

nº 52

Cuarto Trimestre. Año 2014



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Hacia un “giro copernicano” en el Derecho Social de Daños: La ejemplarizante indemnización por daños a la persona

Valoración del daño por fallecimiento: problemas de legitimación activa y perjudicados por el fallecimiento

El Seguro de Caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento contractual

asociacionabogadosrcs.org

GPS FISCAL Y GPS LABORAL

Un libro jurídico-práctico para el trabajo diario del abogado y el asesor.



¿Qué es GPS?

GPS es, sobre todo una HERRAMIENTA DE CONSULTA, un LIBRO PRÁCTICO donde encontrar apoyo y soluciones a los problemas del día a día del operador jurídico.

¿Quién hace GPS?

Los autores de GPS son profesionales con muchos años de experiencia y con una trayectoria profesional exitosa, generosos porque comparten su know-how con los lectores y porque ofrecen SOLUCIONES REALES Y PRÁCTICAS a los problemas planteados.

¿Qué hace a GPS distinto de sus competidores?

- 1.- El precio: 99 euros + IVA
- 2.- La estructura: es una estructura que responde a los problemas con los que se va encontrando el profesional.
- 3.- La claridad: es una obra con todo el rigor pero no por ello difícil de manejar. Es clara y sencilla de manejar, con un índice analítico completo y con la terminología que se usa habitualmente en las profesiones jurídicas.
- 4.- Acceso gratuito al e-book y a las actualizaciones que se produzcan, lo que lo distingue de todos los libros similares que existen en el mercado.



Para más información:

✉ solicitudinfo@tirant.com

☎ 91 445 47 85



nº52

Cuarto Trimestre. Año 2014



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 52

EDITORIAL

“Que veinte años no es nada” ¿o sí?

Por *Javier López y García de la Serrana* 5

DOCTRINA

- Hacia un “giro copernicano” en el (otrora inexistente) Derecho Social de Daños: La ejemplarizante indemnización por daños a la persona (del trabajador)

Cristóbal Molina Navarrete 9

- Valoración del daño por fallecimiento: problemas de legitimación activa y perjudicados por el fallecimiento

Laura Gázquez Serrano 25

- El Seguro de Caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento contractual

Ignacio Pérez Calvo 51

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 30 de septiembre de 2014.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Se condena a un articulista en la cantidad de 9.496,55 euros por acusar de ‘corrupción’ a un magistrado, al considerar que el artículo publicado atenta grave e injustificadamente a la imagen de integridad del demandante y a su prestigio profesional 73

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 3 de octubre de 2014.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad Civil Médica. Se condena a indemnizar con 600.000 euros a unos padres por los daños ocasionados a su bebé durante el parto, pues se determina que se trata de una responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración, derivada de la no vigilancia o seguimiento de la monitorización fetal y no de un supuesto de ‘pérdida de oportunidad’ del menor como se manifestó en un primer momento por el tribunal de instancia 85

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 20 de noviembre de 2014.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Establece el Tribunal Supremo que el derecho de repetición solamente cabe pactarlo en el contrato de seguro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la LRCSCVM, para el supuesto de circular sin permiso de conducir, declarando nulas las cláusulas que suelen incluirse por las aseguradoras en el seguro obligatorio de automóvil, que dejan sin cobertura los hechos indemnizables producidos por los conductores menores de cierta edad 91

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 17 de diciembre de 2014.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Se aplicará el plazo de prescripción de un año para ejercitar la acción de repetición por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, incluso cuando la cobertura se excluya en el ámbito del seguro voluntario.....97

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 11 de noviembre de 2014.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Se condena a una empresa a indemnizar a su empleada en la cantidad de 500.000 euros como consecuencia de la situación de incapacidad temporal y posterior incapacidad permanente absoluta derivada de accidente laboral, más la cantidad de 50.000 euros en concepto de daño moral, en consideración con la actitud pasiva de la empresa demandada pese a la denuncia de la actora de la situación que estaba viviendo.....103
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de noviembre de 2014.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Desestimación de la demanda de nulidad del Laudo dictado por Árbitro designado por la Asociación Española de Abogados Especializados en RCyS, basada en la inexistencia de convenio arbitral, parcialidad de la Asociación arbitral y del Árbitro, incongruencia 'extra petita' y extemporaneidad del laudo, al entender que no se dan ninguna de estas cuatro causas de nulidad, con imposición de las costas causadas en el procedimiento de anulación de Laudo Arbitral.....113

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José M^a Hernández-Carrillo Fuentes.....121

ENTREVISTA A...

Antonio Salas Carceller

Por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán.....131

NOTICIAS

- ➔ XIV Congreso Nacional. 6, 7 y 8 de noviembre, Sabadell.....135
- ➔ Acta de Asamblea General. 6 de noviembre, Sabadell.....149
- ➔ La Asociación Española de Abogados de RCS y la editorial Tirant Lo Blanch suscriben un acuerdo de Colaboración.....150
- ➔ Acuerdo de Colaboración entre Banco Santander y Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.....150

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:

M^ª 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 Toticagüena, Luis Julio Cano Herrera 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, José Manuel López García de la Serrana y Antonio Salas Carceller.*

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

“Que veinte años no es nada” ¿o sí?

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

Finalizamos 2014 con el recuerdo aún latente del buen hacer de nuestro compañero **LUIS A. ORRIOLS MARTÍNEZ**, un magnífico organizador y anfitrión en Sabadell, que fue el enclave escogido el pasado año por la Asociación para celebrar nuestro decimocuarto Congreso Nacional. Sabadell como símbolo de impulso y avance, pues Sabadell siempre ha sido pionera donde las haya y un referente en evolución y desarrollo industrial, cultural y económico. Y esa evolución es la que preconizamos para nuestro ‘Baremo’ de la Ley 30/95, que este año cumplirá ya sus veinte años, que es mucho tiempo o no es nada, según para quien. Lo que nos recuerda a uno de los tangos más conocidos y hermosos de la historia, ‘Volver’, interpretado y grabado por **GARDEL** en 1935, pero con letra de **ALFREDO LE PERA**, la cual evoca una nostalgia que le permite tener vigencia aún hoy, encontrando entre sus frases una que ha quedado marcada y es utilizada como un dicho común: “que veinte años no es nada”. Aunque en nuestro caso, veinte años nos han puesto de manifiesto la grandísima contradicción que en materia de daño patrimonial sufre nuestro actual ‘Baremo’, contradicción que ha motivado que la jurisprudencia intervenga para dar una solución interpretadora hasta que el legislador realice la oportuna reforma.

Por tanto, comenzamos 2015 igual que acabamos 2014, es decir, hablando del nuevo Sistema de Valoración de los daños en accidentes de circulación, que va a terminar con el sobrenombre de ‘el deseado’. Y el caso es que algunos pasos importantes se han dado a final del pasado, pues el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 2 de diciembre de 2014, publicaba en sus páginas 9 y 10, la Proposición no de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, el Grupo Parlamentario Socialista, el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), en la que insta al Gobierno a presentar en el próximo periodo de sesiones un Proyecto de Ley de Reforma del Sistema de valoración para las indemnizaciones de los daños y perjuicios causados a las víctimas en accidentes de circulación. En su Exposición de Motivos argumenta precisamente que sí son muchos los veinte años referidos: “El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor en 1995 del sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que figura actualmente como anexo en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, así como el conjunto de reformas que en el ámbito comunitario se han emprendido en relación con el seguro del automóvil y los trabajos realizados por la Comisión de Expertos creada por Orden conjunta de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia en 2011, tendentes todas ellas a incrementar la protección a las víctimas mediante la garantía de una indemnización suficiente, justifican la conveniencia de estudiar la revisión del sistema legal valorativo a fin de introducir, si procedieran, las modificaciones pertinentes”.

Continúa diciendo la meritada Proposición no de Ley que “el sistema legal valorativo del anexo de la ley requiere una actualización de sus normas de aplicación y reglas de valoración para superar las dudas y dificultades interpretativas que en determinados perjuicios se han venido suscitando, o bien, por no estar contemplados en el actual sistema, o bien por no adaptarse convenientemente a la realidad social actual”, con lo que no podemos estar más de acuerdo. Añade que “La reforma debe inspirarse y respetar los principios básicos de la indemnización del daño corporal; básicamente el de la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos para situar a la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tendría de no haberse producido el accidente; el de vertebración que requiere que se valoren por separado los daños patrimoniales de los no patrimoniales, y dentro de cada clase, separar los diferentes subconceptos de daño, sin solapamientos ni lagunas, superando el recurso a la valoración global del daño moral y los perjuicios económicos”. Lo compro, como diría aquel.

Y finaliza poniendo de manifiesto los objetivos que el Gobierno debe marcarse con dicho Proyecto de Ley, que son toda una maravillosa declaración de intenciones que veremos en lo que queda:

- Adaptar el sistema a los principios de indemnidad, vertebración y objetivación del sistema, manteniendo una estructura de tablas de fácil aplicación en aras a fomentar una rápida resolución de los conflictos para incrementar las transacciones extrajudiciales.

- Conseguir una mejora en la individualización del daño, mediante la revisión de los diferentes perjuicios que pueda sufrir una víctima, atendiendo a sus circunstancias personales, familiares y económicas.

- Respecto a las indemnizaciones por fallecimiento, conseguir una mejora de la percepción de las mismas mediante su individualización, teniendo en cuenta las nuevas estructuras familiares.

- Respecto de las indemnizaciones por secuelas, reforzar especialmente la reparación del gran lesionado que queda con discapacidades que requieren de apoyos intensos para su autonomía personal, indemnizando los perjuicios y los daños emergentes relacionados con las diferentes partidas de gastos asistenciales futuros.

- Incorporar un sistema objetivo de indemnizaciones de lucro cesante.



- Revisión del baremo médico de secuelas con el objeto de adaptarlo al estado actual de la ciencia.

- Tener en cuenta el gasto futuro de las víctimas con graves secuelas de por vida y el derecho a indemnización de las amas de casa por el perjuicio económico sufrido en función de su desempeño de las tareas del hogar.

Lo que ya nadie puede negar es que algo se mueve, y rápido. De hecho, dicen las malas lenguas que dicho Proyecto de Ley tiene ya prevista su aprobación en el Consejo de Ministros del viernes 13 de febrero de 2015, o en todo caso en el siguiente, pues se dice que se está discutiendo ‘la vacatio legis’ y algún fleco más. Pero como este número se cierra en enero, nos quedamos con las ganas de poder anunciarlo, aunque desde luego se enviará un boletín electrónico especial informando de ello cuando se produzca la aprobación del referido Proyecto de Ley por el Gobierno.



Asimismo, es notorio que el tema del nuevo 'Baremo' es la estrella de los blogs especializados, así como de los distintos foros que sobre nuestra materia hay en la red social LinkedIn, por lo que aprovecho aquí para recordar a todos que nuestra Asociación tiene un grupo de debate en dicha red, con una grandísima acogida y debates muy interesantes, que han generado que haya quien diga que "estoy aprendiendo más derecho de seguros en LinkedIn que en la facultad. El secreto está en la confrontación de ideas: tropezar con gente que piensa lo contrario te obliga a replantear-te lo que haces y por qué lo haces". Entre estos debates hay uno en el que ha tenido una gran aceptación el artículo 'Año nuevo, Baremo nuevo (I)', matizado en otro posterior de mi buen amigo **ROSENDO HERNÁNDEZ RUBIO**, 'Portavoz de Yomismo' según se define en la red, pero también ex abogado de víctimas y actual tramitador de siniestros en una aseguradora, que se adhiere a la propuesta que realicé en el editorial del número 50 de esta revista, en el

sentido de entender que ya tenemos 'de facto' un nuevo 'Baremo'. Dice **HERNÁNDEZ RUBIO** en su *post* que no se ha vuelto loco, pues solo aplica lo aprendido en el XIV Congreso Nacional de la Asociación de Abogados Especializados en RC y Seguro: "Frente al incompresible retraso en convertir en ley la propuesta de reforma del Baremo, innovemos y usemos los criterios y soluciones consensuados en la propuesta de la Comisión de Expertos. Y no solo respecto del lucro cesante sino también en lesiones que acaban en fallecimiento, en gastos por diferentes conceptos, en intereses de mora y un largo etcétera". También incita o sugiere la bondad de criticar la Propuesta de reforma "¿Por qué no si lo está haciendo incluso uno de sus principales artífices, **MARIANO MEDINA CRESPO**?", se pregunta, añadiendo que "el retraso en su aprobación es tiempo que ganamos para mejorarla entre todos. ¡Esto sí es actitud positiva! La finalización de los trabajos de la Comisión no significa que estemos ante un texto cerrado, menos aún tras escuchar, en el XIV Congreso Nacional de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, que la propuesta entregada a la DGSFP contenía más de 100 erratas". Y por último llama a aplicar ya el futuro 'Baremo', echándome a mí la culpa de la idea, pues en el editorial del número 50 de esta revista, así como en artículo que publiqué en *El Derecho*, argumenté que la propuesta de sistema de valoración elaborada por la Comisión de Expertos resulta un extraordinario baremo orientador, que aunque actualmente aún no tenga fuerza normativa, nadie le puede negar ya un valor doctrinal definitorio dado el grandísimo consenso alcanzado en su redacción, pudiendo por tanto usarse ya en supuestos fuera del tránsito motorizado, así como dentro del propio tránsito motorizado, al ser un magnífico elemento orientador para los Tribunales de Justicia que pretendan continuar con la senda marcada por **XIOL RÍOS** en la STS de 25.03.2010, de la que fue ponente, pues la 'Propuesta' sí regula expresamente cómo reparar el lucro cesante o daño patrimonial. De este modo, el trabajo realizado no caerá en 'saco roto' y empezará a dar sus frutos, sin necesidad ni tan siquiera de que llegue a ser norma. **HERNÁNDEZ RUBIO** por su parte añade además que "esos frutos no deben limitarse a la reparación del lucro cesante. ¿Por qué no basarse en la propuesta de reforma del Baremo para considerar causa justificada, a los efectos del artículo 20.8 LCS, la falta de colaboración del lesionado que no permite el reconocimiento por los servicios médicos designados por la aseguradora (art. 11-9.2)? ¿Por qué no para exigir que se adjunte el informe médico a la oferta motivada (art.

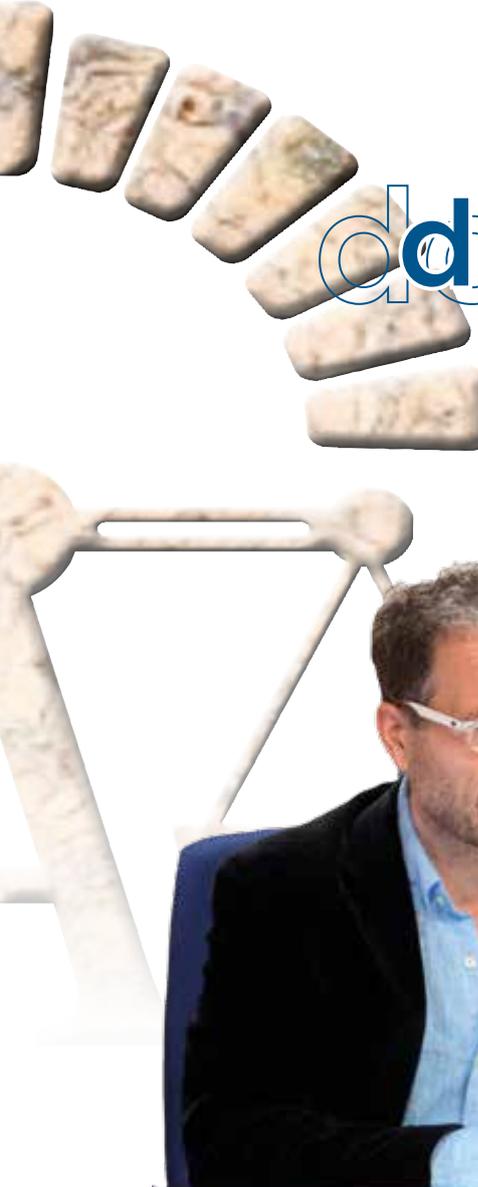
11-9.3)? ¿Por qué no para alegar el orden ascendente de las secuelas concurrentes cuando son más de 2 (art. 22-6.2)? ¿Por qué no para valorar objetivamente el perjuicio estético (art. 22-10)? ¿Por qué no para reclamar los gastos de repatriación al país de origen (art. 21-19)? ¿O las lesiones que acaban en fallecimiento antes de fijarse la indemnización, con un criterio más depurado que el sentado por el Tribunal Supremo (art. 11-16 y siguientes)? ¿O los días de encamado domiciliario como de estancia hospitalaria (art. 23-5.3)? ¿O los gastos de ayuda de tercera persona prestada por un familiar (art. 22-28)? Y muchas otras cuestiones...”. Y termina realizándonos un envite para aplicar ya la ‘Propuesta’ de nuevo ‘Baremo’, cosa que vaticina que conseguiremos “si nos lo proponemos, pues, como todos sabemos, lo que el abogado no pide, el Juez no puede darlo”.

Por su parte, el magistrado **JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO**, miembro de honor de nuestra Asociación, contestaba en otro foro de LinkedIn que “uno de los problemas –tal vez el principal– del Derecho Español de la Responsabilidad Civil y de Daños, es la escasa preparación técnica jurídica de quienes se han erigido en sus santones. Cómo andaré la cosa, que aún no han sido capaces de diferenciar entre los conceptos de ‘resarcimiento’ (como *Oberbegriff*), ‘compensación’ (del daño personalísimo), ‘reparación’ (de daños materiales) e ‘indemnización’ (de perjuicios por daño emergente y lucro cesante)”. Continuaba afirmando: “Abrimos la boca un palmo cuando topamos con el *Common Law*. Los anglosajones son excelentes comerciantes, pero su nivel jurídico es muy bajo. Pero alucinamos si nos hablan de ‘*punitive damages*’ (un concepto que pertenece a una fase de indiferenciación entre el Derecho Civil y el Penal), por poner sólo un ejemplo. Y –como carecemos del solvente referente alemán– echamos mano del italiano. ¿Cómo no reírse a carcajadas del pedante concepto de la ‘*quota sibi*’? No salgo de mi asombro cuando compruebo que la protección integral de determinadas personas necesitadas de especial protección (niños, ancianos, enfermos mentales) se trata (en materia de valoración de la contribución de la víctima a la causación del daño) con mentalidad propia del Derecho Penal de la capacidad de culpabilidad”. Argumentos todos ellos respetables y compartibles en mayor o menor medida. Pero hay uno de sus últimos comentarios con el que no puedo estar más en desacuerdo: “De momento, nos íbamos apañando con un baremo muy mediocre, al que se estaba sacando todo el jugo posible; incluso menos del posible. Ahora los gurús

de siempre van a alumbrar un centón que sólo persigue el automatismo del cálculo de las indemnizaciones”. No puedo más que discrepar, pues si algo tengo claro es que ya no nos ‘apañábamos’, pues no se sostiene que estemos al albur de los tiempos para ir avanzando y resolviendo los problemas del ‘Baremo’ creado por la Ley 30/95 con soluciones jurisprudenciales. Pues desde 1995 hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010, han pasado casi 15 años en los que muchas víctimas no han sido indemnizadas, al menos parcialmente, en su lucro cesante por incapacidad permanente. Y qué decir en los supuestos de fallecimiento de la víctima que, siendo la fecha que es, aún se discute si se puede extrapolar la referida doctrina del lucro cesante por incapacidad permanente fijada en la STS de 25.03.10 a los supuestos de muerte. Eso sí, **FERNÁNDEZ ENTRALGO**, al final de estos comentarios, como buen contertulio dialogante que es, terminaba disculpándose: “Siento la dureza y la amargura de este comentario. Pero me sumo a los verosos quevedianos: «Pues amarga la verdad, / quiero echarla de la boca; / y si al alma su hiel toca, / esconderla es necesidad...»”.

Como conclusión vuelvo a decir que, como todo en la vida, podría haberse hecho mejor aunque nadie puede negar que supone un cambio sustancial, un paso de pigmeo, pero de pigmeo gigante como comentamos en el Congreso Nacional, pues por fin se va a resarcir en España, aunque no sea íntegramente, el daño patrimonial o lucro cesante que representa la incapacidad permanente o el fallecimiento de una víctima de accidente de circulación, e igualmente vamos a poder disponer de un verdadero cuerpo normativo desarrollado por 115 artículos –al menos esos son los previstos en la propuesta presentada–, frente a los 2 únicos apartados explicativos que tiene el actual sistema, lo que nos permitirá evolucionar notablemente en esta materia al disponer de un sistema de valoración de daños muy superior al anterior, en cuanto a estructura y vertebración se refiere. Pero como dice **MIQUEL MARTÍN-CASALS**, presidente del ‘Comité de Expertos’ autor de la ‘Propuesta’ y también miembro de honor de nuestra Asociación desde hace 12 años: “Todo es criticable, sobre todo en un país de sabios como el nuestro. Sin serlo, yo mismo también he criticado muchos aspectos. Pero criticar es más fácil que construir. Con todos los defectos que pudiera tener, será una muy buena herramienta para quién se moleste a estudiar cómo funciona y como se aplica”.

Enero 2015



doctrina

Hacia un “giro copernicano” en el (otrora inexistente) Derecho Social de Daños: La ejemplarizante indemnización por daños a la persona (del trabajador)

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

“Ante cada cual hay una imagen de lo que debe ser; y en tanto que llega a serlo, no consigue plenamente su paz”

Gustav Radbruch. *Introducción a la ciencia del Derecho. Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1930. p. 269.

1. Introducción: un cambio jurídico-cultural en embrión

En la ortodoxa tradición jurídico-laboral, la justa (*suuum cuique tribuere*), eficiente y ejemplarizante reparación económica de los daños a los derechos de la persona del trabajador ha sido un páramo, no sólo científico-cultural, sino también legislativo y jurisprudencial, reflejo de un subsector jurídico anacrónico, deprimido y contradictorio. La modernización que en los últimos años ha experimentado el ‘Derecho de Daños’, evolutivo y dinámico como pocos, habría pasado casi de largo, como la ‘caravana americana’ de la inmortal película ‘Bienvenido

¹ Por todos, **DÍEZ PICAZO, L.** *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Ed. Civitas. Madrid. 2011.

Mr. Marshall', para el Derecho (Social) del Trabajo, tanto para su fuente legal como para la jurisprudencial. Esto ha venido siendo así cabalmente hasta hace muy poco tiempo. Hoy, en cambio, es posible, obligado, incluso urgente, reconstruir un naciente panorama bien diverso

Una mirada panorámica, pero detenida, nos permite constatar una revisión profunda, una inflexión muy significativa (AAVV, 2013). Cier- to, todavía está en estado embrionario, pero tiene la fuerza -amenaza ser 'viral', como ahora se dice- para ser general o sistémica, pues está dotada de una gran potencialidad de transformación de la tradición-cultura precedente, sin agotarse en aspectos o casos particulares. Una mutación en la comprensión de este tema no ya sólo del sistema regulador sino de la propia "cultura laboral indemnizatoria" por daños a los derechos persona del trabajador, en especial cuando se lesionan sus "derechos de la personalidad". Tal sería la magnitud *in fieri*, sea por obra de los cambios legislativos, todavía por explorar en todos sus extremos para ser efectivos, sea de las muchas rectificaciones jurisprudenciales, también a optimizar en la experiencia forense, que podría considerarse como un giro de 180 grados. Un genuino 'giro copernicano' que tiene aspectos muy positivos, por la evolución modernizadora e innovadora que provoca en un tema de tanta trascendencia -social y económica-; pero también sus inconvenientes, por los problemas de incoherencia, inseguridad jurídica e, incluso de desigualdad, que vuelve a acumular, ahora de sentido contrario, el sistema y la experiencia, siguiendo una perniciosa 'Ley del Péndulo'.

Hasta el momento, los laboristas, habríamos perdido el paso respecto de la evolución en la rama privada del Derecho de Daños -Derecho Civil-, incluso en la rama pública -Derecho Administrativo relativo a la responsabilidad patrimonial de las AAPP-. Ningún estudioso, o muy pocos, realizaría un estudio de Derecho de Daños incluyendo referencia a la norma laboral; sí remite a las normas generales del Código Civil -arts. 1101 y ss (contractual); o 1902 y ss (extracontractual)-, incluso especiales -art. 9 LO 1/1982, derechos de la personalidad-; o a las del "Código Administrativo" -arts. 139 y ss Ley 30/92-. No es una crítica corporativa, porque ese desdén está mu justificada en la deprimente y anacrónica tradición cultural recordada, por tanto es -era- un efecto silenciador merecido. Los propios laboristas, que han reclamado desde hace tiempo un cambio, pero sin aventurarse a construirlo de manera concreta, y más aún, la Sala Social del TS, tienden a resolver los

problemas socio-laborales apelando, con mayor o menor fortuna, a los preceptos civiles, aunque a veces los resultados provocaran casi sonrojo. Por ejemplo, durante un tiempo, ya superado, en atención al precepto citado -o civil o constitucional (lesión de un derecho fundamental)-, se negaba o reconocía una "*indemnización adicional*" ex art. 50 ET -STS, 4ª, 11 de marzo de 2004, luego corregida, si bien de forma difusa, por la STS, 4ª, de 17 de mayo de 2006, hoy jurisprudencia-.





sales, que suponen una nueva oportunidad de revisión en profundidad del Derecho Social de Daños a la persona –arts. 26.2 y 182, 183 y 184 LRJS; también arts. 96 y 139 LRJS–. Conviene advertir que varios de esos cambios responden a la clara consolidación de rectificaciones jurisprudenciales –SSTS, 4ª, de 9 de mayo y 13 junio de 2011, que asumen la posibilidad de exigir indemnizaciones adicionales libremente fijadas a través de autónomos procesos jurisdiccionales en el orden social–. Pero otras reformas habrían buscado ir más allá de la actual experiencia para promover una muy diferente, renovándola.

