

nº 48

Cuarto Trimestre. Año 2013



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

**Principios de
Derecho Europeo
de la
Responsabilidad
Civil**

**Bases anatómicas y
fisiopatológicas de
las lesiones
cervicales
traumáticas**

**El seguro de caución
y su automatismo en
el funcionamiento
de la garantía**

**Anotaciones de un
perito, sobre la
Responsabilidad
Civil Patronal**



MANUAL DE VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL

GUÍA DE APLICACIÓN DEL SISTEMA DE BAREMACIÓN PARA ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN



INCLUYE CD CON PROGRAMA
DE CÁLCULO DE INDEMNIZACIONES

"Este manual eficaz es un instrumento de trabajo y un poderoso estímulo para la reflexión. Una guía, ciertamente, rigurosa y amplia. La colaboración en la obra de autores prestigiosos de distintas procedencias y cometidos profesionales, profesores de Universidad, abogados y médicos, permite, en efecto, un tratamiento completo y equilibrado de la materia"

Juan Antonio Xiol Rios,
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

2ª edición

DIRECTOR: Javier López y García de la Serrana

AUTOR/ES: Juan Miguel Ossorio Serrano, Concepción Rodríguez Marín, Mariano Medina Crespo, Laura Gázquez Serrano, Antonio Olivares Espigares, José M^º Hernández Carrillo Fuentes, M^º Carmen Ruiz - Matas Roldán, Antonio Mir Ruiz, Norberto Gallardo San Salvador, Javier López y García de la Serrana.

PRÓLOGO: Juan Antonio Xiol Rios

MARCA: Aranzadi

FECHA: Abril de 2013

COLECCIÓN: Grandes Tratados

PÁGINAS: 640

ENCUADERNACIÓN: Tapa dura al cromó

CM: 10520 ISBN: 978-84-9014-517-3

PVP s/IVA: 134,62€ - PVP c/IVA: 140,00€

T. 902 444 144

www.aranzadi.es

www.tienda.aranzadi.es





nº48

Cuarto Trimestre. Año 2013



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 48

EDITORIAL

La responsabilidad social del abogado

Por *Javier López y García de la Serrana* 5

DOCTRINA

- Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil
Antonio Salas Carceller 9
- Bases anatómicas y fisiopatológicas de las lesiones cervicales traumáticas
Julio Irigoyen Alba y Alicia Rapún Ara 17
- El seguro de caución y su automatismo en el funcionamiento de la garantía
Ignacio Pérez Calvo 27
- Anotaciones de un perito, sobre la Responsabilidad Civil Patronal
Manuel Santos Ruiz 47

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 14 de octubre de 2013.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Condena a un letrado y a su compañía de seguros a indemnizar a su cliente por importe de 350.000 euros y de 93.277,27 euros, debido al incumplimiento de las reglas del oficio del letrado que no reclamó cantidad alguna por los factores de corrección referidos a daños morales complementarios, adecuación de vivienda, invalidez y perjuicios morales familiares 57
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 15 de octubre de 2013.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Apreciación indebida de la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil por la sentencia de apelación, provocado por el hecho de que la Administración sanitaria compareciera ante el Juzgado mostrándose parte en el procedimiento instado inicialmente contra la aseguradora. La intervención de la Administración no altera la naturaleza de la acción ejercitada al amparo del art. 76 LCS 67

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª), de 5 de noviembre de 2013.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Condena a un padre por el homicidio de su hijo a indemnizar a la madre que presencié los hechos, en la cantidad de 120.000 euros, y a cada uno de los hermanos del fallecido con 4.000 euros, por los daños y perjuicios morales derivados de la muerte de la víctima, de 23 años de edad. El Tribunal Supremo reitera la jurisprudencia anterior que entiende que la aplicación del baremo a los delitos dolosos es facultativa y orientativa, y que constituirá un cuadro de mínimos.....73

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 28 de noviembre de 2013.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Reclamación del hijo menor por la muerte de su madre frente al Consorcio de compensación de seguros, cuando ésta viajaba en un vehículo no asegurado. Se estima el recurso de casación y se estima la demanda, y ello a pesar de que la madre conocía que el vehículo carecía de seguro, dado que quien ostenta la condición de perjudicado en este caso no es la madre fallecida, sino el hijo.....81

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 16 de diciembre de 2013.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Indemnización concedida a un médico por la intromisión ilegítima en su honor, como consecuencia de las divulgaciones realizadas por un canal de televisión sobre la supuesta falta de asistencia de dicho médico a una paciente. Se estima la demanda frente al periodista que divulga la noticia, y se desestima frente a la paciente dado que dicha información debía de haber sido contrastada por el periodista.....87

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José Mª Hernández-Carrillo Fuentes.....95

ENTREVISTA A...

Juan Antonio Xiol Ríos

Por Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán.....109

NOTICIAS

- ➔ XIII Congreso Nacional. 14, 15 y 16 de noviembre 2014. Valencia.....113
- ➔ Acta de Asamblea General. Valencia, 14 de noviembre de 2013.....122

EDITA:

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

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán

COORDINADORA DE CONTENIDOS:

Carmen Reyes Vargas

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

DISEÑO:

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

IMPRIME:

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

D.L. GR-1228/02

ISSN 1887-7001



asociacionabogadosrcs.org

La responsabilidad social del abogado

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

dirigirse a conseguir la justicia a todos los niveles, contribuyendo a la mejora social y al trato igualitario de todos los ciudadanos, también es cierto que el abogado, como jurista, debe desarrollar una función innovadora, influyendo en la evolución de nuestra doctrina Jurisprudencial, desarrollando aquellos cambios que en la misma se hagan necesarios.

En este sentido, la actitud del abogado debe ser valiente, atreverse a demandar jurídicamente aquellas pretensiones que a priori pueden resultar totalmente improcedentes, vistiéndolas de sentido lógico y fundamento, para que de este modo provoquen al menos el debate jurídico, pues solo de esta forma podrán conseguirse los cambios jurisprudenciales que ansiamos.

Si hacemos un poco de historia del abogado podemos comprobar cómo en Egipto no se recogía la figura del abogado porque se entendía y se temía que podía influir en la decisión de los jueces, pues como orador hábil podía hacerles perder objetividad. Tampoco en China o en la India existía un ejercicio similar al de la abogacía. Y aunque en Grecia existió una figura de orador-escritor similar al abogado, fue sin embargo en Roma cuando se desarrolló la figura del abogado de un modo notorio. Se le llamó en latín '*advocatus*', que tiene sus raíces en el verbo '*ADVOCARE*' que significa llamar, siendo el abogado aquel que está llamado a representar a otro, de asumir su defensa y proteger sus intereses. Incluso fueron los romanos los precursores de que las mujeres ejercieran la abogacía, conservando la historia el nombre de tres grandes abogadas romanas: Hortensia, Amasia y Afrania (también conocida como Calpurnia), aunque la actitud promiscua de esta última, además de que su lenguaje fuera el terror de jueces, abogados y litigantes, conllevó que

En el pasado Congreso de nuestra Asociación celebrado en el mes de Noviembre en Valencia, nuevamente **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS** nos sorprendía con su intervención. Como recordaréis los que tuvisteis la suerte y el placer de escucharle, a raíz de la emoción que le supuso la entrega de la medalla de oro de nuestra Asociación, cambió su exposición y en vez de comentarnos la ponencia que había preparado por escrito sobre los criterios de imputación en la responsabilidad profesional del abogado, nos regaló un relato sobre la responsabilidad del abogado desde el punto de vista de su función social. Para ello conjugó con maestría, como nos tiene acostumbrados, un resumen sobre las funciones que actualmente desempeñan los letrados en nuestra sociedad, la importancia y transcendencia de las mismas, y la gran responsabilidad que ello significa para los propios abogados.

Pues bien, en este editorial quiero partir de las palabras de Xiol, pues no hay duda que de cada una de sus intervenciones se aprenden nuevos conceptos y surgen nuevas ideas sobre las que merece la pena reflexionar. Así, si bien es cierto que el abogado tiene una gran responsabilidad a nivel social y que su trabajo debe



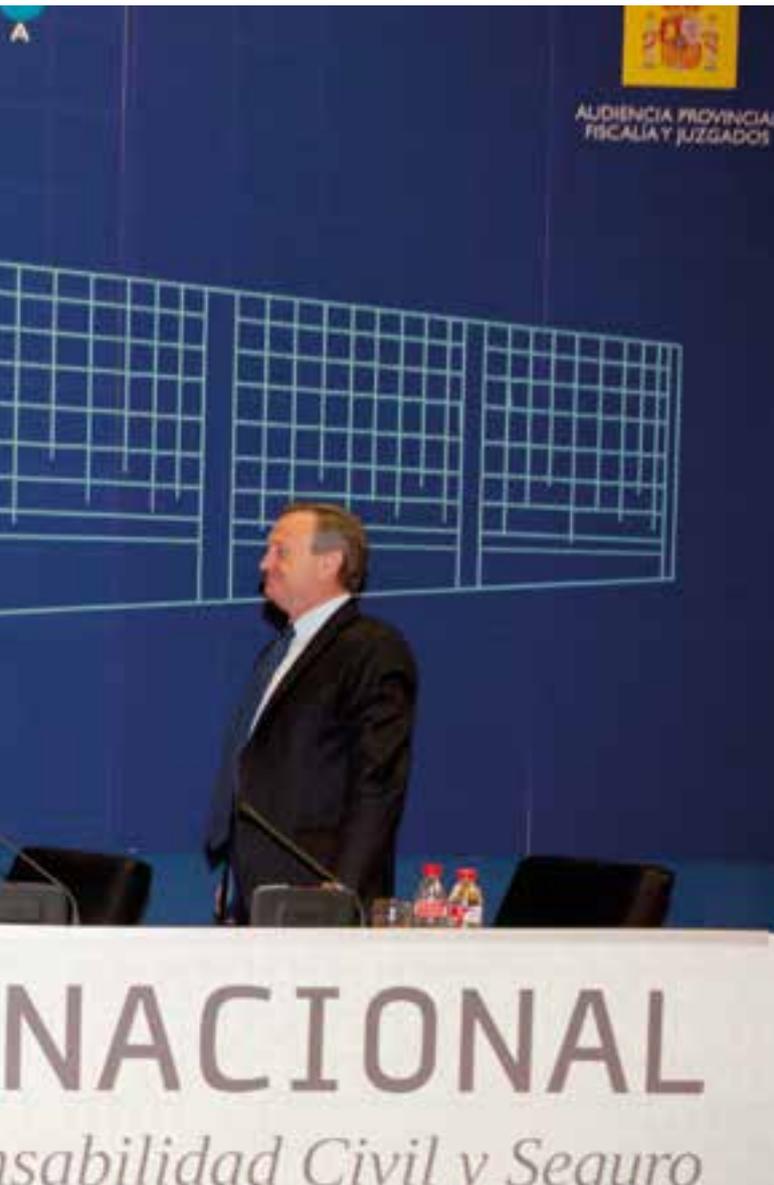
se dictara una ley que prohibió el ejercicio de la abogacía a las mujeres, prohibición que lamentablemente se alargó durante casi veinte siglos.

En España es en 'Las Siete Partidas' de **ALFONSO X EL SABIO** donde aparece por primera vez en un texto legal la definición de abogado, que no es otra que 'Bocero', pues "con boze e con palabra usa de su oficio" para razonar por otro en juicio, añadiendo que eran ciudadanos útiles pues "ellos aperciben a los juzgadores y les dan luces para el acierto". También dice que "la ciencia de las leyes es la ciencia y la fuente de la justicia, aprovechándose de ella el mundo, más que de otras ciencias".

Por tanto, analizar la historia nos hace conscientes de que nuestra labor ha sido y será la de interpretar las normas y aplicar el Derecho en busca de la justicia, pero dentro de tan enco-

miable labor no podemos dejar a un lado nuestra responsabilidad frente a las mejoras que en Derecho se hacen necesarias. Por este motivo debemos estudiar, innovar, ser capaces de hacer justicia material aunque en principio las normas no acojan nuestras pretensiones, porque, como todos sabemos, lo que el abogado no pide, el Juez no lo da. Es decir, si el abogado no hace un nuevo planteamiento de la cuestión, si no es capaz de transmitir los fundamentos que, con independencia de la norma concreta aplicable al supuesto, dan la razón a su pretensión, aunque puedan parecer descabellados, es evidente que no habrá una sentencia que al menos entre al debate, y finalmente ofrezca una argumentación a favor o en contra de aquella.

Y es que solo así podrán sentarse las bases para una evolución o incluso un cambio jurisprudencial, provocando nuevos pronunciamien-



tos sobre supuestos que no han sido planteados antes, basados en ideas y conceptos que no han sido enjuiciados, y frente a los que desconocemos por tanto cuál hubiera sido la respuesta jurisprudencial. Se trata así de ser valientes, sin llegar a ser temerarios, pero siendo capaces de afrontar el reto de ver desestimada una pretensión o quizás estimada, por mucho que en un primer momento nos parezca que se trata de un objetivo inalcanzable.

Evidentemente, no soy desconocedor de nuestra realidad social y procesal, donde las trabas económicas para el acceso a la justicia son importantes, y me refiero a las famosas tasas judiciales, lo cual hace que nuestros clientes se piensen muy detenidamente si ejercen o no una acción. Pero frente a tal obstáculo nuestra función adquiere aún más responsabilidad, pues será el estudio, la investigación y la lógi-

ca, los elementos que deberemos utilizar para dar coherencia y sentido a nuestra pretensión, de manera que nuestras posibilidades de éxito sean mayores.

Pero la labor del abogado no está siempre en el pleito. Supongo que alguno habréis leído el libro de **SUN Tzu**, el 'Arte de la Guerra', pero hay una versión del mismo de **THOMAS CLEARY**, en cuya introducción cuenta una hermosa historia de médicos: Un noble de la antigua China preguntó una vez a su médico, que pertenecía a una familia de sanadores, cuál de ellos era el mejor en el arte de curar. El médico, cuya reputación era tal que su nombre llegó a convertirse en sinónimo de 'ciencia médica' en China, respondió: "Mi hermano mayor puede ver el espíritu de la enfermedad y eliminarlo antes de que cobre forma, de manera que su reputación no alcanza más allá de la puerta de la casa. El segundo de mis hermanos cura la enfermedad cuando todavía es muy leve, así que su nombre no es conocido más allá del vecindario. En cuanto a mí, perforo venas, receto pociones y hago masajes de piel, de manera que, de vez en cuando, mi nombre llega a oídos de los nobles". Me pregunto cuántas enfermedades evita nuestro asesoramiento previo. La gente debería saber que el conflicto anida en ese párrafo que pasa desapercibido de su contrato de compraventa, de su póliza de seguros o de su préstamo hipotecario... y que verlo antes de que se manifieste es también nuestro trabajo. Aunque ese servicio, tal vez sea menos vistoso que ganar un pleito.

No me extraña que **CIURATI**, en su 'Arte Forense', para ponderar lo poco fácil que es la formación de un abogado afirma lo siguiente: "Dad a una persona todas las dotes del espíritu, dadle todas las del carácter, haced que todo lo haya visto, que todo lo haya aprendido y retenido, que haya trabajado durante treinta años de su vida, que sea en conjunto un literato, un crítico, un moralista, que tenga la experiencia de un viejo y la infalible memoria de un niño y tal vez con todo esto formaréis un abogado completo".

Por su parte, **ÁNGEL OSSORIO Y GALLARDO**, que fuera decano del Ilustre del Colegio de Abogados de Madrid y Ministro de Fomento durante el Reinado de Alfonso XIII, estableció el decálogo del buen abogado: No pases por encima de un estado de tu conciencia. No aceptes una convicción que no tengas. No te rindas ante la popularidad ni adules la tiranía. Piensa siempre que tu eres para el cliente y no el cliente para tí. No procures nunca en los Tribunales ser más que los magistrados, pero no consientas ser

menos. Ten fe en la razón que es lo que en general prevalece. Pon la moral por encima de las leyes. Aprecia como el mejor de los textos es el sentido común. Procura la paz como el mayor de los triunfos. Busca siempre la justicia por el camino de la sinceridad y sin otras armas que las de tu saber.

Los abogados nos sentimos lejos de ese decálogo de virtudes y quizás por ello percibimos algo distorsionada la imagen que creemos que proyectamos en la sociedad, pues son mayoría quienes piensan que en la ciudadanía predomina una imagen negativa de nosotros. Bien es cierto que esta percepción dista de la realidad, tal y como reflejan los sondeos de opinión, ya que la sociedad española concede una calificación media de 6,4 puntos sobre 10 a la profesión. Esos fueron los resultados más llamativos obtenidos en el sondeo realizado hace unos años por Metroscopia para el Consejo General de la Abogacía.

Y es que a nadie se le escapa que nuestro mayor encargo es la defensa de la persona y de sus derechos, siendo su función más trascendente -tradicionalmente hablando- la defensa ante un juicio. De esto se colige que la justicia no podría funcionar si no existiesen los abogados, lo cual claro es del todo cierto. Pero es más, tal y como expone CALAMANDREI en su 'Elogio de los jueces escrito por un abogado' para que un juez se detenga sobre una verdad, es menester promover la lucha de dos contrapuestas tesis extremas, como los dos platos de una balanza: "... así los abogados, tirando cada uno lo que puede de su parte, crean el equilibrio en cuya búsqueda va el juez (...) el abogado que pretendiese ejercitar su ministerio con imparcialidad, no sólo constituirá una embarazosa repetición del juez, sino que sería la peor repetición de este... favoreciendo el triunfo de la injusticia contraria". En definitiva, la presencia del abogado importa una preciosa colaboración al juez, tanto como la fidelidad a los intereses de su cliente.

Siendo la finalidad primera y última del Derecho la consecución de la justicia, la profesión del abogado resulta para muchos una de las más nobles que puedan cultivar los hombres. Pero el otrora 'advocatus' que conocieron los romanos y a quien llamaban en auxilio de sus diferencias, no ha sabido conservar siempre su entereza para pasar de largo frente a las débiles tendencias humanas, permitiendo en ocasiones el nacimiento del doble discurso y la doble moral, el paso del *homo iuridicus* al *homo corruptus*, según CENTENO BURGOS, abogado y periodista, para el cual se inicia ahora un reto para noso-

tros, reinstalar nuestro oficio en el nuevo mundo de transformaciones que estamos viviendo. Ello implica, sin demora, reformular misiones para un oficio inveterado y permanente. Sortear, al fin y al cabo, las molestias y aprietos que nos degradan en busca de una praxis que oxigene una justa y fresca etapa de mejoramiento. Hablamos de nuevos horizontes en concordia con la escala de valores necesarios para cimentar una nueva abogacía.

Se trata, en fin, de desempeñar nuestra labor sin perder de vista la moralidad que debe impregnar cada actuación del abogado. Ello no significa que debamos renunciar a utilizar las nuevas técnicas de publicidad o comunicación que nos ofrece la sociedad actual, pues, al fin y al cabo, nuestra actividad también es una actividad empresarial, además de profesional, y como tal nuestro objetivo debe ser rentabilizar al máximo nuestro trabajo. Pero ello no puede hacernos caer en la trampa que significa creer que el fin justifica los medios, pues por ese camino lo cierto es que nuestra profesión puede llegar a veces a rozar el calificativo de ruín y no reflejar el verdadero sentido de la misma, que no es otro que participar en la consecución de la justicia para todos. Por tanto debemos huir de los caminos fáciles que parecen llevarnos hacia el éxito definitivo y, por el contrario, asentar bases fuertes que nos permitan desarrollar nuestra función con seguridad, tomando como principios el estudio continuo y la innovación, para de este modo alcanzar nuestros objetivos sin perder de vista que también es nuestra obligación poner en valor, con nuestra honestidad profesional, la figura del abogado.

De todo esto nos habló Xiol, de nuestra responsabilidad social como abogados, de nuestra obligación de formación continua, de participación en el progreso doctrinal de nuestra materia, de no limitarnos a asumir la jurisprudencia sin revelarnos contra la que consideremos errónea o sin justificación suficiente, de nuestra obligación para con la sociedad y para nosotros mismos de dignificar nuestra maravillosa profesión. Después de todo esto creo que con la creación de la Medalla de Oro de la Asociación, para imponérsela a este gran magistrado, no hemos hecho otra cosa que hacer Justicia, con mayúscula, pues pocos juristas han hecho tanto por nuestra profesión y especialmente por el desarrollo de nuestra materia, que JUAN ANTONIO Xiol Rios.

Enero 2014

Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil



Antonio Salas Carceller
Magistrado del Tribunal Supremo

En mayo de 2005, el llamado Grupo Europeo de Responsabilidad Civil, presentó en Viena la versión oficial, en inglés, de sus Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil.

El Grupo está integrado por varios profesores universitarios especializados en el estudio de la responsabilidad civil extracontractual y muchos se dedican también al ejercicio del Derecho en sus distintos ámbitos. Aunque el grupo es europeo, cuenta también con prestigiosos especialistas que proceden de otros continentes. Así se integraron algunos miembros de la República de Sudáfrica, Israel o los Estados Unidos de América.

Estos Principios son el resultado de más de diez años de trabajo del Grupo que, periódicamente, ha celebrado reuniones científicas para debatir sobre los temas fundamentales del Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual.

Para cada uno de los temas se designaba un ponente, el cual preparaba un cuestionario compuesto de dos partes: una sobre cuestiones generales y otra relativa a casos particulares que se tomaban de la jurisprudencia de los diversos países. Así se trataron los temas de la antijuricidad, la causalidad, los daños y su indemnización, la culpa, la responsabilidad objetiva, la responsabilidad por otros, la pluralidad de causantes del daño y la concurrencia de culpa de la víctima.

Evidentemente, los Principios no son normas jurídicas pero están contruidos a partir de la normativa existente en los diversos países. Constituyen un conjunto doctrinal de cierta fuerza persuasiva y una aproximación a lo que, en el futuro, puede representar una cierta armonización del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil Extracontractual, ámbito en el que el Legislador europeo no ha intervenido aún con carácter general.

La Sala Primera del Tribunal Supremo los ha citado en algunas sentencias, como apoyo para la doctrina que se mantenía en el caso concreto. Así en:

Sentencia núm. 1087/2008 de 21 noviembre

Sentencia núm. 102/2009 de 2 marzo

Sentencia núm. 366/2010 de 15 junio

Sentencia núm. 536/2012 de 10 septiembre

Los Principios se estructuran en VI Títulos, que desarrollan los aspectos más relevantes de la responsabilidad aquiliana: Norma Fundamental, Presupuestos Generales de la Responsabilidad, Fundamento de la Responsabilidad, Causas de Exoneración, Pluralidad de Causantes del Daño y Remedios.

Los Títulos se dividen, a su vez, en Capítulos.

La Teoría General del Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual encuentra notables diferencias en las distintas regulaciones europeas; diferencias que no vienen determinadas exclusivamente por la existencia de los sistemas diversos del Derecho Continental y del Derecho anglosajón, pues dentro del primero también existen estas notables diferencias de tratamiento legislativo y jurisprudencial.

Los Principios parten de la superación del monismo culpabilístico y reconocen una pluralidad de títulos de imputación de la responsa-



bilidad civil. La culpa ya no constituye el único fundamento de la responsabilidad, pues el riesgo creado por el desarrollo de una 'actividad anormalmente peligrosa' es considerado como título autónomo de imputación.

El estudio de la responsabilidad nacida de determinadas relaciones entre particulares y, en consecuencia de la obligación de restituir o, más comúnmente, de indemnizar los daños y perjuicios causados, constituye uno de los ámbitos que mayor atención doctrinal ha reclamado desde siempre dentro del Derecho Civil, en el cual el concepto de negligencia se configura como un elemento básico en cuanto a la exigencia de responsabilidad civil, sea ésta de carácter contractual o extracontractual.

No en vano, afirma el artículo 1.089 del Código Civil que «*las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*».

los daños personales o materiales causados a quien no actuó culposamente?

Se propugna la aplicación del clásico principio de la *conditio sine qua non*, que se formula diciendo que una actividad o conducta es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido, lo que fuerza el planteamiento de un juicio hipotético; pero en caso de una pluralidad de actividades, se considera que cada una de ellas es causa del daño de la víctima, si puede llegar a determinarse que cada una de ellas, individualmente considerada, lo habría causado por completo.

También podemos encontrarnos ante causas alternativas, como ocurre en los supuestos en que existe una cierta inseguridad sobre cuál de las causas posibles ha sido la que realmente ha causado el daño. En estos casos, se opta por la aplicación de criterios de probabilidad. Los Principios contemplan y desarrollan dos supuestos diferenciados:

- a) Pluralidad de actividades con una sola víctima; y
- b) Pluralidad de actividades y de víctimas.

Problema distinto es el que se plantea cuando nos encontramos ante las llamadas causas potenciales. Se trata del caso en que una actividad ha producido un daño a la víctima irreversible y definitivo y, posteriormente, otra actividad que recae sobre la misma víctima podría haberlo causado igualmente si no hubiera concurrido la primera. En este caso se considera que, al no incrementar el daño, esta segunda actividad debe ser ignorada. Puede traerse como ejemplo el siguiente caso: 'A' mantuvo una pelea en el curso de la cual perdió el ojo derecho que ha sido sustituido por una prótesis de cristal. Posteriormente, en una nueva reyerta recibe una pedrada en el mismo ojo que por la intensidad del golpe le habría causado su pérdida si lo hubiera tenido. Obviamente esta segunda actividad es irrelevante, pero precisamente porque no causa un nuevo daño y, por tanto, no da lugar a responsabilidad civil.

Sin embargo, esta segunda actividad si habrá de ser tenida en cuenta en su justa medida cuando conlleve la producción de un daño adicional o agravado, como sucedería en el supuesto de quien en una primera reyerta sufrió lesiones que le hicieron perder el 50% de visión en el ojo derecho y la pedrada sufrida en la segunda determina que la pérdida de visión se eleve al 80%.

Pues bien, establecida la relación de causa-efecto entre la actuación del presunto responsable y el daño producido, todavía hay que dar un paso más para determinar la existencia de responsabilidad. Se trata de comprobar si ese resultado es objetivamente imputable al agente para, en virtud de ciertos criterios como son la previsibilidad, la naturaleza y valor del interés protegido, el fundamento de la responsabilidad, el alcance de los riesgos ordinarios de la vida o el fin de protección de la norma que ha sido violada, poder excluir la responsabilidad.

Así, la necesaria asunción por la propia víctima de **los riesgos ordinarios de la vida** excluye la imputación objetiva del hecho al causante material en determinados casos.

El **fin de protección de la norma** juega también un papel muy importante en relación con el alcance de la imputación. Evidentemente los efectos de la responsabilidad deben tener un límite marcado por la propia finalidad de la norma protectora. Así, por ejemplo, si alguien causa por negligencia la muerte a otro, es lógico entender que han de aplicarse límites de racionalidad en cuanto a los efectos. La consecuencia de tal hecho imputable al agente es el propio fallecimiento –y ésta circunstancia es la que determina la indemnización procedente y las personas de los perjudicados– de modo que aunque del mismo deriven causalmente otras circunstancias negativas para la familia, éstas no serán objeto de indemnización. Pensemos por ejemplo en el caso del padre o el cónyuge que sufre una profunda depresión por tal fallecimiento que le lleva al suicidio. Hay relación de causalidad con arreglo a la doctrina de la *conditio sine qua non* pero evidentemente no puede alcanzar hasta ahí la protección de la norma. Son otras circunstancias ajenas a la propia actuación del responsable las que han determinado el resultado, tal como también ocurre en el repetido ejemplo de la ambulancia que conduce a un herido y, a su vez, sufre un accidente que produce su fallecimiento.

Otra cuestión importante viene dada por la decisión sobre las **fuentes de la responsabilidad** en relación con la culpa. Esto es, si sólo y únicamente la actuación del agente que pueda ser calificada de culposa ha de dar lugar a la responsabilidad o si caben otras fuentes, lo que viene expresamente admitido al configurarse la posible responsabilidad objetiva o por riesgo creado y la responsabilidad por hecho de otro.

Obviamente no todas las personas son igualmente diligentes en su actuación cotidiana,

por lo que los Principios intentan señalar cuál es el «estándar de conducta exigible» para, si no se cumple, entender que nos encontramos ante una conducta culpable y, por tanto, apta para generar responsabilidad. Así, se dice que *“El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos”*.

La referencia al estándar de conducta de una persona razonable supone una traslación a los tiempos actuales de lo que en Derecho Romano era el *bonus pater familias* que se puede considerar como alguien que no persigue sus propios objetivos sin mirar a su alrededor, sino que toma en consideración los intereses de otras personas.

Resulta necesario, por otro lado, atender a la naturaleza de la actividad de que se trata. Quien emprende el ejercicio de una actividad ‘peligrosa’ siendo consciente de que carece de las habilidades o cualificación necesarias para ello ya está actuando con culpa al iniciar la actividad.

Otra cuestión que se aborda por los Principios es la de la posibilidad de adaptación del estándar común de diligencia exigible a las circunstancias extraordinarias del sujeto agente, capítulo en el que se incluye a menores y a deficientes psíquicos. En estos casos, a menos requerimiento de diligencia al menor o al enfermo, se ha de corresponder una mayor exigencia de cuidado a padres o guardadores, que, en su caso, responderán civilmente por ellos.

Existe otro criterio de singular importancia incorporado a los Principios y es el de la previsión normativa sobre la conducta a seguir, y así se dice que *al establecer el estándar de conducta requerido deben tenerse en cuenta las normas que prescriben o prohíben una determinada conducta*.

Cabe encuadrar en esta previsión las normas sobre circulación por carretera, las aplicables a la construcción o las que disciplinan la seguridad en el trabajo.

En ocasiones resulta necesario para una mejor protección de las víctimas proceder a

lo que se denomina inversión de la carga de la prueba, de modo que la víctima –que normalmente debía probar en juicio la culpa de quien le ha causado el daño– queda exonerada de tal obligación y es el que causó el daño quien ha de probar que actuó con diligencia. Por eso se dice en los Principios que *“Puede invertirse la carga de la prueba de la culpa a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestión comporta”*.

La inversión de la carga de la prueba mejora la posición del demandante y le proporciona una ventaja sustancial en situaciones en que la aplicación de la regla general, que le obligaría a probar la culpa del agente productor del daño, le supondría una carga importante por una excesiva dificultad derivada de la complejidad técnica u organizativa de la actividad del demandado.

Al lado de la responsabilidad por culpa se sitúa la llamada **responsabilidad objetiva**, que nace prescindiendo de cualquier idea de culpa y con fundamento en razones muy poderosas de protección de las víctimas.

No siempre ha sido tan clara la admisión de esta pluralidad de fuentes. Durante el siglo XIX, período en que se producen las grandes codificaciones europeas, el concepto de ‘culpa’, que originariamente se basaba en el de *iniuria* del Derecho Romano con un marcado carácter objetivo, adoptó una significación nueva y más subjetiva.

Sin embargo, ya en la segunda mitad del siglo XIX, el desarrollo industrial y tecnológico desencadena inevitablemente un alto riesgo para los trabajadores y para terceros, lo que motivaba que un concepto de culpa estrictamente subjetivo llevaba a obtener resultados que no eran aceptables desde el punto de vista social y en el aspecto de la justicia material. Se comienza a hablar de la llamada ‘responsabilidad por riesgo’ con una cierta objetivación de la responsabilidad.

En la mayoría de los ordenamientos existen supuestos de responsabilidad objetiva pero se basan preferentemente en reglas especiales y no en cláusulas generales más o menos amplias.

Mientras los tribunales austríacos, por ejemplo, aplican por analogía las leyes de responsabilidad objetiva (si bien, con exquisita prudencia), lo que permite hacer frente a casos nuevos no previstos por el legislador, la práctica en Alemania, Italia y Suiza ha rechazado hasta

ahora cualquier idea de extensión a supuestos no contemplados expresamente en la ley. Por el contrario, el derecho francés cuenta con una cláusula que, según su actual interpretación, introduce una responsabilidad general por “los hechos de las cosas que están bajo la propia guarda” (artículo 1.348 del Código Civil).

El Derecho inglés permite acciones basadas en la responsabilidad objetiva en un número muy limitado de casos (así, por ejemplo, los daños causados por animales peligrosos), mientras que los accidentes de tráfico se sujetan al Derecho de la responsabilidad civil tradicional; sin embargo, en el Derecho Continental, estos supuestos de accidentes de tráfico se consideran en mayor o menor medida como típicos determinantes de responsabilidad objetiva, si bien con notorias diferencias en cuanto a las reglas a aplicar sobre todo en lo que se refiere a las causas de exoneración.

En los Principios se ha intentado establecer un estándar mínimo. Al referirse a las ‘actividades anormalmente peligrosas’ se dice que *“La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella. Una actividad es anormalmente peligrosa si: a) Crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) No es una actividad que sea objeto de uso común”*.

La responsabilidad que se establece en esta norma no está basada en la culpa, pues aunque el agente haya actuado con el cuidado más exquisito que se pueda imaginar en relación con la actividad de que se trata, responderá por los daños causados por la fuente de peligro creada.

En nuestro sistema jurídico de responsabilidad civil se viene comúnmente a considerar que únicamente constituyen casos de responsabilidad de carácter objetivo aquellos que han sido especialmente previstos por el legislador. Como supuesto típico de responsabilidad objetiva cabe citar el del artículo 1.910 del Código Civil cuando hace responder al cabeza de familia, que habita una casa o parte de ella, de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma, o el propio artículo 1.905 del mismo código cuando atribuye al poseedor de un animal, o al que se sirve de él, la responsabilidad por los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe; responsabilidad esta última que sólo cesará en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiera sufrido.



Hasta ahora, siguiendo el texto de los Principios, se trataba de una responsabilidad por hecho propio, pero hay ocasiones –presentes en todos los ordenamientos jurídicos, como sucede en España con el artículo 1.903 del Código Civil– en que se impone por la relación existente entre determinadas personas (familiar, laboral, contractual etc.) la responsabilidad por hecho de otro.

Cabe destacar en los Principios dos supuestos claramente diferenciados: el de la responsabilidad de los guardadores por hechos de los **menores o discapacitados psíquicos**, por un lado, y el de la responsabilidad de los empresarios por los actos de sus auxiliares, por otro.

También, en el articulado de los Principios, se contienen unas llamadas **causas de exoneración** que, en unos casos integran verdaderas ‘causas de justificación’ en sentido técnico-jurídico, como son la legítima defensa, el estado de necesidad o el propio consentimiento de la víc-



tima, y en otros están en directa relación con la conducta de la propia víctima y su contribución causal al suceso del que se ha derivado daño o perjuicio para la misma.

Aunque se habla de causas de exoneración de la responsabilidad, en algún caso dan lugar a una simple reducción de la misma.

El **consentimiento de la víctima o la asunción por su parte del riesgo** de sufrir el daño son otras causas de exoneración.

En cuanto a la asunción de riesgos, se trata de una cuestión de suma importancia práctica. Si el riesgo es asumido voluntariamente por el dañado con pleno conocimiento del mismo –realmente con igual conocimiento que quien lo ha creado– no cabe que reclame después por el daño sufrido, que lo ha sido en virtud de su propio comportamiento. Así sucede frecuentemente en el caso de determinados festejos populares en el que se suelen

tan toros o vaquillas frente a los que se sitúan determinadas personas asumiendo el riesgo de resultar lesionados. Nadie admitiría que un mozo de los que corren en los ‘encierros’ de los ‘sanfermines’ demandara a la organización festera o al Ayuntamiento de Pamplona en reclamación de una indemnización por las lesiones sufridas al ser alcanzado por un toro.

Cabe recordar en este sentido el caso –del que conocí como juez de instrucción– de la organización en una discoteca de un concurso de resistencia en el que el ganador sería el joven que fuera capaz de permanecer durante más tiempo con la mano introducida en un cubo lleno de hielo. Naturalmente el ganador sufrió unas importantes lesiones y, por ellas, denunció en vía penal al empresario de la discoteca; lógicamente sin éxito, pues evidentemente en la misma posición de poder prever y prevenir el daño se encontraban el organizador del concurso y quien se prestó a participar en él con voluntaria asunción del importante riesgo de sufrir graves lesiones.

De igual modo suponen causas de exoneración, por inexigibilidad de una conducta distinta, las actuaciones que se producen como consecuencia del cumplimiento de un deber o del ejercicio de un derecho, a lo que habrá de equipararse el ejercicio profesional o de actividades deportivas. En el primer aspecto pueden comprenderse los daños que, por ejemplo, se causan por la policía a un detenido al proceder a su detención. Son también consecuencia del ejercicio profesional, y están amparados por el mismo, las lesiones que necesariamente causa un cirujano para llevar a cabo una intervención quirúrgica; y en el ámbito de la actividad deportiva, las que puede producir un futbolista a otro en un lance normal del juego.

Lógicamente, la actuación culposa de la propia víctima integra una causa de exclusión o reducción de la responsabilidad.

La **culpa de la víctima** puede ser exclusiva, en cuyo caso no existirá la responsabilidad del agente, ni siquiera –podría afirmarse– cuando sea de carácter objetivo, porque cabe incluso que sea la propia víctima la que intencionadamente se haya causado el daño.

Pero son muy frecuentes los supuestos de concurrencia culposa del agente y de la víctima, como sucede por ejemplo en la circulación de vehículos y en estos supuestos se ha de arbitrar una solución compensatoria que necesariamen-

te ha de pasar porque sea la propia víctima la que soporte parcialmente sus propios daños en proporción a la contribución causal de su actuación y la intensidad de su propia culpa, lo que se determinará porcentualmente.

Se sostiene, desde algunos ámbitos doctrinales que, en el caso de la conducta concurrente, la víctima debe ser capaz de incurrir en culpa civil (lo que excluiría a menores y discapacitados psíquicos). No se acomoda dicha tesis, como ya se ha mencionado con anterioridad, a lo establecido en nuestro derecho para la circulación de vehículos de motor donde se equipara a la culpa concurrente de la víctima el supuesto en que, siendo ésta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción de éste.

Cuando nos encontramos ante supuestos de **pluralidad de causantes** del daño, la regla básica en los Principios es que toda persona a la que sea imputable un daño responde ante quien lo sufre por la totalidad de éste de modo que, en relación con la víctima, no se distribuye la responsabilidad de acuerdo con el número de causantes del daño o su grado de culpa. Es lo que viene a denominarse 'solidaridad' que cabe considerar impropia frente a la de carácter propio típica de las obligaciones contractuales y que, como esta última, dará lugar a que el obligado solidario que paga el todo pueda reclamar de los demás obligados solidarios la parte que les corresponde en cuanto al abono de la indemnización a la víctima.

Para la protección respecto del daño cabe atender a la propia intención del agente, de modo que, con carácter general, si se causa lesión a los intereses ajenos de forma dolosa, estos podrán recibir una protección más amplia. Se trata de un principio que, en nuestro derecho y en el ámbito contractual, está presente en el artículo 1.107 del Código Civil cuando prevé que el incumplimiento doloso por parte del deudor implica que su responsabilidad se extienda a todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento y no sólo a los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento, como ocurre cuando se trata de deudor que no ha obrado con mala fe o de forma dolosa.

También resulta de interés la distinción que se establece entre el **daño patrimonial** y el **no patrimonial**.

Constituye daño patrimonial "la disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso". Por patrimonio de la víctima hay que entender los derechos sobre bienes corporales e incorporales que la víctima posea, pero también la capacidad de obtener ingresos o el derecho a usar un bien.

Se considera **daño no patrimonial** aquél que no afecta directamente al patrimonio sino a otros intereses que igualmente son dignos de protección. Así el dolor físico sufrido por razón de una lesión, los daños estéticos (que también suponen a veces daño patrimonial, como por ejemplo en modelos publicitarios) el daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad (entre los que cabe destacar el honor, la intimidad o la propia imagen). Igualmente se comprende el efecto que produce la muerte de una persona allegada o la invalidez sufrida por la misma, con las consecuencias que ello supone para quienes se encargan de su atención.

Aunque no se encuentre explícito en los Principios, es lógico entender que la reparación -al menos, parcial- del daño no patrimonial puede lograrse, además de con una indemnización económica, también mediante una compensación no patrimonial, como es la rectificación periodística de noticias falsas que afectan a los derechos de la personalidad o la publicación de sentencias condenatorias.

El tratamiento de algunos temas relacionados con la responsabilidad civil extracontractual ha sido obviado de modo consciente por los Principios en atención a la dificultad de lograr una armonización. Así ocurre, por ejemplo, con la determinación del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones de reclamación, que varía notablemente en los distintos ordenamientos. Incluso, en España, ya se ha planteado ante el Tribunal Supremo el problema de aplicación del plazo de prescripción respecto de una reclamación frente al Consorcio de Compensación de Seguros por un accidente de tráfico acaecido en Cataluña, ya que la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor señala, en su artículo 7, el plazo de un año -coincidente con el establecido en el artículo 1.968 del Código Civil- mientras que en Cataluña el plazo de prescripción es de tres años. El Tribunal Supremo ha entendido aplicable en este caso el primero, ya que la acción de reclamación contra el Consorcio se basa en normas estatales y no en la legislación especial de Cataluña.

Bases anatómicas y fisiopatológicas de las lesiones cervicales traumáticas



Julio Irigoyen Alba
Alicia Rapún Ara

Médicos Forenses del Instituto
de Medicina Legal de La Rioja

I.- INTRODUCCIÓN

Las lesiones cervicales traumáticas producidas en colisiones por alcance han sufrido un gran incremento en los últimos años. P.M. Garamendi menciona, en un estudio realizado en el año 2002, 2.500 casos de esguince cervical producidos en accidente de tráfico, valorados en la clínica médico forense de Bilbao. Otros estudios epidemiológicos sitúan su incidencia entre 1 y 4 casos por cada 1.000 habitantes. En la práctica médico forense, la mayor parte de las lesiones por accidente de tráfico que se ven en los servicios de clínica de los institutos de medicina legal, afectan a la columna cervical y son debidas a un mecanismo de latigazo cervical en este tipo de colisión. En general no son graves, se producen en el curso de colisiones de baja intensidad y, por este mismo motivo, producen una gran controversia desde el punto de vista médico legal y jurídico. Este tipo de lesiones constituyen un importante grupo dentro de las reclamaciones a las compañías de seguros que, mientras disminuyen los fallecidos por accidente de tráfico y las lesiones graves, ven aumentar

de año en año el número de reclamaciones por lesiones asociadas al síndrome del latigazo cervical.

Como ya se ha mencionado anteriormente, la mayor parte de estas lesiones se producen en colisiones de baja intensidad. En los últimos tiempos se ha tratado de relacionar la intensidad de la colisión, medida mediante estudios biomecánicos, con la producción de lesiones cervicales, de tal modo que se ha llegado a negar la posibilidad de que se produzcan lesiones por debajo de un umbral de velocidad en los vehículos afectados. El número de estos estudios encargados por las compañías de seguros se ha incrementado de forma importante, provocando un debate entre los profesionales, tanto juristas como médicos valoradores y médicos forenses, sobre si es admisible tener en cuenta los daños materiales de los vehículos implicados a la hora de determinar la causalidad de las lesiones cervicales. Las posturas oscilan entre las que niegan dicha relación de causalidad por debajo de cierto umbral de velocidad o de intensidad de la colisión y las que defienden que las lesiones se pueden producir incluso en colisiones de baja intensidad, por lo que este tipo de estudios como prueba, deben tomarse con cautela.

Los abogados implicados en temas de responsabilidad civil y seguros están en primera línea de esta controversia. A pesar de manejar en su trabajo diario múltiples informes médicos, su formación no es médica por lo que desconocen algunos de los aspectos clínicos implicados en este tipo de lesiones.

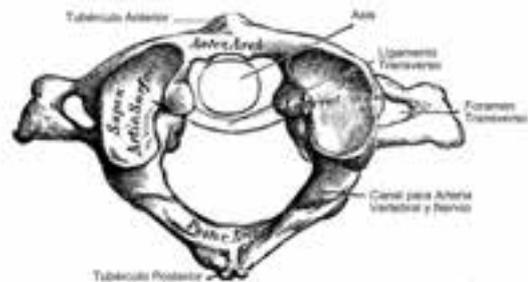
Este artículo pretende explicar de una forma sencilla aquellos aspectos anatómicos y fisiológicos de las estructuras biológicas implicadas en este tipo de accidentes, para proveer a los letrados de unas bases que les permitan entender cómo son las estructuras anatómicas implicadas, cómo funcionan, de qué manera pueden dañarse, qué consecuencias puede tener para el individuo este daño y cómo se puede manifestar clínicamente.

