual no obsta que para cuando sí se den se interprete en consecuencia si de verdad se quiere indagar el verdadero sentido de la voluntad común que las partes tenían al consentir el contrato. Por tanto todas las circunstancias que individualizan el contrato de seguro han de ser tenidas en cuenta en el proceso de interpretación, de lo contrario pondríamos una venda en los ojos del intérprete<sup>18</sup>.

### 3. Las reglas interpretativas cuando el contrato integra condiciones

La premisa de la que hemos de partir al abordar la cuestión de las reglas o normas interpretativas aplicables a un contrato que se compone específicamente de condicionados como es el caso del contrato de seguro es la de la aplicación efectiva del artículo 6 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en lo no previsto por la misma, se les aplicará las reglas de interpretación recogidas en el articulado del Código civil, algo que por lo demás sugiere y permite tanto el artículo 4.3 del Código civil como el propio artículo 6.3 de la Ley de Condiciones. Este último artículo no sólo va a llevar a cabo una remisión genérica a las reglas de interpretación del Código civil sino que al mismo tiempo lo hace resaltando la absoluta prioridad de los apartados 1 y 2 del mismo artículo 6 en aras a resaltar la preeminencia de las reglas de prevalencia y la interpretación *contra proferentem* frente a otras reglas interpretativas<sup>19</sup>. Téngase en cuenta además que el dictado del artículo 4.3 del

Código es lo suficientemente taxativo, a saber, “las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en materias regidas por otras leyes”, con lo que deja expedito el camino para lo que en su momento se concretó en la Ley de Condiciones.

No obstante, en tanto en cuanto esas reglas no choquen con la naturaleza de esos contratos serán aplicables. A todo ello hay que sumar la marcada impronta de carácter imperativa que establece la Ley del Contrato de Seguro en sus artículos segundo y tercero. El artículo 6 en su párrafo 1 y 2 establece respectivamente la regla de prevalencia y la interpretación *contra proferentem*. Por tanto hemos de concluir que si el contrato contiene cláusulas o condiciones generales o alguna condición particular aislada serán prioritarios las reglas de interpretación que se establecen en los párrafos 1 y 2 del artículo 6, por lo que pasan antes que los principios interpretativos del Código civil. En cambio, cuando estamos ante contratos mixtos que intercalan tanto condiciones generales como particulares, el contrato no admite otra interpretación más que como un todo, holísticamente, siendo poco propicia una interpretación de cláusula a cláusula y de modo aislado, por lo que en este supuesto no es posible preferenciar unas normas a otras, siendo aconsejable analizar cada contrato en su contexto específico<sup>20</sup>.

A continuación abordaremos ambas cuestiones, no sin tratar además otros criterios un tanto más residuales pero que tienen su importancia ante condicionados predispuestos. Procedemos por tanto a afrontar el análisis de aquellas reglas

<sup>18</sup> Conforme ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 297. Contra GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1983, p. 7-9. En parecidos términos SÁNCHEZ CALERO, *Ley*, cit., p. 182 que recuerda que la nota característica de las condiciones generales es que son dictadas para un conjunto de contratos y con el fin de aplicarlas por regla general, con un criterio de igualdad teniendo en cuenta que de la relación contractual derivan unas prestaciones típicas, lo que se refuerza en el campo del seguro por exigencias técnicas de su explotación, lo cual ha de tenerse en cuenta a la hora de la interpretación de una determinada condición general, de manera que habrá de entenderse que se ha querido que tenga un alcance uniforme.

<sup>19</sup> Conforme DÍAZ ALABART, Artículo 6. Reglas de interpretación, cit., p. 217.

<sup>20</sup> Conforme DÍAZ ALABART, Artículo 6. Reglas de interpretación, cit., p. 217.



hermenéuticas de aplicación específica a las condiciones generales.

### 3.1. La regla de la prevalencia

La regla de la *prevalencia* establece, en definitiva, la supremacía de una cláusula particular sobre una condición general en caso de discrepancia entre ambas, dado que una condición particular refleja más fidedigna y nítidamente la voluntad de las partes que una condición general. En cierto sentido, con la prevalencia se busca reconstruir la voluntad común de las partes contratantes como objetivo de la interpretación, tarea esta nada sencilla y en más de una ocasión imposible de alcanzar<sup>21</sup>. Ciertamente una condición particular goza a efectos de rango y de prevalencia de una mayor autonomía privada de las partes, en las que a priori al menos hay, o debería haber, discusión, regateo, negociación del que se adolece en unas condiciones generales, donde la prerredacción y la predisposición ahogan prácticamente toda posibilidad a la negociación, restando meramente una libertad de decidir si sí o si no se contrata conforme a unas condiciones inmutables<sup>22</sup>.

No obstante como ya hemos señalado *supra*, también estamos ante una condición particular cuando esa cláusula aun habiendo sido obra unila-

teral del predisponente, de la aseguradora, y aun habiendo solamente el adherente asegurado aceptado la misma sin mayor negociación, sí ha sido prevista *ad hoc* para este singular contrato. Por tanto, para que esta regla sea aplicable ha de darse un doble presupuesto, primero, que la discrepancia entre ambas cláusulas sea tal, de modo que no haya por ejemplo uniformidad en el contenido de derechos y obligaciones que una y otra cláusula dispone. Y segundo, ambas cláusulas han de ser plenamente eficaces y válidas pues de lo contrario tal regla interpretativa sería inaplicable.

Como bien se ha señalado no es lo mismo que la ineficacia atañe a una condición general que el que lo sea de una cláusula particular. Y más que contradicción de una cláusula con otra, el conflicto ha de surgir inequívocamente entre el contenido de las distintas cláusulas, la general y la particular, o incluso la misma póliza y los pactos especiales<sup>23</sup>. La solución a las contradicciones y en definitiva a la prevalencia no depende de la naturaleza de las cláusulas o partes en conflicto sino del contenido de la mismas. El intérprete ha de preferir, en principio, el texto particular al texto general. Evidentemente si lo que ha de prevalecer es el acuerdo individual como el mejor exponente y adalid de lo que es la genuina voluntad de las partes, tal aplicación sólo es viable si nos hallamos ante un acuerdo individual eficaz<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> En este sentido ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 299.

<sup>22</sup> No por ello quiero aludir a determinar si estamos ante cuestiones de normas de delimitación de rango o de normas sobre inclusión de las condiciones generales en el contrato, en efecto, no es pequeña la discusión que se ha suscitado en otros ordenamientos en torno a la naturaleza jurídica de la regla de la prevalencia, habiendo quien postula que esta regla responde a relaciones de rango normativo –Rangverhältnis– o por el contrario esta regla se circunscribe únicamente a criterios interpretativos.

<sup>23</sup> Sobre esta última contradicción sobre todo MALEVILLE, *L'interprétation*, cit., pp. 162 y ss.

<sup>24</sup> Como bien señala de un modo categórico PRÄVE, *Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz*, cit., p. 111, RdNr. 317: “*Individualvereinbarungen genießen stets den Vorrang vor AVB*”, es decir, los acuerdos individuales gozan siempre de preferencia o primacía ante las condiciones generales del seguro. Para LINDACHER, *Comentario al parágrafo 4, AGB-Gesetz*, (WOLF/HORN/LINDACHER), 3 ed., München, 1994, RdNr. 9: “*Die Individualabrede genießt Vorrang nicht nur vor entgegengesetzten AVB, sondern auch vor AVB, die einer entsprechenden Abrede ihren Sinn nehmen*”. En parecidos términos HEINRICHS, *Comentario al parágrafo 4, RdNr. 5*, en PALANDT, *BGB*, 56 ed., München, 1997.

Esto significa o por mejor decir, puede significar, que si un acuerdo individual es ineficaz no por ello hay que aplicar la condición general, pues precisamente lo que las partes exteriorizan al buscar una cláusula particular que a la postre resulta ineficaz, es su disconformidad con el dictado de las condiciones particulares, por lo que debería tener cabida la aplicación del Derecho dispositivo, ya que ante ese vacío contractual sólo deben acudir las reglas generales de integración<sup>25</sup>.

Así las cosas, esta solución a la posible contradicción entre una condición particular y una general es el corolario a la máxima *specialia generalibus derogant*. Aplicada al contrato de seguro, refleja en realidad la intención genuina del asegurado, siéndole generalmente favorable. En cierto sentido se permite al juez restablecer una cierta equidad en el sentido de un contrato o pacto en el que su contenido ha sido impuesto por el asegurador al asegurado. No perdamos de vista de que toda inserción de una cláusula particular ya sea manuscrita, mecanografiada o incluso informatizada en una póliza tiene como función traducir la voluntad de los contratantes alejándola de las condiciones generales predispuestas e impresas, con la importante peculiaridad de que aquéllas son elaboradas en el momento de la perfección y conclusión del contrato<sup>26</sup>.

Dos disposiciones son contradictorias cuando una de ellas niega lo afirmado en la otra, por lo que la contradicción o discrepancia que afecta a un contrato de seguro es una causa de interpretación.

Las contradicciones en cierto sentido son fruto de la ambigüedad pero no siempre, aunque es lo primero que evocan los jueces, cuando no incompatibilidades y oposiciones. La ambigüedad, que duda cabe, provoca o crea una duda entre varios significados, unos significados que son divergentes o contradictorios<sup>27</sup>. Y es que unas cláusulas que sean totalmente inconciliables no pueden coexistir y menos completarse en una misma póliza. Como bien se ha dicho, la discordancia casi normal y más probable entre una condición general y una particular responde a una redacción efectuada en un estado de espíritu diferente, a un escalonamiento en el tiempo y, finalmente a una dispersión en los "instrumentos"<sup>28</sup>. Ahora bien, no olvidemos que la equivocidad, la confusión o la misma incomplitud de una cláusula o cláusulas puede ser clarificada a la luz de otra cláusulas, de un conjunto de disposiciones o considerando su lugar en el contrato de seguro.

Nada obsta en definitiva a que la ambigüedad de una estipulación se disipe o pueda disiparse con la ayuda de otra estipulación. Pensemos en lo equívoco que puede resultar una cláusula de un contrato de seguro que estipula que la cobertura se inicia a partir del pago de la primera prima mas no especifica el sentido de prima, ya que esta se puede entender como prima neta o prima bruta o el montante del recibo debido por el asegurado. La cuestión se disipa en una ulterior cláusula en la que se distingue lo que es la prima de los accesorios de esta prima, siendo eficaz la garantía o cobertura después del pago del principal de la prima con

<sup>25</sup> En parecidos términos ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 301.

<sup>26</sup> Así, entre otros, BIGOT, "La recommandation de la Commission des clauses abusives et l'assurance", *RGAT*, 1986, p. 9 y ss.; LE TOURNEAU, "Quelques aspects de l'évolution des contrats", *RAYNAUD (Dir.)*, Paris, 1985, p. 349.

<sup>27</sup> En idéntico sentido MALEVILLE, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, cit., p. 34-35.

<sup>28</sup> Conforme MALEVILLE, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, cit., p. 26 quien ve en el riesgo de discordancia entre ambos tipos de cláusulas tres consideraciones: d'une part, les clauses spéciales complètent, voire modifient la police par définition générale; d'autre part, elles intègrent le contrat postérieurement à la rédaction de celui-ci; enfin, elles sont séparées des dispositions générales qu'elles modifient.



exclusión de los accesorios<sup>29</sup>. Por su parte cuando la interpretación se infiere de un análisis del conjunto de estipulaciones, pues recordemos que la cláusula nunca se interpreta en un sentido aislado e individualista, sino por el contrario, en un sentido holístico o de conjunto de todo el contrato de seguro, se tiene en cuenta ante todo, la armonía del contrato<sup>30</sup>.

Sirva como botón de muestra la Sentencia del TSJ de Navarra de 2 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1463) en la que el Tribunal libera de culpa extracontractual a una entidad aseguradora que aseguraba a un camión que se vio inmerso en un siniestro por incendio del material inflamable que portaba y que se derramó en un nave industrial provocando daños en ella y en otra. Para el Tribunal el responsable del siniestro no fue el camión y sí la empresa suministradora de la sustancia inflamable y la empresa de la nave siniestrada que no atajó el fuego. El Tribunal esgrimió a su favor que la aseguradora había excluido de la garantía de la póliza de seguro por condición particular la carga del camión. En la presente sentencia además se puede observar como la delimitación del riesgo se llega a efectuar incluso en la parte dedicada a las condiciones particulares, lo cual no es imposible pero tampoco debe ser frecuente. Lo recomendable es que toda delimitación del riesgo tanto inclusiones

como exclusiones se agrupe bajo un mismo título o cuerpo de cláusulas y que, preferentemente se inserte en el condicionado general<sup>31</sup>.

Así como lo normal es que la contradicciones afecten frecuentemente a la coexistencia de condiciones generales y condiciones particulares, sobre todo entre una cláusula particular de delimitación del riesgo y una cláusula general de exclusión, las mismas pueden afectar en función de la forma que adopten los diferentes acuerdos en el contrato de seguro, en efecto, pensemos en la divergencia entre lo acordado manuscritamente y lo acordado verbalmente con los enormes problemas de prueba que esto acarrea. Y llevémoslos ahora a la presencia de cláusulas manuscritas o más bien mecanografiadas e impresas relativas a garantías o coberturas y sobre todo de exclusiones de garantía. Pensemos en una condición general de una póliza de seguro de daños que excluye de garantía o cobertura a aquellos bienes conservados en una cámara frigorífica a una temperatura no inferior a cero grados y en la misma póliza existe una cláusula particular que prevé la cobertura a todo bien que se conserve en una cámara frigorífica. Aquella cláusula particular de una póliza de seguro de responsabilidad profesional que cubre los daños causados por la acción incluso indirecta del agua ha de prevalecer sobre una condición general que excluya las consecuencias de causadas por

<sup>29</sup> Estos eran las premisas de las que partió la Sentencia Civ. 3 abril 1963, Gazzette du Palais, 1963, 2, p. 72.

<sup>30</sup> Véase MALEVILLE, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, cit., p. 157 quien señala el ejemplo de una disposición que prevé la prescripción a los seis meses después de la fecha del accidente a toda posible reclamación y que sin embargo leyendo dos cláusulas del mismo contrato insertas en la parte final del condicionado general se nos dice que serán las condiciones particulares las que finalmente estipulen la posibilidad de retrasar ese período de prescripción o la cláusula que habilita antes de acudir a un juez la necesidad de acudir al dictamen de un perito médico para que valore el alcance de la lesión y, en definitiva, certifique el grado de incapacidad o invalidez.

<sup>31</sup> Aunque tendremos ocasión de desarrollar este tipo de cláusulas en la segunda parte, en esta sentencia se produce la confusión por un lado, de si realmente la delimitación del riesgo debe ser unitaria e insertarse en el condicionado general o si puede desparramarse a lo largo del condicionado, entendiéndose también condición particular, y en segundo lugar, si estamos ante cláusulas delimitadoras o cláusulas limitativas de derechos. Partidario de esta última categorización LARRAYA RUIZ, *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados*, cit., p. 201 para quien en este concreto supuesto considera que estamos ante una limitativa puesto que la limitación controvertida se hallaría ubicada fuera de la delimitación del riesgo, concretamente en el clausulado particular que sigue a la delimitación del riesgo.

el trabajo de desescombros y los daños causados por el agua. Este tipo de condición cubriría al asegurado daños diversos entre ellos el provocado por el agua pero también el que ocasione un corrimiento o deslizamiento de tierras. O aquella condición general que excluye la garantía a los daños debidos por la influencia de la temperatura, opuesta a una condición particular que cubre los daños sufridos por productos transportados en un vehículo a temperatura estándar.

Un caso dramático viene con la Sentencia del TS de 22 de enero de 1999 (RJ 1999, 4) que trata de la reclamación que un asegurado a la sazón médico de profesión realiza a una aseguradora con la que tenía concertado un seguro de accidentes corporales que incluía, entre otras, la cobertura de invalidez permanente absoluta. El asegurado sufrió un accidente en el quirófano que le ocasionó una invalidez permanente absoluta. Las condiciones particulares del contrato de seguro establecían para el caso de invalidez absoluta una indemnización de veinte millones de pesetas, cifra que como es lógico exigió el asegurado. La aseguradora por su parte se niega a indemnizar semejante cantidad y oferta únicamente ocho millones. Para ello se apoya en que en las condiciones generales existe una cláusula limitativa a tenor de la cual sólo se puede indemnizar en la cantidad de ocho millones. Cómo viene siendo habitual en la práctica aseguradora dicha cláusula limitativa no se encontraba ni aceptada específicamente por el asegurado ni tampoco resaltada en el condicionado. Lo único que había aceptado el asegurado era una estipulación de referencia en la que se enumeraban varias cláusulas limitativas resaltadas en negrita, pero entre las que no se encontraba la argumentada para la aseguradora para abonar únicamente los ocho millones.

Pensemos también en aquella cláusula mecanografiada que restringe la cobertura al asegurado y que se contradice con otra cláusula impresa que extiende la cobertura a toda persona autorizada a conducir vehículos. O aquel contrato de seguro en la que una condición general de un seguro de accidentes corporales excluye la garantía "*les courses, compétitions, matches et paris*" y sin embargo en una cláusula particular mecanografiada se cubren los riesgos de "*rallyes automobiles, concours de freinage, courses de régularité et épreuves de vitesse*"<sup>32</sup>. Como podemos observar, las principales ambigüedades de forma resultan de la reproducción manuscrita, mecanografiada, informatizada o impresa de una cláusula. Quizás el afán o la necesidad de acondicionar a las circunstancias particulares del asegurado la póliza o el contrato predispuesto hace que, manuscrita o mecanográficamente, se introduzcan ciertas estipulaciones, o ni siquiera estipulaciones, sino pequeños matices que acaban provocando una discrepancia entre distintos clausulados. Pensemos como en la moderna contratación del seguro, lo manuscrito ha dado paso a lo mecanografiado, este a lo impreso y ahora a lo informatizado, por lo que el condicionado es enviado casi instantáneamente a la cuenta o correo del asegurado que lo firma, sobre todo, las cláusulas limitativas y almacena en su propio ordenador o en cualquier soporte duradero el clausulado, tanto el general como el particular, sin que al estar todo bajo la misma forma se susciten problemas de interpretación de forma.

La regla de prevalencia es aplicable en principio cualquiera que sea la forma oral o escrita en que se exterioricen los acuerdos o pactos individuales<sup>33</sup>. Como nos podemos imaginar en el caso de que el acuerdo sea oral, el problema estribará en la prueba de dicho acuerdo, un acuerdo que

<sup>32</sup> Así la sentencia Civ. 1re 10 juin 1958, RGAT, 1958, p. 427.

<sup>33</sup> Para PRÄVE, *Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz*, cit., p. 113, RdNr. 325, es insignificante –*unerheblich*– que el acuerdo individual adopte la forma escrita u oral. Incluso mantiene que el *Individualvereinbarung* puede ser acordado tácitamente –*stillschweigend*–, o por el contrario de modo concluyente –*schlüssig*–.



derogará o alterará el dictado de las condiciones generales<sup>34</sup>. Ahora bien, no es oportuno que desconozcamos que en la mayor parte de los contratos con condiciones generales de carácter verbal no es usual en el tráfico la existencia de ninguna condición particular<sup>35</sup>.

En cierto modo plantea esta polémica la Sentencia del Supremo de 6 de junio de 2006 (RJ 2006, 3522) ante la existencia de una póliza no firmada y un condicionado tanto en la parte general como particular igualmente no suscrito o firmado por el tomador del seguro. El problema venía no ya tanto por la firma o no, de hecho es práctica que se firme la póliza y no tanto el condicionado, sino que el seguro era de vida y había que designar beneficiario. En el caso, partiendo además de que existía una previsión expresa en la propia póliza en la que se hacían constar los beneficiarios a falta de designación expresa, debe concluirse, primer, en que no puede atenderse a la falta de firma de la póliza o del condicionado para excluir su aplicabilidad, máxime cuando se están amparando en su existencia para reclamar el importe de la misma. La sentencia declara probada su vigencia de los actos de la propia asegurada.

Veremos cómo puede probar en este caso el tomador del seguro tal acuerdo y a qué pruebas se aferrará pues desde luego es a él y no a la aseguradora a quién incumbe tal prueba como corolario lógico del artículo 1214 del Código

civil. Si fuese el predisponente quién alegase un acuerdo individual, amén de volverse contra sus propios actos y mejor dichos predisposiciones prerredactadas, tal alegación será normalmente contraria a la buena fe, por no haber eliminado de su condicionado aquella cláusula general que ahora discrepa con el contenido de la particular que además alega. Como bien se ha señalado el problema fundamental que se presenta en esta materia consiste en determinar qué ocurre cuando las condiciones generales hayan recogido una cláusula de forma escrita –*Schriftformklausel*–<sup>36</sup>.

Unas cláusulas que tienen como función la de asegurar la validez de las condiciones generales frente a acuerdos individuales, de modo que para que éstos sean válidos cuando pretenden alterar o modificar o añadir algún extremo al documento contractual han de plasmarse por escrito<sup>37</sup>. Al lado de estas cláusulas aparecen las cláusulas de complitud –*Vollständigkeitsklauseln*– que tienen como cometido afirmar la inexistencia de otros acuerdos o pactos distintos a los que figuran en el documento contractual<sup>38</sup>. Sin duda se trata por esta vía de blindar la fuerza y certidumbre del documento contractual en el que se recogen las condiciones, y toda posible alteración ya que son acuerdos que no están en las condiciones generales o bien no se tiene en cuenta, o para hacerlo ha de adoptar una forma específica. A nuestro juicio admitir la validez sin más de este tipo de cláusulas sobre todo la de la forma escrita, aparte de lo insólito que significa-

<sup>34</sup> Como señala PRÄVE, *Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz*, cit., p. 113, RdNr. 325 en caso de acuerdo oral –*mündlicher Abreden*– hay que tener en cuenta el poder de que dispone o el papel que juega en el acuerdo el Agente de Seguros, quedando autorizado para aceptar explicaciones orales tanto de una parte como de la otra, “als das Auge und Ohr des Versicherers”.

<sup>35</sup> Conforme DÍAZ ALABART, Comentario artículo 6. Reglas de interpretación, en *Comentarios*, cit., p. 204.

<sup>36</sup> Cfr. ALFARO, Las condiciones generales de la contratación, cit., p. 302 y ss.

<sup>37</sup> Más ampliamente en PRÄVE, *Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz*, cit., p. 113, RdNr. 326.

<sup>38</sup> En este sentido vid. PRÄVE, *Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz*, cit., p. 115, RdNr. 329: “Sofern der Versicherer sich vom Versicherungsnehmer unter Einsatz einer entsprechenden Vollständigkeitsklausel die Bestätigung geben lässt, dass keine anderweitigen Abreden getroffen worden sind, lässt dies den Vorrang eventuell getroffener Individualabreden unberührt”.

ría, se llegaría al absurdo de no poder las partes contratantes en un momento ulterior acordar o en su caso modificar las condiciones generales de modo verbal u oral<sup>39</sup>.

Véase la Sentencia del TS de 7 de junio de 1999 (RJ 1999, 4100) en la que un asegurado concertó una póliza de seguro colectivo de vida en la cantidad de 5 millones, de 10 si la muerte se producía por un accidente y de 15 si era consecuencia de accidente de circulación. El asegurado falleció como consecuencia de un accidente de circulación pero eso sí, en estado de embriaguez. Los beneficiarios de la póliza exigen a la aseguradora que les indemnice con los quince millones de pesetas. La aseguradora se niega a pagar la citada suma arguyendo que había en cláusula particular una exclusión de pago si el fallecimiento era como consecuencia de la embriaguez del asegurado. No obstante el Supremo tildó la citada cláusula como limitativa de los derechos del asegurado, pero la pregunta es ¿acaso se cumplieron con los específicos requisitos de incorporación que el artículo 3 de la LCS exige para que una estipulación limitativa sea eficaz?, ¿no estamos en realidad ante una delimitadora del riesgo?