En efecto, el cambio procesal respondía a un ‘pacto jurídico-cultural’, no expresado explícitamente pero sí implícito: la pretensión legal de convertir al juez social en el juez único competente para valorar los daños en el seno de las relaciones de trabajo, haciendo retroceder al orden civil en todo lo que tenga que ver con los daños a la persona, incluso al contencioso-administrativo –cuando los daños a las personas se ligan al incumplimiento de normas preventivas–, iría acompañada de una renovación estructural y operativa del régimen de responsabilidad socio-laboral (‘civil’ técnicamente) en tales casos. Por eso, no sólo dejaba claramente expresado el cambio de los criterios de competencia judicial, sino también los de ‘imputación’ –el art. 96 LRJS confirmará el abandono, por la jurisprudencia social, del rígido criterio de la culpa, por otro más flexible, próximo al riesgo de quien tiene el poder de control, en línea con el orden civil (que luego cambiaría a otro más tradicional)– y ‘prueba del daño moral’ –el art. 183 LRJS introduce un principio de facilitación de la carga de su prueba–, sino también de la misma función de la responsabilidad ‘civil’ por daños (extra-patrimoniales) a la persona. Siguiendo, en buena medida, el fin que inspira la singular institución del art. 123 LGSS –el célebre recargo de las prestaciones de Seguridad Social por incumplimientos preventivos–, pero convirtiéndolo en principio general, el art. 183 LRJS, a diferencia del art. 114 LRCA, atribuye expresamente una función preventivo-disuasoria a toda indemnización por daño a la persona lesivo de un derecho fundamental –específico o no– en línea con el art. 9 de la LO 1/1982 (responsabilidad por lesión de derechos de la personalidad en el ámbito civil), transfiere o reapropia a la víctima de tal daño padecido todo el juicio de reproche social por conductas especialmente intolerables para la comunidad en general hoy. En definitiva, quiebra con ello de forma expresa y directa uno de los ejes más centrales de la tradición continental del Derecho privado de Daños.

Y, sin embargo, esas normas legales no sólo existen, sino que se han revisado de forma profunda, por ser un sector muy relevante de este tipo de daños, tanto respecto al concepto de ‘sinistro laboral’ como el más específico de ‘daños a la persona del trabajador’, y no sólo hoy a su salud. Así, junto a los preceptos sustantivos, no modificados recientemente, pero que sí debieron suponer un cambio radical en su día –arts. 4, 14-16 y 42 LPRL; art. 123, 127 LGSS–, hay que tener en cuenta los proce-

El resultado, por darle mayor operatividad práctica a esta afirmación de valor no sólo teórico-conceptual sino estrictamente normativo-positivo, es que convivirá, ahora ya de modo irracional e incoherente, 'tradicición' y 'renovación'. Pongamos dos ejemplos muy recientes. Del lado de la renovación, paradigmático es el ejemplo de la trabajadora que, víctima de una situación prolongada de estrés laboral –ni siquiera propiamente de acoso moral laboral–, va a recibir, tras varias sentencias firmes –la última STSJPV n. 2113/14, de 11 de noviembre– algo menos de 600.000 Euros. Esa cantidad es, por lo que se dirá, muy superior a la que hubiera recibido en el orden civil en el mejor de los pleitos. ¿Qué 'revolución jurídica' se ha producido para que pudiera suceder –y repetirse en el futuro de modo difuso– algo así?

Del lado de la tradición, otro trabajador, en fecha prácticamente simultánea, pero se trata ahora de funcionario, que lleva tiempo con una situación reconocida judicialmente de acoso moral laboral, sólo recibirá 18.500 Euros –vid. STSJ Castilla-León, Sala Contencioso-Administrativa, n. 2299/14, de 14 de noviembre–. ¿Qué trabas persisten en el ordenamiento para que, pese a proclamar la LRJS la competencia del orden social también en este caso y la Constitución la igualdad de trato, se produzcan diferencias tan radicales en la valoración de los daños a la persona del trabajador? Incluso desde el otro punto de vista de la relación, el del empleador, quizás no fuese ocioso preguntarse cómo es posible hoy que un problema típico de conflictividad laboral, como es el existente entre el empleador y una trabajadora, y en el que ésta trata de proveerse de una prueba de grabaciones del pretendido acoso de aquél, el jefe, que entiende lesionado con tal actuar su privacidad –derecho a la intimidad–, recurra al orden civil y no al social, dado que estamos en un ámbito laboral. Es el caso, muy mediático, resuelto a favor de la trabajadora, por la STS, 1ª, 678/2014, de 20 de noviembre². Aunque no es objeto de nuestro estudio esta otra dimensión de la responsabilidad

² "... Aunque la conversación se mantuviera en la puerta del centro de trabajo y se refiriese a cuestiones laborales, ámbito en el que según la doctrina del TCO se puede desarrollar también la intimidad..., tampoco puede considerarse que hubiera por ello una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad... pues de su contenido se deduce que... está actuando en su condición de representante de la empresa... y en el ejercicio de facultades disciplinarias respecto de esta. La existencia de una previa situación de conflicto entre las partes añade además una nota de razonabilidad..." –FJ Tercero, punto 4–. Para un caso opuesto de reconocimiento de daños por lesión del derecho a la libertad de expresión en el ejercicio del poder disciplinario vid. STS 25 de Junio de 2008, RJ 4235/08.

por daños a la persona –en este caso al empleador proveniente de conductas del trabajador–, sí evidencia que sigue existiendo esa desconianza de la práctica forense hacia el orden social para estos temas, no ya sólo por la convicción –hoy discutible– del carácter garantista a favor del trabajador de la justicia social, sino por la pobre cultura de responsabilidad por daños a la personalidad en el orden social.

Pero, precisamente, sería esta tradicional "miserable cultura de responsabilidad civil" por daños a la persona, reflejo de la inveterada tradición de indemnizaciones tasadas –objetivas, pero muy reducidas– respecto de daños patrimoniales, lo que está cambiando de raíz. Por eso, este artículo pretende dar cuenta, sucintamente, claro, de las principales líneas evolutivas de esta mutación *in fieri*. Algunas de estas pautas han quedado reflejadas, casi a modo de Guía o de 'Manual de práctica forense' en la materia, a través de la polémica STS, 4ª, de 23 de junio de 2014 –RCUD 1257/13–, con un fundado, aunque creo que errático, voto particular. En ella, que ha sido precisamente la invocada para alcanzar el efecto de sobre-indemnización presente en la citada STSJPV de 11 de noviembre de 2014, se rectifica la posición precedente en torno a la fijación de la indemnización por daño moral en situaciones donde concurren daños a la salud o biológicos con una clara diferenciación, por desbordamiento favorable a un plus de cantidad indemnizatoria, al orden civil. Otras rectificaciones de criterio jurisprudencial, en cambio, están en sentencias diferentes y en las que, con mayor o menor claridad, se procede igualmente a un conjunto de cambios muy relevantes para modernizar el régimen de responsabilidad 'civil' en el orden socio-laboral, cerrando por completo o, cuando menos, reduciendo significativamente, en la teoría y en la práctica, la brecha abierta entre ambos órdenes jurisdiccionales. Más aún. Ahora sería el orden social el que podría asumir una función de innovación, extensible fuera de su propio ámbito, obligando al orden civil, e incluso al orden contencioso-administrativo, a una renovación de la responsabilidad civil por daños a la persona análoga. Veamos porqué.

2. Hacia una indemnización por daño moral laboral de prueba automática y cuantía ejemplarizante: síntesis de la evolución legal y jurisprudencial

El tradicional apego judicial –y forense en general– a la regla de prioridad aplicativa de la norma laboral específica, que solía definir un ámbito de indemnización tasada y excluyente de la civil –libre–, de modo que el recurso a las

normas civiles aparecerían como supletorias, así como la escasa novedad que ha venido evidenciando, hasta hace bien poco tiempo, las leyes en el ámbito laboral a tales efectos, explicaría, aunque no justificaría, el retraso extraordinario del orden social respecto del civil en materia de indemnización por daños a la persona, muy en especial a los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador –salud, integridad personal, libertad de expresión, intimidad, no discriminación...- (CARDENAL CARRO, M., 2006, p. 32). Por eso, difícilmente se podría hablar de un auténtico y genuino ‘Derecho Social de Daños a la persona’ –del trabajador sobre todo, pero no necesariamente sólo- en las relaciones laborales, ‘asignatura pendiente’ del Derecho del Trabajo, sin duda alguna, sin desmerecer algunos intentos aislados de reconstrucción de un régimen diferente, conceptual, normativo y práctico (AAVV, 2013). Sin embargo, como ya se ha anticipado en el apartado introductorio, tras la LRJS (Ley 36/2011), la situación cambió, no sólo en el plano de la norma, sustancialmente, aunque la radicalidad de su impacto renovador esté todavía en parte por explorar.

Así, atendiendo a la fuente legislativa, los principales cambios a reseñar serían:

- a) El propio fundamento de la responsabilidad por daños a los derechos de la persona del trabajador. Éste ya no sería sólo el clásico imperativo de reparación íntegra del daño, límite tradicional del resarcimiento económico de la víctima, sino también una función efectiva, no sólo simbólica o refleja, preventivo-disuasoria del incumplimiento lesivo –art. 183 LRJS-.

Aunque este cambio es bien conocido en la doctrina científica, que lo valora de forma muy diferente, la doctrina judicial, menos aún la jurisprudencia, todavía no han reparado de manera adecuada sobre sus radicalmente innovadoras implicaciones prácticas, más allá de las meras referencias simbólicas o “a mayor abundamiento”, existentes antes del cambio legal –ejemplo STS, 4ª, 20 de septiembre de 2007-. La norma procesal social ha zanjado claramente la cuestión teórica en torno a la función preventiva de la responsabilidad por daños a derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, de modo que el Derecho Social de Daños ha de cumplir, necesariamente, esa función, de modo adicional. Por tanto, habría perdido el sentido aquí la polémica doctrinal entre quienes la defienden como propia también del Derecho Civil, no sólo del Derecho Penal, y la que la atribuyen únicamente a éste –incluido el Derecho Administrati-

vo Sancionador-. Se trata de una función normativa del Derecho Social de Daños a la persona, no ya una función secundaria o indirecta, sin que debieran confundirse el principio jurídico de la reparación-compensación con el de la prevención.

Ciertamente, se trata de una regla singular para este régimen de responsabilidad civil en las relaciones de trabajo que ha de calificarse como especial, nunca excepcional. Y no lo es porque no quiebra principio jurídico alguno, sólo una tradición normativa y una concepción dogmático-cultural, en la medida en que refleja el acervo comunitario en esta materia.

En efecto, tal función se recoge en las Directivas antidiscriminatorias –ejemplo: art. 18 Directiva 2006/54/CE- y en la jurisprudencia comunitaria que las interpreta desde antaño –STJCE 2 de agosto de 1993 (Asunto Marshall II)-. Por tanto, realmente supone una anticipación de lo que es ya, aunque no se formalice todavía normativamente, una evolución o tendencia de la cultura europea en esta materia, como evidenciaría el Proyecto de Codificación Europea en materia de responsabilidad civil. Y es especial, aunque yo creo que tiene vocación general o común por ese vínculo con la nueva cultura jurídico-comunitaria en la materia, porque no todos los sectores jurídicos en los que se genera esa responsabilidad por lesión de daños a la persona protegidos por derechos fundamentales se atribuye tal función adicional a la reparadora. Así, esta finalidad preventiva no aparece en el art. 114.2 LRJCA, que sólo permite incluir la acción indemnizatoria “siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado”. Debe recordarse que el privilegiado sistema de responsabilidad por daños en la Administración obedece a un modelo diferencial respecto los daños causados a los particulares y favorable a los intereses de la Administración en claro detrimento de los ciudadanos.

En suma, al margen del debate doctrinal, que muestra una mayoría muy crítica con tal función en el Derecho Continental, por considerarla una contaminación indebida con el diverso Derecho Penal (crítico PANTALEÓN PRIETO, F., 2001, pp.37-38; a favor CASADO CASADO, B., 2009), lo que debe contar en nuestro ámbito es la inequívoca formulación legislativa. Todo ello, por supuesto, al margen del mecanismo técnico a seguir para articular tal indemnización o resarcimiento disuasorio-preventivo, respecto del que no se pronuncia la norma, con lo que,

a mi juicio, no cabe confundir tal función con la técnica, muy discutida, de *'punitive damages'*, que el legislador laboral ni asume ni descarta. De este modo, el legislador laboral no sólo ha querido reforzar la confianza de los titulares de esos derechos en la efectividad de la tutela del Derecho -función social-, pues recuérdese que la LRJS responde expresamente a ese fin -en un contexto no sólo de frecuente peregrinaje de jurisdicciones (del civil al social, y viceversa)-, sino también ahorrar graves costes para el sistema, atribuyéndolos al sujeto causante -quien lesiona paga y sirve de ejemplo para que no lesionen los demás-, según su función económica.

- b) El criterio de imputación, de modo que la responsabilidad por daños a la persona a la salud deja fuera las consideraciones relativas a la tradicional 'culpa civil', aunque tampoco la va a excluir del todo, centrándose más en el nexo causal -relación de causalidad- (art. 96 LRJS) (**SEMPERE NAVARRO, AV-SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.**, 2011). De este modo, junto a la reafirmación de la clásica técnica de la "prueba de indicios" -más que de inversión de la carga probatoria- típica de los derechos fundamentales, la LRJS va a consolidar el cambio jurisprudencial precedente, situándose en la órbita de la responsabilidad por riesgo civil -STS, 4ª, 30 de junio de 2010, RCU 4123/2008-. El art. 217.6 LEC se ve, así, reflejado plenamente en lo laboral y, consecuentemente, también desde estos aspectos cruciales de la responsabilidad -imputación y prueba- la modernización es manifiesta.
- c) La tutela inhibitoria-restitutoria del derecho fundamental no satisface ya la tutela del derecho fundamental, de modo que a la reposición en el disfrute del derecho hay que sumar necesariamente la adecuada reparación-compensación del daño sufrido.

El art. 179.3 LRJS es muy representativo al efecto, aunque no sea todo lo claro que debería. De un lado, pone de manifiesto la inherencia de la indemnización a la lesión de todos los derechos fundamentales, de ahí que requiera que se exprese la cuantía pretendida, con la "adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios". Por eso el art. 182.1 d) también incluye como un contenido normal, incluso debido -"dispondrá..."-, la indemnización, y el art. 183.2 LRJS ordena al juez pronunciarse sobre la cuantía del daño, determinándolo según se trate de un daño u otro. Aunque todos estos preceptos presuponen una mínima diligencia





procesal por el demandado, siempre conveniente, expresan igualmente la normalización de la tutela indemnizatoria como aspecto clave para la efectividad del derecho fundamental. De otro lado, si presume los daños morales, siempre de difícil estimación y sobre los que siempre debe pronunciarse el Juez –arts. 179.3 y 183.2 LRJS–, debiendo ser los demás daños derivados de la lesión –sean patrimoniales o no (ejemplo los daños biológicos o a la salud)–, los que deban probarse, si bien mínimamente, en los términos revisados de la STCO 247/2006, que corrige parcialmente la precedente jurisprudencia social. Los daños morales son, pues, inherentes a la lesión de los derechos fundamentales, mucho más si se trata de derechos de la personalidad –del trabajador–, tal y como refleja el art. 9.3 LO 1/1982 para el ámbito civil. Por lo tanto, reglas tradicionales tales como el carácter tasado de las indemnizaciones ‘laborales’ o la prohibición de acumulación de indemnizaciones libres a las tasadas quedarían definitivamente arrumbadas del orden social (STS, 4ª, 20 de septiembre de 2011).

Consecuentemente, esta configuración conceptual y normativa de los daños derivados de la lesión de un derecho fundamental debe llevar a profundas reelaboraciones por parte de la jurisprudencia, no sólo en el ámbito social sino también constitucional, que sólo en parte se han realizado. En este sentido, de un lado, parece claro que es incompatible con esta nueva comprensión del daño a la persona la doctrina constitucional que, pese a prohibir una tutela sólo simbólica del derecho, no incluye indemnización, por ser contrario a la tradición del TCO. Una regla hoy obsoleta, amén de inconsecuente, que ya nos ha valido condenas por la justicia internacional –STEDH, de 19 de febrero de 2013, Asunto García Montero contra España (condena a pagar 16.000 euros por los daños que derivan de no recibir adecuada respuesta judicial a su pretensión de conciliar su trabajo con el cuidado de un hijo menor de 6 años, reduciendo su jornada sin ajustarse al parámetro diario–. Pero también, de otro lado, las aún persistentes dudas sobre el carácter automático o potestativo de la indemnización por daños a la persona del trabajador –no a su esfera profesional o patrimonial, que aquí no analizamos–. Al respecto, se debe recordar que hay una opción legislativa diferente según se trate del orden civil, donde se presume el daño, incluido el perjuicio moral, con la sola verificación de la lesión del derecho a la personalidad de rango fundamental, como se ha indicado más arriba –artículo 9.3 LO 1/1982–, o del orden contencioso-administrativo. Una vez más, en este orden aparece la singularidad

peyorativa para el ciudadano del sistema de responsabilidad administrativo, de modo que, en él, la protección judicial incluye la indemnización por daños y perjuicios morales, como es natural, pero no es automática, sino estrictamente potestativa –arts. 114.2 y 31.2 LRJCA: “también podrá pretender... cuando proceda”-. No obstante, al orden social, y pese a las deficiencias legislativas y resistencias judiciales, le es predicable la regla común o civil.

Esta conclusión no sólo emerge, respecto del daño moral, en el referido art. 183.2 LRJS, sino que se confirma en el art. 139.1 a) LRJS. Este precepto expresaría directamente tal cambio de modelo indemnizatorio-resarcitorio socio-laboral, en sentido evolutivo y abierto.

Este precepto procesal prevé una indemnización de daños siempre que se perturbe injustificadamente el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, no sólo por la mujer sino también por el varón con responsabilidades familiares –STCO 26/2011-. No ignoro las resistencias que sigue también evidenciándose en la práctica judicial al respecto, quizás también por las debilidades de las demandas al respecto³. Pero hay que dejar bien claro que tal doctrina judicial parte de una jurisprudencia sobre prueba y cuantificación de los daños a la persona hoy en vía de radical superación, como aquí se quiere evidenciar. El tema es muy importante en la práctica, porque la reforma laboral está ocasionando ya un crecimiento significativo de las vulneraciones del mismo, como evidencia la multiplicación de casos en los Juzgados de lo Social, sin que accedan la mayoría ya ni a la suplicación ni a la unificación de doctrina, por no haber recurso, salvo el extraordinario de amparo, o en ámbitos de carácter internacional, como se ha indicado.

d) El régimen legal presupone la diferenciación, en la lesión de un derecho fundamental, entre ‘daños personales’ y ‘daños morales’.

Acabo de recordar cómo la LRJS establece un régimen de prueba diferenciado, al menos parcialmente, en orden a la prueba específica de los daños derivados de la lesión del derecho fundamental. De modo que presume unos, los morales, y facilita la prueba, pero sin una exención plena, de los demás, sin establecer baremos o criterios específicos al respecto –salvo la previsión, para los daños biológicos o a la sa-

lud derivados de los accidentes laborales de un Baremo específico, que no ha sido aprobado y que, no obstante, preveía la posibilidad de probar daños superiores (Disposición final quinta LRJS)–. Esto significa que el legislador ya no autoriza a incluir dentro de los morales (daño moral auto-referencial) a los demás daños, no ya patrimoniales, claro, que eso va de suyo, sino al resto de “daños personales” que puedan existir –los daños biológicos (corporales y psíquicos) y ‘daños existenciales’ o ‘relacionales’...-. También aquí el cambio de experiencia forense implícito es radical, porque sabido es que aún hoy existe aún un importante cuerpo de doctrina judicial que no diferencia adecuadamente, sobre todo en su cuantificación, entre los diferentes tipos de daños personales-relacionales (ejemplo STSJ País Vasco de 23 de febrero de 2010; STSJ Galicia 29 diciembre de 2003...). Esa diferenciación no es, pues, sólo conceptual, sino que tiene una relevancia práctica de primer orden, pues también diferentes deberán ser los criterios de valoración-cuantificación.

En tal dirección, es oportuno evidenciar que, en cierto modo, la rectificación operada, respecto de la valoración del daño moral en sentido estricto, por la STS 24 de junio de 2014, profundizará la jurisprudencia que, respecto de la indemnización por accidente de trabajo, corrigió, desde 2007, la práctica judicial precedente, exigiendo una desagregación de los conceptos a resarcir para operar el mecanismo de la compensación de indemnizaciones. Una correcta metodología que, paradójicamente, ha quedado relegada cuando en juego está otro tipo de daños personales. Precisamente, la STSJPV de 11 de noviembre de 2014 ilustra bien ese viraje de una parte relevante de la doctrina judicial al respecto, de modo que diferenciará claramente la indemnización por daño biológico y daño moral.

e) La prohibición de fijar topes máximos apriorísticos a las indemnizaciones por daños a la persona protegidos por derechos fundamentales

A mi juicio, ha de interpretarse esos preceptos laborales especiales no sólo en relación a la norma civil comentada –inherencia del daño moral a toda lesión de derechos subjetivos de la personalidad, donde el vínculo íntimo con la dignidad de la persona del trabajador es mucho más radical–, sino también, y sobre todo, con las normas más recientes relativas a la reparación indemnizatoria de conductas especialmente reprobables socialmente. De ahí, que en tal caso, junto al evidenciado régimen de flexibilización

³ Por ejemplo, SSTSJ Andalucía, 13 de julio de 2011, o Madrid, de 15 de octubre de 2012.

de la prueba evidenciado, aparezca la quiebra de una regla mucho más tradicional en el proceso civil, el principio rogatorio típico del sistema de responsabilidad civil por daños (“para que haya indemnización, la tiene que pedir en la demanda”, dicen los jueces una y otra vez para justificar sus deficiencias en esta materia, que, hay que decirlo, se suman a la de los/as abogados/as); pero también el relativo a la posibilidad de topar las indemnizaciones en tales casos, como, en última instancia, supone la existencia de un Baremo –como el previsto para los accidentes de tráfico o en el marco de la regulación vial-. A mi juicio, no sirven para alcanzar esta conclusión sólo las referencias a la jurisprudencia del TJCE, como se dijo, sino las recientes leyes de trasposición de la regulación antidiscriminatoria, como es el caso, para las personas con discapacidad, del art. 75.2 RDL Legislativo 1/2013. A su tenor:

“La indemnización... a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado «a priori». La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión”.

Queda claro que no pueden existir diferencias de protección en atención al tipo de derecho fundamental de que se trate, mucho menos al orden judicial en que se ejerza un mismo derecho. Por tanto, sea el legislador sea, sobre todo, la jurisprudencia deberían hacer un esfuerzo de racionalización y coherencia normativas, uniformando el tratamiento del régimen indemnizatorio en este doble sentido: la automaticidad de la indemnización por daño moral, de un lado, y la prohibición de tasar cualesquiera daño personal derivado de la lesión del derecho fundamental, que no se agota en el daño moral, de otro. La referencia a la citada disposición final quinta de la LRJS que, recogiendo la jurisprudencia social al respecto, deja bien clara esa prohibición de tasación de los daños personales lesivos de tal tipo de derechos de máximo rango fundamental. A mi entender, se trata aquí de un enorme y abierto ‘oasis’ (LOUSADA AROCHENA, J.F., 2012, p. 16), frente a la degradación tan intensa de los derechos en el contexto de crisis económica y reformas de devaluación de los mismos. De todo ello debería tomar buena nota la doctrina judicial, y la jurisprudencia, para llevar a sus últimas consecuencias esa revisión legislativa que se acaba de sintetizar.

Al respecto, son muchas las rectificaciones de rumbo que se han producido, tal y como se

han indicado más arriba. Otras, en cambio, precisan mucha mayor intensidad y claridad. Una vez mencionada ya la relativa a la asunción plena de la compatibilidad de indemnizaciones por daños –asumiendo esa regla general de favor hacia la protección adicional compensatoria por daños personales–, vamos a destacar ahora tres especialmente relevantes para nuestra argumentación. A saber:

a) Los daños actualizados a la salud por incumplimientos de normas preventivas tienen como referente el derecho a la integridad de la persona, por lo que todo daño a la salud del trabajador derivado de aquel incumplimiento pone en juego, de una manera potencial o efectiva, ese derecho fundamental –SSTCO 62/2007 (integridad física) y 160/2007, de 2 de julio (integridad psíquica)–.

Es muy bien conocida la doctrina constitucional que rechaza, so pena de “banalizar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 15 CE, que todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental”, pero no es menos cierta aquella doctrina constitucional que considera lesionado el derecho cuando no se lleva a cabo una actividad suficientemente diligente para impedir un riesgo constatable y de producción razonablemente cierta de no realizar tal actividad preventiva. La previsibilidad del riesgo de actualización en un daño a la salud es un factor decisivo para esa referida conexión con el derecho a la integridad personal.

b) La flexibilización de la carga probatoria del daño personal, aproximándose de manera progresiva, aún sin llegar, a la doctrina del daño presunto o automático (STS, 4, de 8 de julio de 2014).

La doctrina constitucional –STCO 247/2006– no desautorizó la doctrina jurisprudencial que, rectificando una posición anterior, y mucho más correcta a mi juicio, exigía algún tipo de prueba de producción del daño moral y de criterio para su cuantificación, pese a constatar la lesión del derecho fundamental, incluso de la personalidad, cuya inherencia del daño moral es un presupuesto no sólo conceptual sino legal –en el orden civil-. Pero sí puso distancia con ella, al exigir únicamente que constasen hechos probados de los que pudiera derivarse indicación de daños y perjuicios asociados a la lesión y alguna ‘base de cálculo’ de su cuantía. Quedaba bien claro, como se dijo, que la nueva regulación legislativa urgía a una nueva rectificación,

para volver a la doctrina originaria, la correcta conceptual y hoy normativamente, pero no fue así inicialmente, manteniéndose la doctrina precedente con la flexibilización establecida por el TCO. La doctrina judicial siguió con ese anacronismo -SSTTSSJ Andalucía/Granada, 1825/2011, de 13 de julio, Cataluña 1354/2012, de 20 de febrero-. Pues bien, en fechas reciente es muy apreciable una evolución en la jurisprudencia de unificación al respecto, que comienza a ser mucho más sensible al nuevo mandato legal. En este sentido, si la STS, 4ª, de 5 de febrero de 2013, RCU 89/2012, se mantiene todavía muy apegada a la precedente, afirmando que *“el daño moral debe ser alegado por el demandante, precisado su alcance y, en su caso, acreditado en el proceso... doctrina no... afectada por la STC 247/2006 (que)... otorga plena validez a la matizada doctrina de esta Sala sobre el tema que nos ocupa”* -FJ Tercero in fine y Cuarto ab initio-, la STS, 4ª, de 8 de julio de 2014, RCU 282/2013, aplicando -con el mismo ponente- ya de una forma más inmediata el art. 183.2 LRJS asume que esta norma ‘obliga’ al Juez, “cuando declare la vulneración del derecho fundamental, a pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, en concreto sobre el... daño moral, “determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa” -FJ Tercero-. Aunque esta evolución es apreciable, no queda claro el criterio de la automaticidad del daño moral, cuya presunción está afirmada legalmente, como se dijo, y es de coherencia.