Anatomía de la columna cervical

La columna vertebral humana se divide en cinco segmentos: columna cervical, dorsal o torácica, lumbar, sacro y coxis. La columna cervical une la cabeza con la columna torácica mediante siete vértebras. De ellas las dos primeras y la séptima tienen características especiales. La primera vértebra cervical se llama Atlas recibiendo su nombre del titán quien, según la mitología griega, sostenía el universo sobre sus

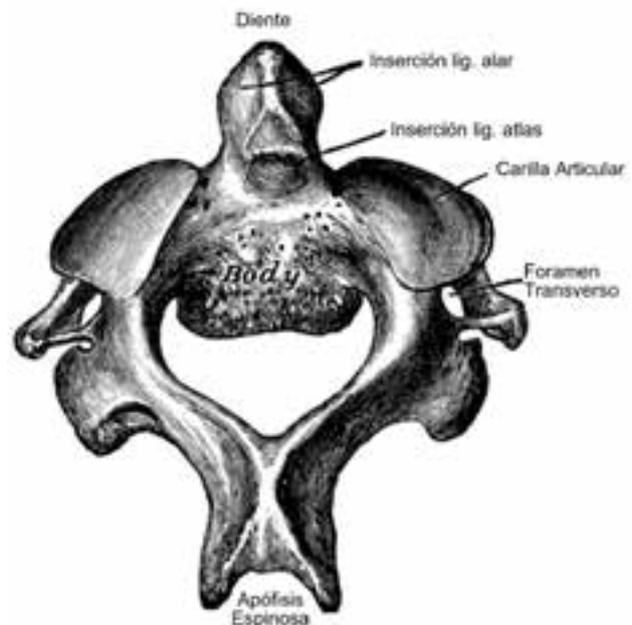
hombros como castigo. De igual modo el atlas está íntimamente articulada con el occipital, sirviendo de sostén del cráneo. Se ha descrito como una vértebra que carece de cuerpo, a diferencia de todas las demás.

Como se puede ver en la figura es una especie de anillo óseo con dos carillas articulares superiores para el occipital y dos inferiores para la segunda vértebra cervical o axis.



La segunda vértebra cervical se llama axis debido a que la parte que correspondería a su cuerpo está formada por una protusión llamada apófisis odontoides. Esta apófisis se articula con el atlas de forma que puede girar sobre ella como si fuese un eje, de ahí su nombre. La articulación entre estas dos vértebras da a la cabeza su capacidad de giro. Un fuerte ligamento llamado transversal fija la posición del diente del axis de forma que se impide su movimiento hacia atrás, que podría dañar la médula.

Las siguientes cuatro vértebras son parecidas entre ellas. Tienen un cuerpo de pequeño tamaño, apófisis transversas con un orificio que permite el paso de las arterias vertebrales que

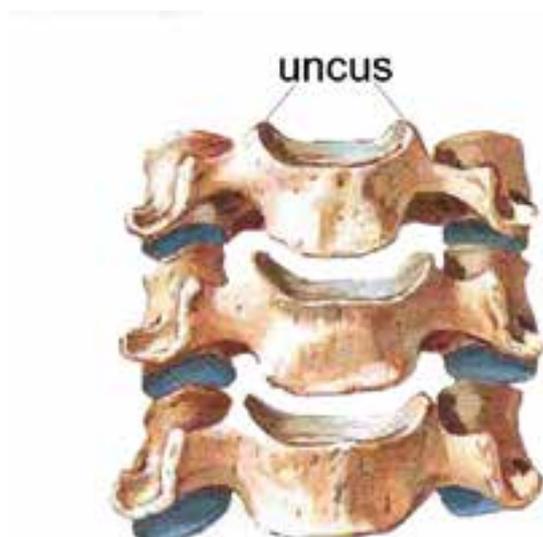


irrigan el cerebro, carillas articulares superiores e inferiores y una apófisis espinosa que tiene como característica especial una terminación bifida. Esto sólo se da en estas cuatro vértebras, además del axis.

En la figura siguiente puede verse una vértebra cervical por su cara superior y lateral. Los rebordes óseos de la cara superior del cuerpo vertebral sobresalen ligeramente, mientras que los de la cara inferior tienen una pequeña concavidad que encaja con los rebordes de la vértebra inferior, formando las articulaciones llamadas uncovertebrales, que como veremos más adelante pueden originar múltiple sintomatología algica cuando se dañan.



En la figura siguiente puede verse el encaje de esta articulación. Como mencionaremos más adelante, es una verdadera articulación que contiene todos sus elementos característicos, como los cartílagos de conjunción y la cápsula sinovial.

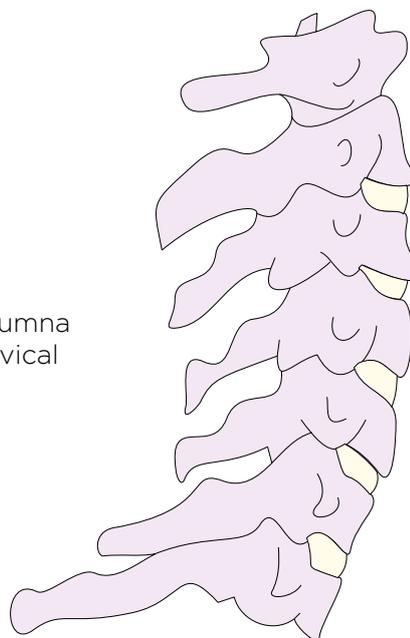


Por último la séptima vértebra cervical también llamada prominente es intermedia entre las regiones cervical y dorsal, presentando caracteres mixtos. Su apófisis espinosa es notable por su longitud, de ahí su nombre de prominente.

te. Su parte final no tiene dos tubérculos como las precedentes si no sólo uno. Sus apófisis transversas tampoco están bifurcadas.

En las siguientes figuras podemos ver la columna cervical con todas sus vértebras articuladas, tanto en esquema como en radiografía.

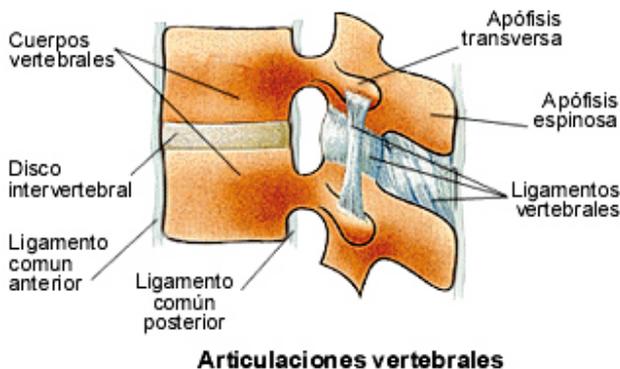
Columna Cervical



Como hemos mencionado las vértebras se articulan unas con otras por su cuerpo vertebral y por las carillas articulares situadas a los lados del cuerpo vertebral, formando una estructura de tres columnas: Una central formada por los cuerpos vertebrales, situada frontalmente, más grande y otras dos, formadas por las apófisis articulares situadas lateral y posteriormente a la primera. Se unen, además, a distancia por sus láminas, apófisis espinosas y apófisis transversas.

Las articulaciones que unen entre sí los cuerpos vertebrales constituyen el tipo de anfiartrosis perfecta, un tipo de articulación también llamada sínfisis, en la que la movilidad está muy limitada, con caras articulares planas o ligeramente excavadas, una capa de cartílago hialino que las cubre, ligamentos periféricos y un disco fibroso o fibrocartilaginoso de espesor variable, entre las dos caras articulares.

Las caras articulares son las caras superior e inferior de los cuerpos vertebrales. En el caso de las vértebras cervicales, aparece la articulación uncovertebral, como hemos visto antes. Esta articulación pertenece al tipo de las artrodias que permiten sólo un movimiento de deslizamiento. Esta articulación tiene su propia cápsula sinovial.

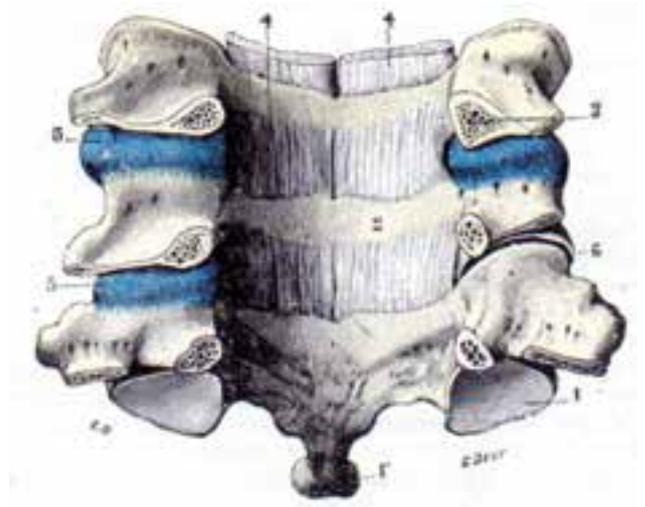


Los cuerpos vertebrales se unen entre sí por los ligamentos interóseos o discos intervertebrales con una porción periférica de consistencia firme y elástica formando una especie de anillo fibroso y otra central de consistencia gelatinosa. Además de estos discos, también se unen entre sí por el llamado ligamento vertebral común anterior y ligamento común vertebral posterior.

Otro elemento de unión entre las vértebras es la articulación de las apófisis articulares entre sí. Estas articulaciones también pertenecen al tipo de las artrodias, vistas anteriormente. Las caras articulares son casi planas como puede verse en las figuras de las páginas precedentes. La orientación de estas carillas es oblicua, de forma que las de la vértebra superior miran hacia delante y abajo y las de la vértebra inferior hacia atrás y arriba. En cada articulación la apófisis articular de la vértebra superior está por encima y detrás de la apófisis articular de la vértebra inferior como se puede apreciar en la imagen. Las caras articulares en contacto mutuo se unen entre sí por medio de una cápsula fibrosa que se inserta alrededor de cada una de ellas. Estas articulaciones están provistas de

una sinovial, laxa, que favorece el deslizamiento de estas superficies entre sí.

Las láminas vertebrales, o porción que une la apófisis articular con la espinosa, están unidas por unos ligamentos de estructura especial llamados ligamentos amarillos que se insertan en las caras de las láminas. En la figura adjunta están marcados con el número 4. Están formados principalmente por fibras elásticas de dirección vertical. En ocasiones, entre este ligamento y la lámina ósea existe una bolsa serosa que se comunica con la sinovial de las apófisis articulares correspondientes.



Las apófisis espinosas se unen entre sí mediante los ligamentos interespinosos y el ligamento supraespinoso que descansa sobre su vértice. En la columna cervical, el ligamento supraespinoso tiene proporciones considerables, presentándose en la forma de un tabique vertical de forma triangular, cuyo vértice se dirige hacia abajo, insertándose en la apófisis espinosa de la sexta o séptima vértebras cervicales y cuya base se inserta en la protuberancia occipital. Se denomina ligamento cervical posterior. En él se insertan algunos de los músculos posteriores del cuello.

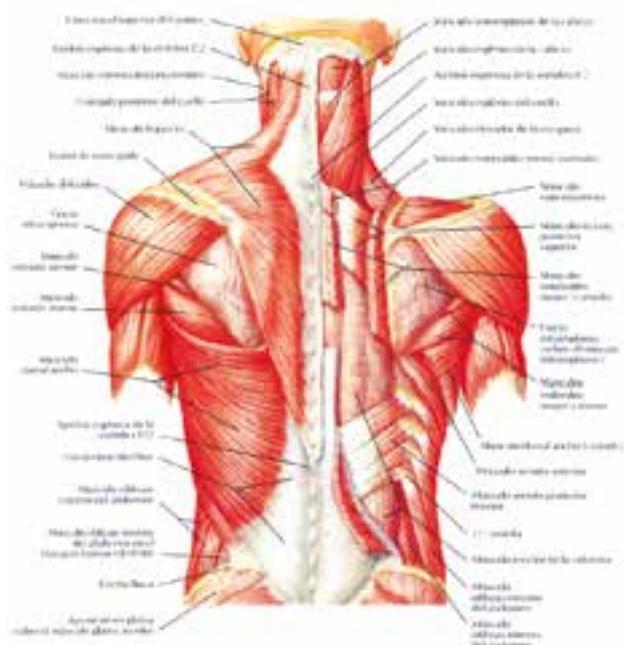
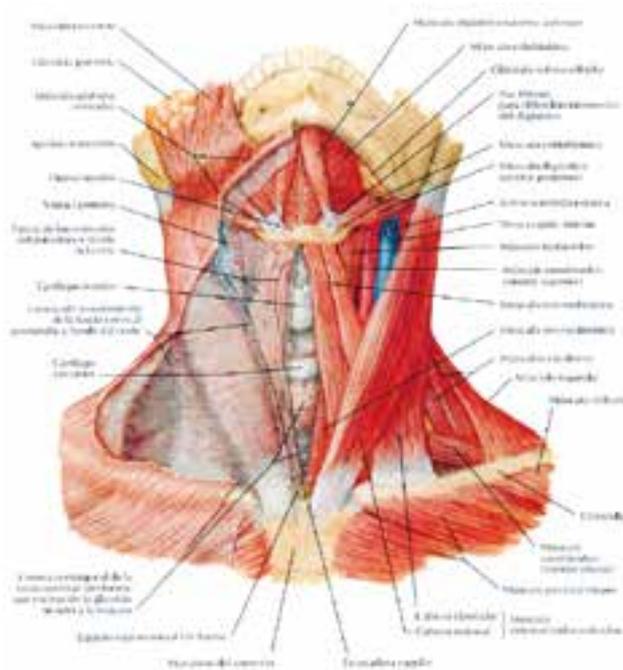
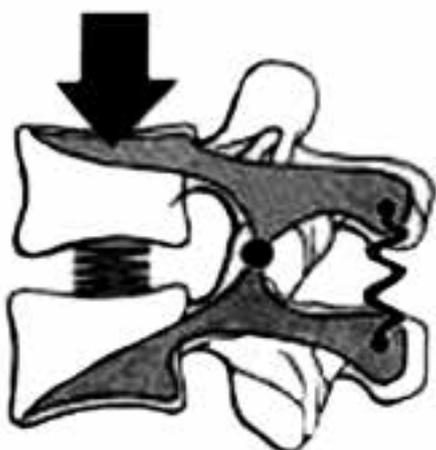
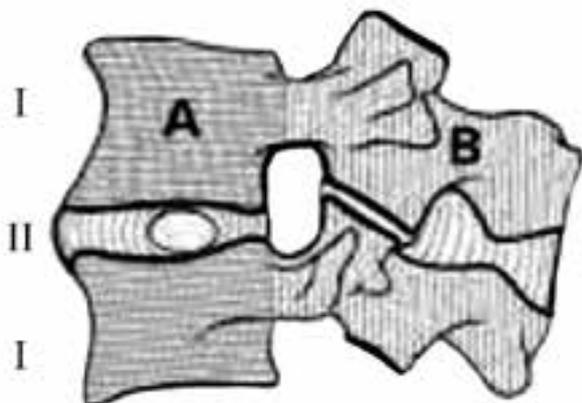
Resumiendo lo expuesto hasta ahora hemos visto que la columna cervical está compuesta por siete vértebras, algunas de las cuales tienen características morfológicas propias y diferentes de otras vértebras. Estas vértebras se articulan entre sí mediante dos tipos de articulaciones: dos artrodias para la articulación uncovertebrales y las apófisis articulares y una anfiartrosis para las articulaciones de los cuerpos vertebrales. Por último todas las vértebras se mantienen unidas mediante diversos ligamentos que unen los cuerpos, las articulaciones, las láminas y las apófisis espinosas. Todo

este aparato articular y ligamentoso mantiene a todos los elementos fuertemente unidos, permitiendo ciertos movimientos.

Movilidad de la columna cervical

Los movimientos de la columna vertebral en su conjunto son flexión, extensión, inclinación lateral, circunducción y rotación. Si consideramos cada vértebra aisladamente, podemos distinguir, a efectos funcionales, una parte anterior, formada por el cuerpo y otra posterior formada por las láminas y la apófisis espinosa. Estas dos partes se moverían juntándose los extremos de las apófisis espinosas o los de los cuerpos como si pivotasen sobre un eje formado por las articulaciones de las apófisis articulares.

Como podemos ver en la imagen adjunta en la flexión la apófisis espinosa se eleva y el cuerpo se flexiona correspondiendo el centro del movimiento a las apófisis articulares. El mismo movimiento se produce, en sentido inverso, en la extensión. Los movimientos de flexión se limitan por la torsión de los ligamentos, mientras que en la extensión lo hacen por la entrada en contacto de las apófisis articulares inferiores con las superiores de la vértebra subyacente.



En el caso del atlas y el axis, el primero gira alrededor de la apófisis odontoides del segundo, siendo el único movimiento que puede realizar debido a la disposición de los ligamentos de sujeción.

Sobre el atlas, la cabeza puede hacer movimientos de flexión, extensión y lateralización.

Los movimientos combinados de todas las vértebras, unas respecto a otras, produce la amplitud de los mismos, ya que en cada unidad (cada dos vértebras), la amplitud del movimiento es muy limitada.

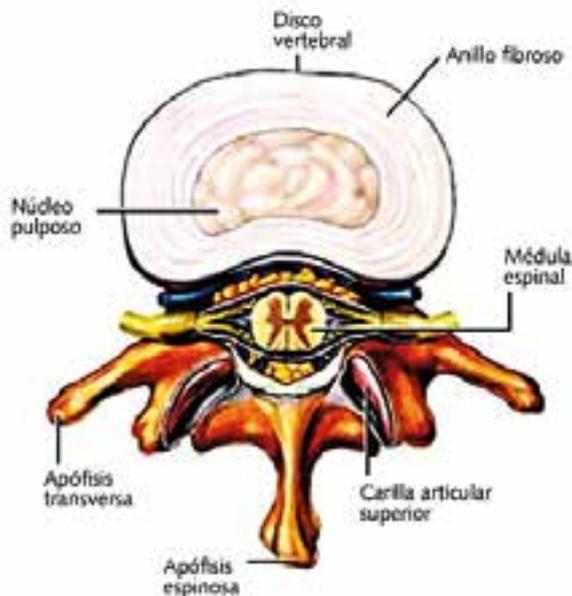
Durante la flexión se tensan las estructuras ligamentosas correspondientes a la parte posterior de las vértebras: cápsulas de las articulaciones interapofisarias, ligamento longitudinal posterior, los ligamentos amarillos, los interespinosos y el ligamento nual. Los músculos que intervienen son los infrahioides (esternocleidomastoideo, esternotiroideo, tirohiideo y omohiideo), escalenos y prevertebrales.

En la extensión se tensa el ligamento longitudinal anterior. En las articulaciones uncovertebrales se lleva a cabo un deslizamiento del cuerpo vertebral superior hacia delante en la flexión y hacia atrás en la extensión.

En las imágenes precedentes pueden observarse los principales músculos del plano anterior y posterior del cuello.

Fisiología de las articulaciones vertebrales

La unidad funcional de la columna cervical está formada por el disco vertebral y las articulaciones interapofisarias conformando un complejo formado por dos vértebras y su disco intervertebral.



Disco intervertebral: En el adulto es una estructura avascular, a partir de los ocho años, se pierde la vascularización debido a que ningún vaso sería capaz de soportar las tensiones y presiones a que se vería sometido. No obstante, el disco obtiene su nutrición por difusión que se produce en mayor proporción desde la parte central de las caras vertebrales. La difusión tiene relación con la presión a que está sometido

el disco. Según los estudios de Kramer, cuando la fuerza a que se somete el disco es demasiado alta, se paraliza la difusión de las sustancias nutrientes desde los senos venosos intervertebrales, produciéndose un retardo en el metabolismo celular.

Cuando el disco es sometido a fuerzas no simétricas, la zona menos comprimida recibe mayor difusión y tiene una actividad metabólica mayor. Esto puede ocurrir en los problemas de escoliosis o lordosis



La barrera que forman el cartílago hialino de los platillos vertebrales, el anillo fibroso y los tejidos perivertebrales, limitan el tamaño molecular de las sustancias metabólicas que difunden al núcleo, quedando descartadas las proteínas. El disco intervertebral funciona como una membrana semipermeable. En su interior, sustancias coloidales mantienen una presión osmótica que mantiene el agua dentro del disco. Si el equilibrio osmótico se altera, el disco puede perder agua, comenzando un proceso degenerativo. De igual manera, las fuerzas que comprimen el disco pueden producir la salida del agua hacia afuera, mientras que la descompresión aumenta la entrada de agua y nutrientes.

Actualmente se piensa que hay una relación directa entre la presión discal y su degeneración. Los estudios de medición de la presión intradiscal indican que la postura y los esfuerzos influyen de forma importante en la degeneración del disco. Así, el levantar pesos con la columna flexionada aumenta hasta seis veces la presión fisiológica. La repetición de estos movimientos puede llevar a una degeneración precoz del disco.

En los movimientos de la columna, el disco tiene dos funciones. Por un lado la disposición de sus fibras anulares limita los movimientos vertebrales en cuanto a compresión y distensión. Por otro lado, la forma y composición del núcleo pulposo le permite repartir las presiones dentro del disco. Las fuerzas de compresión son transformadas en fuerzas de presión tangencial sobre el anillo fibroso. Cuando la columna se extiende, la vértebra superior se desplaza hacia atrás con lo que el disco es comprimido aumentando su grosor en su zona anterior y su par de torsión que finalmente obliga a la vértebra superior a recuperar su posición. En la flexión, como muestra la figura, ocurre lo contrario. En las flexiones laterales, el disco se engrosa en el lado contrario al que se produce el movimiento.

En los movimientos rotatorios, al estar las fibras del disco dispuestas de forma oblicua en dos direcciones diferentes, unas se oponen al movimiento y otras lo favorecen. Las primeras se tensan y las segundas se relajan. Las que se oponen a la rotación transmiten una gran presión al núcleo.

Articulaciones interapofisarias: Como hemos visto anteriormente se trata de artrodias, cuya movilidad es muy limitada. Ya vimos que las caras articulares inferiores de las apófisis articulares estaban dirigidas hacia arriba y adelante, mientras que la correspondiente cara superior de la vértebra inferior está dirigida hacia arriba y atrás. Esta disposición limita los movimientos de flexión y extensión de una vértebra sobre la subyacente.

Dentro de los movimientos de la columna, el de flexión es el más amplio y el que puede producir un mayor daño potencial al disco intervertebral. Los movimientos forzados y repetidos de flexión provocan lesiones en estas estructuras anatómicas. Durante la flexión se puede producir un cizallamiento vertebral que si no es suficientemente intenso, provoca lesiones musculares y, con menor frecuencia, lesiones ligamentosas.

Traumatismos de la columna cervical. El esguince cervical

La lesión más frecuente, cuyo estudio nos interesa en el presente artículo, es el esguince cervical. Existe una gran controversia sobre los términos empleados al describir esta patología como el Síndrome del Latigazo Cervical (Whiplash), esguince cervical, contusión cervical, distensión cervical o síndrome cervical posttrau-

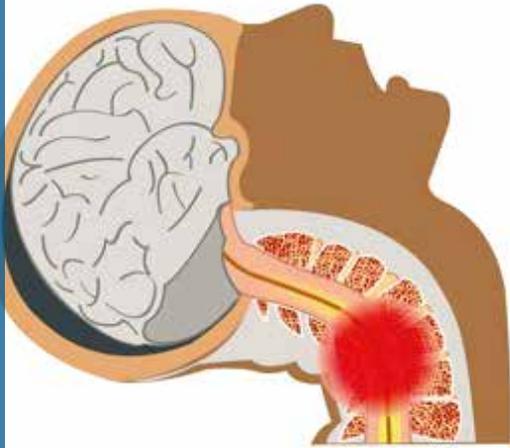
mático. Cualquiera de estos términos pueden encontrarse en los informes médicos de asistencia en los servicios de urgencia.

El esguince es una pérdida transitoria de la congruencia articular que puede ser más o menos intenso, sin embargo el grupo de trabajo QTF (Québec Task Force) estableció la definición de 'whiplash' del siguiente modo: "El whiplash o latigazo cervical es un mecanismo lesional de aceleración-desaceleración que transmite su energía al cuello. Puede ser el resultado de colisiones en accidentes de vehículos por impacto posterior o lateral, pero puede producirse también en los accidentes de inmersión en el agua o en otros tipos de accidentes. El impacto produce la lesión de los huesos o de los tejidos blandos cervicales y se expresa en una variedad de manifestaciones sintomáticas (WAD) o whiplash associated disorders".

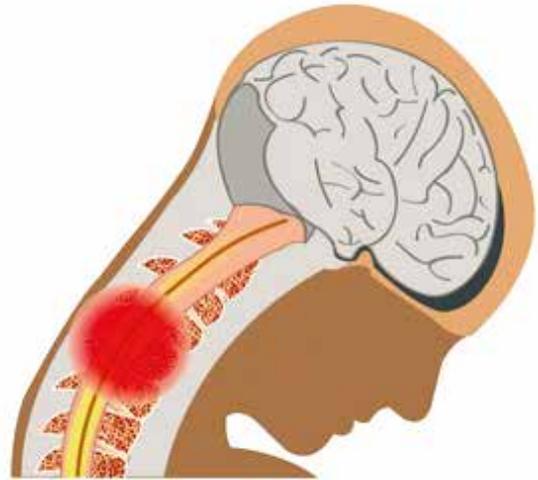
Mecanismo de producción

Diversos estudios, tanto en cadáveres como en sujetos vivos, sometidos a colisiones por alcance y filmando la sucesión de acontecimientos cinéticos con cámaras de alta velocidad, han permitido hacer una cronología de los hechos que ocurren. Según el artículo de Nikolai Bogduk y Narayan Yoganandan, citando los trabajos de Matsushita y Szabo, la rotación posterior de la cabeza comienza entre los 60 y 100 ms tras el impacto, alcanzando un pico de magnitud de 45° entre los 100 y los 130 ms. Particularmente, la cabeza no rota más allá de sus límites fisiológicos. La duración de la aceleración positiva de la cabeza está entre los 100 y 110 ms y alcanza los 13 g.

Entre 0 y 50 ms tras el impacto no hay respuesta por parte del cuerpo. A los 60 ms la cadera y la parte baja de la columna son empujadas hacia arriba y hacia delante. A los 100 ms la parte superior del tronco se mueve hacia arriba y adelante. El movimiento hacia arriba del tronco comprime la columna cervical desde abajo, y el movimiento hacia adelante desplaza el cuello y el tronco por fuera de la línea de gravedad de la cabeza. Como resultado, a los 120 ms el centro de gravedad de la cabeza comienza a caer causando que rote hacia atrás. En este momento, el respaldo del asiento cae hacia atrás bajo la masa del tronco. A los 160 ms el torso tira de la base del cuello hacia adelante, y la tensión a través de la columna cervical arrastra a la cabeza hacia atrás. El movimiento hacia arriba del torso alcanza su máximo a los 200 ms con una amplitud de 9 cm. y la cabeza alcanza su máxima rotación hacia atrás de 45°. A los 250 ms,



Hiperextensión



Hiperflexión

tronco, cuello y cabeza comienzan a descender, completándose este descenso a los 300 ms. A los 400 ms la cabeza consigue su máximo recorrido hacia atrás y comienza a retroceder. Entre los 400 y 600 ms se produce la recuperación de la posición inicial.

Entre los 50 y 75 ms la columna cervical es sometida a una deformación sigmoidea mientras es comprimida por el ascenso del tronco, de forma que el segmento cervical inferior es sometido a una extensión mientras que el segmento superior es sometido a una flexión. A los 120 ms la columna se extiende en forma de 'C'. Aunque la columna cervical en conjunto no excede sus márgenes de movimiento fisiológicos en ningún momento de esta secuencia, los segmentos inferiores exceden los límites fisiológicos en la posterior rotación. Más aún, esta rotación se produce sobre un eje de rotación anormal. El eje se localiza dentro de la vértebra que se moviliza, considerablemente más arriba de lo normal. Esta anormalmente alta localización del eje indica que la vértebra no se somete a una traslación; su movimiento es puramente una rotación hacia atrás y surge porque la fuerza que produce este movimiento es un empuje hacia arriba. Ninguna fuerza de cizallamiento se ejerce sobre las vértebras en este punto temporal.

Mientras la vértebra se extiende sobre su anormalmente localizado eje, su elemento anterior rota hacia arriba y su elemento posterior

hacia abajo. La rotación hacia arriba hace que las partes anteriores de los cuerpos vertebrales adyacentes se separen de forma anormal. Mientras tanto, en vez de que las apófisis articulares se deslicen una sobre otra, la carilla articular inferior de la vértebra en movimiento se clava en la carilla articular superior de la vértebra inferior. Esto ocurre hacia los 100 ms tras el impacto.

Los músculos intervienen tarde en este proceso. Comienzan a intervenir a los 100-125 ms, pero precisan 60 ms más para tensarse. Los músculos pueden limitar el movimiento angular de la cabeza pero esto ocurre tarde en el acontecimiento del latigazo. Para cuando los músculos son activados, la compresión de la columna cervical y el movimiento antinatural de los segmentos cervicales, que parece ser crítico a la hora de provocar lesiones, ya han ocurrido.

Lesiones anatómicas del esguince cervical

A lo largo de la secuencia vista, que discurre entre la hiperextensión de la cabeza y la hiperflexión pueden dañarse diversos elementos anatómicos como los ligamentos comunes, los interapofisarios, los discos, las cápsulas articulares, los platillos vertebrales, los músculos, los nervios del sistema simpático cervical, nervios craneales, esófago, tráquea y articulación temporomandibular, por citar algunos. En realidad, cualquiera de los elementos que hemos visto en la sección de anatomía de la columna

puede ser lesionado con menor o mayor intensidad.

Manifestaciones clínicas

El QTF (Québec Task Force) estableció una clasificación de los síntomas y signos clínicos en cinco grados (Tabla I).

Los tres primeros corresponderían a los traumatismos más leves, de menor intensidad. En los traumatismos producidos a baja velocidad suelen encontrarse solamente síntomas álgicos y contracturas musculares leves.

Otra clasificación es la de Foreman y Croft:

Grado I: Síntomas atribuidos al trauma (dolor). Examen clínico negativo

Grado II: Grado I + limitación de los movimientos del cuello, sin signos neurológicos

Grado III: Grado II + afectación neurológica

Grado IV: Limitación del movimiento. Inestabilidad ligamentosa. Signos de afectación neurológica. Afectación discal o fractura

Grado V: Lesión que requiere estabilización o intervención quirúrgica.

Tratamiento

Como hemos visto, las manifestaciones clínicas de los casos menos graves consisten en cervicalgia, contracturas en alguno de los músculos del cuello y restricción de la movilidad (hasta el grado IIb).

El tratamiento de estos cuadros, será, por tanto mediante reposo relativo, evitando esfuerzos, antiálgicos y/o antiinflamatorios no esteroideos y si es preciso relajantes musculares. En ocasiones se coloca un collarín blando durante los 2-3 primeros días para evitar el dolor. En la obra del Dr. César Borobia, Valoración del daño

corporal, describen un protocolo realizado por los servicios médicos de MAPFRE, presentados en una Jornada de Valoración del Daño Corporal realizado en Barcelona en 2001 que utilizando la clasificación de Foreman y Croft clasifica el tratamiento de la siguiente forma:

1.- Pruebas complementarias en el esguince cervical:

a) Tipo I de Foreman y Croft:
- Radiografía de columna cervical anteroposterior y lateral

b) Tipo II de Foreman y Croft:
- Radiografía anteroposterior y lateral de columna cervical
- Resonancia Magnética (RM) a los 30 días según la evolución

c) Tipo III de Foreman y Croft:
- Radiografía de columna cervical anteroposterior y lateral
- RM a los 30 días según la evolución
- Electromiograma a los 45 días si existiera indicación para ello

2.- Tratamiento inicial en el:

a) Tipo I de Foreman y Croft
- No collarín o collarín hasta máximo de una semana. Tratamiento médico sintomático (analgésicos, antiinflamatorios y miorrelajantes)

b) Tipo II de Foreman y Croft:
- Collarín hasta un máximo de 10 días. El mismo tratamiento médico que en apartado anterior

c) Tipo III de Foreman y Croft:
- Collarín rígido hasta 7 días. Collarín blando hasta un máximo de 7 días, el mismo tratamiento médico sintomático que en los apartados anteriores.

3.- Rehabilitación:

GRADO 0	No existen síntomas en el cuello
GRADO I	Síntoma en el cuello como dolor, rigidez o dolor a la palpación sin signos clínicos
GRADO II	Síntomas en el cuello y signos musculo-esqueléticos como disminución del rango de movilidad, contractura y puntos de dolor Grado II a: el paciente aqueja dolor en algunos puntos y la movilidad es normal Grado II b: el paciente aqueja dolor y la movilidad está restringida
GRADO III	Síntomas en el cuello y signos neurológicos como disminución y ausencia de reflejos tendinosos profundos, debilidad y déficit sensorial
GRADO IV	Síntomas en el cuello y existen fractura o luxación cervical

a) Tipos I y II de Foreman y Croft: de 10 a 15 sesiones.

b) Tipo III de Foreman y Croft: de 30 a 45 sesiones.

Epílogo

Hemos repasado en este artículo las nociones básicas de anatomía y fisiología de la columna vertebral cervical, los mecanismos de producción de las lesiones de esta región anatómica, las posibles lesiones anatómicas que pueden darse, las manifestaciones clínicas y el tratamiento.

Incluso en las colisiones de baja intensidad, en las que no se aprecian a simple vista daños en los vehículos implicados, es posible la producción de lesiones cervicales. En los experimentos realizados en sujetos vivos se han comprobado lesiones incluso a 5km/h.

Hemos visto la gran cantidad de estructuras susceptibles de ser dañadas, estructuras cuya lesión, incluso de poca importancia, es susceptible de provocar cuadros algícos más o menos intensos y contracturas musculares como reacción a dichas lesiones.

Aunque el mecanismo de producción de las lesiones cervicales, según se ha explicado, es complejo y no fácil de entender, de su atento estudio se desprende que incluso en las colisiones más leves, se producen movimientos antinaturales del raquis (movimientos que no se dan en las situaciones de la vida diaria) en los diversos elementos de la columna susceptibles de provocar lesiones en éstos.

El estudio médico-legal de las lesiones cervicales pasa por el estudio pormenorizado, no solo del mecanismo de producción del accidente accidente, si no también de la clínica que presenta el lesionado, mediante una exploración cuidadosa y las pruebas complementarias que se consideren. La intensidad de los daños en los vehículos implicados, no es prueba suficiente para afirmar o descartar la producción de lesiones cervicales. En todo caso se deberían tomar en cuenta múltiples factores que pueden influir en la clínica como son las características anatómicas de las personas lesionadas, patologías previas, su posición en el vehículo, si el tronco y/o la cabeza estaban o no girados y hacia qué lado, si la colisión los cogió desprevenidos, etc.

La recogida de los datos necesarios debe hacerse lo antes posible y debe hacerse un buen



seguimiento de la evolución de estos cuadros. De igual forma, el tratamiento debe instaurarse inmediatamente, evitando lagunas temporales en la asistencia, para evitar en lo posible la presentación de ulteriores secuelas.

BIBLIOGRAFÍA

- P.M. GARAMENDI y M.I. LANDA. Epidemiología y problemática médico forense del síndrome del latigazo cervical en España. Cuad. Med. Forense 2003; 32: 5-18
- VICENTE BAÑOS, A. Epidemiología y repercusiones socio económicas del "Síndrome del Latigazo Cervical". Rev. Fisioter. (Guadalupe/2009, 8 (Nº2): 15-26
- L. TESTUT: Tratado de Anatomía Humana. Salvat Editores
- NIKOLAI BOGDUK, NARAYAN YOGANANDAN. Biomechanics of the cervical spine. Part 3: minor injuries. Clinical Biomechanics 16 (2001) 267-275
- CARLOS REPRESAS VÁZQUEZ. La importancia del nexo causal en la VDC (Latigazo Cervical). I Jornada sobre aspectos médicos prácticos en valoración del daño corporal.
- CÉSAR BOROBIA. Valoración del daño corporal. Columna, pelvis y parrilla costal. Ed. Elsevier
- DAVID LE VAY. Anatomía y Fisiología Humana. Ed. Paidotribo.

El seguro de caución y su automatismo en el funcionamiento de la garantía



Ignacio Pérez Calvo
Abogado

I.- Introducción.

La especialidad de esta figura aseguraticia

Haciendo una somera aproximación al seguro de caución en general, lo primero que llama la atención es que esta figura aseguraticia presenta una peculiaridad cuando menos llamativa; nominalmente la caución es un término conocido y no resulta extraña su denominación, pero sin embargo como tipología contractual, esto es, como tipo de contrato de seguro, aparece como una de las más extrañas modalidades aseguraticias. Así, por un lado, el término caución en su acepción más amplia y general resulta comúnmente conocido y sólo hay que acudir a la definición del diccionario de la Real Academia Española para constatar una definición general *-garantía o protección prestada a alguien-* como una específica del mundo jurídico *-garantía que presta una persona u otra en su lugar para asegurar el cumplimiento de una obligación actual o eventual-*. En este mismo sentido, y ya dentro del ámbito aseguraticio, la modalidad del seguro de caución tampoco resulta extraña y es normal incluso su referencia

nominal expresa en la propia denominación de las compañías que tienen por objeto ese ámbito.

Sin embargo este conocimiento no se puede predicar de su contenido y en este orden de cosas, resulta más complejo conocer la exacta operativa de este seguro, siendo ya más complejo concretar los efectos que produce o puede producir la ejecución de la garantía respecto del contrato garantizado¹, o descendiendo más a su operativa negocial, determinar, por ejemplo, si frente a la ejecución de esa garantía son oponibles excepciones propias de la relación garantizada, si correlativamente a la ejecución de esa garantía se confiere una acción de reembolso, si la acción de reembolso es o no inmune a excepciones propias de la obligación principal garantizada, etc.

En suma, mientras la figura de la caución es plenamente conocida e incluso la denominación o tipología del 'seguro de caución' también lo es, sin embargo qué es ese seguro, cómo opera exactamente, es algo que parecía reservado a pequeños sectores, a concretos operadores económicos que han tenido un acceso o acercamiento profesional a este tipo de seguro, no siendo en ningún caso un seguro de implantación general en la sociedad civil.

A la hora de buscar las razones que expliquen o justifiquen esa dicotomía, parece razonable imputar esta dificultad a tres factores desencadenantes: en primer lugar a la marcada especialidad de esta modalidad de seguro, en segundo lugar a su, hasta estas fechas, pacífica vigencia, baja siniestralidad y escasa litigiosidad, y, en tercer lugar, a su compleja estructura negocial.

Así en primer término y respecto a aquella especialidad hay que tener en cuenta que el seguro de caución, en términos generales, no es una figura negocial que tenga o haya tenido

¹ En este sentido resulta especialmente sintomático comprobar cómo puede darse el caso de estudios de carácter científico-jurídico que sin embargo desconocen su operativa, sirviendo de ejemplo el artículo publicado bajo el título *El incumplimiento del plazo de entrega de viviendas y la resolución del contrato*, en la Revista del Consejo General de la Abogacía Española (número 73, abril de 2012) en el que se incurre en el error de conceder efectos sobre el contrato principal garantizado a la ejecución de la garantía, con las imposibles e inexplicables consecuencias que se derivarían de esa errónea premisa y el publicado en esa misma Revista (número 76, noviembre de 2012) como consecuencia de aquél, llamando la atención de esta equivocación, titulado *El seguro de caución en su modalidad de afianzamiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas*.



una especial repercusión ni trascendencia en la realidad social, no es un seguro de implantación general y no ha trascendido de forma generalizada a la sociedad civil. El seguro de caución ha tenido una incidencia restringida mayoritariamente a un sector muy concreto y específico; a saber, la contratación pública². El seguro

² Señala LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, en su estudio sobre el seguro de caución -de especial relevancia en cuanto a su función, finalidad y naturaleza jurídica, motivo por el que será citado a lo largo de este artículo- que en este ámbito se pueden agrupar en los seguros que garantizan las obligaciones asumidas con la Administración como consecuencia de contratos celebrados con ésta, y los que garantizan obligaciones de carácter tributario, y así a título de ejemplo señala las fianzas provisionales o de licitación, la fianza de ejecución de obra o prestación de servicio, en garantía de retenciones, las realizadas en virtud de concesión administrativa (loterías, juego...) a raíz de subvenciones, o por desempeño de una labor profesional (agencias de viaje, de seguros, concesionarias de gas, ...). LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, *El seguro de caución*, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, Sección Doctrina, pág. web www.asociacionabogadosrcs.org//doctrina/Articulo_javier_lopez.pdf?phpMyAdmin=9eb1fd7fe71cf931d588191bc9123527.



de caución existe principalmente para cubrir el destino de la exigencia de su concertación en la contratación con el Sector Público, naciendo por ello, en la mayoría de los casos, por imposición legal (al venir impuesto por ley o norma de inferior rango su necesaria concurrencia)³. Es decir el seguro de caución tiene un ámbito de aplicación concreto y específico, mayoritaria-

³ Así, a título de ejemplo el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, destina el Título IV a la garantías exigibles en la contratación con el sector público, y más concretamente, el Capítulo I se refiere a las garantías a prestar en los contratos celebrados con la Administración Pública, especificando el art. 96.1 c) expresamente el seguro de caución como garantía admitida, regulando el régimen y contenido del seguro el art. 97. Por su parte, incluso en su modalidad 'privada', es decir, suscrito entre particulares, también en ocasiones viene impuesto por ley, y así la Ley 57/68 de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, establece en su artículo primero la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas para la adquisición de viviendas "mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario".

mente la contratación pública, lo que si bien no quiere decir que su concertación sea escasa –ya que dentro de esa relación con la Administración el ámbito de aplicación es vasto– de por sí limita considerablemente este seguro a ese tipo de contratación, y por ello su conocimiento, esto es el saber, el conocer cómo funciona u opera este tipo de seguro, queda más circunscrito a personas y entidades con relaciones o vinculaciones comerciales con la Administración Pública, en suma, con operadores económicos que habitualmente tratan con la Administración.

En segundo lugar, esta especialidad, unido a la situación de bonanza económica que se ha podido disfrutar hasta hace fechas no tan lejanas, ha tenido por consecuencia, como ya tuvimos ocasión de resaltar, una siniestralidad porcentualmente baja, ya que los operadores económicos que contrataban con la Administración, además de tener que cumplir a priori unos criterios cualificados de solvencia⁴, tenían mayor acceso a financiación como consecuencia de esos mismos contratos, un interés especialmente cualificado en orden a mantener y en su caso prorrogar los mismos y, en suma, un especial cuidado en no incumplir para mantener esa relación contractual con un Organismo Público⁵, lo que conllevaba un bajo índice de incumplimiento. Por ello, tratándose el seguro de caución de un seguro que garantiza el cumplimiento de las obligaciones asumidas, esta falta de incumplimiento se traducía en una baja siniestralidad y con ello en escasa doctrina jurisprudencial, consistiendo la concertación del seguro de caución prácticamente en un mero requisito formal que se solía agotar con la suscripción de la póliza y la entrega a la Administración asegurada del correspondiente aval o certificado individual.

En tercer lugar tampoco ayuda su compleja estructura negocial a facilitar su comprensión. El seguro de caución, como todo instrumento que opera en el tráfico mercantil responde a una necesidad comercial, desempeñando una función económica-social concreta; a saber, asegura el contenido obligacional del deudor en aquellas relaciones jurídicas que precisan garantizar el crédito del acreedor de una forma

⁴ Tanto es así que la referida Ley de Contratos del Sector Público destina todo un Capítulo, el II a la capacidad y solvencia del empresario, una Sección, la 1ª, a la aptitud para contratar, y subsecciones concretas y específicas, la 4ª y la 5ª, para regular los criterios de solvencia, con la consiguiente clasificación de empresas.