Si bien la aplicación de la regla de la prevalencia no plantea ningún problema cuando los acuerdos individuales tienen lugar con posterioridad a la celebración del contrato y a su plasmación o do-

cumentación por escrito, no ocurre lo mismo con aquellos acuerdos que las partes hubieren adoptado con anterioridad a la forma del documento contractual en el que se integran las condiciones del contrato. Como bien es fácil imaginar la discrepancia se suscita en si esos pretendidos acuerdos orales, que pertenecen en puridad a la fase de formación contractual, han quedado o no incluidos en el contrato de seguro, y máxime como ya hemos visto en la formación del contrato de seguro, si admitimos la posibilidad de que el futuro tomador del seguro una vez que le entreguen la proposición de seguro realice una contraoferta pidiendo que se incluyan determinadas coberturas que antes no se incluían o alterando algunas coberturas. El agente de seguros accede y procede a modificar ciertas condiciones del contrato de forma oral por lo que se perfecciona el contrato e incluso se abona la primera prima pero antes de que se plasmen y entregue la documentación del seguro ya se produce el siniestro<sup>40</sup>. Incauto o confiado demás el tomador no exigió un cambio escrito en la proposición de seguro que recogiese las modificaciones y confió en que se plasmasen definitivamente cuando se le entregase la póliza. Las condiciones de la póliza nada dicen de esa inclusión que aceptó el agente, por lo que a priori el asegurador nada tiene que indemnizar, ¿qué sucede en estos supuestos? Es cierto que las condiciones generales ya existen con anterioridad al momento en que las partes renegociaron la proposición de seguro pero que no

<sup>39</sup> Califica finalmente las cláusulas de forma escrita de cláusulas sorprendentes ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 304.

<sup>40</sup> Pensemos igualmente en supuestos demasiados frecuentes en que el asegurado y agente de seguros se conocen y ya han celebrado con anterioridad varios contratos de seguro, acuerdan verbalmente una cobertura inmediata del concreto contrato de seguro y un diferimiento de un mes o incluso dos de la prima, se produce en ese interim el siniestro y en la póliza que ya tiene a su disposición el tomador se señala en una condición general que la cobertura sólo se iniciará a las cero horas del día siguiente en que se hubiese abonado la prima única o la primera prima, ¿se ha producido un pago extemporáneo del seguro?, ¿acaso no puede alegar el tomador del seguro la validez de ese acuerdo individual con el agente de seguros? La STS de 1 de abril de 1987 (RJ 1987, 2482) se refiere a un supuesto de esta clase en la que el ingreso se efectúa por vía bancaria en una cuenta del agente de seguros pero de forma extemporánea, después de producirse el siniestro. También la STS de 28 de junio de 1989 (RJ 1989, 4791) en un caso en el que se produce el siniestro sin haber pagado la prima, para lo que el TS obliga al pago de la indemnización dado que era claro que las partes convinieron indudablemente por hechos concluyentes el aplazamiento del pago.



se reflejó de modo escrito. El tomador tratará de probar el acuerdo a que llegó con el agente y la aseguradora deberá probar que dicho acuerdo fue rechazado en el transcurso de los tratos previos. La Ley de Contrato de Seguro prevé una solución en el artículo 8 *in fine*, una norma que es aplicable tanto a las cláusulas escritas como orales y pone de manifiesto que el hecho de que los acuerdos verbales no hayan quedado reflejados en la documentación del contrato no implica un cambio de opinión de las partes respecto de los mismos, por lo que el tomador del seguro deberá probar la existencia de dicho pacto modificativo o alterador para que esté legitimado tanto para exigir su incorporación a la póliza como sobre todo la indemnización<sup>41</sup>.

La demostración de la divergencia no será precisamente fácil al comparar la proposición de seguro por el asegurador y la póliza. Y no lo es porque el tomador en su renegociación de la oferta de seguro que aceptó oralmente el agente de seguros no se preocupó porque hubiese una nueva proposición u oferta que recogiese esas alteraciones. La prueba es difícil dado que el acuerdo de alteración de las cláusulas se hizo verbalmente y no se plasmó en la documentación definitiva del contrato.

La cuestión como no puede ser de otra manera se complica en el caso de que la diferencia lo sea no ya sólo de cláusulas pactadas y no sólo las recogidas de forma escrita, sino también oral cuando hay acuerdo entre las partes, sino cuando tales acuerdos se han efectuado con personas distintas, cuando por ejemplo los tratos se han efectuado con varios dependientes de la entidad aseguradora, o bien con la mediación de un corredor o de un agente que emiten la póliza. En el peor de los ca-

sos si el agente no tuviese poder de representación de la entidad aseguradora no vincularían a éste los distintos pactos contractuales a que hubieren llegado tomador y agente, de lo contrario si el agente goza de poder de representación que exterioriza frente al tomador indicando la denominación de la entidad aseguradora para la que realiza la operación, o por la publicidad que exterioriza de la aseguradora, ha de entenderse que se muestra como un representante aparente de la misma, que actúa dentro de los usos del tráfico. Por consiguiente y siempre que el tomador del seguro hubiere obrado de buena fe ha de estimarse que nos hallamos ante un supuesto de los que puede dar origen a la divergencia a la que se refiere el artículo 8 de la LCS.

Es cierto que aun cuando no existe un precepto que con carácter general indique que las declaraciones de los agentes surten los mismos efectos que si los hubiese realizado el asegurador, la seguridad del tráfico debe llevarnos a la vinculación del asegurador por los actos de su agente, su representante, cuando son realizados en su nombre ante tomadores de seguro de buena fe (véase entre otras la STS de 25 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3918)).

Si hemos de resaltar que en puridad no estamos ante una genuina regla de interpretación de los contratos pues su fin no es averiguar el sentido de los mismos o de las cláusulas que lo integran y en definitiva le dan vida. Realmente la regla de prevalencia es una regla imperativa sobre la cláusula que habrá de entenderse incorporada al contrato entre varias en contradicción, normalmente generales y particulares, o porque no, entre dos cláusulas generales<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Como bien señala SÁNCHEZ CALERO, Comentario artículo 8, Ley, cit., p. 178, la emisión posterior de la póliza que contenga alguna diferencia, bien con el contenido de la proposición de seguro efectuada por el asegurador, bien con las cláusulas pactadas por las partes, no debe interpretarse en el sentido de que el tomador ha aceptado esas nuevas condiciones o alteraciones del contrato. Por lo que la firma de la póliza por parte del tomador del seguro no puede interpretarse como prueba de su asentimiento a la alteración del contrato.

<sup>42</sup> Conforme DÍAZ ALABART, Comentario artículo 6. Reglas de interpretación, en *Comentarios*, cit., p. 204.

Por otra parte conviene resaltar que la primacía de las condiciones particulares sobre las generales, aun cuando sean predispuestas, pues también puede haberlas, se fundamenta en que las cláusulas particulares son el exponente más claro de la voluntad e intención real de las partes. Al mismo tiempo, la práctica nos ha enseñado que normalmente una condición particular no es sino una matización de las condiciones generales en el intento de adecuarlas a las circunstancias específicas del adherente, y máxime en el seguro, en el que lo particular viene de la mano del contenido mínimo que exige el artículo 8 al referirse a la póliza de seguro.

Ahora bien, siguiendo con la misma lógica de beneficiar a la parte débil del contrato de seguro, debemos señalar que la prevalencia de una cláusula particular no es un todo indiscutible, todo lo contrario, ya que no tendrá aplicación cuando una cláusula general resulte más beneficiosa para el asegurado, supuesto éste que no tiene porque extrañarnos, más bien al contrario. Como tampoco ha de extrañarnos la posible existencia de contradicción entre dos cláusulas o condiciones generales, lo que a priori indica la poca pericia o la escasa diligencia de que puede ser capaz quien redacta tales condicionados. En este supuesto o para esta posible contradicción nada prevén las normas interpretativas ni de la Ley de condiciones, ni del Código civil como tampoco en la Ley de consumidores. Lo que ha de quedar claro es que, en este supuesto

de contradicción entre condiciones generales, sólo al asegurador es imputable tamaña contradicción, sólo él es el responsable de introducir dos criterios en sentido contrario<sup>43</sup>.

### 3.2. La regla *contra proferentem*

Sin duda es esta regla la que despierta las mayores adhesiones pero también las mayores dudas e incertidumbres. Una regla que es aplicable tanto a las condiciones generales como a las cláusulas particulares ambiguas cuya redacción sea obra unilateral de la aseguradora<sup>44</sup>. La razón y fundamento de esta cláusula es conocido, se basa en el principio de buena fe concretado en un principio de autorresponsabilidad de la parte que realiza y expone una declaración de voluntad. Se busca que las partes cumplan con ese genérico deber de hablar claro, y en su ausencia o carencia han de pechar con las consecuencias y consentir que la duda se resuelva en su contra. Como bien se ha señalado, la regla establece una distribución equitativa del riesgo contractual, a saber, el adherente que no ha participado en la elaboración de las cláusulas contractuales no tiene por qué compartir los riesgos de una defectuosa formulación<sup>45</sup>.

Por todos es conocido las dos funciones que cumple la regla *contra proferentem*: en primer lugar, trata de distribuir equitativamente los riesgos de ambigüedad en la declaración, imputándolos a la parte que los ocasiona; y, en segundo lugar, pero

<sup>43</sup> La doctrina alemana se decanta por tratar de averiguar la voluntad común de las partes contratantes, y si ello fuera posible determinar la cláusula general objetivamente más importante. Postura a la que se adhiere en nuestra doctrina, acertadamente ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 313 y ss.; no así DÍAZ ALABART, Artículo 6. Reglas de interpretación, cit., p. 208, que se decanta más por la aplicación de la regla *contra proferentem*, en este caso "traducida" como la condición más beneficiosa para el adherente, dado que el predisponente fue el que causó la oscuridad derivada de dos condiciones generales que simplemente se contradicen. Para MALEVILLE, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, cit., p. 167, cuando las cláusulas de condiciones generales se oponen entre ellas, los jueces «retiennent celle qui préserve la garantie».

<sup>44</sup> Sobre la inequívoca aplicabilidad de este principio al contrato de seguro, entre otros, PÉREZ-SERRABONA, *La póliza*, cit., p. 83; POLO DÍEZ, "Comentario a la sentencia de 27 de febrero de 1942", RDP, 1942, pp. 708 y ss.

<sup>45</sup> Conforme ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 319.



quizás más importante trata de estimular al asegurador a que sea más diligente en su empeño por expresarse con claridad, hablando más claro, pues la propia regla indirectamente le está apercibiendo de la sanción que se le infligirá en caso contrario, y ello con total independencia de su buena o mala fe subjetiva<sup>46</sup>.

No perdamos de vista que el asegurado es un ciudadano medio que necesita contratar un seguro con una compañía aseguradora y que confía en que esta dé satisfacción a sus pretensiones a cambio de una contraprestación, pero lo que no se puede imaginar, o al menos le cuesta, es que la aseguradora no sea capaz de redactar unas condiciones que difícilmente pueda comprender y en las que tampoco pueda hacerse una fácil composición de lugar respecto a los derechos y obligaciones que asume y adquiere<sup>47</sup>. Lo bochornoso e indignante es que se tope con condiciones generales e incluso con pólizas que están repletas de expresiones polivalentes, equívocas, confusas que inducen a dudas y que, en definitiva están necesitadas de una exégesis y averiguación constante<sup>48</sup>.

Hemos de señalar a su vez que la propia regla de interpretación *contra proferentem* ha ido sufriendo leves matizaciones respecto a lo que era su configuración tradicional en el Código civil<sup>49</sup>. Así, si esta se regulaba y todavía se regula en el Código civil en el artículo 1288 ha sido primeramente con la Ley de consumidores y usuarios en su artículo 10.2 y ulteriormente en la Ley de condiciones generales de la contratación en su artículo 6.2 en

los que la regla ha sufrido una cierta atemperación llena de matices. No es que se hayan producido grandes alteraciones respecto de su configuración tradicional, al menos entre los dos primeros artículos. Así y pese a leves diferencias de redacción no parece que el legislador haya pretendido ir más allá del primigenio contenido de la regla del Código civil. Básicamente las diferencias entre el 1288 y el artículo 10.2 se reducen, primero a que el Código habla de "oscuridad" mientras que la Ley de consumidores lo hace de "dudas"; en segundo lugar el artículo 1288 del Código señala que "la oscuridad no deberá favorecer" mientras que el artículo 10.2 es más concluyente cuando asevera que las dudas se resolverán contra el que haya redactado las cláusulas.

Por último, el artículo 1288 sigue apelando a unas expresiones poco afortunado con lo que es el tenor de las condiciones generales y se refiere a la palabra "redactado" con lo que surge la duda de si también se aplicará a aquel asegurador que no redacta las cláusulas sino que son miméticas a otras que emplea otro asegurador. Por su parte hay que señalar que la redacción del artículo 6.2 de la Ley de condiciones es prácticamente idéntico a la primera parte del segundo párrafo del artículo 10.2 de la Ley de consumidores, eso sí en su versión originaria. La Ley de consumidores señala que las condiciones generales se interpretarán en contra de quien las haya redactado, y sin embargo el artículo 6.2 de la Ley de condiciones asevera: "las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adhe-

<sup>46</sup> En el mismo sentido, ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 319.

<sup>47</sup> Como señala REHBERG, *Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem*, cit., p. 223 la información que se facilita al consumidor de seguros debe ser "schriftlich, eindeutig formuliert, übersichtlich gegliedert und verständlich in deutscher Sprache oder der Muttersprache des Versicherungsnehmer".

<sup>48</sup> En parecidos términos PÉREZ-SERRABONA, *La póliza*, cit., p. 86.

<sup>49</sup> Sobre el análisis de los principios *contra stipulatorem* y *favor debitoris* en tanto garantías tradicionales recogidas en los códigos de comercio y civil, véase el estudio de POLO SÁNCHEZ, *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Madrid, 1980, pp. 57 y ss.

rente"<sup>50</sup>. Es cierto que el artículo 6.2 de la Ley de condiciones tiene un texto distinto respecto al artículo 1288 del Código civil, ya que al menos gramaticalmente, implica una suerte de sanción o penalización para la aseguradora en cuanto contratante que ocasionó la oscuridad, ya que taxativamente dispone que las dudas en la interpretación se resolverán a favor del adherente.

En definitiva podemos decir sin equívocos que el artículo 1288 del Código civil contiene la tradicional regla *contra proferentem* de todo sistema jurídico, que con leves matizaciones es el consagrado aquí y allende: "La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad", y que la redacción de los dos artículos especiales no pierden en lo sustancial la identidad con éste<sup>51</sup>.

Realmente y por lo que a nosotros nos interesa hay que destacar que ambos preceptos tanto el civil como el de la ley de condiciones tienen como premisa necesaria de aplicabilidad, la existencia en el contrato, en nuestro caso de seguro, de "cláusulas oscuras"<sup>52</sup>. Ciertamente el ámbito de aplicación del artículo 6.2 es algo más reducido, ya que los contratos con condiciones generales, esto es, condiciones predispuestas, no negociadas por lo tanto, son las que encajan dentro de la esfera de actuación del meritado artículo; en cambio en el ar-

tículo 1288 el ámbito de aplicación es más amplio y también más genérico, puesto que afecta, primero, a cualquier contrato, y segundo, siempre que la oscuridad de la condición afecte a una cláusula o cláusulas imputables únicamente a una de las partes del contrato. Esto nos lleva a mantener que el artículo 6.2 impone que quien cause la oscuridad sea un empresario que actúa como tal, en cambio el artículo 1288 será de aplicación aunque el que ocasione esa oscuridad sea alguien que pueda actuar en un ámbito ajeno al empresarial.

Al mismo tiempo y en esto sí que se aprecia una mayor distorsión, es que la sensación que se infiere entre una norma y la otra, la general y la especial, es que en la primera, la del código civil, no se infiere una función de sanción, de cierta penalización. En efecto, si con las reglas interpretativas que se generan a lo largo de los artículos 1281 a 1287 no se ha sido capaz de averiguar la intención común de las partes debiendo en consecuencia abandonarse las técnicas de interpretación subjetiva para acudir a ésta objetiva, se busca que del resultado de la interpretación no pueda favorecerse a la parte contractual que ocasionó la oscuridad, la ambigüedad. Así las cosas, no es esta una interpretación *contra proferentem*, o por mejor decir no es una interpretación *contra nadie*, sino más bien una interpretación equitativa con respecto a ambas partes. Sin embargo, la redacción que se pergeña

<sup>50</sup> Mucho se ha criticado la dicción de este precepto de la norma de consumidores, sobre todo si se tenía en cuenta que el destinatario de la interpretación desfavorable no siempre tenía que ser el asegurador, ya que cabía la posibilidad de que hubiere sido redactor material un tercero. Ya PÉREZ-SERRABONA, *El contrato de seguro*, cit., p. 330 proponía que el precepto se formulara en sentido positivo "a favor de quién se adhirió" y no con "en contra de quien las haya redactado", abogando incluso por el denominado principio *pro consumptore* en tanto principio de interpretación.

<sup>51</sup> Véase DÍAZ ALABART, Artículo 6. Reglas de interpretación, cit., pp. 210 y ss. es categórica cuando señala que es palpable el "parentesco" del precepto con el núm. 2 del artículo 6 LCGC (y por ende con el antiguo art. 10.2 LGDCU); ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 319 defiende la identidad substancial entre el artículo del Código y el de la Ley de consumidores; COCA PAYERAS, "Comentario al art. 10.2 LGDCU", en *Comentarios a la Ley general de defensa de consumidores y usuarios*, (BERCOVITZ/SALAS (Coords.)), Madrid, 1992, pp. 326 que señala que el 2 párrafo del artículo 10.2 no añade nada nuevo a la regla contenida en el artículo 1288 del CC.

<sup>52</sup> Como bien señala DÍAZ ALABART, Artículo 6. Reglas de interpretación, cit., pp. 211 dicha oscuridad tanto podrá provenir de la propia cláusula exclusivamente como de su puesta en relación con las demás del contrato.



en el artículo 6.2 se infiere una sensación de clara penalización para la parte contractual que ocasionó la oscuridad, para la entidad aseguradora. El dictado del artículo es lo suficientemente elocuente cuando señala que las dudas en la interpretación se resolverán a favor del adherente, lo que a sensu contrario, parece implicar un perjuicio, pequeño o grande, para el predisponente.

Insertos como estamos en el ámbito de los contratos de adhesión y ante la necesaria protección que ha de inferirse al contratante débil, generalmente un mero asegurado-consumidor ajeno al mundo y al lenguaje del seguro, parece que la intención del legislador es ser algo más severo y rígido con el empresario predisponente que en la norma civil. Ni esta norma ni el propio artículo 6 señalan hacen mención en ningún momento de la intencionalidad o no del predisponente en provocar consciente o inconscientemente la oscuridad. Ahora bien no hay que llamarse a engaños, la aseguradora, profunda conocedora y a la vez creadora del mundo del seguro, sabe perfectamente cuando su actuación roza o no los límites o líneas rojas de la duda, la oscuridad, lo equívoco, lo ambiguo, etc. No se trata de acusarlas o no de negligencia grave, pero tampoco se trata de ponerse una venda en los ojos<sup>53</sup>.

A nadie se le escapa que si hubo manifiestamente una intención dolosa en la redacción de ciertas cláusulas del contrato por parte de la aseguradora serían de aplicación los artículos del Código civil correspondientes al mismo. Otra cosa distinta es que al adherente prefiera que el contrato siga siendo eficaz aunque sometido a interpretación para ver si tal o cual cláusula delimitadora del ries-

go incluye o no el riesgo que ha sido objeto de siniestro, que simplemente que ese contrato se anule y por consiguiente nunca llegue a desplegar los efectos. Lo que queda claro en la dicción de las distintas normas es que el asegurado, adherente, no debe soportar bajo ningún concepto las consecuencias de una redacción dudosa o equívoca. El único responsable que ha de pechar con las consecuencias adversas es quien ha generado tales dudas, tales ambigüedades, tales equívocos y oscuridades. Quien se adhiere lejos de negociar ni siquiera ha participado en el proceso o *iter* formativo de tales cláusulas<sup>54</sup>.

Por consiguiente y aunque ambos artículos tienen como referente el mismo principio, la buena fe objetiva y la autorresponsabilidad de las partes, es cierto que la versión de la regla *contra proferentem* del artículo 6.2 es más severa y rígida con quién creó tal duda o tal oscuridad que la contenida en la redacción del artículo 1288, aunque los resultados en más de una ocasión no diferirán mucho<sup>55</sup>.

La aplicación de regla *contra proferentem* exige la presencia de tres requisitos, en efecto, que la cláusula sea dudosa, objetivamente dudosa, ambigua u oscura; en segundo lugar que dicha oscuridad, ambigüedad o duda sean obra o sean imputables al predisponente, aseguradora: y, finalmente, que la duda no haya podido ser resuelta conforme a las técnicas de interpretación subjetiva, es decir, tras indagar o averiguar la intención común de los contratantes.

Como ya sabemos una cláusula es dudosa a los efectos de aplicabilidad de esta regla interpre-

<sup>53</sup> Como bien ha señalado PÉREZ-SERRABONA, *La póliza*, cit., p. 83 con ello se ha intentado que los redactores de los contratos presten atención al modo y forma de su redacción.

<sup>54</sup> Señala PÉREZ-SERRABONA, *La póliza*, cit., p. 114 en la nota 136 que en período que va de 1979 a 1999 ha aplicado el Tribunal Supremo el principio *contra stipulatorem* en 76 casos y en casi la mitad de las ocasiones en que lo ha hecho, se trataba de contratos de seguro.

<sup>55</sup> En parecidos términos DÍAZ ALABART, *Artículo 6. Reglas de interpretación*, cit., p. 213.

tativa, cuando de su interpretación pueden desprenderse dos o a lo sumo tres significados de un modo razonable y objetivo. Ahora bien, esta regla interpretativa es aplicable cuando de la cláusula se deduzcan algunos significados razonables, pero no si es imposible deducir alguno o contrariamente son múltiples los significados posibles<sup>56</sup>.

Por consiguiente y como ya hemos ido desgranando a lo largo de este trabajo, una cláusula es dudosa bien porque sea indeterminada, porque su tenor literal sea incierto o bien porque sea ambigua en sentido estricto. La cláusula es indeterminada y por tanto dudosa, cuando al asegurado le es totalmente imposible deducir cuando se aplica y cuando no la condición general. Basta con que existan dudas razonables acerca de si un determinado hecho o evento quedan o no cubiertos por el contrato de seguro, lo cual no tiene nada que ver con los requisitos de inclusión, en los que se exige al asegurado simplemente que se haga, más o menos, una composición de lugar acerca de los derechos y obligaciones que puede tener. Ahora simplemente, no sabe si realmente el seguro cubre o no tal contingencia o evento dañoso<sup>57</sup>. También una cláusula puede ser dudosa, que duda cabe, por ser incierta, es decir, cuando la propia cláusula es la que no proporciona deliberadamente o no la suficiente información en torno a su ámbito de aplicabilidad. Es necesario a su vez para que sea aplicable la regla *contra proferentem* que

la duda que se plantea no quede disipada valorando la cláusula a la luz de todas las circunstancias del caso<sup>58</sup>. Como ya hemos tenido ocasión de referirnos es dudosa una cláusula que es ambigua, en efecto, aquellas que emplea referencias y expresiones multívocas, es decir, con varios y diferentes significados, sin que quede claro cual emplear en el condicionado de la póliza.

Hemos señalado a su vez que uno de los requisitos para ser aplicable la regla *contra proferentem* es que la duda sea imputable al predisponente, a la aseguradora. Es esta una nota denominador común a todo el condicionado sobre todo cuando el asegurador es el causante de esa duda, pues es él quien ha generado dicha cláusula o quien ha importado esa cláusula redactada por otros para formar parte de sus formularios de condicionados, haciendo suya dicha cláusula y por tanto, pechando con las consecuencias negativas que de tal proceder se pueden desprender.