- c) La rectificación del criterio valorativo del daño moral en situaciones donde concurren daños biológicos (corporales y/o psíquicos) y, por tanto, podría aplicarse el ‘Baremo’ de accidentes de circulación vial -STS, 4, de 23 de Junio de 2014-.

La manifiesta presunción legislativa del daño moral, junto a la no menos constatable flexibilización de la carga probatoria de los demás daños personales asociados a la vulneración de un derecho fundamental de la persona, no zanján el problema de la cuantificación concreta o precisa de los mismos. En este sentido, si es igualmente evidente que los daños morales son de determinación difícil o costosa por definición, por sí mismos o de suyo, no menos cierto es que tampoco resulta fácil fijar los daños personales adicionales -biológicos, existenciales...-, por cuanto no existe ningún Baremo específico para su fijación, a diferencia de lo que resulta para la siniestralidad vial y pese a lo previsto en la LRJS. Ante este ‘silencio legislativo’ -que no queda claro sea un ‘silencio

elocuente’ (en el orden social no puede haber baremos a los que atribuir carácter obligatorio, por la prohibición de tasar las indemnizaciones a daños tutelados por derechos fundamentales) o una auténtica ‘laguna legal’ (el orden social admite y necesita, como el civil, un Baremo objetivado y ponderado, que atienda a la especificidad de su ámbito de relaciones contractuales), siendo yo más partidario de lo primero que de lo segundo, pese a sus inconvenientes para la seguridad jurídica y la igualdad de trato, como veremos-, se viene utilizando en la práctica forense dos ‘baremos’ o ‘criterios valorativos objetivados’ distintos.

De un lado, cuando media un ‘accidente de trabajo’ -o enfermedad asimilada a él-, se ha consolidado el recurso al ‘Baremo’ de accidentes de circulación vial -que figura como Anexo al TR de la LRCSCVM-, si bien sólo de forma facultativa para el juzgador y orientadora, de modo que puede apartarse de él, total o parcialmente, siempre que lo razone suficientemente. Tal es su poder de influencia, incluso seducción jurisdiccional, que ciertas doctrinas judiciales asumen su eficacia incluso aunque no hubiese sido invocado por el demandante, incluso aunque éste hubiera elegido otro diferente, pidiendo que se excluya tal Baremo -STSJPV de 27.05.2014, Rec. 875/14, sobre la base del carácter no facultativo sino obligatorio de fijar la indemnización, eso sí, “una vez acreditado el daño y las circunstancias del mismo” (rechaza la referida doctrina de la presunción del daño moral y/ flexibilización del daño personal)-. Así se refleja en la citada STS, 4ª, de 23 de junio de 2014 -RCU 1257/13-, que sintetiza la doctrina de la Sala que, aquí sí, mantiene, sin perjuicio de la rectificación concreta a la que aludiremos de inmediato.

De otro lado, se ha consolidado en la jurisprudencia social también el recurso a otro criterio muy diferente para cuantificar los daños morales asociados a la lesión de derechos de carácter fundamental, medien o no otros daños personales. Se trata del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del orden social -TRLISOS-, norma específica socio-laboral, sí, pero de estricta significación punitivo-administrativa. Este criterio valorativo objetivo también fue avalado por la STCO 247/2006, habiéndose reafirmado por la citada STS, 4ª, de 8 de julio de 2014. Consciente la Sala de los problemas que podría plantear este uso indemnizatorio de una norma sancionadora, que puede haberse activado igualmente en la situación concreta, deja bien claro que se trata, una vez más, de un uso sólo orientativo o estimativo, no, claro es, de una aplicación directa. Se evidencia, en

todo caso, y al margen de lo muy discutible que resulta este criterio en el plano técnico-jurídico, esa dimensión preventivo-punitiva que asume la indemnización por daño moral laboral en particular, y la indemnización por vulneración de un derecho fundamental en general.

En este contexto de parcial pugna entre un criterio –claramente civil y orientado sobre todo por un principio jurídico de limitación de la responsabilidad (función económica)- u otro –netamente social y orientado básicamente por un principio de sanción del incumplimiento, al margen del daño (función punitiva)- de valoración del daño moral laboral, la Sala Social ratifica su mayor adherencia al primero, cuando concurren ambos tipos de daños personales –corporal o biológico y moral-, pero corrigiendo su aplicación, para garantizar un plus indemnizatorio. De ahí que la STS de 23 de junio de 2014 rectifique el criterio anterior, llevándonos a entender que el factor corrector de la Tabla IV (‘incapacidad permanente para la ocupación habitual’) exclusivamente atiende al daño moral que supone –tratándose de un trabajador- la propia situación de IP, por lo que la indemnización que en tal apartado se fija ha de destinarse íntegramente –en la cuantía que el Tribunal determine, de entre el máximo y mínimo que al efecto se establece en ese apartado el Baremo- a reparar el indicado daño moral (...)”. Por lo tanto, se corrige la doctrina presente de la ‘doble imputación’ a lucro cesante y a daño moral del factor corrector de la Tabla IV del citado Baremo.

Al margen de la valoración que se tenga –la mía es favorable- sobre la corrección técnica de esta doctrina, discutida en el seno mismo de la Sala al contar con un fundado voto particular muy crítico, aunque creo que excesivamente apegado a una superada dogmática civilista, lo que me importa reseñar es que en el fondo de la nueva doctrina jurisprudencial late esa evolución profunda que estoy aquí evidenciando. Tiene, por tanto, una clara finalidad, una vertiente de política judicial del Derecho Social de Daños, que considera ya necesario, incluso urgente, superar las limitaciones tradicionales de los sistemas propios de las indemnizaciones tasadas –laborales y de seguridad social-, para abrirse a sistemas en los que la indemnización refleje adecuadamente una doble singularidad de las relaciones de trabajo, la naturaleza del derecho lesionado –que es fundamental- y el plus de reproche social que debe derivar de su lesión por incumplimientos preventivos. Por eso, se reformula el sentido de los preceptos, y de su propia jurisprudencia, para alcanzar “*el satisfactorio resarcimiento de los da-*

ños producidos por los accidentes de trabajo en cuya producción el empleador no haya actuado con la diligencia laboralmente exigible” –FJ Noveno, apartado 2, in fine-.

3. La ley del Péndulo: ¿Del “miserabilismo indemnizador” a la “excesiva e incierta onerosidad” para el empleador?

Sin perjuicio del análisis más pormenorizado técnicamente que merece esta doctrina, cuya corrección sustancial no puede hacer ocultar algunas confusiones y ambigüedades que en ella se hallan, algunas bien evidenciadas por el voto particular, otras no, interesa en este estudio más el sentido y alcance global y de futuro que, para un moderno, abierto y coherente Derecho Social de Daños a la persona del trabajador –sin perjuicio de su eventual proyección, matizada, a los daños a la persona del empleador-. En efecto, en la omnipresente tensión entre los valores de ‘seguridad jurídica’ y ‘justicia social’, la mayoría de la Sala Social ha optado claramente por el segundo. Lo advierte expresamente la mayoría de la Sala Social, por cuanto una vez recordado que el uso –facultativo y orientador- que hace de un Baremo que no le es propio, de inmediato recuerda que exige corrección para asegurar la reparación íntegra.

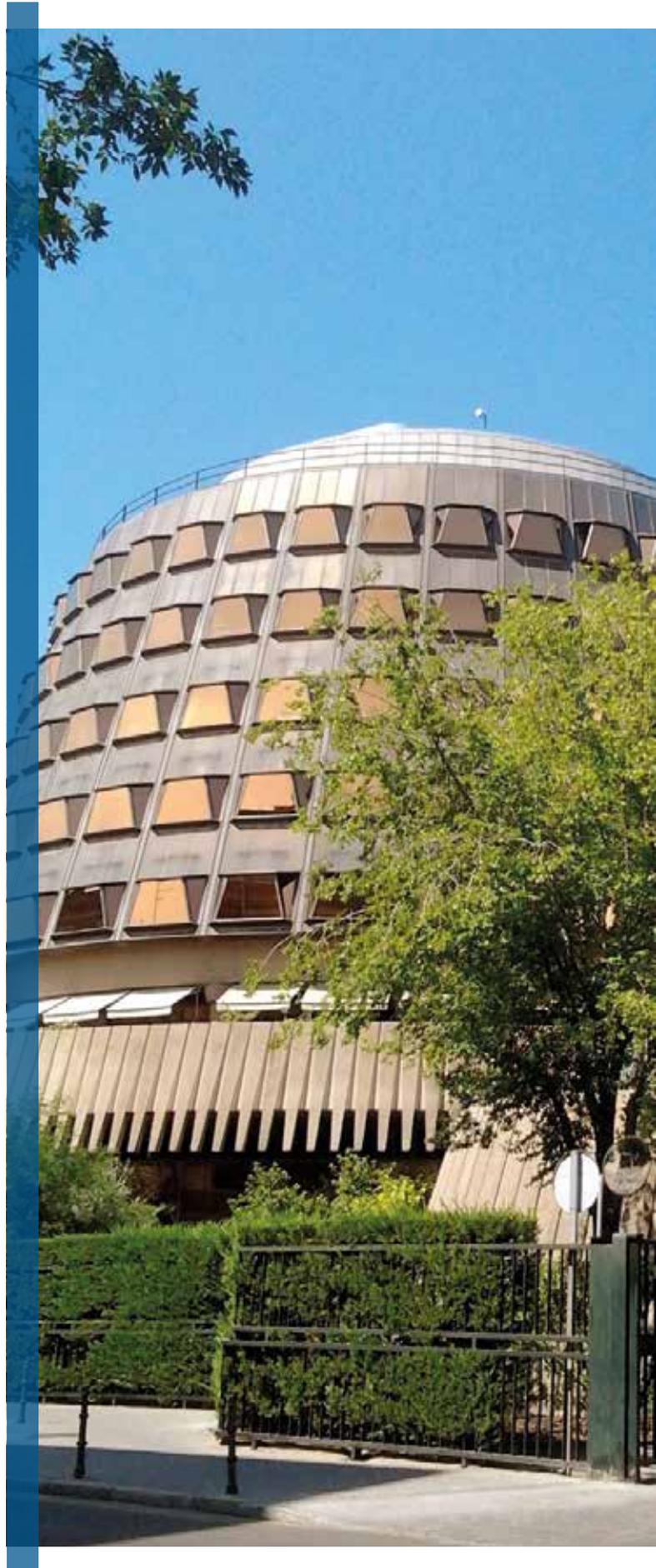
La justificación de la diferencia con la Sala Civil sería, pues, sólo técnica o formal, pero no de principio jurídico orientador, porque en ambos casos se buscaría un ‘incremento de la indemnización’ –FJ Noveno, punto 3, *ab initio*-. Con la anterior doctrina, se produciría el efecto práctico no deseado de la reducción del montante indemnizatorio o resarcitorio, dado el doble efecto de descuento de las prestaciones de Seguridad Social correspondientes, que no estaría presente en el sistema civil de indemnización, que permanece por completo al margen de ellas y no procede a descuento alguno. En suma, en el fondo del cambio está el principio de favor hacia la indemnización adicional cuando en juego están daños a la persona del trabajador, y más si su producción se debe a la falta de la diligencia exigible al empleador para prevenirlo.

Precisamente, esta idea es la que inspira la nueva doctrina de suplicación del TSJPV que, en aplicación de esta rectificación jurisprudencial, ha considerado perfectamente lícito, como se dijo al inicio de este estudio, establecer una indemnización adicional por daño moral de 50.000 euros, pese a que a la trabajadora ya había percibido casi 160.000 euros por daños de carácter biológico –corporales y psíquicos-.

Pero, sobre todo, aunque la trabajadora había visto igualmente reconocido el recargo de prestaciones de la Seguridad Social ex art. 123 LGSS, cuyo montante ascenderá en torno a los 330.000 Euros –el 50% de las prestaciones que le corresponden por incapacidad permanente absoluta–. Como en este mismo número de la Revista hay un específico comentario de esta sentencia por el abogado que ha tenido el éxito de lograrla, pese a los matices diferenciales entre lo pretendido –pedido– y lo dado, aquí sólo me ocupa llamar la atención sobre lo que considero son sus tres principales debilidades y, en consecuencia, de la propia doctrina del TS a las que dice ligarse.

Primero, es manifiesta la inseguridad jurídica que genera un razonamiento de este tipo porque no establece un parámetro preciso para la fijación de ese monto adicional, que es de considerable alcance. Cierto, la doctrina de suplicación del TSJPV afirma que corresponde a la entidad o gravedad del daño sufrido, derivado de la omisión del deber preventivo por parte de la empresa a su situación durante un periodo prolongado. Pero ¿acaso no es misión típica del recargo de prestaciones, que se mantendrá durante toda su situación de pensionista, castigar o reprobar esa inactividad? Como es bien sabido, el recargo de prestaciones cumple análogo fin a la técnica de los ‘daños punitivos’ (punitive damages o exemplary damages), típica del *Common Law*, con lo que se garantizaría una función eminentemente preventivo-disuasoria de la indemnización, aunque con un tope o límite máximo –entre el 30 y el 50%–. Según la jurisprudencia consolidada, aunque nunca clara, con vaivenes interpretativos, no es posible descontar el recargo, atribuido al trabajador, pues tendría naturaleza sancionadora. Ahora bien, si se ha rectificado la jurisprudencia, a fin de que quede clara esa dimensión adicional de la indemnización del “dolor moral”, y se ha atribuido normativamente una función preventivo-disuasoria a la misma ¿no exige rectificar la tesis de la compatibilidad entre la indemnización civil de daños y la sanción social pecuniaria, privadamente apropiada por mandato legal a favor de quien sufre el daño, cuando las dos concurren para la ‘justicia del caso’ concreto?

Segundo, y en conexión con esta crítica, de no hacerlo así, para las situaciones en las que proceda también el recargo de prestaciones, que satisface la función preventiva inherente a este tipo de indemnizaciones, se produciría una excesiva onerosidad para el empleador. No es necesario traer a colación el límite propio del





Derecho Punitivo *-ne bis in ídem-*, sino el civil y racional de la no reparación de la misma situación dos veces. Quiebra, así, la eficiencia.

Tercero, una situación jurídica hoy tan caótica e irracional, formada por datos legales y doctrinas jurisprudenciales yuxtapuestas en estratos o en aluvión, procedentes de épocas históricas y contextos -socio-económicos, normativos y culturales- tan diversos, y opuestos, está llevando a aplicaciones muy desiguales a la hora de valorar el daño moral laboral. Con lo que, de este modo, no sólo sufriría la prohibición de desigualdad de trato en la aplicación de la Ley ex arts. 14 y 24 CE sino la propia justicia social. La nueva línea jurisprudencial, en la actual proyección por la doctrina judicial, está llevando a incrementos muy sustanciosos o jugosos del resarcimiento. Este auténtico laboratorio jurídico de modernización-innovación en materia de responsabilidad por daños a la persona del trabajador, en especial si se dan no sólo los daños morales sino también los daños biológicos, ya tiene otras experiencias confirmatorias -ej.: SJS 332/2014, de 25 de junio de 2014, del Juzgado de lo Social n. 4 de Santander, que condena 134.000 euros-. Pero otras muchas sentencias evidencian una extremada diferencia, que va más allá de la razonable lógica de los hechos diferenciales en cada caso. Para poner ejemplos, bastarán con aludir a uno anterior al cambio de doctrina jurisprudencial y otro coetáneo.

En el primero caso, el TSJ Valencia determinará, sin mayor precisión ni criterio alguno cuantitativo, ni atención básica a la existencia de una reprobable discriminación por razón de sexo/género, que 5000 euros es una “indemnización razonable y equitativa”:

“... ante un supuesto de acoso laboral sufrido por la actora en relación con los intentos frustrados de ser madre y de seguir intentándolo, habiendo quedado explicada en la demanda, constatada en la sentencia de instancia y confirmada por este Tribunal, la conducta infractora de los derechos fundamentales vulnerados, dignidad e integridad psíquica... Por ello, hemos de indicar que si bien la demandante no razona la petición de la suma de 20.000 euros, el criterio del juez de instancia de fijar la indemnización en 5000 euros, visto el conjunto de circunstancias concurrentes y el manifiesto daño moral causado por un comportamiento mantenido y sistemático como el más arriba relatado, se nos aparece como razonable y equitativo...” -STSJ Comunidad Valenciana, n. 3143/2010, de 16 noviembre, FJ 4-

Más recientemente, encontramos decisiones que muestran la débil frontera que hay entre el recurso al clásico criterio del 'prudente arbitrio judicial' y la 'arbitrariedad judicial'. Así, la STSJ Castilla-León, Sala Contencioso-Administrativa, n. 2299/14, de 14 de noviembre, recurso n. 1684/11, pese a que constata una clara situación de acoso moral en el trabajo, dilatado en el tiempo y con diversas manifestaciones, con efectos negativos en la salud del trabajador -funcionario de carrera-, considera que:

"... aun así, no se deduce que el trastorno adaptativo vinculado, al menos en parte, a su anómalo aislamiento haya alcanzado singular intensidad o gravedad -consta su evolución favorable-... circunstancias que nos llevan a fijar... una indemnización por los daños morales, físicos y psíquicos padecidos por el actor en la suma global y estimativa de 18.500 Euros".

La demanda había solicitado 90.000 euros. Pero lo preocupante, sin dejar de reconocer la enorme diversidad de situaciones que pueden darse en este tipo de supuestos, que deben tenerse muy en cuenta para fijar la concreta indemnización es que:

- a) El Tribunal sentenciador prescinde por completo del bien jurídico protegido, de modo que considera de poca "gravedad" una situación que califica expresamente vejatoria, incluso evidencia "una intencionalidad vejatoria..."
- b) Fija una cantidad a tanto alzado, sin diferenciar los conceptos de daños biológicos -físicos y psíquicos- y los propiamente morales
- c) Ni una mínima referencia a la función disuasoria o preventiva de estas situaciones, pese a constatar expresamente que "la descrita situación, conocida por la Administración sanitaria de la que el Gerente forma parte, sin que pese a ello se adoptaran medidas eficaces tendentes a ponerla fin, desembocó en un padecimiento diagnosticado como trastorno adaptativo en el contexto de stress laboral" -FJ Quinto-.

¿Qué pasaría si ese mismo funcionario se hubiera dirigido, como puede desde la LRJS⁴ al

⁴ La doctrina de suplicación no es pacífica. En diversos casos en los que el funcionario había elegido la vía del proceso especial de tutela de derechos fundamentales, las diversas Salas de los TTSSJ se muestran discordantes a la hora de entender la nueva formulación de la LRJS. Así, a favor de la competencia social se sitúa la STSJ Castilla-León/Burgos, n. 296/2014, de 14 de mayo, en contra, la STSJ de las Islas Baleares, n. 172/2014, de 14 de mayo.

orden social? No nos quedemos sólo en hipótesis doctrinales, y sigamos profundizando en la práctica del foro para evidenciar cómo los peores temores se cumplen. En efecto, en una situación análoga de práctica administrativa de trato vejatorio con cierta permanencia en el tiempo y efectos de estrés laboral, también mediante la creación de un ambiente denigrante para un funcionario de carrera, la SJS n. 8 de Bilbao, n. 323/2014, de 20 de noviembre de 2014, considera que la indemnización procedente es de 63.669 euros, a raíz del incumplimiento de la normativa preventiva. En el caso, la demanda pretendía 200.000 euros, distinguiendo:

- a) daños biológicos -físicos y psíquicos-, para los que el actor solicitaba 80.000 euros de indemnización. Esta cantidad debía reparar el daño de pérdida de la salud, aplicando el Baremo de valoración de los daños y perjuicios personales causados en accidente de tráfico, a razón de 59 euros día -con un total de 1.090 días- y añadiendo el factor de corrección del 40% por tener el actor un salario elevado
- b) daños morales, para los que se solicitaba 120.000 euros, atribuibles al sufrimiento de carácter personal y existencial -en sus relaciones de todo tipo- durante toda la IT. En el caso se diferenciaban diferentes daños morales que el juez, sin embargo, no aprecia, a diferencia de lo sucedido en la STSPJV de 11 de noviembre de 2014, lo que hará, con toda probabilidad, que, ya recurrida, sea casada la decisión

Al margen de esas deficiencias técnicas, y de las diferencias circunstanciales existentes en cada caso, desde luego, y de la mayor o menor corrección de la evaluación hecha y reclamada, queda claro que el actual sistema regulador de la responsabilidad por daños a la persona del trabajador -sea funcionario o laboral- está plagado de diferenciaciones de trato y aplicativas. Con ellas no sólo se dificultaría, sobre manera, su funcionamiento en términos coherentes, con los problemas de arbitrariedad judicial y de desigualdad asociados a la quiebra de este principio, sino que multiplica los factores de imprevisibilidad aplicativa de la norma. Ni el imperativo de la justicia social, que aquí clama por una comprensión del sistema normativo de responsabilidad por daños a la persona, puede realizarse a costa de la seguridad jurídica, como sucede cuando ni se desagregan de una forma adecuada todos los conceptos o daños resarcibles -daños patrimoniales (lucro cesante y lucro emergente), daños personales (daños

biológicos, moral y existenciales), ni se fijan de manera precisa los criterios de valoración ni las funciones que cumple cada resarcimiento, ni tampoco la seguridad jurídica puede conseguirse apegándose a la tradición, ni legal ni jurisprudencial-.

4. Reflexión final: La urgencia de una racionalización sistemática, por vía legal o jurisprudencial, del nuevo Derecho social de daños a la persona

Para no dilatar este trabajo, teórico y práctico al mismo tiempo, conviene concluir. Al respecto, parece claro ya que, por imperativo legal, la indemnización por daño moral laboral no sólo debe presumirse cuando se lesiona un derecho fundamental, sino que debe tener una dimensión adicional a la puramente reparadora. No se trata de una opción doctrinal, sino legal, por lo que el juez debe atender debidamente tanto a su clarificación técnica como a la mayor efectividad práctica.

De ahí, pues, su novedad y singularidad, tanto en su concepción –función preventiva– como en su cuantificación –facilidad probatoria y arbitrio razonado por el juez–, sin limitarse a aplicaciones automáticas de Baremos de ninguna clase –prohibición de limitar las cantidades o indemnizaciones correspondientes–. Naturalmente, como toda opción legislativa, para que se convierta en Derecho real o efectivamente aplicable socialmente, precisa de su comprensión jurisprudencial. No se puede confundir la ausencia de automaticidad en la traducción económica o cálculo con que sea puramente subjetiva la fijación de la indemnización, porque, además de la diferenciación de conceptos indemnizables como daños personales, también hay que atender a las funciones, básica y complementaria, de la responsabilidad de este tipo. Debe estar bien presente el juicio de reproche social que merece la transgresión, la satisfacción efectiva de los daños a través de la indemnización –STS 23 de junio de 2014– y el carácter ejemplarizante de la indemnización para prevenir futuras lesiones, del mismo o de otros. Y eso debe llevar a una pormenorización de todas y cada una de las circunstancias –subjetivas y objetivas– que existan o concurren, incluyendo la intencionalidad, la gravedad, el contexto familia)... Cada una de esas circunstancias –de hecho y de derecho– llevarán a identificar muy diversos daños, dada la extremada complejidad que hoy presenta estructuralmente esta figura y más si se trata de daños a la persona protegidos por derechos fundamentales, que lejos de valorarse globalmente deben desagregarse convenientemente,

fijando parámetros de cálculo también diferentes y evidenciando el cumplimiento de funciones también diversas, al menos parcialmente.

Sin duda, de este cambio tan profundo es perfectamente consciente, en aplicación de la rectificación jurisprudencial aludida –que tiene sus virtudes, pero también sus deficiencias, no se olvide, como le reprocha el voto particular; aunque, a su vez, este también incurre en algunas contradicciones y obsolescencias–, la STSJPV de 11 de noviembre de 2014. Intuye que hay un diverso daño moral que no puede ser adecuadamente reparado-compensado con el uso clásico del Baremo, y por ello se aleja de él y fija una indemnización adicional. Ahora bien, para ello, no repara suficientemente en que debe explicar que se trata de un daño moral muy diferente al que incluye el Baremo, dada esa doble dimensión culposa y preventiva que tiene la indemnización de daños a derechos fundamentales y que no puede recoger, por definición, el Baremo de circulación vial. Como tampoco repara en que la función disuasoria asignada a esta responsabilidad adicionalmente, como función normativa se insiste, no como opción teórica o doctrinal, ya ha sido, en el caso concreto, cubierta, total o parcialmente, por una técnica de indemnización preventivo-ejemplarizante como es el recargo de prestaciones.