⁵ Dejando al margen la situación tan excepcional como en la que nos encontramos, un contrato con la Administración era una garantía que cualquier empresario querría mantener.

cualificada. Es lo que, de forma muy gráfica, se ha calificado como “el reforzamiento del contenido obligacional”⁶ lo que no es otra cosa que cuando un posible o futuro acreedor considera insuficiente la solvencia de su posible deudor, o simplemente quiere que opere el automatismo de este seguro en el supuesto de incumplimiento, le exige una garantía especial que asegure su cumplimiento o que, en caso de incumplimiento, indemnice los perjuicios ocasionados por éste. Ésta es la finalidad del seguro de caución, garantizarle al acreedor de la obligación el cumplimiento de su deudor, y en caso de que éste incurra en incumplimiento de sus obligaciones, el seguro indemnice los perjuicios originados como consecuencia de dicho incumplimiento.

Por ello el seguro de caución presenta una compleja estructura comercial que se refleja en su propia definición dada por el art. 68 de Ley 50/1980 de 8 de octubre de Contrato de Seguro⁷, precepto según el cual por el seguro de caución “el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”.

Esta definición delimita de forma bastante precisa⁸ tanto la estructura como la propia operativa de este tipo de contrato de seguro en el que como punto de inicio se puede partir de la idea de que se trata de un seguro en el que intervienen tres partes contratantes (asegurador-tomador-asegurado)⁹ siendo que el asegurador asume, como riesgo asegurado, el incumplimiento legal o contractual del tomador

del seguro¹⁰ de las obligaciones que haya asumido con el asegurado, de forma que en caso de incumplimiento de éste¹¹, estará obligado a resarcir los perjuicios que ese incumplimiento haya ocasionado al asegurado¹², perjuicios previamente determinados en el propio contrato de seguro¹³, y ello sin perjuicio de la posterior acción de reembolso que se le confiere al asegurador frente al asegurado, en virtud del pago de esa indemnización.

De esta forma, el seguro de caución no es solo un seguro que se formaliza al amparo del art. 7 de la LCS en el que tomador y asegurado son distintas personas con deberes y obligaciones diferenciadas. La especialidad que, además, presenta este seguro de caución es que se tratándose de un único negocio jurídico, sin embargo contiene tres relaciones jurídicas que se sustentan en tres títulos distintos; la relación del asegurador con el tomador –formalizada en la propia póliza de seguro–, la del tomador con el asegurado –formalizada en el contrato principal garantizado, pero incorporada o integrada como presupuesto del negocio de caución– y la del asegurado con el asegurador –sustentada en el certificado individual emitido en base a la póliza¹⁴.

Por ello, el seguro de caución presenta una complejidad jurídica añadida; a saber: tres partes contratantes, relación trilateral, con distintas relaciones jurídicas bilaterales que si bien son independientes entre sí de alguna manera están interrelacionadas.

¹⁰ En los términos generales propios de una definición, se puede mantener que en este tipo de seguros el riesgo asegurado es el incumplimiento por parte del tomador de las obligaciones contractuales asumidas por éste frente al asegurado o beneficiario, y ello sin perjuicio de la necesaria individualización del riesgo en la propia póliza a que se refiere el art. 8 LCS.

¹¹ Determinación de lo que constituye incumplimiento que, como veremos, constituye uno de los extremos esenciales que se tratan en este artículo.

¹² Lo que constituye la causa de este contrato como de cualquier contrato de carácter aleatorio, a saber; la obligación de indemnizar las consecuencias del evento dañoso en caso de que el evento delimitado como riesgo simplemente acontezca o se produzca.

¹³ Operativa perfectamente válida a tenor de lo dispuesto en el art. 28 LCS, con independencia del efecto que luego produzca en orden a la determinación de la prima.

¹⁴ De ahí la importancia de la existencia de varias relaciones con varios títulos y con ello de las distintas acciones que confiere, ya que como señalaba el ilustre SAVIGNY, lo importante de un negocio es la relación de derecho que establece, siendo el derecho subjetivo solo “una faz diversa abstractamente considerada dentro de una relación de derecho”, SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, trad. por J. MESIA y MANUEL POLEY, 2ª edic., Edit. Góngora, Madrid.

⁶ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, ob. cit. pág. 2.

⁷ Único precepto que se refiere al seguro de caución, caso insólito en todo ese cuerpo legislativo, ya que sólo ocurre con el seguro de caución, siendo que en todos los demás casos existe una regulación más extensa, tanto en los seguros contra daños –Título II, Secciones II a X– como en los seguros de vida –Título III, Secciones II a IV–.

⁸ Aunque URÍA califique la definición de un “tanto confusa”, URÍA, R. *Derecho Mercantil*, Edit. Marcial Pons, Madrid 1993, 20ª edición, pág. 732, sin embargo parece suficientemente descriptiva sin perder la nota de generalidad de cualquier fórmula definitoria en la que deben caber distintas modalidades de este seguro de caución.

⁹ Modalidad propia del contrato de seguro por cuenta ajena previsto en el artículo 7 de la Ley de Contrato de Seguro en el que tomador y asegurado son distintas personas con deberes y obligaciones diferenciados.

Utilizando de ejemplo el seguro de caución en su modalidad de aseguramiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas, en el que el asegurador garantiza las cantidades entregadas por los compradores en el caso de que el promotor incumpla con su obligación de inicio de la construcción, entrega u obtención de licencia de primera ocupación en el plazo convenido, ejemplo especialmente clarificador a estos efectos, es fácil constatar cómo se entremezclan tres relaciones jurídicas.

Así, desde la óptica del comprador de la vivienda, éste mantiene una relación bilateral:

a) con la aseguradora (asegurado-aseguradora) relación por completo independiente de la que tiene con el tomador-promotor (de hecho la acción ejecutiva que le confiere el seguro al comprador la tiene exclusivamente contra la aseguradora y no contra la promotora) y que sin embargo se sustenta en ésta, toda vez que para que haya siniestro es presupuesto necesario el incumplimiento del promotor en su obligación, normalmente, de entrega de la vivienda en plazo u obtención de la Licencia de Primera Ocupación (LPO) en el plazo estipulado.

b) con el promotor (comprador-vendedor). En idéntica medida acontece con esta relación ya que mientras ambos mantienen una relación independiente de la que mantienen con la aseguradora (acciones de resolución contractual o, al contrario, de exigencia de cumplimiento del contrato) sin embargo el resultado afectará a la aseguradora, hasta el extremo de que según lo que se declare en virtud de aquella acción habrá o no siniestro y habrá o no obligación de indemnizar.

Por su parte, desde la óptica del promotor-tomador tampoco varía en exceso el panorama. Como hemos visto, la relación entre éste y el comprador es ajena a la aseguradora. Asimismo, la relación entre tomador y aseguradora también es ajena al comprador-asegurado, (se refiere principalmente a la acción de reembolso de la aseguradora contra la tomadora una vez haya indemnizado a los compradores) aunque sin embargo está relacionada toda vez que el éxito de la acción de reembolso de la aseguradora le abre la vía a la tomadora de repetición contra los compradores si es que su incumplimiento en el plazo de entrega de la vivienda (ya que incumplimiento debe de haber porque si no la aseguradora no habría indemnizado) no tiene entidad suficiente para resolver el contrato de compraventa.

Por último poco varía este entramado de relaciones jurídicas desde la óptica de la aseguradora. La relación de ésta con la tomadora es, según lo dicho, ajena pero a su vez condicionante de la posición del asegurado. En cuanto a su relación con el asegurado es, como también hemos visto, independiente del tomador (así ocurre con la denominada ejecución del certificado individual) aunque también están relacionadas (el incumplimiento es presupuesto de esa ejecución).

Expuesto lo anterior con el ejemplo del seguro de caución de la Ley 57/68 pero válido para cualquier otra modalidad de este tipo de seguro, es fácil entender que toda esta suerte de relaciones jurídicas independientes y a su vez interrelacionadas entre sí, con las acciones que cada una confiere a su titular, 'enreda' esta situación jurídica, situación agravada en sede judicial, donde se abre un amplio abanico a las posibles excepciones a alegar en orden a evitar una condena.

En suma, la especialidad de esta modalidad de seguro, su poca regulación normativa, su escaso desarrollo jurisprudencial y en general el desconocimiento de su operativa, suman los factores desencadenantes para plantear dificultades y problemas en la práctica forense abierta en este nuevo marco de gran litigiosidad, en el que además, como tendremos ocasión de ver en la parte final de este estudio, se introduce a debate una de las cuestiones más controvertidas desde un punto de vista jurídico, como lo es determinar en qué consiste un cumplimiento contractual *stricto sensu* respecto de la obligación en la compraventa de entrega de la vivienda en el plazo pactado, con la incidencia que tiene en la operativa de este seguro, en el que exactamente se asegura el cumplimiento del plazo de entrega, y en especial su repercusión en la acción de reembolso.

A pesar de todo lo expuesto hasta este lugar, es decir, a pesar de esta especialidad y compleja articulación o estructura negocial del seguro de caución, hasta esta situación de crisis, éste venía manteniendo una pacífica vigencia y operatividad respondiendo a la función económica-social para la que estaba destinado, siendo un instrumento perfectamente útil y eficaz para las tres partes contratantes que lo concertaban.

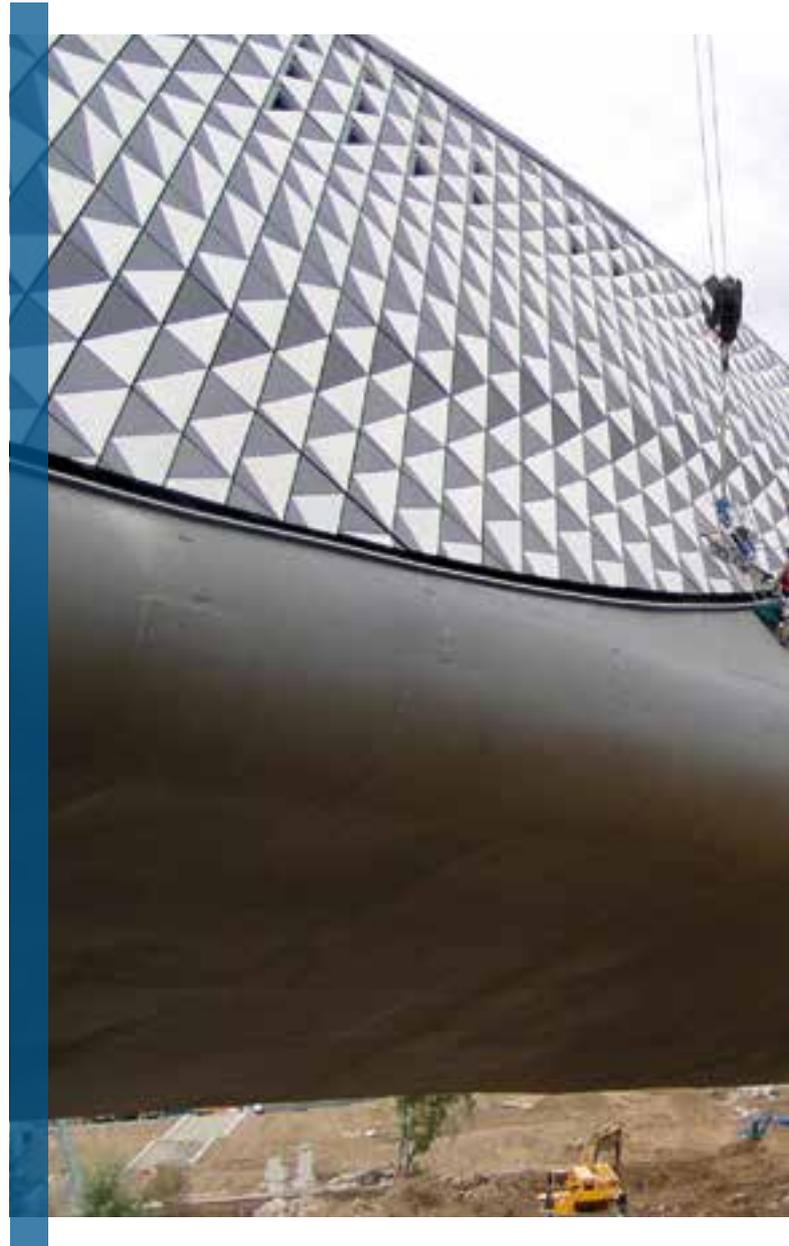
Así, por un lado, para los operadores económicos que contrataban con la Administración la suscripción del seguro no representaba ningún problema, simplemente se trataba de un

requisito formal más, dentro de muchos otros, para poder contratar con la Administración, por lo que se limitaban a concertarlo, como tomadores, firmando una póliza con una compañía aseguradora y pagando la prima correspondiente. De hecho, solo hay que ver el contenido de algún tipo o modalidad de este tipo de seguro¹⁵, para entender que para el tomador era un seguro que se concertaba exclusivamente por imperativo legal o por imposición del beneficiario del seguro, como un condicionante para concluir un contrato.

Para la compañía aseguradora, la situación era igualmente 'cómoda' y la figura comercial resultaba igual de válida. Con este seguro la compañía asumía, principalmente, lo que se ha venido en denominar riesgo de tesorería, esto es ante el requerimiento de pago por parte del beneficiario debe pagar sin poder oponer ninguna cuestión relativa a la obligación principal garantizada, por lo que la aseguradora lo que hace es adelantar el pago ante el solo requerimiento; ahora bien una vez ha pagado tiene frente a su tomador una acción de reembolso precisamente en virtud de ese pago, con lo que el riesgo asumido solo era de tesorería aunque sea consecuencia, claro está, de una posible insolvencia de su tomador.

Para el beneficiario del seguro -normalmente la Administración- especialmente óptima resultaba esta operativa comercial, ya que con él obtenía su propósito; esto es, tener asegurado el cumplimiento o percibir la indemnización en caso de que acaezca el mismo. Para él, esto es, para el beneficiario del seguro, la causa de este negocio jurídico, en su sentido más extenso de propósito, motivación o incluso ánimo de la parte, es el garantizarse el cumplimiento de su deudor -en sentido obligacional- y en su defecto percibir la indemnización consecuencia de ese incumplimiento, lo que en la práctica supone que la aseguradora asuma frente a ese bene-

¹⁵ Por ejemplo y prueba de ello, el texto concreto de un certificado individual de seguro de caución en relación con el juego decía así: "... Asegura a... en concepto de tomador de seguro ante la Hacienda de la Comunidad de Madrid, en adelante asegurado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 6/2001, de 3 de julio, del juego en la Comunidad de Madrid, el artículo 10 del Decreto 97/1998, de 4 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Explotación e Instalación de Máquinas Recreativas o Recreativas con Premio de Tipo B, y el artículo tercero de la Orden de 28 de septiembre de 2001, del Consejero de Presidencia, por la que se actualizan las cuantías de las fianzas referidas al ejercicio de actividades relacionadas con los juegos de suerte, envite o azar, ante la Hacienda de la Comunidad, hasta la cantidad de... euros".



ficiario una obligación fideusoria¹⁶ de tal forma que si el deudor no cumple, el garante abone la indemnización ya que con independencia de que la obligación principal garantizada sea de contenido pecuniario la indemnización siempre se concreta en términos económicos.

Pues bien, su causa y la propia operativa del seguro conlleva una consecuencia lógica: el beneficiario del seguro busca un mecanismo que

¹⁶ El problema de la naturaleza jurídica del seguro de caución es y ha sido muy controvertida, sirviendo a los efectos de este estudio como premisa suficiente, la naturaleza jurídica de negocio de garantía, sin perjuicio de la existencia de la doctrina jurisprudencial que, aun reconociendo este carácter, hable de que su estructura y causa "le aproximan a las obligaciones fideusorias", SSTS 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10438), 12 de marzo de 2003 (RJ 2003/ 2572), 20 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8134).



funcione con el mayor automatismo posible, es decir, que le permita con la mayor rapidez y agilidad, y por tanto de la forma más inmune posible a excepciones y oposiciones al pago, dirigirse contra el garante. En suma, se busca o se pretende disponer del automatismo que supone el poder reclamarle a alguien con garantías –no su tomador, en ese supuesto incumplidor de sus obligaciones– que le pague ante su solo requerimiento.

II.- La abstracción de la garantía

1.- La abstracción de la garantía a través de los avales a primer requerimiento

El mecanismo que se encuentra en orden a obtener ese automatismo en el funcionamiento de la garantía, es el de los denominados avales

a primer requerimiento, también denominados avales a primera solicitud o primera demanda. Su funcionamiento, en principio, parece sencillo; el beneficiario del seguro recibe de su tomador un certificado de seguro de caución –denominado, atípicamente, aval– en el que el garante se obliga al pago de la cantidad previamente predeterminada como indemnizatoria, por el simple requerimiento o solicitud del beneficiario, sin necesidad de ningún otro requisito que no sea el mero requerimiento de pago, y por ello sin entrar en la procedencia o no de la reclamación, requerimiento ante el cual surge para el garante un deber *cuasi* automático de pago¹⁷. El referido automatismo en el funcionamiento de la garantía satisface plenamente las necesidades del tráfico mercantil, al menos para el beneficiario del seguro, ya que a sus efectos, suple las carencias de la fianza típica o convencional, en cuanto la fianza, como figura típica del Código Civil, confiere al fiador causas de excepción y oposición al pago, cuando aquí lo que se pretende es lo contrario; que la obligación de pago del garante surja de forma automática ante el mero requerimiento, lo que, en suma, confiere al beneficiario de la misma la seguridad de que ante el incumplimiento de su obligado verá satisfecho su crédito de forma inmediata ante la simple operativa de formular un requerimiento de pago.

Sin embargo esta figura contractual de avales a primer requerimiento ha tenido, al menos en sus inicios, una difícil implantación, ya que como tales constituyen una modalidad atípica de garantía, que viene a modificar la fianza ‘romana’ prevista en el Código Civil, a través del principio, ciertamente consagrado en nuestro ordenamiento jurídico del art. 1.255 CC, de la autonomía de la voluntad y, por tanto, sin ninguna regulación ni previsión legal que le dé cobertura¹⁸. Por ello, en un principio, la jurisprudencia se refería a este tipo de garantía como una “figu-

¹⁷ Normalmente se consigna así expresamente en el propio certificado individual, y una fórmula empleada es la de “*la Compañía aseguradora asume el compromiso de indemnizar a la asegurada al primer requerimiento de ésta, y siempre hasta el capital máximo asegurado, sin entrar en la procedencia o no de la reclamación*”.

¹⁸ No solo los avales a primer requerimiento presentan esa atipicidad, sino en general –normativa sectorial aparte como por ejemplo la Ley 57/68– el seguro de caución tampoco tiene normativa reguladora, rigiéndose aparte de por el solitario art. 68 de la LCS por el propio condicionado dispuesto por las partes en las pólizas, pólizas que suelen transcribir el Condicionado previsto en la Resolución de la Dirección General de Seguros de 17 de marzo de 1981, RCL 1981/829, donde como Anexo 5 se aprueban las Condiciones Generales para las pólizas de seguros de caución en garantía de ejecución de contratos de obra o suministro.

ra polémica”, con “regulación legal imprecisa”, con “terminología criticada por la doctrina” y con una “configuración práctica dificultosa” por su “estructura personal trilateral” como por “su causa predominantemente de garantía” pero asemejada a las “obligaciones fideusorias”¹⁹.

En todo caso con el paso del tiempo se fue consolidando, y así en la actualidad, está plenamente admitida y reconocida por la jurisprudencia, ya que, como declara la STS 783/2009 de 4 de diciembre RJ 2010/271, en referencia a la figura de los avales a primer requerimiento, “es una modalidad especial de garantía de los derechos de crédito, de naturaleza personal, y atípica, aunque con pleno reconocimiento por la doctrina jurisprudencial con base en el principio de autonomía contractual (art. 1.255 CC)” siendo que incluso jurisprudencialmente se ha buscado fundamento a su validez en normativa internacional como así hizo inicialmente la STS 941/2005 de 9 de diciembre, RJ 2005/10177, seguida luego por otras muchas, al declarar que “Este tipo de garantías ha sido adoptado en las Reglas uniformes sobre garantías a demanda (documento aprobado el 3 de diciembre de 1991), de la International Chamber of Commerce, y en la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y cartas de crédito contingentes, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1995”²⁰.

El reconocimiento pleno de validez de los avales a primer requerimiento, se produce no solo cuando se configuran como negocio de garantía independiente, sino también cuando se ven insertados en un seguro de caución, su-

¹⁹ En estos términos se expresa la STS 1130/2000 de 13 de diciembre, RJ 2000/10438, la cual incluso califica su denominación como “impropiedades del lenguaje”. Como antecedentes jurisprudenciales más remotos, figura la STS de 11 de julio de 1983, RJ 1983/4209, que si bien se refiere al aval en la letra de cambio apunta la diferencia entre el aval tradicional y las garantías independientes y no accesorias, así como la STS de 14 de noviembre de 1989, RJ 1989/7878 que se refiere a lo que denomina ‘carta de garantía’ como contrato de garantía distinto de la fianza, siendo la STS de 2 de octubre de 1990, RJ 1990/7464 la que se refiere expresamente a “aval a primera demanda o primer requerimiento”.

²⁰ Internacionalmente las garantías a primer requerimiento tienen un mayor recorrido, desde las fallidas *Reglas uniformes relativas a garantías contractuales* (URCG 325) hasta las recientes Reglas en vigor desde el primero de julio de 2010 URGC 758 sucesoras de las URDG 458. Las Reglas uniformes a las garantías a primer requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), han contribuido a establecer una regulación precisa –en lo aquí reseñable clara y precisa en cuanto en cuanto a la efectividad e independencia de la garantía– que sirve de pauta a los operadores que actúan, también dentro del ámbito internacional, con este tipo de ‘productos’.

puesto éste en el que, como hemos tenido la ocasión de ver, la garantía que el tomador le confiere a su otra parte contratante, es el aval a primer requerimiento de la aseguradora. Es decir nada impide que una de las tres relaciones jurídicas que comprende el seguro de caución –en concreto la que se refiere a la relación existente entre asegurador y asegurado– se configure a través de un aval a primer requerimiento²¹.

En conclusión, y después del tiempo necesario para el dictado de toda esa doctrina jurisprudencial ahora se puede afirmar sin temor a errar que dentro de esa estructura trilateral con que se configura el seguro de caución, nada obsta a que la relación entre aseguradora y beneficiario del seguro sea regulada por un aval a primer requerimiento.

2.- Falta de accesoriedad de la garantía respecto a la obligación principal garantizada

La posibilidad de articular esta relación jurídica mediante un aval a primer requerimiento en el que el garante viene obligado a realizar el pago cuando el beneficiario se lo reclame, viene a producir una modificación sustancial del aseguramiento previsto en la fianza convencional, al permitir que una garantía, configurada de esta forma a través de un aval a primer requerimiento, pierda la nota característica de la accesoriedad, propia de cualquier fianza respecto de su obligación principal afianzada.

Al configurar el aval a primer requerimiento una garantía independiente de la obligación principal, se está objetivando la garantía hasta el extremo de convertirla en una obligación distinta, autónoma y por ello completamente independiente de la obligación garantizada, ya que la garantía entra en juego solo por el requerimiento del beneficiario, es decir sin necesidad de entrar a valorar qué ha ocurrido con la obligación principal garantizada, y por ello, solo ante este requerimiento, surge el deber de indemnizar.

De esta forma se supera la rigidez de la accesoriedad propia de la fianza tradicional, perdiendo la garantía la absoluta dependencia de

²¹ La posibilidad de inserción de avales a primer requerimiento en contratos de seguro de caución está expresamente admitida en la jurisprudencia sirviendo de exponente entre otras, la STS. St. nº 332/2000 de 30 de marzo RJ 2000/2314, Sentencia que no solo contempla esta posibilidad sino que además individualiza la acción por la que se ejercita dicho aval, aunque esté inserto dentro de la operativa negocial de un seguro de caución.

la obligación principal garantizada, siendo que, de esta forma, “el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza”²².

El propósito de mantener la no accesoriedad de la garantía respecto de la obligación principal garantizada, como operativa y funcionamiento del aval a primer requerimiento dentro de un seguro de caución, era algo tan evidente –con independencia de que jurisprudencialmente se tardase más o menos tiempo en aceptarla– que la ya citada Resolución de la Dirección General de Seguros, datada el 17 de marzo de 1981 (RCL 1981/829) la venía a contemplar, y así el art. 11 de las Condiciones previstas en el Anexo 5 para las pólizas de seguros de caución en garantía de ejecución de contrato de obra o suministro, dentro de la rúbrica de *Siniestro: Determinación de los daños y pago*, disponía que “*Se entenderá producido el siniestro cuando el asegurado requiera al asegurador el pago de la totalidad o parte del capital asegurado, a causa del incumplimiento del tomador de sus obligaciones de ejecución del contrato de obra o suministro garantizado*” mientras que el siguiente art. 12 preveía que “*El asegurador queda autorizado para efectuar el pago en el plazo que fije el asegurado, sin necesidad de que el tomador muestre o no su conformidad, y sin detenerse a considerar si el requerimiento de pago es o no justificado ni si el tomador habrá de hacer ulteriormente alguna objeción sobre el particular*”.

Es decir, la forma en que se viene articulando esta falta de accesoriedad es incluyendo en el texto del aval a primer requerimiento –normalmente articulado y denominado certificado de seguro de Caución– la prevención de que la aseguradora deberá indemnizar al requerimiento del beneficiario sin entrar en la procedencia o no de la reclamación, estando autorizada a realizar el pago sin detenerse a considerar si el requerimiento es o no justificado, esto es debiendo realizar el pago aunque finalmente éste pudiera ser susceptible de acabar siendo considerado de indebido o injustificado.

Lo que viene a refrendar esta falta de accesoriedad y el consiguiente funcionamiento ob-

jetivo de la garantía, es la intención de los contratantes, como medio de establecer un instrumento que se acomode a sus necesidades propias del tráfico comercial, de que la obligación de pago establecida por la garantía surja sólo con el requerimiento de pago, sin necesidad de ningún otro requisito, esto es, que la garantía surta efectos automáticamente ante su ejecución, operando el sencillo silogismo; requerimiento de pago-deber automático de pago.

Esta falta de accesoriedad de la garantía respecto de la obligación principal garantizada no solo está admitida sino también está expresamente consagrada jurisprudencialmente y así es un pronunciamiento admitido pacíficamente aquel según el cual “*la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza*” ya que como señala esta misma doctrina jurisprudencial en relación a estos avales a primer requerimiento se trata de nuevas figuras que tienden a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia, llegándose a declarar con cita jurisprudencial que “*toda interpretación que trate de dar a la palabra garantía el sentido de la obligación accesoria de fianza o de aplicar la excusión que le es característica desvirtúa la naturaleza de la relación compleja a la que venimos haciendo mérito*”²³, lo que a efectos prácticos tiene la trascendente consecuencia de que impide la posibilidad de que a la ejecución de esa garantía se oponga ninguna excepción relativa a la obligación principal garantizada, lo que precisamente constituye la finalidad o propósito de los contratantes con este tipo de seguro; a saber: el automatismo en el funcionamiento de la garantía.

3.- Matización jurisprudencial a la falta de accesoriedad

Ahora bien, esta objetivación de la garantía en el sentido de su independencia y por tanto no accesoriedad de la obligación garantizada, no puede pretenderse en términos absolutos, y ello como veremos a continuación no solo por no ser conciliable con nuestras normas jurídicas, sino principalmente por cuanto ello podría conducir a patentes injusticias, como por ejemplo que el garante se viese obligado a indemnizar como consecuencia de un incumplimiento contractual de su tomador a pesar del efectivo

²² Así se especificaba jurisprudencialmente la independencia y no accesoriedad de la garantía respecto de la obligación principal, desde los primeros análisis a esta nueva figura, STS, St. nº 919/1992 de 27 de octubre, RJ 1992/8584.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 735/2005 de 27 de septiembre, RJ 2005/6860.



cumplimiento por parte de éste de la obligación principal garantizada.

Por este motivo la jurisprudencia ha venido matizando esta objetivación, matización que empezara a apuntarse casi desde un principio del reconocimiento de esta figura, declarándose judicialmente que ante el requerimiento o ejecución de la garantía, se permite al garante “probar que el deudor ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél”²⁴, doctrina asentada plenamente y que queda expuesta de forma clarificadora en el sentido declarado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007, según la cual “*el aval a primer requerimiento, como garantía atípica admisible en nuestro orde-*

namiento jurídico en virtud del principio de autonomía de la voluntad (arts. 7 y 1.255 del Código Civil [LEG 1.889, 27] [CC]), no puede desvincularse en cualquier circunstancia de la obligación garantizada que constituye su objeto, pues la exigencia del carácter expreso de la fianza (art. 1.827 CC), aplicable a esta modalidad contractual, determina que la obligación del garante no pueda extenderse más allá de lo que constituye su objeto (según declara expresamente la STS de 27 de septiembre de 2005, recurso 80/1999 [RJ 2005, 6860]) y frente a la reclamación el avalista puede oponer aquellas excepciones derivadas de la propia garantía, entre ellas las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, cuya prueba le corresponde, pues así lo exigen los principios de buena fe contractual (art. 1.258 CC) y prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (art. 7.2 CC), ya que en semejantes circunstancias la ejecución de la garantía sería abusiva o fraudulenta y susceptible de ser paralizada mediante la ‘exceptio doli’ [excepción de dolo], que constituye una limitación que afecta incluso a los negocios abstractos, categoría en la que ni siquiera parece que pueda incluirse el aval a primer requerimiento,

²⁴ Así se declara expresamente por la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 735/2005 de 27 de septiembre, RJ 2005/6860, siendo un pronunciamiento reiterado prácticamente en idénticos términos por la Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 1039/2003 de 12 de noviembre, RJ 2003/8408, “*si bien se autoriza al garante a probar, en caso de contienda judicial, que el deudor principal ha satisfecho la deuda afianzada para evitar situaciones de enriquecimiento injusto, con la consiguiente liberación del avalista*”, la Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 531/2003 de 31 de



*a falta de una expresa regulación legal, dado el tenor del art. 1.277 CC*²⁵.

Por ello, se puede extraer la idea de que por mucha objetivación que por los contratantes se pretenda dar al aval a primer requerimiento, aun dentro del ejercicio de su autonomía privada, este aval no puede entrar en juego, ni operar la garantía, en caso de cumplimiento de la obligación principal garantizada. Y ello, en primer

mayo, RJ 2003/5217, "si bien se autoriza al garante a probar, en caso de contienda judicial, que el deudor principal ha satisfecho la deuda afianzada para evitar situaciones de enriquecimiento injusto, con la consecuente liberación del avalista", y la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 783/2009 de 4 de diciembre, RJ 2010/271 que expone esta doctrina de la siguiente forma: "La doctrina jurisprudencial para evitar una ejecución de la garantía abusiva o fraudulenta ha admitido la posibilidad de paralizar la reclamación del beneficiario mediante la alegación por el garante de la 'exceptio doli' (S. 1 de octubre de 2007). El avalista puede oponer las excepciones derivadas de la propia garantía, pues la obligación del garante no puede extenderse más allá de lo que constituye el objeto de la garantía, así como las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, dado que de no ser así se produciría una situación de enriquecimiento injusto".

²⁵ STS 979/2007, 1 de octubre RJ 2007/8087.

término, porque hacerlo así vulneraría toda la normativa sustantiva general aplicable a esta figura²⁶, ya que en ningún caso un garante estará obligado más allá de la obligación principal que garantiza. Además, también vulneraría principios tan básicos y esenciales como el de la buena fe, la prohibición del abuso de derecho o la proscripción del enriquecimiento injusto, siendo claro que permitir ejecutar la garantía por incumplimiento del obligado principal cuando está probado su cumplimiento, sería contrario a todos aquellos principios.

Por todo ello si bien con el requerimiento de pago por parte del beneficiario del seguro se produce un deber *cuasi* automático de pago, esto no significa que se deba pagar sin poder oponer nada a ese requerimiento. Ante este requerimiento surge o se produce una presunción de incumplimiento del obligado principal, operando, de esta forma, una inversión de la carga de la prueba; esto es, si hay requerimiento se presume que hay incumplimiento y con ello debe entrar en juego la garantía, sin perjuicio de que si realmente no existió incumplimiento se pueda oponer el cumplimiento frente a la ejecución de la garantía. Por ello la más reciente doctrina jurisprudencial viene a establecer que "la carga de la prueba de la inexistencia o del cumplimiento de la obligación garantizada incumbe el garante, sin que pueda exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal"²⁷.

Es decir, el aval a primer requerimiento da nacimiento a una obligación de garantía independiente o no accesoria de la obligación principal, en el sentido de que no es necesario que se demuestre el incumplimiento para la efecti-

²⁶ El carácter atípico de esta figura no excluye totalmente que le sean aplicables las normas o preceptos de la fianza, y si bien es cierto que como ya declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1992, RJ 1992/3031, el seguro de caución "se rige específicamente por los preceptos de la misma [en referencia a la Ley de Contrato de Seguro] y por las condiciones generales y particulares de la póliza, y no por la normativa del contrato de fianza del Código Civil", sin embargo nada obsta a que le sean aplicables los principios de la fianza en tanto en cuanto no sean contrarios a su naturaleza, como así declara la Sentencia del Tribunal Supremo, St. 735/2005 de 27 de septiembre, RJ 2005/6860, según la cual "no puede desconocerse la aplicación a esta figura jurídica de las normas propias de la fianza en cuanto se acomoden a su especial naturaleza" y partiendo de ello es evidente que el art. 1.822 y 1.827 del CC no permitirían la obligación de pago del garante sin un previo incumplimiento por parte del obligado principal.

²⁷ Así lo declara la STS, St. nº 783/2009 de 4 de diciembre, RJ 2010/271, con cita de las siguientes (SS. 12 de julio de 2001, 12 de diciembre de 2003, 27 de septiembre de 2005, 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/ 8087)).



vidad de la garantía. Dada esta independencia o falta de accesoriedad será suficiente la reclamación del beneficiario para hacer efectivo el cumplimiento de ésta, ya que solo con dicha reclamación se presupone que el incumplimiento se ha producido, pero ello, como no puede ser de otra forma, sin perjuicio de poder probar lo contrario, ya que como así se refrenda judicialmente, el avalista puede oponer²⁸ como causa de excepción al pago, “las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, dado que de no ser así se produciría una situación de enriquecimiento injusto (SS., entre otras, 12 de julio de 2001 (RJ 2001, 5.159), 29 de abril de 2002, 27 de septiembre de 2005 y 1 de octubre de 2007)”²⁹, con lo que ante la ejecución de la garantía siempre se podrá oponer –eso sí, dando cumplida prueba o acreditación del mismo– el cumplimiento de la obligación garantizada.

Esta solución mitigadora de los inadmisibles efectos de la falta de accesoriedad, armoniza perfectamente los intereses en juego de las partes contratantes con nuestro Ordenamiento,

²⁸ Además de la genérica causa de oposición consistente en “las derivadas de la propia garantía”.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, St. 783/2009 de 4 de diciembre, RJ 2010/271.

siendo que con esta inversión de la carga de la prueba, no se pueden dar situaciones de enriquecimiento injusto y, al mismo tiempo, para el beneficiario del seguro se sigue cumpliendo con su expectativa de tener asegurado el cumplimiento o la percepción de forma directa y sencilla de la indemnización en caso de que concurra éste, respondiendo de esta forma el negocio jurídico del seguro de caución a la función económica para la que venía destinado, sin por ello tener que pervertir la esencia básica de cualquier negocio de garantía o de fianza.

4.- La acción de reembolso del asegurador

Dentro de la operativa de esta modalidad aseguraticia y como nota más característica y singular de este seguro, se encuentra el hecho de que el asegurador tiene una acción de reembolso contra el tomador del seguro, acción que, como vimos, tiene conferida por Ley³⁰ en virtud del pago realizado por éste de la indemnización prevista en el contrato, siendo por ello dicho pago de la indemnización el único presupuesto o requisito para el ejercicio por el asegurador de esa acción de reembolso.

³⁰ Recordemos que así lo dispone expresamente el art 68 LCS en su último inciso “Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”.

La existencia de esta acción de reembolso afecta a la propia esencia de este tipo de seguro, y origina que la aseguradora asuma lo que se ha venido en denominar riesgo de tesorería, esto es ante el requerimiento de pago por parte del beneficiario debe pagar sin poder oponer ninguna cuestión relativa a la obligación principal garantizada –como hemos visto solo puede oponer además de las excepciones propias de la garantía el cumplimiento de la obligación garantizada– por lo que la aseguradora lo que hace es adelantar el pago ante el solo requerimiento; ahora bien, una vez ha pagado, tiene frente a su tomador una acción de reembolso precisamente en virtud de ese pago, con lo que el riesgo asumido se convierte en el denominado riesgo de tesorería, aunque sea consecuencia, de una posible insolvencia de su tomador.

El ejercicio por parte de la aseguradora de dicha acción de reembolso contra su tomador solo exige que previamente se haya producido a favor del beneficiario del seguro el pago que se pretende reembolsar, y ello, claro está a la luz de la naturaleza de los avales a primer requerimiento, sin que dicho pago deba cumplir ningún requisito previo –por supuesto sin necesidad de cubrir los requisitos propios de la subsidiariedad de la fianza simple o normal, ni tan siquiera de la renuncia de los beneficios de orden, división y exclusión previstos para el fiador en la fianza tradicional según disponen los artículos 1.831 y ss. del Código Civil– acción de reembolso que se ostenta aunque el pago realizado por la aseguradora pudiese llegar a ser calificado de indebido o injustificado, como de hecho así suelen prever las propias pólizas siguiendo el modelo de Condicionado previsto en la Resolución de la Dirección General de Seguros de 17 de marzo de 1981, RCL 1981/829, donde como Anexo 5 se aprueban las Condiciones Generales para las pólizas de seguros de caución en garantía de ejecución de contratos de obra o suministro.

Una vez reembolsado el pago por parte del tomador del seguro a la aseguradora será este tomador quien tendrá acción directa contra el beneficiario del seguro, que es a su vez su parte contratante en la obligación principal garantizada, motivo por el que será en esa sede y entre ellos donde se podrá discutir entre los propios contratantes principales si realmente existió o no incumplimiento en ese contrato.

De esta forma se cierra el círculo de esa relación jurídica trilateral; la ejecución de la garantía hace que ésta opere, como así estaba previsto, automáticamente, esto es, ante el simple requere-

rimiento del beneficiario se paga por parte de la aseguradora para después obtener el reembolso de lo pagado del tomador, habiendo obtenido el beneficiario la seguridad que buscaba en la contratación –si bien su obligado principal no le ha cumplido sí se ha visto resarcido inmediatamente de los perjuicios que le ha ocasionado ese incumplimiento– y teniendo el tomador la posibilidad de, una vez ha reembolsado el pago al asegurador, discutir con el beneficiario –que es con quien formalizó la contratación principal garantizada por el seguro y cuyo cumplimiento es controvertido– si realmente existió o no incumplimiento por su parte.

iii.- Operativa y funcionamiento negocial

1.- El incumplimiento contractual como presupuesto y elemento generador de la ejecución de la garantía

Como hemos tenido ocasión de ver hasta este lugar, toda la operativa del seguro de caución gira o pivota en torno al concepto de cumplimiento o incumplimiento contractual, ya que es ante un incumplimiento del obligado principal, cuando el beneficiario del seguro ejecuta la garantía requiriendo de pago a la aseguradora, aseguradora para la cual, como garante y ante ese requerimiento, surge un deber *cuasi* automático de pago, al producirse con el mismo y solo por el mismo requerimiento, una presunción de incumplimiento del obligado principal. Producida esa presunción de incumplimiento contractual y con ello invertida la carga de la prueba respecto al cumplimiento de la obligación principal garantizada, el garante puede, o bien probar el cumplimiento y con ello oponer éste frente a la ejecución de la garantía, o bien pagar directamente. Si realiza el pago, ya sea porque no ha podido oponer el cumplimiento del obligado principal, o porque ha atendido el pago ante el simple requerimiento sin entrar a analizar si su tomador ha incumplido o no sus obligaciones, y, una vez realizado el mismo, tendrá acción de reembolso contra aquél, acción que tendrá sólo por la realización de dicho pago.

Una vez reembolsado el pago por parte del tomador del seguro a la aseguradora será este tomador quien tendrá acción directa contra el beneficiario del seguro, que es a su vez su parte contratante en la obligación principal garantizada, motivo por el que será en esa sede, y entre ellos, que son las partes contratantes del contrato principal, donde se podrá discutir si realmente existió o no incumplimiento contractual.

De toda esta operativa se desprende cómo es el incumplimiento contractual el presupuesto y el elemento generador de la ejecución de la garantía que, para el beneficiario del seguro, confiere el seguro de caución. Pues bien, siendo por tanto esencial el incumplimiento contractual y, a la hora de concretar su concepto, toda vez que nuestro Código Civil no lo define pero sí refiere los requisitos o presupuestos objetivos que deben concurrir para entender por acaecido el cumplimiento –como fácilmente se puede colegir de los arts. 1.157 y ss. CC– se puede señalar que éste, analizado desde su triple vertiente extintiva, satisfactiva y liberatoria, es el comportamiento del deudor que se ajusta al proyecto de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria y con el que se produce la liberación del mismo y la satisfacción del acreedor. Con ello se puede entender que concurriendo el triple requisito de identidad, integridad e indivisibilidad, se produce una adecuación entre lo debido y lo realizado y por ello que ha acaecido un cumplimiento voluntario, normal o específico, en suma un cumplimiento *stricto sensu*³¹.

Partiendo de esta definición es fácil entender la dificultad que surge a la hora de conjugar ese concepto jurídico –adecuación entre lo debido y lo realizado– tan subjetivo, indeterminado y de difícil concreción, con el de automatismo de la garantía automatismo que precisamente necesita conceptos claros y de fácil determinación. De hecho se puede constatar cómo el propio concepto de cumplimiento admite diversas variantes como parcial, defectuoso, moroso etc., supuestos todos ellos difícilmente conciliables con el automatismo en el funcionamiento de la garantía, automatismo sustentando, precisamente, en un incumplimiento.

En este punto debemos recordar que el automatismo que pretende el seguro de caución constituye una respuesta a la necesidad del tráfico comercial, y por ello es una pretensión convencionalmente dispuesta y pretendida tanto por su beneficiario, que pretende disponer de un recurso rápido y eficaz que frente a un incumplimiento contractual, como por la aseguradora, que si tiene que atender un siniestro y pagar una indemnización también pretende contar con un mecanismo rápido y eficaz –su acción de reembolso– que le permita recuperar lo que ha pagado.

³¹ Un estudio completo y pormenorizado del cumplimiento e incumplimiento contractual en *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2012, obra colectiva dirigida por X. O'CALLAGHAN.

Ahora bien este automatismo en el funcionamiento de la garantía no significa que se pretenda establecer un negocio jurídico abstracto de forma que pueda funcionar independientemente de la obligación principal garantizada y en concreto y en lo que aquí importa que funcione de forma independiente de su cumplimiento o no, y ello por la sencilla razón de que este tipo de negocio jurídico calificado de abstracto no tiene cabida en nuestro Ordenamiento en el que “el artículo 1.277 del Código Civil no admite el negocio abstracto, en el sentido de desligado o independizado de su causa, pero sanciona, para las declaraciones negociales en las que la misma no se exprese, la llamada regla de la abstracción procesal, conforme a la que se presume iuris tantum su existencia y licitud...”. (STS 404/2008 de 22 de mayo, RJ 2008/3161)³² y de ahí la insistencia de toda la doctrina jurisprudencial en señalar que por mucho automatismo que se pretenda con este tipo de seguro, el asegurador siempre podrá oponer a la ejecución de la garantía el cumplimiento de la obligación garantizada³³ so pena, en caso contrario, de desnaturalizar el propio negocio, permitir ejecuciones de garantías de forma abusiva o fraudulenta así como de generar un enriquecimiento injusto.

Por ello, el único medio para obtener ese automatismo en el funcionamiento de la garantía, es a través de la objetivación, en la medida que sea posible, del concepto, reiteramos susceptible de tantas ópticas e interpretaciones, como el de incumplimiento contractual.