Por tanto no será objeto de aplicación la mencionada regla si la cláusula, o mejor dicho, si la duda proviene de una cláusula pactada, negociada y por ende, discutida, por las partes, así como tampoco ante una condición general que simplemente reproduce literalmente una norma legal, y máxime si esta es una norma imperativa como lo son la mayoría de las normas que integran la Ley del Contrato de Seguro. En el primer caso uno sola

<sup>56</sup> En este sentido ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 321, quien además señala y delimita el ámbito de aplicación de esta regla tanto en su sentido positivo como negativo. Así, la regla *contra proferentem* no se aplica cuando la duda resulta provocada no por una cláusula concreta, sino por el condicionado general en su conjunto. Al mismo tiempo esta regla es inaplicable cuando la duda que asalta al intérprete procede de la naturaleza jurídica de la misma (es decir, que calificación es procedente) o de la eficacia de la misma (es decir, si es abusiva o no). Por último, la duda habrá de proceder del tenor literal de la condición general o de su aplicación al caso concreto.

<sup>57</sup> Señala ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p 322, la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1976 (RJ 1976, 4578) en la que se trataba de un contrato de seguro que cubría los daños provocados por la utilización de un tractor para trabajos propios del mismo. En el caso, el accidente sobrevino cuando se utilizaba el tractor como remolque y la cuestión era, por tanto, decidir si el remolque era o no un trabajo propio de un tractor.

<sup>58</sup> Cfr. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p 323.



de las partes es responsable del contenido de la cláusula, sino las dos lo son pues libremente han pactado lo que han estimado más pertinente para su concreto contrato de seguro. En el segundo supuesto, por el sencillo hecho de que quien reproduce la ley no asume ninguna responsabilidad respecto a la formulación<sup>59</sup>. Véase al respecto la STS de 2 de mayo de 1979 (RJ 1979, 1758) en la que el Alto Tribunal niega la aplicación de la regla *contra proferentem* a los casos en que el predisponente ha transcrito y reproducido miméticamente una norma legal.

Finalmente como último requisito de aplicabilidad de esta regla, y que normalmente pasa un tanto desapercibida, es que la misma sólo es aplicable después de haber empleado métodos subje-

tivos de interpretación, resultando éstos en vano. Por lo que en cierto sentido estamos ante una regla meramente residual o subsidiaria. En tanto regla de interpretación objetiva su aplicación es subsidiaria. Así las cosas, es preferible que la duda pueda resolverse con arreglo a la regla de la prevalencia que a la de *contra stipulatorem*, si bien este postulado difícilmente puede llevarse a un extremo. En todo caso la premisa mayor es que las cláusulas que sean dudosas han de ser interpretadas en el sentido o significado que sea más beneficioso para el adherente, si bien habrán de ser ponderadas y analizadas las circunstancias concretas que rodean el caso, pues no sería extraño que en ocasiones se llegue a la paradoja de lo que es más beneficioso para el adherente en abstracto no lo sea así a la hora de su aplicación efectiva.

<sup>59</sup> Este fue el supuesto de la STS de 22 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1246) en un seguro que cubría el riesgo de muerte en accidente de circulación, pero una condición general excluía la cobertura si la muerte sobreviniera por algunas circunstancias, como la de accidentes ocasionados por el uso de motocicletas o ciclomotores y por la conducción de vehículos a motor si el asegurado no está en posesión de la autorización administrativa correspondiente. Lamentablemente el asegurado murió conduciendo una motocicleta y el Supremo aplica la regla *contra proferentem* entendiendo que la cláusula es dudosa y que las exclusiones de responsabilidad han de cumplir con los requisitos de claridad y precisión.

# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

**Víctima de un accidente laboral que, por la actuación negligente del anestesista, quedó en coma vegetativo irreversible. Acción de reclamación de daños y perjuicios contra la Mutua de accidentes laborales que designó el centro sanitario y los facultativos que efectuaron la intervención quirúrgica. Plazo de prescripción de 15 años.**

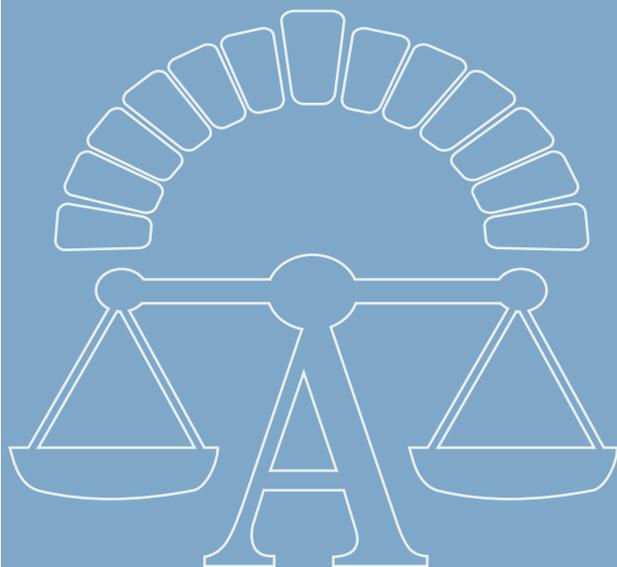
*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 12 de julio de 2010.*

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Don Segismundo era trabajador de la empresa Altuna y Uria, SA, de Azpeitia. El día 10 de noviembre de 1994, trabajando para la citada empresa, sufrió un accidente en una obra que estaba realizando en el barrio Antiguo de San Sebastián, al caer de una planta. La empresa tenía asegurada las contingencias de accidentes con FREMAP, a resultas de lo cual se trasladó al accidentado a POLICLÍNICA DE GUIPÚZCOA. En dicho centro sanitario se le examinó inicialmente por el doctor Jacobo, el cual al conocer la condición de asegurado de FREMAP, le derivó al doctor Justiniano, traumatólogo y facultativo de FREMAP. El citadito médico asignó al doctor Luis para la práctica de la intervención, que fue llevada a cabo dos días

Tribunal  
Supremo





después, como consecuencia de la cual el paciente quedó afectado de un síndrome vegetativo crónico, situación en la que se mantuvo hasta su fallecimiento el día 20 de noviembre de 2003. Es hecho probado de la sentencia que "FREMAP procedió a designar el centro sanitario y los facultativos que habían de efectuar la intervención quirúrgica... en el marco de la prestación del servicio sanitario que tenía contratado, la empresa para la que prestaba sus servicios el trabajador", a resultas de la cual el paciente sufrió el daño del que responsabiliza al médico anestesista (Don Álvaro), miembro del equipo de trabajo de Don Teodoro (no demandado), Jefe del Servicio de Anestesia de la POLICLÍNICA, que disponía de célula de trabajo en la misma, porque durante la actividad anestésica no controló las constantes vitales del paciente, después de que se hubieran desconectado momentáneamente los monitores por el cambio de posición (decúbito supino a decúbito prono), sin que estuvieran accionadas las alarmas, lo que le impidió conocer" casi de inmediato la situación de parada cardiorespiratoria y actuar en consecuencia". Resultado de todo ello es la condena de las aseguradoras del riesgo contratado con el anestesista (ASCAT) y de la POLICLÍNICA (AEGON), además de FREMAP en su calidad de garante de la prestación sanitaria asumida a través de los facultativos y de los medios que la misma determina, y la absolución de la POLICLÍNICA y de los herederos de Don Álvaro, demandados por su fallecimiento. Estos hechos tienen otra dimensión. Esta no es otra que la que se produce a través de la demanda reconvenzional que formula la POLICLÍNICA DE GUIPÚZCOA para resarcirse de los gastos que derivan de la asistencia prestada al Sr. Segismundo en sus instalaciones, gastos que le fueron reconocidos en la 1ª instancia y negados en apelación porque" deberá ser afrontada por el causante del daño frente al que deberá dirigirse la acción correspondiente". Recurren en casación la Mutua FREMAP, la POLICLÍNICA GUIPÚZCOA S.A. y la esposa e hijo de Don Segismundo, Doña Marisol y D. Alfonso; recurso cuya respuesta está sin duda

condicionada por el contenido y alcance de los motivos no han sido formulados o que habiéndolo sido no han sido admitidos por la Sala por estar mal formulados, con relación a la absolución de los asegurados y condena de las aseguradoras. RECURSO DE CASACIÓN DE MUTUA FREMAP.

**SEGUNDO.-** El recurso de casación interpuesto por la Mutua FREMAP se articula en cuatro motivos, de los cuales solo han sido admitidos los dos primeros. En el primero se denuncia la infracción de los arts. 1968.2º, en relación con los arts. 1902, 1137 y 1964, todos ellos del Código Civil, al no haberse apreciado la excepción de prescripción, tanto si se estima que la acción es extracontractual como contractual, negando que se pueda aplicar la doctrina del daño continuado en la medida en que los efectos totales del daño sufrido se detectaron el mismo día en que se produjo el accidente vascular, el 10 de noviembre de 1994. A efectos interruptivos de la misma, se alega que la entidad recurrente no fue parte en el proceso penal seguido y el acto de conciliación se celebró transcurridos cinco años desde el accidente. Cuestiona la interrupción de la prescripción por vínculos de solidaridad pues considera que tal efecto no puede extenderse a la parte recurrente que no es la responsable del acto ilícito que pudiera haber realizado el anestesista, y ello de acuerdo con una interpretación restrictiva de la solidaridad, cuestionando asimismo. Se desestima. La Sentencia tiene en cuenta que el planteamiento de la acción por la demandante vino justificada en un supuesto de culpa contractual, "pues el objeto de cobertura era que su asegurado recibiera una asistencia sanitaria y un tratamiento adecuado" y declara que la acción frente a FREMAP no ha prescrito, pues "aun cuando se entienda que desde el mismo día en que se produce el accidente vascular se conocía el alcance del daño producido, el 10 de noviembre de 1994, y dado que se ejercita la acción contractual, el plazo sería el prevenido en el art. 1964 del

CC, quince años y, por ello, la acción no estaría prescrita al ejercitarse la demanda, el 21 de julio de 2000". En lo que aquí interesa supone los alegatos de la recurrente respecto de la responsabilidad extracontractual se construyen al margen de lo consignado en la Sentencia de la Audiencia, de la existencia de vínculo contractual entre la parte actora y la codemandada, que deriva directamente del contrato de asistencia y resulta de los hechos tenidos en cuenta, por lo que la impugnación de la Sentencia se articula al margen de los presupuestos que determinan estar en presencia, respecto de dicho codemandado, de daños derivados de culpa contractual que deja sin contenido la aplicabilidad del plazo de prescripción del art. 1968. 2 del CC que se pretende, para someterla al de quince años de las acciones personales, del artículo 1964, pues ninguna petición se formula acerca de la naturaleza de la relación jurídica existente entre los litigantes, cuestión fundamental y previa del debate, sino únicamente respecto a la naturaleza restrictiva de la institución y contenido y alcance del daño, que no constituyen el fundamento resolutorio de la sentencia, como tampoco lo constituye el artículo 1137, que también se cita en el motivo, para mantener la exclusiva responsabilidad del anestesista, como luego se reitera al analizar la prescripción desde la óptica de la relación contractual, y no del tiempo transcurrido para el válido ejercicio de la acción, soslayando además el artículo 1974 del Código civil, sobre la posible eficacia interruptiva en el supuesto de las obligaciones solidarias en la forma que ha sido interpretado por esta Sala a partir de la sentencia de 14 de marzo de 2003.

**TERCERO.-** En el segundo motivo se denuncia la vulneración del art. 1903 CC, en relación con el art. 1104 del mismo cuerpo legal. Se sostiene que la Mutua cumplió las obligaciones a su cargo, no pudiéndole hacer responsable de los errores profesionales cometidos por los facultativos con los que no había relación de dependencia. Se desestima.

La demanda se formula contra FREMAP en virtud de la relación que le unía a la víctima por el seguro de accidentes de trabajo y a dicha entidad con la POLICLÍNICA, en la que fue internado a iniciativa del médico traumatólogo perteneciente a su cuadro médico, es decir, porque la prestación médica sanitaria se efectuó con cargo y por cuenta de la Mutua, sin intervención en su determinación del perjudicado. Desde esta perspectiva, su responsabilidad deriva de la prestación sanitaria, en el ámbito de la relación de contrato de asistencia médica que había asumido y del daño que se produjo bajo la esfera de sus obligaciones, por la actuación negligente del anestesista como auxiliar de la misma (SSTS 2 noviembre 1999; 19 junio 2001, 4 de diciembre 2007; 19 de diciembre 2008; 4 de junio 2009, entre otras) RECURSO DE CASACIÓN DE POLICLÍNICA GUIPÚZCOA S.A.

**CUARTO.-** El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de POLICLÍNICA GUIPÚZCOA S.A. se articula en tres motivos, de los cuales solo ha sido admitido el primero de ellos en el que se denuncia infracción de los arts. 1089, 1091, 1100, 1101, 1107, 1108, 1254, 1257, 1258 y 1261 del Código Civil. Se alega la existencia de un contrato de clínica u hospitalización con la parte actora generador de obligaciones y en consecuencia, interesa la estimación de la demanda reconventional en la que se reclamaban los gastos de hospitalización, que les niega indebidamente la Sentencia recurrida al apreciar la excepción de falta de legitimación pasiva de los actores reconvenidos en la medida en que los gastos que se reclaman en la reconvenición derivan de la asistencia prestada al Sr. Segismundo en la Policlínica, asistencia que no tiene origen en un contrato de hospitalización sino en la situación que quedó la víctima tras la operación a la que fue sometido en el Centro. Se estima. Ambas partes, actora y recurrente, reclamaron el importe de los gastos hospitalarios devengados como consecuencia del periodo en que el Sr. Segismundo estuvo internado en las instalaciones de la POLICLÍNICA afectado de



un coma vegetativo irreversible. Lo hizo el actor en su demanda bajo una petición indudablemente ambigua puesto que bajo la solicitud de una condena solidaria de todos los demandados, incluida la POLICLÍNICA, reclama, entre otros gastos, "las facturas de estancia en clínica y asistencia médico-sanitaria que ya se han originado y que se originen desde la fecha inicial de su devengo hasta la ejecución de sentencia, por el mantenimiento y cuidados médicos y tratamientos prestados al lesionado y por el personal interno y externo a la clínica que le debe de vigilar y aplicarle tratamiento rehabilitador, de determinar en ejecución de sentencia". Sin duda, cuando la demanda se formula en estos términos ya tenía la actora conocimiento de la que le reclamación que le había hecho la POLICLÍNICA, luego reiterada mediante la oportuna reconvencción. Es decir, lo que al parecer pretende es que esta entidad no solo deje de cobrar sus facturas, sino que además las pague. Y es el caso que ni la cuantía ni el impago de las facturas fueron objeto de controversia por quien venía obligado a su pago. Lo que pretendió realmente es que se produjera una compensación de deudas, a lo que no dio lugar la sentencia de 1ª Instancia, por no "tenerse por acreditados y concurrentes los requisitos legales exigido en el artículo 1196 del CC", con el resultado de condenar a aquella a su pago. La sentencia de la Audiencia lo entendió de otra forma: considera que paciente y Clínica se relacionan a través de un contrato de clínica u hospitalización y acoge una excepción no alegada por la demandante para situar la obligación de pago fuera de este contrato y en la órbita del causante del daño. Sin duda, esta Sala no puede entrar en el análisis de la corrección o no de referida excepción, puesto que el motivo que pretendía combatirlo estaba mal formulado y no fue admitido a trámite. Lo cierto es que entre la POLICLÍNICA y los actores medió una clara y evidente relación de contrato que la propia sentencia califica de clínica u hospitalización definido en la sentencia de esta Sala de 4 de octubre de 2004, con cita de las sentencias de 11 de noviembre de 1991 y 12 de marzo de 2004, como un contrato

atípico, complejo, perfeccionado por el acuerdo de voluntades entre el paciente y una clínica privada, que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado, pero que, en todo caso, comprende los llamados extramédicos (de hospedaje o alojamiento) y los denominados asistenciales o paramédicos, aunque también puede abarcar los actos pura y estrictamente médicos, siendo para ello necesario que el paciente haya confiado a la clínica su realización por medio de sus propios facultativos (el contenido de la reglamentación comercial depende, al fin, de la autónoma voluntad de los contratantes). Esta relación de la POLICLÍNICA con el paciente se mantuvo a lo largo de varios años, y al margen de la necesidad o no del gasto generado por la estancia en sus instalaciones, en sede de causalidad, o de una posible minoración a través de la atención del enfermo en un centro adaptado a las circunstancias del caso, cuestiones que han quedado fuera del recurso, lo cierto es que se trata de un gasto hospitalario originado por la atención y cuidados al Sr. Segismundo, a partir de una relación de contrato bilateral con la fuerza obligatoria que impone la normativa se recoge en los preceptos del Código Civil citados en el motivo. La sentencia recurrida, al rechazar la reconvencción, ha ignorado e inaplicado los artículos pertinentes del Código Civil desconociendo la existencia del contrato de hospitalización, sus efectos y sus requisitos, amén de su fuerza obligatoria; razón por la cual, esta Sala, al asumir la instancia, deberá mantener en este aspecto la sentencia del Juzgado, estimatoria de la reconvencción y la consiguiente condena de los reconvenidos al pago los gastos ocasionados hasta el momento de la reclamación.

RECURSO DE CASACIÓN DE DOÑA Marisol y D. Alfonso.

**QUINTO.-** El recurso de casación interpuesto por Doña Marisol y D. Alfonso aparece estructurado en cuatro motivos, si bien únicamente han sido admitidos a trámite dos. En el primero se

alega la vulneración del art. 1106 CC, en relación con el anexo a la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, cuestionando que la Sentencia no haya incluido en la indemnización los gastos de atención, vigilancia y rehabilitación prestados en el hospital por personal contratado por la recurrente. Se desestima. El motivo olvida que el recurso de casación no es una tercera instancia y procura convencer a la Sala de la bondad de sus argumentos respecto de la inclusión de determinados gastos a los que hubo de hacer frente para mantener en condiciones físicas adecuadas al paciente, como si no se hubiera dictado sentencia desestimatoria de sus pretensiones entre cuyos argumentos está la inclusión de estos como factor de corrección del Baremo utilizado para la cuantificación del daño.

**SEXTO.-** En el motivo tercero se denuncia la interpretación errónea de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor en su redacción dada por la Disposición Final decimotercera de la LEC –actualmente derogada– en relación con la Disposición Adicional 4ª de la Ley 30/1995, también derogada–, por no imponer el recargo de los intereses del 20% a las compañías aseguradoras pese a que han incurrido en mora. La Sentencia aplica el art. 20.8 LCS, entendiendo que existe causa justificada para su no imposición. Dice la sentencia de 1ª Instancia que no se ha pedido por la parte demandante principal la condena al pago de los intereses sobre la suma principal, por lo que corresponderían en cualquier caso, los intereses previstos en el artículo 921 de la LEC. No obstante y en previsión de cuestiones complejas en la ejecución de sentencia, considera que no serían de aplicación los intereses legales de los artículos 1100 y siguientes del CC, ni los del artículo 20 de la LCS, por no haber sido solicitados de forma expresa en el escrito de demanda, y por concurrir causa justificada. Y es con relación a esta segunda valo-

ración, absolutamente innecesaria cuando no han sido reclamados, sobre la que versa la sentencia recurrida, al sostener, sin argumento alguno, que se deben aplicar de oficio. Es cierto que alguna de las razones que aduce para justificar la exclusión de los dichos intereses no son atendibles en su conjunto ya que la jurisprudencia de esta Sala ha evolucionado en cuanto a la innecesariedad del litigio para concretar la responsabilidad. Más, al margen de referidas razones, es lo cierto que el interés del artículo 20 de la Ley 50/1980, en su redacción anterior a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, aplicable por razón del tiempo en que ocurren los hechos, no es atendible de oficio, sino a instancia de parte, a partir de una solicitud definida y nítida sobre el particular especialmente cuando se reclaman de forma genérica los intereses legales de aplicación, lo que no es del caso, puesto que nada se pide ni se argumenta en el escrito de demanda. Consecuentemente debe tomarse en cuenta para no estimar el motivo la doctrina que sientan las sentencias de 29 de diciembre de 1998; 5 de noviembre de 2001; 1 de marzo de 2006, expresivas de que los intereses del veinte por ciento a la compañía aseguradora, con anterioridad a la reforma del artículo 20 por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, no es estimable de oficio, por razón de su naturaleza sancionadora, ya que a la condena a pagar estos intereses se le aplica el principio constitucional de que nadie puede ser condenado sin ser oído, mientras que tras dicha modificación legislativa se destaca su condición de intereses moratorios y se abunda en el carácter injustificado del retraso y en la posibilidad de concederse sin necesidad de petición de parte.

**SÉPTIMO.-** La desestimación de los recursos, salvo el formulado por POLICLÍNICA DE GUIPÚZCOA, SA, acarrea la condena en costas de los recurrentes, excepto las causadas por el recurso de casación de esta parte. Asimismo, se imponen



a Doña Marisol y D. Alfonso las costas causadas en ambas instancias por la reconvención. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de Don, Doña Marisol y D. Alfonso y MUTUA FREMAP frente a la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de fecha 2 de mayo de 2006.

2.- Estimar el recurso de casación formulado por la POLICLÍNICA GUIPÚZCOA S.A.

3.- Estimar la reconvención formulada por esta parte contra Doña Marisol y D. Alfonso (teniendo en cuenta el fallecimiento de Don Segismundo) condenándoles al pago de 56.881.694

pts (341.865,87 Euros), más el interés legal desde el 11 de noviembre de 2000, fecha de la reclamación judicial. 4.-Se mantienen los demás pronunciamientos de la misma, declarando en cuanto a costas lo siguiente: a) Se imponen a Doña Marisol y D. Alfonso las costas causadas en ambas instancias por la reconvención; b) Se imponen a Doña Marisol y D. Alfonso y MUTUA FREMAP las costas de sus recursos de casación, y c) No se hace especial declaración del formulado por POLICLÍNICA GUIPÚZCOA S.A. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Román García Varela. Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Encarnación Roca Trías. Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Firmado y Rubricado.



## Comentario:

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

El contenido de esta Sentencia, que acoge como fondo la estimación de un supuesto de negligencia profesional médica ejercitada frente a una Mutua de Accidentes, su aseguradora, el médico anestesista que intervino en la asistencia del perjudicado y su aseguradora, analiza diferentes aspectos de relevante importancia, cual es la naturaleza de la acción que se ejercita en relación con su plazo de prescripción, el tipo de responsabilidad que generan los hechos reclamados, la existencia o no de dependencia entre la Mutua de Accidentes y los facultativos que asistieron al paciente, así como los requisitos que deben concurrir en la solicitud de los intereses moratorios del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro.

En este sentido, el Tribunal Supremo declara de forma inequívoca la naturaleza contractual de la responsabilidad derivada de la asistencia médica prestada por una Mutua de Accidentes a sus usuarios, por cuanto entre ambos media una relación contractual por la que primera se obliga a prestar los servicios médicos ofertados y por tanto deberá responder de la correcta prestación de los mismos. En este sentido, es aplicable a efectos de prescripción el plazo

de 15 años previsto en el artículo 1964 del Código Civil, sin que pueda alegarse ningún motivo que justifique la preclusión del plazo conferido si la reclamación presentada por el perjudicado se realizó, como es este caso, dentro de aquel plazo.

De este modo, se declara igualmente la aplicación a tales efectos de los artículos 1903 y 1904 del Código Civil, por cuanto es la Mutua la que facilita el nombre de aquellos facultativos a los que el usuario puede acceder, así como la Policlínica donde este va a ser atendido, sin que entre el paciente y estos medie ningún tipo de relación. Por este motivo, los servicios médicos prestados se efectuó por cargo y por cuenta de la Mutua, en el ámbito de la relación de contrato de asistencia médica que había asumido y del daño que se produjo al estar bajo la esfera de sus obligaciones, por la actuación negligente del anestesista.