Ahora bien, no puede perderse de vista el sistema en su conjunto, de manera que es hora de poner un poco de orden en el actual marco normativo, fragmentario e incoherente, como se ha indicado. Al margen de la posición que se tenga en torno a la asunción o no en el Derecho Social de Daños a la persona de los daños ejemplarizantes –denominación más precisa a mi juicio que punitivos–, rechazada en el orden civil⁵, pero con claro reflejo legislativo en la rama social del Derecho –art. 123 LGSS–, es lo cierto que debe reflexionarse de manera mucho más profunda sobre esa dimensión preventivo-disuasoria atribuida por Ley a la técnica de responsabilidad por daños a la persona protegidos por sus derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de trabajo –cabría incluir, con importante modulaciones, también a la persona del empleador–. La evidente ‘re-civilización’ que supone este planteamiento para el Derecho Social de Daños, con sus efectos positivos de garantía –que compensan los negativos de de-

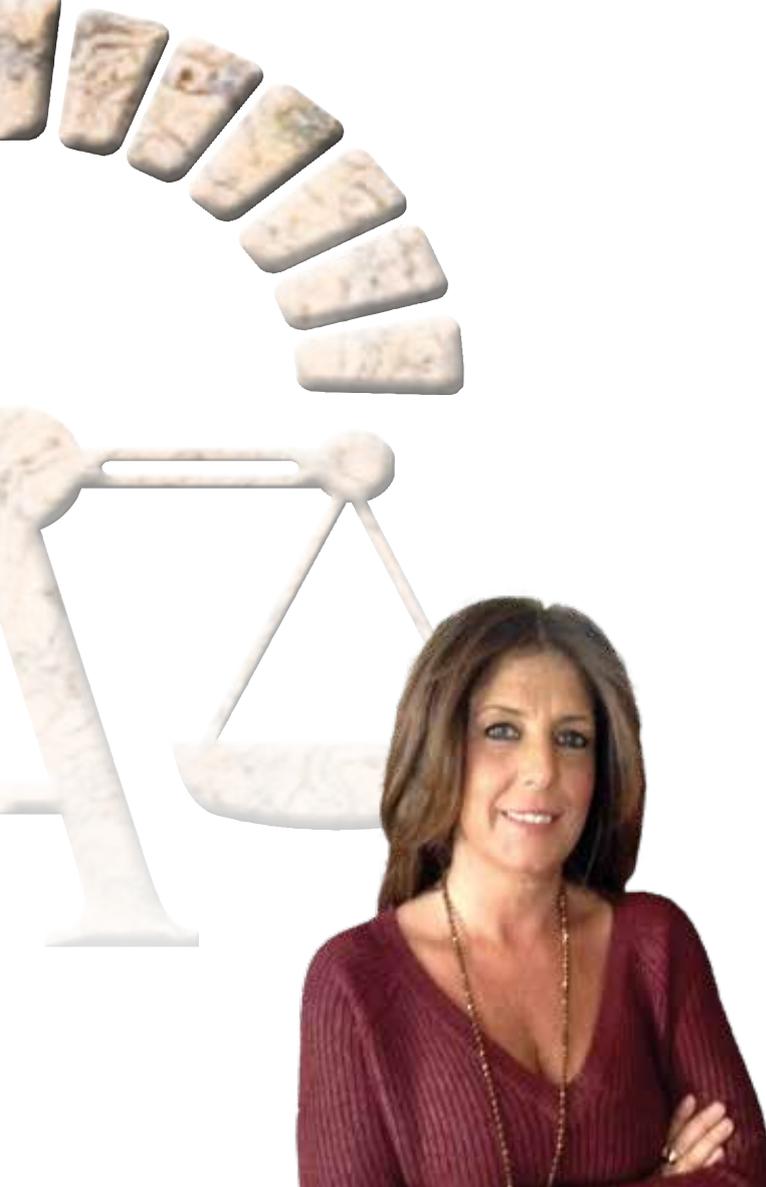
⁵ STSJ Murcia 478/2004 de 26 abril; Sentencia JPI Sevilla, 11 enero 2011. AC 2011\82; STS, CIVIL, núm. 6/2009 de 12 enero...

valuación de derechos básicos profesionales, al favorecer el poder empresarial bajo la excusa de revitalizar la autonomía privada-, poniendo de relieve una instrumentación más favorable al trabajador del moderno Derecho Civil, en contraposición al decimonónico, no ha de conllevar la ignorancia o relegación de la singularidad o especialidad de esta rama. Así lo expresa de manera precisa la STS 23 de junio de 2014, que supone la culminación, de un lado, y el impulso de un salto cualitativo, de otro, del proceso de revisión jurisprudencia en torno a la responsabilidad por daños a la persona.

Esta singularidad del Derecho Social de Daños no se escribe sólo desde la función de garantía de los derechos fundamentales de la persona, también desde la función transaccional, más típica de la norma social o laboral. Por eso, no es posible ignorar la existencia de otras vías de resarcimiento preventivo-reparador, como el recargo de prestaciones. Al contrario, debería promoverse una reconsideración de la vieja doctrina, so pena de incurrir no sólo en una mayor inseguridad indemnizatoria, sino también en agravios aplicativos intolerables jurídicamente. A los abogados concierne también, con astucia, en defensa de los derechos e intereses de sus defendidos -‘clientes’- pero con lealtad jurídica igualmente, hacer ver esta nueva situación. En suma, la nueva cultura de las indemnizaciones adicionales ya refleja el “conveniente efecto disuasorio... frente a posibles infracciones de derechos fundamentales de los trabajadores” (STS 20 de septiembre de 2007), por lo que hay que buscarle un adecuado encaje en el sistema normativo global, que incluye ese peculiar ejemplo nacional de indemnización preventiva y ejemplarizante que es el recargo de prestaciones. Esta pre-constitucional institución jurídica vuelve, por lo tanto, a adquirir actualidad, por su persistente modernidad.

Referencias bibliográficas

- ALAMEDA CASTILLO, M. T.** *‘Repensando el modelo de tutela resarcitoria en la vulneración de derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo’*. Revista de Derecho Social, n. 66, 2014
- AAVV.** *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2012.
- AAVV.** *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Ed. Springer. Viena. 2009.
- AAVV.** *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales*. Cinca. Madrid. 2013. Recoge las Ponencias presentadas al XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, mayo de 2013.
- CASAS PLANES, M. D.** *‘La función de la responsabilidad civil: especial referencia a la controvertida función penal: los punitive damages del Derecho anglosajón’*. Práctica Derecho de Daños, n. 29, 2005, pp. 5 y ss;
- CARDENAL CARRO, M.** *La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical*. Aranzadi. Navarra. 2006.
- DE ÁNGEL YAGUEZ, R.** *Daños punitivos*. Ed. Civitas. Madrid. 2012.
- DÍEZ PICAZO, L. M.** *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Ed. Civitas. Madrid. 1999
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.** *‘Prestaciones de la seguridad social e indemnizaciones por RC. ¿Proyección sobre los accidentes de circulación?’* Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, n 6, año 46. 2010
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.** *‘Accidentes laborales: Valoración del daño corporal’*. Revista Economist & Jurist, n. 103, 2009.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.** *La tutela de los derechos fundamentales de las libertades públicas en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social*. Ed. Bormarzo. Albacete. 2012. P.16.
- MARTÍN-CASALS, M.** *“Notas sobre la indemnización por daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”*. Centenario del CC. CEURA. Madrid. 1990. T. II. pp. 1264-1265-.
- MOLINA NAVARRETE, C.** *“La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización”*. Aranzadi Social, n. 18. 2002.
- PANTALEÓN PRIETO, F.** *‘La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en el derecho español’*. Estudios de Derecho Judicial. N. 37. 2001.
- SALVADOR CORDERCH, P-CASTIÑEIRA PALOU, M. T.** *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de Daños*. Marcial Pons. 1997
- SEMPERE NAVARRO, A. V.-SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.** *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2011.



Valoración del daño por fallecimiento: problemas de legitimación activa y perjudicados por el fallecimiento

Laura Gázquez Serrano

Profesora titular de Derecho Civil
Universidad de Granada

Sumario

- I. **Introducción: concepto de daño corporal**

- II. **La indemnización por causa de muerte y el problema de la valoración económica de la vida humana: sistemas indemnizatorios**

- III. **Problemas de legitimación activa**

- IV. **Perjudicados por el fallecimiento**

- V **Bibliografía básica recomendada**

I. Introducción: concepto de daño corporal

El tema de la cuantificación de daños de por sí es un tema problemático ya que involucra cuestiones que hacen a la justicia practica de todos los días, pero también revelan la presencia de criterios ocultos en la toma de decisiones y de cuestiones que manifiestan una ideología en temas filosóficos¹.

No todos los bienes dañados tienen un precio establecido en el mercado y eso es, probablemente, el principal problema que presenta el daño corporal. La Sentencia de 12 de mayo de 1990 de la Sala delo Civil del Tribunal Supremo, revisa el tema y enseña que la indemnización por causa de muerte se inserta en el área máxima de protección de los denominados «bienes de la personalidad», según la nomenclatura de los más autorizados de nuestros tratadistas de Derecho Civil. La cuestión –una de las más relevantes que el tema presenta– de fijar el valor de la vida humana ha sido siempre tormentosa y de aguda polémica².

Si bien existen normas abiertas o principios generales que deben aplicarse a los diferentes supuestos, en el fondo la cuestión de quién debe soportar el daño, cual es el límite de la reparación, cual es su extensión resarcible, quienes son los legitimados para reclamar y a quienes puede serle reclamado, son extremos de hecho que en cada caso debe determinar el juez de la causa en la mayoría de los supuestos dañosos, a menos que estemos en la previa determinación por el legislador. Supuesto de baremos como es

¹ La integridad psicofísica de las personas es un valor universalmente reconocido en el tiempo y en el espacio. El respeto del cuerpo en todas sus manifestaciones, espirituales, intelectuales, afectivas, artísticas, sensoriales, profesionales o materiales, es, en efecto, una de las raíces y uno de los principios ontológicos en la mayoría de las civilizaciones, por lo que cualquier ataque a esa integridad debe de ser reprimida por el Derecho, que a su vez, debe proclamar como un principio fundamental la inviolabilidad del cuerpo humano.

² El Derecho romano dio una respuesta negativa respecto al hombre libre, condensada en la máxima *nulla corporis aestimatio fieri potest* (Digesto, IX, I, III), lo que continuó, aunque no sin resistencias, en el pensamiento de la Glosa, que de manera simple (no tan ucrónica según se dirá) limitaba en todo caso el quantum indemnizatorio a los gastos de curación y por los trabajos que el difunto, según su oficio, había dejado de prestar a causa de su muerte. En el Derecho precodificado europeo la concepción romanista pervive, salvo en la práctica jurídico-canónica. Ya sobrevenida la Codificación, subsiste la concepción estrecha de los glosadores en el BGB alemán, que en sus párrafos 844 y 845 limita la indemnización a los gastos de sepelio, a los alimentos debidos o que el difunto hubiera podido estar obligado a prestar, y similares disposiciones contienen los Códigos civiles austríaco y suizo

el caso de ley de Ordenación y Supervisión del Seguro privado³.

Observando la situación en el derecho comparado sobre todo en el tema de los daños a las personas podemos decir sintéticamente que encontraremos frente a la cuestión de indemnizar y cuantificar daños los a) Sistemas de baremos, b) de apreciación judicial y c) la existencia de los fondos de compensación.

Por tanto, como se ha puesto de manifiesto en los países europeos existen enormes diferencias en lo que a la indemnización por causa de muerte y por daños o lesiones corporales se refiere. Así, países como Italia y Bélgica cuentan con las denominadas Tablas Indicativas, lógicamente no vinculantes. En Inglaterra podemos citar la denominada “Guía para la valoración de los daños generales en los casos de lesiones personales”, guía que se utiliza a modo orientativo. En Francia existe una lista de conceptos perjudiciales indemnizables, que fija qué conceptos son indemnizables, armonizando los perjuicios que deben de ser reparados. En Alemania existen Tablas privadas de daños morales que recopilan por tipos de lesiones las indemnizaciones concedidas por los tribunales con anterioridad⁴. Entre los países que utilizan sistemas de valoración legal o tasada, solo España tiene un sistema de baremo legal con efecto vinculante. Un baremo ha sido concebido tradicionalmente como una tabla o un cuadro que permite decidir de manera taxativa que a cierto tipo de lesiones le corresponde determinada indemnización. En Europa desde hace años se plantea el tema de la baremización de los daños corporales⁵. Ha sido definido como “un cuadro

³ No podemos olvidar que uno de los sectores en los que el progreso social ha requerido un giro decisivo en la forma de entender el Derecho común de la responsabilidad civil ha sido el de la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por la circulación de vehículos a motor. Un ámbito que en la actualidad se estructura fundamentalmente a partir de un principio de socialización del riesgo, lo que ha exigido una inevitable superación del modelo de responsabilidad subjetiva basado exclusivamente en la culpa, para incorporar otras fórmulas jurídicas, como la del aseguramiento obligatorio, la creación de fondos de garantía o la supervisión pública de ciertas actividades vinculadas con el sector, mucho más próximas en sus fines a los principios de responsabilidad compartida y solidaridad con los dañados que a la lógica inherente al principio clásico *neminem laedere*, inseparable de la noción de culpa o negligencia.

⁴ MARTIN CASALS, M. *Conceptos perjudiciales (heads of damages) en la indemnización por muerte y lesiones personales en Europa*. Indret 2013. Como afirma el autor existe además una enorme variedad en la indemnización de los daños morales.

⁵ Si bien, como se ha destacado, no es fácil conseguir una armonización en esta materia debido a diversas consecuen-

gradual establecido convencionalmente para evaluar los daños derivados de los accidentes”⁶.

A pesar de esta disparidad, un análisis de los diversos Ordenamientos jurídicos europeos ha puesto de manifiesto que la indemnización de los daños corporales es una necesidad ineludible en la mayoría de ellos. Que a pesar de no existir una disminución efectiva en el patrimonio de las víctimas, supone un consuelo en supuestos en que pueden sentirse más afectadas personalmente que en los de pérdidas directamente evaluables en dinero y que contribuye a reafirmar su dignidad⁷.

Todo este análisis previo no hace sino que confirmar que el derecho a la integridad física es el primero de todos los derechos de la personalidad y además, es condición del resto. El derecho a la vida es un derecho fundamental que ha sido afirmado por la Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950: el derecho de todas las personas a la vida está protegido por la Ley (artículo 2.1) y por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (artículo 3). Por su parte, el derecho a la integridad física y psíquica protege a las personas no solamente de las torturas, violencias y lesiones voluntarias, sino también de cualquier tipo de atentados involuntarios⁸.

Es decir, podemos afirmar que daño corporal es la consecuencia de toda agresión, exógena o endógena, sobre cualquier parte de la anatomía humana⁹ e implica por definición una lesión a un derecho de la personalidad, como

cias: en primer lugar, la Unión Europea carece de competencias en materia civil. En segundo lugar no todos los países de la Unión Europea perciben con la misma intensidad la necesidad de alcanzar un cierto grado de armonización de las legislaciones nacionales en esta materia. Cf. **MARTIN CASALS, M.** *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?* Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli- Lucas.

⁶ Cfr. **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.** La regulación de los daños en accidentes de circulación en España. www.asociacionabogadosrcs.org. Destaca el citado autor que las características de un baremo son: es general, está predeterminado y agota la valoración del daño que cuantifica.

⁷ Cf. **MARTIN CASALS, M.** *Una primera aproximación a los “Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil”*. www.indret.com.

⁸ Derecho reconocido en nuestra propia Constitución donde se proclaman como derechos fundamentales el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y psíquica de la persona.

⁹ Cf. **GARCÍA BLÁZQUEZ PÉREZ, M.-GARCÍA BLÁZQUEZ PÉREZ, C.** *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*. Editorial Comares, Granada 2006. pp. 1 y ss.

es la vida o la salud, que puede ser tanto física como psíquica. Y precisamente el hecho de afectar a un bien de la personalidad, ser por tanto, una daño no patrimonial, hace que su medida y su reducción a términos económicos sea prácticamente imposible y su valoración en la práctica constituya un problema de una considerable gravedad, pues se trata de atribuir al dolor físico o psíquico sufrido por la víctima un precio económico. Es decir, nos encontramos ante el denominado, *pecunia doloris* o precio del dolor¹⁰.

La dificultad a la hora de establecer un concepto de daño corporal se agudiza por el hecho de hallarnos ante un daño que se manifiesta de diversas maneras, pues a pesar de causar una lesión a la integridad física o psíquica, en la mayoría de los casos trasciende de estas fronteras y originará una serie de gastos, encaminados a eliminar o aliviar las dolencias de dichas lesiones¹¹. Igualmente, y con independencia de esos gastos aparece la incapacidad, ya sea permanente o transitoria¹². Junto a estas manifestaciones podemos hablar de una tercera, que es la que se podría encuadrar en el ámbito de los daños morales, que son todos los sufrimientos psíquicos experimentados por la víctima como consecuencia del daño corporal sufrido, como serían el daño estético, o el perjuicio meramente moral, es decir, la pena o la tristeza. El daño corporal, por otra parte, puede ser radical o parcial, ya que puede consistir en la muerte, o en una lesión que se prolonga en el tiempo, que termina por curarse o que puede incluso no curarse. Es por ello que son tres las manifestaciones del daño corporal: la lesión temporal, la lesión permanente y la muerte.

La propia Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de los Vehículos a Motor de noviembre de 1995, al establecer las indemnizaciones por los daños causados a las personas estima la muerte, las lesiones permanentes, invalidantes o no y las incapacidades temporales. La citada Ley se modificó por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Segu-

¹⁰ Cf. **GÁZQUEZ SERRANO, L.** *La indemnización por causa de muerte*. Editorial Dikynson. Madrid. 2000. pp. 172 y ss.

¹¹ El daño corporal puede tener muy diversas manifestaciones tales como: anatómicas, funcionales, estéticas, morales, extracorpóreas. Cf. **GARCÍA BLÁZQUEZ PÉREZ, M.-GARCÍA BLÁZQUEZ PÉREZ, C.** *Nuevo manual de valoración...* ob. Cit. Pág. 2

¹² El RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social regula la invalidez y sus clases.

ro en la Circulación de Vehículos a Motor, que da cumplimiento al mandato conferido al Gobierno por la disposición final primera de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados¹³. Y Real Decreto legislativo que a su vez ha sido modificado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre¹⁴. Por tanto, nos encontramos ante un daño corporal, del que pueden derivar otros de naturaleza patrimonial o extramatrimonial, según el caso concreto, y todos ellos se tomarán en cuenta a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria.

¹³ Este Real Decreto Legislativo tiene por objeto la aprobación de un texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que da cumplimiento al mandato conferido al Gobierno para que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, elabore y apruebe un texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Es conveniente recordar una vez más las recientes modificaciones introducidas por la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre. El texto refundido debe de recoger las consecuencias que, sobre la aplicación de los factores de corrección sobre las indemnizaciones básicas por incapacidad temporal recogidas en la Tabla V del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, supuso la sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, que declaró su inconstitucionalidad en los supuestos en que la causa determinante del daño que se debe reparar sea la culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho decisivo.

¹⁴ Mediante esta Ley se modifica el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, a fin de incorporar al Derecho interno la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE del Consejo, y la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (quinta Directiva del seguro de automóviles). Asimismo, se efectúan otras modificaciones al objeto de avanzar en la regulación del seguro obligatorio de vehículos a motor, uno de los de mayor trascendencia del mercado español de seguros tanto en su vertiente social de protección a las víctimas de accidentes de circulación y a los asegurados, como en su dimensión económica, en continua expansión.

II. La indemnización por causa de muerte y el problema de la valoración económica de la vida humana: sistemas indemnizatorios

El afirmar que el derecho a la vida es un derecho de la personalidad, es algo que trasciende del marco meramente teórico, pues va a tener una serie de consecuencias jurídicas, siendo una de las más importantes la reacción del Ordenamiento Jurídico en el supuesto que se produzca una lesión o agresión al mismo. Es decir, dándose el caso de una agresión del derecho a la vida, se articularán una serie de mecanismos tendentes a evitar que el autor del daño quede impune, a la vez que se intentará, en la medida de lo posible, borrar el perjuicio causado.

Cualquiera que sea el sistema que se escoja en orden a la valoración de los daños corporales, se podrán invocar ventajas e inconvenientes, si bien tendremos que optar por aquel que pensemos, que, a pesar de sus inevitables defectos, pueda ser más útil a la hora de establecer la difícil valoración de la vida de una persona. Así, nos podremos preguntar si el establecer un sistema de indemnizaciones tasado, que sea vinculante para los órganos jurisdiccionales, servirá a estos de ayuda para la valoración de los daños personales, o si por el contrario será solamente un impedimento y un obstáculo al tradicional sistema de libre apreciación y discrecionalidad judicial.

Como en líneas anteriores hemos afirmado, los criterios adoptados han oscilado entre un sistema de libre apreciación judicial y un sistema de baremos con cantidades preestablecidas. El primero de ellos se basa en que el juez es soberano para declarar la procedencia de la indemnización y para fijar el *quantum* indemnizatorio. El juez no se halla sometido a previsión normativa alguna, sino que actuará con total discrecionalidad, examinando las circunstancias especiales de cada caso, discrecionalidad que en cualquier caso, impone un juicio de equidad¹⁵.

Esta amplia discrecionalidad judicial supone que el juzgador cuando valora el daño mediante la sentencia, no está sometido a ningún tipo de parámetro o baremo¹⁶. Es por tanto doctrina

¹⁵ Tal y como dispone el artículo 3.2 del Código Civil, equidad que además presupone que el juzgador ha de someterse a criterios de valoración razonables y que respeten el principio de proporcionalidad que evite la arbitrariedad, tal y como reza el artículo 9.3 de la Constitución española.

¹⁶ Aunque se mantenga la discrecionalidad, el juez deberá de motivar sus sentencias, exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 de la Constitución, lo que obliga al órgano jurisdiccional a descomponer las correspondientes par-

reiterada por el Tribunal Supremo, que el *quantum* de la indemnización por daños y perjuicios, es materia confiada exclusivamente a la discrecionalidad y prudente arbitrio de los Tribunales de instancia¹⁷. Se hace preciso recordar que este sistema de libre apreciación judicial está vigente en la indemnización de los daños corporales que se producen en ámbitos distintos de los derivados de la circulación de vehículos a motor¹⁸.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1997 declaró expresamente que “La cuantificación de los daños y perjuicios, cuando consistan en graves daños corporales o incluso la muerte, no se halla sujeta a previsión alguna normativa, sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional discrecionalmente... la función de calcular los daños indemnizables es atribuida expresamente por la doctrina jurisprudencial a los órganos judiciales, quienes lo llevarán a cabo caso por caso, valorando las probanzas unidas a las actuaciones, sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna, que por su carácter general no permite la individualización del caso concreto”.

El juez dispone de un amplio arbitrio para fijar el *quantum* indemnizatorio, arbitrio que se ve beneficiado por el hecho de que en nuestro Derecho no existen principios generales rectores de la indemnización de los daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación en que se manifiesta la responsabilidad civil comprende, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, sanciones bastantes en cada caso para lograr la indemnidad que es el único designio de la norma¹⁹. Deberá asegurarse que los perjuicios aparezcan determinados como ciertos y no atendiendo a hipotéticos y futuros perjuicios²⁰. Así en el acaso que los daños sean materiales o patrimoniales atenderá al resultado de la prueba. En el supuesto de daños inmateriales o morales, o incluso en aquellos supuestos de daños

tidas hasta llegar al montante final. Además es un derecho de los que intervienen en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24.1 de nuestro texto constitucional.

¹⁷ Cf. Entre otras sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1990 y 25 de marzo de 1991.

¹⁸ Si bien es por todos conocido la práctica de los tribunales de aplicar con carácter orientativo el “Baremo” en ámbitos ajenos a la responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación, por ejemplo en el caso de los daños producidos como consecuencia de los accidentes de trabajo.

¹⁹ Cf. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1987.

²⁰ Cf. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo y 26 de junio de 1985.

materiales de difícil cuantificación, como podría suceder con los daños futuros, el juez atenderá a la equidad y en cualquier caso establecerá razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamente la cuantía de los daños e indemnizaciones²¹.

Ahora bien, el hecho de esta libertad judicial y la falta de posibilidad de unificación por parte del Tribunal Supremo²², ha hecho que en la práctica, la valoración del daño físico o del daño moral no sea precisa y que además no existan criterios uniformes para su regulación. Esta falta de criterios uniformes dentro de las resoluciones judiciales ha provocado que ante circunstancias bastante análogas, sin embargo, las indemnizaciones concedidas hayan sido muy distintas.

Por tanto, las dificultades propiciadas por esta libre apreciación judicial del daño corporal, y ante la ausencia de principios generales rectores de la indemnización, puso de manifiesto la necesidad de dotar a los jueces de instrumentos objetivos y uniformes para la valoración pecuniaria de estos daños corporales, que ha conducido a la formulación de principios y baremos en diferentes ámbitos normativos.

El sistema legal de predeterminación y cuantificación de los daños personales ocasionados por el hecho circulatorio, no se ha introducido *ex novo* en nuestro Ordenamiento Jurídico a través de la Ley 30/1995, sino que con anterioridad se ensayaron otras fórmulas, que si bien no eran vinculantes para los jueces y tribunales, les ofrecían pautas para acometer la delicada tarea de valoración y cuantificación de los llamados daños corporales producidos por razón del tránsito de vehículos a motor. Así, por Resolución de la

²¹ El propio artículo 1902 del Código Civil al establecer de modo genérico y como única obligación la necesidad de reparar el daño causado, dada la amplitud de este concepto, otorga al juez la más amplia discrecionalidad a la hora de determinar la forma y la cuantía de la indemnización, de modo que este principio de absoluta libertad del juez para valorar los daños conforme a su prudente arbitrio, han hecho que los criterios utilizados por la jurisprudencia en materia de valoración de daños personales hayan sido muy variados, utilizándose como más frecuentes, el estado civil, la edad y demás circunstancias de la víctima.

²² Uno de los principios fundamentales en los que se basa nuestra jurisprudencia, es que la apreciación del daño, tanto en lo que se refiere a su existencia como en lo concerniente a la determinación del *quantum* indemnizatorio, es una cuestión de hecho reservada exclusivamente al discrecional criterio del Tribunal de Instancia y además no revisable en casación. Cf. Entre otras las siguientes sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo: 22 de abril de 1983, 27 de mayo de 1987, 30 de septiembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 19 de octubre de 1990 o 22 de mayo de 1995.