Sin embargo, la cuestión de objetivar qué es, a efectos del seguro, el cumplimiento o no de las obligaciones que han sido objeto de aseguramiento, no es tan sencilla; parece clara cuando, por ejemplo, se trata del pago de una cantidad de dinero (v. gr. el seguro de caución respecto del pago de una tasa) en el que no parece difícil discernir a primera vista si el tomador ha cumplido con su obligación y por tanto si el beneficiario tiene derecho a ejecutar o no la garantía; al igual que tampoco parece problemático que la aseguradora –si el beneficiario re-

³² Señala FEDERICO DE CASTRO tratando el supuesto de negocios con causa plural al tratar el pago de deuda ajena, y en cierta forma equiparable a estos efectos al supuesto que aquí nos ocupa, que en ese caso de relaciones de vida independiente no puede hablarse de abstracción, ya que en ese caso, cada una de esas relaciones funciona “conforme a su propia causa”, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Edit Civitas Madrid 1985, reimpresión 1997, pag. 292.

³³ Como ya vimos al tratar la matización jurisprudencial a la abstracción de la garantía que así se declaraba de forma pacífica reiterada y unánime por la doctrina jurisprudencial.

quirió el pago aunque sea por error- pueda, en ese caso, oponer y probar, frente a dicha ejecución, el cumplimiento de su tomador.

Ahora bien, es fácil de entender cómo la cuestión se complica hasta límites insospechados cuando la obligación principal garantizada consiste en una obligación de hacer, como, por ejemplo, cuando se asegura la correcta ejecución de una obra por una empresa contratista ante la Administración Pública, Administración que es la que suele requerir por Ley este tipo de garantías. En esos casos normalmente lo que se asegura de una forma genérica, y lo que así figura en los avales o certificados individuales, es el cumplimiento de las obligaciones convencionales y legales según legislación administrativa³⁴, objeto de aseguramiento que así descrito deja más que abierta la posibilidad de discutir si ha existido o no incumplimiento, siendo la correcta o incorrecta ejecución de un contrato de obra uno de los temas más controvertidos como así habrá tenido ocasión de constatar cualquier persona que haya realizado y llevado a cabo una obra, lo que hace entender no solo la dificultad que presupone en la operativa de este seguro, sino la prácticamente inevitable terminación en un proceso judicial, lo que precisamente trata de evitar este tipo de seguro mediante el funcionamiento de las garantías que establece.

Por ello, en estos casos, y como único remedio posible, deberán ser las propias partes contratantes las que deberán establecer y fijar apriorísticamente en el propio contrato y al momento de suscribir éste, cuándo debe entenderse producido el incumplimiento. Será ésta la única forma de que, al objetivar el concepto de incumplimiento respecto de la obligación principal garantizada, la garantía opere con el automatismo que estaba previsto, lo que también facilitará que la aseguradora conozca exactamente cuál es el riesgo asumido y con ello la debida correlación de la prima.

Y, así, continuando con ese mismo ejemplo, parece claro cómo facilitará toda esa operativa el que las partes pacten, por ejemplo, la previsión de que una certificación de la dirección fa-

cultativa de la obra certificando la existencia de errores o defectos de ejecución será suficiente para entender por producido el incumplimiento, lo que a efectos del seguro supondrá que tan solo con esa certificación la aseguradora deberá atender el requerimiento de pago del beneficiario, o la posibilidad de oponerse frente a una ejecución si no existe tal certificación³⁵.

No parece necesario destacar la diferencia de escenario que se plantea si se conoce por anticipado qué requisitos o circunstancias son necesarios para entender por producido el incumplimiento y por ello acaecido el siniestro, y así poder determinar a priori si es procedente o no ejecutar la garantía o si, ejecutada ésta, la aseguradora podrá oponerse o no a esa ejecución, frente al supuesto de que sí exista aquella prevención en el contrato, es decir de que se contemplase en el mismo qué supuesto de hecho concreto debe considerarse incumplimiento, pudiéndose por tanto concluir con la idea de que la correcta operativa de esta modalidad asegurativa, su propia finalidad y función económica-comercial, exige objetivar a priori los supuestos concretos de hecho para entender, a efectos de la efectividad de la garantía, por producido el incumplimiento contractual, objetivación del concepto de incumplimiento que además redundará en beneficio de todos los suscriptores del seguro³⁶.

³⁴ Una redacción típica en este tipo de garantías es la del aseguramiento "en los términos y condiciones establecidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, normativa de desarrollo y pliego de cláusulas administrativas particulares por la que se rige el contrato, en concepto de garantía definitiva para responder de las obligaciones y penalidades y demás gastos que se puedan derivar conforme a las normas y demás condiciones administrativas precisadas frente al asegurado".

³⁵ Esta objetivación del concepto de incumplimiento como fórmula de predeterminar los elementos esenciales del negocio, es tan esencial que en los casos especiales en los que las partes no pueden realizarla porque se trata de supuestos de seguros normados e impuestos por la Ley, por ejemplo los de afianzamiento de cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas de la Ley 57/1968, ha sido la propia jurisprudencia la que así se ha visto obligada a hacerlo, sirviendo de ejemplo toda la doctrina jurisprudencial que busca la forma de concretar el incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo convenido, atendiendo a conceptos objetivos y fáciles de determinar, como por ejemplo la obtención de la Licencia de Primera Ocupación, la expedición de certificado por funcionario del Organismo Público, etc. Véase por todas por el resumen que hace, la Resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, Auto 293/2012 de 27 de noviembre, JUR 2013/8753, el cual, si bien refiere la flexibilidad del documento para ser título sí exige que lo acredite con verosimilitud suficiente, para lo cual recurre a criterios plenamente objetivos.

³⁶ No solo para el beneficiario que por supuesto quiere y busca ese automatismo en la garantía, sino también para la aseguradora que puede evaluar correctamente el riesgo que asume y así evitar desagradables sorpresas con muy importantes consecuencias económicas como por ejemplo la muy reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 13 de septiembre de 2013, Sentencia que en síntesis viene a declarar la concurrencia de los requisitos previstos legalmente para proceder a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los cooperativistas asegurados, Sentencia que llega a esa conclusión tras una interpretación, completamente

2.- Inmunidad de la acción de reembolso frente a las excepciones del tomador

La última fase o estadio en la operativa del seguro de caución, es la acción de reembolso concedida a la aseguradora una vez ésta haya realizado el pago a favor del beneficiario tras el requerimiento o ejecución de la garantía, pago que pudo realizar la aseguradora bien automáticamente ante el mero requerimiento, o bien tras intentar oponer el cumplimiento del contrato por su tomador y obligado principal.

Como ya vimos, la acción de reembolso la ostenta la aseguradora solo por el hecho de haber realizado el pago, por lo que cabe ahora analizar qué actitud puede adoptar el tomador del seguro frente a dicha acción de reembolso, es decir, una vez se dirige la acción contra él por su aseguradora.

En primer lugar y respecto a las hipotéticas causas de oposición que pudiera formular el tomador referidas a la obligación principal garantizada, parece claro que por la propia naturaleza y en general por toda la operativa de este tipo de seguro, la acción de reembolso que en virtud del pago realizado ostenta la aseguradora, es y debe ser inmune a las excepciones del tomador referidas a la obligación principal garantizada, causas de oposición inoponibles a dicha acción de reembolso.

Ello es tan solo la consecuencia de la, como ya vimos, no accesoriedad de la garantía respecto de la obligación principal que garantiza; si la obligación que nace del seguro es distinta, autónoma e independiente de la obligación principal garantizada y si por ello ni siquiera se puede oponer por la aseguradora nada referente a esa obligación principal frente a la ejecución de la garantía, ya sea solo en un orden de cosas práctico a un equilibrio de los intereses en juego, nada se podrá oponer a dicha acción de reembolso que se refiera a la obligación principal, ya que la acción de reembolso concedida al asegurador al menos debe encontrarse en las mismas condiciones que la acción ejercitada por el beneficiario contra él; es decir, el asegurador ante la acción que él 'sufrió' y originó su pago nada pudo oponer al beneficiario del seguro en relación a la obligación principal garantizada, por lo que el tomador tampoco podrá oponer a la acción del asegurador nada relativo a la obligación principal garantizada, funcionando para esta acción de reembolso el mismo automatismo que funcionó con la acción del beneficiario, por lo que ejercitada la acción de reembolso, el tomador deberá directamente pagar, y ello sin



perjuicio de la acción que después a ese mismo tomador, le pueda corresponder contra el beneficiario del seguro en caso de que el pago que realizó la aseguradora fuese indebido o injustificado.

En suma, esta inoponibilidad frente a la acción de reembolso de cualquier excepción propia de la relación principal garantizada es consecuencia de la no accesoriedad de la garantía en este tipo de seguro, falta de accesoriedad que es precisamente la que se trata de articular mediante los avales a primer requerimiento.

Ejemplo esclarecedor de la inmunidad de excepciones relativas a la obligación principal garantiza frente a esa acción de reembolso, es el resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2005, St. nº 199/2005, RJ 2005/3331 supuesto en el que, en relación a una acción de reembolso ejercitada por un asegurador contra su tomador en virtud del pago que realizó a favor de una Administración Pú-



blica por una Tasa que finalmente fue declarada inconstitucional, se resuelve por el Tribunal que procedía la acción de reembolso y que el tomador debía reembolsar sin perjuicio de que después se dirigiese a esa Administración a reclamarle la devolución de ese pago indebido hecho por la aseguradora, lo que es una consecuencia lógica de este tipo de garantías, ya que en ese caso, como allí se resuelve, la cuestión de si la tasa es o no constitucional y por ello de si la Administración tiene o no derecho a cobrarla, será una cuestión a dilucidar entre aquellas dos partes, tomador –como sujeto pasivo– y Administración –como Órgano recaudador– pero por completo ajena a la aseguradora quien a estos efectos se limitó a pagar como un avalista ante el mero requerimiento de la administración, sin poder discutir si su tomador debía o no pagar esa tasa o si la misma era constitucional o no.

Por ese motivo, es decir porque la aseguradora nada pudo oponer a la Administración en relación a la obligación principal garantizada

–en este caso la obligación de pago de la tasa y su carácter constitucional o no– es por el que no se le podrá oponer a ella por el tomador, la misma causa que ella no pudo oponer al beneficiario, siendo que de esta forma su intervención ha sido la de un simple garante que, ante un requerimiento ha pagado de forma mas o menos automática, teniendo su acción de reembolso de idéntica manera, habiendo asumido como tal garante solamente lo que ya hemos señalado que viene a denominarse como riesgo de tesorería, siendo por tanto indiscutible su derecho de reembolso incluso respecto de un pago que, como luego se pudo constatar con su declaración de inconstitucionalidad, era indebido o mejor dicho fue indebidamente requerido por la Administración.

Cuestión distinta y de mayor complejidad parece ser la de determinar si frente a esa acción de reembolso es oponible por el tomador su propio cumplimiento de la obligación principal garantizada, cumplimiento que como ya vimos al analizar la matización jurisprudencial de la falta de accesoriedad, sí puede oponer la aseguradora frente a la ejecución de la garantía por el beneficiario y que, sin embargo y a pesar de ello, ya podemos anticipar que no podrá oponer el tomador frente a la acción de reembolso de su aseguradora.

Aunque a primera vista pueda parecer que atenta al sentido común condenar a alguien a pagar por un incumplimiento en que de verdad él no ha incurrido –que eso es lo que significa la inoponibilidad del cumplimiento de la obligación garantizada– y aunque resulta comprensible que el tomador se oponga a esa acción de reembolso alegando que él no ha incumplido sus obligaciones y que por tanto la aseguradora no tenía que haber atendido el requerimiento del beneficiario al ejecutar la garantía³⁷, pues bien, a pesar de todo ello, lo cierto es que la ac-

extensiva e integradora conforme a la Ley, de los términos y alcance de la garantía, y ello gracias a la escasa determinación en el contrato de los términos del aseguramiento y la ambigüedad a la hora de describir el riesgo asegurado como “garantía del buen fin de los anticipos”.

³⁷ Es cierto, que resulta cuando menos llamativo ver una condena a cargo de una promotora –tomadora de un seguro de la Ley 57/68– por la acción de reembolso de su aseguradora cuando esa misma Promotora está obteniendo sentencias que declaran que no procede la resolución de las compraventas de esa misma promoción, más aún cuando la aseguradora pudo oponer a la ejecución de su garantía el cumplimiento del Promotor –ciertamente con las dificultades de probar indubitadamente ese cumplimiento– lo que sin embargo, en base a esa operativa del seguro, no puede hacer cambiar esta conclusión de que el reembolso procede en todo caso.

ción de reembolso es y debe ser inmune a la excepción de cumplimiento de la obligación principal garantizada por el tomador del seguro.

Esta inoponibilidad de excepciones incluyendo aquella que se refiera al cumplimiento de la obligación garantizada, responde no solo a razones de equidad o al propio funcionamiento de este tipo de garantía, sino que también obedece a una expresa prevención legal, a una, normalmente prevista, prevención convencional y a la aplicación como fuente de Ley de los Principios Generales del Derecho.

Así, en primer término y respecto a esa prevención legal, hay que tener en cuenta que esta acción de reembolso que ostenta el asegurador en virtud del pago por él realizado, es, por disposición legal ex art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro, una acción de reembolso y no de subrogación³⁸ lo que no es una cuestión meramente nominalista, si no que supone establecer esa inoponibilidad de excepciones propias de la relación principal garantizada, porque la acción de reembolso -también denominada en ocasiones de regreso- “supone el nacimiento de un nuevo crédito contra el deudor en virtud del pago realizado, el cual extingue la primera obligación”³⁹. Por ello es obvio que si con el pago realizado por el asegurador se extinguió la primera obligación, difícilmente podrá oponerse frente a dicho reembolso excepciones propias de una relación a esos efectos extinguida, incluido su cumplimiento.

En segundo lugar, esa inmunidad frente a la excepción u oposición del cumplimiento de la obligación, también es, o suele ser en la inmensa mayoría o practica totalidad de los casos, una prevención contractual, ya que las pólizas suelen preverlo expresamente. Así, es una cláusula habitual en este tipo de pólizas, la que prevé en relación a la acción de reembolso, que *el tomador no podrá alegar para negarse al pago a que se obliga, las objeciones formuladas al Asegurado por el Ase-*

³⁸ Se viene declarando jurisprudencialmente que “tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala son coincidentes en afirmar que el art. 68, *in fine*, de la Ley de Contrato de Seguro concede al asegurador una acción de reembolso, no una acción de subrogación en los derechos del asegurado”, Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 1237/2004 de 20 de diciembre RJ 2004/8134, en términos casi idénticos, la Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 222/2003 de 12 de marzo RJ 2003/2572.

³⁹ Así se declara, en relación a la acción de reembolso ejercitada por pagos realizados por terceros en virtud del art. 1.158 CC, sirviendo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 1098/2007 de 11 de octubre RJ 2007/6489.





gurador⁴⁰, habiéndose reservado asimismo la facultad del asegurador para efectuar el pago ante el requerimiento del asegurado *sin necesidad de que el tomador muestre o no su conformidad y sin tener la obligación de considerar si el requerimiento de pago del Asegurado es no justificado*⁴¹, permitiéndosele hacer dicho pago aunque el mismo sea indebido o injustificado, lo que viene a inmunizar aún más a esta acción de reembolso.

Por último y como ya hemos apuntado, los Principios Generales del Derecho también avalan esta inoponibilidad ya que “el fundamento último de todo derecho de reembolso está en la proscripción del enriquecimiento injusto o sin causa, como principio de equidad que es base del Derecho patrimonial”, siendo el derecho de reembolso “una especificación del principio que veda el enriquecimiento sin causa”, principio éste que veda el enriquecimiento injusto que, aun siendo de aplicación subsidiaria, nada obsta a que tenga virtualidad aun en el caso de controversias con origen en una relación contractual⁴². En suma, también la proscripción del denominado enriquecimiento injusto, origina que con el pago realizado por el asegurador se le confiera a éste una acción de reembolso y no una acción de subrogación, ya que se le confiere dicha acción no con una finalidad de resarcimiento –como con la subrogatoria– sino con la de evitar un enriquecimiento injusto, todo lo cual redundará finalmente en esa inmunidad de dicha acción respecto de la oposición del tomador sustentada en el alegato de su cumplimiento de la obligación principal garantizada.

Por todo ello, es decir, por la Ley –art. 68 de la LCS– por el contrato –cláusulas previstas en las pólizas– e incluso por los Principios Generales de Derecho –equidad por proscripción del enriquecimiento injusto– frente a una acción de reembolso ejercitada por el Asegurador en virtud del art. 68 de la LCS, el tomador no podrá oponer ninguna excepción o causa de oposición al pago que no sean las propias contempladas en la garantía estando excluidas como causas de oposición tanto las excepciones propias de la obligación principal garantizada como las relativas a la

⁴⁰ Redacción típica de una cláusula relativa a la acción de reembolso, prevista en similares términos por el condicionado previsto como Anexo 5 de la Resolución de la Dirección General de Seguros, datada el 17 de marzo de 1981 (RCL 1981/829), según el cual se dispone en el art. 13 el reembolso de todo pago hecho por el asegurador, *sin que el tomador pueda alegar, para no hacerlo, las objeciones por él formuladas*.

⁴¹ Facultad también prevista en el condicionado de aquella Resolución de la Dirección General, art. 12

⁴² Todo ello según declara la STS, St. nº411/2010 de 28 de junio, RJ 2010/5417.



inexistencia de cumplimiento. En ningún caso se podrá oponer nada referente a la relación principal garantizada por el tomador frente a una acción de reembolso, tampoco el cumplimiento de la obligación, y ello no solo porque el asegurador haya 'salvado' en la póliza su derecho de reembolso a los supuestos en que el pago que se hiciera al beneficiario fuese indebido o injustificado, sino porque el propio automatismo en el funcionamiento de la garantía así lo aconseja, y ello claro está sin perjuicio de que ese mismo tomador con posterioridad al reembolso, pueda dirigirse contra el asegurado si realmente fuese cierto que el pago que hizo el asegurador a su favor fuese indebido o injustificado.

IV.- Conclusiones

Las conclusiones finales que se pueden extraer de estas líneas se concretan en dos ideas principales:

- 1º.- Que el automatismo en el funcionamiento de la garantía que concede el seguro de caución, aconseja la objetivación y determinación a priori del concepto de incumplimiento contractual en el propio contrato de seguro y en el certificado o aval expedido al amparo del mismo, a los efectos de que funcione como presupuesto del nacimiento de la obligación indemnizatoria y de la posterior acción de reembolso.
- 2º.- Que la acción de reembolso es y debe ser inmune a las excepciones que pueda oponer el tomador, tanto respecto de las excepciones que puedan referirse a la obligación principal garantizada, como a la propia oposición por cumplimiento de la obligación principal, y ello sin perjuicio de la posterior acción del tomador frente al beneficiario una vez producido el reembolso.

Anotaciones de un perito, sobre la Responsabilidad Civil Patronal



Manuel Santos Ruiz
Ingeniero de Edificación
Máster en Seguridad Laboral
Perito de Seguros

Sumario

- I. Introducción y justificación de trabajo
- II. Consideraciones Generales
- III. Ejemplo I, accidente en una carretilla móvil
- IV. Ejemplo II, un accidente por caída a distinto nivel
- V. Conclusiones al estudio

I. Introducción y justificación del trabajo

Este trabajo, se comenzó dentro del seno de la Comisión de Seguridad e Higiene, del Colegio Oficial de Arquitectos Técnicos e Ingenieros de la Edificación de Madrid.

Bien es sabido, que la siniestralidad azota en particular a este colectivo por su relación directa en las obras de construcción y además por su particular vinculación a tareas relacionadas directamente con la Seguridad Laboral, como son:

- La coordinación de Seguridad, Coordinador de Seguridad
- La Dirección de las Obras
- Los Estudios y Planes de Seguridad.

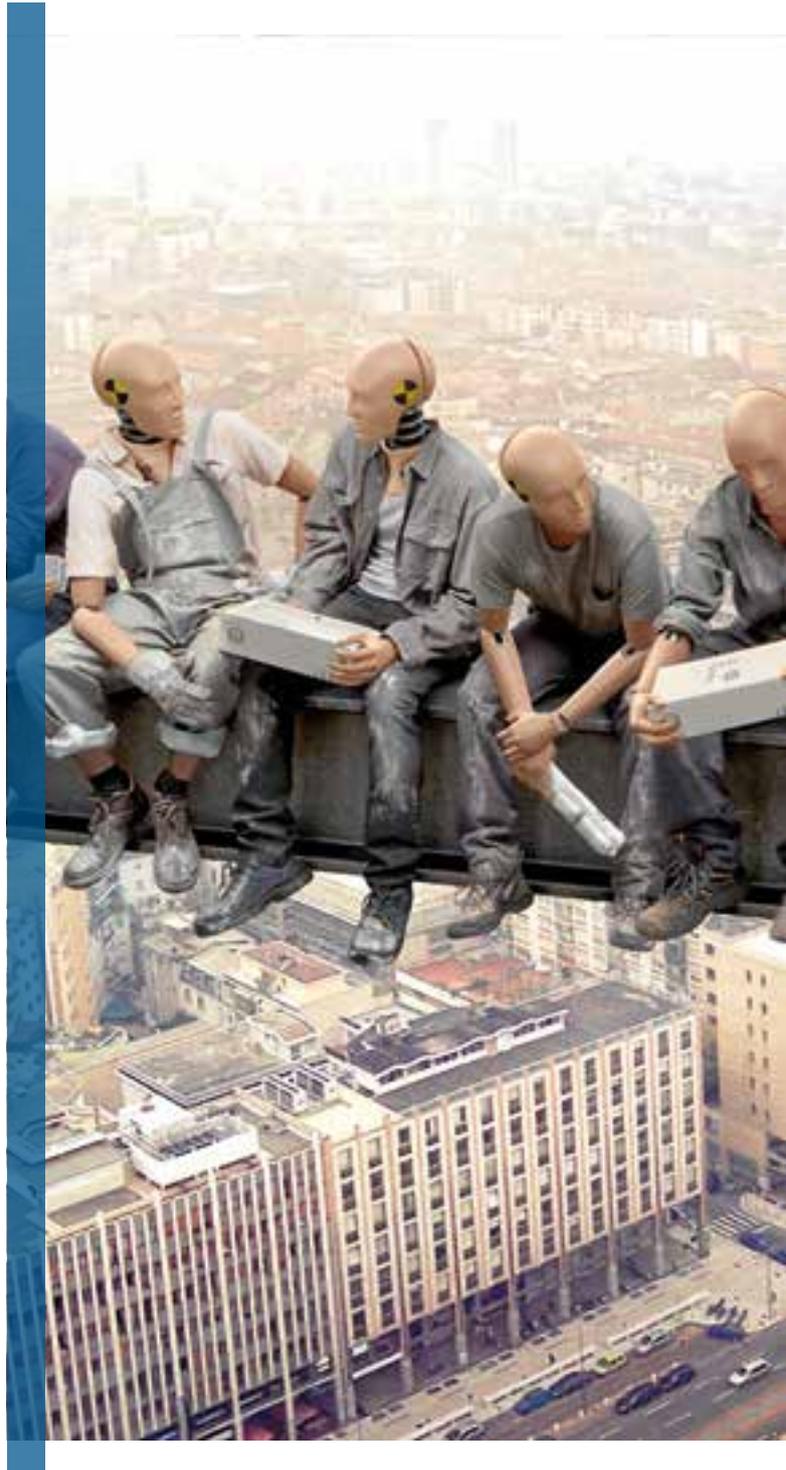
Y siendo el profesional que más tiempo dedica a la obra por término medio, le toca vivir más situaciones de riesgo inclusive personales.

Por tal motivo, es del máximo interés para el colectivo, avanzar en la investigación de las causas, para así poder atajar o reducir la siniestralidad, que tanto daño provoca en vidas y en recursos.

Se empezaron a publicar una serie de artículos, y que tuve el honor de hacer personalmente, sobre casos reales que había peritado, en mi faceta de perito experto en la investigación de accidentes, para varias aseguradoras. Estos siniestros, tuvieron su continuación con las Sentencias que posteriormente salieron, que me permitieron, conociendo las causas y el origen del siniestro, poder ver la interpretación que el Juez daba a los hechos, y así poder relacionar varias etapas en todo el proceso que acompaña al siniestro, como son:

1. El accidente
2. Sus circunstancias
3. La causa del accidente
4. La interpretación que hace la Justicia
5. Las conclusiones de lo sucedido

Con ello, los técnicos encargados o afectados del siniestro, pueden extender la visión del suceso hasta más allá del mero límite del marco físico del accidente, y así podrían valorar mejor sus consecuencias.



ÍNDICES DE INCIDENCIA DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO EN EL SECTOR Y CATEGORÍA DE ACTIVIDAD
PERIODO: septiembre 2012-agosto 2013

septiembre 2012 a agosto 2013	Nº ACCIDENTES DE TRABAJO LEVES	ÍNDICE INCIDENCIA TRABAJO LEVES	Nº ACCIDENTES DE TRABAJO GRAVES	ÍNDICE INCIDENCIA TRABAJO GRAVES
AGRARIO	25.145	2.506	432	43,1
INDUSTRIA	80.880	4.398	686	37,3
CONSTRUCCIÓN	39.295	5.435	501	69,3
SERVICIOS	232.582	2.243	1.606	15,5
TOTAL	377.902	2.712	3.225	23,1



TRABAJO CON BAJA EN JORNADA DE TRABAJO POR GRAVEDAD
RESPECTO A septiembre 2011-agosto 2012

Nº ACCIDENTES DE TRABAJO MORTALES	ÍNDICE INCIDENCIA TRABAJO MORTALES	Nº ACCIDENTES DE TRABAJO TOTALES	ÍNDICE INCIDENCIA TRABAJO TOTALES	POBLACIÓN AFILIADA
52	5,2	25.629	2.554	1.003.391
85	4,6	81.651	4.440	1.839.035
66	9,1	39.862	5.514	722.959
231	2,2	234.419	2.261	10.369.203
434	3,1	381.561	2.738	13.934.587

Esto pensamos ayudaría a reforzar el cuidado y las exigencias de seguridad, y ser plenamente conscientes de su papel en la seguridad y en el propio accidente.

También y con fechas posteriores, se publicó parte de este trabajo en la revista APCAS de la Asociación de Peritos, en su revista trimestral PERICIA.

El objetivo en este caso era bien distinto, no tal vital como en el anterior grupo profesional, sino que se trataba de divulgar esta modalidad pericial, no tan conocida ni extendida, como los siniestros tan habituales de robo, incendio y de daños por el agua.

Creemos que el tema sigue siendo de actualidad ya que en los últimos tiempos la siniestralidad laboral si bien en números se ha reducido, también es cierto que las cifras siguen siendo muy elevadas.

Vemos que en las Estadísticas del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, y por sectores, en la construcción están contabilizados 39.862 siniestros, y en la industria nada menos que 81.651 accidentes. En total de todos los sectores, nada menos que 381.561 accidentes.

Hay muchos más, pero como las estadísticas solamente recogen los que conllevan un día o más de baja, las cifras quedan muy rebajadas. Pero el riesgo subyace de igual manera.

Alrededor del 4% del PIB mundial se pierde con el costo de las bajas, las muertes y las enfermedades en forma de ausencias al trabajo, tratamientos y prestaciones por incapacidad y por fallecimiento. Esto supone un gasto social enorme, que hay que reducir, ya que es posible hacerlo.

II. Consideraciones generales

Creo que resulta interesante profundizar un poco, sobre una rama de la pericia que no termina de arrancar y por ello no es muy conocida.

Que no lo sea no significa que sea menos útil el practicarla, si no, que debido a la relativa novedad de la ley de Prevención del año 1995, todavía no ha cuajado bien en la sociedad la idea de la gravedad y responsabilidad de los accidentes laborales, que no son otra cosa que la colmatación de actitudes y comportamientos erróneos en materia de seguridad, de todos los estamentos que abarca el ámbito laboral.

Las aseguradoras participan en muchos de estos accidentes, ya que la cobertura existe y se conoce como: 'RC patronal', que hace frente a las responsabilidades en las que incurra la empresa asegurada, lo que supone:

- A) Que tenga trabajadores asalariados en nómina
- B) Y sufran estos, daños en el cometido de su trabajo
- C) Y además que estos daños sean atribuibles a algún tipo de culpa por parte de la empresa contratista. En sus obligaciones de preservar la seguridad de sus trabajadores.

Si el accidentado no es empleado, entonces no cabría para la empresa hablar de este tipo de responsabilidad, y sería otra responsabilidad más general, la responsabilidad civil, pero no entraría en el ámbito laboral como 'la RC patronal'. Que sería el supuesto que aquí estudiaremos.

Decimos que no es muy conocida porque existe aún la tendencia por parte de las Aseguradoras de 'no peritar o peritar poco' este tipo de siniestros, y ello es debido a que establecen su sistema 'defensivo' en base a los informes de la Inspección de Trabajo, lo cual en nuestra sencilla opinión es un craso error, por las razones siguientes:

1ª.- Por que en muchos casos, la inspección se limita a destacar las deficiencias encontradas en materia de seguridad, y no entran a determinar la causa del accidente. Destacan faltas en materia de seguridad que nada tienen que ver con la causa del accidente, las penalizan con multas y recargos a las cuotas de la SS y ahí acaba su cometido. La investigación del accidente brilla por su ausencia.

Parece que la relación de causalidad se somete exclusivamente (en muchos casos, no en todos) al incumplimiento Reglamentario, y nada más lejos de la realidad.

2ª.- Porque la falta de otras pericias contrastables, hace a los Jueces incidir para crear su opinión, exclusivamente en los informes de la Inspección de Trabajo, como únicos informes. Y se atienen a la benevolencia de estos informes para defender o negociar sus intereses. Intereses que mayormente no están representados en los informes, pero que igualmente puede alcanzarles sus efectos. Además el Informe de la inspección no hay que olvidar, que es objetivo,

exclusivamente en el ámbito laboral, en donde este tiene mayor peso, dado el carácter de veracidad con que se arropan. En otros ámbitos (civil y penal) son simples informes periciales, como cualquier otro.

Somos por consiguiente de la opinión, de que el que se periten adecuadamente estos siniestros servirá para ampliar la visión del accidente, a mejorar la prevención, y además pondrá las cosas en su sitio, ayudando a atribuir el daño al responsable, y no, que por falta de pruebas solventes la distribución de la culpa o la misma causa del siniestro alcance a quien no deba, sea injusta y no se ataje el problema que lo ha causado.

Es decir, que se investigue las causas primeras o principales del accidente, como objetivo principal, que será lo único que ayude a mejorar la siniestralidad.

Como técnico no jurista, estamos seguros que hemos cometido muchas inexactitudes al expresar nuestras ideas, pero también sabemos, y ello nos ha impulsado a hacerlo, porque al estar más cerca que el jurista del siniestro, podremos ver más cosas que el simple papel, que luego ayuda a explicar lo sucedido.

Así que rogamos benevolencia a los más sabios en esto de las leyes, y a quienes pedimos su crítica y opinión.

Pero la idea que queremos transmitir y agrandar es muy sencilla; 'el siniestro puede evitarse'. Si se utilizan los medios adecuados, en el orden oportuno y con la vigilancia debida, y por todas las partes que intervienen en el proceso productivo.

En la exposición, comentaremos dos siniestros reales peritados por nosotros hace ya algunos años, pero que pueden ser todavía actuales, pues no ha cambiado el marco legal ni técnico en el que se produjeron.

Seremos discretos en lo relativo a nombres y direcciones, por mantener a salvo la privacidad de los protagonistas, pero el análisis por ello no perderá rigor.

III. Ejemplo I, accidente en una carretilla móvil

Este es un asunto ocurrido en una fábrica de productos para la construcción, y no directamente en la obra. Pero que igualmente puede salpicar a técnicos que en dicha fábrica realicen funciones o bien de seguridad o bien gerencia-

les o de Dirección de Fabricación. Por lo tanto hemos considerado interesante su estudio.

Además el técnico de cualquier especialidad debe desarrollar una visión amplia de la seguridad, intuitiva y sin limitaciones a su sector de implantación.

Allí donde aprecie una falta de seguridad “le debe saltar el resorte prevencionista” de forma automática.

1.- Los hechos.

Durante el manejo de una carretilla móvil la trabajadora de una empresa de prefabricados, sufrió un grave accidente al volcarse la carretilla y quedar aprisionada bajo la misma. Causándole gravísimas lesiones que la han producido una invalidez permanente, aparte de otras secuelas igualmente importantes. La trabajadora provenía de una ETP y estaba en la fábrica por tanto como trabajadora ‘cedida’ por esta a la empresa ‘usuaria’ o productora.

2.- Calificaciones previas.

La acción ejercida que comentaremos, corresponde a una reclamación civil derivada de daños causados por el accidente, que exceden del ámbito del procedimiento laboral por la cuantificación realizada por la parte actora.

No tenemos constancia de acciones de oficio por parte de la fiscalía.

Como ampliación y motivo de reflexión diremos que: el marco de las exigencias por daños y perjuicios en origen rondaban los 800.000 euros.

3.- Implicados.

Como implicados figuran los personajes siguientes:

- Empresa donde se produjo el accidente.
- Empresa de Trabajo temporal a la que pertenecía la trabajadora.
- Sus respectivas aseguradoras.

4.- Hechos probados.

Los hechos probados a lo largo del juicio, fueron los siguientes:

1.- El accidentado tenía la categoría de oficial de 3ª y pertenecía a la plantilla de una em-

presa de trabajo temporal que la cedió a la Fca. de prefabricados, en virtud de un contrato de ‘puesta a disposición’.

2.- Del examen en el Plan de Seguridad de la fábrica, el Juez extrajo como riesgos del puesto de trabajo, los siguientes: caídas de personas al mismo nivel, caída de objetos por manipulación, golpes contra objetos inmóviles, golpes y contactos con elementos móviles. Con respecto al uso y manipulación de cargas mediante carretillas auto transportadas, el mismo Plan decía:

“No sobrepasar la carga útil de la máquina, no colocarse para aumentar el contrapeso, queda prohibido el transportar personas en las máquinas, solamente conducirán las máquinas personas autorizadas”.

3.- Del examen del contrato suscrito entre ambas empresas, y en lo relativo a la descripción del riesgo se decía entre otras lo siguiente: caídas de personas al mismo nivel, caída de objetos por manipulación, golpes contra objetos inmóviles, golpes y contactos con elementos móviles, atrapamientos por o entre objetos, atrapamientos por el vuelco de máquinas, sobreesfuerzos, exposición a temperaturas extremas, contactos eléctricos, resbalones.

4.- La empresa ‘cedente’ dio a la trabajadora un curso de seguridad que versaba en los siguientes apartados: orden y limpieza, manejo manual de cargas, ruido, incendio y electricidad, de dos horas de duración.

5.- Con el fin de desempeñar una función en su puesto de trabajo el día x-x-xxxx, la trabajadora se puso a los mandos de una carretilla para transportar algunos productos desde el interior de la nave de fabricación a una ‘campa exterior’ de almacenaje. Después de dejar esta, circulando con la carretilla vacía de vuelta, descendió una rampa con pendiente del 5% aprox. y 12 metros de larga, para a unos 13 metros de la rampa realizar un giro a la derecha de unos 45º. Momento en el cual la carretilla volcó, saliendo despedida la trabajadora del puesto de conducción y siendo atrapada contra el suelo por el pórtico de la máquina. La carretilla carecía de cinturón de seguridad.

6.- La actora poseía el carnet de conducir, pero no formación específica de carretillas, si bien no era la primera vez que la cogía y un compañero meses antes, había enseñado oficiosamente a la actora a llevar una carretilla de esas características.

7.- A consecuencia del accidente, la trabajadora quedó con una minusvalía del 76% por paraplejía y un 1% de factores sociales complementarios. Con 15 puntos por movilidad reducida y 23 puntos por necesidad de concurso de 3ª persona (ayudas de por vida).

8.- La Inspección de Trabajo, en su actuación de oficio había levantado acta a la empresa donde se produjo el accidente por infracción de los siguientes Art. :

Art.	Documento
19.1	Ley de Prevención
3.1/2.2	Anexo del RD 1215/97

5.- La Sentencia y sus fundamentos.

La Sentencia recoge parcialmente las exigencias de la parte actora y condena solamente a la empresa usuaria, y no a la empresa a la que pertenecía el trabajador.

Muchos son los fundamentos jurídicos a los que alude el Juez en su sentencia. Destacaremos algunos de los principales:

Los trabajadores tienen reconocido derecho a recibir una protección eficaz en materia de seguridad e higiene, lo que exige a su empresario un correlativo deber de protegerles frente a los riesgos laborales. En este sentido se establece la obligación al empresario de facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores que contrata. Obligación recogida en muchos textos legales.

1. El empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica suficiente y adecuada en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de esta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios que en los equipos de trabajo.
2. Por otra parte, no existe acreditación alguna que diga que la trabajadora cedida, lo hizo con la misión de conducir carretillas, siendo esta una misión que se la dio cuando ya estaba trabajando en la empresa usuaria, pero que sin embargo no fue acompañada de la debida formación complementaria.
3. Que el uso y manejo de carretillas al margen del requisito legal de la existencia del carné de conductor de carretillas, conlleva





evidentes riesgos para el conductor, que no son en modo equiparables a los que conlleva la conducción de vehículos por carretera, por lo que la alusión a la tenencia de este no es válida. El apartado 2.1 del Anexo II del RD 1215/1997 que exige “que los conductores de equipos automotores está reservada a trabajadores que hayan recibido una formación específica para la conducción segura de estos equipos de trabajo”.

4. Además la carretilla carecía del preceptivo cinturón de seguridad
5. La falta de información de la empresa usuaria a la empresa cedente del trabajador, impidió que esta enviase a un trabajador adecuadamente formado para los riesgos reales a que se iba a enfrentar.

6.- Idea principal.

De la información anterior destacamos como relevantes los siguientes datos, que conforman en realidad la causa del siniestro.

Falta de cualificación del personal para trabajos especiales que tienen especial riesgo. Podemos citar algunos: trabajos de montaje de andamios, elevadores diversos, manejo de grúas, manejo de elementos de carga diversos auto transportados, trabajos en altura. Nuestro consejo sería que para este tipo de trabajos, el técnico responsable de la seguridad o empresario, no diera por dada la acreditación y que verificase los certificados o permisos.

Falta de elementos de seguridad en general y en la carretilla en particular. Faltaba el cinturón de seguridad, que la habría mantenido sujeta al asiento, dentro de la cabina, tras la caída de la carretilla.

Responsabilidades. Resulta más claro con ayuda de la sentencia comprender, que el MÁXIMO RESPONSABLE es la empresa usuaria del trabajador, y que la empresa ‘cedente’ no la tiene imputada. Aunque mantenemos nuestra reserva al respecto.

Así pues, la Aseguradora que tenga cubierta la RC patronal en la empresa usuaria, deberá hacer efectiva su cobertura de seguros.

Y dentro de la empresa usuaria, existirán los responsables de la seguridad, empezando por el encargado o jefe directo, que la ordenó que hiciera esto o aquello.

IV. Ejemplo II, un accidente por caída a distinto nivel.

1.- Hechos.

Un trabajador se encontraba trabajando en el piso 3º de una obra en construcción realizando la construcción del muro de fca. del cerramiento del hueco de la escalera.

Al pisar un tablero que cubría un hueco en el suelo, se precipitó al vacío cayendo desde una altura de 10 metros sobre el suelo de la planta baja, falleciendo días después por las heridas sufridas.

2.- Fundamentos de la demanda.

El Ministerio Fiscal imputa a los acusados la Comisión de un delito contra los derechos de los trabajadores, tipificado en el Art. 316 del CP y otro de homicidio imprudente previsto en el Art. 142 del citado texto legal.

3.- Implicados.

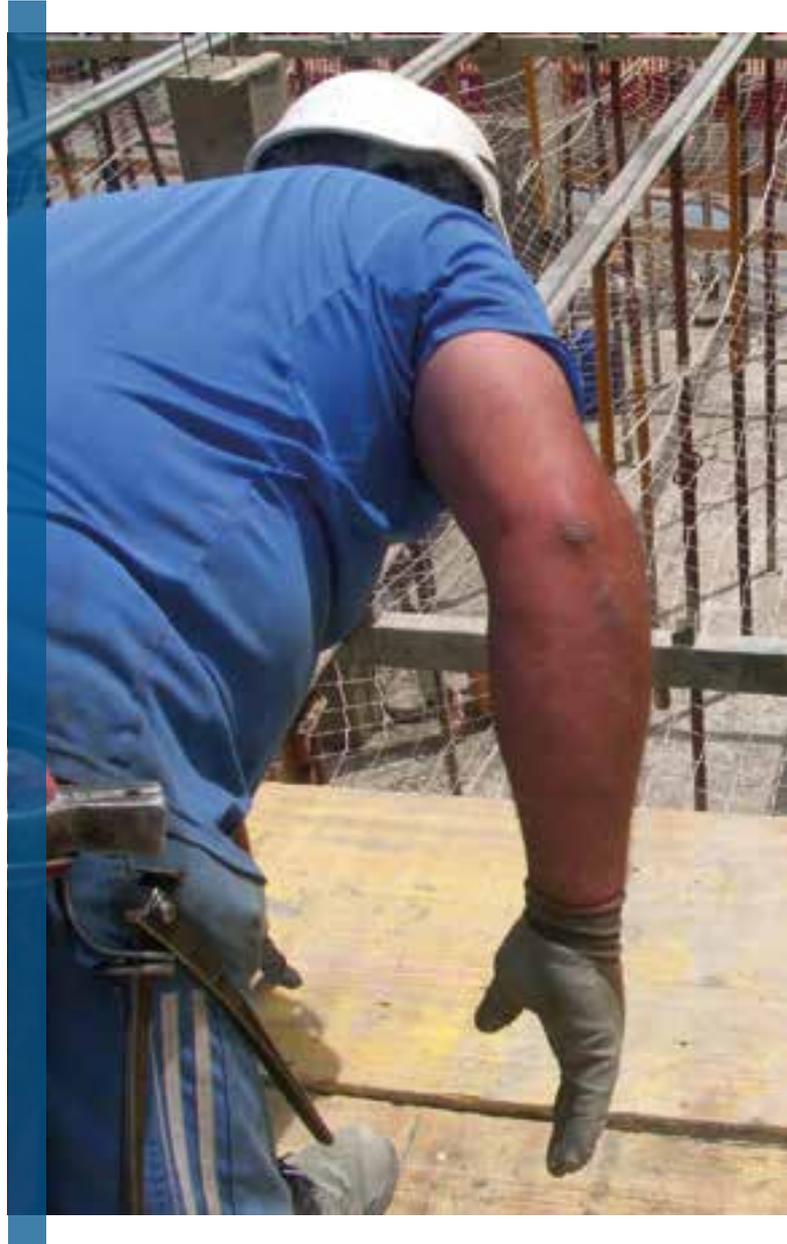
El Jefe de Obra de la contrata principal, Arquitecto técnico que elaboró el Plan de Seguridad y el Director de la ejecución material de la obra, también el Arquitecto Técnico que aprobó dicho Plan. Al parecer en la obra no existía la figura del Coordinador de Seguridad, por no exigirla las condiciones de la misma.

4.- Hechos probados.

El trabajador de 57 años, oficial albañil de la contrata principal, se encontraba trabajando junto con otros dos operarios en la planta 3ª de un edificio en construcción, cuando al situarse sobre un tablero que tapaba el hueco de un patinillo de servicios de 0,45x1,45 metros, cedió este que estaba sujeto por un puntal precipitándose al vacío, cayendo contra el suelo de la planta baja 10 metros más abajo produciéndose graves lesiones que posteriormente le causaron la muerte.

Se ha llegado a determinar, que situarse sobre dicho tablero no era necesario para efectuar el trabajo, y que dicho tablero no le molestaba para la realización del trabajo.

Por otra parte, ya quedó constancia en el Acta de la Inspección de trabajo la opinión de que el tablero que protegía el hueco era inseguro, por carecer el tablero de algún sistema que impidiera su movimiento.



Ejemplo de hueco debidamente protegido mediante una malla provisional, que luego se corta.