En cuanto a la solicitud de la actora del pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, aclara la Sentencia que dado que los hechos ocurren antes de la modificación de di-



cho precepto, introducida por la Ley 30/1995 de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, los mismos sólo podrían concederse si en el escrito de demanda hubieran sido solicitados y puesto que no se hizo, no cabe estimar más que la condena al pago de los intereses de mora judicial. Y ello por cuanto es a raíz de la modificación señalada, cuando puede considerarse que los intereses moratorios del citado artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro deberán ser impuestos sin necesidad de haber sido solicitados por la parte, es decir, de oficio, pero no antes. Este cambio obedece a la superación del carácter restrictivo que se otorgaba a la concesión de tales intereses, dado su fin sancionador, predominando actualmente su condición de intereses moratorios destacando el carácter injustificado del retraso del pago por el deudor.

Con todo ello, echamos en falta en dicha resolución una alusión a la cuestión controvertida de la jurisdicción competente para los asuntos por negligencia médica dirigidos contra las Mutuas de Accidentes, lo cual obedece obviamente al hecho de que ninguno de los motivos de casación recogiera este tema, y ello por cuanto, si bien actualmente la cuestión puede estar resuelta de forma más o menos pacífica, lo cierto es que en el momento de los hechos se trataba de un asunto que asumían por igual los tribunales civiles y los contencioso-administrativos, siendo la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo quien mediante Autos de 18 de Octubre de 2006 y 22 de Diciembre de 2005, declaró la competencia de estos últimos dada la naturaleza de las Mutuas como entidades colaboradoras de la Seguridad Social, quienes como tales comparten a todos los efectos su naturaleza administrativa.

# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

Tribunal  
Supremo



**Reclamación de indemnización de daños y perjuicios a la ex-esposa por infidelidad durante el matrimonio y el descubrimiento de que uno de los hijos no era en realidad del demandante. Prescripción de la acción. El plazo de prescripción comienza a correr «desde que lo supo el agraviado, no siendo de aplicación la jurisprudencia sobre daños continuados».**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)  
de 14 de julio de 2010*

*Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La cuestión jurídica que plantea el único motivo del presente recurso de casación consiste en si ha prescrito o no la acción ejercitada por el demandante-recurrente, mediante demanda presentada el 15 de noviembre de 2005 contra



la que había sido su esposa, en reclamación de 514.638,13 euros por daños morales, daños físicos y secuelas psicológicas, deterioro de su fama y honor, daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivados, en síntesis, de la infidelidad de la demandada mientras estuvieron casados y de la declaración judicial de que uno de los dos hijos tenidos hasta entonces por matrimoniales, concretamente la hija nacida en 1984, no había sido engendrada por el demandante.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por considerar prescrita la acción con base en el art. 1968-2º CC, al haber transcurrido más de un año entre el conocimiento del daño por el demandante y la interposición de la demanda, entendiéndose por tanto que la acción ejercitada se fundaba en el art. 1902 CC, y la sentencia de apelación, desestimando el recurso del actor, la confirmó rechazando que los daños alegados en la demanda continuaran produciéndose, o al menos que hubieran seguido produciéndose hasta el 6 de septiembre de 2005, y entendiéndose, en cambio, que la última fecha posible a considerar como inicio del cómputo de dicho plazo era el 27 de marzo de 2003, día en que se había notificado al demandante la sentencia declarando que la referida joven no era hija biológica suya.

**SEGUNDO.-** En su escrito de oposición al recurso la demandada-recorrida ha alegado su inadmisibilidad, con carácter previo, porque las sentencias citadas como exponentes de la doctrina jurisprudencial presuntamente infringida se refieren a casos muy diferentes del aquí enjuiciado y porque el interés casacional no se daría respecto del plazo de prescripción sino respecto de si los hechos probados son o no constitutivos de lo que la jurisprudencia entiende por daños continuados. Pues bien, el óbice de admisibilidad debe ser rechazado porque si bien es cierto que tanto en el escrito de preparación como en el de interposición del recurso se invoca el interés casacional por oponerse la sentencia recurri-

da a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, no lo es menos, de un lado, que dicha sentencia se ha dictado por una Audiencia Provincial en la segunda instancia de un juicio ordinario por razón de la cuantía, siendo ésta muy superior a 150.000 euros, y, de otro, que el único motivo del recurso se funda en infracción del art. 1969 CC y de la jurisprudencia de esta Sala que, en los casos de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, considera que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual no comienza a correr hasta la producción del definitivo resultado si no es posible distinguir etapas diferentes o hechos diferenciados. La sentencia, por tanto, era recurrible en casación conforme al art. 477.2 2º LEC, en el escrito de preparación se indicó suficientemente la infracción que se consideraba cometida, como exige el art. 479.3 de la misma ley, mediante la cita del art. 1969 CC y la mención de "la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la cuestión de los daños continuados" y, en fin, el único motivo de casación contenido en el escrito de interposición permite entender sin dificultad la cuestión que plantea el recurrente, citando la norma que considera infringida y exponiendo el contenido de tres sentencias de esta Sala, que a su vez citan otras anteriores, sobre el cómputo del plazo de prescripción en los casos de daños continuados, con lo que se cumple también el requisito que impone el art. 481.1 LEC, de suerte que el único defecto apreciable en el recurso sería una cierta falta de claridad en cuanto a la vía casacional escogida por el recurrente que, sin embargo, no puede determinar su inadmisibilidad por ser doctrina reiterada de esta Sala que no es causa de inadmisión el mero error en el ordinal del art. 477.2 LEC que ampare el recurso.

**TERCERO.-** Entrando a examinar por tanto el único motivo del recurso, fundado en infracción del art. 1969 CC y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción en los casos de daños continuados, su alegato no discute que la acción ejercita-

da por el hoy recurrente fuera la de responsabilidad civil extracontractual, fundada en el art. 1902 CC, ni que el plazo de prescripción aplicable sea el de un año, establecido en el art. 1968-2º del mismo Cuerpo legal.

Su disconformidad se centra, ante todo, en que el tribunal sentenciador no haya considerado que el daño continuaba produciéndose y agravándose dentro del año anterior a la interposición de la demanda. Así, alega que los daños cuya reparación solicita comenzaron en el año 2001 a consecuencia del procedimiento de separación matrimonial instado por la entonces esposa del recurrente, ya que éste sufrió un síncope cardiogénico del que tuvo que ser intervenido, implantándosele un marcapasos; que continuaron en el año 2002, cuando al recurrente le informaron de las infidelidades de su esposa y de la posibilidad de no ser el padre de sus hijos, lo que motivó que instase un proceso de impugnación de la filiación cuyo resultado fue el de no ser el padre biológico de la joven de diecinueve años a la que hasta entonces había tenido por hija y, por tanto, la pérdida de una hija y el "sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro"; que en el año 2003 interpuso demanda de divorcio y modificación de medidas, solicitando la custodia de su hijo, aquejado éste de una discapacidad que del 34% había pasado al 52%, y la extinción de la pensión de alimentos a quien no era hija suya; que en opinión del recurrente el empeoramiento de su hijo se debió a la conducta de su madre; que mientras él había cumplido sus deberes de padre para quien en realidad no era hija suya, el verdadero padre, en cambio, "se había visto eximido del deber de alimentar a su hija" gracias a la conducta de la demandada; que los daños habían continuado cuando en septiembre de 2004 el hoy recurrente tuvo que solicitar la extinción de la pensión compensatoria que pagaba a la demandada, ya que ésta comenzó a "tener convivencia marital con una persona desde el mismo día que el Sr. Hilario [el actor-recurrente] dejó la vivienda familiar"; que mientras tanto la salud

del recurrente se iba deteriorando progresivamente, ya que mientras en el informe médico del año 2001 se indicaba que con una determinada medicación podría hacer vida normal con ejercicio moderado, en el de fecha 6 de septiembre de 2005, en cambio, se constataba un empeoramiento determinante de que en 16 de noviembre el Centro de atención a la discapacidad de Extremadura le reconociera un grado de discapacidad del 65%; que el 13 de enero de 2006 fue ingresado en un centro hospitalario y el siguiente día 19 se le dio de alta presentando un cuadro sugestivo de "amnesia global transitoria"; que además de su padecimiento cardiaco el recurrente sufre una significativa afectación psíquica, "trastorno adaptativo con estado de ánimo ansioso-depresivo", que ha precisado asistencia psiquiátrica ambulatoria desde septiembre de 2004 por las situaciones de estrés vividas desde el año 2001; que estas patologías determinaron que el 12 de mayo de 2006 se declarase su incapacidad total para la profesión habitual por el Equipo de Valoración de Incapacidades; que hasta 2001 su estado de salud era normal; que hubo dolo y mala fe en la conducta de la demandada y en sus obligaciones matrimoniales, con un ánimo de injuriar al recurrente que trascendió a la sociedad, con su consiguiente desprestigio; y en fin, que si bien el inicio del daño se produjo en el año 2001, sin embargo el cómputo del plazo de prescripción no se inicia, según se desprende de la jurisprudencia citada, "hasta la producción del definitivo resultado, que en el caso que nos ocupa se debe fijar en el informe médico de septiembre de 2005, en el que se constata el empeoramiento de mi representado".

**CUARTO.-** La respuesta casacional al motivo así formulado, que es impugnado por la demandada-recurrída con base, sustancialmente, en los propios fundamentos de la sentencia de apelación, pasa necesariamente por repasar los hechos que ésta declara probados y las razones por las que considera prescrita la acción. Según la sentencia recurrida son hechos probados los siguientes: 1º.- El actor y la demandada contrajeron matrimonio el 29 de junio



de 1973. 2º.- El 27 de febrero de 1984 fue inscrita Aida en el Registro Civil como hija de dicho matrimonio, nacida el anterior día 22. 3º.- En 2001 se inició procedimiento de separación conyugal que terminó por sentencia de 12 de julio de 2001, confirmada en apelación por sentencia de 26 de noviembre siguiente, declarando la separación de los cónyuges. 4º.- A instancia del hoy recurrente se siguió procedimiento de impugnación de la paternidad, terminado por sentencia de 27 de marzo de 2003 que declaró que Aida no era hija biológica suya. 5º.- En 23 de marzo de 2001 el hospital "Virgen del Puerto" emitió informe de que el hoy recurrente había sido operado de vasectomía el 29 de junio de 1989. 6º.- El 23 de agosto de 2005 el mismo hospital emitió otro informe, a petición del hoy recurrente, según el cual en las entrevistas de exploración de 2004 se habían objetivado "decaimiento, astenia, mayor nivel de angustia que el habitual, dificultad para dormir, etc., síntomas que han estado presentes en los últimos tres años", atribuyendo el paciente su sintomatología y su malestar emocional "a la relación conflictiva que mantiene con su ex mujer y a su situación laboral". Consta también que se había propuesto tratamiento psicofarmacológico y que los síntomas habían mejorado de forma parcial. 7º.- El 6 de septiembre del mismo año 2005 un médico de la Fundación Jiménez Díaz emitió informe referido a la consulta que en tal fecha hizo el hoy recurrente. En el informe se relatan todos los episodios de salud sufridos por el paciente desde el año 2001 y se le diagnostica una miocardiopatía dilatada, disfunción VI severa, episodios sincopales, taquicardia ventricular inducible sincopal e implante de un marcapasos, recomendándosele que continúe con el mismo tratamiento. 8º.- El demandante hizo transferencias periódicas mensuales de dinero a la demandada desde el 2 de abril de 2001 hasta el 3 de noviembre de 2003. 9º.- Según se afirma en la propia demanda, el demandante sufrió un síncope en marzo de 2001, mientras se celebraba la vista de las medidas previas a la separación, y tuvo que ser atendido en un hospital. 10º.- También se afirma en la demanda que el 3 de septiembre de 2001, tras



mantener una tensa conversación con la demandada, sufrió un síncope cardiogénico por el que hubo de ser atendido en el mismo hospital, desde donde



2001. 11º.- Por tanto el demandante viene siendo tratado de su miocardiopatía dilatada desde el año 2001, con revisiones periódicas cada seis meses. Y las razones por las que el tribunal sentenciador considera prescrita la acción son las siguientes: 1ª.- En la demanda se reclaman cantidades por diferentes conceptos cuyos hechos determinantes aparecen perfectamente delimitados en el tiempo: 300.000 euros en concepto de daño moral por la pérdida de una hija a consecuencia de la declaración judicial de no ser su padre biológico, hecho coincidente con la fecha de la sentencia de 2003 a partir de la cual pudo ejercitar la acción; 100.000 euros por daños morales derivados de los daños físicos y secuelas psicológicas producidas por la separación matrimonial, acordada en sentencia de 12 de junio de 2002, reconociéndose en la demanda que el actor había sufrido un síncope en marzo y añadiéndose que el 3 de septiembre sufrió otro y se le implantó un marcapasos; 100.000 euros por daño moral derivado del deterioro de su fama y honor por el conocimiento de la infidelidad de su ex esposa y la pérdida del vínculo con su hija, declarado judicialmente el 27 de marzo de 2003; y en fin, 14.638,13 euros por daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivado de haber criado, educado y alimentado como hija suya a quien no lo era, incluyendo en tal reclamación las transferencias hechas a la demandada desde el 2 de abril de 2001 hasta el 3 de noviembre de 2003.

2ª.- Aunque la jurisprudencia sobre daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida declara que el plazo de prescripción no comienza a contar hasta la producción del definitivo resultado, también matiza que esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida. 3ª.- En el caso examinado sí cabe ese fraccionamiento o separación según los hechos probados puestos en relación con las alegaciones, fundamentos y peticiones de la demanda, pues "no es de recibo que se aproveche un informe de la consulta realizada el día 6 de septiembre de 2005 para decir que esta es la fecha en la que [el

por la gravedad de la situación fue remitido a la Fundación Jiménez Díaz de Madrid, donde fue intervenido para implantarle un marcapasos en el propio año



demandante] tuvo conocimiento de las consecuencias de la miocardiopatía dilatada, pues, insistimos, dicha enfermedad se produjo en el año 2001, y desde entonces pudo solicitar los daños morales derivados de la misma, y, sin embargo, espera hasta el año 2005, cuando ya había transcurrido con exceso el plazo de prescripción de un año, a contar desde que pudo ejercer la acción".

**QUINTO.-** A la vista de tales hechos probados y razonamientos jurídicos ha de ser desestimado el único motivo del recurso, porque la sentencia impugnada, lejos de infringir el art. 1969 CC y la jurisprudencia sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción en los casos de daños continuados, se ajusta plenamente a la interpretación por esta Sala de dicha norma y del art. 1968-2º CC, que es el verdaderamente aplicado. Ante todo debe señalarse que el tribunal sentenciador se pronuncia sobre la prescripción de la acción teniendo en cuenta explícitamente la jurisprudencia de esta Sala sobre los daños continuados, con cita expresa de varias sentencias como las de 12 de febrero de 1981, 6 de mayo de 1985, 17 de marzo de 1986 y 15 de marzo de 1993, y ninguna de las dos partes discute el contenido de esta jurisprudencia, conforme a la cual no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, en los casos de daños continuados o de producción sucesiva, hasta la producción del definitivo resultado, si bien matizando que esto es así "cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida" (SSTS 15-3-93, citada en la sentencia recurrida, y 5-6-03, 14-3-07 y 20-11-07 entre otras), como también se puntualiza que en los casos de lesiones con secuelas el cómputo del plazo de prescripción no se inicia con el alta médica sino cuando se determina el alcance invalidante de las secuelas (SSTS 22-7-08 y 3-12-07, con cita en ambas de otras muchas).

De otro lado debe subrayarse que, como se desprende del alegato del motivo reseñado en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia de casación, el recurrente prescinde prácticamente por

completo de rebatir la distinción de etapas o fases que hace la sentencia recurrida en función de los diferentes conceptos indemnizatorios de la demanda, para, en cambio, optar por una tesis que parece presentar la infidelidad conyugal de la demandada como origen único de una serie de daños en cadena, físicos, morales y patrimoniales, que habrían venido agravándose a lo largo del tiempo sin solución de continuidad, hasta el punto de que el daño habría seguido produciéndose incluso después de la interposición de la demanda, ya que ésta se presentó el 15 de noviembre de 2005 y sin embargo en el alegato del motivo se invocan la incapacidad del recurrente reconocida en un informe del siguiente día 16, su ingreso hospitalario de 13 de enero de 2006 y la resolución de 12 de mayo siguiente como prueba de la continuidad o progresividad del daño. Ahora bien, del propio alegato del motivo resulta una contradicción insalvable entre la posible consideración por esta Sala de esos hechos posteriores a la interposición de la demanda y la concreción final por el recurrente del día en que, según él, habría comenzado a correr el plazo de prescripción, que hace coincidir precisamente con la fecha del informe médico de septiembre de 2005 en cuanto éste habría constatado "el empeoramiento de mi representado" y "la producción del definitivo resultado". Pues bien, semejante planteamiento no puede ser compartido por esta Sala. Aunque la sentencia de 30 de junio de 2009 (LA LEY 119087/2009) (rec. 532/05) haya reconocido la posibilidad de daños por culpa extracontractual en el ámbito de las relaciones subsiguientes a una crisis matrimonial, considerando incluso que en el caso entonces examinado el daño sólo se consolidó definitivamente varios años después de iniciarse la conducta de la demandada privando al demandante de su derecho a comunicar con el hijo menor de ambos y ejercer sobre él la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente, pues hasta que el hijo no alcanzó la mayoría de edad, extinguiéndose la patria potestad, su padre no supo que definitivamente se le había privado de tales derechos, sin embargo en el presente caso no

se ha dado una persistencia de la conducta antijurídica de la demandada, como la de aquel otro caso en que se había trasladado con el hijo común menor a Estados Unidos no permitiendo la relación con el padre, sino una conducta cuya hipotética ilicitud habría cesado en cualquier caso con la separación conyugal, por más que algunos de los daños causados con tal conducta no se descubrieran hasta pasado un tiempo, cual sucedió con el constituido por lo que el actor-recurrente considera "pérdida de una hija". En cambio sí es pertinente al caso examinado el criterio seguido por la sentencia de 28 de octubre de 2009 (LA LEY 200559/2009) (rec. 170/05) distinguiendo entre el daño continuado y el daño duradero o permanente, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr "desde que lo supo el agraviado", como dispone el art. 1968-2º CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su transcendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción. Que ésta, y no la de daños continuados, es la verdadera naturaleza de aquellos cuya reparación se pidió en la demanda interpuesta por el hoy recurrente lo demuestra el propio planteamiento del motivo, que presenta como continuación o agravación de los daños hechos posteriores a la propia presentación de la demanda para, después, situar incoherentemente el comienzo del plazo de prescripción en una fecha anterior y, además, prescinde del cuidadoso análisis del tribunal sentenciador, reseñado en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia de casación, que distingue etapas

o fases según los conceptos indemnizatorios de la propia demanda y determina para cada uno de ellos la fecha límite inicial del plazo de prescripción. De ahí que en el recurso se opte por centrar la atención en los padecimientos físicos y psíquicos del demandante derivados tanto de la infidelidad de su esposa y del procedimiento de separación conyugal como de la definitiva confirmación de que no era hija biológica suya la joven a quien hasta entonces había tenido por tal. Por eso pretende prolongar el inicio del plazo de prescripción hasta la fecha del informe médico de septiembre de 2005, pero sin rebatir mediante argumento alguno el razonamiento del tribunal sentenciador, compartido ahora por esta Sala, de que dicho informe no viene sino a confirmar el mismo diagnóstico del padecimiento cardíaco del actor-recurrente en el año 2001 que determinó, en el propio año 2001, la implantación de un marcapasos, hecho del que cualquier persona con medianos conocimientos puede deducir que la afección cardíaca será de por vida.

Si a todo ello se une que la total confirmación de que el actor-recurrente no era el padre biológico de la referida joven se produjo mediante la notificación de la sentencia de 27 de marzo de 2003 y que la última de las transferencias bancarias de aquél a la demandada tuvo lugar el 3 de noviembre de 2003, necesariamente ha de concluirse que el 15 de noviembre de 2005, fecha de presentación de la demanda, había prescrito la acción para exigir a la demandada indemnización por daños y perjuicios con base en el art. 1902 CC, pues ni la separación conyugal es en sí misma ilícita, como tampoco lo es que el cónyuge ya separado conviva con otra persona, ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a los efectos jurídicos de que no comience a correr el plazo de prescripción de la acción, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo



de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado.

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

## FALLAMOS

1º.- DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el demandante D. Hilario, representado ante esta Sala por la Procuradora Dª María del Rosario Castro Rodrigo, contra la sentencia dictada con fecha 13 de septiembre de 2006 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres en el recurso de apelación nº 328/06.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- E imponer las costas a la parte recurrente. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Román García Varela.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trías.- Rafael Gimeno-Bayón Cobos.- FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marín Castán, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## Comentario:

Javier López y García de la Serrana  
Abogado y Doctor en Derecho

La sentencia aborda una reclamación, cuando menos curiosa, del daño moral y el daño patrimonial causado como consecuencia de las continuas infidelidades de la esposa del demandante; seguro que algún compañero de Cádiz lo expresaría de forma más ocurrente. Así pues, éste reclama a la misma la suma de 300.000 euros por el daño moral que le supuso la pérdida de la hija, no en su sentido literal sino por el hecho de enterarse que ésta, de 19 años de edad, no era hija biológica suya, otros 100.000 euros por los daños físicos y psicológicos, por cuanto que como consecuencia de conocer que no era el padre de la que hasta ese momento era su hija se le originaron problemas cardíacos hasta el punto de tener que ponerle un marcapasos, y otros 100.000 euros por el daño moral que le supuso el deterioro de su fama y honor por cuanto que todo esto trascendió a su entorno social, y finalmente 14.638,13 euros como daño patrimonial derivado del sustento de la que no era su hija durante el periodo en que convivieron.

El Juzgado de Plasencia dictó sentencia por la que desestimó la demanda, tras apreciar la

excepción de prescripción de la acción, siendo esta postura confirmada por la Audiencia Provincial de Cáceres. El demandante formula recurso de casación sobre un único motivo, infracción del artículo 1969 del C.C. y de la doctrina del Tribunal Supremo que lo interpreta, siendo el mismo desestimado al entender el Alto Tribunal que tanto la parte actora como la parte demandada reconocen que la acción ejercitada es de responsabilidad civil extracontractual, cuyo plazo de prescripción es de un año y este no empieza a correr hasta la producción del definitivo resultado, siempre que no sea posible distinguir etapas diferentes o hechos diferenciados, pero si fuera posible distinguir estos, el plazo comienza desde que pudiera haberse reclamado por cada uno de los conceptos indemnizatorios.

El actor reclamaba distintos conceptos indemnizatorios, como son la pérdida moral de la hija, daños físicos y psicológicos, daño al honor y daño patrimonial, sin hacer distinción en ellos de fases o etapas, entendiendo que se trata de daños continuados, y por tanto todos comparten causa y origen, y en atención a esto toma en cuenta el actor como fecha para for-



mular la reclamación el mes de septiembre de año 2005, al ser esta la fecha de un informe médico que constata un empeoramiento de sus dolencias, por lo que presentó la demanda el día 15 de noviembre de 2005. Sin embargo, el Tribunal Supremo difiere de lo aludido en tanto que considera que los daños reclamados son de distinta naturaleza a los continuados pues los considera daños duraderos o permanentes, por lo que la fecha inicial para la reclamación por estos sería la fecha en que el actor "se supo agraviado" ex art. 1968-2º C.C., y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, toda vez que de lo contrario se daría la hipótesis de la imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado. Esta tesis llevo al Tribunal Supremo a desestimar el recurso, en tanto que para reclamar por todos y cada uno de los conceptos indemnizatorios el plazo de un año habría transcurrido ampliamente, así para los daños y perjuicios físicos declara que la fecha inicial fue el año 2001, fecha en que se le diagnosticó la dolencia cardiaca al actor, el día 23 de marzo de 2003 fue la fecha inicial para la reclamación por la pérdida de la hija, pues fue

la fecha de notificación de la sentencia que así lo declaraba, el día 3 de noviembre de 2003, como fecha inicial para la reclamación por daño patrimonial, al ser esta fecha cuando realizó la última transferencia por alimentos.