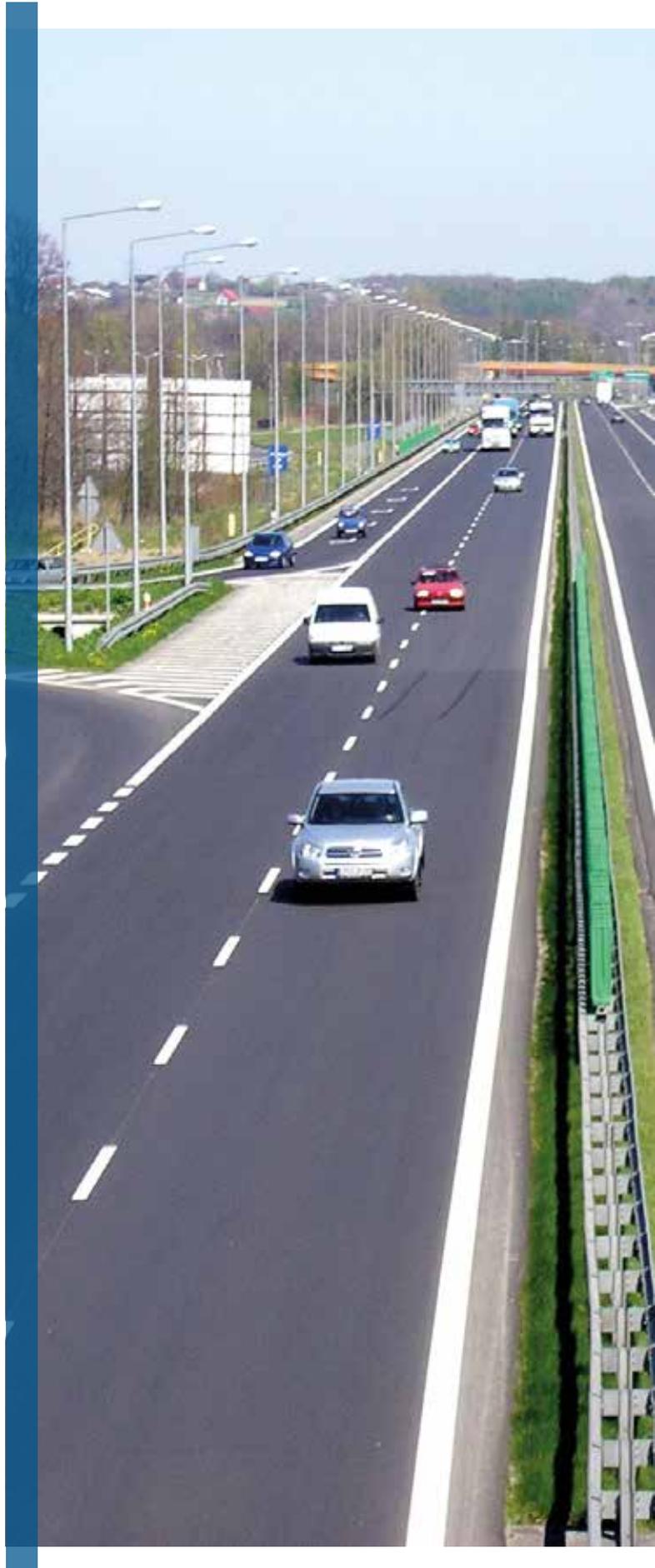
Dirección General de Seguros de 1 de junio de 1989 se aprobó un baremo orientativo para el cálculo de las indemnizaciones de los daños corporales y por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991²³, ante la necesidad de introducir un mecanismo de certeza considerable en un sector en el que existe una gran indeterminación, entró en vigor una más adecuada regulación que fue objeto de sucesivas modificaciones y actualizaciones²⁴. Si bien el sistema establecido por la citada Orden estaba pensado expresamente para los accidentes derivados de la circulación de vehículos a motor, sin embargo, los Tribunales también han hecho aplicación del mismo a situaciones ajenas al uso y circulación de los vehículos a motor²⁵.

La tendencia de establecer sistemas pre-establecidos para la cuantificación y valoración del daño corporal, es una necesidad sentida no solo en España sino en otros muchos países y

²³ A pesar del carácter orientativo y no vinculante de la Orden la realidad es que desde su publicación fue utilizada por muchos jueces y tribunales y hacen referencia a la misma en un gran número de sentencias, destacando además las ventajas propias del sistema. Fuero n por tanto muy numerosas las sentencias que rápidamente se hicieron eco de la utilidad práctica de dicho sistema y lo utilizaron en sus resoluciones: sentencias de AP de Santander de 17 de mayo de 1991 y 20 de mayo de ese mismo año, la de la AP de Vizcaya de 22 de septiembre de 1993 la de la AP de Gerona de 12 de abril de 1991, la de la AP de Oviedo de 15 de mayo de 1991. La mayor parte de las sentencia pone de manifiesto el valor orientativo que no vincula para nada a los Tribunales y así lo expresaron entre otras la sentencia de 27 de junio de 1991 del Juzgado de Instrucción número 2 de Lérida o la sentencia de 9 de julio de 1991 del Juzgado de Instrucción número 1 de Santiago de Compostela.

²⁴ A través de esta orden se puso de manifiesto las ventajas que presenta el establecer un sistema para la valoración de los daños personales, pues mediante unos criterios preestablecidos, se consigue un grado de certeza y de previsibilidad bastante considerable, dando a la vez cumplimiento al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española. De la misma forma se evitan desigualdades, pues con este proceder se estimula un trato análogo ante situaciones similares, de modo que se da debido cumplimiento del artículo 14 de la Constitución. Igualmente facilita los acuerdos extrajudiciales entre las partes, reduciéndose la litigiosidad a la vez que se agiliza el pago de las indemnizaciones.

²⁵ Actualmente la necesidad de baremos se reclama en ámbitos distintos de la circulación de vehículos a motor, así podemos mencionar también un proyecto de baremo específico en el ámbito sanitario, es decir, que fije las indemnizaciones que puedan corresponder por daños producidos como consecuencia de la actividad sanitaria, que tendrá además carácter vinculante. Creo que podemos preguntarnos qué sentido puede tener la existencia de baremos diferentes dependiendo de la actividad donde se desarrollen los daños, lo que podría llegar a situaciones en las que dependiendo del sector donde se produzca el daño tenga una valoración distinta, lo que podría llevar a plantearnos la posible vulneración del artículo 14 de la Constitución Española.





así, dentro del marco del Comité de Ministros del Consejo de Europa se publicó en 1975 una Resolución en la que se establecían unos principios relativos a la reparación de los daños causados como consecuencia de lesiones corporales y muerte y marca, sino reglas concretas, sí al menos unos principios orientativos relativos a la reparación de estos daños, principios que son simples recomendaciones para los Estados miembros pero que en ningún momento son vinculantes para los mismos²⁶.

La Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en su Disposición Adicional Octava, modificó la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, pasando a denominarla 'Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor', dando nueva redacción a su Título I sobre Ordenación Civil (artículos 1 al 8 inclusive), añadiendo una Disposición Adicional bajo la rúbrica 'Mora del asegurador' e incorporando a su texto, mediante un Anexo el llamado 'Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación'²⁷.

En la actualidad se considera necesario estudiar una posible revisión del sistema legal valorativo a fin de introducir, si procediera, las modificaciones pertinentes. Para ellos los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia de la anterior legislatura, han comunicado una Orden con fecha de 12 de julio de 2011 por la que se crea una Comisión de Expertos con el objeto de elabora un informe sobre la modificación del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes

²⁶ La influencia de esta Resolución fue recogida con posterioridad en el Coloquio Europeo de París de 1988, en el que también se pretendió buscar una metodología general de evaluación del daño corporal mediante la aplicación en los diversos sistemas de indemnización de unos principios generales. En este Coloquio se formularon meras recomendaciones que tenían como propósito inspirar criterios uniformes, tanto para la creación legislativa o práctica judicial de los Estados miembros de la Comunidad, como para la eventual promoción de una normativa emanada de la Comunidad como tal.

²⁷ Hoy está regulado en el 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. Real Decreto legislativo que ha sufrido algunas modificaciones operadas por la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

de circulación. Esta Comisión ya ha entregado un texto final corregido con fecha de 6 de junio de 2014²⁸.

También hemos de tener en cuenta la nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, da un mandato al Gobierno para que en el plazo de seis meses apruebe un baremo específico de indemnizaciones de los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, para la compensación específica de dichos daños²⁹.

²⁸ En la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los diputados tuvo entrada el pasado dos de diciembre de 2014 una proposición no de Ley relativa a la reforma del sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las víctimas en accidentes de circulación presentada por los grupos parlamentarios Popular en el Congreso, Socialista Vasco (EAJ-PNV) y Catalán (Convèrgencia i Unió) (número de expediente 161/003215).

²⁹ Cf. En este sentido la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2010 que destaca la necesidad de aplicar, aunque sea con carácter orientativo los baremos legales, de forma que estima que “según reiterada jurisprudencia, de la que es reciente ejemplo la STS de 9 de diciembre de 2008, RC n.º 1577/2002, entre otras razones, la conveniencia de evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales que fijan el pretium doloris [precio del dolor] o compensación por el daño moral y valoran de manera prospectiva o apreciativa las consecuencias patrimoniales de la incapacidad generada por los daños corporales ha aconsejado al legislador, partiendo del establecimiento de un régimen de aseguramiento del daño en determinados sectores, implantar sistemas de valoración fundados en la tasación con arreglo a tablas o baremos indemnizatorios, cuya aplicación tiene lugar según reglas fijadas por el propio legislador y no queda, desde luego, sustraída a las normas generales sobre interpretación de las leyes. Surge así por Orden de 5 de marzo de 1991 el Sistema para la valoración de los daños derivados de accidentes de circulación, procedimiento que la propia norma (disposición tercera) califica como «idóneo para calcular el importe de las provisiones para siniestros pendientes de liquidación o de pago», y que es el antecedente del sistema luego incorporado a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (antes Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor) por la Disposición adicional 8.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ya con carácter vinculante en la materia (Apartado Primero, 1, del Anexo). Guiada por idéntica finalidad de evitar soluciones dispares la jurisprudencia viene aceptando los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor al que antes hemos hecho mención, para la fijación del pretium doloris y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad, si bien, no con el carácter vinculante que el sistema presenta respecto de la cuantificación del quebranto derivado de un hecho de la circulación, sino únicamente con valor orientativo, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTS 11 de noviembre de 2005, rec. 1575/99, 10 de febrero de 2006, 19 de mayo de 2006, 22 de julio de 2008, rec. 553/2002, 2 de julio de 2008, rec. 1563/2001). La propia jurisprudencia declara que una cosa es que opte por

La comisión de expertos acordó acometer la tarea de su informe mediante la elaboración de un texto articulado, dividido en dos Títulos, uno de Disposiciones Generales u otro de Reglas de Valoración, y que en este segundo título se destinaría un primer capítulo a las reglas de indemnización en los supuestos de muerte, un segundo capítulo a las correspondientes a lesiones permanentes o secuelas y un tercer y último capítulo referido a lesiones temporales³⁰. El sistema que propugna la comisión de expertos es sustituir el actual por otro que respete escrupulosamente el principio de vertebración del daño y separe claramente las consecuencias estrictamente personales, referidas al daño moral, y las consecuencias patrimoniales, y que recoja estas últimas en una Tabla específica de “daños patrimoniales” o más bien, en un sistema de tablas de daños patrimoniales³¹.

El Anexo, comprensivo del indicado Sistema comprende a su vez, once criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización (apartado primero), una explicación sobre la aplicación del sistema (apartado segundo) y, finalmente, seis tablas de valoración que cabe diversificar en aquellas que fijan la indemnización básica, bien por muerte o bien por lesiones permanentes incluidos los daños morales, las que señalan los factores de corrección y la que comprende la clasificación y la valoración de las secuelas³². Constituye por tanto, una cuantificación legal del daño causado a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil y de la responsabilidad civil a que hace referencia el artículo 116 del Código Penal.

ese criterio hermenéutico a fin de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad y otra muy distinta, como dice la STS de 10 de febrero de 2006, que con ello se esté admitiendo la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas legales de tasación con arreglo a lo establecido en el artículo 4.1 CC, dado que tal laguna no existe y nada impide al órgano judicial prescindir de aplicar analógicamente dicho sistema y cuantificar el valor del quebranto con arreglo a otras pautas o criterios igualmente equitativos”.

³⁰ Cf. **MARTIN CASALS, M.** Para una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal (“Baremo”). Líneas Generales de los trabajos de la “Comisión de expertos”. Indret 4/2012.

³¹ En la actualidad hay publicado un borrador del grupo de trabajo que contempla importantes modificaciones en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Según el mismo los principios fundamentales del sistema de valoración son (artículo 11-2): la reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada, para alcanzar la objetivación de su valoración.

³² El sistema legal de valoración de daños de 1995 no es ni el único ni el primero. En 1960, la Ley 48/1960, de 21 de julio, de navegación aérea, ya estableció techos indemnizatorios

Uno de los rasgos más importantes del baremo es, su carácter vinculante. El juez se limita a determinar el alcance del daño corporal y aplica el baremo atendiendo a las circunstancias que en él se identifican como relevantes –esencialmente gravedad de la lesión, edad y circunstancias familiares y personales de la víctima–. El sistema se aplica imperativamente haya o no seguro –obligatorio o voluntario– salvo en caso de dolo; y abarca tanto el daño moral como al lucro cesante, pero no incluye las partidas de daño material ni los gastos médico-hospitalarios. En el baremo español se distinguen tres tipos de indemnizaciones –por muerte, lesión permanente e incapacidad temporal– con tres esquemas de indemnización básica, a las que se aplican unos factores de corrección prácticamente idénticos. El sistema de valoración del Anexo barema, por un lado, los daños personales, que comprenden la muerte, los daños corporales y el daño moral, y, por el otro, los daños de contenido económico que sean consecuencia de los primeros, los cuales incluyen desde el lucro cesante hasta los gastos asociados a la necesidad de adecuar la vivienda o de ayuda de otra persona.

De esta manera y según la nueva normativa, darán lugar a indemnización la muerte, las lesiones permanentes, invalidantes o no, y las incapacidades temporales. La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas, y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud. Se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales³³.

El sistema de valoración establecido en el baremo cuantifica los daños personales, que comprenden

de la responsabilidad civil en este sector, cuya regulación ha experimentado cambios significativos en la legislación comunitaria e internacional (Reglamento (CE) n° 2027/97, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, modificado por el Reglamento (CE) n° 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002, y Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional). Asimismo, la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo ha creado una regla de cálculo de la indemnización por daño moral en un grupo de casos homogéneos, los de prisión indebida.

³³ Según el artículo 11-3 del borrador del grupo de trabajo serán daños objeto de valoración: dan lugar a la indemnización la muerte, las secuelas y las lesiones temporales de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes y con lo reflejado, respectivamente, en las Tablas 1, 2 y 3. Cada una de estas Tablas incluye de modo separado, la reparación de los perjuicios personales básicos (1.A, 2.A, 3.A), de los perjuicios personales particulares (1.B, 2.B, 3.B) y de los perjuicios patrimoniales (1.C, 2.C, 3.C).

la muerte, los daños corporales y el daño moral, y los daños económicos que se derivan de los anteriores, dentro de los que se incluyen el lucro cesante³⁴.

Ante este nuevo sistema, y dado su carácter vinculante, aparecieron en la doctrina judicial tesis totalmente contradictorias además de incompatibles, pues de una parte encontramos aquella que mantiene que el sistema sirve para cuantificar los daños causados en accidentes de circulación, y de otra la contraria, que mantiene, que si bien el sistema puede ser regulador de la cuantificación de la responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación, los jueces sin embargo, siguen conservando su tradicional libertad de apreciación valorativa de modo que podrán fijar según su discrecional criterio el importe de la correspondiente indemnización³⁵.

Con relación a la primera opción, es decir, aquella que considera oportuno la sujeción al sistema vinculante desde el inicio aparecieron diversas resoluciones favorables al mismo; como ejemplo de ellas podemos citar la sentencia del Audiencia Provincial de Madrid de 5 de diciembre de 1996 donde expresamente se establecía que “la vigencia del baremo, vinculante para los Tribunales de Justicia, en orden a la cuantificación de las indemnizaciones correspondientes a daños corporales, es incuestionable, puesto que es sobradamente conocida y explícita la voluntad del legislador de limitar el montante de las indemnizaciones”.

Frente a estas resoluciones podemos encontrar aquellas otras que por el contrario, entendían

³⁴ El sistema está estructurado en seis tablas con el siguiente contenido:

Tabla I. Indemnizaciones básicas por muerte.

Tabla II. Factores de corrección para indemnizaciones básicas por muerte.

Tabla III. Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.

Tabla IV. Factores de corrección para indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.

Tabla V. Indemnizaciones por incapacidad temporal.

Tabla VI. Clasificaciones y valoración de secuelas.

El sistema se articula a través de unas tablas que regulan unas indemnizaciones básicas, sobre las que se proyectan después, con otras tablas, unos factores de corrección aumentativa o disminuidora.

³⁵ También en la doctrina, aparecieron comentarios tanto a favor como en contra, habiendo defensores de dicho método al considerar que el sistema de baremación de los daños corporales es absolutamente necesario, mientras que otros por el contrario consideraron que la Ley era incluso contraria a la Constitución pues establece indemnizaciones iguales para quienes sufren daños patrimoniales de diferente entidad cuantitativa a la vez que no se puede justificar el hecho de que para el cálculo de la vida humana se baremice para los accidentes de circulación y no para los restantes campos donde los daños se producen.

el mantenimiento de la plena libertad judicial, y por tanto no acataban el carácter vinculante del baremo establecido en el Anexo de la Ley y así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 28 de septiembre de 1996 puso de manifiesto como el sistema valorativo afecta exclusivamente al seguro obligatorio, manteniéndose por tanto la tesis de que permanece en vigor el criterio de la libre apreciación judicial en la valoración de los daños³⁶.

El propio Tribunal Supremo en sentencias de 26 de marzo y 24 de mayo de 1997³⁷ destacó el carácter no vinculante del baremo, y se pronunció en contra de la baremación de los daños cor-

³⁶ Esta situación creada como consecuencia de la Ley 30/95 y con la instauración del sistema vinculante, ha llegado, como no podía ser de otra manera hasta el Tribunal Constitucional, y con sentencia 181/2000, de 29 de Junio de 2000 se pronunció acerca de la constitucionalidad de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas promovidas por el Juzgado de Instrucción número 10 de León, el Juzgado de Instrucción número 3 de San Sebastián, la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, el Juzgado de Instrucción Número 4 de Valladolid, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de la Calahorra. Las dudas de Constitucionalidad no se extienden a la totalidad de la Ley, sino a concretos preceptos de la misma, en relación con la determinación de indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados a las personas en el ámbito de la circulación. Los preceptos cuestionados, por estimar que entran en contradicción con diversos principios y preceptos de la Constitución, tales como el artículo 14 (principio de Igualdad) en relación con los artículos 1.1 y 9.3, artículo 15 (derecho a la vida y a la integridad física y moral) y artículos 24.1 y 117.3 (derecho a la tutela judicial efectiva) son los siguientes: el artículo 1.2 y la Disposición Adicional, los párrafos 1, 5 y 7 del apartado primero del Anexo, el apartado segundo c) del mismo y la Tabla V sobre indemnizaciones por incapacidad temporal.

³⁷ El fundamento quinto de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1997, establecía los siguientes en relación con el nuevo sistema instaurado: Con mayor rigor y abundancia de argumentos habremos de pronunciarnos a la hora de examinar la aplicabilidad forzosa que parecen propugnar algunos baremos. Y, concretamente el contenido en la Ley, llamada de "Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor" de 8 de Noviembre de 1995, cuyo ambicioso título ya está pregonando un designio de regir, de manera general, la materia de la responsabilidad civil en los daños personales derivados de accidentes de tráfico. Los argumentos que se apilan en contra de esta aplicación indiscriminada y pretendidamente obligatoria no solo en el ámbito del Seguro Obligatorio, como parece lógico, sino en el del Seguro Voluntario son, en tre otros, los siguientes: A) La aplicación forzosa de este baremo a todos los daños personales causados en la circulación de vehículos, tanto en la cuantía cubierta por el Seguro Obligatorio como por el Voluntario, supone una evidente limitación de las funciones de los Tribunales de Justicia que, si fueran obligados a sujetarse al baremo, incluso en los supuestos en que, por defecto o por exceso, los daños probados no coincidieran con los señalados en el baremo, se

porales, defendiendo que la determinación de la cuantía indemnizatoria deberá de hacerse conforme a las pruebas practicadas en el juicio³⁸.

verían forzados a prescindir de una parte importantísima de su función jurisdiccional que cercenando con ello sus facultades de valoración de la prueba. B) En cuantas ocasiones las partes pacten un seguro voluntario que se superpone sobre el obligatorio y que es desdeñado por el baremo, que a la hora de cuantificar no contempla la usual falta de limitación de la responsabilidad de los aseguradores del seguro voluntario, se atenta directamente contra el principio de libertad de pactos que informa nuestro Código Civil y sobre el que se funda la teoría general de la contratación civil, provocando, además, un lucro en quienes, percibiendo una prima mayor que la debida por el Seguro Obligatorio, no van a responder sino por los límites que el baremo señala en atención al mismo. C) Con ello se conculca directamente uno de los preceptos cardinales de nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 1902 del Código Civil, que ordena expresamente "reparar el daño causado" por culpa o negligencia. Y no cabe duda que no se cumple este precepto cuando la vinculación obligatoria a un baremo sustituye "la reparación del daño causado" por una indemnización, apriorísticamente fijada y que, a menudo, no coincide con la realidad del daño. Por lo que, en cuantos supuestos suceda esto, la aplicación forzosa y forzada del baremo resultará contraria, no solo el tenor literal del artículo 1902 del Código Civil, sino también la reiterada y ancestral doctrina jurisprudencial que, desde siempre, viene interpretando este importante principio regulador de la indemnización del daño causado por culpa o negligencia, en que se funda la responsabilidad extracontractual. D) Por otra parte, la imposición forzosa y exclusiva del baremo para cuantos asuntos versen sobre los daños ocasionados por la circulación de vehículos de motor supone una flagrante discriminación con relación a los producidos por otras causas. Y así, una caída en la vía pública, debida a la negligente construcción o mantenimiento de las zanjas y obras urbanas, puede comportar para la víctima una compensación económica, por cada día de incapacidad, de 10.000 pts. y, de hecho, estas son las cantidades usuales en la práctica forense de nuestros Tribunales. Mientras que si las lesiones son producidas por el golpe de un vehículo, por ligero que sea, que precipita a la víctima a la misma zanja, como consecuencia de tratarse de un accidente de circulación, la cantidad señalada por día no puede superar las 3.000 pts. diarias y ello aunque se trate de un perjudicado de especiales características y logre acreditar que los daños y perjuicios diarios sufridos son muy superiores a los que concede el baremo. Creemos que la arbitraria desigualdad de trato jurídico en uno y otro caso vulnera claramente el principio de igualdad ante la Ley, que proclama el artículo 14 de la Constitución. E) Finalmente, también el derecho a la vida y a la integridad física, que recoge el artículo 15 de la Constitución, aparece infringido por la aplicación obligatoria de los baremos. Pues en aquellos casos en que se ha producido un atentado contra tal derecho compete a los órganos judiciales reparar el daño causado. Y, repetimos una vez más, esto no tiene lugar cuando la reparación del daño no alcanza a la totalidad de su contenido, sino a la suma que el baremo fija, con independencia de su cuantía real, atendiendo a la indemnización que se estima justa en relación al importe de las primas del Seguro Obligatorio.

³⁸ Según el Tribunal Supremo la existencia de numerosos baremos puede llegar a plantear problemas jurídicos, pues con dichos baremos se podría llegar a alterar la función de cuantificar los daños a indemnizar, función que según el propio Tribunal es de ineludible cumplimiento y que por tanto no puede ser sustituida por la simple aplicación de un baremo, de modo que si de la práctica de las pruebas se arroja en el juicio un resultado distinto del que se pudiera derivar de la simple aplicación de un baremo, el órgano jurisdiccional, en cumplimiento de su función, deberá de recoger el caso concreto de los probado en autos.

Sin embargo, en la actualidad esta posición judicial ha cambiado, y hoy, sin duda alguna, el Tribunal Supremo afirma y mantiene el carácter vinculante del baremo, habiendo incluso sentencias que los aplican a ámbitos distintos de los accidentes de circulación³⁹. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil de 15 de octubre de 2012, en un supuesto de fallecimiento de una menor como consecuencia de un fallo en el sistema eléctrico aplica con carácter orientativo el sistema de baremos destinado a los daños derivados de accidentes de tráfico y ello por la necesidad de respetar los cánones de igualdad y de equidad en su fijación para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad, tal y como manifestó la Sala de lo Civil en su sentencia de 9 de diciembre de 2008, entre otras. Y así dotar de seguridad jurídica a unos criterios indemnizatorios indudablemente inciertos⁴⁰.

Por tanto, guiada por la finalidad de evitar soluciones dispares la jurisprudencia viene aceptando los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor al que antes hemos hecho mención, para la fijación del

pretium doloris y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad, si bien, no con el carácter vinculante que el sistema presenta respecto de la cuantificación del quebranto derivado de un hecho de la circulación, sino únicamente con valor orientativo⁴¹, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTS 11 de noviembre de 2005, rec. 1575/99, 10 de febrero de 2006, 19 de mayo de 2006, 22 de julio de 2008, rec. 553/2002, 2 de julio de 2008, rec. 1563/2001). La propia jurisprudencia declara que una cosa es que opte por ese criterio hermenéutico a fin de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías

tasación con arreglo a tablas o baremos indemnizatorios, cuya aplicación tiene lugar según reglas fijadas por el propio legislador y no queda, desde luego, sustraída a las normas generales sobre interpretación de las leyes. Surge así por Orden de 5 de marzo de 1991 el Sistema para la valoración de los daños derivados de accidentes de circulación, procedimiento que la propia norma (disposición tercera) califica como «idóneo para calcular el importe de las provisiones para siniestros pendientes de liquidación o de pago», y que es el antecedente del sistema luego incorporado a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (antes Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor) por la Disposición adicional 8.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ya con carácter vinculante en la materia (Apartado Primero, 1, del Anexo). Guiada por idéntica finalidad de evitar soluciones dispares la jurisprudencia viene aceptando los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor al que antes hemos hecho mención, para la fijación del *pretium doloris* y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad, si bien, no con el carácter vinculante que el sistema presenta respecto de la cuantificación del quebranto derivado de un hecho de la circulación, sino únicamente con valor orientativo, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTS 11 de noviembre de 2005, rec. 1575/99, 10 de febrero de 2006, 19 de mayo de 2006, 22 de julio de 2008, rec. 553/2002, 2 de julio de 2008, rec. 1563/2001). La propia jurisprudencia declara que una cosa es que opte por ese criterio hermenéutico a fin de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad y otra muy distinta, como dice la STS de 10 de febrero de 2006, que con ello se esté admitiendo la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas legales de tasación con arreglo a lo establecido en el artículo 4.1 CC, dado que tal laguna no existe y nada impide al órgano judicial prescindir de aplicar analógicamente dicho sistema y cuantificar el valor del quebranto con arreglo a otras pautas o criterios igualmente equitativos”.