5.- Fundamentos de la Sentencia.

a) El Juez ha tenido muy en consideración las opiniones y contenido del Acta de Inspección de Trabajo que incluyen las siguientes:

Considerando infringido por ello el apartado 3, letras 'a, b y c' de la parte 'c' del Anexo IV del Real Decreto 1627/97, así como el Art. 187 de la Ordenanza Laboral de las Industrias de la Construcción, Vidrio y Cerámica, que dice que cuando exista un riesgo de caída de altura superior a dos metros, los huecos se protegerán con barandillas u otros sistemas de protección colectiva equivalentes.



Motivo por el cual la inspección efectuó la correspondiente denuncia y propuesta de multa a la contrata principal.

Otra sanción o motivo de sanción de la Inspección de Trabajo, viene motivada por la falta de seguridad existente en la previsión del Plan de Seguridad, en el lapsus de tiempo comprendido entre la retirada de las barandilla de borde de forjado y la construcción del muro de cerramiento.

Por último y 3ª propuesta de sanción la motiva la falta de formación preventiva del trabajador.

Como atenuante a las anteriores, se tiene en cuenta que el Plan de Seguridad incluía medidas colectivas de protección de huecos, si bien no contemplaba la situación mencionada

antes, es decir la seguridad debida en el lapsus de tiempo en que se quitan las barandillas de borde y el muro coge la altura de seguridad suficiente.

b) De las declaraciones de los testigos, que conocían la existencia del hueco, del tablero y de los trabajos que se realizaban, el Juez concluye de que el tablero estaba en su sitio pero que cedió al colocarse el trabajador sobre el mismo, infiriendo de ello que necesariamente la resistencia de los puntales no era la necesaria.

c) Sin embargo el Juez no considera penalmente la falta de información del trabajador, ya que este era oficial de 1ª y debía de estar informado por la experiencia sobre algo tan básico.

d) Toma en consideración que existía el Plan de Seguridad que contemplaba el riesgo de caída y sus protecciones colectivas, pero lo considera insuficiente (por las razones explicadas). Su existencia no obstante es motivo para que no pueda considerar la existencia de una falta grave en materia laboral y exculpa por ello del delito contra la seguridad de los trabajadores.

e) Por último, no puede considerar por delito de homicidio, ya que la imprudencia ha de ser grave, y se hayan infringido 'deberes elementales'. Tampoco es temeraria, pues no ha existido un olvido total y absoluto de las normas más elementales de prevención y cuidado, ya que existían normas y medidas preventivas contempladas, tanto en el Plan como durante la obra, aunque estas no eran suficientes.

6.- La Sentencia.

Se condena a los acusados por una falta de homicidio imprudente, a la pena a cada uno de ellos de un mes de multa a razón de 6 euros por día y al pago de la mitad de las costas propias de un juicio de faltas.

Se absuelve a ambos acusados de los delitos contra los derechos de los trabajadores y homicidio imprudente, declarando de oficio las costas por estos delitos.

7.- Idea principal.

Se pueden extraer varias conclusiones muy interesantes de los hechos y de los fundamentos de la sentencia.

1ª.- Resulta ya anacrónico el resolver los Estudios de Seguridad y por supuesto los planes, con medidas generales exclusivamente. Es cier-

to que estas existen, pero hay que pormenorizar cada operación y trabajo a realizar y hacer la consiguiente previsión de seguridad y escribirla, en el Estudio y en el Plan.

2ª Lo anterior resulta especialmente importante en los 'estadios intermedios de seguridad', es decir entre el final de un trabajo y el comienzo de otro, como es el caso que aparece en este estudio, pero hay muchos en la construcción. Hay que detectarlos y resolverlos con continuidad de seguridad.

3ª.- Es totalmente inadmisibles dejar la seguridad resuelta con medidas 'no estándares', y no contrastadas ni dirigidas. Poner barandillas homologadas, redes que cumplan la normativa, órdenes generales por las que se cubran todos los huecos interiores con sus armaduras. E implantar y controlar, medidas personales de corta duración en los estadios intermedios, mientras se resuelven la instalación de las medidas colectivas. etc...

Todo lo anterior, son PRINCIPIOS BÁSICOS de la seguridad, que hay que recordar siempre, ya que con el cumplimiento tan solo de ellos podemos evitar la mayoría de los accidentes.

V.-Conclusiones

Quizás lo más importante de este estudio sean las conclusiones que hacemos ahora, que son muy simples, pero habrían sido suficientes para evitar ambos accidentes. Comencemos por incidir sobre LA CAUSA del accidente.

Las causas.

Parece muy claro que en el primer accidente la causa principal fue la falta de formación de la trabajadora, ya que si esta la hubiera tenido, hubiera manejado con más pericia la carretilla evitando su vuelco.

En el segundo caso, nos encontramos con un defecto en la seguridad, ya que tapar un hueco con algo inseguro, es doble trampa. Esta falta de seguridad tiene dos variantes:

- Falta de seguridad en el método
- Falta de seguridad en el material.

¿Cuánto hubiera costado evitar los accidentes? (sin contar el dolor humano).

Podemos hacer un cálculo muy sencillo.

Para el primer siniestro:

Formación en manejo de carretilla, 30 horas			
Horas trabajador	30	20	600
Precio monitor	30	30	900
			1.500
Cinturón de seguridad	70	1	70
Total			1.570 €

Y para el segundo:

Mallazo provisional por hueco, mallazo de 20x20 de 6 mm. Suponemos 5 alturas.	1,70	10	17,0
Total	5	17	85 €

Y el costo de la seguridad necesaria para evitar ambos siniestros es:

Primer siniestro	1.570,00
Segundo siniestro	85,00
TOTAL	1.655,00

Si enfrentamos estos valores a los costes causados por el siniestro, vemos:

Coste de la seguridad	Coste del siniestro
1.655,00 €	800.000 €+1 vida+1 joven con invalidez

¿Y las aseguradoras, podrían aportar seguridad frente a este riesgo?

Con los sistemas actuales, no se aporta nada a la seguridad. Pero si se podría hacer, con Auditorias aleatorias al riesgo, cuyo coste por Ud., sería muy ajustado si lo comparamos con la seguridad adicional que aportan. Y muy bajo si lo comparamos con el costo del siniestro.

Como puede verse la proporción entre daños causados y daños evitables resulta de un

valor altísimo: $\frac{\text{Coste del siniestro}}{\text{Coste de la seguridad}} = \text{INFINITO}$

Para evitar este alto coste, las empresas y los técnicos, cada uno desde su papel, deben de cumplir su función, que podemos resumir en pocas palabras.

a) Empresas, invertir en formación, que tiene el efecto añadido que produce y despierta la mentalización del trabajador frente al siniestro.

b) Los técnicos, cumplir correctamente sus cometidos Facultativos.



jurisprudencia

Tribunal Supremo RESPONSABILIDAD CIVIL

Condena a un letrado y a su compañía de seguros a indemnizar a su cliente por importe de 350.000 euros y de 93.277,27 euros, debido al incumplimiento de las reglas del oficio del letrado que no reclamó cantidad alguna por los factores de corrección referidos a daños morales complementarios, adecuación de vivienda, invalidez y perjuicios morales familiares

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 14 de octubre de 2013.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Doña Marisol, representada por su madre, doña Reyes, encargó a don Benjamín, en su condición de abogado, la dirección letrada para el ejercicio de acciones por accidente de tráfico en su día sufrido por aquella. Como quiera que el indicado letrado habría incurrido, a su juicio, en negligencia profesional, quebrantando los principios de la llamada 'lex artis', formuló demanda en la que solicitó su condena, así como la de su aseguradora, Arch Insurance Company (Europe) Limited Sucursal en España, hasta el límite de cobertura del seguro, al pago de la cantidad de 493.257,27 euros, más intereses. En el escrito de deman-

da se hace referencia al manifiesto del olvido del letrado demandado, que había omitido solicitar las cantidades pertinentes derivadas de los factores de corrección a que se refiere la tabla IV del baremo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, referidos a daños morales complementarios; incapacidad para el desempeño de las labores ordinarias de la vida en doña Marisol; adaptación o adecuación de vivienda consecuencia del estado físico en que quedó ésta después del accidente que originaba el procedimiento; y perjuicios morales a familiares; solicitando respectivamente y por cada uno de los conceptos aludidos las cantidades de 68.651,45 euros, 274.605,82 euros, 50.000 euros y 100.000 euros, lo que determinó que la sentencia de la Audiencia, que confirmó la del Juzgado de 1ª Instancia num. 5, negara la indemnización por los factores de corrección de la tabla IV antes aludidos. La sentencia de 1ª Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y estimó parcialmente la demanda, condenando a ambos demandados a abonar conjunta y solidariamente a la parte actora 350.000 euros y también a don Benjamín a abonar 93.277,27 euros, en base a serle imputado una negligencia en su actuación consistente en no consignar petición de los factores de corrección de la tabla IV, y que fue determinante para que las sentencia de 1ª Instancia y de apelación no concedieran congruentemente dicha indemnización, pues para nada se hizo descripción del concepto indemnizatorio referido en la citada tabla. Don Benjamín formuló un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación. Arch Insurance Company (Europe) Limited Sucursal en España formuló únicamente recurso de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE DON Benjamín.

SEGUNDO.- El primer motivo denuncia la infracción del artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque la sentencia resuelve apartándose de los hechos y pruebas aportadas introduciendo en el debate elementos de interpretación jurídicos como si fueran hechos. Se desestima. La sentencia que se recurre es la que determina la responsabilidad del abogado, no la que resolvió sobre las consecuencias lesivas del accidente y las referencias a esta está dirigida básicamente a atacar la valoración de la prueba y esto nada tiene que ver ni con la motivación ni con la congruencia. Por lo demás, los propios hechos son en buena medida la valoración jurídica de la posible incongruen-

cia en que hubiera podido incurrir la sentencia 668/2006 si hubiera dado cosa distinta de la que fue estrictamente pedida.

TERCERO.- El segundo motivo denuncia la infracción del artículo 218,1º, 2º y 3º de la LEC, por falta de motivación "pues no responde al hecho de que no se concedió la indemnización solicitada pese a estar descritas y valoradas las lesiones y secuelas, ni es congruente en su motivación en la justificación de la ausencia de indemnización amparada en la falta de referencia expresa de los preceptos normativos de la tabla IV del Anexo por el que se aprueba el Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación".

El motivo vuelve a confundir motivación y congruencia con la valoración de la prueba y, como en el caso anterior, viene a cuestionar la sentencia origen de la demanda que no entró a valorar la indemnización por no haberse reclamado. Lo que se discute es la negligencia profesional del letrado ahora recurrente y esto es lo que resuelve la sentencia de una forma coherente y clara y en ningún caso contradictoria sobre la vinculación y obligatoriedad de la norma que fija el sistema tasado para la valoración e indemnización de las lesiones y secuelas en los accidentes de circulación, el mismo que omitió mencionar quien ahora recurre en la demanda inicial, cuya valoración jurídica tiene cauce adecuado en el recurso de casación.

CUARTA.- El tercero cita como infringido el artículo 217,1º, 2º, 3º de la LEC y del artículo 348, puestos en relación con el artículo 24.1 y 120.3º. Se dice que la sentencia invierte la carga de la prueba porque afirma la negligencia del letrado imputando un incumplimiento inexistente, no alegado ni probado, y le hace responsable de una resolución errónea cuando pudo ser impugnada tal y como había sido programado, sin valorar tampoco correctamente la prueba documental y pericial practicada acreditativa de la diligencia del letrado en su actuar. Se desestima.

La carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la falta de la prueba, nada más entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que teniéndose por no probado por el tribunal un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, por el tribunal se atribuyen los efectos negativos de tal vacío probatorio a la

parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el art. 217 LEC (SSTS de 29 de julio 2010; 21 de febrero 2011; 25 de abril 2012; 19 de julio 2013). No se han podido infringir estas reglas cuando lo que se cuestiona no es la carga de la prueba, sino la prueba misma y su valoración jurídica derivada de las omisiones del pleito precedente en orden a la indemnización, lo que es ajeno a este recurso.

QUINTO.- Finalmente, el cuarto denuncia la vulneración, por inaplicación, del artículo 24 CE, y los artículos 216, 218, y la aplicación indebida del artículo 222 de la LEC. Se desestima.

Se insiste en que no hay falta de motivación racional y lógica en la sentencia, sino todo lo contrario: motivación razonable y exhaustiva, más allá incluso de lo que el caso requiere a partir de los hechos en base a los cuales se planteó la demanda. Cosa distinta es el desacuerdo de la recurrente con las conclusiones obtenidas, y lo que se presenta como cosa juzgada no es más que la valoración jurídica que la sentencia hace del pronunciamiento de la sentencia de 15 de noviembre de 2007.

El artículo 24.1 de la Constitución reconoce el derecho de todas las personas a ser acogidas y oídas en el proceso, pero no a obtener una Sentencia de conformidad, y la tutela judicial efectiva se obtiene, incluso, cuando se deniega o rechaza lo interesado por las partes en el proceso, siempre que concurra la causa legal correspondiente (SSTS 16-3-96, 31-7-96 y 30-9-2003), no incluyendo este derecho constitucional un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales, siendo en estos casos esos derechos los vulnerados y no el art. 24.1 CE (SSTC 148/94, 309/94 y 214/99). RECURSO DE CASACION DE DON Benjamín.

SEXTO.- En el motivo primero denuncia la infracción del artículo 1101 del Código Civil, por aplicación indebida y por infracción de la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2010. El motivo achaca a la intervención de "un tercero", que impidió la formulación del recurso de casación, y al error en la aplicación del derecho por parte de la Audiencia Provincial, el resultado alcanzado en la sentencia que ha dado origen a esta reclamación. Este motivo se analiza junto al segundo, referido a la misma infracción del artículo 1101 CC y de las SSTS 14 de julio 2010 y 26 de junio 2007, por cuanto no existe

daño o pérdida indemnizable al habersele impedido concluir el trabajo encargado mediante el correspondiente recurso de casación y estar pendiente de dictarse auto de cuantía máxima, además de seguir vigente la posibilidad de ejercitar las acciones frente al conductor y titular del vehículo causante de las lesiones.

Se desestima. La responsabilidad civil profesional del abogado -STS 14 de julio 2010- exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

(i) El incumplimiento de sus deberes profesionales. En el caso de la defensa judicial estos deberes se ciñen al respeto de la *lex artis* (reglas del oficio), esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos (ii) jurídicos (STS de 14 de julio de 2005).

(ii) La prueba del incumplimiento. La jurisprudencia ha establecido que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y del alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 de julio de 2005, RC núm. 971/1999, 21 de junio de 2007, RC núm. 4486/2000).

(iii) La existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa. Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de

responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTs de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). Debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC.

(iv) Existencia del nexo de causalidad, valorado con criterios jurídicos de imputación objetiva. El nexo de causalidad debe existir entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, y solo se da si este último es imputable objetivamente, con arreglo a los principios que pueden extraerse del ordenamiento jurídico, al abogado. El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTs de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006, RC núm. 2001/1999, 26 de febrero de 2007, RC núm. 715/2000, entre otras). La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte

que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones (STS de 30 de noviembre de 2005).

Este criterio impone descartar la responsabilidad civil del abogado cuando concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar la influencia de su conducta en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación judicial (STS 23 de julio de 2008, RC núm. 98/2002).

(v) Fijación de la indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades. No es necesario que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado. No puede, sin embargo, reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción.

En el caso examinado, el motivo no es más que una relación pormenorizada de lo ocurrido desde el momento en que se formalizó el encargo profesional hasta que se dictó la sentencia. Se defiende un plan de actuación a partir de la complejidad que presentaba el asunto con cita de jurisprudencia obsoleta a partir de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que el letrado debió ajustarse en su actuación profesional cuando en el año 2006 formuló la demanda, concretamente la que defiende la dualidad de acciones en el ámbito civil: la propia del seguro obligatorio y de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, además de la prevista en el artículo 1902 CC y la ejecutiva del artículo 517, algo que es cierto pero que tiene una concreción procesal particularizada en el artículo 400 sobre la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos. Desconoce de la misma forma el artículo 13 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que impide dictar auto de cuantía máxima después de haberse ejerci-

tado la oportuna acción civil, precisamente la que dió lugar a P.O. 668/06 del Juzgado de 1ª Instancia num. 5, por haberse producido ya el ejercicio de la acción civil de forma separada.

Y es que, en definitiva, lo que se plantea como estrategia procesal no es más que una actuación negligente por parte del letrado que tuvo repercusiones indudablemente negativas para su cliente. Una cosa es que nadie puede prever con absoluta seguridad que aquella reclamación podía ser obtenida ante los Tribunales, y otra distinta que no se obtenga porque no fue planteada, al no haberla incluido en la demanda, teniendo en cuenta que se trataba de una pretensión asociada a unos criterios lógicos, razonables y muy conocidos de actuación profesional respecto del llamado baremo del automóvil cuyo carácter vinculante ni la constitucionalidad del sistema puede obviarse, por más que esta Sala, tras analizar la función de los diferentes factores de corrección de la indemnización básica por lesiones permanentes, lo haya extendido para compensar determinados supuestos, que no son del caso, como es el lucro cesante acudiendo a los «elementos correctores» del apartado primero del número 7 del Anexo (STS 25 de marzo 2010).

El planteamiento que hizo de demanda y el ejercicio de la acción al amparo del artículo 1902 del Código Civil, sin más explicaciones, como las que ahora introduce en el recurso, traía causa en considerar la no obligatoriedad del baremo que consta en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor; obligatoriedad que a su juicio le permitía pedir en la forma que hizo en el escrito de demanda, aunque esta postura fuera matizada en el recurso de apelación del P.O. 668/06, en que sí fijó indemnizaciones que se pedían por los factores de corrección de la tabla IV, y además por el llamado apartado 1º norma 7 del anexo del baremo en cuestión, como precisa la sentencia, posiblemente como corolario lógico de que su indemnización por separado solo era posible en aquellos supuestos en que la ley lo concibe expresamente, como ocurrió en este caso.

Se han incumplido las reglas del oficio, y se ha causado un daño, causalmente vinculado a la conducta del abogado, y así queda acreditado pues no fueron reclamados aquellos factores de corrección referidos a daños morales complementarios, adecuación de vivienda, invalidez, y perjuicios morales para la madre, sin que los mismos, como dice la sentencia, se pudieran deducir de la documentación presen-

tada, ni tampoco de la Audiencia previa, en la que se limitó a ratificarse en el aludido escrito de demanda sin aclaración alguna, cuando era el trámite adecuado para hacerlo, por lo que de haber resuelto sobre los mismos, la sentencia dictada en el P.O. 668/06 del Juzgado de 1ª Instancia num. 5, habría de entenderse incongruente; congruencia, por otra parte, que viene determinada por cada una de las partidas que se reclaman y no de forma global.

Tampoco concurren elementos suficientes para desvirtuar la influencia que en el resultado dañoso tuvo la intervención de un "tercero" que impidió formular recurso de casación frente a la sentencia desestimatoria de estas partidas. Al justiciable, dice la sentencia recurrida, "no se le puede exigir, salvo que haya norma que así lo indique, que para el ejercicio de la acción por responsabilidad profesional hayan de agotarse los recursos contra la sentencia que se dicte en el asunto del que nace la pretendida responsabilidad, y ello no solo porque está en uso de su derecho, sino por lo penoso que podría resultar, como en el caso sucede, pretender que se agote la última instancia con el consiguiente lapso de tiempo que ello supone, y los gastos económicos que genera, máxime cuando la situación de la salud física e incluso psíquica de Dª Marisol necesariamente impone realizar unos gastos que potencialmente pueden ser incompatibles con sostener una vía jurisdiccional alargada en el tiempo en exceso.

Cuestión distinta es que para la determinación de la responsabilidad profesional pueda y deba tenerse en cuenta dicha actuación profesional en las anteriores instancias, la génesis de la misma, la jurisprudencia a considerar, y deducido de todo ello la posibilidad de éxito que hubiera tenido un potencial recurso, posibilidad de éxito que pasaría por considerar que, en atención a lo dicho, no concurren las circunstancias determinantes de la responsabilidad en cuestión, mas eso es lo que se ha pretendido hacer en esta sentencia, y a ello se ha dado respuesta.

A mayor abundamiento, a los codemandados no se les ha causado indefensión ni por ejercitar la demanda en la forma en que se ha hecho, ni por las resoluciones que se dictan en este procedimiento, puesen todo caso el Sr. letrado y la aseguradora codemandados, sí podrán interponer recurso de casación contra esta sentencia, recurso de casación que ineludiblemente ha de resolverse haciendo estudio, entre otras, de la circunstancia que es clave

en la cuestión que se resuelve, esto es la de la incongruencia en que habrían incurrido las sentencias de primera y segunda instancia dictadas en el procedimiento 668/06 del Juzgado de 1ª Instancia num. 5 de Palencia, de haber concedido indemnización por factores de corrección de la tabla IV del baremo”.

Se ha causado, por tanto, un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC.

SEPTIMO.- En el tercer motivo se denuncia la infracción del artículo 1105 del Código Civil, por inaplicación, porque no era previsible la inaplicación de los factores de corrección dado su carácter normativo. Solo la ausencia de prueba sobre la invalidez absoluta o la valoración inferior a 90 puntos de las secuelas concurrentes podría determinar su inaplicación en cuyo caso es inevitable y no atribuible al letrado, no obstante podría concederse indemnización atendiendo al principio de la 'restitutio in integrum', siendo atribuible a un tercero la falta de indemnización. Se desestima.

En primer lugar, el motivo vuelve a remitirse “al tercero” para obviar su propia responsabilidad, acudiendo, además, al carácter normativo del baremo, el mismo que debió tener en cuenta al plantear la demanda. En segundo lugar, el más correcto entendimiento el “caso fortuito”, que alguna jurisprudencia hace equivaler a la ausencia de culpa, pero siempre que la posibilidad de previsión se mida de acuerdo con los criterios de la diligencia exigible o prestable (SSTS 4 y 23 de noviembre de 2004, 2 de enero de 2006), se encuentra en la presencia en el caso de eventos o hechos exteriores que, por quedar fuera del ámbito de control del deudor, rompieran la relación de causalidad entre la acción u omisión del deudor y los daños experimentados por el acreedor (SSTS 23 de abril de 1999, 4 y 18 de abril de 2000), lo que no es del caso, como se ha visto. La congruencia, se reitera, viene determinada por cada una de las partidas que se reclaman y no de forma global, sin que el Tribunal pueda alterar los términos en que el debate fue planteado.

Es función suya resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponda con arreglo a dicho sistema, y aun siendo posible revisar en casación la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse, en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o se haya aplicado de forma incorrecta, en ningún caso podrá ser objeto de examen en





casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado (SSTS 6 de noviembre 2008; 22 de junio 2009; 29 de mayo de 2012; 18 de junio 2013).

OCTAVO.- En el motivo cuarto se denuncia la vulneración del artículo 1106, en relación con el artículo 1101, ambos del CC, por cuanto no existe daño indemnizable, ya que ha sido la voluntad de la actora la que ha impedido concluir el trabajo.

Se desestima por las razones ya expuestas. Además, lo que no puede el recurrente es especular sobre si tiene o no derecho su cliente a la indemnización que le negó la sentencia, para defenderla o negarla según le interesa, ni esperar al resultado de un auto, como el de cuantía máxima, que no se va a dictar.

NOVENO.- El quinto refiere la infracción del artículo 1544 CC, en relación con los artículos 42 y 78 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, y artículos 1091 y 1124 del CC, por inaplicación.

El motivo no es más que reproducción de los anteriores, sobre la incorrecta realización del encargo profesional, incluida la influencia que en el resultado pudo tener la actora. Se desestima.

DÉCIMO.- El sexto motivo se invoca el artículo 1902, por inaplicación indebida, en relación con el artículo 1106, ambos del Código Civil.

Se desestima por las razones ya expuestas sobre la indemnización y su amparo legal.

UNDÉCIMO.- La infracción se refiere en este caso -motivo séptimo- al artículo 1 nº 2 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor, según la redacción dada por la DA 8ª de la Ley 30/95, de 8 de noviembre. Se desestima. Quien desconoció y cuestionó el baremo, no puede pretender que se estime un motivo basado en su aplicación cuando no reclamó aquello que le correspondía conforme al mismo. Es cierto que "quien pide lo más, pide lo menos", pero ello no es posible cuando en la solicitud de estimación de la demanda no se incluyeron determinadas partidas que pudieran haber sido debatidas por las partes y desplegar prueba suficiente en

orden a la valoración de las distintas soluciones a adoptar.

DUODÉCIMO.- El motivo octavo se formula por infracción de los criterios de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en concreto los criterios señalados en el artículo 1, apartados 1,5 y 7, y artículo 2 del anexo aprobado por dicha DA 8ª. Se desestima. Lo que plantea es un error de la prueba en la sentencia de 2007 sobre la situación de la lesionada reiterando, una vez más, que no fue un omitir en la descripción de las lesiones o secuelas, o su prueba, la que determinó el fallo, como ya se ha expuesto con reiteración.

DECIMOTERCERO.- Finalmente, el motivo noveno se refiere al perjuicio estético, señalando que su valoración es independiente de las lesiones permanentes, si bien la indemnización por ambas es compatible. Se reitera lo dicho en la sentencia: "Cierto es que la redacción de la aludida regla 3ª se hace en el Real Decreto legislativo 8/04 de 29 de octubre y que hasta entonces y desde la Ley 30/95 de 8 de noviembre, el capítulo especial que determinaba la forma de puntuar el perjuicio estético no contenía norma igual a la que nos ocupa, que determina la forma de determinación de indemnización mediante la suma de puntos por diferentes perjuicios de forma separada, pero el cambio legislativo que ello supone únicamente afecta a la forma de cuantificar la indemnización, pero no despoja del carácter de secuela al perjuicio estético, y en consecuencia no impide que para la determinación "del daño moral complementario" los puntos que por tal concepto se puedan conceder, y que en el presente caso de hecho se concedieron, deban de ser sumados a los relativos al perjuicio fisiológico. Además la indemnización que se concede tiene en cuenta el baremo vigente en 2001, por tanto vigente la antigua redacción en este punto; y el criterio del Tribunal Supremo es que aunque la cuantía de la indemnización debe de fijarse conforme a baremo vigente en el momento del alta, los conceptos indemnizatorios, y por tanto su regulación, son los vigentes en el momento del accidente". En parecido sentido la sentencia de esta Sala de 30 de abril de 2012.

RECURSO DE CASACIÓN DE ARCH INSURANCE COMPANY (EUROPE) LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA.

DECIMOCUARTO.- El primero, con cita del artículo 1101 del Código Civil, reproduce de una forma más resumida el correlativo del anterior

recurso, con especial mención a la actuación de la actora en cuanto impidió al letrado concluir el trabajo encargado, así como lo relativo al plan diseñado por este para obtener la reparación adecuada de su cliente. Nos remitimos a lo ya resuelto, para desestimarlo.

DECIMOQUINTO.- Sucede lo mismo con los demás motivos referidos a la infracción del artículo 1105 del CC, por inaplicación; al artículo 1106, por aplicación indebida; al artículo 1902, en relación con el artículo 1106; a la regla 3ª del Capítulo especial relativa al perjuicio estético del Real Decreto Legislativo 8/ 2004, y criterios de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Los motivos son similares a los planteados en el anterior recurso. Se desestiman todos ellos.

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

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

FALLAMOS

Desestimar los recursos por infracción procesal y de casación formulados por don Benjamín, así como el recurso de casación de Arch Insurance Company (Europe) Limited Sucursal en España, contra la sentencia dictada por la Sección primera de la Audiencia Provincial de Palencia de 25 de febrero de 2001, con expresa imposición de las costas causadas a los recurrentes. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Xavier O'Callaghan Muñoz. 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.

El meollo de la cuestión, estriba a mi entender en la referencia incluida en el Fundamento Jurídico Tercero cuando analiza el segundo motivo que denuncia la infracción del artículo 218,1º, 2º y 3º de la LEC por falta de motivación "pues no responde al hecho de que no se concedió la indemnización solicitada pese a estar descritas y valoradas las lesiones y secuelas, ni es congruente en su motivación en la justificación de la ausencia de indemnización amparada en la falta de referencia expresa de los preceptos normativos de la tabla IV del Anexo por el que se aprueba el Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación".

Parece ser que el letrado de la víctima solicitó en su día una indemnización en base a unas lesiones y secuelas que se describen en la demanda y sobre las que también articuló prueba.

Ello no obstante se le condena por infracción de la *lex artis* por cuanto no habría articulado su petición indemnizatoria con arreglo a los criterios establecidos en el Anexo por el que se aprueba el Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación.

Si esta fuese la cuestión nos encontraríamos con que se plantea si los Juzgados y Tribunales se encuentran limitados en su decisión a la suma indemnizatoria que representa la cuantía del proceso puesta en relación con los hechos alegados y probados, o si de modo contrario la vinculación lo es de forma separada a cada una de las partidas que le son solicitadas.

De lo que se intuye de la lectura de la Sentencia es que el letrado demandado solicitó una indemnización global superior a la finalmente obtenida por la víctima, que alegó y probó las lesiones y secuelas pero que sin embargo no hizo referencia en su petición a los factores de corrección de la tabla IV y que por tanto no fueron indemnizados, pese a tener engarce directo con lo que fue objeto de alegación y prueba.

En el fondo de la cuestión lo que evidenciamos es la discusión centenaria e irresuelta sobre la causa de pedir, que junto con la petición integran el objeto del proceso. Como sabemos al respecto se han articulado dos teorías la de la individualización y la de la sustanciación (vid. DE LA OLIVA SANTOS, op. Cit., página 55 y siguientes quien advierte sobre la cautela sobre las que han de ser consideradas estas teorías). Como sabemos para la teoría de la individualización, la causa de pedir está formada por dos elementos: el fáctico y el jurídico. El fáctico está compuesto por el relato histórico y el elemento jurídico está determinado por la subsunción del hecho fáctico en la norma que le sirve de base a la pretensión. Para la teoría de la sustanciación la causa de pedir debe limitarse exclusivamente al relato histórico sobre el que se fundamenta la pretensión. Al lado de estas teorías se postula una tercera vía que tiene en consideración lo fáctico y lo jurídico, pero defiende que los tribunales deben concordar sus decisiones con las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes.

La aplicación de una u otra teoría al caso objeto de la Sentencia comentada ofrece resultados contrarios. Si prevalece la teoría de la individualización al ser exigible no solo al letrado la formulación correcta del relato fáctico sino también la correcta calificación de los hechos, o su categorización, al no haberlo hecho se le considera responsable. Si prevaleciese la teoría de la sustanciación entendemos que no habría responsabilidad si el letrado realizase la alegación y prueba de todos los hechos que fuesen indemnizables y la cuantía total solicitada cubriese de forma satisfactoria dicha indemnización, quedando al Juzgado o Tribunal aplicar parte de lo pedido a unas u otras partidas indemnizatorias, todo ello con el límite de la indemnización solicitada en el suplico por aplicación del principio dispositivo. En primera instancia se acoge la teoría de la sustanciación y se absuelve al letrado. En apelación y casación se acoge la teoría de la individualización, y quizás para no dejar desprotegida a la víctima, se le condena.

Y traemos a colación el principio *iura novit curria* y el aforisma *da mihi Factum dabo tibi ius*, así como las normas que regulan la audiencia preliminar en las que es función del Juzgador que se depure correctamente lo que es objeto del proceso, en correspondencia a su condición de máximo garante de los derechos de las partes y mejor concedor del Derecho.

Nuestra Constitución proclama en su artículo 24 el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el artículo 1 de la Carta Magna establece como valor superior del ordenamiento jurídico la Justicia, por lo que entiendo que el margen de maniobra de los Juzgados y Tribunales no debe enconsertarse con la asunción de teorías que tengan como consecuencia la disyuntiva Derecho o

COMENTARIO

Justicia. El Derecho debe ser interpretado siempre de tal manera que la solución sea considerada Justa, no siendo admisible soluciones que pudiendo ser consideradas formalmente conformes a una interpretación del derecho las mismas pugnen contra el convencimiento de lo que se considere *in casu* como Justo.

En la Sentencia que comentamos se alude a la denunciada vulneración del principio de congruencia que se articula como límite del principio *iura novit curia*.

Dice Pedraz Penalva en 'El objeto del precoso civil' que la congruencia no debe reducirse a meros silogismos de subsunción de un hecho en la norma, sino que debe permitir al juez una labor indagadora de los hechos y de las cuestiones jurídicas que se plantean y una labor moduladora de las normas que sean de aplicación invocadas o no por las partes.

Sin embargo, en el caso de la Sentencia que recurrimos se afirma en su Fundamento Jurídico Sexto que la congruencia "viene determinada por cada una de las partidas que se reclaman y no de forma global".

Esto es, la Sala se inclina por la teoría de la individualización de la causa de pedir, y hace responsable al letrado por no haber actuado con arreglo a esta teoría que resulta tan discutida como contradicha en otras resoluciones de la misma Sala en la que se separa de tal criterio.

A ello se une el dato de que la queja del letrado de que no se le ha permitido concluir su trabajo para que su tesis pudiera alcanzar éxito.

Visto lo que antecede resulta que al abogado se le exige actuar conforme a la teoría de la individualización y se le hace responsable de los daños que se le imputan por separarse de la misma cuando como sabemos el Tribunal Constitucional ha limitado en reiteradas Sentencias (SSTC 148/94 (RTC 1994, 148), 309/94 y 214/99 (RTC 1999, 214)) el contenido del art. 24.1 de la Constitución que no comprende ya un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales, siendo en estos casos esos derechos los vulnerados y no el art. 24.1 CE. Esto es, se exige una mayor diligencia al abogado que al Juez, lo que no resulta congruente con la vigencia del principio *iura novit curia* ni con la función de primer garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos que se le atribuye a la autoridad judicial.

Tal y como se recoge en la Sentencia de Apelación dictada por la AP de Palencia de 25 de febrero de 2011, el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Palencia absolvió al letrado y aseguradora en base a considerar que "el actuar profesional de Don Benjamín no se produjo negligencia ni infracción de la *lex artis*, y argumenta que en la demanda origen del procedimiento 668/06 del Juzgado de 1ª Instancia nº 5, se consignaban hechos referidos a la incapacidad de Dª Marisol y a la atención de la misma por su madre Dª Reyes, se pedía una cantidad que englobaba no sólo los conceptos de secuelas a los que de forma expresa se hacía referencia en demanda, sino también la potencial a conceder por los factores de corrección que ahora se discute, y por ello consideró que no hubiese existido incongruencia si la sentencia dictada por el Juzgado nº 5 y por esta Audiencia Provincial, hubiesen resuelto sobre tales aspectos con fundamento en el principio *iura novit curia*.

Esto es, el Juzgado de Instancia absuelve porque sigue los dictados de la teoría de la sustanciación de la causa de pedir, mientras que la Audiencia condena y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ratifica la condena por acogerse a la teoría de la individualización, y así se dice que su responsabilidad se establece no por "omitir en la descripción de las lesiones o secuelas, o su prueba".

En definitiva, si tal y como establece el Juzgado de instancia la demanda formulada aportaba los elementos necesarios para la estimación de la causa de pedir, a pesar de lo cual la Audiencia no estima parte esencial de la cuantía reclamada por considerar que, pese a ser probados los conceptos indemnizatorios, no se articuló la pretensión conforme al Anexo que establece el Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, entendemos que finalmente lo que resulta es que se repara a la víctima injustamente indemnizada castigando al letrado, al que en buena medida se le responsabiliza no de los medios, sino del resultado final de la reclamación, sin que ni siquiera pudiera agotar los recursos que el derecho le atribuía para alcanzar el resultado pretendido.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Apreciación indebida de la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil por la sentencia de apelación, provocado por el hecho de que la Administración sanitaria compareciera ante el Juzgado mostrándose parte en el procedimiento instado inicialmente contra la aseguradora. La intervención de la Administración no altera la naturaleza de la acción ejercitada al amparo del art. 76 LCS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 15 de octubre de 2013.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Son hechos que van a servir de base para la resolución del recurso extraordinario por infracción procesal (único que se formula), los siguientes:

I.- Don Jorge formuló demanda contra la aseguradora Zurich en el ejercicio de la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro frente a Zurich, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la actuación negligente del médico que realizó la intervención quirúrgica a la que fue sometido el 30 de enero de 2004 en el Hospital Josep Trueta de Girona consistente en una biopsia pedicu-

lar derecha en D). Con anterioridad a dicha intervención el actor había sido sometido a otra intervención de cuyos riesgos fue informado y para la que prestó su consentimiento por escrito. La intervención realizada el 30 de enero era distinta a la anterior y, en esa ocasión el actor no fue informado respecto de qué prueba se trataba, ni de los riesgos que asumía, no prestando su consentimiento por escrito. Como consecuencia de la intervención, el actor sufrió una contusión medular a resultas de la cual, al despertar de la anestesia, había perdido lasensibilidad y el movimiento de sus extremidades inferiores por debajo de la zona donde se practicó la biopsia. Tras un largo proceso de rehabilitación recibió el alta definitiva el 1 de junio de 2005, restándole graves secuelas, todo ello como consecuencia de la falta de diligencia en la realización de la prueba. Reclama ser indemnizado en la cantidad de 262.557,83 euros.

II.- La demandada ZURICH planteó declinatoria que fue desestimada por auto de fecha 2 de junio de 2009 y solicitó la intervención del INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT. Reconoce ser la aseguradora del ICS y se opone a la pretensión ejercitada en cuanto al fondo, negando tanto la responsabilidad de la asegurada, como, subsidiariamente, alegando pluspetición.

III.- El ICS compareció voluntariamente en el procedimiento como directamente interesado al amparo de lo dispuesto en el artículo 13 de la LEC, admitiéndose su intervención adhesiva por auto de fecha 2 de junio de 2008. En la contestación a la demanda el ICS se opuso a la pretensión ejercitada negando la responsabilidad que se le imputa, así como a la determinación y alcance de las lesiones. Como excepción procesal planteó la falta de jurisdicción con base en su condición de entidad pública.

IV.- La sentencia del Juzgado entendió que el actor no había sido informado convenientemente antes de la intervención, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 41/2002, pues no consta que prestara su consentimiento escrito a la realización de la misma, como así establece el precepto por tratarse de un procedimiento de diagnóstico invasor. Ello dice convierte al médico en garante del resultado, lo que constituye título de imputación de la responsabilidad que se reclama que, en este supuesto debe imputarse a las demandadas en su condición de empleadora del facultativo que interviene a la actora y aseguradora de ésta. Concluye que las lesiones causadas al actor no son consecuencia de una mala praxis médica, sino un riesgo de la propia intervención que podía con-

cretarse, aun sin culpa o negligencia. Esta consideración tiene reflejo en la valoración del daño causado que, proviniendo exclusivamente de no haber sido convenientemente informado, alcanza únicamente al daño moral que realiza atendiendo a las periciales aportadas, condenando solidariamente a las codemandadas al pago de la cantidad de 167.783,62 euros, cantidad que devengará, para la demandada ICS intereses únicamente desde la fecha de sentencia y para la demandada ZURICH los intereses previstos en el artículo 20 de la LCS, desde la fecha del siniestro

V.- La demandada ZURICH interpuso recurso de apelación con base en los siguientes motivos: incompetencia de jurisdicción, improcedencia de la condena por falta de consentimiento informado del actor, pues éste existió, de modo que la sentencia incurre en error en la valoración de la prueba. Subsidiariamente reitera la excepción de pluspetición.

VI.- La demandada ICS interpone recurso de apelación por entender que incurre en error en la valoración de la prueba. Subsidiariamente impugna la suma indemnizatoria concedida puesto que la misma no se ajusta a lo acordado en la propia sentencia, en tanto considera que no se ha probado la existencia de negligencia, pese a lo cual calcula la indemnización con base en las secuelas existentes.

VII.- La Audiencia Provincial, sin entrar a resolver los recursos planteados por las otras partes, se abstuvo de conocer indicando a la actora que podía usar su derecho ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que pese a que ejercitó inicialmente la acción directa sólo frente a la aseguradora y no frente a la Administración, al haberse acordado la intervención como demandado en el proceso del INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT en tanto ostenta un interés directo y legítimo en el resultado del pleito, al cual se condena, no cabe si no estimar la falta de jurisdicción alegada por la demandada ZURICH, en tanto que al ocupar el ICS la posición de demandada el artículo 9.4 de la LOPJ, en su redacción de 23 de diciembre de 2003, atribuye con carácter exclusivo a los Tribunales y Juzgados del orden contencioso-administrativo el conocimiento de dicha pretensión.

VIII.- Don Jorge interpone recurso extraordinario por infracción procesal, denunciando, al amparo del artículo 469.1 de la LEC, la infracción de los artículos 9.2 y 9.4 de la LOPJ, por vulneración de las reglas sobre jurisdicción, en



relación con los artículos 36.1 y 411, ambos de la LEC y artículo 76 de la LCS. Considera que, en aplicación del principio de 'perpetuatio iurisdictionis' resulta evidente que la comparecencia sobrevenida de la administración como tercero interviniente en un proceso civil, en el que la relación procesal fue validamente constituida, no puede suponer una modificación de la acción ejercitada ni de la jurisdicción competente, por lo que la intervención del ICS en el procedimiento por vía de la llamada de un tercero interviniente del artículo 13 de la LEC, no puede alterar ni modificar la acción ejercitada, ni la competencia ni la jurisdicción correctamente fijadas. Cita en apoyo de su posición, la sentencia de esta Sala de 11 de febrero de 2011, que atribuye la competencia a la jurisdicción civil cuando se ejercita la acción directa del artículo 76 LCS.

SEGUNDO.- El motivo se estima. Se trata de un problema que ha sido resuelto reiteradamente por esta Sala atribuyendo competencia a la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige en el ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS, contra el asegurador de la Administración (SSTS 30 de mayo 2007; 21 de mayo 2008 y 11 de febrero 2011), antes y después de la reforma del artículo 9 de la LOPJ y que ha sido también corroborado por numerosos autos de la Sala de Conflictos de este Tribunal (Autos de fecha 22/03/2010 -Conflicto Competencia 23/2009, 25/2009 y 27/2009-, 18/10/2010-CC. 21/2010-, 17/10/2011-CC. 27/2011-, 3/10/2011-CC. 28/2011-, 5/12/2011-CC. 46/2011-, 24/09/2012-CC. 22/2012- yCC 4/2013).

La reforma de la LOPJ llevada a cabo por la LO 19/2003, reconoce expresamente la competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, junto a la Administración respectiva". Con ello se ha puesto fin a la competencia del orden civil para el conocimiento de las demandas dirigidas conjuntamente contra la Administración y el asegurador, pero este precepto ha sido interpretado por los AATS (Sala de Conflictos) de 18 de octubre de 2004 y 28 de junio de 2004 (teniendo en cuenta la inclusión del último inciso, que no figuraba en algunos textos prelegislativos) en el sentido de que, según expresión del primero de los citados autos, "la reforma introducida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, en el art. 9.4 LOPJ, en el sentido de atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, se refiere al supuesto de que se reclame contra aquella "junto a la Administración respectiva", lo que excluye el supuesto de haberse demandado únicamente a la Compañía de Seguros".

Como dice el auto de la Sala de Conflictos de 12 de marzo de 2013, "el legislador quiere que no quede resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que atribuye a la contencioso-administrativa tanto el conocimiento de las acciones directas

(dirigidas contra la Administración y su aseguradora), como las entabladas contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados, para reconocer una única excepción a este sistema en aquellos supuestos en que los perjudicados, al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, se dirijan directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración pública, de forma que en estos casos el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil y ello por cuanto "en esta tesitura la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar".