Es una lastima que la prescripción apreciada haya impedido que se entrara en el fondo de la reclamación, pues la materia es muy interesante, habida cuenta de los importes que el actor reclama en concepto de daño moral, concretamente es muy llamativo el pedimento por el daño moral que le ha representado la "pérdida" de la hija, no física sino moralmente, en tanto que reclama 300.000 euros por este daño, mientras que según el sistema legal valorativo para los accidentes de tráfico del año 2003, que es la fecha de la sentencia que determinaba que la hija no era suya, la indemnización por la pérdida física de una hija asciende según el Grupo IV de la Tabla I a 80.658 euros, luego salvando las distancias de un caso a otro, lo cierto es que seguimos sin unas bases jurisprudenciales que vertebren de alguna forma la valoración del daño moral.

# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

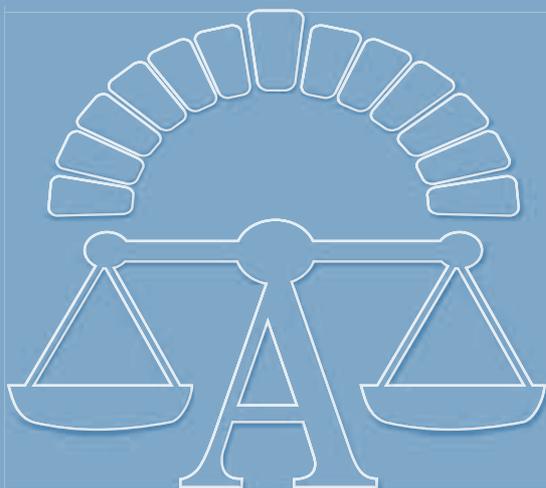
**Interrumpida la prescripción de una acción de responsabilidad civil extracontractual por reclamación extrajudicial, el nuevo plazo comienza a correr el día siguiente al de la recepción de la reclamación, sin referencia ya al día del hecho causante del daño.**

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil),  
de 10 de septiembre de 2010.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación, interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de apelación que confirmó la desestimación de la demanda en primera instancia por prescripción de la acción, se articula aparentemente en cinco motivos pero en realidad plantea una sola cuestión jurídica: si la interrupción de la prescripción por reclamación extrajudicial determina que el plazo deba comenzar a contarse desde el día siguiente a aquel en que la reclamación fue conocida por el futuro demandado, solución aplicada por los juzgadores de ambas instancias, o, por el contrario, que el día inicial para computar el plazo sea el mismo en que se produjo el hecho dañoso pero trasladado a un año después, tesis de la parte

Tribunal  
Supremo





recurrente.

El problema, en definitiva, se resume en si una acción de reclamación de cantidad fundada en el art. 1902 CC, dirigida al resarcimiento de los daños en una nave industrial por un incendio declarado el 15 de diciembre de 2001 y sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el art. 1968-2º de dicho Cuerpo legal, prescribió o no una vez que, formuladas unas primeras reclamaciones extrajudiciales recibidas el 10 de diciembre de 2002 por la presunta responsable del daño y el 2 de diciembre de 2002 por su aseguradora, ambas futuras demandadas, la siguiente reclamación extrajudicial, dirigida solamente ya contra la presunta responsable del daño, no se produjo hasta el 12 de diciembre de 2003 siendo recibida por su destinataria el siguiente día 15. Es precisamente la coincidencia de este 15 de diciembre con los mismos día y mes en que se declaró el incendio dos años antes el principal argumento de la parte recurrente para sostener que la acción no había prescrito cuando presentó su demanda el 9 de diciembre de 2004.

**SEGUNDO.-** Como se ha indicado anteriormente, el recurso se estructura formalmente en cinco motivos pero todos pueden ser tratados como uno solo, ya que únicamente el primero cita las normas que podrían haber sido infringidas por la sentencia recurrida, los arts. 1969 y 1973 CC, en tanto el quinto y último se limita a invocar el art. 394.1 LEC para que las costas se impongan a las demandadas, es decir a interesar un efecto de la casación de la sentencia impugnada pero no su casación por haber infringido ese precepto sobre costas procesales, y los intermedios segundo al cuarto contienen alegaciones o argumentos sobre la infracción normativa señalada en el motivo primero.

El contenido alegatorio del recurso así considerado es, en síntesis, el siguiente: 1) la fecha principal



a considerar es el 15 de diciembre de 2001, día en que se produjo la destrucción total de la nave industrial por el incendio; 2) recibida la reclamación extrajudicial por los futuros demandados el 10 de



diciembre de 2002, tuvo lugar "la rehabilitación del plazo a contar desde el momento en que pudieron ejercitarse, art. 1969 del CC, es decir, si el incendio ocurrió el 15 de diciembre de 2001, el cómputo

del nuevo plazo se inicia el día 15 de diciembre de 2002, y ello en modo alguno supone AUMENTO del plazo"; 3) el envío de la segunda carta se produjo antes del cumplimiento del segundo año, "que concluía el día 15 de diciembre de 2003", pues "en opinión de esta parte, el cómputo del plazo siempre tiene que ser de 15 de diciembre, a 15 de diciembre"; 4) "para entenderlo mejor, no tendría sentido hablar de que el plazo sería de un año, si la carta se hubiera enviado por ejemplo en el mes de junio de 2002, en ese caso, con la tesis del Sr. Magistrado Ponente, el plazo sería únicamente de medio año"; 5) infinidad de sentencias de esta Sala, de las que se citan hasta siete, propugnan una interpretación restrictiva de la prescripción al tratarse de una institución no basada en la justicia sino en razones de seguridad jurídica; 6) la actora nunca tuvo intención de abandonar sus derechos; 7) tampoco podía haber presentado la demanda antes de conocer el fallo del litigio promovido contra ella, también por razón del incendio y considerándola responsable, por la propietaria de la nave de la que la actora-recurrente era arrendataria, de suerte que también se interrumpió la prescripción por esta demanda presentada contra ella el 9 de junio de 2003; 7) todos estos datos constan en las actuaciones y "los ha tenido a la vista el Sr. Magistrado Ponente de la Sentencia que recurrimos en casación, pero no ha profundizado en ellos, y por ello, por pura comodidad, resuelve admitir una prescripción que no se ha producido".

**TERCERO.-** Las partes recurridas, en sus respectivos escritos de oposición, impugnan el recurso por las siguientes razones: 1) Las reclamaciones extrajudiciales contra la presunta responsable no se dirigieron a la luego demandada en tal concepto sino a otra sociedad distinta; 2) en cualquier caso el nuevo cómputo del plazo de prescripción de un año se inició con la reclamación del 10 de diciembre de 2002, de suerte que la acción prescribió el 10 de diciembre de 2003 y no se podía rehabilitar por la siguiente reclamación extrajudicial, remitida el 12 de diciembre de



2003 y recibida el siguiente día 15; 3) es incorrecta la tesis del recurso de que la prescripción deba producirse de manera automática todos los días 15 de diciembre de cada año; 4) la interpretación restrictiva de la prescripción por la jurisprudencia no puede flexibilizar los plazos ni dejarlos a la libre interpretación de las partes; 5) los argumentos del recurso sobre los efectos del pleito promovido en 2003 por la propietaria de la nave sinistrada contra la recurrente plantean una cuestión nueva y, además, están en contradicción con la tesis siempre defendida por ella de tomar como referencia todos los días 15 de diciembre, amén de que las partes de ese otro pleito no coincidían con las de este litigio y la acción allí ejercitada era la fundada en el contrato de arrendamiento y no la de responsabilidad civil extracontractual.

**CUARTO.-** Identificada la cuestión jurídica traída al conocimiento de esta Sala y resumidos los respectivos planteamientos de las partes litigantes, el recurso, al margen de sus referencias al "Sr. Magistrado Ponente" tan descorteses según los usos de la práctica forense como jurídicamente inexactas, en cuanto desconocen que la sentencia impugnada se ha dictado por un órgano colegiado, ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1ª.- Es jurisprudencia de esta Sala que la interrupción de la prescripción implica la amortización del tiempo pasado, que se tiene por no transcurrido, de suerte que a partir de la interrupción hay que comenzar a computar el nuevo plazo para que se cumpla el tiempo de la prescripción (SSTS 6-3-03 en rec. 2250/97, 2-11-05 en rec. 605/99 y 16-4-08 en rec. 113/01).

2ª.- Dicha jurisprudencia es aplicada también por otras sentencias, como las de 16 de marzo de 2006 (rec. 1760/99) y 12 de junio de 2007 (rec. 2322/00), al señalar la primera que tras la interrupción "el tiempo tiene que volver a comenzar a contarse para dar lugar, en su caso, a una

nueva prescripción", así como que la prescripción "inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo" mientras que la suspensión paraliza la prescripción, y al indicar la segunda que, interrumpida la prescripción por haberse promovido acto de conciliación y celebrado éste sin avenencia, "a partir de ese momento pudo ejercitarse nuevamente la acción". A su vez la sentencia de 27 de septiembre de 2005 (rec. 433/99) puntualiza que, nacida la posibilidad de ejercitar la acción civil con el auto de sobreseimiento de unas actuaciones penales, el plazo de prescripción de aquélla comienza a correr "sin que el posterior intento injustificado de lograr la reapertura de las diligencias penales... altere el estado de archivo en que las mismas se encontraban".

3ª.- Aun siendo cierto que la jurisprudencia de esta Sala propugna una interpretación restrictiva de la prescripción, ello no se traduce en que puedan ampliarse los plazos legales, pues ni tal criterio restrictivo puede modificarlos (SSTS 15-7-05 en rec. 673/99 y 16-4-08 en rec. 113/01) ni "los casos de interrupción pueden interpretarse en sentido extensivo, por la inseguridad e incertidumbre que llevaría consigo la existencia y virtualidad del derecho mismo (STS 2-11-05 en rec. 605/99).

4ª.- Por tanto la sentencia recurrida, al tener por prescrita la acción por haber transcurrido más de un año entre la última de las reclamaciones extrajudiciales del año 2002, recibida por su destinataria el 10 de diciembre, y la siguiente reclamación extrajudicial, dirigida el 12 de diciembre de 2003 y recibida por su destinataria el día 15, no infringió los arts. 1973 y 1969 CC sino que se ajustó a la doctrina de esta Sala que los interpreta, conforme a la cual el nuevo plazo de prescripción habría comenzado a correr el 11 de diciembre de 2002 y se completó el 11 de diciembre de 2003, de suerte que incluso al instarse la siguiente reclamación por burofax, el 12 de diciembre de 2003, la acción ya había prescrito, conclusión que se refuerza en

cuanto el burofax no fue entregado a su destinataria hasta el día 15.

5ª.- En consecuencia es la actora-recurrente y no el tribunal sentenciador quien sostiene una interpretación de los arts. 1969 y 1973 CC contraria a la jurisprudencia de esta Sala y que, además, al pretender tomar siempre como referencia un 15 de diciembre por ser el día y mes del incendio, y al propio tiempo reprochar al "Sr. Magistrado Ponente" una reducción del plazo de un año a seis meses, parece confundir la interrupción de la prescripción con su suspensión, conceptos que la jurisprudencia de esta Sala se ha encargado de distinguir (p. ej. STS 16-3-06 en rec. 1760/99) y que, desde luego, en modo alguno se entremezclan ni confunden en la sentencia impugnada.

6ª.- Por último, las alegaciones de la parte recurrente sobre los efectos interruptivos de la prescripción derivados del litigio promovido contra ella el 9 de junio de 2003 por la propietaria de la nave incendiada no son atendibles, porque no constituyeron en su momento fundamento de su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que ya desestimaba su demanda por prescripción de la acción. El examen del escrito del recurso de apelación demuestra que las alusiones a ese otro juicio se hacían únicamente a los efectos de afirmar la responsabilidad de las demandadas pero no para rebatir la prescripción, contra la cual se alegaba, fundamentalmente, que se hubiera apreciado por solamente dos días y que "con la rehabilitación el plazo se computa desde el 15 de diciembre de 2002 al 15 de diciembre de 2003". En consecuencia se trata de una cuestión nueva, inadmisibles en casación, porque no se dio al tribunal de apelación oportunidad de examinarla (SSTS 16-3-04, 31-1-05, 30-6-06, 21-5-07 y 18-3-08 entre otras muchas), y que tampoco desvirtuaría la solución de la sentencia recurrida, pues una reclamación judicial civil contra quien pretende ejercitar una acción futura puede equivaler, a los efectos del art. 1973 CC,

a una reclamación de este último contra el sujeto a quien pretende demandar.

**QUINTO.-** Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la parte recurrente.

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

## FALLAMOS

1º.- DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la compañía mercantil demandante ELECTRODOMÉSTICOS RIBERA DEL DUERO S.A., representada ante esta Sala por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, contra la sentencia dictada con fecha 16 de mayo de 2006 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Burgos en el recurso de apelación nº 139/06.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- E imponer las costas a la parte recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Román García Varela.- Francisco Marín Castán.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trías.- FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marín Castán, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



## Comentario:

Andrés Cid Luque  
Abogado

Cuando –cualquiera– lee una sentencia que estima la prescripción, y además, con la cuantía que ahora analizamos, lo primero que se hace, es, preguntarse, que habrá sido del Abogado del actor, al que le han impuesto la barbaridad de costas en las tres instancias. Después, cuando ha terminado de reflexionar, dice, pobre Compañía de Seguro de R.C. del Colegio de Abogados.

En el presente caso, el archiconocido tema de la prescripción, es cuanto menos, curioso. Se trata de conocer exactamente el cómputo anual de la prescripción, a efectos de su interrupción.

El supuesto concreto es, que un incendio ocurre el 15 de diciembre de 2001; se interrumpe “bien” el 2 de diciembre de 2002, y

se interrumpe “mal” al siguiente año, el 12 de diciembre de 2003. Y el recurrente pretende que el Tribunal interprete, que dado que el incendio es del día 15 de diciembre de 2.001, la segunda interrupción llegue hasta el 15 de diciembre de 2003. Lógicamente el Supremo, al igual que ya le había dicho la primera instancia y la Audiencia Provincial, le contesta, que el año de cada interrupción, se computa independiente uno de otro, y que ha de existir sólo un año, entre la 2ª interrupción y la 3ª, y no un año y algunos días, pues ello acarrearía, una inseguridad jurídica total. NORMAL. Pobre Póliza de Responsabilidad Civil del Colegio de Abogados.

Esta sentencia tiene además un magnífico estudio de bastantes supuestos de prescripción que hace muy interesante su lectura...

### **Delimitación del ámbito de actuación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.**

---

*Auto del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 14 de septiembre de 2010.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos*

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

1. Como cuestión previa a la resolución del presente recurso de casación, debe hacerse referencia al escrito prestando por el Sr. Procurador y el Sr. Letrado de la parte recurrente en el que manifiestan su desistimiento de la representación que les fue conferida y de conformidad con lo dispuesto en el art. 30 de la LEC, no se les tiene por desistidos en su representación toda vez no se ha cumplido lo establecido en el referido precepto en concreto haberse acreditado la comunicación del desistimiento al poderdante de un modo fehaciente y, en consecuencia, continúan en su representación.



2. El presente recurso de casación tiene por objeto una Sentencia dictada en un juicio ordinario en ejercicio de acción indemnizatoria derivada de un accidente de tráfico que, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente al momento de interponerse la demandada, es, la LEC 2000, fue tramitado en atención a su cuantía, con la consecuencia de que la vía adecuada para acceder a la casación es el cauce del ordinal 2º del art. 477.2 de la LEC, tal y como se ha reiterado por esta Sala, en Autos, entre otros, de fechas 3 de mayo, 17 de julio y 9 de octubre de 2007, en recursos 54/2007, 304/2007 y 174/2004.

La parte recurrente preparó recurso de casación al amparo del ordinal 2º del art. 477.2 de la LEC 2000, invocando con infringido el art. 1 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor, en la redacción dada por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995 de 30 de noviembre de Ordenación del Seguro Privado.

El escrito de interposición del recurso de casación se articula en un motivo único, en el que se alega la infracción del art 1 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor, en idénticos términos que los indicados en el escrito de preparación del recurso, alegando la parte recurrente en el mismo que "en el presente supuesto en modo alguno se ha probado esta falta absoluta de culpa por parte del conductor demandado incumbiendo a la parte demandada la probanza de esta culpa exclusiva" existiendo "ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA sobre el fondeo del asunto del presente procedimiento".

Utilizando por la parte recurrente el cauce previsto en el ordinal 2º del art. 477.2 de la LEC 2000 en el escrito de preparación, dicho cauce constituye la vía casacional adecuada, habida cuenta que el procedimiento se sustanció por razón de la cuantía, superando la misma el límite legalmente exigi-





do para acceder a la casación al venir constituida por la suma de 266.938,65 euros cuantía que fue establecida como tal en el Auto de admisión de la demanda y no fue discutida por los demandados en su escrito de contestación a la demanda.

**3.** El recurso de casación, fundamentado en un único motivo, incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.2º, inciso segundo, de la LEC 2000, en relación con el art. 477.1 de la misma Ley, por interposición defectuosa al plantearse a través del recurso de casación cuestiones procesales que exceden de su ámbito, por cuanto denunciada la infracción del art. 1 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor, en la redacción dada por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995 de 30 de noviembre de Ordenación del Seguro Privado, precepto de carácter sustantivo, tras un pormenorizado examen del recurso interpuesto, puede concluirse que su alegación es meramente instrumental. La parte recurrente articula el recurso de casación basándose en afirmaciones tales como “de la apreciación conjunta de la prueba, entiende esta parte que se incurre en un ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA sobre el fondo del asunto del presente procedimiento”, expresión “ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA” que emplea en dos ocasiones a lo largo del escrito de interposición del recurso de casación e incluso alega de forma expresa “la aplicación de las normas de la inversión de la carga de la prueba”, para continuar manteniendo que “así pues, y en aras de que por sus Ilustrísimos Magistrados se valore e interpreten adecuadamente las pruebas practicadas en el acto de la vista oral...” Y todo ellos en la medida de que la parte lo que pretende a través de su recurso es una nueva valoración probatoria y en consecuencia, el dictado de una resolución más cercana o acorde con sus intereses o pretensiones tal y como se deduce como expresiones tales como “... existen pruebas más que evidentes de la responsabilidad del Sr.



Jiménez Firón en el presente supuesto, pruebas que en todo caso conllevan la INEXISTENCIA DE CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, como causa de exoneración de responsabilidad, existiendo una responsabilidad absoluta por parte del codemandado, o como mínimo, cabiendo apreciar la existencia de una CONCURRENCIA DE CULPAS entre ambos conductores implicados...". En definitiva, y a pesar de la alegación de un precepto de carácter sustantivo como vulnerado por la sentencia recurrida, la parte recurrente accede al recurso de casación con el claro y patente objeto de obtener una nueva valoración del material probatoria obtenido en primera instancia, entendiéndose que se ha producido un error en la valoración del mismo por parte del juzgador de primera instancia y la Sala de apelación, al confirmar la misma la resolución del "juez ad quo", pretendiendo una nueva valoración de la prueba practicada obviamente más favorable a sus intereses y pretensiones, cuestión que en su caso debería haberlo planteado el recurrente a través del recurso extraordinario por infracción procesal pero en modo alguno empleando la vía del recurso de casación, limitado el mismo a los supuestos en que se ha producido una vulneración de un precepto de carácter sustantivo quedando vedado su alcance ya extensión a cuestiones de carácter meramente procesal como es el supuesto que nos ocupa.

A este respecto es preciso significar que el recurso de casación está limitado a una estricta función revisora de la aplicación de la normal sustantivas a una estricta función revisora de la aplicación de las normal sustantivas al objeto del proceso a que alude el art. 477.1 LEC 2000, y que debe entenderse referido a las pretensiones materiales deducidas por la partes relativas "al crédito civil y mercantil y las situaciones personales o familiares", tal y como ya se ha indicado, correspondiéndole al recurso extraordinario por infracción procesal controlar las "cuestiones procesales", entendidas en sentido amplio, es decir, no reducido a las que

enumera el art. 416 de la LEC 2000 bajo dicha denominación –falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus respectivas clases; cosa juzgada o litispendencia; falta del debido litisconsorcio, inadecuación de procedimiento y defecto legal en el modo de proponer la demandada o, en su caso, la reconvenición por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o en la petición que se deduzca– e igualmente de las que llevan a conformar la base fáctica de la pretensión, de tal modo que las disposiciones relativas a la cosa juzgada, tanto en el aspecto negativo o de eficacia de cosa juzgada material como en su aspecto positivo o prejudicial, así como la infracción de normal relativas a cuestiones probatorias se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario pro infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados. Estos criterios se han recogido ya en numerosos Autos de esta Sala de inadmisión de recursos de casación ya interpuestos y en aplicación de tales criterios el recurso de casación en cuanto a la infracción ahora examinada resulta improcedente, debiendo denunciarse la misma, en su caso, a través del cauce del recurso extraordinario por infracción procesal, sin que pueda eludirse este nuevo sistema de recursos y la regla 2ª del apartado uno de la Disposición final decimosexta de la LEC 2000 por la vía de denunciar infracciones procesales a través del recurso de casación (Autos de esta Sala, entre otros, los de fechas 27 de marzo de 2007, recurso 143/2004, 3 de mayo de 2007, recurso 2037/2004 y 10 de julio de 2007, recurso 2264/2005).

4. Consecuentemente, procede declarar inadmisibles el recurso de casación y firme de la Sentencia, de conformidad con lo previsto en el art. 483.4 LEC 2000, dejando sentado el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno.



5. Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el art. 483.3 de la LEC 2000 y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida, procede imponer las costas a la parte recurrente.

6. Asimismo, ante la incomparecencia ante esta Sala de la parte D. José Ángel Jiménez Girón, procede que la notificación de la presente resolución se lleve a cabo a las mismas por la Audiencia Provincial a través del Procurador que ostente su representación en el rollo de apelación.

En virtud de lo expuesto, LA SALA ACUERDA:

1. NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Antonio Bernal Ramos, contra la Sentencia dictada, con fecha 17 de diciembre de 2008 por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Quinta), en el rollo

de apelación nº 593/2008, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 515/2007 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Sanlúcar de Barrameda.

2. DECLARAR FIRME dicha Sentencia.

3. IMPONER LAS COSTAS a la parte recurrente.

4. Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, que la notificará a la parte recurrida no comparecida D. José Ángel Jiménez Girón, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal únicamente a las partes recurrente y recurrida comparecidas antes esta Sala.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.



## Comentario:

Mariano Medina Crespo  
Abogado y Doctor en Derecho

**E**l auto cuya fundamentación se ha reproducido viene a corroborar la delimitación del ámbito de actuación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación. La indicada resolución tiene su origen en un proceso en el que un perjudicado por accidente de circulación dedujo demanda contra el conductor de un vehículo y contra la aseguradora de su responsabilidad civil, siendo resuelto por sentencia desestimatoria, al parecer por haberse apreciado la culpa exclusiva de la víctima. Frente a dicha sentencia se preparó recurso de casación a través del ordinal 2º del art. 477.2 L.E.C., invocando la infracción del art. 1 LRC y SCVM; y, posteriormente, se formalizó por el cauce indicado y denunciando la infracción del precepto señalado. Pero la fundamentación del motivo consistió en aducir que la Sala de instancia había incurrido en una errónea apreciación de la prueba, a la luz de la cual no podía dejarse de apreciar la actuación culpable del conductor demandado o, al menos, su coparticipación culposa en la producción del evento. La Sala declara que la parte recurrente accede al recurso de casación con el patente propósito de revisar la valoración del material probatorio obtenido en la instancia; y, sentado ello, destaca, de conformidad con un conjunto conteste de resoluciones anteriores, que la infracción

de normas relativas a cuestiones probatorias se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, quedando la casación circunscrita a una estricta función revisora del juicio consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos declarados probados. Por ello, al pretenderse con la cita meramente instrumental del art. 1 LRC y SCVM una declaración de hechos probados distinta de la fijada por la sentencia a qua, se acuerda no admitir el recurso, al haber incurrido en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2, 2º, inciso segundo, L.E.C., en relación con el 477.1, por la defectuosa interposición consistente en plantear cuestiones procesales que exceden de su ámbito. Con independencia del juicio personal que merece la reconducción legal de las cuestiones atinentes a la valoración de la prueba al recurso de infracción procesal, la doctrina a la que se atiene este auto es, naturalmente, concorde con el ordenamiento procesal, siendo inequívoco que la parte recurrente no podía intentar con éxito la estimación de un recurso de casación con base en la infracción del precepto sustantivo que invocaba, cuando la apreciación de tal infracción se supeditaba a la fijación de una conclusiones probatorias distintas a las sentadas por la sentencia recurrida.