³⁹ Debemos de afirmar que no hay uniformidad de criterios en las distintas jurisdicciones; así la Sala primera del Tribunal Supremo rechaza la aplicación analógica del sistema de baremos a supuestos distintos de los accidentes de circulación, ya que, donde no hay identidad de razón no cabe analogía; es decir, se justifica la inaplicación analógica de los baremos en la heterogeneidad de los supuestos. En otras ocasiones la Sala Primera ha reconocido la aplicación orientativa de los baremos en sectores distintos a los accidentes de circulación: sentencias de 21 de noviembre de 1998, 23 de abril de 2003. Por su parte las Salas de lo Penal y de lo Contencioso Administrativo aplican orientativamente los baremos a cualquier caso de responsabilidad civil ajenos al ámbito de la circulación de vehículos a motor: sentencias de la Sala Segunda de 23 de enero de 2003 y 25 de abril de 2003; y sentencias de la Sala Tercera de 16 de diciembre de 1997, 28 de junio de 1999, 27 de septiembre de 2001, 14 de abril de 2003 y 7 de octubre de 2003.

⁴⁰ En este sentido la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2010 que destaca la necesidad de aplicar, aunque sea con carácter orientativo los baremos legales, de forma que estima que “según reiterada jurisprudencia, de la que es reciente ejemplo la STS de 9 de diciembre de 2008, RC n.º 1577/2002, entre otras razones, la conveniencia de evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales que fijan el *pretium doloris* [precio del dolor] o compensación por el daño moral y valoran de manera prospectiva o apreciativa las consecuencias patrimoniales de la incapacidad generada por los daños corporales ha aconsejado al legislador, partiendo del establecimiento de un régimen de aseguramiento del daño en determinados sectores, implantar sistemas de valoración fundados en la

⁴¹ Así la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2010 aplica el baremo con carácter orientativo en un supuesto de negligencia médica y considera que puede acudir a los baremos para orientarse a la hora de calcular la cuantía de la indemnización, del mismo modo que se puede inspirar en algún otro documento similar o en el criterio jurisprudencial predominante en casos análogos.

para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad y otra muy distinta, como dice la STS de 10 de febrero de 2006, que con ello se esté admitiendo la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas legales de tasación con arreglo a lo establecido en el artículo 4.1 CC, dado que tal laguna no existe y nada impide al órgano judicial prescindir de aplicar analógicamente dicho sistema y cuantificar el valor del quebranto con arreglo a otras pautas o criterios igualmente equitativos⁴².

Con criterio parecido la sentencia de 15 de diciembre de 2010 de la Sala Primera del Tribunal Supremo deja claro que, la función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, atendidos los hechos probados y el principio de indemnidad de la víctima, al amparo de los artículos 1106 y 1902 del Código Civil, y esta función es el resultado de una actividad de apreciación para lo que goza de amplia libertad que abarca la posibilidad de servirse a efectos orientativos de sistemas objetivos, como el del baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, con el que se dota al sistema de criterios técnicos de valoración, así como de una seguridad y garantía para las partes mayor de la que deriva del simple arbitrio judicial, con la consecuencia de que solo pueda ser revisada en casación si la determinación por el Tribunal 'a quo' resulta manifiestamente errónea o ilógica (STS 14 de mayo 2008, y las que cita). Ahora bien, esta regla tiene también dos limitaciones. Una, que el Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponda con arreglo a dicho sistema, sin salirse del baremo para procurar indemnizaciones distintas, puesto que lo contrario haría incongruen-

te la resolución y supondría un evidente desajuste en la determinación y cuantificación del daño en un sistema en el que los valores de días y puntos están directamente calculados en previsión y ponderación a sus inherentes factores de corrección. Otra, que aun siendo posible revisar en ca-

[precio del dolor] o compensación por el daño moral y valoran de manera prospectiva o apreciativa las consecuencias patrimoniales de la incapacidad generada por los daños corporales ha aconsejado al legislador, partiendo del establecimiento de un régimen de aseguramiento del daño en determinados sectores, implantar sistemas de valoración fundados en la tasación con arreglo a tablas o baremos indemnizatorios, cuya aplicación tiene lugar según reglas fijadas por el propio legislador y no queda, desde luego, sustraída a las normas generales sobre interpretación de las leyes. En virtud de este principio (que informa los precedentes de esta Sala sobre inadmisibilidad de recursos o motivos de casación fundados en la falta de aplicación analógica del sistema de tasación legal de daños corporales derivados de accidentes de circulación: vgr., ATS de 5 mayo 1998, recurso de casación núm. 2418/1997 y STS de 19 de mayo de 2006), la jurisprudencia más reciente de esta Sala ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden resultar orientativos para la fijación del *pretium doloris* y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTS 11 de noviembre de 2005, recurso de casación núm. 1575/99, 10 de febrero de 2006, 19 de mayo de 2006, 22 de julio de 2008, rec. 553/2002, 2 de julio de 2008, rec. 1563/2001). Este criterio hermenéutico se funda en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad; aunque, como recuerda la STS de 10 de febrero de 2006, su reconocimiento está muy lejos de admitir la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas legales de tasación con arreglo a lo establecido en el artículo 4.1 CC. En lo que afecta al examen en casación de esta cuestión, esta Sala viene admitiendo que la cuantía de la indemnización concedida no es revisable en casación (STS 222/2005, de 28 de marzo, recurso de casación núm. 4185/98, 9 de junio de 2006 y 13 de junio de 2006, entre otras muchas), si bien este principio no resulta totalmente rígido, pues cabe la revisión en casación de las bases en las que se asienta la cuantía de la indemnización (SSTS de 15 de febrero de 1994 y 18 de mayo de 1994), así como examinar supuestos de irrazonable desproporción de la cuantía fijada (STS de 23 de noviembre de 1999), especialmente cuando las razones en que se apoya su determinación no ofrecen la consistencia fáctica y jurídica necesaria y adolecen de desajustes apreciables a tenor de una racionalidad media (SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, y 21 de abril de 2005). Esto comporta como consecuencia lógica que, cuando se toma como base orientativa para la fijación de los daños corporales el sistema de legal de tasación de los daños derivados del uso y circulación de vehículos de motor, pueda examinarse en casación la infracción de esta base en aquellos casos en los cuales se aprecie una inexplicable o notoria desproporción entre lo que resulta de la aplicación del expresado sistema y la indemnización fijada por la sentencia (STS 20 de diciembre de 2006, rec. 5188/1999), tal como se infiere a sensu contrario [por contraposición lógica] de la STS de 10 de febrero de 2006".

⁴² Cf. En el mismo sentido la sentencia de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008: "Esta Sala ha venido declarando que la determinación de la cuantía para la compensación de los daños no patrimoniales debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de que no existen parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el menoscabo en que consiste el daño moral. Es, asimismo, muy amplia la facultad de apreciación de que dispone el juzgador en aquellos casos en los cuales, aun no tratándose estrictamente de la valoración del daño moral dimanante del daño corporal, sin embargo deben valorarse las consecuencias patrimoniales derivadas de la incapacidad que origina éste a raíz del mandato legal que ordena integrar en el importe de la indemnización el lucro cesante (STS 22 de diciembre de 2006, rec. 5188/1999, 2 de julio de 2008, rec. 1563/2001, 31 de octubre de 2007, rec. 3537/2000, 2 de julio de 2008, rec. 1563/2001). Entre otras razones, la conveniencia de evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales que fijan el *pretium doloris*



sación la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse, en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o se haya aplicado de forma incorrecta, en ningún caso, en cambio, puede ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado (SSTS 6 de noviembre 2008; 22 de junio 2009). En el caso, la Sala se ha pronunciado expresamente tanto sobre el factor de corrección como de la pérdida de emolumentos para negarlos, posiblemente porque entiende correctamente indemnizado el daño con la indemnización que establece al margen de los factores⁴³.

⁴³ Más recientemente la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011 ha declarado que, esta Sala, a fin de evitar soluciones dispares, viene aceptando los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, para fijar los perjuicios y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad. Esta aceptación no es vinculante, tal y como aparece para la cuantificación de los daños derivados de un hecho relacionado con la circulación, sino orientativa, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Así lo establecen, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 22 de julio de 2008, [RC n.º 553/2002] y 2 de julio de 2008, [RC n.º 1563/2001]. Este es el criterio seguido por la Audiencia Provincial. El recurrente, reconoce el carácter orientativo de este sistema de valoración y se limita a mostrar su discrepancia, únicamente, respecto de la determinación de la cuantía fijada por la sentencia que se recurre, alegando que es diferente a la establecida por la Tesorería General de la Seguridad Social, en la determinación de los perjuicios causados a los actores, como consecuencia del mismo hecho objeto de este procedimiento, el fallecimiento del padre y esposo de los demandantes. Esta discrepancia no puede sostener válidamente el recurso de casación.

III. Problemas de legitimación activa

Una de las tareas primordiales de la indemnización por causa de muerte reside en determinar si el hecho de la muerte constituye o no un daño resarcible a la persona que la padece, y si una vez admitida la existencia de este daño, la acción para reclamar la reparación se transmite o no a sus herederos.

Las propuestas doctrinales y jurisprudenciales sobre quien está legitimado para obtener la indemnización por causa de muerte, se han centrado siempre en dos posturas opuestas: la de aquellos que opinan que los beneficiarios lo son *iure hereditario*, es decir, por ostentar la cualidad de herederos de la víctima, y la de los que, por el contrario, sostienen que estas personas tienen derecho a la indemnización *iure proprio*, es decir, por ser ellos mismos los perjudicados por la muerte de la víctima, con independencia del hecho de su condición de herederos⁴⁴.

En realidad, el optar por una u otra posición es algo que trasciende de la pura teoría y que tendrá importantes efectos en la práctica, no sólo de legitimación activa, sino incluso desde el punto de vista fiscal. Así, si lo consideramos como un derecho hereditario vendrá sujeto a las posibles reclamaciones por parte de los acreedores de la herencia y al correspondiente impuesto sucesorio. Tal no sucederá si estamos en presencia de una indemnización asignada como derecho propio a los perjudicados y como con-

⁴⁴ La discusión se centra en determinar si el derecho a obtener la indemnización tiene su base en la condición de heredero del fallecido, o en la de perjudicado por el suceso. Pero hay que advertir que es bastante frecuente, en la práctica, que los perjudicados con la muerte sean además parientes o sucesores del difunto, aunque, ciertamente, no siempre tienen que coincidir ambas circunstancias

secuencia del daño o menoscabo por ellos mismos sufridos.

Centrándonos en la primera de las opciones, es decir, la que mantiene que nos hallamos ante un derecho sucesorio, el derecho a la indemnización sería adquirido por la víctima en el momento en que ésta disfrutase todavía de personalidad jurídica para esa adquisición. Es por ello que el derecho a la reparación constituye un elemento del patrimonio, que junto a los demás bienes que lo integran, se transmite a los sucesores del difunto a título universal, e incluso a título particular, en el supuesto que el crédito a la reparación ostentado por el causante, hubiera sido legado por testamento⁴⁵.

Admitida la tesis de la transmisibilidad las consecuencias serían: * Los herederos tienen derecho a la indemnización por su mera condición de tales, por lo que resulta intrascendente el grado de parentesco, más o menos próximo entre el causante y el causahabiente, hasta el extremo que la indemnización procede aunque el heredero sea el Estado. * La indemnización a favor de los herederos debe de ser acordada en todo caso. * Es perfectamente lícito conceder la indemnización de modo genérico a los herederos del fallecido, o sea, sin determinar quiénes son éstos, porque no es lógico presumir que sean conocidos individual y fehacientemente.

En segundo lugar, podemos hablar de la legitimación *iure proprio*, mantenida actualmente de forma mayoritaria tanto por nuestra jurisprudencia como por la mayor parte de la doctrina. Según esta opción, la muerte acaecida como resultado de un hecho ilícito, no da lugar al nacimiento en el patrimonio de la víctima de ningún derecho indemnizatorio y, por tanto, no es posible su transmisión a los herederos, sino que, por el contrario, lo que se produce es un perjuicio a las personas más allegadas a la propia víctima, de modo que la reclamación de éstas quedará fundamentada *iure proprio*. Es decir, a los parientes ostentando la cualidad de herederos, no se les transmite el derecho a las indemnizaciones, pues se trata de un derecho que el causante nunca llegó a adquirir. Pero si los pa-

rientes en su calidad de herederos no pueden hacer uso de tales derechos, sin embargo, la condición de pariente sería título suficiente para poder ejercitar las acciones que tiendan a la reparación de los perjuicios materiales y morales que ellos mismos hayan podido sufrir como consecuencia de la muerte de la víctima⁴⁶.

En realidad, en los supuestos de indemnización por causa de muerte nos encontramos ante distintos tipos de daños y distintos sujetos afectados. Así, en primer lugar tenemos el primer daño, consistente en la muerte, y que afectará a la víctima inicial. Pues bien, se estima que es imposible que la víctima pueda llegar a obtener una indemnización por este tipo de daño, por el hecho que el perjuicio es la propia muerte, momento en el que la persona deja de existir y hay una imposibilidad jurídica a que el sujeto pueda recibir una indemnización por el hecho de que ha dejado de existir; luego, difícilmente, podrá transmitir a sus sucesores un derecho que nunca ha llegado a ser suyo y que nunca ha ingresado en su patrimonio.

El segundo de los daños a considerar y de las personas afectadas, es el perjuicio, material o moral, causado a las personas más allegadas a la víctima, y que han sufrido un daño propio por el hecho de la muerte del pariente, pero con independencia de su condición o no de herederos. Es un daño y un derecho al ejercicio de la acción que nace en los parientes *ex novo*; aunque en la mayoría de los casos concurrirán en la misma persona ambas condiciones, es decir, la calidad de herederos del muerto y la de perjudicados propios por la muerte del pariente⁴⁷.

Podemos plantearnos la pregunta que ocurre si la una persona sufre unas lesiones como consecuencia de un accidente de circulación y

⁴⁵ Por tanto, el daño se produce a la persona que vive, a ella se le quita la vida. No es la muerte, que sería la consecuencia, sino el acto que la produce, el que origina la responsabilidad del culpable. El hecho causante se produce viviendo la víctima aunque la muerte sobrevenga manifiesta su carácter y su alcance. Esta posición doctrinal se basa por tanto en las siguientes ideas: la muerte provocada por un hecho ilícito es un daño que se infiere a la víctima, siendo un daño que consiste en la lesión irreversible del bien jurídico de la vida, que, por otra parte, conlleva consecuencias económicas.

⁴⁶ En el instante en que se produce un daño con resultado de muerte, tiene lugar la extinción de la personalidad, tal y como dispone el art. 32 del Código Civil, con lo cual la víctima no llega a adquirir ningún derecho por la pérdida de la propia vida, como es el derecho a la reparación del daño. Consecuentemente, tal derecho no llega a entrar en su patrimonio y, por ello, tampoco en su herencia. Esto tiene como consecuencia que el derecho a la reparación lo tendrán como perjudicados, los parientes y allegados, independientemente del hecho que sean o no herederos, y tendrán ese derecho *iure proprio*, y no, aunque sean también sucesores, *iure hereditario*.

⁴⁷ En la jurisprudencia se han pronunciado sobre tal cuestión, entre otras, la STS de 12 de febrero de 2008 (RJ 2008/2972) afirma que "al fallecer una persona como consecuencia de un delito, la obligación de indemnizar surge pero no en virtud del fenómeno sucesorio, ya que el difunto nada llegó a adquirir en vida que pudiera ser integrado en su patrimonio por lo que nunca podría haber sido objeto de transmisión

posteriormente al mismo fallece, por causas ajenas al mismo, sin haber ejercitado la acción civil de reclamación de la cantidad debida como indemnización por las referidas lesiones. Es decir, ¿podrán sus herederos reclamar a los responsables la cantidad que el perjudicado no llegó a cobrar? Entiendo que no existe problema alguno en dar una respuesta a afirmativa pues no deja de tratarse de un derecho de crédito que no se extingue con la muerte de su titular y por tanto es perfectamente transmisible a sus herederos. Así lo declaró la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 19 de septiembre de 2005⁴⁸.

Igualmente podemos mencionar la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de

mortis causa” y añade que “el derecho a la percepción del resarcimiento de las consecuencias derivadas de infracción penal no tiene naturaleza hereditaria sino que es *iure proprio*” o la STS de 24 de junio de 2002 (RJ 2002/5970) que dice que “el derecho al resarcimiento de las consecuencias derivadas de infracción penal no tiene naturaleza hereditaria sino que es “*iure proprio*”, que corresponde a quien acredita un perjuicio real derivado de la misma (lucro cesante para quien depende económicamente de la víctima, gastos ocasionados con sepelio o “daño moral” real, efectivo y suficientemente acreditado)”.

⁴⁸ En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 19 de enero de 2000 Sección 3ª reconoce la absoluta transmisibilidad del derecho a percibir la indemnización por los herederos, ya que entiende que en estos casos no se trata de un crédito personal del fallecido no transmisible a sus herederos, «pues la indemnización por lesiones se devenga día a día que transcurre desde que se ocasionan hasta su desaparición por curación, o como en este caso por el fallecimiento, por lo que es evidente que tales indemnizaciones ingresaron en el patrimonio del perjudicado, formando parte de su haber hereditario al haber fallecido antes de su percepción y perfectamente transmisibles a sus herederos conforme a lo dispuesto en el art. 659 del Código Civil». Ahora bien, lo que hace esta Sala es individualizar los conceptos que son transmisibles por herencia y, por tanto, entiende con razón que no cabe indemnización por posibles secuelas, pues al tratarse de resarcimiento por deficiencias futuras una vez producida la sanidad, es obvio su improcedencia. La Audiencia Provincial de Granada en su sentencia de 29 de junio de 2007 Sección 4ª, trata sobre el concepto en el que los herederos deben adquirir la indemnización en estos casos y así recuerda que es criterio uniforme que en caso de fallecimiento de la víctima los perjudicados por tal hecho no adquieren derecho alguno por causa de herencia sino *ex iure proprio*. Ahora bien, otra cosa distinta es que el siniestro no ocasione la muerte de la víctima, ya que ésta es la clave del estudio que estamos analizando, sino que ésta fallezca con posterioridad y por causa diferente al accidente. A este respecto establece el apartado 4.º del criterio 1.º del anexo de la LRCSSVM que «tienen la condición de perjudicados, en caso de fallecimiento de la víctima, las personas enumeradas en la tabla I, y, en los restantes supuestos, la víctima del accidente». En estos casos, la persona que fallece aunque por causa distinta al siniestro tiene el concepto de «perjudicada en el accidente» en tanto en cuanto que fue víctima y resultó lesionada en el mismo, por lo que adquirió un derecho a ser resarcida de los daños y perjuicios sufridos.

13 de septiembre de 2012; en ella se establece la compatibilidad de las indemnizaciones que corresponderían a un lesionado por un accidente, junto con las derivadas por los daños ocasionados a sus familiares por su fallecimiento cuando fue consecuencia del accidente, es decir, los herederos reclaman *iure hereditatis* la indemnización correspondiente a la incapacidad temporal, e *iure proprio* la que le corresponde como perjudicados por la muerte del familiar. La decisión del Tribunal Supremo resulta clara y establece que el perjuicio tiene como causa el accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento de acuerdo con el artículo 659 del CC. Tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde ese momento a integrar su patrimonio hereditario, con lo que serán sus herederos, en este caso sus padres, los que ostentan derecho *-iure hereditatis-*, y por tanto, legitimación para exigir a la aseguradora su obligación de indemnizar lo que el causante sufrió efectivamente y pudo recibir en vida, como legitimación tienen también, aunque no la actúen en este caso, como perjudicados por el fallecimiento que resulta del mismo accidente *-iure proprio-* puesto que se trata de daños distintos y compatibles⁴⁹.

IV. Perjudicados por el fallecimiento

Una vez que se ha aceptado la posibilidad de una acción que nace *ex iure proprio* a favor de los familiares y de los terceros que hayan sufrido un daño, hay que plantearse quienes pueden considerarse perjudicados. Y podemos afirmar que legitimados estarán los más próximos allegados de la víctima, que sean privados como consecuencia de la muerte de legítimas expectativas, y no sólo de orden patrimonial, sino que, en definitiva, tendremos que considerar la existencia de una relación económica o afectiva, que quiebre o empeore como consecuencia del fallecimiento, y siempre que el daño producido sea actual y cierto. Es decir, habrá que reclamar daños reales, con lo que nos enfrentamos a un problema de prueba, pues se deberá de acreditar la existencia de los mismos. Es necesario poner límites a la repa-

⁴⁹ Cf. DOMINGUEZ MARTÍNEZ. P. El derecho a reclamar la indemnización por incapacidad temporal y lesión permanente es transmisible a los herederos y es compatible con la indemnización por daños a los familiares por fallecimiento cuando fue consecuencia directa del accidente de tráfico que provocó las lesiones. Centro de Estudios de Consumo notas jurisprudenciales.

ración cuando se trate de daño moral que afecte a los sentimientos, pues no todo sufrimiento o contrariedad merece que se le conceda una indemnización; es por ello, que resulta difícil determinar la persona verdaderamente perjudicada, porque el dolor, dados los vínculos de parentesco, afecto y simpatía que unen a las personas, tiende a extenderse en un grupo más o menos amplio, de modo que un mismo hecho dañoso puede causar sufrimiento a un gran número de sujetos. La Sentencia de 23 de diciembre de 1985 de la Sala Primera del Tribunal Supremo enseña que, cuando concurre una pluralidad de perjudicados, no queda otro remedio sino establecer un orden de preferencia excluyente "... por no poder abarcar a todos los que... se sienten damnificados, siguiendo un orden lógico de afinidad con el causante, de modo que sean los más inmediatos a él los que... reciban [la indemnización], con exclusión de los demás, pues de seguirse un criterio distinto, tendría que distribuirse el montante total de la indemnización entre todos aquellos que de alguna manera hubiesen sufrido, cualquiera que fuese su grado, el doloroso vacío, con quiebra evidente del principio general que rige en materia de indemnización por concepto de perjuicios materiales y morales, que prima como es natural a quien haya sufrido de forma más directa y palmaria el detrimento producido por la desaparición de la persona que constituyera el centro económico o afectivo, por depender de ella o por causa de la vinculación o vida en común..."⁵⁰.

En principio estarán legitimados los familiares y terceros allegados a la víctima que ha-

⁵⁰ En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 8 de octubre de 2002 declaró que en cuanto a la indemnización, el Sistema para la valoración de los perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, en los criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización -primero, 4.º- establece que sólo tienen la condición de perjudicados, en caso de fallecimiento de la víctima, las personas enumeradas en la tabla I, por lo que en el caso concreto de la víctima con hermanos solamente, lo serán éstos, y ello porque, en general, y en un sentido muy amplio, toda persona humana experimenta un sentimiento de desgracia, ante la muerte de un semejante, sin embargo, no resulta admisible entender que todos los familiares tienen acción frente al causante del daño o su aseguradora, pues ello supondría la ruina del responsable si tuviera la mala fortuna de haber causado el fallecimiento de persona con abundante copiosa parentela en sus diversos grados, pues todos los familiares tendrían derecho a ser indemnizados por los daños, como mínimos morales, derivados del fallecimiento. Consecuentemente, al tratarse de grupos excluyentes, únicamente tienen condición de perjudicados y beneficiarios, en este caso, los hermanos. Pero es indudable que la indemnización por muerte de un familiar, no puede entenderse que sea herencia, no puede recibirse en concepto de heredero, pues, para ello, sería indispensable que antes hubiera pertenecido al patrimonio del fallecido, ya que la

ya sufrido un verdadero perjuicio. Pero, incluso aquí, debemos de establecer límites y reducir tanto el número de personas que podemos incluir dentro del círculo familiar como el número y calidad de los terceros que pudieran verse afectados. Por familia entendemos que es necesario adoptar un concepto estricto restringido y actual de la misma, en la que cobra una gran intensidad el lazo conyugal (o análogo afectivo) y la descendencia, pero sin que por ello se tenga que eliminar a los ascendientes, hermanos u otros colaterales próximos, siempre claro está que se acredite la realidad del perjuicio sufrido. Lo que está claro es que dentro de este círculo parental habrá que establecer un orden de jerarquía o preferencia, sin olvidar que, en ocasiones, se podrá producir una compatibilidad de indemnizaciones entre los mismos, como puede ocurrir en aquellas ocasiones en las que se otorga a la viuda conjuntamente con los hermanos o padres del fallecido.

Ante la ausencia de una regulación legal, ha sido la jurisprudencia la que ha ido señalando estas reglas jerárquicas, si bien, en la actualidad, se han elevado a rango legal por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, por todos conocida y cuya última redacción viene de aprobarse en el reciente Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (BOE 5 de noviembre de 2004). Es conveniente destacar que el citado Real Decreto ha derogado expresamente la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, si bien, ha dejado en vigor el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que en la misma se contenía, tal y como manifiesta expresamente la disposición transitoria única del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

En la regla cuarta de las generales del apartado primero del Anexo, se establece que en caso de fallecimiento tienen la condición de perjudicados las personas enumeradas en la Tabla I. Por tanto, se negará la condición de perjudicado a las personas no incluidas en los diversos grupos de la Tabla, de modo que nos encontramos ante un sistema que contiene un número de perjudicados caracterizado por la taxatividad y por el carácter excluyente de cada grupo en relación con los ulteriores. La Tabla I contiene una lista de perjudicados ordenados por grupos consecutivos excluyentes, en los que el eje es la situación familiar de la víctima, y así aparece de forma expresa en la posición inicial de la propia Tabla. Se divide ésta en cinco grupos de perjudicados: 1) Supuesto de hecho de víctima con cónyuge. 2) Víctima sin cónyuge

pero con hijos menores. 3) Víctima sin cónyuge pero con todos sus hijos mayores. 4) Víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes. 5) Víctima con hermanos solamente⁵¹.