Las reflexiones que preceden y la conclusión a la que conducen no quedan contra dichas por la circunstancia de que el Instituto Catalán de la Salud compareciera ante el Juzgado de Primera Instancia mostrándose parte en el procedimiento instado inicialmente contra Zurich. Esta intervención, que solo le permite adquirir la condición de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al mismo (STS 20 de noviembre de 2011), y que no tiene más interés que el fracaso de la demanda dirigida exclusivamente contra la compañía aseguradora, no altera la naturaleza de la acción ejercitada al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro ni por consiguiente el régimen de competencia (auto 21/2010). Señala el auto de la Sala de Conflictos de 12 de marzo de 2013: "Los inconvenientes de orden práctico que puedan derivarse de la pervivencia de la duplicidad jurisdiccional en este concreto punto no pueden sobreponerse a un derecho sustantivo otorgado a los perjudicados por una norma del ordenamiento jurídico vigente, que, además, constituye un pilar de nuestro sistema en relación con el contrato de seguro, emparentado con la tutela judicial efectiva y con la voluntad del legislador de proteger a los perjudicados como ha manifestado la Sentencia de la Sala la del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007. Y es que el hecho de que para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración asegurada no resulta en modo alguno extravagante. El artículo 42 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que sólo producirá efectos en el proceso de que se trate".

TERCERO.- La estimación del motivo de casación interpuesto conduce, de conformidad con lo razonado, a casar la sentencia recurrida. Como consecuencia, y según lo interesado en el recurso, se devuelve el asunto al Tribunal de apelación para que proceda a resolver la cuestión de fondo planteada con libertad de criterio, una vez desestimada la exención de incompetencia de jurisdicción de conformidad con la doctrina sentada en esta sentencia; todo ello sin haber lugar a la imposición de las costas de apelación, sin perjuicio de lo que la Audiencia resuelva en definitiva al respecto, ni a las este recurso, conforme a los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil

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

FALLAMOS

1. Estimar recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la procuradora Doña Maite de Bedoya Banus, en la representación procesal que acredita de don Jorge, contra la sentencia de 10 de mayo de 2011 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona en el rollo de apelación número 645/2010.

2. Casamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, ordenamos la devolución de los autos a la Audiencia Provincial de procedencia, con el fin de que, una vez desestimada la exención de incompetencia de jurisdicción, proceda a resolver sobre el fondo del asunto con libertad de criterio.

4. No ha lugar a imponer las costas de la apelación, sin perjuicio de lo que la Audiencia resuelva en definitiva al respecto, ni las de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos José Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas Francisco Javier Orduña Moreno. Xavier O'Callaghan Muñoz. 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

tio iurisdictionis' a cuyo tenor, resulta evidente que la comparecencia sobrevenida de la Administración como tercero interviniente en el proceso civil, en el que la relación procesal fue válidamente constituida, no puede suponer una modificación de la acción ejercitada ni de la jurisdicción competente, por lo que la intervención en el procedimiento

La intervención en el procedimiento del Instituto Catalán de la Salud por vía de la llamada de un tercero interviniente del art. 13 LEC, no puede alterar ni modificar la naturaleza de la acción ejercitada, ni la competencia ni la jurisdicción correctamente fijadas

del Instituto Catalán de la Salud por vía de la llamada de un tercero interviniente del art. 13 LEC, no puede alterar ni modificar la naturaleza de la acción ejercitada, ni la competencia ni la jurisdicción correctamente fijadas. De tal modo que se atribuye competencia a la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige en el ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS contra el asegurador de la Administración. Por el contrario, cuando la demanda se dirija conjuntamente contra la Administración y el asegurador, en virtud del art. 9 de la LOPJ (a partir de la reforma llevada a cabo por la LO 19/2003) se reconoce expresamente la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

A más, el TS a través de su Sala de Conflictos (Auto de 12/03/2013) interpreta que en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Publicas será el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el que tenga atribuido el conocimiento de todas aquellas acciones directas que se entablen contra la Administración y su aseguradora, como aquellas que se dirijan contra cualquier otra entidad, pública o privada aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables, junto a la Administración de los daños y perjuicios causados. Solamente reconoce una única excepción a esta regla, esto es, aquellos supuestos en que los perjudicados, al amparo del art. 76 LCS se dirijan directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración pública, de forma que en estos casos, como así se reconoce en el supuesto contemplado en la sentencia que comentamos, el conocimiento de la acción corresponde necesariamente a los tribunales del orden civil.

En definitiva, con base en el art. 42 LEC, perviven en nuestro sistema procesal una suerte de duplicidad jurisdiccional (orden civil/orden contencioso-administrativo) en este concreto supuesto relacionado con el contrato de seguro en función de que se ejercite la acción directa contra la aseguradora de la Administración (orden civil), o en su caso, se demande conjuntamente a la Administración y a su aseguradora (orden contencioso-administrativo).

El TS a través de su Sala de Conflictos (Auto de 12/03/2013) interpreta que en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Publicas será el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el que tenga atribuido el conocimiento de todas aquellas acciones directas que se entablen contra la Administración y su aseguradora, como aquellas que se dirijan contra cualquier otra entidad, pública o privada aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables, junto a la Administración de los daños y perjuicios causados

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Condena a un padre por el homicidio de su hijo a indemnizar a la madre que presenci6 los hechos, en la cantidad de 120.000 euros, y a cada uno de los hermanos del fallecido con 4.000 euros, por los da1os y perjuicios morales derivados de la muerte de la v6ctima, de 23 a1os de edad. El Tribunal Supremo reitera la jurisprudencia anterior que entiende que la aplicaci6n del baremo a los delitos dolosos es facultativa y orientativa, y que constituir6 un cuadro de m6nimos

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª),
de 5 de noviembre de 2013.

Ponente: Excmo. Sr. D. C6ndido Conde-Pumpido Tour6n

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada en apelaci6n por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y Le6n con fecha 29 de abril del a1o en curso, desestima el recurso interpuesto contra la sentencia dictada en esta causa por el Tribunal de Jurado. En la sentencia inicial, dictada el 29 de diciembre de 2012 por el Magistrado Presidente del Tribunal de Jurado de Palencia, se conden6 al recurrente, Luis Pedro, como autor responsable de un delito de homicidio, con la concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio y la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de ocho a1os y

seis meses de prisión, con la medida de prohibición de aproximación respecto de su esposa e hijos por tiempo de diez años, periodo que se computará una vez haya cumplido la pena de privación de libertad impuesta, así como a indemnizar a la madre de la víctima en la cantidad de 120.000 euros por los daños y perjuicios morales derivados de la muerte de su hijo; y a cada uno de sus hermanos en 4.000 euros, por los daños y perjuicios morales derivados de la muerte de su hermano Carlos Manuel, de 23 años de edad. Frente a ella se alza el presente recurso fundado en dos motivos, el primero por presunción de inocencia y el segundo por infracción de ley.

Los hechos enjuiciados, en síntesis, consisten en que al mediodía del domingo 13 del mes de febrero de 2011, en la localidad de Guardo (Palencia), el acusado Luis Pedro, de 67 años, que estaba molesto con su hijo Carlos Manuel, de 23 años, porque ni trabajaba ni aportaba dinero, se irritó cuando regresó a casa después de haber tomado unos vinos en un bar de la localidad, al observar que su hijo acababa de levantarse y le preguntaba de malos modos a su madre por una camiseta. El acusado se dirigió a su hijo diciéndole "que si se pensaba que su madre iba a estar de criada para él" y "que se fuera de casa, que allí no pintaba nada", comenzando un enfrentamiento entre padre e hijo. Para evitar la discusión, la esposa del acusado se interpuso entre ambos y con la intención de llevar a su hijo a su habitación y acabar con el enfrentamiento, comenzó empujarle desde la cocina en donde se encontraba hacia el pasillo. En un momento determinado de la discusión, cada vez más violenta, el acusado, con una importante alteración anímica que le produjo una disminución notable de su voluntad y sus capacidades de comprender y de actuar, sin llegar a anularlas, clavó un cuchillo que había cogido de la cocina en el pecho de su hijo, causándole una grave herida en el pulmón derecho, que determinó su fallecimiento a pesar de los esfuerzos de su madre por taponarle la herida.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso, por vulneración de la presunción de inocencia al amparo del art 852 de la Lecrim. y 4º de la LOPJ, alega insuficiencia de la prueba de cargo, por estimar que la condena se funda exclusivamente en las declaraciones de la madre de la víctima y de dos de sus hermanos, y en el reconocimiento de su culpabilidad en el propio juicio por parte del acusado, reconocimiento que la parte recurrente considera viciado por el miedo a que se le pudiera imponer una pena de veinte años de prisión. El motivo carece del menor funda-



mento por dos motivos. En primer lugar por haberse planteado 'per saltum' una alegación que no se suscitó en el precedente recurso de apelación, en el que la Defensa del condenado formuló únicamente dos motivos, el primero por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la sentencia con respecto a la responsabilidad civil acordada, y el segundo por infracción de ley en relación con la indemnización señalada en la sentencia del Jurado. Esta Sala ha recordado reiteradamente que el recurso de casación en los procedimientos de jurado se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional. La casación descansa sobre la previa sentencia de apelación, por lo que no se pueden introducir motivos absolutamente novedosos que no se pudieron analizar y resolver en la apelación (STS 688/2013, de 30 de septiembre).

En la STS 658/2013, de 18 de julio se reitera con claridad y contundencia que "la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Supe-



rior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación. Por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación". En consecuencia, no se puede cuestionar ahora una supuesta insuficiencia probatoria en cuanto a la culpabilidad del recurrente, que no fue planteada previamente en ninguno de los motivos de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia competente.

TERCERO.- En segundo lugar carece manifiestamente de fundamento alegar vulneración de la presunción constitucional de inocencia cuando la sentencia del Jurado se apoya en una prueba de cargo sobreabundante, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y razonablemente valorada. La agresión a la víctima se produjo en presencia de su madre, que declaró en el juicio, y es una agresión que

ha sido reconocida por el acusado en todo momento, incluido el juicio ante el Jurado. La alegación de que el reconocimiento del hecho por el acusado en el juicio fue debido al miedo, carece del menor sustento fáctico, al margen de su novedad, pues el acusado siempre ha reconocido los hechos, que se produjeron, además, en la directa presencia de su esposa y madre de la víctima. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

CUARTO.- El segundo motivo de recurso, por infracción de ley, alega la indebida aplicación de los art 109, 110 y 113 CP 95, en lo que se refiere a la indemnización civil. Alega la parte recurrente que es excesiva la indemnización establecida en favor de la madre de la víctima (120.000 euros) y de cada uno de sus hermanos (4.000 euros), y que se aparta de lo establecido en el baremo contenido en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

Hemos establecido en numerosas resoluciones que no es misión de la casación corregir la cuantía indemnizatoria señalada por los Tribunales de Instancia, sino revisar, en su caso, las bases establecidas para la fijación de las cantidades totales señaladas en cada supuesto. Esta Sala ha señalado reiteradamente (STS 33/2010, de 3 de febrero, 772/2012, de 22 de octubre y 128/2013, de 26 de febrero, entre otras muchas) que la cuantificación específica de la indemnización señalada por el Tribunal sentencia dor no es, por lo general, revisable en casación pues al no establecer el Código Penal criterios legales para señalar su cuantía, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley sustantiva. Del análisis de nuestra doctrina jurisprudencial se puede deducir que solo en supuestos específicos puede efectuarse en casación la revisión de la cuantía indemnizatoria, supuestos entre los que cabe señalar: 1º) cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras; 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; 4º) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos; 5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada; 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo; y 7º) en los supuestos dolosos, o imprudentes ajenos

a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente (STS 16 de mayo de 2012, Sala Quinta, en relación con este último supuesto). En el caso actual no concurre ninguno de dichos supuestos. La indemnización señalada en favor de la madre de la víctima, de 120.000 euros, es razonable, y acorde con la que se suele señalar en supuestos análogos. La alegación de que se modere computando la cantidad ya abonada a través de la pensión del condenado, que según se dice es una suma cercana a los 60.000 euros en los dos años y medio transcurridos desde los hechos, tampoco puede ser acogida, pues corresponde a la fase de ejecución de sentencia verificar el pago de la indemnización establecida en la sentencia firme y, en su caso, computar para ello las cantidades ya abonadas durante el proceso, si hubiere lugar a ello. Asimismo la cantidad de cuatro mil euros señalada a cada uno de los hermanos, es moderada y razonable, habiendo aceptado esta Sala reiteradamente la posibilidad de indemnizar a los hermanos del fallecido en los delitos dolosos, por daño moral.

QUINTO.- El baremo contenido en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2.004, de 29 de octubre, está previsto para la siniestralidad vial, y no resulta aplicable en un delito doloso de homicidio, ajeno al tráfico automovilístico. El propio apartado primero del Anexo establece que "El presente sistema se aplicará a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso".

El efecto expansivo del Baremo, previsto en el Anexo a la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil, ha sido admitido por el Tribunal Supremo, pero siempre como criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1.106 y 1.902 del Código Civil (SSTS Sala 1ª de 10 de Febrero, 13 de Junio, 27 de Noviembre de 2.006 y 2 de Julio 2.008, y STS 596/2013, de 2 de julio o STS núm. 480/2013, de 22 de mayo, entre las más recientes de esta Sala Segunda). La concesión de cantidades superiores al baremo en casos de delitos dolosos, máxime en supuestos especialmente traumáticos y violentos, como el

aquí enjuiciado, se ha reconocido reiteradamente por esta Sala (STS Sala 2ª, 772/2012, de 22 de octubre).

SEXTO.- En la STS núm. 480/2013, de 21 de mayo, se resumen los principios, criterios e interrelaciones entre la responsabilidad civil 'ex delicto' y los Baremos de Seguro Obligatorio, siguiendo el dictamen del Ministerio Fiscal, que se sintetizan en las cuatro reglas siguientes: "1) La aplicación del Baremo a los delitos dolosos es facultativa y orientativa. Es criterio de esta Sala (SSTS núm. 104/2004, núm. 1.207/2004 y núm. 856/2003, entre otras) que el baremo introducido por la Disposición Adicional 8ª de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados es solamente obligatorio en el caso de accidentes de tráfico. Sobre el carácter vinculante del Baremo véase Disposición adicional octava de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados; exposición de motivos de la Ley y art. 1.2 de las Disposiciones Generales. Igualmente STC 181/2000 de 29 de junio y las de esta Sala 2001/2000 de 20 de diciembre y 786/2001 de 8 de febrero.

2) Cuando se aplica el baremo a los delitos dolosos dicho baremo constituirá un cuadro de mínimos. En efecto, prevista dicha regulación para los supuestos de accidentes acaecidos en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, no es exigible la aplicación del baremo cuando estemos ante delitos dolosos, aunque, partiendo de su posible utilización como elemento orientativo, las cantidades que resulten de sus tablas pueden considerarse un cuadro de mínimos, pues habiendo sido fijadas imperativamente para casos de imprudencia, con mayor razón habrán de ser al menos atendidas en la producción de lesiones claramente dolosas.

3) La responsabilidad civil por delito doloso es superior a la del delito imprudente. En este sentido, acaba de señalar la STS núm. 47/2007, de 8 de enero, que no se puede establecer un paralelismo absoluto entre las indemnizaciones por daños físicos y materiales derivados del hecho de la circulación de vehículos de motor con el resultado de los delitos dolosos. Los primeros no se mueven por criterios de equivalencia o justicia, sino por los parámetros que se marcan por el sistema financiero de explotación del ramo del seguro en sus diversas modalidades. Estos criterios, puramente economicistas, obtenidos de un cálculo matemático, chocan frontalmente con los daños físicos, psíquicos y materiales originados por una conducta dolosa y con la multiplicidad de motivaciones que pueden impulsarla, sin

descartar la intencionada y deliberada decisión de causar los mayores sufrimientos posibles.

4) No es posible en la materia estudiada apartarse de los principios dispositivos de rogación y congruencia en ningún caso. Por otro lado, no se encuentra habilitada esta instancia casacional para controlar el 'quantum' indemnizatorio acordado por el Tribunal de instancia salvo en lo referente a la revisión de las bases sobre las que se asiente la cantidad fijada, debiendo recordarse también que el hecho de que se reclamen las responsabilidades civiles en un procedimiento penal no les priva de su naturaleza civil, por lo que tampoco puede superarse la concreta petición de las partes acusadoras, debiendo existir el necesario respeto a los principios de rogación y de congruencia (por todas, STS núm 217/2006, con cita de las SSTS núm. 1217/2003 y núm. 1222/2003)".

Aplicando esta doctrina al caso actual, deben igualmente desestimarse las alegaciones que impugnan la cuantía de la indemnización por estimar que es superior a la que se derivaría del baremo, dado el carácter meramente orientativo de éste en las indemnizaciones derivadas de delitos dolosos, y el criterio jurisprudencial de que la responsabilidad civil por delito doloso es superior a la de delito imprudente.

SÉPTIMO.- Dentro de este motivo por infracción de ley plantea el Ministerio Público, en defensa de la legalidad, la infracción del art 57 CP 95, al establecer la parte dispositiva de la sentencia que "la pena de prohibición de aproximación por tiempo de diez años impuesta se computará una vez que haya cumplido la pena de privación de libertad impuesta", cuando el referido artículo dispone que en los supuestos de condenas de prisión "la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea". Interesa también el Ministerio público que se aproveche para precisar que la distancia de seguridad sea la de 200 metros, que fue aceptada por todos los intervinientes, y que se ha omitido por error material en el fallo. En un supuesto similar nuestra reciente STS 488/2013, de 5 de junio, señala que "La queja de la acusación pública debe atenderse, puesto que resulta incuestionable que el Código Penal obliga a iniciar el cumplimiento de la pena de alejamiento y de incomunicación del acusado con respecto a la víctima desde el mismo inicio de cumplimiento de las penas de prisión, de modo que pueda ya operar durante el tiempo de los permisos penitenciarios en el caso de que se concedieran.

Así lo ha entendido esta Sala en otros casos en que se ha omitido o se ha errado en lo referente a la concreción del periodo de cumplimiento establecido en el referido precepto. En efecto, en las SSTS 886/2010, de 20 de octubre, y 511/2012, de 13 de junio, se argumentó que el art. 57 del C. Penal establece un principio de cumplimiento simultáneo de estas penas con las de prisión; de modo que la pena privativa de libertad y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea. Esta disposición aparece ya prevista en la Exposición de Motivos de la L.O. 15/2003, de 11 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal, especificando que "se amplía la duración máxima de las penas de alejamiento y de no aproximación a la víctima, incluyéndose la previsión de su cumplimiento simultáneo con la de prisión e incluso concluida la pena, para evitar el acercamiento durante los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios o después de su cumplimiento".

En realidad el Tribunal puede establecer una pena de alejamiento que, en casos de homicidio como el actual, puede llegar a extenderse hasta diez años más allá de la duración de la pena impuesta, lo que en el caso actual, atendiendo a la edad del penado (67 años) y a la pena impuesta (ocho años y seis meses de prisión) sería manifiestamente desproporcionado, pues equivaldría en la práctica a una pena perpetua, o de por vida, incompatible con los principios constitucionales que rigen nuestro proceso penal. Lo que no puede el Tribunal, si establece, como aquí lo ha hecho, una prohibición de aproximación "por tiempo de diez años", y no "por un tiempo superior en diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia", es resolver a continuación, de modo contradictorio y con manifiesta infracción legal, que este "período se computará una vez que haya cumplido la pena impuesta", porque el último inciso del párrafo segundo del número primero del art 57 del CP 95 establece con claridad y precisión que "la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea".

Procede, en consecuencia, acoger el apoyo del Ministerio Fiscal al recurso, en defensa del principio de legalidad, corrigiendo asimismo la omisión respecto de la distancia de seguridad, estimando parcialmente en este sentido el segundo motivo de recurso por infracción de ley, con desestimación del resto y declaración de las costas de oficio.



FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, parcialmente, por el motivo Segundo, con desestimación del primero, al recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuesto por Luis Pedro, contra sentencia de fecha 29 de abril de 2013, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, en causa seguida al mismo por delito de homicidio; y en su virtud, casamos y anulamos dicha con declaración de las costas de oficio. Notifíquese esta resolución al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos SEGUNDA SENTENCIA en la Villa de Madrid, a cinco de Noviembre de dos mil trece. En la causa incoada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Cervera de Pisuerga y seguida ante la Audiencia Provincial de Palencia, Sección Primera, por medio de Tribunal del Jurado, con el nº 1 de 2012, por delito homicidio contra Luis Pedro, nacido en Badajoz el NUM008 de 1943, hijo de Sergio y de Julia, con D.N.I. núm. NUM009, sin antecedentes penales; y en cuya causa se dictó sentencia por dicha Audiencia con fecha 19 de diciembre de 2012, recurrida en apelación ante el T.S.J. de Castilla León, con sede en Burgos, con fecha 29 de abril de 2013, y que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda

en el día de la fecha, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, hace constar lo siguiente: I. ANTECEDENTES Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia. II. FUNDAMENTOS DE DERECHO UNICO.- Conforme a lo razonado en la fundamentación jurídica de la sentencia de casación, procede, en aplicación de lo dispuesto en el art. 57.1, párrafo segundo, del C. P. 95, modificar el fallo de la sentencia recurrida, en el sentido de que la prohibición de aproximación impuesta al condenado se cumplirá simultáneamente con la pena privativa de libertad que se le impuso en la sentencia recurrida. III. FALLO Se modifica la sentencia recurrida en el sentido de que la prohibición de aproximación por diez años impuesta al condenado, Luis Pedro, a menos de doscientos metros, respecto de su esposa Flor, y sus hijos Arcadio y Conrado, se cumplirá por el condenado de forma simultánea con la pena de prisión que se le impuso. Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus mismos términos, incluidas la pena de ocho años y seis meses de prisión impuesta, accesoria, costas y responsabilidad civil. Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Tourón, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El procesado vivía en su domicilio con su esposa y con un hijo de 23 años. Sus otros seis hijos vivían de modo independiente. El procesado estaba molesto con su hijo porque no trabajaba. Al llegar a su casa un determinado día, a las 14,30 hrs., se encontró con que su hijo se acababa de levantar de la cama y exigía a su madre con malos modos que le diera una camiseta. Esto creó una situación de tensión que se inició cuando el procesado le dijo que su madre no era su criada; y esta tensión dio lugar a que padre e hijo se enzarzaran en una discusión a la que se puso término cuando el procesado se hizo con un cuchillo y lo clavó en el pecho del hijo, causándole la muerte.

Seguido procedimiento penal en el que se personaron como acusación particular la esposa del procesado y sus otros seis hijos, el Tribunal del Jurado (AP de Palencia, Sección 1ª; magistrado Ilmo. Sr. Rafols Pérez), mediante sentencia de 19 de diciembre de 2012, condenó al procesado como autor de un delito de homicidio con la circunstancia atenuante de trastorno mental transitorio y agravante de parentesco, imponiéndole la pena de ocho años y seis meses de prisión y la prohibición de aproximación a su esposa e hijos durante 10 años.

En el orden civil, se reconoció a la esposa del procesado, madre del interfecto, una indemnización de 120.000 euros y a cada uno de los seis hermanos una de 4.000 euros, declarándose que las cantidades establecidas “se entienden proporcionadas a la entidad de los hechos enjuiciados, la muerte de una persona y a la trascendencia del perjuicio moral causado por el delito, en especial por las especiales circunstancias en que se desarrolló”, añadiéndose que “no se hace aplicación orientativa del baremo establecido para los accidentes de circulación, dado que se entiende que, en hechos dolosos de esta naturaleza, especialmente graves, la pérdida del ser querido conlleva un ‘plus’ de aflicción y, por tanto, de perjuicio moral, que trasciende a los presupuestos sobre los que se asienta dicho baremo”.

Apelada la sentencia por el procesado, la Sala Penal del TSJ de Castilla-León, con sede en Burgos, mediante sentencia de 29 de abril de 2013 (Pte. Ilma. Sra. Rivas Aramburu), desestimó sus motivos entre los que se encontraba uno que denunciaba que no se había brindado una respuesta razonada a la cuestión de la responsabilidad civil y que se había reconocido a la madre del fallecido una indemnización muy superior a la fijada en el sistema valorativo establecido para los accidentes de circulación, utilizable con carácter orientativo; y que, además, se había reconocido indemnización a cada uno de los hermanos del interfecto, pese a no preverla dicha regulación. La sentencia invocó la doctrina de la motivación implícita y, aunque reconoció la escuetez argumental de la sentencia recurrida, no apreció su insuficiencia porque la declaración de hechos probados proporcionaba los datos manejados para extender la indemnización a los hermanos y para cuantificar la de ellos y la de la madre. A mayor abundamiento, el Tribunal, olvidando que está resolviendo un recurso de apelación, invocó la doctrina jurisprudencial que, atinente al recurso de casación, excluye, en principio, de censura la cuestión de las indemnizaciones establecidas por pertenecer a la soberanía del Tribunal de instancia y señala, de modo extravagante, que este criterio es trasladable al ámbito del recurso de apelación.

Pero, al margen de este exabrupto técnico, el Tribunal consideró que el elenco de perjudicados y la cuantía de indemnización acordadas se correspondían con los perjuicios morales padecidos en el caso, sin que se hubiera infringido el sistema legal valorativo porque, aparte de que su utilización sólo es orientativa, los daños causados dolosamente están explícitamente excluidos de él, teniendo en cuenta que está diseñado en función de los cálculos actuariales propios del seguro de responsabilidad civil automovilística.

Interpuesto recurso de casación por el condenado, se articuló un motivo en el que volvía a denunciar la infracción del sistema legal valorativo por la doble razón expuesta en

COMENTARIO

La determinación de las indemnizaciones por daños corporales causados en accidente de circulación, con su reflejo en el indicado sistema, no se ajusta a criterios de equivalencia o justicia, sino a unos parámetros economicistas condicionados por el sistema de explotación del seguro automovilístico

la alzada. El TS lo desestima mediante una sentencia que se presta a un amplio comentario crítico que no procede aquí. Me centro por ello en el acierto de las dos ideas basilares que, en definitiva, sostiene. La primera es que la determinación de las indemnizaciones por daños corporales causados en accidente de circulación, con su reflejo en el indicado sistema, no se ajusta a criterios de equivalencia o justicia, sino a unos parámetros economicistas condicionados por el sistema de explotación del seguro automovilístico. Esto significa pura y simplemente, aunque la Sala no lo diga de modo explícito, que, de acuerdo con el entendimiento jurisprudencial, dicho sistema está puesto esencialmente al servicio de una reparación parcial, que se traduce, entre otros extremos, en negar la condición de perjudicados a perjudicados relevantes (en este caso, los hermanos de la víctima fallecida) y en asignar a los perjudicados por un fallecimiento cantidades inferiores a las resultantes del principio institucional de la reparación completa. Ello es así porque el sistema está acomodado a las exigencias del seguro y no al revés que es lo que sería procedente en estrictos términos civiles de conmutatividad.

Bastaría este primer argumento para desestimar el motivo del recurso, en la medida en que la Sala considera que las indemnizaciones establecidas son moderadas y razonables. Pero a él se une la inequívoca consideración de que los daños corporales dolosos conllevan un plus de perjuicio que da lugar a que no puedan resarcirse en los mismos términos cuantitativos que los causados por negligencia o, en su caso, sin culpa. Por ello dice la Sala que el 'baremo' de los daños corporales circulatorios constituye un cuadro de mínimos para valorar los causados por una actuación dolosa. Naturalmente, conectados los dos argumentos, no es que constituya un cuadro de mínimos para los daños corporales dolosos, sino que lo constituye previamente cuando se trata de daños corporales causados por un hecho ajeno al tránsito motorizado. Sobre toda esta materia, me remito a mi artículo '*Reflexiones críticas sobre la aplicación del sistema fuera del tránsito motorizado*', publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguro (2012, núms. 4 y 5).

Finalmente, no me resisto a dejar de destacar que la Sala, para insistir en la superior entidad de los daños corporales dolosos, añade con referencia a este caso concreto, que no se puede "descartar la intencionada y deliberada decisión de causar los mayores sufrimientos posibles"; frase que, referida a un supuesto de perjuicios causados por muerte, resulta atrabiliaria, pues no es de recibo que estuviera en el ánimo del procesado causar mayores sufrimientos a su esposa y a sus hijos, sin que sea concebible que la decisión de acuchillar a su hijo contara con la intención deliberada de perjudicar con especial saña a sus otros hijos y a su esposa, a la que había defendido precisamente frente a la desabrida petición que el hijo le hacía para que le entregara una prenda de vestir. Exceso verbal patente y, desde luego, inapropiado. También la '*iudicis prudentia*' gusta de la hipérbole y de la caricatura.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Reclamación del hijo menor por la muerte de su madre frente al Consorcio de compensación de seguros, cuando ésta viajaba en un vehículo no asegurado. Se estima el recurso de casación y se estima la demanda, y ello a pesar de que la madre conocía que el vehículo carecía de seguro, dado que quien ostenta la condición de perjudicado en este caso no es la madre fallecida, sino el hijo

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 28 de noviembre de 2013.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Don Carlos Miguel, nombrado defensor judicial del menor Rafael, formuló demanda en nombre de éste contra el Consorcio de Compensación de Seguros y contra don Juan Pablo, en reclamación de la cantidad de 172.981,89 euros, más los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y costas. Dicha reclamación traía causa del fallecimiento de la madre del menor en un accidente de tráfico sufrido cuando viajaba en el vehículo Opel Astra GSI, matrícula K-....-KD, conducido por el padre -codemandado y en rebeldía- don Juan Pablo; accidente ocurrido sobre las 6,10 horas del día 11 de abril de 2004 al circular por

la vía CM-200, a la altura del punto kilométrico 79,800, a la entrada de la población de Albacete de Zorita (Guadalajara).

La Abogacía del Estado se opuso a la demanda en nombre del Consorcio de Compensación de Seguros, alegando que la fallecida –esposa del conductor y madre del demandante– conocía que el vehículo no estaba asegurado y ello excluye la responsabilidad del Consorcio por aplicación de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó solidariamente al Consorcio de Compensación de Seguros y al codeemandado don Juan Pablo a indemnizar al menor Rafael en la cantidad de 172.981,89 euros más los intereses correspondientes según lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, con imposición de costas a los referidos demandados. La Abogacía del Estado, en la representación dicha, recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª) dictó sentencia de fecha 19 de julio de 2011, por la que estimó el recurso y absolvió al Consorcio de Compensación de Seguros sin especial declaración sobre costas causadas en ambas instancias. Contra dicha sentencia recurre en casación el defensor judicial en nombre del menor Rafael.

SEGUNDO.- El recurso se fundamenta en la infracción del artículo 11 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. En primer lugar, se han de rechazar las alegaciones de la Abogacía del Estado sobre la concurrencia de causas de inadmisibilidad del recurso de casación, pues con independencia de que en el mismo se contengan razonamientos que parten de hechos distintos a los que se han considerado como probados por la sentencia recurrida, es claro que se denuncia la vulneración de una norma jurídica –el citado artículo 11 del Real Decreto Legislativo 8/2004– que habrá de ser interpretada y aplicada en sus justos términos y en relación con el Anexo que contiene el "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación".

Pues bien, teniendo en cuenta dichas normas se impone la estimación del recurso. Es cierto que el artículo 11 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre





Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, tras establecer en su apartado 1 b) como función del Consorcio de Compensación de Seguros la de indemnizar los daños en las personas y en los bienes causados por un vehículo que no esté asegurado –como sucede en el presente caso– también establece en el apartado g), párrafo segundo, que en tal supuesto “quedarán excluidos de la indemnización por el Consorcio los daños a las personas y en los bienes sufridos por quienes ocuparan voluntariamente el vehículo causante del siniestro, conociendo que éste no estaba asegurado o que había sido robado, siempre que el Consorcio probase que aquellos conocían tales circunstancias”.

En este sentido, dando por probado la sentencia impugnada que la fallecida –madre del demandante– conocía la falta de aseguramiento, concurriría el supuesto de exoneración del Consorcio anteriormente referido si no fuera porque el Anexo dispone en su apartado Primero 4 que la condición de ‘perjudicado’ –y, por tanto, quien sufre el daño en caso de fallecimiento de la víctima– no corresponde a la propia víctima sino a las personas enumeradas en la Tabla I y entre ellas, en el caso presente, al hijo menor, que en la fecha del accidente no llegaba a los dos años, al que no se puede aplicar la citada causa de exoneración de la obligación resarcitoria por parte del Consorcio al ser ajeno a la inexistencia de seguro.

TERCERO.- La estimación del recurso comporta la casación de la sentencia recurrida y la confirmación de la dictada en primera instancia, incluso en lo que se refiere a su pronunciamiento sobre costas, condenando ahora igualmente al Consorcio al pago de las causadas por el recurso de apelación –que debió ser desestimado– y sin especial declaración sobre las correspondientes al presente recurso, todo ello de conformidad con lo establecido por los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Que DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Carlos Miguel, defensor judicial del menor don Rafael, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª) de fecha 19 de julio de 2011, en Rollo de Apelación



nº 88/2011 dimanante de autos de juicio ordinario número 1540/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de dicha ciudad, en virtud de demanda interpuesta por la parte hoy recurrente contra el Consorcio de Compensación de Seguros, la que casamos dejándola sin efecto y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia, incluso en su pronunciamiento sobre costas. Condenamos al Consorcio de Compensación de Seguros al pago de las costas causadas por su recurso de apelación, sin especial pronunciamiento sobre las producidas por el presente recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Ramón Ferrandiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Ignacio Sancho Gargallo. Rafael Saraza Jimena.- Sebastián Sastre Papiol. Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Salas Carceller, 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.

No será esta sentencia un ejemplo de argumentación jurídica, dado el escaso esfuerzo realizado por el ponente para fundamentar la casación de la sentencia de la AP de Guadalajara (sección 1ª) de fecha 19 de julio de 2011, en el Rollo de Apelación nº 88/2011. Solo confío en que tampoco sea una influencia jurídica para otros magistrados que nos devuelva al pasado, donde a los beneficiarios/perjudicados no se les podía oponer la exoneración resarcitoria por causa imputable al fallecido.

La sentencia que comentamos es fácil de resumir. Accidente de circulación donde fallece la ocupante del vehículo, dándose la circunstancia de que el vehículo carecía de seguro. El causante del accidente es el propio conductor del vehículo, pareja de la víctima, y declarado en rebeldía en el procedimiento civil. En primera instancia, se estima la demanda formulada por la representación legal del hijo, menor de edad (solo dos años... posible factor interviniente), de la pareja. El abogado del Estado, en representación del Consorcio de Compensación de Seguros, alegó en su defensa que la fallecida conocía que el vehículo carecía de seguro. Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial de Guadalajara resuelve estimando el recurso del Consorcio (CCS) al entender acreditado que la fallecida conocía la falta de aseguramiento. La representación del menor recurre en Casación con resultado satisfactorio.

La Ley sobre Responsabilidad Civil y seguro en la circulación de vehículos a motor señala en su artículo 11, que para los supuestos previstos en los párrafos b) (daños por vehículo no asegurado) y c) (daños por vehículo robado), quedarán excluidos de la indemnización por el Consorcio los daños a las personas y en los bienes sufridos por quienes ocuparan voluntariamente el vehículo causante del siniestro, conociendo que este no estaba asegurado o que había sido robado, siempre que el Consorcio probase que aquellos conocían tales circunstancias.

Pues bien, pese a la claridad del párrafo final, la sentencia del TS entiende que no es de aplicación al caso que se juzga, a la vista de que quién reclama es el perjudicado de la víctima fallecida (un menor de solo 2 años de edad) y por lo tanto a él no se le puede oponer que la víctima conociera esa circunstancia.

Nos hubiera gustado conocer bien los argumentos del ponente para poder analizarlos y estudiar en profundidad el criterio seguido, más una vez hemos conocido el contenido de la sentencia de la AP de Guadalajara que, compartida o no, hace un meritorio ejercicio de argumentación. Pero la sentencia, con cierto descaro, se limita a señalar como único argumento "En este sentido, dando por probado la sentencia impugnada que la fallecida -madre del demandante- conocía la falta de aseguramiento, concurriría el supuesto de exoneración del Consorcio anteriormente referido si no fuera porque el Anexo dispone en su apartado Primero. 4 que la condición de "perjudicado" -y, por tanto, quien sufre el daño en caso de fallecimiento de la víctima- no corresponde a la propia víctima sino a las personas enumeradas en la Tabla I y entre ellas, en el caso presente, al hijo menor, que en la fecha del accidente no llegaba a los dos años, al que no se puede aplicar la citada causa de exoneración de la obligación resarcitoria por parte del Consorcio al ser ajeno a la inexistencia de seguro".

No vamos a negar que esta exclusión a la cobertura del Consorcio (CCS) puede ser discutible, aunque el legislador intentara proteger a las víctimas al señalar que lo sería siempre que el Consorcio probase que lo conocían (algo claramente innecesario, pues cualquier juez exigiría antes de aplicarlo que constara probado que la víctima lo conocía), pero tampoco se puede negar que la Ley lo deja muy claro, y si la AP estima probado que lo conocía la norma debe aplicarse. Pero es fácil preguntarse si la sentencia hubiera sido la misma en el caso de un vehículo robado y que uno de los autores del robo, ocupante, hubiera fallecido el sufrir un accidente en la huida. Si en ese caso, los perjudicados del co-autor de un robo de vehículo reclamasen por el fallecimiento derivado de un accidente ¿también hubiera entendido el ponente que no le era oponible a los perjudicados, del autor de un delito, la exclusión de la cobertura del Consorcio (CCS)? Pues me aventuro a decir que seguro que no hubiera sido lo mismo. Es socialmente admisible que un autor de un delito no tenga cobertura especial, pero no lo es tanto que alguien conozca la falta de aseguramiento de un vehículo y aun así sea usuario del mismo. Esto se puede comprender, pero esto no es derecho.

La sentencia de la AP de Guadalajara, analizó con detalle ese posible conocimiento por parte de la víctima del hecho de no estar asegurado, y con un buen desarrollo previo concluye "... argumentándose la obligación de asegurar del propietario de la cosa común en el matrimonio que con mayor motivo podría invocarse en el supuesto de autos dado que el vehículo estaba a nombre de la

COMENTARIO

fallecida y recaía sobre la misma también por tanto la obligación de asegurar, resumiéndolo puede mantenerse que la fallecida no conoció o no tenía la obligación de conocer, si su vehículo estaba o no asegurado. Y como quiera que no cumplió, siendo copropietaria de aquél, con la misma, la exclusión planteada ha de ser acogida”. Pero no es este el único ejercicio que la AP realiza, pues previamente habían analizado la posible inoponibilidad de esta exclusión al perjudicado por causa de la víctima. Entienden que no se trata de la exclusión del SOA que afecta al conductor causante, pero que la transferencia víctima perjudicada sería la misma. Lo que es de aplicación al primero le sería al segundo. Destacando el argumento “... Como tal precisa al menos la posibilidad de una responsabilidad por parte del asegurado (conductor del vehículo, o persona que deba responder), de tal forma que si no ha nacido ninguna obligación con cargo a su patrimonio, ninguna obligación indemnizatoria se puede trasladar a la aseguradora frente a personas que, ciertamente tienen la condición de perjudicados, pero no son terceros respecto a aquél por el accidente de tráfico, pues no hay propiamente un supuesto de responsabilidad civil, que es lo que da eficacia y cobertura al riesgo. Lo contrario supondría convertir el seguro en uno de accidentes personales, siendo así que uno y otro son de naturaleza jurídica distinta”. Lo definitivo es pues que siendo propietario del vehículo el aseguramiento del mismo no le es ajeno, sino que es una carga que le corresponde”.

El riesgo de esta sentencia no es que se quiebre una norma, correcta o no, el riesgo real de esta sentencia es que criterios jurídicos que creíamos superados vuelvan a renacer. Que, en este momento, el TS vuelva a decir que no se puede aplicar la causa de exoneración de la obligación resarcitoria por no haber identidad de parte entre la víctima y el perjudicado, por haber fallecido la primera, es volver a una época donde la culpa exclusiva no entraba en funcionamiento en caso de fallecimiento del causante.

Pese a que el Tribunal Supremo, en 2001, generó ciertas dudas sobre este tema, al entender que no podía apreciarse el error judicial en la resolución de la Audiencia Provincial de Cuenca, donde se establecía que la culpa exclusiva del conductor causante, y único interviniente, no era oponible a sus perjudicados, por no participar en el accidente, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia se han mantenido en la dependencia de ese derecho resarcitorio a la cobertura que hubiera tenido la propia víctima fallecida. Aun así, por seguridad jurídica, la ley recogió en su reforma de 2007 la exclusión, señalando en su art. 5 “1. La cobertura del seguro de suscripción obligatoria no alcanzará a los daños y perjuicios ocasionados por las lesiones o fallecimiento del conductor del vehículo causante del accidente”. Y suerte de esta modificación, hasta aquel momento solo recogida en el Reglamento, pues si en este caso el menor también hubiera reclamado por el fallecimiento del conductor causante y claro conocedor de no tener seguro contratado, ¿Qué hubiera resuelto el alto tribunal? que, al ser un menor de tan solo dos años, ¿no le es de aplicación la norma?.

Sabemos que no es lo mismo la exclusión del seguro obligatorio de un accidente frente a la posible no cobertura, por parte del Consorcio (CCS), de una cobertura extraordinaria, pero en un caso como el que nos ocupa, se trata de un accidente donde no interviene ninguna aseguradora, al carecer de seguro, y que la reclamación se dirige contra el causante, padre del perjudicado y pareja de la víctima fallecida, y contra una entidad pública por un riesgo extraordinario como es circular sin seguro obligatorio. El propio causante se declara en rebeldía, cuando es el único responsable directo del daño, y queda liberado de su obligación de resarcir el daño causado a su hijo por el fallecimiento de su pareja. Estas son las reflexiones que debemos hacer a la hora de valorar el resultado de la sentencia.

Pues bien, pese a no ser el tema debatido el nacimiento de la responsabilidad del conductor, pero si el nacimiento de una cobertura extraordinaria del Consorcio (CCS), ¿no serían válidos los argumentos consolidados por el propio TS para el supuesto del conductor causante (STS 5930/2008, ponente Sr. Seijas, y 5989/2008, ponente Sr. Xiol, ambas de 3 de noviembre de 2008) al supuesto del posible nacimiento de la obligación consorciable? Es evidente que hay un causante que debe responder del daño causado, el padre del perjudicado (de tan solo dos años de edad), y que la Ley excluye expresamente la cobertura del Consorcio (CCS), si prueba que la víctima conocía la falta de aseguramiento, hecho probado según la sentencia de la AP de Guadalajara (que ni se cuestiona el Alto Tribunal), por lo que pocos argumentos a favor puede encontrar esta sentencia.

Dada la dificultad natural de probar que un ocupante, que fallece en el accidente, era conocedor de la falta de aseguramiento del vehículo, confiamos en que se quede en una anécdota, eso sí, carente de argumentación jurídica.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Indemnización concedida a un médico por la intromisión ilegítima en su honor, como consecuencia de las divulgaciones realizadas por un canal de televisión sobre la supuesta falta de asistencia de dicho médico a una paciente. Se estima la demanda frente al periodista que divulga la noticia, y se desestima frente a la paciente dado que dicha información debía de haber sido contrastada por el periodista

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 16 de diciembre de 2013.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Don José, de profesión médico, formuló demanda contra D.ª Margarita y su madre D.ª Adriana, D. José Antonio y Grupo de Medios de Tenerife, S.L. con motivo de la información ofrecida en el programa de televisión 'No corras que es peor', de la desaparecida Azul Televisión, hoy 'El Día Televisión', en la que se le descalificaba personal y profesionalmente al narrar de modo no veraz un episodio sucedido en el Centro de Salud Orotava en el que presta sus servicios. Con base en lo anterior solicitaba que se declarase la existencia de intromisión ilegítima en su derecho al honor y se condenase solidariamente a los demandados

al pago de una indemnización de 6.000 euros y, en concreto, a la entidad Grupo de Medios de Tenerife, S.L. a la publicación íntegra de la sentencia. La parte demandante alegó en su demanda que en fecha 23 de febrero de 2007, sobre las 16:22 horas, acudió D.^ª Margarita, acompañada de su madre D.^ª Adriana, al Centro de Salud Orotava, en Las Dehesas, sin cita previa, por vómitos y diarreas de la primera, a quien tras efectuar el correspondiente cribaje, se dijo que esperara para ser atendida. Transcurrido un tiempo de espera, las demandadas al divisar al médico se dirigieron a él de malos modos urgiéndole para que las atendiera, a lo que se les respondió que dado que su caso no era urgente tenían que esperar, optando ambas por marcharse tras poner una reclamación a las 17:00 horas en la que relataban a juicio del demandante unos hechos que no se ajustaban a la realidad, manifestando que la paciente se encontraba totalmente deshidratada por vómitos y diarreas, que habían estado esperando al menos dos horas para ser atendidas, y que no vieron a nadie más esperando para la consulta, estando solo D.^ª Margarita acostada en las butacas de espera.