# Tribunal Supremo

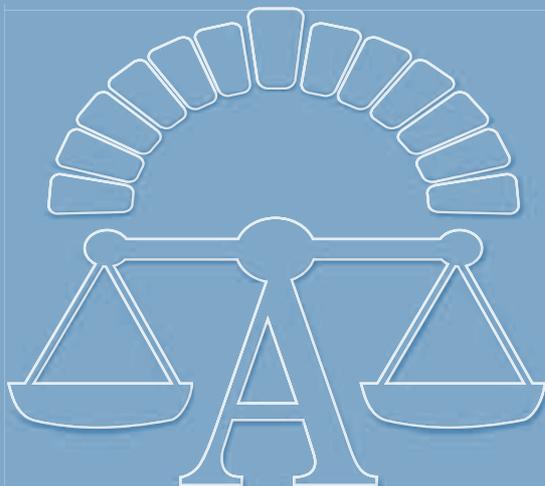
## RESPONSABILIDAD CIVIL

### Responsabilidad civil médica. Consentimiento informado. Relación de causalidad. Diligencia debida: obligación de medios y de resultados.

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)  
de 27 de septiembre de 2010*

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

Tribunal  
Supremo



#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La parte actora, ahora recurrente, demandó a Don Luis Francisco, cirujano plástico, y a la clínica Parque San Antonio S.A. de Málaga en reclamación de indemnización de daños y perjuicios ocasionados, al considerar que el inadecuado control postoperatorio de la herida quirúrgica llevado a cabo por el cirujano plástico que le había practicado una abdominoplastia determinó como resultado final una cicatriz de grandes dimensiones y una enorme deformidad, dando lugar a un prolongado tratamiento y a numerosos ingresos hospitalarios que no han podido disminuir el desagradable e inadecuado resultado derivado de la intervención que tenía precisamente una finalidad estética, considerando la parte actora que el cirujano no actuó con la diligencia debida, lo que le provocó, además, importantes secuelas físicas y psíquicas, entendiéndose que la responsabilidad de la



clínica deriva de la relación contractual entre ésta y el paciente a través del llamado "contrato de clínica o de hospitalización" sin haber puesto todos los medios necesarios para evitar ese resultado, mientras que la del médico derivaría de su mala praxis y de que no había actuado conforme a la *lex artis*, existiendo, por la naturaleza de la intervención, una obligación de resultado, considerando además que tampoco hubo consentimiento informado por cuanto el paciente no había sido adecuadamente informado de las posibles complicaciones de la intervención quirúrgica. Las partes demandadas se opusieron a la demanda.

La Sentencia de Instancia desestimó íntegramente la demanda, señalando no obstante la existencia de serias dudas de hecho en cuanto al origen locativo y evolución de la infección. Así, tras aclarar que, de existir, la responsabilidad de la clínica sería extracontractual y no contractual por cuanto ningún contrato existió entre clínica y paciente puesto que fue el médico el que contrató directamente las instalaciones de la clínica, entiende que, al tratarse de una operación de cirugía estética, la relación se aproxima a un arrendamiento de obra más que de servicios, lo que comporta una obligación de resultado en relación a la cual, el deber del médico de informar a los clientes sobre la intervención y sus posibles complicaciones es aún mayor. En este sentido, la Sentencia considera que existió consentimiento informado pues si bien la información escrita podría resultar insuficiente por genérica, la misma se habría completado con las numerosas entrevistas entre médico y paciente, que éste reconoce en su demanda, señalando que la intervención logró el resultado pretendido que era la reducción del abdomen, sin perjuicio del resultado estético final que se debió a una infección postoperatoria, cuyo origen no se ha podido determinar pues se presentó cuando el paciente ya había sido dado de alta y existían pruebas de que el quirófano estaba libre de gérmenes, sin que se haya podido acreditar que fue el médico el que

prescribió la utilización del pañal cuyo cierre elástico habría propiciado el desarrollo de esa infección. Descarta, asimismo, que hubiera una mala praxis del médico por el tratamiento inadecuado de la infección. La prescripción de un antibiótico genérico, cuando aun se desconocía la bacteria exacta que la causaba, dice la sentencia, no podía considerarse incorrecta y pone de manifiesto que la infección era una consecuencia del proceso curativo y no del proceso corrector, de manera que respecto de la sanidad de aquélla el médico tenía una obligación de medios y no de resultado.

Recurrida en apelación la Sentencia por la parte actora, la Audiencia Provincial de Málaga dictó Sentencia en la que desestimó el recurso interpuesto, confirmando la Sentencia de Primera Instancia. Entiende la Audiencia, tras valorar la prueba practicada, que existió consentimiento informado pues, además del impreso genérico, hubo varias conversaciones entre el médico y el paciente explicando todo lo referente a la operación y a sus consecuencias, siendo la información proporcionada la oportuna y razonable en relación a la intervención y al paciente usuario, al que se le pusieron de manifiesto los eventuales riesgos, previsible e incluso frecuentes para prestar su conformidad al acto médico en cuestión, señalando que la libertad de opción del paciente es mayor en los supuestos de medicina voluntaria frente a los supuestos de medicina necesaria o curativa. Tampoco advierte que hubiera una mala praxis, por cuanto en el momento en que el paciente acudió con las molestias, no existían datos reveladores de la presencia de una infección de tal forma que la prescripción del antibiótico como profiláctico fue adecuada, siendo necesaria la realización de un cultivo sólo cuando el paciente regresa con las mismas molestias pese al antibiótico. Señala además la Audiencia que no se ha acreditado que el germen tuviera su origen en el centro hospitalario. Por todo ello, concluye que no existe responsabilidad ni del paciente ni de la clínica.

**SEGUNDO.-** El escrito de interposición del recurso de casación ha quedado reducido a dos motivos. En el motivo primero, se alega la infracción de los arts. 10 y 11 de la Ley General de Sanidad y arts. 1º, 2.1 d), 13 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por considerar que no existió consentimiento informado. Se desestima pues lo que en realidad pretende es imponer su propia valoración de las declaraciones del médico en cuanto al consentimiento informado, lo que no es posible. Lo cierto es que la sentencia ha valorado el consentimiento prestado por el paciente a la intervención y ha determinado que la información que le fue proporcionada fue suficiente para el acto médico comprometido, sin que ningún dato de prueba de los que valora haya sido combatido mediante el recurso correspondiente para poder llegar a una conclusión distinta, especialmente relacionada con la infección padecida. La información, por lo demás, es una, más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma, que en la asistencial, y por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal.

**TERCERO.-** En el motivo tercero se alega la infracción de los arts. 1091, 1092, 1101, 1104, 1107, 1255, 1258, 1902 y 1903 del Código Civil y los arts. 1 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al considerar que en el ámbito de las intervenciones de cirugía estética existe una obligación de resultado que se extiende incluso a las complicaciones que puedan derivarse del proceso quirúrgico, sin que se puedan separar las complicaciones del postoperatorio de la intervención quirúrgica por cuanto existió relación de causalidad.

La distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se

pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico (SSTS 30 de junio y 20 de noviembre 2009). Obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados, y en especial ofrecerle la información necesaria, en los términos que exige la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos, teniendo en cuenta que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y que la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía: hemorragias, infecciones, cicatrización patológica o problemas con la anestesia, etc. Lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, equiparando el daño al resultado no querido ni esperado, ni menos aun garantizado, por esta intervención, al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad, que, en definitiva, le impediría demostrar la existencia de una actitud médica perfectamente ajustada a la *lex artis*.

Y es evidente que en el desarrollo del motivo se pretende refutar la afirmación de la Audiencia de que no hubo culpa del cirujano demandado ni del Centro Médico en contra de los hechos probados de la sentencia, acreditativos de lo contrario, incluso empleando las reglas de la lógica que demanda en el motivo, sobre la colocación de un *dotis* que impedía la transpiración, en lugar del vendaje aconsejado, cuando la infección no ocurre en el centro



hospitalario, en el postoperatorio que se encuentra ingresado, al haber sido dado de alta, y el dodotis que no lo lleva a la salida del centro, sino a su ingreso, según la cronología de los hechos puesta de manifiesto en la sentencia, habiéndose descartado que la pseudomona estuviera en el quirófano; que fuera sustancial la tardanza en obtener los resultados del laboratorio desde la toma de muestras por el Dr. Luis Francisco, o que se le instaurara un tratamiento antibiótico inadecuado.

**CUARTO.-** La desestimación del recurso produce los preceptivos efectos determinados en el artículo 398, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a las costas.

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

## FALLAMOS

Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Pablo Torres

Ojeda, en la representación que acredita de Don Onésimo, contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 10 de julio de 2006; con expresa condena a la parte recurrente de las costas causadas.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Encarnación Roca Trías. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. 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:

Andrés López Jiménez  
Abogado

**N**uevamente tiene que pronunciarse el alto tribunal sobre cuestiones relativas a la posible responsabilidad de los médicos en las consecuencias no deseadas de intervenciones quirúrgicas de carácter esencialmente estético. Un paciente sometido a una abdominoplastia demanda al facultativo y al hospital por cuanto se ha producido "una cicatriz de grandes dimensiones y una enorme deformidad, dando lugar a un prolongado tratamiento y a numerosos ingresos hospitalarios que no han podido disminuir el desagradable e inadecuado resultado derivado de la intervención que tenía precisamente una finalidad estética". La sentencia de instancia desestimó la demanda, siendo confirmada por la audiencia provincial. Se consideró que "existió consentimiento informado pues, además del impreso genérico, hubo varias conversaciones entre el médico y el paciente explicando todo lo referente a la operación y sus consecuencias, siendo la información proporcionada la oportuna y ra-

zonable en relación a la intervención y al paciente usuario"; y tampoco estimó que hubiera mala praxis en la infección posoperatoria.

El supremo desestima los motivos de casación esgrimidos (defecto en el consentimiento informado e incumplimiento de obligación de resultado). En cuanto a la falta de consentimiento informado, se afirma que "la sentencia ha valorado el consentimiento informado por el paciente a la intervención y ha determinado que la información que le fue proporcionada fue suficiente para el acto médico comprometido, sin que ningún dato de prueba de los que valora haya sido combatido mediante el recurso correspondiente para poder llegar a una conclusión distinta, especialmente relacionada con la infección padecida".

Hasta aquí la argumentación es previsible, pero concluye el párrafo diciendo que "la información, por lo demás, es una, más acusada



en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma, que en lo asistencial, y por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal". O sea, que basta con que el consentimiento informado sea "uno", "gradual" y "básicamente verbal".

"Obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados, y en especial ofrecerle la información necesaria (...), teniendo en cuenta que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y que la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan

de cualquier otro tipo de cirugía: hemorragias, infecciones, cicatrización patológica o problemas con la anestesia, etc. Lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, equiparando el daño al resultado no querido ni esperado, ni menos aun garantizado, por esta intervención, al margen de cualquier valoración sobre la culpabilidad y relación de causalidad que, en definitiva, le impediría demostrar la existencia de una actitud médica perfectamente ajustada a la *lex artis*".

Conclusiones: interpretación muy laxa del requisito de la información (una, gradual y verbal), y reiteración de que estamos ante una obligación de medios que exige la prueba cumplida de la infracción de la *lex artis*.

# perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes



**Si algo ha causado una fuerte conmoción en los círculos aseguradores y/o próximos al Derecho Circulatorio (pues no en vano el derecho vivo surge en los Tribunales de Instancia) es la Sentencia Nº 66/10, de 30 de Julio, dictada por el Juzgado de Instrucción Nº 1 de Astorga –destacando (injustamente) en algunos casos que la Juez era sustituta y que la Audiencia Provincial de León pondrá “las ies bajo los puntos”–, toda vez que no es frecuente una resolución que cuantifique la indemnización del perjuicio sufrido por un menor en un accidente de tráfico en 8.335.385,25 €, contra la principal aseguradora española, –y eso sin incluir partida alguna por incapacidad permanente absoluta–, más aún si la partida de gastos para futuros tratamientos contempla 7.228.806 €, la explicación –textual– es la siguiente:**

“... Pues bien, no cabe duda en el presente caso el estado del menor Marcos, de la necesidad de que continúe el tratamiento neurorehabilitador para mantener las posibilidades de mejoría y poder llegar a un mayor nivel de conciencia e incluso de bipedestación. Tal tratamiento representa unos gastos que han sido calculados por Getino Asesores Consultores Auditores, S.L. en 7.228.806,22 euros.

Teniendo en cuenta la reciente STC de 16-01-2006 EDJ2006/1557, en su FJ 7, dice lo siguiente: “... deben reseñarse otros datos que avalan la hipótesis interpretativa de que en la aplicación de

la Tabla IV, a diferencia de lo que sucedía originalmente con la Tabla V, no existen siempre límites máximos.

Así, en primer término, es de señalar que el punto 1.6 del anexo preveía entonces –y sigue previendo– que “además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica y hospitalaria”, y que precisamente podía entenderse a partir de la fundamentación de la Sentencia de instancia que parte de la renta vitalicia iba destinada a sufragar tal tipo de gastos, pues no es descartable que la clase de secuelas del menor requieran



no sólo cuidados permanentes, sino también asistencia médica y hospitalaria periódica o permanente. De otra parte, procede también puntualizar la propia tabla IV del baremo incluía entonces –e incluye ahora– como criterio autónomo de valoración los “elementos correctores del apartado 1.7 de este anexo” y que a tal criterio no corresponde como respecto del resto de criterios que componen la tabla IV una cuantificación máxima, en enteros o porcentajes, sino que este criterio se señala “sin cuantificación”. Por consiguiente, en la tabla IV resulta posible tener en cuenta como criterios correctores “sin cuantificación” y, por tanto, sin máximo, los criterios del apartado 1.7 que afirman que “la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud. Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados se tienen en cuenta, además las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales, y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado...”.

El resarcimiento, sin sujeción a un techo máximo, de forma periódica y durante toda la vida del lesionado, de los gastos asistenciales referidos, se justifica además de en su realidad, en múltiples razones como la imposibilidad de que algún día pueda aquel generar ingresos para su propia atención, la necesidad de sus progenitores de asegurar que en ausencia de los mismos, la atención y cuidado del niño puedan seguir cubiertas, la necesidad de permanente asistencia unida a la indeterminación de su supervivencia etc... y ello no supone duplicidad de conceptos indemnizatorios; en primer lugar porque el propio baremo los recoge como diferentes y, por tanto, compatibles con las indemnizaciones correspondiente a la propia víctima por incapacidad absoluta, daño moral, lesiones permanentes. En segundo lugar porque el abono de los gastos de permanencia, por su estado de mínima conciencia, en un centro hospitalario cubre las necesidades de la víctima para subsistir en ese estado, pero no la “reparación” por la pérdida de su salud, reparación que le corresponde, tanto por su padecimiento físico, como por su padecimiento psíquico, como por el lucro cesante o ganancia dejada de obtener, que son aspectos también intrínsecos en la indemnización por lesiones permanentes o secuelas, y por incapaci-

dad temporal (punto 7 apart. 1 anexo), sin perjuicio, además, de la aplicación del factor de corrección por un mayor daño moral cuando las secuelas superan determinada entidad.

Conforme a lo hasta aquí expuesto, partiendo del principio consagrado en el propio baremo de reparación integral de los daños y perjuicios sufridos, de las previsiones normativas contenidas en el punto 6 apartado primero, así como en el inciso último de la letra b) del apartado segundo y en el apartado 1.7 del referido baremo, unido a la excepcional gravedad de las lesiones sufridas,

se estima que el sistema ampara, y así debe ser concedida, el pago de la cantidad según consta en el informe (Doc. N° 69), pago que ha de realizarse por una cantidad a tanto alzado y no por pago mensual porque este conlleva un riesgo, tal como así lo ha declarado D. Ernesto Getino de la Mano, perito auditor, siendo uno de los principales inconvenientes a la hora de fijar una renta vitalicia para el perjudicado precisamente el riesgo que para el mismo conlleva la posible quiebra o intervención de la compañía aseguradora; riesgo que con independencia de la solvencia actual de la compañía en cuestión, no puede en modo alguno descartarse".



**Mariano Medina Crespo me facilita la resolución del Juzgado de Instrucción de Quintanar de la Orden núm. 1, en el juicio de faltas 113/2006, en el que una vez recaída sentencia condenatoria, que fijaba la pertinente indemnización, aplicando separadamente a los puntos de cada secuela la cantidad prevista en la tabla III. Ante esta valoración, el perjudicado solicita aclaración de la sentencia, señalando que no se ha utilizado la fórmula legal de las secuelas concurrentes, con referencia a que se trata de la regla de Balthazard. Mediante providencia de 13 de septiembre de 2010, el Juzgado acuerda no haber lugar a la aclaración, "no sólo porque excede de los límites de la aclaración, sino porque en su escrito, la parte hace referencia a puntuaciones y personas (en concreto menciona a Balthazard, sujeto que no es parte en este procedimiento), que ninguna relación tienen con esta causa". Él diría –dice– que es muestra de la inexistencia de cultura de valoración del daño corporal en nuestro país; yo, que carezco de su edad, gracejo, y capacidad de provocar –y obtener– indulgencia, menciono que Balthazard, forense parisino fallecido en 1950 –que en efecto no puede ser parte en un litigio en 2010–, es citado en el art. 2 del anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en la fórmula para secuelas concurrentes y, en conjunto, ello es muestra de que el cúmulo de Leyes vigentes hace más virtual que real el viejo aforismo "iura novit curia", pero solo si identifico el problema y reconozco padecerlo puedo aproximarme al principio de la resolución.**



**JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° 001  
QUINTANAR DE LA ORDEN**

PLAZA DE LA CONSTITUCION, S/N  
Tfno: 925564698  
Fax: 925564609

B1845

N.I.G.: 45142 41 2 2006 0101198

Procedimiento: JUICIO DE FALTAS 0000113 /2006

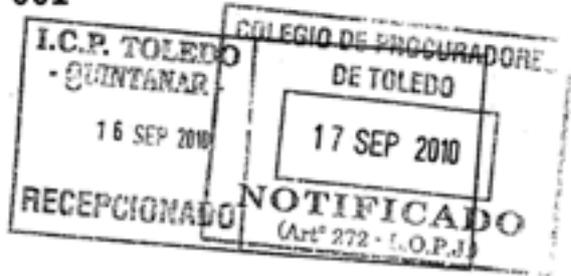
Sobre LESIONES POR IMPRUDENCIA

De D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Contra D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. PABLO MONSON LARA



**PROVIDENCIA JUEZ**

**D./Dña. SARA ALONSO FERNANDEZ**

En QUINTANAR DE LA ORDEN, a trece de Septiembre de dos mil diez

Los anteriores escritos presentados por la representación procesal de [REDACTED], y de [REDACTED] únanse a los autos de su razón, y no a lugar a lo solicitado:

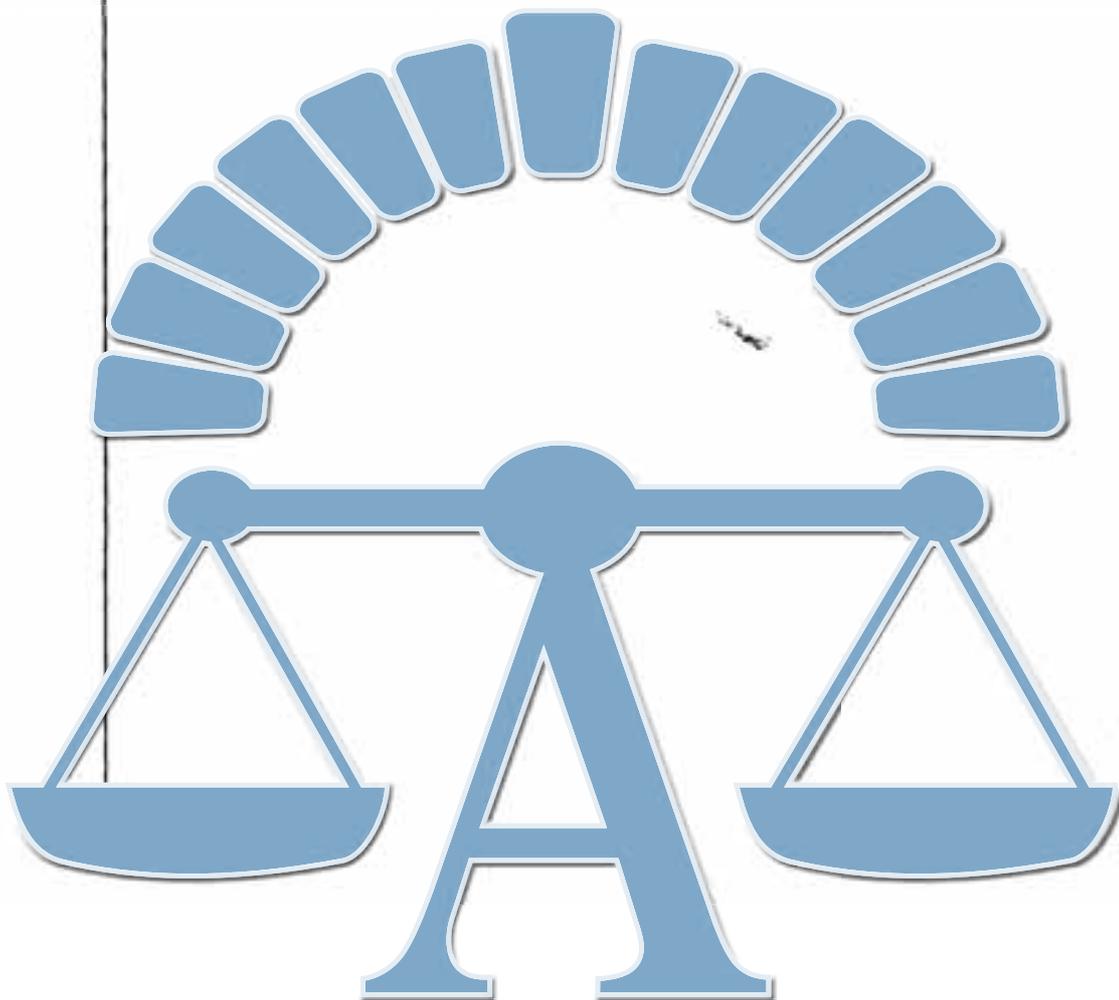
- En lo que se refiere a la solicitud de aclaración realizada por la representación procesal de [REDACTED], si bien es cierto que existe un error material en el fundamento de derecho 6º apartado 3, puesto que se asignan dos puntos a una serie de secuelas, mientras que en la valoración se valoran con tres puntos, no cabe subsanación de la fundamentación jurídica de la resolución, sin que esto suponga indefensión, puesto que se trata de un evidente error material, y deberá prevalecer la valoración que arroja el resultado establecido en la parte dispositiva, es decir, la valoración en tres puntos de las secuelas siguientes: Cervicalgia, limitación de la movilidad de la muñeca derecha pronación, imitación de la movilidad de la muñeca derecha supinación (de 1 a 5 puntos), limitación de la movilidad de la muñeca derecha flexiva y limitación de la movilidad de la muñeca derecha extensiva. Respecto a la solicitud de aclaración de la parte dispositiva de la sentencia, tampoco procede la misma, puesto que entiende esta Juzgadora, que el fallo es lo suficientemente claro, a la hora de manifestar que de la cantidad fijada deberá descontarse el pago a cuenta ya efectuado.
- En cuanto a la solicitud de aclaración realizada por la representación procesal de [REDACTED] no a lugar a practicar la misma, no sólo porque excede de los



limites de la aclaración, sino porque en su escrito la parte hace referencia a puntuaciones y personas (en concreto menciona a Baithazar, sujeto que no es parte en este procedimiento), que ninguna relación tienen con esta causa

Contra esta resolución cabe recurso de reposición en el plazo de **CINCO DIAS** que se interpondrá por escrito ante este Juzgado.