El primero de los perjudicados en caso de muerte es el cónyuge de la víctima, siempre que no esté separado legalmente al tiempo del accidente, de modo que el cónyuge que sólo estuviera separado de hecho tendrá la condición de perjudicado principal⁵².

misma esencia de la sucesión hereditaria, es suceder en aquello que sea propio del causante, y la indemnización por fallecimiento nunca ha estado en el patrimonio del fallecido, ya que se concede como consecuencia de la muerte. En este supuesto el hermano de la fallecida D. Macario R. G. no reúne la condición de perjudicado, pues éste falleció a la semana siguiente de la atropellada Josefa R. G., encontrándose en el Hospital al fallecer ésta. Si no llegó a enterarse del fallecimiento no llegamos a comprender, y tampoco se han puesto de manifiesto, qué perjuicios morales sufrió, no acreditándose tampoco perjuicios materiales. Consecuentemente la Audiencia Provincial no considera que Macario R. G. fuese perjudicado moral o materialmente por la muerte de su hermana Josefa, porque no se enteró de la misma, y por ello al no existir una razón que le perfile como afectado directa y sensiblemente, en el orden económico o personal, no pueden, sus herederos, agitar la pretensión de un derecho económico a obtener una indemnización como derecho propio del Sr. R. G.

⁵¹ Según la sentencia de la Sala Primera del tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2008, *no están incluidos como perjudicados los familiares del conductor fallecido, interviniente con carácter exclusivo en el accidente de circulación y tomador del seguro de suscripción obligatoria*; «Desde la perspectiva del Derecho de seguros, el seguro de suscripción obligatoria en materia de circulación es una modalidad de seguro de responsabilidad civil, el cual, como tal, contempla el daño originado a un tercero por el responsable y no el daño padecido por el causante ni, en consecuencia, el daño o perjuicio reflejo de él derivado. El seguro de suscripción obligatoria incluye los daños morales derivados de la pérdida de un ser allegado, así como las consecuencias patrimoniales dimanantes de dicha pérdida (artículo 1 LRCSVM), pero ambos son daños o perjuicios indirectos o reflejos que derivan del daño corporal, por lo que si este queda excluido del ámbito de la responsabilidad y, en consecuencia, de la cobertura, tampoco puede extenderse esta a los daños o perjuicios indirectos o reflejos (...). Extender el resarcimiento por causa de muerte a los allegados del conductor fallecido, único implicado en el siniestro, supondría atribuir, sin un precepto legal que lo autorice, efectos propios de un seguro de accidentes a un seguro que está concebido y regulado como un seguro de responsabilidad civil».

⁵² Si optáramos por una interpretación meramente literal de las normas que forman el sistema de valoración, deberíamos entender incluido dicho supuesto en la Tabla I del Grupo I, y ello, en cuanto que en la regla aclaratoria de dicha Tabla tan sólo se exige que el cónyuge beneficiario no se encuentre separado legalmente de la víctima al momento del accidente, por lo que al estar separado tan sólo de hecho no se encontraría excluido de la aplicación de la mencionada norma. Sin embargo, tal solución sería totalmente absurda, por cuanto como consecuencia de una separación, aunque sólo sea de hecho, cada persona se encuentra totalmente desvinculado de la otra y, por tanto, al no existir ya entre la pareja una rela-

La Ley 30/95 establece expresamente que las uniones conyugales de hecho consolidadas, se asimilarán a las situaciones de derecho, por tanto, quien mantiene una convivencia es indudable que la muerte del otro conviviente le provoque un perjuicio cierto, perjuicio que le legítimaré para reclamar una indemnización por la muerte de su pareja; con independencia, además, de encontrarnos ante una relación heterosexual u homosexual. Así, la Tabla I del sistema, incluye perfectamente el reconocimiento como tales de las parejas homosexuales y, es más, de haber sido intención de la norma el excluirlas de la aplicación del sistema debería haberse señalado así expresamente, lo cual hubiera provocado en tal caso una causa de inconstitucionalidad de dicha norma por ser en dicho sentido totalmente discriminatoria⁵³.

Una situación que se da en la práctica y no con escasa frecuencia, es la coincidencia de la esposa no separada legalmente y la pareja de hecho con convivencia actual con la víctima; podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 14 de mayo de 2013, Sección 2ª, según la cual, ambas, la esposa y la conviviente, tienen cada una el derecho al 50% de la indemnización “en el presente caso hay dos derechos consolidados, el de la esposa no separada legalmente porque así se lo reconoce el Grupo I Tabla I del Anexo del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos y el de la pareja de hecho, conviviente *more uxorio*, porque el mismo Anexo reconoce a las uniones conyugales de hecho consolidadas la situación de derecho. La primera es perjudicada porque legalmente tiene un derecho reconocido y la segunda porque su situación se asimila a la situación de de-

ción de afectividad y convivencia, desaparecen por completo los presupuestos de hecho tenidos en cuenta para considerar que ante la muerte de un miembro de la misma exista en el otro ningún perjuicio digno de ser resarcido.

⁵³ En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 22 de octubre de 2010 Sección 2ª, entiende que cuando el fallecido en el accidente estuviese separado legalmente de su cónyuge y conviviese de forma estable con otra persona, será esta conviviente *more uxorio* la perjudicada por el fallecimiento de su compañero, y no la esposa con la cual cesó la vida en común al producirse la separación por sentencia judicial, quedando desvinculada de los avatares patrimoniales y económicos del esposo fallecido. Como excepción, si el cónyuge separado tiene derecho a pensión compensatoria le corresponderá el 50% de la indemnización, pero si, como en el caso de autos, la esposa ya no tenía derecho a pensión compensatoria en el momento del accidente por haberse agotado el periodo de duración de esta, dejó de tener la condición de perjudicada por el siniestro y la que ostenta la condición de tal es la pareja de hecho, a quien corresponde la totalidad de la cantidad a indemnizar.

recho matrimonial. Y no se trata de de poseer a una en beneficio de la otra, porque ninguna norma jurídica autoriza esa desposesión, con independencia de que el concepto perjudicado pueda predicarse de más de una persona en la misma relación afectiva, sentimental, legal. En los supuestos de concurrencia de uniones conyugales de hecho (pareja de hecho, convivencia *more uxorio*) con cónyuge no separado legalmente, la indemnización se distribuirá entre los concurrentes en proporción a la cuantía que les habría correspondido de no haber concurrencia” (Víctima con cónyuge, Grupo I, Tabla del Anexo, nº 2)”⁵⁴.

⁵⁴ La sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería de 29 de enero de 2009 fija la indemnización a favor de la madre de la fallecida y la desestima a favor del que dice haber convivido con la víctima; entiende la sentencia, que la convivencia “*more uxorio*”, ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal de vida amplia, e intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar. Pues bien el recurrente no ha probado en forma alguna que concurrieran estos requisitos en su relación con la fallecida, pues lo único que aporta es un certificado del Ayuntamiento, folio 96, según el cual por gestiones de ese Organismo, sin determinar cuales fueron y por ende valorar su fiabilidad, se informaba que el actor y Mercedes habían sido pareja hasta el fallecimiento de esta. Tampoco las fotografías aportadas en que aparecen la víctima y el actor con un hijo común tenido en 1995 y que fue adoptado por terceros en 2001, así como certificación de las visitas realizadas a la cárcel por Mercedes a José Carlos en concepto de esposa, con entrevistas íntimas son suficientes para acreditar tal relación pues dicha relación no da fe de la realidad de la relación de pareja existente sino que se limita a recoger el concepto que el visitante proporcione sin mayores averiguaciones o constancias. La certificación médica del Acebuche realizada a petición del interno no puede servir de base o sustento a la petición del recurrente pues sin dudar de la afectación por la muerte de Mercedes, unida a ella en época anterior y con relación de familiaridad total, no acredita el dato esencial de su relación conyugal. Si bien es cierto que existió una relación entre actor y víctima realmente compleja no olvidando que pertenecen a la misma familia, no puede considerarse equiparable a al conyugal tal como sostiene el actor. Como es sabido, las uniones conyugales de “hecho” se asimilan a las situaciones de derecho, de igual forma que se equipara a la ausencia de cónyuge la separación legal y el divorcio, concluyendo que si en su día el actor pudo tener relación conyugal en la actualidad y desde hace mucho tiempo, esos lazos se habían disuelto. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla Sección 7ª de 6 de septiembre de 2004 equipara expresamente las parejas heterosexuales y homosexuales a la hora de recibir indemnización por fallecimiento del compañero en accidente de tráfico. Las «uniones conyugales de hecho consolidadas» comprenden las parejas estables de hecho heterosexuales y homosexuales en las que exista una comunidad de vida y una relación de afectividad análoga a la matrimonial, porque así deben ser interpretadas las reglas del Grupo I de la Tabla I del SVDP, dado lo establecido en los artículos 14 CE, 5ª.1 LOPJ, y 3ª.1 CC.

Supuesto especial es el en que se quedan los hijos en caso de fallecimiento del padre, pues éstos son automáticamente beneficiarios de la indemnización. La Ley 30/95 concede a los hijos la indemnización por cabeza, de tal manera que cada uno de ellos tiene derecho a una indemnización básica de carácter fijo que no se altera aunque varíe el número. La Ley distingue las indemnizaciones de los hijos según éstos concurren o no con el progenitor cónyuge pareja estable supérstite. Igualmente las indemnizaciones variarán según que los hijos sean menores o mayores, y dentro de éstos que tengan o no más de 25 años. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2013 resuelve la 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 es el hijo.

Sin embargo, no se encuentra previsto en el sistema indemnizatorio de la Ley 30/95 la posibilidad de indemnización de otros descendientes y, así, los nietos, no figuran enumerados entre los posibles perceptores de una indemnización, ni siquiera en el caso que éstos acreditaran la convivencia o dependencia de los abuelos. Se rompe así con la doctrina jurisprudencial que no los descartaba como legitimados activamente para demandar indemnización. La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de noviembre de 2007 Sección 1ª reconoce la legitimación de una nieta, si bien con matizaciones, en el supuesto enjuiciado, teniendo en cuenta, primero, el estrecho vínculo de parentesco existente (abuela y nieta); segundo, que Rosario era la única ascendiente por vía paterna que restaba a la denunciante, puesto que su padre (hijo de la fallecida) había fallecido en 1979, es decir, cuando la denunciante apenas había cumplido dos años, constituyendo la finada desde entonces el referente de la familia paterna, lo que indudablemente reforzaba el lazo afectivo; y, tercero, que ambas residían en el mismo núcleo de población, lo que facilita la comunicación, se considera que el fallecimiento de la víctima del accidente forzosamente tuvo que provocar en la denunciante un sentimiento de pesar por la pérdida, sentimiento que no excluye ni puede estimarse relegado por el padecido por sus tías (hijas de la finada) y que constituye un dolor moral que debe ser indemnizado. Por lo que se refiere a la cuantía de la indemnización, ponderando la inexistencia de convivencia (de hecho nunca la hubo), el hecho de la mayoría de edad e independencia económica de la denunciante, y las cantidades fijadas por el

Baremo correspondiente a la fecha del accidente para los hijos de la víctima, se considera ajustado fijar en 3.000 euros el importe del montante indemnizatorio”.

En el texto del borrador del grupo de trabajo de la Comisión de Expertos, en su artículo 21.5 se reconoce expresamente que los nietos tendrán la consideración de perjudicados en caso de premoriencia del progenitor que fuera hijo del abuelo fallecido y perciben una cantidad fija con independencia de su edad.

A continuación del viudo y de los hijos vienen los padres, con exclusión de cualesquiera otros ascendientes, que estarán legitimados, siempre que acrediten haber convivido con el hijo muerto. Según la Ley 30/95 la indemnización de los padres variará según que concurren o no con el cónyuge o pareja estable y con hijos. Y, además, también contempla la posibilidad de indemnizar a los abuelos, no concurrendo cónyuge (o pareja estable), hijos ni padres de la víctima.

La cuestión relativa a la cuantía de la indemnización que corresponde a los padres, en el caso de muerte de hijos que carecen de cónyuge o de descendientes, ha sido resuelta por la jurisprudencia de la Sala penal del Tribunal Supremo tal como reconoce la sentencia de 5-3-2003, recogiendo el acuerdo de una Sala General celebrada el 14 de febrero de 2003, en el sentido de que “la cuantía indemnizatoria prevista en el Grupo IV de la Tabla I del Baremo, contenido en el anexo a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Probados, en el supuesto de fallecimiento de víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes, en tanto que expresamente se atribuye a los padres, ha de entenderse que se trata de la concesión del importe total a ambos progenitores conjuntamente, de modo que ni procede otorgar la totalidad de esa cantidad, legalmente fijada, a cada uno de ellos por separado, en caso de supervivencia de los dos, ni reducirla a la mitad de la prevista cuando fuere uno solo el superviviente”. Este mismo criterio es trasladable a la indemnización correspondiente a los abuelos por los nietos fallecidos⁵⁵.

⁵⁵ La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2009 reconoce la totalidad de la indemnización a un progenitor único de víctima de accidente de circulación fallecida sin hijos ni hermanos. El TS considera preferible otorgar el total de la indemnización prevista en la tabla «a los padres». No en vano, el progenitor que reclama esta indemnización tiene la condición de perjudicado principal y no secundario, lo que es decisivo a la hora de aplicar el criterio que en otros casos se ha venido aplicando, por ejemplo, a los abuelos. Es decir, el hecho de que el legislador haya considerado a apli-

Según el artículo 21-4 del borrador del grupo de trabajo ya mencionado, cada progenitor recibe un importe fijo en función de si el hijo fallecido tenía hasta treinta años o más. Cada abuelo tiene la consideración de perjudicado en caso de premoriencia del progenitor de su rama familiar y percibe una cantidad fija con independencia de la edad del nieto fallecido. Además el artículo 21-15 señala que el fallecimiento del único hijo el perjudicado constituye un perjuicio particular que se resarce mediante un incremento del veinticinco por ciento de la indemnización por perjuicio personal básico.

Con respecto a los hermanos, tanto la *praxis* jurisprudencial como la Ley 30/95 consideran a éstos como perjudicados, si bien el tratamiento resarcitorio de éstos es desigual, dependiendo de que concurren o no con cónyuge o hijos de la persona fallecida, así como el hecho que los hermanos sobrevivientes tengan más o menos de 25 años. En relación con la legitimación de los hermanos y el trato diverso que el sistema hace de los mismos es fundamental citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 190/2005 de 7 de julio, que resuelve en sentido negativo la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con la exclusión de los hermanos mayores de edad del catálogo de perjudicados/beneficiarios expresamente enumerados en el baremo y que declara: «1. La presente cuestión de inconstitucionalidad plantea la duda del órgano judicial que la promueve sobre la conformidad con la Constitución de varios preceptos de la Ley que, a partir de la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, se denomina Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante LRC), denominación que sustituye a la anterior de Ley de uso y circulación de vehículos de motor que venía ostentando el texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo. Los preceptos cuya constitucionalidad se cuestiona se introducen por la citada Ley 30/1995, y son en concreto el artículo 1.2 en relación con los puntos 1 y 4 del apartado primero del anexo y la tabla I de éste, en cuanto son de aplicación al caso que debe resolverse en el proceso a quo y el fallo de éste depende de lo que sobre la constitucionalidad de las normas cuestionadas aquí se decida. El art. 1.2 LRC establece que “los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro

de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley”».

La sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil de 12 de febrero de 2008 afirma que “los hermanos también pueden ser perjudicados, siempre que a la relación de parentesco se añadan otros daños esenciales como la pérdida de la convivencia, la dependencia económica, u otros supuestos de parecida entidad que pierden su fuerza y eficacia en los casos de abandonos prolongados, desentendimiento de obligaciones familiares, rotura de esos vínculos, ignorancia de paradero u otras causas parecidas que suponen la rotura material y moral de aquéllos de manera voluntaria y consciente”. Sobre el perjuicio moral por la muerte de un hermano puede verse también la STS de 4 de julio de 2005 afirma que tienen derecho a la indemnización “en defecto de otros familiares más cercanos, pues el vínculo de la común filiación, salvo en los casos en que se prueba un distanciamiento o rotura de la cohesión familiar, explica y justifica el dolor moral que genera la indemnización, dado que los hermanos están dentro de un orden natural de afectos”. Por su parte, la STS de 27 de noviembre de 2003 dice que el art. 113 CP considera legitimados para reclamar la indemnización a “quienes hubieran sufrido efectivos daños materiales o morales, debiéndose reservar esta segunda eventualidad a quienes efectiva y realmente, hayan padecido una severa aflicción por el fallecimiento de la víctima derivada de unas especiales relaciones previas de afectividad con éste y, desde luego, cabe advertir que la mera circunstancia de la consanguinidad no es elemento suficiente para determinar automáticamente la realidad de esa significativa afectividad, en ocasiones inexistente y que, sin embargo, se puede apreciar en relación a miembros más lejanos de la familia en la línea de consanguinidad o afinidad o, incluso, respecto a personas (que) son integradas en el ámbito familiar”. La STS de 5 de noviembre de 1990 afirmaba que “ha de atenderse en la ‘*pecunia doloris*’, sobre todo al vacío que deja la víctima en la reclamante, en sus sentimientos de afecto, en su grado de parentesco, permanente convivencia familiar con el perjudicado del que había de ser no sólo apoyo económico sino, sobre todo, afectivo”.

Según el texto del borrador de la Comisión de Expertos, cada hermano recibe una cantidad fija en función de su edad, según tenga hasta treinta años o más. A estos efectos, el hermano de vínculo sencillo se equipara al de doble vínculo.

Por tanto, podemos afirmar que el orden de prelación de los familiares de la víctima es el si-

guiente: en primer lugar el cónyuge supérstite o el conviviente *more uxorio*; en segundo lugar, los descendientes de cualquier clase de filiación; en tercer lugar los padres independientemente de la filiación y por último, los hermanos, sin distinción de vínculo doble o sencillo.

Con respecto a la legitimación activa de otras personas, no podemos olvidar que también podrá ser perjudicado un tercero que no sea pariente de la víctima, cuya legitimación activa está expresamente contemplada por el art. 113 del Código Penal, pero también es cierto que en la práctica será difícil indemnizaciones a favor de terceros sin más ligamen con la víctima que la amistad y el afecto, pues no es que se les niegue la posible repercusión afectiva que la muerte de la víctima pueda provocarles, sino que la misma no tiene adecuada relevancia para ser valorada en un plano jurídico trascendente.

Gracias a la analogía se pueden resolver situaciones que se pueden plantar en relación con determinados parientes que no están contenidos en las tablas pero que sin embargo mantienen con la víctima fallecida relaciones afines de afecto; así los perjudicados hermanos menores de 25 años, pero menores de edad que concurren con padres y abuelos de la víctima; los perjudicados hijastros de la víctima en situación similar a los hijos, así, la STS 17 de septiembre de 2001 entendió que quien había ejercido de ‘padre de hecho’ de la menor fallecida en accidente de tráfico debía equipararse al padre biológico y considerarse incluido como perjudicado en el grupo IV de la tabla I del baremo. Los perjudicados nietos de la víctima en caso de premoriencia del progenitor viudo, de la misma línea especialmente cuando quedan en situación de desamparo; los perjudicados primos tíos y sobrinos con una relación análoga a las de parentesco contemplados en las tablas; el perjuicio de los novios o prometidos; los hermanos mayores perjudicados no incluidos en alguno de los grupos previos al grupo V⁵⁶. La senten-

cación rigurosa del principio de asignación de la indemnización, puede ser entendible cuando los beneficiarios resulten ser perjudicados de carácter secundario, como es el caso de los padres en los Grupos I, II y III, pero no es aplicable este argumento en el supuesto analizado, puesto que aquí el padre o la madre es el único y principal beneficiario de la eventual indemnización. También en ocasiones pueden considerarse como perjudicados a los abuelos; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª de 12 de abril de 2004 en un accidente de circulación en el que mueren los padres y sus dos hijas reparte entre los abuelos la indemnización por el fallecimiento de las nietas. En este caso la abuela única recibe la totalidad de la indemnización que le hubiese correspondido a ambos abuelos.

⁵⁶ Cf. Xiol Ríos, J. A.

cia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3ª de 22 de noviembre de 2006 consideró como perjudicada a la sobrina de la fallecida, que si bien no sufrió perjuicio económico por la muerte de su tía, sin embargo, si un daño moral que se valoró dentro del previsto asimilable a los hijos.

Sin embargo, la lectura de las sentencias del Tribunal Constitucional no sugiere una clara respuesta a esta problemática. Es cierto que la STC 244/2000 de 16 de octubre parecía dejar la puerta abierta a esta posibilidad al decir que, si no se había concedido una indemnización por daños morales a las sobrinas de una mujer fallecida en el ámbito de la circulación, era porque no se había probado la efectiva existencia del daño. Luego, a sensu contrario, parece que, si se hubiera demostrado la realidad del mismo, hubiera procedido la indemnización. Lo que sí se consideró probado fue la existencia de unos gastos de sepelio y funeral que debían ser indemnizados⁵⁷.

El sistema vinculante, merece a nuestro parecer alguna crítica, sobre todo con respecto a las indemnizaciones por causa de muerte. Así, la primera de ellas es el hecho de establecer una enumeración legal y cerrada de perjudicados,

de modo que solo podrán ser considerados como tales aquellos que de manera expresa están recogidos en la Tabla I, y consecuentemente no tendrán derecho a indemnización otras personas que aún sufriendo daños, tanto morales como patrimoniales como consecuencia del fallecimiento del ser querido, no están, sin embargo, recogidos en la citada Tabla.

De este modo debemos partir en principio, del catálogo de personas consideradas como perjudicadas que se recoge en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, recogido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y en donde se encuentran aquellos a quienes el mencionado sistema les reconoce el derecho a ser indemnizados en los supuestos de fallecimiento como consecuencia de un accidente de tráfico. Pero sucede que en muchas ocasiones puede plantearse el supuesto de indemnizaciones que pudieran corresponder a personas que perfectamente pueden considerarse perjudicados por la muerte de otra en un accidente de circulación, y que sin embargo no aparecen contempladas como tales en el mencionado sistema⁵⁸.

O al contrario, es decir, supuestos en los que a pesar de existir aquellas personas que el sistema de valoración considera expresamente como perjudicados, éstos no deben considerarse como tales y ello por no darse en los mismos los requisitos necesarios para adquirir la condición de perjudicados. Así por ejemplo,

⁵⁷ En concreto, el Tribunal afirmó que no se vulneraban preceptos constitucionales porque “el fundamento de la decisión de no concederles indemnización por otros conceptos reside en no haber acreditado que el fallecimiento de su tía les haya ocasionado otros daños o perjuicios cuantificables económicamente. En consecuencia, no puede sostenerse que la resolución impugnada haya incurrido en la discriminación prohibida por el art. 14 CE, pues no niega la indemnización por razón de las personas que la solicitan, sino por no considerar probado el presupuesto del que podía derivar el derecho a ser indemnizadas, esto es, un daño o perjuicio económicamente evaluable”. Y añade que “el fundamento de la decisión de la Audiencia de restringir la indemnización concedida en primera instancia no reside en la automática aplicación de la Ley 30/1995, ni en la exclusión de los sobrinos del elenco de perjudicados, pues, si ello hubiere sido así, podría habérselo negado la legitimación como partes en el proceso. Sin embargo, lejos de efectuarse tal exclusión, se analizó la pretensión indemnizatoria de las sobrinas, concluyéndose en la falta de acreditación de daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el fallecimiento de su tía cuantificables económicamente, al margen de los que derivan del pago de los gastos de sepelio”. Es decir, el TC sostiene que la denegación de la indemnización en este caso no responde a que los sobrinos no se contemplen como perjudicados por la LRCSVM, sino a que la realidad del daño ocasionado por la muerte de la tía no ha quedado probada. Por tanto, parece que el TC asume aquí la tesis de que la LRCSVM establece una presunción sobre quienes son los perjudicados por el fallecimiento de una persona pero permite desvirtuarla demostrando que personas no recogidas en el baremo han sufrido un efectivo perjuicio. Pero en la medida en que se trata de una presunción es quien alega el perjuicio quien debe demostrar su existencia.

⁵⁸ La Sentencia de la AP de Sevilla de 26 de Diciembre de 1997 donde se reconoce como perjudicada a la sobrina de una víctima en accidente de circulación que sólo deja como parientes a una hermana y a dicha sobrina (quien a su vez es hija de la anterior). Nos encontramos por tanto ante un supuesto en el cual se niega el derecho a ser indemnizada, a quien en un principio puede aparecer como única perjudicada según el tenor literal de las normas que integran el sistema de valoración, y ello para conceder tal derecho a una sobrina de la víctima quien como tal no viene reconocida como perjudicada en el mencionado sistema. Todo ello basando tal pronunciamiento en la propia aplicación de las normas del sistema de valoración, las cuales entiende que “son verdaderas normas jurídicas, y no simples reglas técnicas o aritméticas. Quiere ello decir que, para alcanzar el correcto entendimiento de los preceptos del sistema y para aplicar adecuadamente sus diversas tablas, incluso en los puntos más elementales, es menester pertrecharse del mismo arsenal hermenéutico que, para interpretar y aplicar cualquier otra norma jurídica, acudiendo a los criterios interpretativos que suministra el art. 3 CC, y, en su caso, a la integración analógica de las normas que admite su art. 4.1. De ahí que nos haya parecido importante establecer, ante todo, con el resultado que acabamos de exponer, cuales son los principios orientadores del sistema en materia de determinación de los titulares del derecho al resarcimiento”.

la inclusión del cónyuge separado de hecho en el listado de perjudicados de la Tabla I ha sido objeto de crítica en la doctrina. Se ha puesto de manifiesto que carece de sentido considerarlo perjudicado cuando la convivencia y la afectividad han desaparecido, así como los vínculos económicos⁵⁹.