La reclamación fue posteriormente archivada por el Servicio Canario de Salud. Añade el demandante que la madre y la hija no dándose por satisfechas con la reclamación formulada hablaron con D. José Antonio, entonces concejal de cultura del Ayuntamiento de La Laguna, y contertulio del programa de televisión 'No corras que es peor' y con ánimo de atacar el honor personal y el prestigio profesional del doctor D. José, le contaron su versión de los hechos, no ajustada a la realidad. Luego este contertulio difundió este episodio en el programa citado, sin antes contrastar la información, facilitando el nombre y apellidos del demandante en dos ocasiones, afirmando que «a este médico le falta reciclarse y que médicos como este sobran en el Servicio Canario de Salud», en clara descalificación del mismo. Las codeemandadas D.^ª Margarita y D.^ª Adriana se opusieron a la demanda alegando, en primer lugar, su falta de legitimación pasiva, al no tener vinculación alguna con lo que constituye el objeto del juicio, negando haber hablado o haberse comunicado con el contertulio Sr. José Antonio, no constando acreditado que la información que él mismo suministró en el programa le hubiera sido proporcionada por ellas y que correspondiera a lo sucedido a las mismas, pues en ningún caso las nombró con nombre y apellidos, al hablarse en todo caso de una madre y una hija. Terminan indicando en su descargo que no han realizado alegaciones difamatorias



contra el demandante, limitándose a poner una reclamación ante el Servicio de Salud ofreciendo su versión de lo sucedido en el ejercicio de sus derechos. El contertulio del programa, D. José Antonio, negó haber descalificado al actor, al entender que lo que dijo lo hizo en el ejercicio de su derecho a criticar un comportamiento que le habían comentado y que a su juicio resultaba incorrecto con las salvedades pertinentes, sin traspasar en ningún momento los límites de ese derecho de crítica ni vulnerar el derecho al honor del demandante.

El titular del medio de televisión en el que se produjo la difusión añadió a los motivos de desestimación anteriormente expuestos la relevancia pública de los hechos objeto de información por afectar a la salud pública, la notoriedad pública del actor por razón de su



profesión de médico que debilita su derecho al honor, y le hace susceptible de crítica, esgrimiendo en último término la improcedencia de la reparación y de la cuantía indemnizatoria al no existir impacto social ni potencial lesivo que sustente la indemnización. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, condenando solidariamente a dos de los demandados, D. José Antonio y Grupo de Medios de Tenerife, S.L. al pago de una indemnización de 3.000 euros y a la difusión del fallo de la sentencia y absolviendo a los otros dos, D.^ª Margarita y D.^ª Adriana, al considerar acreditado que en el programa 'No corras que es peor', difundido en el canal local Azul Televisión, propiedad de Grupo de Medios de Tenerife, S.L., D. José Antonio, en calidad de contertulio del mismo, hizo las manifestaciones contenidas en la demanda y

referidas al demandante, a quien se identificó con su nombre y apellidos, sin haber contrastado previamente la información que dijo haber llegado a su conocimiento por un tercero que no identificó, siendo evidente que en la crítica a la supuesta actuación del demandante se utilizaron expresiones que claramente lo descalifican.

La sentencia de apelación desestimó el recurso de los demandados y confirmó la sentencia de primera instancia al considerar acertado el análisis del material probatorio efectuado por el tribunal así como las conclusiones jurídicas que del mismo se desprenden, en virtud de las que se estima que los demandados difundieron una información falsa dándola como veraz, sin realizar ninguna averiguación o contraste previo que lesionaba el derecho al honor del demandante, el cual fue citado personalmente en la noticia. La parte demandada Grupo de Medios de Tenerife, S.L. interpuso recurso de casación.

SEGUNDO.- Se formulan tres motivos. En el primero denuncia la infracción del artículo. 20.1.a y d CE, al no respetar la libertad de expresión y de información, de conformidad con la jurisprudencia existente sobre la materia, sin que haya existido una intromisión en el derecho al honor en los términos del art. 18.1 CE, respecto del medio, atendiendo al hecho de que se trataba de una crítica vertida en un medio de comunicación en aras a defender y garantizar el normal funcionamiento de los poderes públicos y a que no toda crítica o información sobre la actividad laboral o profesional de una persona constituye una afrenta a su honor. Insiste en el carácter de personaje público del demandante. Sostiene que el medio de comunicación no es partícipe de las opiniones de los contertulios, así como que las críticas vertidas en medios de comunicación gozan de una mayor protección como expresión del derecho a la libertad de opinión e información en aras a garantizar el normal funcionamiento de los poderes públicos sujetos no solo a los controles constitucionalmente establecidos, sino también a los de la prensa y los grupos sociales. Alega que las expresiones o comentarios que se hacen respecto del demandante pueden ser molestos o hirientes pero no contienen insultos ni son injuriosos y se encuentran amparados en la libertad de expresión e información. En el segundo alega la infracción del artículo 1903 CC, en relación con la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno, atendiendo a que el programa de televisión es un mero transmisor de las declaraciones del codemandado, no

teniendo ni participación ni configuración en las mismas, existiendo una indebida inversión de la carga de la prueba. Sostiene que estamos ante un reportaje neutral y que ha existido una inadecuada ponderación de los derechos en conflicto. En el motivo tercero se citan una serie de sentencias firmes de contraste para fundamentar el interés casacional en las que el medio de comunicación resulta exonerado de responsabilidad. El Ministerio Fiscal impugnó el recurso e informa en resumen, lo siguiente:

El motivo primero no puede prosperar pues la sentencia recurrida confirma la dictada en primera instancia por sus propios fundamentos que no han sido desvirtuados por las alegaciones contenidas en los escritos de interposición de los recursos. En este sentido la sentencia de primera instancia señala que el demandado Sr. José Antonio, según reconoció en el acto del juicio, no comprobó la veracidad de la información que a través de una persona no determinada había llegado a su conocimiento y no habiendo quedado acreditado de la prueba practicada en el acto del juicio que el incidente por el mismo narrado se ajustara a la realidad de lo sucedido, el cual no contrastó y habiéndose utilizado en la crítica a dicho comportamiento expresiones injuriosas, resulta acreditada la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor y prestigio profesional del demandante. Indica como autores de la intromisión ilegítima al Sr. José Antonio que fue quien profirió las expresiones atentatorias al honor en su calidad de contertulio del programa de televisión, así como a la entidad mercantil Grupo de Medios de Tenerife, S.L. en su condición de empresa propietaria del canal local Azul Televisión a través de la cual se emitió el citado programa de televisión, como medio organizativo que puede imponer los contenidos de los programas que emite y elige a quienes en ellos intervienen, debiendo tenerse en cuenta que debido a las características concurrentes en el programa en el que se vertieron las expresiones injuriosas no puede considerarse que se produjera una actuación del contertulio sorpresiva o imprevisible para el medio comunicador. La responsabilidad que se declara en esta resolución es solidaria. El motivo segundo tampoco puede prosperar toda vez que las cuestiones aludidas debieron ser planteadas en su caso en el momento procesal oportuno y a través de un recurso extraordinario por infracción procesal por lo que no habiendo sido alegadas ni discutidas en la instancia, no puede ser introducidas en casación.

El motivo tercero en el que se citan varias sentencias de esta Sala y se reproduce parte de su contenido para justificar el interés casa-

cional. Los tres se desestiman. El primero de ellos por lo siguiente:

1.- La sentencia recurrida analiza el requisito de veracidad y lo estima incumplido en el presente caso, ya que se difundió una información dándola como veraz sin haber realizado antes contraste o averiguación alguna, faltando a la diligencia que le es exigible, y no solo eso sino que además se hicieron unos comentarios ofensivos contra el demandante que ponían en duda su profesionalidad. El recurrente enfoca su recurso de casación desde la perspectiva de la colisión entre su derecho al honor y, sobre todo, la libertad de expresión y considera que si bien se hace una crítica a la actuación profesional desplegada por el demandante según la versión de los hechos que se da no constituye un atentado a su honor.

Un análisis de las manifestaciones efectuadas por el Sr. José Antonio en el programa enjuiciado permite afirmar que se conjugan elementos de información y de opinión, ya que en líneas generales el tertuliano narra el incidente ocurrido en el centro de salud entre las partes y sobre la misma se emiten una serie de juicios de valor y opiniones, que según el demandante, representan un atentado en su honor, en cuanto se le descalifica personal y profesionalmente al ofrecer una opinión de él negativa. Estamos en consecuencia, ante un supuesto de colisión entre el derecho al honor, por una parte y, por otra, la libertad de información, en la medida en que se pone en conocimiento de la opinión pública determinados hechos, y la libertad de expresión, en tanto en cuanto se emiten opiniones y se efectúan comentarios o juicios de valor de contenido crítico sobre la persona y actuación del demandante.

2.- Las manifestaciones del tertuliano demandado afectan a la reputación profesional del demandante pues este es el efecto propio de la emisión de juicios de valor y de imputación de hechos que ponen en duda la probidad y honestidad profesional de la demandante al atribuirle una serie de actuaciones que afectan a su ética y prestigio profesional ganado en el ámbito en el que desarrolla su actividad (sector de la medicina). Se advierte, en suma, la existencia de un conflicto entre el derecho a la libertad de información y expresión de la recurrente y el derecho al honor del recurrido.

3.- Delimitados los derechos, desde un punto de vista abstracto, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que ostenta el derecho a la libre información y a la li-

bertad de expresión en su máxima expresión, por ejercitarse por profesionales de la información en el cauce institucionalizado de los medios de comunicación, y examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al derecho al honor de la parte demandante. El examen del peso relativo de ambos derechos en colisión depara las siguientes conclusiones:

Primera. La parte recurrente insiste en su recurso en que el demandante es un personaje público y que por tal condición sus actos deben someterse al escrutinio de la opinión pública, tratándose en definitiva de una crítica vertida en un medio de comunicación sobre su actuación laboral y profesional. A este respecto cabe decir que la información y la crítica objeto de controversia tiene interés general por la materia tratada pero no por las personas a quienes afecta, ya que el demandante no es un personaje público, político, ni la actividad profesional que desarrolla le hace acreedor de tal condición. Solo adquiere un cierto protagonismo al verse implicado en los hechos sobre los que se informa y opina, siendo incuestionable desde el punto de su objeto el interés de la sociedad en el conocimiento de sucesos como el que nos ocupa.

Por su parte, la relevancia de la afectación al derecho a la reputación profesional del recurrido resulta suficientemente relevante para ser tomada en consideración; pero, en sí misma, no es suficiente para descartar la prevalencia de la libertad de información y de expresión, siendo necesario ponderar otras circunstancias concurrentes. La afirmación contraria implicaría, de manera incompatible con el proceso de participación deliberativa en una sociedad democrática, obstaculizar el conocimiento por la opinión pública de posibles desatenciones, faltas de respeto y consideración debida o irregularidades advertidas en la relación o trato médico-paciente. En este aspecto, la libertad de información y de expresión debe prevalecer sobre el honor de la parte demandante dado el elevado interés público del asunto.

Segunda. Si bien en las críticas o juicios de valor sobre la actuación o conducta profesional del demandante no opera el requisito de veracidad, no sucede lo mismo con los hechos sobre los que se informa en el programa litigioso que sí están sometidos al canon de veracidad. Y desde esta última perspectiva hay que decir que no se ha dado cumplimiento al requisito de veracidad, ya que se comunican como ciertos unos hechos de actualidad social en los que se implica al demandante,

según la versión facilitada por un tercero no identificado (siendo insuficiente la remisión a fuentes indeterminadas para dar por cumplida la diligencia propia del informador (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 8) a quien se identifica por su nombre y apellidos, que no fueron contrastados previamente y que no se corresponden con la realidad, tal y como se declara probado en la instancia. En efecto, la sentencia recurrida, que da por reproducida la fundamentación de la sentencia de primera instancia, declara que se difundió una información como veraz sin haber realizado antes contraste o averiguación alguna, faltando el informador a la diligencia que le es exigible. La falta de veracidad de la información determina que decaiga el carácter prevalente de la libertad de información, dado el grado elevado de afectación que comporta esta circunstancia para el derecho al honor del demandante.

Tercera. Desde el ángulo del posible carácter injurioso, insultante o desproporcionado de las expresiones utilizadas debe tenerse particularmente en cuenta que la noticia divulgada supuso, por su propio contenido, un indudable descrédito en la consideración personal y profesional del demandante, en la medida en que se le implicaba e identificaba con nombre y apellidos en un caso de desatención, retraso injustificado y trato inadecuado a un paciente, conducta que sin duda es susceptible de lesionar su derecho al honor, de suerte que no existe la debida proporcionalidad entre el ejercicio del derecho a la información atendido su contenido y finalidad, y el respeto al honor de la persona a la que se refiere la noticia publicada, habiéndose producido un sacrificio desproporcionado en detrimento del segundo. Ahora bien del texto de la sentencia recurrida se pone de manifiesto que, si bien la noticia publicada afectaba negativamente al demandante, siendo dañosa para su honorabilidad, la razón por la que se condena a los demandados no radica en este punto, sino en la falta de veracidad de las informaciones a las que se ha hecho referencia. Desde este punto de vista, en suma, la afectación del derecho al honor es muy elevada frente a la protección del derecho a la libertad de información.

En conclusión, la consideración de las circunstancias concurrentes conduce a estimar que la libertad de expresión e información no puede en este caso prevalecer sobre el derecho al honor del demandante, pues el grado de afectación de las primeras, aun siendo notable en atención a otras circunstancias, pierde gran parte de su peso por la ausencia de veracidad, y no puede prevalecer frente a la afectación del segundo, que es de gran intensidad.



No se advierte, pues, que la sentencia recurrida, cuya valoración es totalmente acorde con todo lo aquí razonado, incurra en la infracción que se le reprocha.

TERCERO.- Por lo que se refiere al segundo motivo, del examen de las actuaciones resulta que el recurrente en su contestación a la demanda no articulaba como motivos de oposición la aplicación de la doctrina del reportaje neutral o la infracción del art. 1903 CC, haciéndolo por primera vez en su escrito de interposición de recurso de apelación lo que motivó que la sentencia dictada en apelación ni siquiera se pronunciara sobre ello. De esta forma su planteamiento en casación ha de rechazarse, por sorpresivo, y por ser susceptible de generar indefensión para la parte demandante recurrida, que en ningún momento a lo largo del pleito ha tenido ocasión de alegar al respecto.

CUARTO.- El motivo tercero en el que se alega la existencia de interés casacional por oposición de la sentencia impugnada a doctrina del Tribunal Supremo debe sufrir la misma suerte desestimatoria pues a la vista de la jurisprudencia alegada no cabe apreciar una incorrecta aplicación del Derecho al caso de autos.

QUINTO.- La desestimación del recurso de casación determina la condena en costas de la recurrente, en virtud de lo dispuesto en el ar-

tículo 394, en relación con el 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por Grupo de Medios Tenerife, S.L. contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 229/2011, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de fecha 16 de junio de 2011, con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente. Líbrense 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 Castan. José Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Xavier O'Callaghan Muñoz. 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.

Siempre he pensado que las sentencias, sobre todo las dictadas en las más altas instancias, no sólo debían recoger en sus pronunciamientos un escrupuloso acatamiento a la legalidad vigente, rectamente entendida, sino también un descubrir moral que permitiera a la sociedad sobre la que se proyectan, servir de pautas de interpretación clarividentes a fin de facilitar la convivencia de sus miembros.

La sentencia que es objeto de este breve comentario, merece un especial reconocimiento, aportando luz y claridad a ese escabroso cruce de caminos que forman la libertad de expresión y el derecho al honor. Es verdad que la sentencia se pronuncia desde la legalidad y con la legalidad

En este sentido, la sentencia que es objeto de este breve comentario, merece un especial reconocimiento, aportando luz y claridad a ese escabroso cruce de caminos que forman la libertad de expresión y el derecho al honor. Es verdad que la sentencia se pronuncia desde la legalidad y con la legalidad. Pero esto sólo, y al hilo de lo antes comentado, no dejaría de ser una mera constatación epidérmica. La sentencia, magnífica, 'grita' más entre líneas que lo que amablemente refiere en su estricta y literal dicción. Nos sitúa, desde el reconocimiento de nuestra condición esencial de seres libres, ante el espejo de la libertad. Y nos inquiere para que nos reconozcamos ante dicho espejo como tributarios de esa Libertad. Nos dice que la libertad supone responsabilidad, tal como refiriera en su día George Bernard Shaw. ¡Vaya escándalo!

En el caso que contempla la sentencia, la responsabilidad exigía la constatación previa de la veracidad de los hechos, para que en uso de la libertad de expresión, pueda relatarse el hecho en cuestión, y ser sometido, inclusive, a las más vitriólicas críticas. No es veracidad sobre críticas o juicios de valor. No. Es veracidad sobre los hechos en los que recae la crítica o valoración. Los hechos, su veracidad, se erigen así en presupuesto objetivo necesario sobre el que a posteriori volcar la crítica o emitir los juicios de valor.

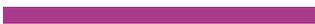
En el caso que contempla la sentencia, la responsabilidad exigía la constatación previa de la veracidad de los hechos, para que en uso de la libertad de expresión, pueda relatarse el hecho en cuestión, y ser sometido, inclusive, a las más vitriólicas críticas. No es veracidad sobre críticas o juicios de valor. No. Es veracidad sobre los hechos en los que recae la crítica o valoración

COMENTARIO

Sucedee, que en el pandemonio de tertulias, debates de todo orden, listas de libros más vendidos en los que aparecen autores de dudoso lustre intelectual, se genera el caldo de cultivo propicio para todo tipo de excesos y licencias informativas y pseudo informativas, donde se da una especial y fácil receptividad para la masa social en aquellos supuestos que puedan afectar sobre todo a servicios básicos, como en este caso la sanidad. En este escenario, los medios de comunicación, audiovisuales fundamentalmente, operan como una fenomenal caja de resonancia a cuya influencia, cuando se tiene oportunidad para ello, resulta muy difícil sustraerse. Tal escenario termina por excitar las más irrefrenables pulsiones viscerales. La ausencia de control corporativo y, mucho menos, autocontrol, se viene evidenciando como la nota dominante en tales prácticas comunicativas. Todo ello hace que resulte muy tentador para un tertuliano 'político' lanzar las redes por ver de pescar en río revuelto, y si no lo está se revuelve. Todo vale. En el altar de la libertad de expresión se sacrifican todos los principios y derechos.

Conviene recordar en este punto lo que dijera el filósofo italiano Vincenzo Gioberti: "Los mayores enemigos de la libertad no son aquellos que la oprimen, sino los que la ensucian". Evidentemente, el tertuliano 'político' está ensuciando la libertad, y así se viene a reconocer en la sentencia objeto de comentario. Y lo hace gravemente, ya que opera en una doble dirección. Por un lado, al demandante en la litis que dio origen a la sentencia que se comenta le causa un grave perjuicio al hacerle protagonista activo de unos hechos, no veraces por no contrastados, y que le afectan de manera harto negativa, tanto en su ámbito profesional, como en el de su propia fama y honor; y por otro lado, su comportamiento resulta especialmente grave, en primer lugar porque es un *utiliter gestum* habida cuenta su condición de cargo público en el Ayuntamiento, concejal de cultura; y en segundo lugar, porque al ensuciar la libertad está proyectando, no una información de unos hechos que derivan en crítica, sino una viciada información que no se cohonestaba con la verdad y que no se preocupó en contrastar previamente.

Por tanto, y este es el gran acierto de la sentencia que se comenta, porque lo aclara de una manera contundente, primero habrá de darse la información, que tendrá que ser veraz y objetiva -presupuesto-, y después la crítica, que será libre y subjetiva, así como todo lo acerada que se quiera. Pero el ejercicio de la libertad, su incidencia, también opera respecto del presupuesto, y es exigente en cuanto a la responsabilidad en que debe apoyarse. El eje de responsabilidad gravita en el presupuesto de objetividad, en la fiel identificación de unos hechos, que no podrán ser deformados y que imperativamente han de ser contrastados. Bajo el paraguas de la libertad siempre estarán las varillas de la responsabilidad.



Primero habrá de darse la información, que tendrá que ser veraz y objetiva -presupuesto-, y después la crítica, que será libre y subjetiva, así como todo lo acerada que se quiera. Pero el ejercicio de la libertad, su incidencia, también opera respecto del presupuesto, y es exigente en cuanto a la responsabilidad en que debe apoyarse





perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes

Respecto a la *exceptio doli*, y la -nunca definitivamente resuelta- obligación de las aseguradoras de afrontar las consecuencias pecuniarias de los daños intencionados irrogados por su asegurado, es recomendable conocer la Sentencia N° 365/2013, de veinte de marzo, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ponencia de D. Antonio del Moral García:

“No se trata de sostener la asegurabilidad del dolo -que no cabe- sino de indagar si el legislador de 1980, junto a ese principio general que se respeta en su esencialidad, ha establecido una regla en el sentido de hacer recaer en el asegurador la obligación de indemnizar a la víctima de la conducta dolosa del asegurado. El automático surgimiento del derecho de repetición frente al causante del daño salva el dogma de la inasegurabilidad del dolo: nadie puede asegurar las consecuencias de sus hechos intencionados

Faltaría la aleatoriedad característica el contrato de seguro. Lo que hace la Ley es introducir una norma socializadora y tuitiva (con mayor o menor acierto) que disciplina las relaciones de aseguradora con víctima del asegurado. La aseguradora al concertar el seguro de responsabilidad civil y por ministerio de la ley (art. 76 LCS) asume frente a la víctima (que no es parte del contrato) la obligación de indemnizar todos los casos de responsabilidad civil surgidos de la conducta asegurada, aunque se deriven de una actuación dolo-

sa. En las relaciones internas y contractuales con el asegurado no juega esa universalidad: la responsabilidad civil nacida de un hecho intencionado ha de repercutir finalmente en el asegurado. Pero el riesgo de insolvencia de éste la ley quiere hacerlo recaer sobre la aseguradora y no sobre la víctima.

La acción directa otorga a la víctima un derecho propio que no deriva solo del contrato sino también de la ley. Por tanto no se ve afectado por las exclusiones de cobertura. Al asegurador sólo le queda la vía del regreso. Que el regreso fracase por insolvencia del asegurado es parte de su riesgo como empresa.

Y es que cabalmente el art. 76 LCS rectamente entendido

solo admite una interpretación a tenor de la cual la aseguradora, si no puede oponer el carácter doloso de los resultados (y según la norma no puede oponerlo en ningún momento: tampoco si eso está acreditado) es que está obligada a efectuar ese pago a la víctima, sin perjuicio de su derecho de repetir. Lo que significa en definitiva, y eso es lo que quiso, atinadamente o no, el legislador, es que sea la aseguradora la que soporte el riesgo de insolvencia del autor y nunca la víctima. El asegurado que actúa dolosamente nunca se verá favorecido; pero la víctima tampoco se verá perjudicada.

Legalmente se asigna al seguro de responsabilidad civil una función que va más allá

de los intereses de las partes contratantes y que supone introducir un factor de solidaridad social. La finalidad de la prohibición del aseguramiento de conductas dolosas (art. 19) queda preservada porque el responsable por dolo es en definitiva la persona a la que el ordenamiento apunta como obligado al pago. Pero frente a la víctima, la aseguradora no puede hacer valer esa causa de exclusión. El dogma "el dolo no es asegurable" permanece en pie. Cosa diferente es que modernamente el contrato de seguro de responsabilidad civil haya enriquecido su designio primigenio como instrumento de protección del patrimonio del asegurado. La ley le ha adosado otra función: la protección del tercero perjudicado".

La Audiencia Provincial de Granada Sección cuarta, en auto N°3, de 11 de enero de 2013 –en ponencia del Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Ruiz-Rico Ruiz– resolvió la cuestión controvertida circunscrita a la determinación del *dies ad quem* en el cómputo de la liquidación de intereses practicada, dado que en lo demás no existe discusión entre las partes. Mientras la aseguradora condenada sostenía que la fecha final de devengo de los intereses ha de ser el día en que consignó la cantidad a que había sido condenada en concepto de principal, la actora apelante señalaba que han de ser computados hasta el día en que se le hizo entrega por el Juzgado del mandamiento de devolución:

"Expuesto lo anterior, no podemos mostrar nuestra conformidad con el parecer del Juzgador de Instancia de que la entidad que consigna no ha de soportar el perjuicio del tiempo que transcurre desde dicha consignación hasta el efectivo abono a la perjudicada, cesando desde el momento de la consignación la obligación de satisfacer intereses. Este criterio no se compagina con el Art. 20.7 de la LCS de que el término final del plazo de la obligación de abono de intereses de demora por la aseguradora será el día en que "efectivamente satisfaga la indemnización, mediante

pago", reparación o reposición al asegurado, beneficiario o perjudicado. Tampoco con la parte dispositiva de la sentencia de que los intereses se devengarán "hasta la fecha del completo pago".

Más aún, en la consignación efectuada el día 28-2-2012 no se hace constar si lo fue en concepto de pago o a los efectos de poder interponer recurso de casación, de acuerdo con el Art. 449,3a de la LEC. En este caso, tiene dicho esta Sala (autos de 4-3-99 y 4-11-99) que "no supone cesación en el devengo de intereses". En el concep-

to o descripción se indicó "a cuenta de intereses", aunque era del principal de la condena, pero tal omisión ni siquiera fue subsanada mediante la presentación de algún escrito ante la Sala o el Juzgado solicitando se pusiera a disposición de la actora la cantidad consignada.

Por otra parte, esta Sala en distintas resoluciones (autos de 25-9-2009, 19-11-2010 y 21-1-2011) viene exigiendo para la cesación en el devengo de intereses que por el Juzgado se ofrezca o ponga a disposición del acreedor la suma consignada, única forma de hacer

"efectivo" el pago "completo" de la deuda, sin que los retrasos judiciales hayan de afectar al mismo (auto de 19-1-95), por cuanto la condena no obli-

ga al deudor a consignar en el Juzgado la cantidad para dar cumplimiento a la ejecución, pudiendo hacer efectiva la deuda extrajudicialmente

siempre que pueda justificarlo documentalmente, momento en que dejarán de devengarse los intereses a que también haya sido condenada".

La sentencia N°753/2013, de veintinueve de noviembre de la Sala primera del Tribunal Supremo se pronuncia sobre la fórmula de Balthazard, y el criterio a seguir en la aplicación de la fórmula de concurrencia, y -curiosamente- "no obstante la desestimación del recurso, no existiendo doctrina jurisprudencial expresa de la Sala sobre la cuestión planteada que fuera previa a la interposición del recurso, se estima procedente no hacer especial declaración sobre las costas causadas por el mismo":

"Así en sentencias, entre otras, de 26 octubre 2011 (Rec. 1345/2008), 30 abril 2012 (Rec. núm. 652/2008) y 15 julio 2013 (Rec. Núm. 761/2011) tiene declarado que el apartado Segundo del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, sobre la explicación del sistema de indemnización por accidentes de tráfico, dentro de la letra b), que alude a las indemnizaciones por lesiones permanentes, contiene una referencia al modo de proceder para calcular la puntuación conjunta que ha de corresponder al perjudicado que sufra diferentes lesiones permanentes; todas ellas concurrentes por derivar del mismo accidente de tráfico. Con ese fin se fija una fórmula y unas reglas que han de ser observadas para la correcta aplicación del sistema, cuya vulneración es revisable en casación por tratarse de una norma jurídica sustantiva; y las referidas sentencias coinciden en la aplicación de dicha fórmula $[(100-M) \times m]/100 + M$, precisando que "M" equivale a la secuela con puntuación de mayor valor y "m" a la secuela con puntuación de menor valor; de modo que el valor resultante de la

primera operación debe integrar el valor "M" en la segunda y así sucesivamente, sin que la puntuación total pueda exceder de 100 puntos.

Ello responde a una interpretación según el sentido de las palabras empleadas por el legislador (artículo 3 del Código Civil) al definir dicha fórmula y su aplicación, siendo además la que más se ajusta a la lógica del sistema.

Cuando se dice en el Anexo que "si son más de dos las lesiones concurrentes, se continuará aplicando esta fórmula, y el término «M» se corresponderá con el valor del resultado de la primera operación reali-

zada" se está refiriendo exclusivamente a la incorporación de una tercera secuela a las operaciones (que será la segunda de mayor valor), pues podría tener sentido que el valor "M" se mantuviera para todas las operaciones sucesivas correspondiéndose con el de la secuela de mayor valor, pero no parece lógico que se hiciera coincidir siempre con el de la primera operación realizada. También opera a favor de la interpretación propugnada el hecho de que la misma norma establece que "si en las operaciones aritméticas se obtuvieran fracciones decimales, se redondeará a la unidad más alta", pues de seguir la interpretación que sostiene la parte recurrente el redondeo únicamente procedería al principio y, en su caso, al final de las operaciones y no en las "operaciones aritméticas" en general, deduciéndose de la norma que tales "fracciones decimales" pueden resultar e cualquiera de las operaciones sucesivas a realizar por la concurrencia de varias incapacidades concurrentes".



Es muy interesante la cuestión que suscita –el desequilibrio entre el profesional y consumidor–, y en el modo en que es resuelta en el Auto de 4 de Marzo de 2013, de la Sección Nº 19 de el pleno de los Magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid, constituido con carácter jurisdiccional en recurso de apelación formulado por la 'Financiera el Corte Inglés E.F.C.SA' contra el auto del Juzgado de 1ª Instancia Nº 92 de Madrid, que rechazó la petición inicial de juicio monitorio presentado por sucesivos impagos frente a una usuaria por la Financiera. Hubo cinco votos particulares a favor de la desestimación, y tres que entendieron que el denominado pleno jurisdiccional de la Audiencia Provincial era un órgano no diseñado en la ley, sin regulación, por lo cual su competencia carecía de apoyatura legal al igual que los Magistrados asistentes de jurisdicción para enjuiciar el recurso.

“Por tanto, si se entiende, en contra del planteamiento inicial de la Audiencia Provincial de Barcelona al suscitar la cuestión prejudicial, que en la fase inicial del procedimiento monitorio español, en el momento de decidir su admisión a trámite, se puede examinar de oficio por el Juzgador el carácter abusivo de las cláusulas contractuales estipuladas en perjuicio del consumidor, con las consecuencias procedentes en caso de apreciar la nulidad de las cláusulas abusivas, todo el problema desaparece con sencillez. Nos ajustamos al criterio jurisprudencial expuesto en el fundamento jurídico segundo acerca de la apreciación de oficio, en una intervención positiva ajena a las partes del contrato, del carácter abusivo de las cláusulas contractuales estipuladas en perjuicio de los consumidores; interpretamos la normativa nacional del procedimiento monitorio a la luz del tenor literal y de la finalidad de la Directiva comunitaria, como nos pedía la sentencia de 27 de junio de 2000 –Murciano Quintero–; y salvamos el proceso monitorio español, que de otra forma recibirla una carga de profundidad que afectarla seriamente a su estabilidad, amén de las implicaciones que una postura contraria tendría en el ámbito del proceso monitorio europeo aprobado por Reglamento CE 1896/2006 de 12 de diciembre de 2006.



Pues, el pronunciamiento primero de la sentencia de 14 de junio de 2012 es tributario del enfoque que sobre el ámbito del proceso monitorio español presenta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la Audiencia Provincial de Barcelona, que plantea la cuestión prejudicial, y no puede tener otro sentido ni limitar, menos aún, una interpretación del proceso monitorio español acorde con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, y con la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

SEXTO.- Por todo ello, el criterio de esta Audiencia Provincial de Madrid, reunida en pleno, es que procede estimar el recurso de apelación interpuesto y revocar y dejar sin efecto el auto recurrido, para que el Juzgador "a quo" pueda examinar de oficio la concurrencia de cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor estipuladas en el contrato de financiación, y de apreciarlas pueda declarar su nulidad, con las consecuencias en el contrato a que haya lugar y estime

pertinentes, y derivadamente en la petición de procedimiento monitorio.

Y aquí debe quedarse nuestra resolución, sin ir más allá, pues a tenor del auto impugnado desconocemos si el Juzgador "a quo" pudiera considerar alguna cláusula del contrato de financiación afectada de nulidad por ser abusiva, en su caso cual cláusula pudiera ser, y su incidencia sobre el contenido del contrato, por lo que resulta prematuro pronunciarse sobre el carácter abusivo de determinadas cláusulas contractuales, las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula contractual por abusiva, o la incidencia de tal declaración de nulidad sobre el contenido general del contrato. De todas formas, como esta resolución abre el examen de oficio por el Juzgador de la nulidad de las cláusulas contractuales por abusivas en perjuicio del consumidor –somos conscientes de ello–, es de suponer que tiempo tendremos para pronunciarnos acerca de todas esas cuestiones”.

La sentencia 184/2013, de 4 de noviembre de 2013 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional aborda un accidente de circulación en el que un tracto-camión circulaba por el carril central de la autopista cuando inició una maniobra de cambio de carril a la derecha, sin percatarse de la existencia de otro vehículo, con lo que provocó que este perdiera el control realizando diferentes giros sobre su propio eje e impactando con su parte posterior contra la mediana, fue friccionando con la valla hasta quedar atravesado en la vía y en el carril izquierdo de los tres existentes, mientras que el tracto-camión fue estacionado por su conductor en el carril de desaceleración derecho, ocupando parte del arcén y de la vía. Acto seguido el conductor salió de su vehículo colocando las luces de emergencia, además de las de cruce que portaba encendidas, al igual que hizo el camionero, quien, atravesando los tres carriles de la autopista, inicia una discusión sobre el accidente. Se colocaron ambos en la parte trasera del vehículo de este último, sin ponerse los chalecos reflectantes ni señalar el riesgo existente al resto de usuarios de la vía a través de la colocación de los triángulos reglamentarios; situación que duró alrededor de dos minutos. Durante este tiempo, circularon por dicha vía varios turismos que consiguieron sortear el turismo, hasta que otro turismo que circulaba por el carril izquierdo de la vía, no pudo percatarse de la existencia del obstáculo impactando frontalmente, sin poder realizar ninguna maniobra evasiva para evitar la colisión. El vehículo aparcado, como consecuencia de la energía transferida se desplazó hacia delante y atropelló a su conductor y al camionero, quienes salieron despedidos hasta caer en la parte izquierda de la vía, golpeándose. El vehículo tercero, por su parte, tras el choque giró sobre su propio eje en sentido contrario a las agujas del reloj e impactó con un cuarto vehículo. Resulto condenado el camionero respecto del primer accidente en exclusiva –y exclusivamente desencadenante a las de las restantes colisiones–, y en concurrencia del 50% de las segundas, con el conductor del segundo turismo. La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona frente al recurso de apelación del recurrente en amparo –el conductor del camión– razona, respondiendo ...a la petición de absolución del demandante de amparo, que a tenor de lo sentado por la STC 167/2002, de 18 de septiembre, reiterada en numerosas Sentencias posteriores, no podía corregir la valoración efectuada en instancia, dado que “no ha tenido ocasión de realizar, bajo los principios de publicidad, inmediación y contradicción, la prueba pericial y testifical que el recurrente afirma haber sido erróneamente valorada lo que nos impide corregir la valoración efectuada por aquel, so pena de incurrir en vulneración de derechos fundamentales”:

“Procede recordar lo que dijimos en la STC 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4: “De la doctrina expuesta se deriva que, si bien en casos excepcionales y en aras a la máxima irradiación de las garantías constitucionales, podría resultar procedente, a partir de una interpretación conforme a la Constitución de la regulación legal del recurso de apelación, celebrar vista oral en segunda instancia con asistencia del acusado o, eventualmente, de otros testigos cuyo testimonio resulte imprescindible para asegurar la debida práctica contradictoria de pruebas admitidas con arreglo al artículo 790.3 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), la doctrina constitucional no exige o alienta la repetición del

juicio ante el órgano ad quem cuando se pretenda revisar una absolución, pudiendo éste, en el ejercicio de la potestad que le otorga el art. 117.3 CE y a partir de una interpretación no arbitraria de la regulación legal del recurso de apelación, confirmar la absolución sin citar a quienes hubieran declarado en primera instancia. En definitiva, lo único que la Constitución proscribiera es la revocación de una absolución –o, en general– una revisión *in peius* de la decisión de primera instancia– sin respeto a las garantías de inmediación y defensa contradictoria”.

...Olvida sin embargo que, frente a esa tipología de casos, en el presente asunto el apelante solicitaba en aquel

motivo del recurso su propia absolución, y que nuestra jurisprudencia no veda, como se ha visto, dicha valoración probatoria cuando se trata de Sentencias condenatorias en primera instancia, aunque tampoco la previa celebración de vista si el órgano judicial lo considera necesario para responder con todas las garantías a la pretensión formulada. Así lo pedía el apelante en el tercer otrosí digo de su recurso.

Lo único que no puede admitirse es la invocación la STC 167/2002, de 18 de septiembre, para negar el derecho al recurso frente a la condena penal impuesta en primera instancia...

...que el recurso de apelación en el procedimiento penal

abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de *novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo, no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo.

Esto así, que en el ejercicio de las facultades que la Ley de enjuiciamiento criminal otorga al Tribunal *ad quem* deban respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el art. 24.2 CE, antes enunciadas, con celebración si es menester de vista en apelación, no puede argüirse



para impedir en casos como el actual, de condena en primera instancia, el derecho a la revisión del fallo condenatorio y la

pena por un Tribunal superior, esto es, el derecho a un recurso efectivo y a la segunda instancia penal.”

En orden a la contribución causal de la víctima a sus lesiones, y sus consecuencias, mencionar la Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo -Ponente Sr Colmenero Menéndez de Luarca- N° 828/13 de seis de noviembre:

“NOVENO.- En el motivo cuarto, también con carácter subsidiario, se queja de la indebida inaplicación del artículo 114 del Código Penal, pues entiende que debió moderarse el importe de la indemnización al haber contribuido el lesionado con su conducta a la producción del daño.

Dispone el artículo 114 del Código Penal que “Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio, los

Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización”. Se trata de una facultad discrecional que la ley reconoce a los órganos jurisdiccionales, que ha sido aplicada en ocasiones en que la acción del condenado a indemnizar venía precedida de una agresión ilegítima del lesionado que había dado lugar a la apreciación de la eximente incompleta de legítima defensa (STS n° 1630/2002 y STS n° 1515/2004).

En el caso, las lesiones fueron causadas por el disparo efectuado por el recurrente con su arma de fuego en un momento en el que, desde la perspectiva de la legítima defensa, ya no era necesaria esa reacción pues la agresión previa ejecutada por el luego lesionado ya había finalizado. Quedan así, tales lesiones, desvinculadas de la conducta previa del lesionado, ya que cuando se inicia la acción causante de las lesiones, la conducta previa de aquel ya había

cesado y no requería ninguna acción posterior del recurrente, de manera que no puede apreciarse que con su conducta contribuyó a su producción. En un caso que presentaba aspectos similares, esta Sala consideró que "... la fuga y desatención a las órdenes policiales tampoco pueden ponerse en relación con el resultado producido como consecuencia de un uso del arma reglamentaria que, por no previsto ni justificado para un supuesto como el presente, ha conducido a la condena, por comisión de un ilícito imprudente, de su autor" (STS nº 1441/2003)".



En un procedimiento ordinario el Juzgado de Primera Instancia, apreció atribución de responsabilidades a uno y otros conductores implicados en porcentaje de 80 y 20 respectivamente, determinándose la compensación de las cantidades en que se valoró sus perjuicios. Recurrida la Sentencia, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada dicta Sentencia Nº 419/2013, de 13 de diciembre –en Ponencia del Ilmo. Sr. Ruiz-Rico Ruiz–, del siguiente tenor:

“TERCERO.- En lo que hemos de aceptar el recurso de apelación es en la compensación de cantidades con su correspondiente reflejo en los intereses de demora de la aseguradora del Art. 20 de la LCS. No debemos olvidar que la condena recíproca no es solo de los conductores de los vehículos sino también la condena solidaria de las aseguradoras en base al seguro de responsabilidad civil. Por tal razón no pueden ser compensadas las deudas, dado que no todos los sujetos son por derechos propio, acreedores y deudores recíprocos, como exige el art. 1195 del Ce, pues frente a las aseguradoras puede reclamarse la totalidad de la condena impuesta en base a la responsabilidad civil cubierta por el seguro sin que pueda oponer un derecho de crédito compensable frente al perjudicado que no lo es propio (art. 1148 del Ce).

Consecuencia de esto es la procedencia de los intereses del art. 20, 4 de la LCS en favor del mismo y a cargo de la aseguradora”.



La Sentencia N° 365/2013, de veinte de marzo, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, antes citada, configura además de modo magistral la no imposición de intereses a la aseguradora en cuestión. La única duda que surge se cobija en el apartado 8 del art. 20: existía una causa razonable que justificaría la falta de consignación. Su omisión vendría justificada por las más que fundadas dudas, con respaldo jurisprudencial, sobre la obligación de las aseguradoras de asumir el pago de las indemnizaciones en supuestos de causación dolosa de los daños:

“Los hechos tuvieron lugar en 2010. La doctrina de esta Sala se ha abierto paso de forma más explícita con la STS 338/2011, ampliamente referenciada, cuyo criterio ahora se refrenda de nuevo. Existían evidencias del carácter doloso de los hechos (el auto de procesamiento es diáfano); y el rechazo en esos casos de la responsabilidad de la Aseguradora parecía venir amparado en una doctrina de esta Sala, aunque referida en exclusiva al seguro obligatorio, que compartía el Fiscal y que también venía a asumir, al menos implícitamente, la dirección letrada del perjudicado que en legítima estrategia para una eficaz defensa de los intereses encomendados luchó por esquivar la catalogación de los hechos como delitos de resultado dolosos, sin duda -no es difícil adivinarlo- para atraer sin objeciones la responsabilidad civil de la Aseguradora.

La entidad recurrida trae a colación la jurisprudencia de la Sala Primera sobre la interpretación de esta norma (art. 20 LCS), que aparece con menos frecuencia en la agenda de este Tribunal Penal de casación. La naturaleza de esa previsión, perfilada por esa jurisprudencia civil, y la forma en que ha venido discriminándose entre lo que pueden ser causas razonables que justifican la falta de consignación y por tanto excluyen esos intereses especiales, de aquellos otros supuestos en que ha de operar

con toda su fuerza alientan la solución que se va a adoptar aquí no atendiendo la petición de la acusación particular recurrente.

La STS 774/2008 de 22 de junio, (Sala 1ª, como todas las que se citan a continuación), es una de las muchas que delimita la naturaleza “sancionadora” de la institución lo que ha de inspirar su interpretación:

“La respuesta a esta cuestión debe hacerse desde la consideración de que el recargo o los intereses establecidos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro tienen desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirven de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado. Este carácter y finalidad, junto con la función económica a la que sirven, han propiciado una interpretación rigorista del precepto que se ha puesto de manifiesto, entre otros aspectos, a la hora de apreciar la concurrencia de una causa justificada capaz de excluirla mora del asegurador...”.

La STS 670/2008, de 1 de julio evocando la STC 5/93, de 14 de enero, insiste el carácter sancionatorio de esos intereses para aclarar a continuación:

“... que no debe ignorarse que, según el apartado 8º del mismo artículo, esta sanción depende de que dicho retraso no sea debido a causa justificada o no imputable a la aseguradora y que, consecuentemente, la apreciación de esta excepción impide su imposición. Aún cuando la Ley de Contrato de Seguro no hace referencia a la culpa del asegurador como presupuesto para que incurra en mora, y se le imponga la consiguiente sanción, ciertamente, como ha dicho ya esta Sala, entre otras, en Sentencia de 4 de junio de 2007, con cita de la de 10 de diciembre de 2004, «emplea unos términos que, en definitiva, son semejantes, al requerir, para que el asegurador incurra en mora, que el resultado del incumplimiento de la obligación de satisfacer la indemnización en los plazos adecuados se deba a una conducta irresponsable del asegurador y que la causa de mora no esté justificada». En atención a lo expuesto, sólo se imponen intereses si la demora es imputable al asegurador; y por el contrario, la existencia de causa justificada implica la inexistencia



tencia de retraso culpable o imputable al asegurador, pues cabe recordar que no cabe reprochar retraso en el cumplimiento de sus obligaciones al deudor que, «actuando de manera objetivamente razonable y en virtud de un error de carácter excusable, haya ignorado la existencia de la obligación, o pueda discutir, de forma no temeraria, la validez del acto de constitución de la relación obligatoria».