Lo acuerda, manda y firma S.S<sup>a</sup>. Doy fe.





**Comentaba en su día Mariano Medina Crespo la Sentencia de 22 de Junio de 2009, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, a propósito de los gastos extra sanitarios y sanitarios posteriores al alta de sanidad del lesionado, reconociéndolos, –sin explicarlo– de modo que pueda ser “exportado” a supuestos sometidos a la nueva redacción según la Ley 21/2007 de 11 de julio de 2007, es interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, (Sección 1) Nº. 89/2010, de diecisiete de septiembre:**

"En cuanto a las cantidades cuya concreción se solicita por el Ministerio Fiscal se determinen en ejecución de sentencia por la asistencia sanitaria de fisioterapia y rehabilitación o cambios en el corsé precisos por el crecimiento, así como la intervención o intervenciones quirúrgicas a que haya de someterse al finalizar el crecimiento para la fijación de la columna, resulta procedente su reconocimiento, estimando que dicha reclamación tiene su expresa cobertura legal en lo dispuesto en el artículo 1.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, RDL 8/2004 de 29 de octubre y en lo dispuesto en el artículo primero, apartado sexo del Baremo, que en la redacción que estaba vigente a la fecha del siniestro indica que: "además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica y hospitalaria y además en las indemnizaciones por muerte los gastos de entierro y funeral", (dicho artículo se modificó a partir del 11/8/2007 por el art. 1.17 de la Ley 21/2007 de 11 de julio de 2007, siendo su redacción actual la siguiente: "Además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas, siempre que el gasto esté debidamente justificado atendiendo a la naturaleza de la asistencia prestada. En las indemnizaciones por fallecimiento se satisfarán los gastos de entierro y funeral según los usos y cos-

tumbres del lugar donde se preste el servicio, en la cuantía que se justifique").

En base a dicha regulación y aplicando asimismo el principio del completo y total resarcimiento del perjudicado por las lesiones sufridas resulta procedente establecer la obligación de los responsables civiles de hacer frente, en trámite de ejecución de sentencia, de los diferentes importes que se vayan generando durante la vida de Ángel Jesús a los que el mismo tenga que hacer frente, que deriven de las lesiones y secuelas del accidente de circulación objeto de enjuiciamiento, que resulten necesarios y proporcionados al estado en el que se encuentre en cada momento y que no estén cubiertos por el sistema público de salud, y ello en relación con los gastos derivados de la operación para la fijación de la columna vertebral a la que desgraciadamente casi con total seguridad se tendrá que enfrentar Ángel Jesús al final de su adolescencia, según consta en el informe pericial forense y en el informe pericial de la acusación particular, los gastos por los cambios en el corsé precisos por el crecimiento, cuya necesidad asimismo está recogida en el informe del forense, los gastos de asistencia sanitaria de fisioterapia y rehabilitación siempre que hayan sido prescritas por un médico, así como los gastos derivados de los cambios de sondajes que, como digo, no se hallen cubiertas por el sistema público de salud, debiendo los responsables civiles proceder al

pago de dichos gastos conforme se vayan generando previa acreditación de su importe por el reclamante, y sin que sea dable, ni ahora ni en ejecución de sentencia (como parece pretender la acusación articular (apartados 8.A y C de su escrito de acusación), establecer una obligación de pago única por dichos gastos, atendiendo a la expectativa de vida que le resta al lesionado, porque como digo existe incertidumbre sobre los gastos ortopédicos y la asistencia sanitaria que efectivamente precisará, dependiendo de múltiples factores aleatorios de todo punto imprevisibles, ni en estos momentos, ni tampoco en

ningún momento anterior a que efectivamente el gasto por dichos conceptos sea generado.

Esta Sala, no puede por menos que refrendar tales argumentos porque la existencia de tales gastos futuros no depende de un hecho incierto o futuro, sino que se conoce que se producirán tales gastos, aunque no su importe, de ahí que, en equidad, proceda convalidar la previsión de futuro establecida en la sentencia recurrida. Todo lo cual se haya acorde con el criterio de esta Sala, recogido –entre otras– en sentencias de 6/2/04, nº 67/2004, rec. 467/03”.



**Hemos podido leer en todos los medios la noticia de la primera sentencia de Nintendo contra la piratería por flashcarts, las “tarjetas r-4” dictada por un juzgado de lo penal de Palma de Mallorca, condenando a los dos acusados. La realidad –al parecer– es distinta, pues se limitaron prestar conformidad, aceptando la culpabilidad en un supuesto que en casos análogos rara vez provocó condena; veámoslo:**

Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda, Auto de 1 de marzo de 2010:

“El Auto impugnado acordó el sobreseimiento al no cumplirse el requisito, previsto en el tipo, de la finalidad específicamente dirigida a la supresión o neutralización de la protección de un programa de ordenador, al poder utilizarse los chips informáticos y el sistema “Swap Magic” no sólo para la utilización de juegos piratas, sino para múltiples utilidades como permitir jugar con juegos originales de otros países o utilizar copias de seguridad de juegos originales, concluyendo que la venta e instalación de dichos sistemas en videoconsolas no es típica. Pues bien, sentado lo anterior, procede la desestimación del recurso, al devenir innecesaria la

prueba pericial interesada, en orden a determinar el contenido de los chips, cuando el propio recurrente no cuestiona dicho particular, admitiendo que aún teniendo los chips varias utilidades, considera que la instrucción debe dirigirse a investigar cuál era el verdadero fin del actuar del imputado, particular para el que la práctica de la diligencia propuesta resulta innecesaria. Debe en consecuencia confirmarse el sobreseimiento acordado, ya que al existir distintas utilidades para los llamados chips, no se cumple el requisito del exclusivo o específico destino que prevé el precepto, sin que tampoco se aprecie el encaje de los hechos denunciados en ninguno de los delitos relativos a la propiedad industrial, regulados en los artículos 273 y siguientes del Código Penal, tal y como, de forma genérica, refiere la parte en el recurso”.



Juzgado de Instrucción N° 4 de Salamanca, Procdtª. Abreviado nº/2009, Auto de diecisiete de Noviembre de dos mil nueve.

“Al respecto se debe señalar la clara diferenciación entre los cartuchos originales de Nintendo y los “cartuchos piratas” que vendía el imputado en sus establecimientos. Así los primeros son básicamente software dentro de un soporte físico, por tanto aplicaciones de juego creadas por Nintendo, mientras que los segundos son dispositivos físicos, hardware del tipo accesorios, que a su vez contienen un aplicación que no procede de Nintendo y sin que, por otra parte, conste que contengan a su vez ningún tipo de juego o aplicación procedente de Nintendo.

Este tipo de accesorio, “cartucho pirata”, además consultada la página de internet de Nintendo no aparecen ni producidos, ni ofrecidos a los clientes por la propia Nintendo; siendo ello una decisión empresarial lógica al entender Nintendo que este tipo de dispositivos no sería empleada por los clientes para fines lícitos de copias de seguridad o utilización de aplicaciones libres, sino por el contrario, se emplearía mayoritariamente con finalidades ilícitas de pirateo de sus juegos; pero ello lleva a otra cuestión que es si Nintendo tiene un derecho absoluto como único fabricante para crear accesorios para sus consolas o bien otros fabricantes pueden producir y ofrecer accesorios para consolas Nintendo siempre y cuando no sean copias de accesorios creados originalmente por Nintendo y por tanto amparados en sus derechos de propiedad industrial. Dicha cuestión trasciende la materia penal y debería ser objeto de resolución por la Jurisdicción Civil también en los términos expuestos, sin que se entienda la producción de infracción de los derechos de propiedad industrial de Nintendo, con reserva de sus acciones civiles.

Finalmente tampoco se aprecia la concurrencia de signos distintivos idénticos o confundibles



con los de Nintendo, ello a tenor de la documentación presentado y especialmente el catálogo unido a la causa, apreciándose claramente que dichos cartuchos no se ofrecen como producto original de Nintendo, ni se pueden confundir con los mismos”.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Quinta, Sentencia de 7 de marzo de 2008.

“... los chips que se instalan o se pueden instalar en las videoconsolas de autos, pueden servir, desde luego, como dispositivo tendente a desprotegerlas para permitir utilizar juegos no originales, pero también, para permitir la ejecución de juegos originales de otras zonas y para convertir la consola en un ordenador personal apto para realizar múltiples tareas absolutamente lícitas, como pueda ser el manejo de fotografías, ejecutar juegos de libre distribución no diseñados para consola, escuchar música, etc. No se cumpliría, por tanto, el requisito de la exclusiva o específica destinación a la supresión o neutralización de dispositivos de protección de las consolas...”.



**En un supuesto de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por la asistencia sanitaria, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, Sección Primera, dictó Sentencia el veintidós de enero de dos mil ocho, considerando que "... durante la primera intervención efectuada, la actora se produjo un pequeño pinzamiento del borde del páncreas, que hubo de producir la sección del conducto de Wirsung, que es el conducto de drenaje del páncreas después detectada. En el posoperatorio se produjeron una serie de complicaciones. La lesión instrumental referida debe ser considerada como una práctica quirúrgica poco afortunada y las medidas posteriores fueron insuficientes para evitar los padecimientos referidos por la recurrente, teniendo en cuenta las lesiones producidas, el tiempo de curación, los días de incapacidad, las secuelas y los daños morales ("pretium doloris") ocasionados a la recurrente, habida cuenta de que ésta ha visto alterada profundamente su vida ordinaria por causa de las lesiones ocasionadas, habiendo sufrido intervenciones médicas que no hubieran sido necesarias si la primera no le hubiera ocasionado la lesión descrita, los dolores físicos y psíquicos e inquietud inherentes a ello, con evidente pérdida de su calidad de vida, es por lo que, discrecionalmente, por todos los conceptos este Tribunal concluye que la indemnización, procedente de la Administración demandada, debe abonar a la recurrente asciende a un total de 180.000 euros", no obstante, el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso (Sección: 4) en sentencia de veintinueve de Septiembre de dos mil diez reduce a 60.000 € la indemnización, sobre la base de un complicado argumento compensatorio:**

"... hay que tomar en consideración un hecho que está en el origen de lo acontecido, y cuya influencia no tuvo en consideración la Sala de instancia, y que no es posible desconocer a la hora de fijar la indemnización a conceder para lograr la plena indemnidad en este caso de la recurrente, atendidas todas las circunstancias concurrentes en el supuesto.

El hecho al que nos referimos, que desencadena el resto de los acontecimientos posteriores, es la ingestión por la demandante de una

cuchara de postre cuando (como recoge la Sentencia dictada por la jurisdicción penal al enjuiciar la conducta de los cirujanos que practicaron la primera de las intervenciones, y que les absolvió del delito que se les imputaba) pretendía sirviéndose de aquel instrumento, examinar el estado de su garganta que, según declaró, "estaba infectada". Examen que concluyó con el improvisado espéculo alojado, ante tan imprudente maniobra, en el estómago de la recurrente. Esta conducta determinante, aún calificada de accidental, alguna influencia habrá de tener en la indemnización



establecida. la reclamante ha perdido anatómicamente gran parte del páncreas conservando su función de modo íntegro, sin afectación de la exo (digestión) ni endocrina (metabolismo de la glucosa) como queda acreditado después de estudio específico. Existen datos de dispepsias previas al accidente.

2.- También le ha sido extirpado el bazo, esta vez en su totalidad, sin que queden alteraciones

inmunológicas secundarias a tal extirpación (la producción de anticuerpos en la defensa frente a las infecciones está compartida en el organismo entre el bazo y otros órganos más o menos homogéneamente distribuidos por la economía).

3.- No pueden imputarse, por tanto, al accidente secuelas funcionales, sólo anatómicas, sin repercusión sobre la vida habitual de la paciente. No existe daño funcional”.



**Con frecuencia comparecemos ante un órgano penal ejerciendo la defensa y advertimos que el Ministerio Público –físicamente distinto del compañero-a que formuló la acusación–, discrepa antes y durante del Juicio Oral del cometido que está desarrollando y, no obstante, no retira la acusación y la mantiene reproduciendo por vía de informe lo que consta por escrito, ¿por qué?, quizás en la Sentencia de 28 Septiembre de 2010, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo se halla una respuesta plausible –pero véase la diferencia entre lo peticionado y lo concedido, sin costas–.**

“... aun no habiendo en sentido estricto una sentencia absolutoria ni un auto de sobreseimiento libre, hay inexistencia subjetiva del hecho; y ello porque cuando el propio Ministerio Fiscal, promotor de la acción de la justicia, estima que no hay base suficiente para sostener la acción penal, ello equivale a admitir que la participación del imputado en el hecho no es penalmente relevante.

Particularmente clara a este respecto resulta la sentencia de esta Sala de 6 de octubre de 2006: La retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal, según ya declaramos en nuestra sentencia de veintiséis de enero de dos mil cinco –recurso de casación 4928/01–, «configura o implica, cuando menos, una presunción de la denominada inexistencia subjetiva del hecho, porque si hubiese indicios racionales de la participación en este imputado, no se habría desistido de aquella», pues

cuando el Ministerio Público retira en el acto del juicio oral la acusación contra una persona como en el caso que enjuiciamos, aquella queda exenta de cualquier tipo de responsabilidad penal, al no quedar desvirtuado el principio de la presunción de inocencia; ya que no cabe olvidar que el procedimiento penal se rige por el principio acusatorio, de tal forma que si no existe parte, ya pública, ya privada en su caso, que ejercite la acción penal, no es que podamos hablar de una sentencia absolutoria o de un sobreseimiento libre respecto a quien no se formula acusación sino que el posible procedimiento penal que hubiera podido incoarse respecto al mismo, pierde cualquier virtualidad y queda sin objeto. Esto es lo que ocurre cuando el Ministerio Fiscal, a quien constitucionalmente incumbe la defensa de la legalidad, retira en el acto del juicio oral, la acusación penal que hubiese podido formular con un mero carácter provisional, re-

tirada ésta de acusación que como consecuencia del principio acusatorio que rige el procedimiento penal tiene una consecuencia lógica e ineludible, cual es que aquella persona a la que afecte la retirada de acusación queda exenta de cualquier responsabilidad penal cuando menos y como decía la sentencia citada de esta Sección por inexistencia subjetiva del hecho. El recurrente solicitó las siguientes cantidades: 23.499,57 euros por la privación de libertad, 17.887,39 euros por gastos de abogado y procurador, y 1.160.637,04 euros por daños morales. Pues bien, a la hora de valorar los daños derivados de la prisión preventiva, esta Sala sigue regularmente varios criterios: la duración de la propia prisión preventiva, la gravedad del hecho ilícito imputado y su significación

social, la incidencia de la privación de libertad en las relaciones familiares y sociales del afectado, y los perjuicios económicos sufridos. Pues bien, en el presente caso, dado que no se han acreditado circunstancias específicas que puedan incidir en la cuantificación del daño, procede hacer una valoración de conjunto, teniendo en cuenta además que los gastos de abogado y procurador no son susceptibles de indemnización y pueden sólo dar lugar a resarcimiento por costas. Así, haciendo una valoración prudencial, esta Sala calcula que la indemnización debe quedar fijada en la cantidad de treinta mil euros, ya actualizada a la fecha de la presente sentencia. A esta cantidad habrán de añadirse, llegado el caso, los intereses de demora en el pago que correspondan”.



**Planteada cuestión de competencia entre TSJ y AN a propósito de una reclamación patrimonial sobre deficiente asistencia sanitaria prestada por Mutua de la Seguridad Social, el TSJ<sup>a</sup> entendió que era competente la AN. Frente a ello Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección: 1, en sentencia de veintidós de Julio de dos mil diez, considera que se aplica el mismo régimen que el previsto en materia sanitaria entre Administraciones:**

“La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Valladolid), ante la que se interpuso el recurso contencioso-administrativo, entendió –mediante Auto de 4 de febrero de 2009– que no le correspondía el conocimiento del recurso en cuestión, dado que la reclamación se dirigió contra Ibermutuamur y contra el INSS. Por tanto, reclamando por responsabilidad patrimonial contra el INSS, ex art. 142.2 Ley 30/1992, y siendo la desestimación presunta atribuible al Ministro de Trabajo, entiende que corresponde el conocimiento del recurso a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, a tenor de las previsiones del art. 11.1 de la LJCEI hecho de que las Mutuas Patrona-

les sean sujetos privados no es obstáculo para que las mismas puedan ser objeto de reclamaciones en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas ya que aquellas realizan su labor prestando un servicio público por cuenta del Sistema Nacional de Salud.

Por ello, debe insistirse que en cuanto las mismas tienen atribuida, en virtud de las disposiciones legales y reglamentarias más arriba enumeradas, la colaboración con la administración pública sanitaria en la gestión de la Seguridad Social de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se encuentran sometidas al mismo régimen que las administraciones públicas.



Recordemos que la jurisprudencia (por todas la STS de 27 de junio de 2006, 18 de septiembre de 2007, recurso casación 1962/2002 con cita de otras sentencias anteriores) a los fines del art. 106.2 de la Constitución, ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que

se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo. En consecuencia, los particulares podrán reclamar por las lesiones que sufran en sus derechos a consecuencia del funcionamiento de la asistencia sanitaria (art. 106.2 CE) prestada por las Mutuas Patronales como entidades colaboradoras de la Seguridad Social.



**A veces olvidamos que jueces y justiciables somos hijos de nuestro tiempo y nos pronunciamos en términos absolutos ignorando que la historia, antes o después hace su propio juicio, en el que –dependiendo de nuestra humanidad– resultamos mejor o peor sentenciados; cabe recordar el Texto de la sentencia pronunciada por el Santo Oficio el 12 de junio de 1633 contra Galileo (extracto, cinco últimos párrafos):**

“Invocado, por tanto, el Santísimo nombre de Nuestro Señor Jesucristo y de su gloriosísima Madre siempre Virgen María; por ésta, nuestra definitiva sentencia, como representantes pro tribunali, por consejo y parecer de los RR. Maestros de Sacra Teología y Doctores de una y otra ley, nuestros consejeros, pronunciamos en estos escritos en la causa pendiente ante nosotros entre el Mco. Carlo Sinceri, Doctor de una y otra ley, procurador fiscal de este Santo Oficio, por una parte, y Galileo Galilei aquí presente investigado, procesado y confeso por otra. Decimos, sentenciamos, pronunciamos y declaramos que tú, Galileo, por las cosas deducidas en el proceso y por tí confesadas, te has hecho ante este Santo Oficio vehementemente sospechoso de herejía, es decir, de haber sostenido y creído doctrinas falsas y contrarias a las Sacras y divinas Escrituras, que el Sol es el centro de la tierra y que no se mueve de oriente a occidente y que la tierra se mueve y no es el centro del mundo, y que se puede tener y defender como probable una opinión después de que ha sido declarada y definida como contraria a la Sagrada Escritura; y, en consecuencia, has incurrido en todas las censuras y penas de

los sacros cánones y otras constituciones generales y particulares impuestos y promulgados contra tales delincuentes. Por lo cual estamos contentos porque antes, con corazón sincero y fe no fingida, ante nos, abjuras, maldices y detestas los mencionados errores y herejías y cualquier otro error o herejía contraria a la Iglesia Católica y Apostólica de la forma y manera que por nosotros te será dada, y para que éste tu grave y pernicioso error y transgresión no quede del todo sin castigo y seas más cauto en el futuro y ejemplo para otros que se abstengan de delitos semejantes, ordenamos que por público edicto se prohíba el libro de los Diálogos de Galileo Galilei. Te condenamos a cárcel formal en este Santo Oficio a nuestro arbitrio; y, como saludable penitencia te imponemos que, los tres próximos años, digas una vez a la semana los Siete Salmos penitenciales; y nos reservamos la facultad de moderar, cambiar o levantar, en todo o parte, las mencionadas penas y penitencias, y así, decimos, pronunciamos, sentenciamos, declaramos, ordenamos y reservamos en este o en cualquier otro modo o forma mejor que por razón, podemos y debemos. Esto pronunciamos, nos, los cardenales firmantes”.

# entrevista a...



**Julio C. Fuentes Gómez**



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

Don Julio C. Fuentes Gómez es el Subdirector General de Política Legislativa de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. En atención a su cargo, así como dada su amplia formación jurídica, es un gran conocedor del derecho de seguros, formando parte de la comisión encargada de la reforma de la Ley del Contrato de Seguros, por lo que es la persona ideal para hablar-nos sobre los nuevos aspectos a destacar en dicha reforma. De igual forma, Fuentes Gómez tiene completado un máster en Derecho marítimo y ha trabajado también en los Ministerios de Fomento y de Medio Ambiente.



**Como en ocasiones anteriores me gustaría conocer cual es su opinión acerca de nuestra Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, ya que me consta que conoce de cerca su organización y actividades.**

Lo primero que conocí de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro fueron sus publicaciones, cuya calidad me pareció inmejorable. Sus jornadas y seminarios destacan también por su oportunidad y rigor respecto a los temas que abordan. Y, finalmente, destacaría su labor profesional, entre la que cuento la ayuda que nos prestan a la Administración a partir de su experiencia y práctica profesional. En definitiva, mi opinión de su Asociación es muy positiva, considero que prestan una importante labor en este campo. Debo añadir que las distintas Asociaciones de Abogados con las que he tenido relación complementan el trabajo de su organización colegial de forma magnífica, permitiendo una especialización muy enriquecedora para todos.

**Sabemos que actualmente participa en la comisión de trabajo para la reforma del sistema de valoración del daño corporal incorporado en el anexo de la Ley de Responsabilidad Civil de Vehículos a Motor y Seguro, en relación al trabajo desarrollado en dicho proyecto, ¿podría decirnos sobre qué aspectos fundamentales se está centrando la reforma?**

Todavía los trabajos están en sus inicios y estamos tratando de atender las peticiones de los afectados. En cualquier caso, resulta claro que el actual modelo admite mejoras de tipo tanto jurídico como económico, y cuyo impulso resulta necesario para que este seguro cumpla su verdadero papel, que es la atención a las víctimas de los accidentes de tráfico y la solidaridad con ellos por parte de todos.





### **¿Existe mucha divergencia de opiniones entre los distintos grupos o asociaciones que intervienen en la citada comisión de trabajo para la reforma?**

De manera progresiva iremos profundizando en las cuestiones concretas –la letra pequeña–, en las que las posibles diferencias serán más palpables. Lo que ahora se respira es un espíritu de cooperación por parte de todos, que debemos aprovechar desde la Administración para llegar a una solución a los problemas hoy planteados.

### **Asimismo y en cuanto a la también reforma de la Ley del Contrato de Seguro, ¿qué novedades más importantes destacaría en la misma?**

Hay unanimidad en reconocer a la vigente Ley del Contrato de Seguro ha cumplido un papel fundamental en el desarrollo y consolidación del sector de los seguros en España. Ello no obsta para que el tiempo transcurrido y la evolución de todo tipo en ámbitos que no son ajenos a este sector demandan una actualización de la ley. Sobre esta base la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía y Hacienda y el Ministerio de Justicia se han planteado esta reforma, con la valiosa ayuda de la Comisión General de Codificación (mención especial merece siempre en este ámbito el maestro Don Fernando Sánchez Calero). A partir de aquí la reforma busca ampliar el conjunto de normas aplicables a todos los seguros con el propósito tanto de ampliar la seguridad jurídica como de reducir la litigiosidad. Es por ello que cuestiones como el interés de demora y la extensión del régimen de la oferta motivada estarán entre las propuestas a debatir.

### **¿Se va a conseguir fomentar la mediación en los siniestros con esta Reforma?**

Por causas ligadas a la propia evolución de la sociedad española el aumento de la litigiosidad ha



sido un fenómeno imparable que hace necesario arbitrar alternativas que permitan su reducción y con ello favorecer el mejor funcionamiento de los tribunales. Ese es el propósito que impulsa el Ministerio de Justicia con la tramitación del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sobre esta base nos gustaría ser capaces de enlazar la mediación y el sector asegurador en relación con los siniestros y las discrepancias de las partes, oportunidad que puede perfilarse en torno al régimen de la oferta motivada.

**¿Considera que con los cambios introducidos en la Ley se conseguirá aumentar el número de transacciones en el sector asegurador? ¿Se ha dado importancia a tal aspecto en la reforma?**

Probablemente transparencia y seguridad jurídica sigan siendo palancas de este sector y algo que de manera razonable nos van a pedir, como ya sucedió con la regulación del Registro de seguros de vida. La regla del Ministerio de Justicia es no hacer normas contra nuestros sectores, sino todo lo contrario.

**En cuanto al deber del tomador del pago de la prima y la incidencia en caso de primas únicas o primas sucesivas, ¿se introduce alguna novedad que aclare qué ocurre en los supuestos de impago con la vigencia de la póliza?**

Esta cuestión fue de las primeras en aparecer cuando hace tres años empezamos a repasar los problemas de la vigente ley. Las reformas que aquí se plantean no hacen sino abordar los dos problemas prácticos que se han detectado. Por un lado, los problemas interpretativos del impago de fracciones de prima, para aclarar sus consecuencias. Y, por otro lado, acoger la exigencia de los tribunales de que se pruebe que se ha requerido el pago al tomador por parte del asegurador.

**Y en relación al contenido y características del clausulado particular y general de las pólizas de seguro, ¿alguna novedad destacable?**

Aquí probablemente el tratamiento que la regulación de la información precontractual en materia de protección de los consumidores va a influir en la regulación que se adopte, incluso con la incorporación de algún formulario al respecto. En la actualidad el clausulado general de la póliza ya se encuentra también sometido al régimen de las condiciones generales de contratación y la posible nulidad de aquellas cláusulas. También se pedirá mayor concreción en la póliza de la cobertura del seguro que se contrata. Con carácter general se incidirá en la redacción, que ha de ser concreta, clara y sencilla, así como ajustadas al justo equilibrio de las posiciones de las partes. Es previsible, por fin, que se ponga especial atención en el régimen de las cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro.

**Por último, ¿cuál cree que ha sido el aspecto más importante que destacaría ante dicha Reforma? ¿Echa en falta alguna modificación importante en la materia que se ha quedado sin hacer?**

Veo que su Asociación está muy bien informada sobre las cuestiones que se están planteando en su proceso. Tan sólo añadir que la ley es sólo una parte de este sector, sin querer disminuir su importancia, pero el buen hacer y profesionalidad de todos los actores que se desenvuelven en este ámbito –el sector asegurador, la abogacía, los peritos, etc. (que no se moleste nadie al que no cite)– no tiene menor relevancia. Hay profesionales que a pesar de las posibles deficiencias de las leyes tienen una capacidad para resolver los problemas del día a día, simplemente, deslumbrante. El trato con todos estos profesionales es fundamental para mí y tengo para con todos ellos una deuda de gratitud por su lealtad con el interés público.

# noticias y actividades



Un momento del acto inaugural del Congreso

## ■ X CONGRESO NACIONAL. 1, 2 y 3 OCTUBRE. ALCÚDIA.

Nuestro Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro ha cumplido su Décima Edición, habiendo tenido lugar los días 1, 2 y 3 de octubre de 2010, por lo que su comentario debería incluirse en la próxima revista correspondiente al cuarto trimestre de 2010, pero dada su coincidencia con la fecha de cierre de esta revista preferimos hacerlo en esta edición y no esperar varios meses para narrar la crónica de lo ocurrido en este magnífico congreso. El mismo tuvo lugar en la bellísima localidad de Alcúdia, situada al nordeste de Mallorca, que constituye un marco privilegiado para los amantes de la naturaleza, con 30 Km de costa de gran diversidad paisajística y con un gran compromiso de sus habitantes y autoridades locales con la protección del medio ambiente. Junto a este municipio de Alcúdia, se encuentra el de Pollença, que goza de una inmejorable situación en la isla de Mallorca. Su paisaje ha sido, y es todavía, inspiración de poetas, pintores y músicos.

Alcúdia y Pollença son, sobre todo, unas tierras acogedoras y el Pollentia Club Resort, lugar de



celebración del Congreso, es un refugio de paz y tranquilidad localizado en la bahía del puerto de Pollença y Alcúdia, en el norte de la isla de Mallorca. Sus más de 85.000 metros cuadrados de superficie se sitúan entre la playa de Can Cap de Bou y el parque natural de La Albufera, donde el 85% del complejo está ocupado por lagunas y frondosos jardines, en los que prima el respeto e integración en el paisaje de la isla. Una filosofía plasmada en las edificaciones del complejo, levantadas en la piedra arenisca autóctona denominada "mares" y en la cuidada selección de plantas escogidas entre una amplia variedad de especies del Mediterráneo de climas cálidos.

En este marco incomparable es donde se han desarrollado las ponencias de nuestro X Congreso Nacional, motivo por el que se ha cuidado la elección de las materias a tratar, al objeto de que tanto el continente como el contenido del congreso sean del mismo nivel, pero sin sobrecargar las jornadas de trabajo al objeto de poder disfrutar del maravilloso entorno, contando por ello con sólo siete ponencias, pero de las que ha quedado patente su calidad, al igual que la brillantez de sus ponentes, hasta extremos que sorprendieron de nuevo a muchos.

El congreso comenzó este año con la ponencia "El riesgo específico como título de atribución de la responsabilidad civil extracontractual", trabajo conjunto de nuestro presidente, **Mariano Medina Crespo**, y sus hijos, **María Medina Alcoz** y **Luis Medina Alcoz**, profesores titulares de Derecho Ci-



vil y Derecho Administrativo, respectivamente, de las Universidades Rey Juan Carlos y Complutense de Madrid. Este trabajo fue defendido por Medina Crespo, aunque se realizó de forma conjunta por los tres autores, que son Doctores en Derecho ya habían intervenido por separado en numerosos congresos y jornadas, pero nunca habían presentado una ponencia de forma conjunta. Se trata de un estudio pormenorizado sobre el concepto del riesgo específico como aquel que intrínsecamente unido a distintas actividades y del cual es imposible desligarse, haciéndonos ver que acoge perfectamente otros títulos de atribución de responsabilidad que hasta ahora aceptábamos bajo la rúbrica de conceptos totalmente distintos.



La segunda de las ponencias fue "La Construcción de la prueba médica para la construcción del factor de corrección por incapacidad permanente", que corrió a cargo de **Juan Antonio Cobo Plana**, Médico Forense y Director del Instituto de Medicina Legal de Aragón. En este trabajo, el autor hizo un estudio en el que aúna conceptos médicos y jurídicos para tratar de dar respuesta a distintas cuestiones que se plantean a la hora de determinar si procede o no la indemnización por el factor corrector por incapacidad permanente, entre ellas la descripción de ocupación o actividad habitual del lesionado y la descripción de algunas ocupaciones habituales poco habituales.

El tercer trabajo correspondió a un tema muy oportuno con el lugar de celebración del Congreso,

Ángel Núñez.



pues Alcúdia fue declarado Municipio Ecoturístico como expresión de la voluntad existente entre sus habitantes de respetar y proteger el Medio Ambiente. Esta declaración implica un mayor compromiso del Ayuntamiento de Alcúdia en la protección del medio ambiente en todos sus ámbitos de actuación, que queda reflejado en las numerosas actividades que ya están llevando a cabo, entre las que se enmarcaría esta ponencia sobre “La Responsabilidad Medioambiental: Una perspectiva crítica”, que fue desarrollada por **Ángel Núñez Sanchez**, Fiscal Coordinador de Medio Ambiente de Andalucía y asesor del Secretario de Estado de Justicia. En dicho trabajo se analizó un tema donde cada vez la siniestralidad es más objeto de conflicto jurídico y económico, puesto que su responsabilidad alcanza elevados importes y cuya repercusión afecta normalmente a un gran número de implicados.

Antonio Oliver Rius.



La cuarta intervención trató sobre “El aseguramiento de los accidentes laborales. Cláusulas oscuras e interpretación de las Pólizas”. Este trabajo fue realizado en el libro de ponencias por el

secretario general de la Asociación, **Javier López y García de la Serrana**, dada la imposibilidad material justificada de hacerlo el ponente previsto, **Antonio Oliver Reus**, magistrado de la Sala de lo Social del TSJ de Baleares, que sin embargo sí impartió la ponencia en el propio Congreso. Versó sobre una materia muy de moda últimamente, debido a las novedades jurisprudenciales que se han producido en los últimos años, orientadas a entender que las pólizas que cubren la siniestralidad laboral deben entenderse que son contratos entre partes no iguales, debiendo ser la parte más débil perfectamente conocedora de las coberturas que contrata, evitando la oscuridad en el clausulado, pues de contrario se acude a la aplicación del Código Civil en materia general de contratos, aplicando el espíritu del contrato concebido entre las partes, teniendo para ello presente la intención de quienes conciertan un seguro para cubrir los riesgos de un posible accidente laboral.

Santiago Cavanillas.



A continuación tuvo lugar una novedosa ponencia titulada “Deberes y responsabilidades de los intermediarios en Internet: novedades jurisprudenciales y legislativas”, realizada por **Santiago Cavanillas Múgica**, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de las Islas Baleares, quien nos acercó un tema tan interesante por la materia elegida, como por su ágil desarrollo. Este trabajo fue una fantástica oportunidad de acercarnos a un tema, del que pudiéramos pensar que resulta ajeno a la mayoría de profesionales que nos dedicamos a la responsabilidad civil, pero que dada la presencia cada



vez más importante de Internet en la vida diaria, nos será de gran utilidad para la defensa de los intereses de nuestros clientes y usuarios de la red de redes.



Miguel Pasquau durante su ponencia.

La penúltima ponencia que se nos presentó se tituló "Muerte de la víctima por razones ajenas al siniestro: transmisión a los herederos del derecho a la indemnización y determinación de su cuantía", y la desarrolló **Miguel Pasquau Liaño**, magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía, abordando unos supuestos objeto de continuo debate jurídico y solución jurisprudencial dispar, por cuanto el derecho a la indemnización del fallecido es considerado en ocasiones como bien patrimonial transmisible mortis causa, pero también en otros casos es considerado no transmisible dado su carácter personalísimo. Asimismo, se trata y analiza el interesante asunto sobre la valoración de las secuelas consolidadas antes de la muerte del lesionado, entrando a discutir si procederá su indemnización

a los herederos, de forma compatible a la correspondiente por la propia muerte del lesionado con ocasión de la evolución tórpida de dichas secuelas.

La última de las ponencias del Congreso se tituló "El lucro cesante en la incapacidad permanente" y fue desarrollada por **Juan Antonio Xiol Ríos**, presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Si en anteriores ediciones de nuestro Congreso Nacional el lucro cesante había sido uno de los temas que más comentarios y cuestiones había suscitado, por lo peliagudo de su regulación y de su resolución por parte de los Tribunales, en esta ocasión su estudio se convierte en imprescindible, y ello dada la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010, donde se nos vienen a dar las reglas y requisitos para la correcta aplicación e indemnización de dicho concepto.



Juan Antonio Xiol, durante su exposición.

Además de las ponencias reflejadas, tuvo lugar una mesa redonda sobre cuáles son realmente la deficiencias y carencias de nuestro conocido "Baremo",



Mesa redonda celebrada para analizar la reforma del Baremo que se está planteando por la DGS en la que intervino el compañero José Pérez Tirado, como letrado de las Asociaciones de Víctimas de Accidentes.



Aspecto del salón de actos durante la mesa redonda.

así como de cuáles deben ser los modos de plantear su reforma para conseguir un sistema legal valorativo útil a las necesidades actuales, y ello dado que la Asociación ha sido convocada a formar parte del Grupo de Trabajo constituido por la DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS para el estudio de la reforma del sistema legal de valoración de los daños y perjuicios personales producidos por accidentes de tráfico, cuya primera reunión tuvo lugar el pasado 12 de julio de 2010, en la cual se presentaron diversas propuestas por parte de UNESPA y las Asociaciones de Víctimas de Accidentes de Tráfico, las cuales serán ampliamente analizadas y debatidas en esta mesa redonda. Con objeto de poder disponer previamente de dichas propuestas, se acompañan como anexo en el libro de ponencias del Congreso, pudiéndose acceder también a las mismas, así como a las sucesivas que se vayan planteando, a través de la web de la Asociación.

Por último queremos agradecer como cada año a todos los autores que han participado en

el libro de ponencias del Congreso, el interés que han puesto para conseguir un gran nivel doctrinal en todos sus trabajos. Asimismo, mostrar nuestro agradecimiento a la Editorial SEPÍN, a quien debemos la edición del libro de ponencias que, como siempre, se convertirá en un instrumento de trabajo imprescindible para poder refrescar en cualquier momento las consideraciones y reflexiones expresadas por los distintos ponentes en la exposición de sus trabajos.



Un momento de la entrega a Juan Antonio Xiol de su nombramiento como miembro de honor de la Asociación.



Clausura del Congreso.



**Fotos 1 a 11:** Diversas imágenes de la Cena de Bienvenida y de la Cena de Gala celebradas en el X Congreso Nacional.







**Fotos 12 a 14:** Varios Momentos de la Cena de Gala.

**Foto 15 :** Un grupo de congresistas durante la visita organizada a la ciudad de Palma.

## ■ ACTA DE ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS, CELEBRADA EN ALCÚDIA (PALMA DE MALLORCA) EL DÍA 2 DE OCTUBRE DE 2010

### 1º.- Lectura y aprobación del Acta de la sesión anterior de 24 de Septiembre de 2009

A continuación por José María Hernández-Carrillo Fuentes, Secretario de Actas-Tesorero de la Asociación, se da lectura del Acta de la Asamblea General celebrada en Almería el pasado 24 de Septiembre de 2009, que es aprobada por unanimidad sin ningún voto en contra ni abstención.

### 2º.- Informe de actividades y gestión

Por el Secretario General de la Asociación, Sr. López y García de la Serrana, se informa de la celebración de los Congresos y Jornadas en cuya organización colaboramos, así como de la Séptima Jornada de la vocalía de Málaga, de la Asociación, celebrada en Antequera el pasado 4 de junio.

Se da cuenta de la alta valoración científica de la revista de la Asociación y las distintas instancias y entidades a quienes se distribuyen en una encomiable labor de divulgación, implantación y asentamiento de nuestra Asociación.

Se da cuenta asimismo de los nombramientos como miembros de honor de la Asociación, de los magistrados del Tribunal Supremo, Excmos. Sres. D. Juan Antonio Xiol Ríos y D. José Manuel López y García de la Serrana.

El Secretario General recuerda las gestiones realizadas con el Banco de Sabadell, materializadas ya en el carnet de asociado remitido con anterioridad, y de las futuras características de su transformación en tarjeta visa, sin coste alguno de emisión, como expresión de una cuenta corriente con unas prestaciones muy ventajosas, incluyendo el pago de dos cuotas a la asociación (sin comisiones de ningún tipo) para los miembros de la Asociación y créditos a muy bajo coste (toda esa información obra en la Web de la Asociación con enlace especial al Banco de Sabadell).

Se da la enhorabuena unánime a la compañera Doña Celia Pita Piñón y sus colaboradores por la labor meritoria realizada en el Congreso de Alcúdia (Palma de Mallorca) en 2010, así como a Sepín.

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

Según se acordó años atrás, para agilizar durante el transcurso del año de materialización in situ de cada congreso, la función de Tesorero que ostenta Don José María Hernández-Carrillo Fuentes, es de un año a otro delegada por este en el vocal-asociado en el que recae la responsabilidad de la organización del Congreso anual periódico, en consecuencia, las incidencias económicas del pasado año, que fueron recientemente presentadas por Don Pedro Torrecillas –que recibió un aplauso por su magnífica

gestión el pasado año–, constan detalladas en la zona privativa de los socios en la página Web de la Asociación de forma previa a esta reunión para su conocimiento general. Son, no obstante, detalladas por el Secretario General y aprobadas por unanimidad.

A continuación, se somete a votación la subida de la cuota trimestral a 39 €, después de 10 años de mantenerla en 30,05 €, siendo la misma aprobada por los asistentes.

### 4º.- Presupuesto del Ejercicio siguiente

Se excusó su presentación postergando su envío en el futuro.

### 5º.- Congresos del próximo año

Es una realidad palpable –y el Vicepresidente Don Andrés Cid Luque, confirma su valía y buen hacer con ello– el Congreso de Córdoba, entregándose ya el programa en este, explicándolo a continuación Andrés; en 2012 se celebrará en Cádiz. Para el 2013, se postulaban Alicante, Valencia y Canarias, cuyos respectivos responsables prepararán y presentarán en la Asamblea del próximo Congreso, un avance de sus respectivos programas.

### 6º.- Renovación de Cargos

Se renuevan los cargos de Secretario de Actas-Tesorero, y Vicepresidente, con reelección de Don José María Hernández-Carrillo Fuentes y Don Andrés Cid Luque respectivamente, por unanimidad.

En orden a las vocalías se faculta al Presidente para la reelección de las actuales, acordándose la renovación de la vocalía del País Vasco, en la compañera Susana Sucunza Toticagüena.

### 7º.- Ruegos y preguntas

Se plantea –y es aprobado por unanimidad– autorizar al Presidente a firmar un convenio con la Asociación Europea de Arbitraje, cuyo texto es extractado por José María Hernández-Carrillo Fuentes.

A continuación se plantean diversas propuestas a considerar en la celebración del programa del próximo Congreso. Se reitera a los vocales su compromiso adquirido de elaborar artículos doctrinales para la revista de la Asociación, o promoverlos y obtenerlos en su demarcación, destacando la disponibilidad de la Asociación, Junta y vocales, para la más eficaz difusión de nuestro quehacer.

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



**XI CONGRESO NACIONAL. 5, 6 Y 7 MAYO. CÓRDOBA**

Concluido el X Congreso Nacional, celebrado en la localidad mallorquina de Alcúdia, ya se ha iniciado la programación de la que será la décimoprimer edición que, en esta ocasión, tendrá como escenario la ciudad andaluza de Córdoba, durante los días 5, 6 y 7 de mayo de 2011. Los organizadores del congreso tienen ya perfilado el contenido de esta nueva edición del Congreso nacional que, como en las anteriores, contará con prestigiosos especialistas en la materia que ofrecerán las últimas consideraciones y estudios sobre la responsabilidad civil y el contrato de seguro en todas sus facetas.

Entre los invitados estarán **Mariano Yzquierdo Tolsada**, catedrático de Derecho Civil, que hablará en esta ocasión sobre 'Responsabilidad Civil por accidente de trabajo: nuevos aspectos problemáticos'. La segunda ponencia correrá a cargo de **Pedro Vela de Torres**, magistrado de la Sala 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, bajo el título 'La culpa extracontractual en la responsabilidad civil de los administradores de sociedades mercantiles'. La tercera intervención correrá a cargo del magistrado de la Sala 2ª del tribunal Supremo, **Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**, que expondrá sobre 'El resarcimiento de los daños corporales en los delitos dolosos'. La cuarta intervención será la del magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, **Juan Antonio Xiol Ríos**, que versará sobre 'La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil del abogado'. La quinta ponencia será expuesta por el catedrático de Derecho Civil, **Fernando Pantaleón Prieto**, y tendrá como título 'La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas'. **Mariano Medina Crespo**, presidente de la Asociación, será el encargado de desarrollar la sexta ponencia: 'La reparación del lucro cesante en el sistema legal valorativo' y cerrará el ciclo de exposiciones el catedrático de Derecho Administrativo, **Manuel Rebollo Puig**, con la ponencia 'La responsabilidad civil del prestador de servicios en la Ley de Consumidores y Usuarios'.



**Por razones logísticas, este Congreso cuenta exclusivamente con 400 plazas, que se asignarán por riguroso orden de inscripción.**

noticias y actividades







EDITORIAL BOSCH, S.A.  
Comte d'Urgell, 51 bis - 08011 Barcelona  
E-mail: bosch@bosch.es  
Atención al cliente: 902 448 888  
Tel: (+34) 93 4521050 | Fax: (+34) 93 323 6736

# Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil

Medina Crespo, Mariano

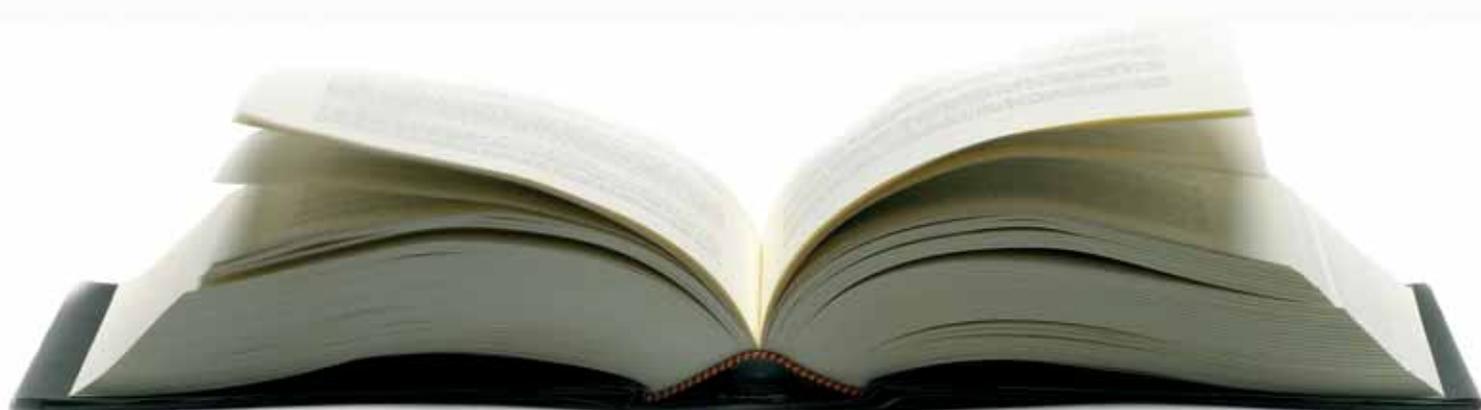
---

La presente obra estudia en profundidad la proyección de la doctrina valorista sobre la responsabilidad civil extracontractual. A pesar de que la jurisprudencia española la adoptó desde 1976/1977, como reacción tutelar frente a la depreciación del dinero para conseguir que no afecte a la cuantía de la responsabilidad y, pese a que los autores la acogieron de forma unánime, no existía hasta ahora un estudio sistemático dedicado a la materia.

Por otra parte, el análisis del resarcimiento valorista tiene que incluir, necesariamente, un estudio detallado del resarcimiento moratorio, por el que se trata de evitar que la actualización del crédito resarcitorio se duplique pero también que pueda quedar sin su debida actualización.

---

856 páginas  
encuadernado en guáflex  
ISBN: 978-84-9790-766-8  
PVP: 156 € (Iva Incl.)





# Baremolex

Cálculo de Indemnizaciones por Accidente



*Consulte Oferta de Lanzamiento  
hasta 31 de diciembre*

**RECOMENDADO POR**



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

Desarrollo Jurídico: HispaColex Servicios Jurídicos S.L.P.  
Con la colaboración de Mariano Medina Crespo,  
Javier López García de la Serrana y Carmen Moreno Hita.



## La pieza que completa la Gestión de su Despacho

Desde 1988, más de 20.000 Profesionales del Derecho lo utilizan a diario

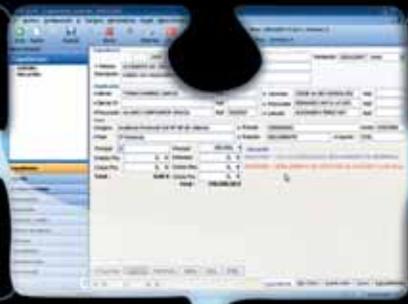


**INFOLEX**  
Gestión Jurídica  
V.7 SQL Server



### Características

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



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