Precisa a continuación la citada resolución: "... que la valoración de la existencia de tal excepción cabe hacerla en casación, como concepto jurídico indeterminado que es, siempre y cuando no se altere la base fáctica sobre la que se configura el juicio jurídico (Sentencia de 12 de marzo de 2001), y que esta Sala también ha reiterado que la apreciación de la conducta de la aseguradora (para determinar si concurre causa justificada) ha de hacerse caso por caso, teniendo en cuenta la finalidad del precepto, que no es otra que impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar

el pago a los perjudicados (Sentencia de 16 de marzo de 2004) por lo que la más reciente doctrina, plasmada en la Sentencia de 4 de junio de 2007, ha venido considerando como razón justificada aquellos casos en que la determinación de la causa de la obligación del pago debe efectuarse por el órgano judicial (verbigracia, en especial «cuando es discutible la pertenencia o realidad del siniestro, como sucede cuando no se han determinado las causas del siniestro y esto es determinante de la indemnización o su cuantía», o que el mismo estuviera dentro de la cobertura), descartando también que la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, sea causa per se justificada del retraso, ni, en consecuencia, que el proceso constituya un óbice para imponer a la aseguradora los intereses, siempre que no se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional (Sentencias de 12 de marzo de 2001 y 7 de octubre de 2003), pues de no entenderlo así, se llegaría al absurdo de que la mera oposición procesal de la aseguradora demandada, generadora por sí de la controversia, eximiría de pagar intereses; habiendo dicho también esta Sala que «la oposición que llega a un proceso hasta su terminación normal por sentencia, que agota las instancias e incluso acude a casación, no puede considerarse causa justificada o no imputable, sino todo lo contrario (Sentencia de 14 de marzo de 2006).

El proceso no puede ser una excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados. El hecho de que haya un litigio pendiente sin más no es causa justificada. Pero cuando la oposición de la Aseguradora en el proceso está bien fundada y afecta a la misma cobertura no es descartable la eficacia exoneradora del art. 20.8 LCS.

La más reciente STS 314/2012, de 9 de mayo abunda en esas orientaciones: "La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial, nada de lo cual se da en el caso (SSTS 13 de junio de 2007; 26 de mayo y 20 de septiembre 2011; 25 de enero 2012). Es cierto que si no están determinadas las causas del siniestro y por lo tanto se desconoce razonablemente la cuantía de la indemnización, sería posible mantenerla existencia de justa causa que liberaría a la aseguradora del pago de los intereses, pero tampoco es del caso. Ninguna duda racional existe sobre la realidad del fallecimiento o sobre la cobertura a cargo de las aseguradoras, en cuanto que no se suscitó discusión al respecto. La incertidumbre surge únicamente de la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa determinante del resultado lesivo y ello tampoco es causa justificada para no pagar (SSTS 12 de julio y 26 de octubre de 2010, 31 de enero 2011, entre otras").

En el momento en que se incoó este proceso podría hablarse de "incertidumbre jurídica" que no fáctica, sobre el alcance de la cobertura frente a terceros del daño causado dolosamente. En aquel momento la jurisprudencia no diáfana representaba una causa razonable de oposición que justifica la exoneración de esos intereses sancionadores. Es verdad que en el recorrido jurisprudencial que se está haciendo se está pensando más en dudas sobre los hechos que en dudas sobre la interpretación de una Ley. Pero existe un trasfondo análogo en ambos casos.



De interés resulta también, por fin, la STS 880/2011, de 28 de noviembre, "a la hora de determinar qué ha de entenderse por causa justificada a los efectos de la aplicación de la regla octava del artículo 20 LCS, en la redacción dada por la Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, esta Sala (entre otras, SSTS de 17 de octubre de 2007, RC n.º 3398/2000; 18 de octubre de 2007, RC n.º 3806/2000; 6 de noviembre de 2008, RC n.º 332/2004; 16 de marzo de 2010, RC n.º 504/2006; 7 de junio de 2010, RC n.º 427/2006; 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1393/2005; 1 de octubre de 2010, RC n.º 1314/2005; 17 de diciembre de 2010, RC n.º 2307/2006 y 11 de abril de 2011, RC n.º 1950/2007) ha seguido una línea interpretativa que ha llevado a excluir su apreciación cuando carece de justificación la oposición al pago frente a la reclamación del asegurado o perjudicado aunque se formule en un proceso judicial, pues la razón del mandato legal radica en evitar el perjuicio que para aquellos deriva del retraso en el abono de la indemnización y en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación, sin que lo expuesto impida que la aseguradora pueda obtener de forma efectiva su tutela jurídica en el pleito, que, de prosperar su oposición, conllevará la devolución de la cantidad satisfecha o previamente consignada, por ser total o parcialmente indebida.

En esta línea, viene declarando esta Sala que si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para vencer la oposición de la aseguradora se hace necesario examinar la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por la AP, a quien, como declara reiteradamente la

jurisprudencia, corresponde la fijación de los hechos probados y las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica necesarias para integrar los presupuestos de la norma aplicada, siendo criterio de esta Sala al respecto, que ni la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, constituye causa en sí misma justificada del retraso, ni es óbice para imponer a la aseguradora los intereses cuando no se aprecia una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar (SSTS 7 de junio de 2010, RC n.º 427/2006; 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1393/2005; 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005; 26 de octubre de 2010, RC n.º 677/2007; 31 de enero de 2011, RC n.º 2156/2006 y 1 de febrero de 2011, RC n.º 2040/2006).

En aplicación de esta doctrina, la Sala ha valorado como justificada la oposición de la aseguradora que aboca al asegurado o perjudicado a un proceso cuando la resolución judicial se torna en imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura, en cuanto hechos determinantes del nacimiento de su obligación, si bien la jurisprudencia más reciente es incluso aún más restrictiva y niega que la discusión judicial en torno a la cobertura pueda esgrimirse como causa justificada del incumplimiento de la aseguradora (SSTS de 7 de enero de 2010, RC n.º 1188/2005 y de 8 de abril de 2010, RC n.º 545/2006).

En todo caso y a pesar de la casuística existente al respecto, viene siendo criterio constante en la jurisprudencia no considerar causa justificada la discrepancia en torno a la cuantía de la indemnización (SSTS de 1 de julio de 2008, RC n.º 372/2002, 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005

y 26 de octubre de 2010, RC n.º 677/2007), y que la iliquidez inicial de la indemnización que se reclama, cuantificada definitivamente por el órgano judicial en la resolución que pone fin al pleito, no implica valorar ese proceso como causa justificadora del retraso, ya que debe prescindirse del alcance que se venía dando a la regla *in illiquidis non fit mora* [tratándose de sumas ilíquidas, no se produce mora], y atender al canon del carácter razonable de la oposición (al que venimos constantemente haciendo referencia) para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del *dies a quo* [día inicial] del devengo, habida cuenta que la deuda nace con el siniestro y el que la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado (SSTS de 4 de junio de 2006, 9 de febrero de 2007, 14 de junio de 2007, 2 de julio de 2007, 16 de noviembre de 2007, RC n.º 4267/2000, 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1393/2005, 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005, 31 de enero de 2011, RC n.º 2156/2006 y 1 de febrero de 2011, RC n.º 2040/2006).

La norma sanciona el uso del proceso como maniobra dilatoria para retrasar el cumplimiento de la obligación correspondiente. La ratio del precepto se encuentra en el intento de impedir que se utilice la oposición en el proceso para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados (STS de 16 de marzo de 2004).

Desde la perspectiva casuística a que invita esa jurisprudencia y atendiendo a la regla de oro del carácter razonable de la oposición en este supuesto hay motivos para entender que la aseguradora, en el estado que se encontraba la doctrina de esta Sala tenía buenas razones para considerar que no estaba obligada a ese pago. La "razonabilidad" de su postura ha de

evaluarse con arreglo al momento en que se produjo la omisión. La tesis que mantuvo la Aseguradora era aparentemente compartida por las restantes partes: el Ministerio Fiscal, explícitamente; la acusación particular, de forma implícita. La caracterización de los resultados como no dolosos que intentaba esta última era palmariamente dificultosa y contradecía lo que se deducía de las actuaciones. Esa estrategia acusatoria solo se explica desde la idea de que se estimaba que la catalogación de los hechos como delitos dolosos de resulta-

do abocaba a la exclusión de la responsabilidad civil de la aseguradora. No es catalogable como "mala fe" o resistencia injustificada la posición de la Aseguradora que entendía: a) que los resultados lesivos habían sido intencionadamente causados; b) que en esos casos la legislación tal y como venía siendo interpretada en el momento en que se incoó y siguió la causa excluía la cobertura del seguro concertado con el acusado.

La STS Sala Primera 63/2005, de 20 de julio en un su-

puesto semejante (oposición de la Aseguradora por el carácter doloso de la conducta) excluyó por esa razón el interés del 20%: la aseguradora alegó que no estaba obligada por tratarse de un delito doloso. Lo razonable de esa interpretación sirvió a la Sala Primera para la exoneración.

Distinto juicio merecerá esa actitud en un contexto en que ya se cuenta con una reiteración de esa doctrina y por tanto una fijación clara de postura por esta Sala (STS 338/2011)".

Mediando un conflicto propiedad-posesión prolongado en el tiempo respecto de un inmueble, incidentes de cambio de cerradura reiterados, tuvo lugar un proceso penal por delitos de usurpación y coacciones en el que el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Huelva, dictó el 1 de diciembre de 2008 Sentencia por la que absolvía al demandante de amparo, condenándole la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva. Contra dicha Sentencia el demandante interpuso incidente de nulidad por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías: habían dictado Sentencia los mismos Magistrados que suscribieron el Auto de 4 de diciembre de 2006, por el que se acordaba revocar la decisión de sobreseimiento y archivo de las actuaciones; así como se había dictado Sentencia condenatoria, revocando la anterior absolutoria, sin celebrar vista pública, con quiebra de los principios de inmediación, no dando oportunidad al acusado de exponer lo que en su descargo estimase conveniente. Por Auto se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones, formulándose recurso de amparo frente a la sentencia y el auto que es resuelto mediante la sentencia nº149/2013, de 9 de septiembre de 2013 de La Sala Primera del Tribunal Constitucional. Son de interés tanto la resolución, como los votos particulares de los Magistrados Sres. Ollero Tassara y Xiol Ríos:

"El Auto no se limitó pues a efectuar un control meramente formal o abstracto, abordando en exclusiva la regularidad procedimental de la resolución impugnada, sino que, reconociendo haber valorado las diligencias de instrucción, tomó posición sobre el hecho nuclear del delito objeto de acusación: si el demandante era legítimo poseedor del inmueble en litigio. Así, además de referirse a la mencionada presunción legal, desestimó las razones que frente a dicha cuestión esencial expuso el ahora demandante de amparo entonces denunciado: la interposición de una demanda -junto con una solicitud de medida cautelar-, para desvir-

tuar la titularidad dominical. Por último, la resolución aventuró eventuales calificaciones de los hechos, indicando que podrían ser constitutivos de una infracción de coacciones, o -más precisamente- de un delito contra la administración de justicia, o bien merecer otra valoración penal.

Se revocó el Auto de archivo con la instrucción prácticamente culminada y la intervención de los tres Magistrados que luego conocieron del recurso y dictaron la Sentencia condenatoria. Se valoraron las diligencias de instrucción, se introdujeron argumentos no aportados por los recurrentes, se tomó

partido sobre el elemento nuclear para la existencia del delito -la existencia o no de una legítima posesión del demandante-, así como sobre una eventual calificación delictiva. Todo ello permite afirmar, por el momento, el modo, las razones y el alcance por los que se adoptó dicha decisión revocatoria, que los recelos sobre la existencia de una idea preconcebida en los Magistrados que dictaron el pronunciamiento de condena estaban objetivamente justificados. No constituye obstáculo, en este caso, que el demandante no recusara a los Magistrados, al haber omitido la Sala toda notificación a la parte sobre su composi-



ción, como era su deber (STC 180/1991, de 23 de septiembre, FJ 6).

5. Una vez apreciada la denunciada vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a un Juez imparcial (art. 24.2 CE), y teniendo en cuenta el necesario efecto de retroacción de las actuaciones judiciales que exige su restablecimiento, debe detenerse aquí nuestro enjuiciamiento, sin que, por consiguiente, proceda entrar a analizar la aducida lesión del derecho a un proceso con todas las garantías”.

Votos particulares

“Desde un punto de vista puramente formal parece lógica la prioridad concedida a subsanar la vulneración del derecho al Juez imparcial, pero genera en la práctica una paradoja: si el recurrente hu-

biera invocado exclusivamente la vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías hubiera obtenido como efecto de esta resolución la anulación de la Sentencia impugnada; de estimarse la no existencia de otras pruebas que pudieran sustentar la condena que las valoradas sin la intermediación exigida, podría quedar absuelto y liberado de la multa que se le había impuesto. Al haber invocado también la falta de imparcialidad del Juez, a la que se ha atribuido prioridad, ha visto empeorada su situación por una obligada retroacción que teóricamente posibilita una segunda sentencia condenatoria.

La omisión del examen de las restantes quejas puede producir el efecto perverso de desincentivar que un demandante denuncie la vulneración de un derecho fundamental – en este caso, el derecho a un

Juez imparcial- a fin de evitar que se le abra la negativa posibilidad de una segunda condena.

El principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales aconsejaba, en mi opinión, no restringir el objeto de la Sentencia al examen de la vulneración del derecho a un Juez imparcial; dicha limitación, como se ha señalado, acaba haciendo de peor condición a quien además de haber padecido la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías –con afectación del derecho a la presunción de inocencia-, hubiera sufrido como lesión añadida la del derecho al Juez imparcial. En vez de obtener una reparación inmediata en sede de amparo, ve retrotraída la causa a la jurisdicción ordinaria y abierta la posibilidad de una reiteración de condena”.

La sentencia N° 803/2013, de uno de octubre del Tribunal Supremo, Sala de lo penal –en ponencia del Ilmo. Sr. Del Moral García– resolvió recurso de revisión contra la sentencia de conformidad por la que se condenaba al promovente por un delito contra la seguridad vial del art. 384.1 CP por conducir un vehículo de motor pese a la resolución administrativa por la que se retiraba la autorización administrativa para conducir de que era titular por pérdida de puntos derivada de diversas infracciones sancionadas; se esgrimió como causa de revisión la resolución judicial, y las derivadas decisiones administrativas, por las que se anulaba una sanción de tráfico y como consecuencia de ello la declaración de pérdida de vigencia de la licencia para conducir.

“SEGUNDO.- No es obstáculo para ello que estemos ante una sentencia dictada por conformidad. La revisión no es propiamente un recurso. Es un procedimiento autónomo dirigido a rescindir una sentencia condenatoria firme. No resulta directamente aplicable el art. 787.7 LECrim.

Desde luego que no es totalmente neutro el carácter consensuado de la sentencia. Supone que el acusado aceptó los hechos y mostró su anuencia con la pena. Pero dado el régimen de prejudicialidad existente tras la LOPJ 1985 que, según entiende la doctrina más reciente de esta Sala, suprime la posibilidad de suspensión del proceso penal a expensas del devenir de un procedimiento seguido en otro orden jurisdiccional (art. 10 LOPJ al que se ha atribuido eficacia derogatoria de las cuestiones prejudiciales devolutivas -art. 4 LECrim-), no puede situarse al imputado en la tesitura de apostar por la prosperabilidad del recurso interpuesto en vía administrativa dejando que el proceso penal siga su curso y renunciando a los beneficios anudados a una conformidad; o bien resignarse a la sanción penal reducida haciendo dejación de las posibilidades de defensa sustentadas en la improcedencia o ilegalidad de la retirada del carnet acordada administrativamente.

Tampoco parece solución imponible hacer descansar en el juez del orden penal “a los solos efectos prejudiciales” la revisión de la legalidad de cada una de las sanciones gubernativas que hayan podido determinar la pérdida de los puntos. No cabe detectar, pues, conducta procesal reprochable en la estrategia del ahora solicitante: se conforma con la pena rebajada, aunque sin abdicar de la posibilidad de hacer valer mediante el único procedimiento viable (recurso de revisión) la eventual estimación de las impugnaciones en la vía administrativa y ulterior contencioso-administrativa.

TERCERO.- Entrando en el fondo, se trata de dilucidar si la revocación, consecuencia de una resolución recaída en el orden contencioso administrativo, de la retirada del permiso de conducir ha de desplegar su eficacia a efectos penales ex tunc, es decir desde el momento en que se produjo la retirada; o ex nunc, solo desde la firmeza del pronunciamiento judicial.

Esta segunda solución puede tener cierta operatividad en el ámbito puramente administrativo. No nos corresponde a nosotros valorarlo. Pero a efectos penales ninguna duda debe haber de que la anulación de la sanción ha de operar retroactivamente. Ha de borrarse cual-

quier efecto penal que hubiese podido tener esa sanción anulada. El bien jurídico protegido “seguridad vial”, que no “respeto a las resoluciones administrativas”, así lo impone. No estamos ante un delito de desobediencia o de rebeldía frente a una resolución administrativa, sino ante un delito contra la seguridad vial construido sobre la presunción de que quien ha sido privado de la licencia de conducir carece de aptitud para pilotar un vehículo de motor y por tanto su presencia en las carreteras a los mandos de un vehículo representa un peligro abstracto para la seguridad viaria que el legislador quiere erradicar mediante una norma penal. Por eso si con posterioridad se acredita que tal privación de puntos no se ajustaba a la legalidad pierde su sustento el delito.

Es verdad que para muchos comentaristas y también para la Fiscalía General del Estado (Circular 10/2011), no solo se tutela la seguridad del tráfico frente al conductor que ha demostrado reiteradas veces su peligrosidad al volante (procedimientos sancionadores que han determinado la pérdida de vigencia del permiso por pérdida de puntos), sino también la autoridad de la Administración a la que se desobedece y cuya resolución se quebranta. Se atribuye al tipo penal la naturaleza de un quebrantamiento especial, de desobediencia, de delito formal... Desde esta perspectiva, el delito existe desde el instante en que se conduce incumpliendo (quebrantando) la resolución de pérdida de vigencia por pérdida de los puntos, y no se desvanece por el hecho de que luego se revise y anule en vía contenciosa alguna de las sanciones administrativas que dieron lugar a la declaración administrativa.

En el propósito del legislador pudo estar presente el afán de robustecer el respaldo de

esas decisiones de la Administración encargada de la Seguridad viaria. Pero del producto legislativo, rectamente entendido, no puede derivarse esa conclusión. El bien tutelado primordialmente es la seguridad vial (elementos sistemático y teleológico). Solo de una manera indirecta y no determinante o esencial sino condicionada o subsidiaria, se protege el cumplimiento de la decisión administrativa. No se explicaría bien que este tipo de decisiones vinculasen "más" que otras resoluciones administrativas. No puede asumirse esa tesis que nos llevaría a entender que el Derecho Penal "presta" su arsenal punitivo al Derecho Administrativo, convirtiéndose así, en contra de todos los principios, en un Derecho secundario, meramente reforzador del ordenamiento administrativo en materia de tráfico. Sin negarse que indirectamente se quiere fortalecer el debido acatamiento a las decisiones de la Administración, no es ese el núcleo de la tutela penal; no es el contenido sustancial de la antijuricidad de esta infracción. Eso introduce en esta infracción un factor diferencial respecto de los delitos de quebrantamiento de condena.

En los clásicos delitos de quebrantamiento de condena o de medida cautelar, la ulterior revisión de la sentencia sobre la que se apoyaba la condena burlada; o la absolucón recaída en el procedimiento penal en que estaba vigente la medida cautelar que, por tanto, es dejada sin efecto, no sería determinante de la revisión de la sentencia condenando por el delito de quebrantamiento de condena. Por extremar la analogía podemos pensar en el delito de quebrantamiento de la privación cautelar del permiso de conducir impuesta judicialmente y tipificada precisamente en el párrafo segundo del mismo



art. 384 CP. Podría decirse que el argumento desarrollado hasta ahora llevaría a considerar revisable una condena penal basada en tal tipo, si el proceso penal que sirvió de marco a esa privación cautelar del permiso de conducir finalizó con una sentencia absolutoria. No es así. No son asimilables ambos supuestos pese a su aparente paralelismo que llega al extremo de compartir idéntico ubi sistemático en nuestra ley penal. Las diferencias son de esencia y determinan una disparidad de régimen.

El respeto a una decisión judicial goza y debe gozar de mayor tutela penal. El bien jurídico "observancia y acatamiento de las resoluciones judiciales" tiene tal importancia que es objeto de específica protección en un título del Código Penal. Si esta infracción -quebrantamiento de la privación judicial del permiso de conducir- se ha extraído de allí y se ha llevado a esta otra sede sistemática no es por razones ontológicas, sino de otra naturaleza. Pero ese otro bien jurídico protegido, el cumplimiento de las decisiones judiciales (aunque también, aquí en un segundo plano, esté presente la protección de

la seguridad vial), tiene suficiente fuerza por sí solo como para justificar la reacción penal.

No sucede así con una resolución de la Administración como se comprueba repasando el Código Penal. El incumplimiento de una decisión administrativa solo atrae la protección penal, con ciertos condicionantes, a través del delito de desobediencia y siempre y cuando se constate un plus (requerimiento expreso personal, intensidad y gravedad del incumplimiento...). Por tanto a diferencia del delito de conducción tras la privación judicial cautelar del permiso de conducir en que el bien predominantemente protegido es el respeto al acuerdo judicial, en el tipo del art. 384.1 (conducción con pérdida de vigencia del permiso) prima el bien jurídico seguridad vial. Eso propicia en materia de revisión por pérdida de eficacia de la resolución administrativa una respuesta diferente. Quizás, sin embargo, y véase en esto un mero obiter dicta, la respuesta habría de ser diferente si la revisión de la condena por el delito de quebrantamiento de la medida cautelar de privación del permiso se insta aduciendo que a través de un recurso la misma fue dejada sin efecto".

entrevista a...



JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

Contamos en esta ocasión con la participación de una persona muy especial para nuestra Asociación, Juan Antonio Xiol Ríos, pues además de mantener una estrecha relación con los miembros de la misma y haber colaborado en innumerables ocasiones con nosotros para todo aquello para lo que se le ha requerido, el pasado mes de noviembre recibió el máximo reconocimiento por parte de dicha Asociación, concediéndole la Gran Medalla de Oro, condecoración que se otorga por primera vez y que reconoce la enorme aportación en materia de Responsabilidad Civil que ha llevado a cabo durante sus años como Presidente de la Sala I del Tribunal Supremo. Ello unido a su reciente nombramiento como Magistrado del Tribunal Constitucional, son suficientes motivos para que nuestra entrevista en este número le tenga por protagonista.

Quisiéramos preguntarle en primer lugar ¿qué ha significado para usted que la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro le haya concedido la primera Medalla de Oro que otorga tal Asociación y que además tal condecoración se haya creado en especial para que fuera usted quien la recibiera en primer lugar?

La creación y el otorgamiento de esta Condecoración para mí ha significado mucho. Por una parte, es la confirmación de la gran importancia que para los juristas tiene la responsabilidad civil, por ser una de las materias más actuales en el ámbito del Derecho privado y de las que más directamente afectan a la vida cotidiana de los ciudada-

nos. Por otra parte, cuando uno ya está en la etapa final de su carrera, un reconocimiento de esta naturaleza, otorgado por una Asociación tan prestigiosa como la que ha creado esta distinción, es la confirmación, por una parte, de que todo lo que se hace para contribuir a perfeccionar el sistema jurídico es reconocido y agradecido generosamente por los miembros de la sociedad jurídica; y, en segundo lugar, de que el esfuerzo de los juristas no se reduce a nuestro ámbito profesional, sino que redundará en beneficio de todos los ciudadanos, aunque muchas veces no sean conscientes de ello.

Tras su extensa labor al frente de la Sala Primera del Tribunal Supremo y los logros alcanzados, quisiéramos saber ¿cuáles son sus proyectos o líneas de actuación ante su nuevo cargo como Magistrado del Tribunal Constitucional?

Como Magistrado del Tribunal Constitucional espero contribuir a remontar el prestigio de la institución porque considero que es esencial para el funcionamiento del sistema democrático. Pondré todo mi esfuerzo en aportar mi experiencia jurídica en el campo del Derecho civil, del Derecho administrativo y del Derecho constitucional y no ahorraré a nadie la comunicación de mi pasión por la democracia y por el Derecho como elementos indisolublemente unidos. Estoy seguro de que estos anhelos son compartidos por todos los miembros de la institución y por la mayoría de la sociedad jurídica.

Suponemos que dada su especialidad en asuntos de responsabilidad civil y seguro seguirá en pleno contacto con la evolución jurisprudencial de la materia ¿cuáles cree que son los aspectos más concretos donde debería estudiarse una posible unificación de doctrina?

Sin duda la cuestión que tiene un papel estelar en este momento es la adaptación del Derecho privado a la crisis económica, que debe suponer, por una parte, la protección de los débiles en el ámbito contractual y extracontractual para lograr el adecuado equilibrio que exige la justicia y, por otra parte, el respeto al principio básico en el ámbito del Derecho civil acerca del cumplimiento de los compromisos contraídos y de los deberes impuestos por el ley.

En cuanto a la reforma del llamado Baremo para la valoración de daños personales derivados de accidentes de tráfico, materia sobre





la que usted también ha hecho un profundo estudio, ¿cree que los trabajos que se están desarrollando en la misma darán respuesta a los vacíos y problemas que presenta actualmente el Baremo?

Los trabajos que están realizando me producen una excelente impresión desde el punto de vista técnico. Sin embargo, no podemos desconocer la dificultad que tiene toda iniciativa de carácter legislativo, especialmente en situaciones de especial dificultad económica como la que vivimos. Creo, sin embargo, que los poderes públicos deben esforzarse, en esta y en otras materias, por impulsar reformas estrechamente fundadas en el principio de justicia, tal como la entendemos los juristas, que somos quienes técnicamente podemos dar un contenido a este valor por una parte tan abstracto y por otra tan concreto en cuanto afecta a nuestras vidas y que es engañarse creer que la situación económica se arregla recortando lo que es justo.

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

Creo que es indispensable si queremos que el sistema de valoración de los daños corporales en accidente de circulación esté adaptado a la realidad económica actual. No podemos continuar siendo arrastrados por la tradición jurídica según la cual el lucro cesante no representaba sino daños de tipo hipotético indignos de ser resarcidos. Las más elementales consideraciones del mundo económico contradicen esta concepción: por ejemplo, la sociedad está viviendo angustiada por un concepto económico teóricamente hipotético como es el diferencial de la prima de riesgo. El rechazo a la indemnización por lucro cesante comporta una profunda injusticia y las injusticias siempre acaban pagándose en términos de falta de equilibrio social.

Quisiéramos preguntarle con ocasión de su voto particular emitido el pasado mes de septiembre sobre la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5868-2012, y dada la polémica que suscita en la actualidad este tipo de controversias, si ¿entiende necesaria una armonización de legislaciones autonómicas y estatales para resolver este tipo de asuntos sobre el uso de la lenguas oficiales de nuestras Autonomías o si realmente se trata tan sólo de una cuestión de interpretación de tales normas?



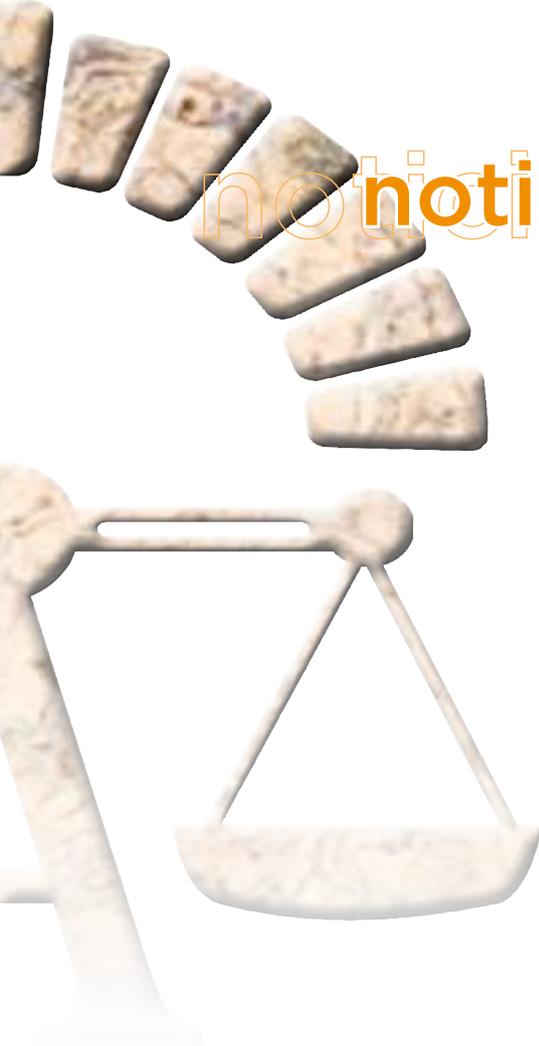
Creo que la interpretación legal en esta materia debe estar informada por una cuestión de principio: las lenguas oficiales deben tener reconocidos el estatus y los derechos que tienen todas las lenguas oficiales de los países de nuestro entorno y en España no es completamente así, a pesar de lo que dice la Constitución. Esto, simplemente, es lo que quise poner de relieve en el voto particular.

Por último y en cuanto a los asuntos de supuesta vulneración del derecho al honor por intromisión en la intimidad a través de los medios de comunicación, que genera tanta jurisprudencia continuamente, ¿podría decirnos cuáles son en su opinión las criterios fundamentales que deben servir para establecer la existencia o no de tal vulneración?

Durante los últimos cinco años hemos estado desarrollando en la Sala Primera del Tribunal Supremo un método de análisis de las

vulneraciones del derecho al honor y del derecho a la intimidad en ejercicio de la libertad de expresión y de información profundamente inspirada en la doctrina de Alexy, uno de los autores capitales en la materia de ponderación de los derechos fundamentales. El principio clave es admitir que en toda controversia de esta naturaleza están afectados los derechos que entran en tensión y que deben ser cuidadosamente ponderados en todos sus aspectos para llegar a la conclusión de la prevalencia de uno o de otro, partiendo de la preferencia inicial de la libertad de información y de expresión como fundamental para el mantenimiento de la democracia. Creo que nuestra jurisprudencia fue bien recibida en los medios de comunicación porque ha contribuido a incrementar la seguridad jurídica y la libertad de expresión. Es uno de los aspectos que más me satisfacen de mi paso por la Sala Primera del Tribunal Supremo y me gustaría que perdurase.

noticias y actividades



→ XIII CONGRESO NACIONAL. 14, 15 Y 16 DE NOVIEMBRE 2014. VALENCIA.



El pasado mes de noviembre tuvo lugar en XIII Congreso Nacional organizado por la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro al que acudieron abogados de toda la geografía española especializados en responsabilidad civil y seguro. El Congreso estuvo dirigido por **JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, secretario general de la Asociación y **DIEGO ELUM MACÍAS**, vocal en Valencia de la Asociación. Un año más se contó con la asistencia de los más destacados especialistas en esta materia a nivel nacional, entre los que se encontraba **ENCARNACIÓN ROCA TRIAS**, magistrada del Tribunal Constitucional o **JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA**, magistrado

del Tribunal Supremo. Asimismo, asistió para impartir la conferencia de clausura **JUAN ANTONIO XIOL RIOL**, magistrado del Tribunal Constitucional y ex Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, al que se le impuso de la **GRAN MEDALLA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN**, condecoración otorgada por primera vez.

También intervinieron entre otros, **MARIANO MEDINA CRESPO**, presidente de la Asociación, **RAFAEL MARTÍN DEL PESO**, presidente de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias, **JOSÉ ALFONSO AROLAS ROMERO**, presidente de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia, **MIQUEL MARTÍN CASALS**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona, **ALBERTO TAPIA HERMIDA**, catedrático (acreditado) de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, **MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA**, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Granada, **MARIANO YZQUIERDO TOLSADA**, catedrático de Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid,

JOSÉ ANTONIO BADILLO ARIAS, director Regional de Madrid en Consorcio de Compensación de Seguros.

La clausura del Congreso que tuvo lugar la tarde del viernes día 15 contó con la presencia de **PILAR DE LA OLIVA MARRADES**, presidenta del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y **MARIANO DURÁN LALAGUNA**, decano del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, esa misma noche tuvo lugar la cena de gala en Hotel Las Arenas Balneario Resort, donde pudieron relajarse y disfrutar todos los asistentes de una agradable velada.

Para despedir el XIII Congreso Nacional, el sábado día 16 los congresistas y acompañantes disfrutaron de un paseo en barca por la Albufera, con visita a la Barraca y un posterior almuerzo con desgustación de paellas que fue un magnífico colofón para el congreso.



Mariano Medina Crespo, presidente de la Asociación durante su ponencia sobre supuestos de responsabilidad civil objetiva en el Código Civil: Daños causados por animales, humos, árboles y objetos caídos o arrojados.



Alberto Tapia Hermida. Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid durante su ponencia sobre el seguro de defensa jurídica, con particular referencia al límite de la cobertura en supuestos de libre designación.



José Antonio Badillo Arias. Director Regional de Madrid en Consorcio de Compensación de Seguros impartiendo su ponencia sobre el elemento extranjero en los accidentes de circulación: Supuestos de conflicto entre el Consorcio de Compensación de Seguros y Ofesauto.



José Alfonso Arolas Romero. Presidente de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia impartiendo su ponencia sobre la responsabilidad civil en la Ley de propiedad horizontal y en las relaciones de vecindad.



Diego Elum Macías, vocal de la Asociación en la Comunidad Valenciana, Rita Barberá, alcaldesa de Valencia, Mariano Durán, decano del ICAV y Javier López García de la Serrana, secretario general de la Asociación.



María del Carmen García Garnica. Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Granada durante su ponencia sobre el resarcimiento de los daños morales en la responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos.



Mariano Yzquierdo Tolsada. Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid durante su ponencia sobre la responsabilidad de las agencias de "rating" o empresas de calificación comercial: daños causados por negación de solvencia que frustra operaciones comerciales o de financiación empresarial.



Miquel Martí Casals. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona durante su ponencia sobre la propuesta del Comité de Expertos para la reforma del "Baremo" para accidentes de circulación: un verdadero sistema valorativo en armonía con la cultura europea del daño corporal.



Miguel Angel Larrosa Amante, Magistrado de la Audiencia Provincial de Murcia, Cándido Hernández Martínez. Director de Daños Personales de Pelayo y Julio Irigoyen Alba. Jefe de Servicio de la Clínica del Instituto de Medicina Legal de La Rioja durante su exposición en la mesa redonda sobre el nexos causal en las lesiones leves por accidentes de circulación



Rafael Martín del Peso. Presidente de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias durante su ponencia sobre la aplicación del sistema valorativo de daños personales y su interpretación jurisprudencial fuera del tránsito motorizado: ¿Qué pasa con la reparación íntegra del lucro cesante?



José Antonio Seijas Quintana. Magistrado de la Sala Primera del TS durante su ponencia sobre la responsabilidad sanitaria: Identificación y cuantificación del daño, con especial referencia a la pérdida de oportunidad.



Encarnación Roca Trías. Magistrada del Tribunal Constitucional impartiendo su ponencia sobre los daños intrafamiliares.

Pilar de la Oliva Marrades. Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, durante la ceremonia de clausura del congreso.



Gran medalla de Oro de la Asociación



Al final del XIII Congreso Nacional de la Asociación le fue impuesta al Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, magistrado del Tribunal Constitucional, la Gran Medalla de Oro de la Asociación, condecoración que se otorga por primera vez, con la que se quiso reconocer la enorme aportación en materia de Responsabilidad Civil que ha llevado a cabo durante sus años como Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, agradeciendo el homenajeado dicha distinción impartiendo una magistral Conferencia de Clausura sobre "La Responsabilidad social de los abogados".



Asignación a Juan Antonio Xiol Ríos







→ ACTA DE ASAMBLEA GENERAL. VALENCIA, 14 DE NOVIEMBRE DE 2013

1º. Lectura y aprobación del Acta de la sesión anterior de 21 de junio de 2012, correspondiente al XII Congreso.

A continuación por José María Hernández-Carrillo Fuentes, Secretario de Actas-Tesorero de la AERCYS, se da lectura del Acta de la Asamblea General celebrada en Cádiz el pasado 21 de junio de 2012, que es aprobada por unanimidad, sin ningún voto en contra ni abstención –subsannando que el nombre propio del Decano del Ilustre Colegio de Sabadell es Juan Antonio–.

2º. Informe de actividades y gestión.

Por el Secretario General de la AERCYS, Javier López y García de la Serrana, así como por el Presidente de la misma, Mariano Medina Crespo, se informa del trabajo ya hecho y perspectivas de progreso en el 'Comité de Reforma del Baremo', resultando de autentico interés conocer el curso de las reuniones y las dificultades en la gestación de la Ley.

Se da cuenta asimismo, de la organización y/o participación en las actividades llevadas a cabo desde la última asamblea celebrada en Cádiz el 21 de junio de 2012: Ponencia del secretario general de la Asociación en el VIII Congreso Jurídico de la Abogacía Malagueña, Málaga 18 y 19 de Octubre de 2012. Ponencia del secretario general de la Asociación en el II Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro, Alicante 25 y 26 de Octubre de 2012. Ponencia del secretario general de la Asociación en las VI Jornadas Médico-Jurídicas del Colegio de Médicos de Málaga, Málaga 8 y 9 de Noviembre de 2012. Ponencias del presidente y del secretario general en la Jornada 50º Aniversario de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, organizada por la Asociación en colaboración con INESE. Madrid 29 y 30 de Noviembre de 2012. Ponencia del secretario general de la Asociación en las II Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguro, Sabadell 14 de Diciembre de 2012. Ponencia del presidente de la Asociación en el I Congreso Internacional sobre Derecho de Daños organizado por la Asociación, Granada 14, 15 y 16 de marzo de 2013. Organización por la vocalía en Málaga de la Asociación de las X Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguro, Benalmadena 31 de mayo de 2013. Ponencia del presidente de la Asociación en las II Jornadas Médico-Jurídicas organizadas por ADEVI, Málaga 4 y 5 de julio de 2013. Ponencia del secretario general de la Asociación en el Congreso anual de PEOPIL, Malaga 12, 13 y 14 de septiembre de 2013. Ponencia del secretario general de la Asociación en el Curso del Consejo General del Poder Judicial: Criterios para la Valoración de los Daños Corporales, Madrid 16, 17 y 18 de septiembre de 2013.

Se informa de la extraordinaria renovación lograda en la Revista y su alta valoración por la comunidad doctrinal, jurisdiccional y, en general, de juristas de España, así como de la versatilidad del portal o la agilidad que propor-

ciona nuestra presencia en redes sociales como LinkedIn o Facebook.

3º. Análisis de gastos y aprobación de cuentas.

Según se acordó años atrás, para agilizar durante el transcurso del año la materialización *in situ* de cada congreso, la función de Tesorero que ostenta Don José María Hernández-Carrillo Fuentes es, de un año a otro, delegada por éste en el vocal-asociado en el que recae la responsabilidad de la organización del Congreso anual periódico. En consecuencia, las incidencias económicas del pasado año, que fueron recientemente entregadas por Don Fernando Estrella Ruiz, 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, no obstante son detalladas por el Secretario General y aprobadas por unanimidad. Cabe destacar que, fruto del rigor en la gestión, se obtuvo superávit, por lo que se felicitó al Sr. Estrella dada la gran labor realizada por el mismo.

4º. Presupuesto de 2014.

Se excusó su presentación, postergando su envío en el futuro.

5º. Congreso del próximo año y años venideros.

La sede del Congreso de 2014 será la ciudad de Sabadell, los días 14, 15 y 16 de noviembre, y el vocal encargado Don Luis Orriols Martínez. Para el congreso de 2015, se ha postulado la ciudad de Valladolid, cuya candidatura es aprobada por unanimidad.

6º. Renovación de Cargos.

El nuevo vocal de la Comunidad de Valencia, en sustitución de Don Isidro Tormes, pasa a ser Don Diego Elum Macías. En orden a proseguir la dinámica precedente de que el compañero asociado sea el encargado en la Demarcación de impulsar la materialización del Congreso, además de pasar a ser vocal de la zona, hace que nuestro compañero Josep Viella i Massegú ceda el cometido, hasta ahora desarrollado impecablemente, a Don Luis Alonso Orriols Martínez.

7º. Ruegos y preguntas.

✓ Se expone la aprobación precedente en Junta Directiva –y de vocalías– no presencial del mes de junio de 2013, la creación e imposición de la gran medalla de oro de la Asociación a Don Juan Antonio Xiol Ríos.

✓ Arbitraje. El asociado Antonio Raventós es designado como responsable –y representante– del Tribunal de Arbitraje.

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



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

LIBROS

CUESTIONES ACTUALES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL

1.^a
EDICIÓN**DERECHO CIVIL.**

Juan Antonio Xiol Ríos, Miguel Pasquau Liaño, Mariano Yzquierdo Tolsada, Antonio Orti Vallejo, Javier López García de la Serrana, Mariano Medina Crespo, José Pérez Tirado, Lutz Carlos Moratinos Meissner, José Manuel López y García de la Serrana, Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia
1ª edición . Marca Aranzadi Colección Monografías
336 páginas. ISBN: 978-84-9059-075-1. CM: 10002019
PVP s/IVA: 30,29 € - PVP c/IVA: 31,50 €

**RESUMEN**

El presente manual nace como consecuencia de los trabajos, ponencias y conclusiones presentadas en el I Congreso Internacional sobre Derecho de Daños celebrado en Granada los días 14, 15 y 16 de marzo de 2013. El mismo tuvo como objeto el análisis de diversos temas de actualidad centrados en tres materias: La responsabilidad civil automovilística, La responsabilidad civil general y el Derecho Comparado. Bajo tales premisas el resultado fue el encuentro de grandes especialistas en la materia, magistrados, profesores y abogados, que ofrecieron diferentes e interesantes puntos de vista sobre los temas abordados. Se desarrolló el análisis del derecho comparado en materias como la valoración del daño corporal en accidentes de circulación y la reclamación en España por accidentes sufridos en Alemania; y ello junto

a otros interesantes temas, en base a nuestra normativa nacional, tales como la transmisión hereditaria del crédito resarcitorio, la responsabilidad por servicios o productos defectuosos o la responsabilidad civil de las sociedades insolventes. De este modo el libro que presentamos se convierte en una útil herramienta de trabajo, que aporta el conocimiento específico para abordar los asuntos que día a día se presentan al profesional del derecho.

DESCUBRE LAS VENTAJAS DEL NUEVO FORMATO DÚO

PAPEL +
PROVIEW™

El formato DÚO es una oferta líder en el mercado, que combina las ventajas del papel y las del formato electrónico (Proview) pensadas para el profesional



THOMSON REUTERS

CNC

2014

XXX CONGRESO DE DERECHO DE LA CIRCULACIÓN

30 años del DERECHO de LA CIRCULACIÓN en ESPAÑA

MADRID, 24 y 25 de ABRIL 2014



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

10% DESCUENTO
ASOCIADOS

Organizado por:

inese
A Wilmington Company

50
ANIVERSARIO
INSTITUTO ESPAÑOL DE
RESPONSABILIDAD
CIVIL, CIRCULACIÓN Y SEGURO
rc

Colabora:

BCN JURIS
Global Services Group

BCN
20
ANIVERSARIO
INSTITUTO ESPAÑOL DE
RESPONSABILIDAD
CIVIL, CIRCULACIÓN Y SEGURO



MÁS INFORMACIÓN: INESE. Tlf. 91 375 58 00/14. ineseformacion@inese.es www.inese.es