De hecho, en la STC 163/2001, de 11 de julio (RTC 2001/163) se analizaba un caso en que se niega que la esposa separada de hecho durante un periodo entre 30 y 40 años haya sufrido un efectivo perjuicio por lo que se equipara así la separación de hecho a la separación legal en la que según el baremo no correspondería indemnización. También la STS de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8970) enjuiciaba un caso en que se moduló la indemnización por daños morales de unos padres por la pérdida de su hija en un accidente con un vehículo de motor debido a que previamente la habían abandonado y maltratado si bien el supuesto sucedió antes de la entrada en vigor de los baremos⁶⁰.

Hay quien opina que los perjudicados que aparecen en las Tablas no son una relación cerrada y se podrían tener en cuenta otros; en este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 2006 entiende que el baremo es vinculante en el sistema tabular de cuantificación de daños así como en relación a los factores de individualización previstos como factores de corrección o de concreción de índices, pero no lo es, entre otros aspectos, ni en la determinación del causante del daño ni en la determinación de los perjudicados, aspecto éste último que debe de quedar para la determinación judicial pues es preciso recordar que el status de perjudicado en caso de fallecimiento no deriva de la relación de parentesco con el fallecido, sino que dimana del perjuicio material y moral que se le causa derivado del siniestro, esto es, no es *iure hereditatis*, sino *ex delicto*,

⁵⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001.

⁶⁰ No obstante la jurisprudencia acude a la analogía para poder considerar como perjudicados a sujetos no contemplados expresamente en la Tabla, así es como se contempla en la Sentencia de la AP Cuenca de 29 de Marzo de 1999 en la cual se reconoce que "ante las importantes omisiones de la tabla I, entiende la doctrina que esos vacíos deben resolverse utilizando la técnica de la analogía, pues el hecho de que las reglas aplicables vengán recogidas en cuadros de modo numérico, no obsta a que constituyan preceptos jurídicos de rango legal y les sean plenamente aplicables todos los principios propios de la actividad de interpretación de aplicación de las leyes, particularmente en lo relativo a la apreciación y modo de suplir las lagunas legales, como implícitamente autoriza el Legislador al incluir en las tablas notas a pie de página con determinadas equiparaciones...".

por ello en cada caso el juez o tribunal deberá indagar quien o quienes han quedado desamparados y desasistidos moral y económicamente a consecuencia del fallecimiento, cuestión, estrictamente reservada a la decisión judicial a la vista del caso concreto, con independencia que identificados los perjudicados, la cuantificación de sus perjuicios se efectúe de acuerdo con las previsiones del baremo⁶¹.

Así, por ejemplo, la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres de 13 de febrero de 1995, declara que el derecho al resarcimiento por los perjuicios causados en caso de muerte corresponde a quienes resultan perjudicados por el dolor que produce la pérdida del ser querido y por la pérdida de asistencia económica que proporcionara el fallecido, sufriendo tales perjuicios las personas ligadas con la víctima por vínculos próximos de familia, afecto, convivencia real, dependencia económica y situaciones similares, sin que haya razones que impidan la apreciación de la existencia de una pluralidad de perjudicados.

Es opinión compartida, por ejemplo, la de considerar como perjudicados a los sobrinos cuidadores de la víctima mortal de un accidente de circulación que fallece soltero y sin hijos, y ello dada la existencia de una importante relación de unión y afecto existente entre ellos y el difunto, aún a pesar de que los sobrinos (como tal grado de parentesco) no aparezcan como perjudicados en el catálogo mencionado que recoge el sistema de valoración. Si el sistema legal equipara expresamente la convivencia *more uxorio* al matrimonio, no hay razón para no equiparar la convivencia *more filiale* a la relación paterno filial. En este sentido la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Navarra de 29 de diciembre de 2000 declaró que "ciertamente en el sistema de valoración de daños y perjuicios causados, que como anexo figura en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, su tabla I, no contempla en los supuestos de víctima sin cónyuge y con todos sus hijos mayores de edad, como perjudicados a los nietos (hijos de un hijo suyo premuerto), ahora bien,

⁶¹ A título de ejemplo Xiol Ríos cita diversos supuestos en los que existe una relación de afectividad a la que se presume por su parentesco con los legalmente establecidos; así se refiere a hijastros de la víctima. en situación similar a los hijos, nietos de la víctima, los perjudicados primos, tíos y sobrinos con una relación análoga a las de parentesco contemplados en la tablas. El perjuicio de los novios o prometidos etc. Cf. Xiol Ríos, J. A. *El sistema de valoración de los daños personales en accidentes de circulación. Reflexiones para una posible modificación*.

ello no impide, a juicio de este Tribunal, considerarles como perjudicados, aunque no se les contemple en el Baremo en tal cualidad”⁶².

Por tanto, a veces se ha venido concediendo la indemnización por muerte a otros perjudicados no contemplados en el Baremo y en los que no existía relación conyugal de hecho ni de derecho. En todos estos supuestos los Tribunales suelen fundamentar sus resoluciones en el hecho de la convivencia y ayuda mutua entre perjudicados y fallecido, e incluso en las expectativas de consolidación de la convivencia en el caso de prometidos próximos a contraer matrimonio⁶³.

⁶² La STC 244/00, de 16 de octubre, no resuelve directamente la cuestión, pero sí aporta la luz suficiente para extraer una respuesta al indicar que “la decisión de la Audiencia Provincial se sustenta en la idea de que, en principio, “los sobrinos de la víctima no figuran en ninguno de los cinco grupos de familiares relacionados” en el citado Anexo, por lo que “no tienen la condición de beneficiarios de indemnización alguna... por el mero hecho de serlo...”, de forma que “no se establece legalmente en su favor una cuantificación económica del perjuicio sufrido por la pérdida del familiar, entendida como un dejar de existir, desapareciendo la relación parental y los lazos de cariño que, debe presumirse, conlleva”. Pero también sostiene que, no cabiendo legalmente esa indemnización automática basada en la presunción legal del perjuicio por la pérdida del familiar, hubiera sido posible indemnizar a los sobrinos si se hubiera acreditado en el proceso que el fallecimiento de su tía les había ocasionado un daño o perjuicio cuantificable. Por ello, la Sentencia les concede como indemnización la correspondiente a la cuantía de los gastos de sepelio, en cuanto se acredite en ejecución de Sentencia haber satisfecho su pago, y, por ello, les niega, al mismo tiempo, la indemnización por otros conceptos al no haberse probado “que como consecuencia del fallecimiento de la víctima hayan sufrido daño o perjuicio cuantificable” ajeno al conectado con el pago de los gastos del sepelio”. Y el Tribunal Constitucional continúa diciendo que “se trata, en consecuencia, de una interpretación realizada por la Audiencia Provincial de Burgos que no puede estimarse vulneradora de ninguno de los derechos fundamentales alegados. En primer término, no resulta cierto que se haya negado toda indemnización a los sobrinos por el hecho de no formar parte del elenco de los parientes considerados perjudicados con derecho a la indemnización en aplicación automática de la Ley 30/1995, pues, como acaba de señalarse, se les concede una indemnización para poder resarcirse de los perjuicios económicos ocasionados por el fallecimiento de su tía, si se acredita que pagaron los gastos del sepelio. De otra parte, el fundamento de la decisión de no concederles indemnización por otros conceptos reside en no haber acreditado que el fallecimiento de su tía les haya ocasionado otros daños o perjuicios cuantificables económicamente. En consecuencia, no puede sostenerse que la resolución impugnada haya incurrido en la discriminación prohibida por el art. 14 CE, pues no niega la indemnización por razón de las personas que la solicitan, sino por no considerar probado el presupuesto del que podía derivar el derecho a ser indemnizadas, esto es, un daño o perjuicio económicamente evaluable”.

⁶³ Cf. Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5 de febrero de 1999, donde se concede la indemnización a los hijastros; sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúz-

Como se ha afirmado, la fórmula adoptada por el sistema para la determinación de los perjudicados así como de las cuantías, es demasiado restrictiva, y el legislador debería de haberse adaptado a la estructura familiar actual⁶⁴. En definitiva no se debería de negar el reconocimiento de perjudicados a aquellas personas que, a pesar de serlos no vengan reconocidas como tales en el sistema de valoración. Y ello dado que el criterio que debe primar a la hora de otorgarles tal condición, no debe ser el que aparezcan o no como tales en el citado catálogo de perjudicados o beneficiarios que contiene el sistema, sino que tal y como venimos señalando, pueda apreciarse en los mismos un verdadero perjuicio, atendiendo al conjunto de circunstancias que han rodeado su relación con la víctima del accidente de circulación en virtud del cual nace el derecho a la indemnización correspondiente.

Es decir a pesar de los establecido expresamente en el Baremo la jurisprudencia acepta la aplicación analógica a los denominados parientes extratabulares, a los cuales considerará también perjudicados y por ello legitimados para obtener una indemnización. En este sentido merece la pena mencionar la reciente sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de 26 de marzo de 2012; la citada sentencia atribuye por vía analógica la condición de perjudicado al primo hermano de la víctima que convivía con ella en régimen de acogimiento familiar permanente. Según la sentencia, El artículo 1.2 LRCSCVM 1995 –aplicable por razones temporales– establece que “los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificará en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley”. Este carácter vinculante del sistema ha sido proclamado constantemente por la jurisprudencia de esta Sala respecto de la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidentes de circulación (salvo que sean consecuencia de delito

coa de 15 de noviembre de 1999 que concede indemnización a los nietos; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de junio de 1996 considera como perjudicados a los primos, la de la Audiencia Provincial de Badajoz de 9 de septiembre de 1997 a los tíos y la de la Audiencia Provincial de Granada de 11 de mayo de 1999 a los sobrinos.

⁶⁴ HERNÁNDEZ CARRILLO FUENTE, J. M. *Argumentos Legales en torno al sistema e valoración de daños corporales Ley 30/95, y los perjudicados por fallecimiento*. www.asociacionabogadosrcs.org.

doloso; apartado Primero, punto 1 del Anexo), exista o no seguro y con independencia de si el aseguramiento es obligatorio o voluntario⁶⁵. Todos estos factores determinan que se tenga por existente el perjuicio moral del reclamante derivado de la muerte de su primo hermano, y que, por mor de su convivencia y vinculación afectiva *more fraterno* [como un hermano] con la víctima del accidente de circulación, no exista obstáculo para reconocerle, por vía de interpretación analógica, idéntica legitimación activa como perjudicado que la que se reconoce a los hermanos menores de edad que convivan con la víctima en el Grupo IV de la Tabla I respecto de víctimas fallecidas sin cónyuge ni hijos pero con ascendientes⁶⁶.

⁶⁵ Declara la sentencia que constituye doctrina de esta Sala (entre otras, STS de 31 de julio de 2009, RC n.º 247/2007) que entre las medidas de protección que deben adoptarse respecto de los menores que se hallen en situación de desamparo, el CC contempla la asunción por la Administración de la tutela del menor (artículo 172.1 CC) mediante el acogimiento familiar simple, de carácter provisional (artículo 173.3 II y 173 bis.1.º CC) y el acogimiento familiar en las modalidades de permanente o preadoptivo, que deberá ser acordado por el juez si los padres se oponen (artículo 173 bis.2.º y 3.º CC). De conformidad con el artículo 173.1º CC, el acogimiento familiar «produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral». Por su parte, el artículo 172.4 CC establece, en relación con las medidas de protección que deben adoptarse en favor de los menores desamparados, que «se buscará siempre el interés del menor», sintagma de carácter absoluto que refleja la superior jerarquía que el ordenamiento, tanto constitucional como internacional, atribuye al principio favor minoris o interés del menor, como principio superior que debe presidir cualquier resolución en materia de protección de menores (artículo 39 CE, Convenios Internacionales Nueva York, Convención de las Naciones Unidas de 1989). En consecuencia, ha de estarse a ese fin protector, que se predica de todo menor por igual y sin distinción, como factor a considerar para apreciar la identidad de razón que permita equiparar la situación del hijo menor de edad con la del menor acogido en orden a reconocerle una indemnización por el fallecimiento de un familiar. los vínculos afectivos, lejos de poderse poner en cuestión, resultan aun más acusados cuando de menores de edad se trata, por la importancia que para el desarrollo de su personalidad tienen los referentes paternos y familiares, y esos vínculos, en particular con los hermanos, resultan más estrechos cuando se trata de alguien que ha perdido a sus padres biológicos. No existen razones objetivas para considerar que tales vínculos, que la ley presume respecto de la víctima para los hermanos menores de edad, no se traben con la misma intensidad por quien vive en régimen de acogimiento en análoga relación de afectividad, lo que permite asimismo presumir su condición de sujeto pasivo de un daño moral ligado a la pérdida del ser querido.

⁶⁶ En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra Sección 1ª de 15 de noviembre de 2007 declaró expresamente que “nos encontramos, por tanto, ante tipos abiertos que deberán ser integrados por los órganos jurisdiccionales ante las específicas características de cada caso en concreto. El efecto irradiante de la responsabilidad

El nuevo sistema previsto por la Comisión de Expertos mencionada en páginas anteriores, propone abandonar la idea de grupos excluyentes de perjudicados y establece cinco categorías: cónyuge viudo, ascendientes, descendientes hermanos y allegados. De forma que se individualizan los perjuicios resarcibles y las cantidades ya no dependen de la existencia de un perjudicado preferente. Además parte de la idea que tienen la condición de perjudicado las personas que están incluidas en la cinco categorías anteriores, si bien tal condición se presume *iusuris tantum*, en el sentido que admite prueba en contrario. La presunción se puede destruir si se demuestra que la conducta de estas personas es incompatible con la existencia de perjuicio debido a una desafección familiar manifiesta; y por el contrario se puede considerar como perjudicado a quien tanto si es perjudicado tabular como si no lo es, ejerce las funciones correspondientes a una determinada categoría de perjudicado. Además la regulación que proponen elimina la convivencia como elemento determinante de la cuantía de la indemnización⁶⁷.

Según el artículo 11-8 tienen la condición de sujetos perjudicados, en caso de fallecimiento

civil derivada de un hecho delictivo beneficia no solo al núcleo familiar, entendido en un sentido amplio, sino también a los terceros que no tengan vinculación parental de carácter formal con el perjudicado o la víctima del delito, pero sí relaciones afectivas de hecho. La indemnización comprende no solo los perjuicios materiales que pueden ser objeto de una prueba específica, sino también los daños morales que difícilmente pueden ser fijados mediante pruebas concretas. Abundando en este último punto, la jurisprudencia tiene declarado que la simple relación parental o familiar, no es suficiente para hacer surgir un derecho indemnizatorio, ya que, a su mera existencia hay que añadir la condición de perjudicado moral o materialmente por el hecho delictivo; mas también la propia jurisprudencia reconoce que los daños morales determinados por la aflicción y dolor sufrido por la pérdida de una persona con la que se tenía una situación de afecto no necesitan de especiales acreditaciones más allá de la expresión de la existencia de la relación de parentesco, que, en condiciones normales, evidencia por sí misma esa aflicción o “doloroso vacío” determinante de la indemnización. Ahora bien, para fijar las cantidades correspondientes se debe seguir un orden lógico de afinidad, de modo que los más inmediatos sean quienes las reciban con exclusión de los demás, pues de seguirse un criterio distinto, tendría que distribuirse el montante total de la indemnización entre todos aquellos que de alguna manera hubiesen sido afectados moral y materialmente, cualquiera que fuese el grado de su dolor, con quiebra del principio general que rige en materia de indemnizaciones de perjuicios morales y materiales que prima, como es natural, a quien haya sufrido de forma más directa y palmaria el detrimento producido por la separación de la persona que constituyera su centro económico o afectivo”.

⁶⁷ Cf. MARTIN CASAL. M. Para una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal (“Baremo”). Líneas Generales de los trabajos de la “Comisión de expertos”. Indret 4/2012.

de la víctima, las personas mencionadas en el artículo 21-2, y en los otros supuestos la víctima del accidente. A los efectos de esta ley se considera que sufre el mismo perjuicio resarcible que el cónyuge viudo el miembro supérstite de una pareja de hecho estable constituida mediante inscripción en un registro o documento público o que haya convivido un mínimo de un año inmediatamente anterior al fallecimiento o un periodo inferior si tiene un hijo en común. Excepcionalmente los familiares de víctimas fallecidas mencionados en el artículo 21-2 así como los de grandes lesionados, tienen derecho a ser resarcidos por los gastos de tratamiento médico y psicológico que reciban durante un máximo de seis meses por las alteraciones psíquicas que, en su caso, les haya causado el accidente.

Según el artículo 21-2 existen las siguientes categorías de perjudicados: el cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y los allegados; tiene la condición de perjudicado quien está incluido en alguna de dichas categorías, salvo que concurren circunstancias que supongan la inexistencia del perjuicio a resarcir. Igualmente tiene la condición de perjudicado quien, de hecho y de forma continuada, ejerce las funciones que por incumplimiento o inexistencia no ejerce la persona perteneciente a una categoría concreta o asume su posición.

Así vemos como una novedad supone el hecho de introducir como perjudicados a los denominados allegados, que se deben de configurar de una manera muy restrictiva como aquellas personas que sin tener la condición de perjudicados legales, hubieran convivido con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad. Cada allegado percibe una cantidad fija cualquiera que sea su edad (artículo 21-7).

V. Bibliografía básica recomendada

ALARCÓN FIDALGO, J.: *'La valoración de los daños a la persona en la práctica judicial'*. Revista Española de Seguros, 1989.

ALBIEZ DHORMAN, J.: *'El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo'*. Revista Derecho Privado, 1998.

ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *'La responsabilidad por daño moral'*. Anuario Derecho Civil, 1966.

CLIMENT RIPOLL, A. J.: *'El daño corporal. Criterios indemnizatorios. Especial referencia a los acci-*

dentos de circulación'. Iures Gesa, Boletín de Información Jurídica, 1996.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: *'Sobre la eventual limitación de la cuantía de las indemnizaciones en daños derivados de la circulación'*. Documentación Jurídica, 1995.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *'La indemnización por causa de muerte'*. Anuario Derecho Civil, 1956.

DE LAMA AYMÁ, A.: *'La muerte de un familiar en accidente de tráfico: cuestiones controvertidas con ocasión de la STS de 1 de abril de 2009'*. Indret 2/2010.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: *'El derecho a reclamar la indemnización por incapacidad temporal y lesión permanente es transmisible a los herederos y es compatible con la indemnización por daños a los familiares por fallecimiento cuando fue consecuencia directa del accidente de tráfico que provocó las lesiones'*. Centro de Estudios de Consumo notas jurisprudenciales.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, I.: *Valoración y resarcimiento del daño corporal*. Madrid 1997. Editorial Marcial Pons.

**GARCÍA BLÁZQUEZ PÉREZ, M.-GARCÍA BLÁZQUEZ PE-
REZ, C.:** *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*. Editorial Comares, Granada 2006.

GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil por daño moral, doctrina y jurisprudencia*. Barcelona 1990. Editorial Bosch.

GÁZQUEZ SERRANO, L.: *La indemnización por causa de muerte*. Madrid 2000. Editorial Dykinson.

HERNÁNDEZ CARRILLO FUENTE, J. M.: *'Argumentos Legales en torno al sistema e valoración de daños corporales Ley 30/95, y los perjudicados por fallecimiento'*. www.asociacionabogadosrcs.org.

JIMÉNEZ GARCÍA, J.: *'Los baremos vinculantes'*. Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro. 1995.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: *'La regulación de los daños en accidentes de circulación es España'*. XVIII Congreso de la Asociación Hispano Alemana de Juristas. Bamberg junio 2012

LÓPEZ JACOISTE, J.: *'Reflexión sobre la indemnización por causa de muerte'*. Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis La-cruz Berdejo. Volumen II.

MAGRO SERVET, V.: *'¿Es transmisible a los herederos un derecho indemnizatorio derivado de un accidente de tráfico cuando éste no fue ejercitado todavía en vida siendo la muerte ajena al siniestro?'* Tráfico y Seguridad Vial. Nº 139, Sección Doctrina Julio-Agosto 2010.

MARTIN CASALS, M.: *'¿Hacia un baremos europeo para la indemnización de los daños corporales? Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas'*.

MARTIN CASALS, M.: *'Una primera aproximación a los "Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil"'*. www.indret.com.

MARTIN CASALS, M.: *'Para una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal ("Baremo")'*. Líneas Generales de los trabajos de la 'Comisión de expertos'. Indret 4/2012.

MARTIN CASALS, M.: *'Conceptos perjudiciales (heads of damages) en la indemnización por muerte y lesiones personales en europa'*. Indret 2013.

MEDINA CRESPO, M.: *'La valoración de los daños personales causados en accidentes de circulación. El sistema de la Ley 30/95 como instrumento para la efectividad de la reparación íntegra'*. La Ley, 1997.

MEDINA CRESPO, M.: *'La valoración legal del daño corporal'*. Madrid 1997. Editorial Dykinson.

NUEDA GARCÍA, A.: *'La valoración del daño corporal'*. La Ley 1992.

PANTALEÓN PRIETO, F.: *'La indemnización por causa de lesiones o muerte'*. Anuario Derecho Civil, 1989.

PANTALEÓN PRIETO, F.: *'Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas'*. Documentación Jurídica, 1995.

PANTALEÓN PRIETO, F.: *'Indemnizaciones tasadas, subvenciones indirectas: la valoración de los daños personales en el proyecto de ley de supervisión de los seguros privados'*. Revista de Responsabilidad Civil Circulación y Seguro, 1995.

RIBELLES ARELLANO, J.: *'Sistema de indemnización tasada vinculante para los órganos judiciales'*. Revista de Responsabilidad Civil Circulación y Seguro, 1996.

RUIZ VADILLO, E.: *'La ley 30/1995, de 8 de diciembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados: los baremos'*. Revista Española de Seguros, 1996.

SANTOS BRIZ, J.: *'Valoración de los daños personales y el baremo de la nueva Ley de seguros'*. La Ley, 1995.

SOTO NIETO, F.: *'Fundabilidad del sistema de baremos en la valoración de los daños personales. Garantías de acierto y arraigo'*. Revista Española de Seguros, 1996.

SUÁREZ ROBLEDANO, J. M.: *'Indemnización por daño corporal'*. Actualidad Civil, 1995.

TASENDE CALVO, J.: *'Sistema legal de valoración de los daños personales. Aspectos constitucionales. Baremo y seguro obligatorio'*. Revista de Responsabilidad Civil Circulación y Seguro, 1997.

VATTIER FUENZALIDA, C.: *'Los daños de familiares y terceros por la muerte o lesiones de una persona'*. Centenario del Código Civil, Tomo II. 1989.

VICENTE DOMINGO, E.: *'Los daños corporales: tipología y valoración'*. Barcelona 1994. Editorial Bosch.

VICENTE DOMINGO, E.: *'Comentario crítico al baremo de daños corporales de la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado'*. Revista Española de Seguros, 1996.

XIOL RÍOS, J. A.: *'Breve impresión sobre el sistema de valoración del daño introducido por la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado'*. Revista Española de Seguros, 1996.

XIOL RÍOS, J. A.: *'El lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por la muerte'*. Revista de la Asociación Española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: *'Sistema de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual'*, Madrid, 2001.

El Seguro de Caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento contractual



Ignacio Pérez Calvo
Abogado. Doctor en Derecho

Sumario

- I. Introducción**
- II. Operativa y funcionamiento negocial**
 1. Formalización del seguro. El denominado sistema de doble póliza.
 2. Abstracción de la garantía a través del reconocimiento de carácter de título ejecutivo al certificado individual.
- III. Dificultades que plantea la objetivación del concepto de incumplimiento en la compraventa de viviendas**
 1. La no entrega de la vivienda como presupuesto de incumplimiento para la ejecución de la garantía.
 2. El concepto civil de incumplimiento contractual.
 3. Determinación jurisprudencial del documento que acredita la no entrega de la vivienda.
- IV. Cambio de escenario y nueva realidad socio-económica**
- V. La Ley 57/1968 y revisión de la idoneidad de atribuir carácter ejecutivo al certificado individual**
 1. Fundamento e interés jurídico protegido por la Ley 57/1968. Justificación de la imposición legal del concierto obligatorio del seguro.
 2. Idoneidad de atribuir carácter ejecutivo al certificado individual del seguro.
- VI. Conclusiones**

I.- Introducción

Dentro de las distintas tipologías o modalidades del seguro de caución, se encuentra la del denominado¹ afianzamiento de cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas, o seguro de caución de la Ley 57/1968², seguro que, en síntesis y en lo que aquí interesa, tiene por objeto garantizar la devolución de las cantidades entregadas por los compradores a cuenta del precio de las viviendas, en el caso de que los promotores de las mismas incumplan la obligación asumida en el contrato privado de compraventa del inicio de la construcción o de la terminación de la misma u obtención de la licencia de primera ocupación, en el plazo convenido en el propio contrato de compraventa.

Como todo seguro de caución, previsto normativamente en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro³, tiene por objeto asegurar un cumplimiento, y, en este caso, lo que se asegura es el cumplimiento por parte del tomador del seguro –la promotora inmobiliaria– de las obligaciones contractuales o legales contraídas con los asegurados –los compradores de las viviendas– asumiendo el compromiso de indemnizar, en caso de incumplimiento, los perjuicios que ese incumplimiento haya originado, perjuicios que, en esta tipología de seguro, se concretan en las cantidades anticipadas por los compra-

dores de las viviendas más los intereses de esas cantidades.

Sin embargo, la auténtica especialidad de esta modalidad de caución, que lo diferencia de cualquier otra tipología de este seguro, es que éste de afianzamiento de cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas, a pesar de estar formalizado entre operadores de carácter privado⁴, se trata de un seguro de concierto por imperativo legal; disposición legal que no solo impone su necesario concierto y formalización cuando por un promotor se proceda a iniciar un proceso constructivo de viviendas destinadas a domicilio o residencia de carácter familiar, sino que además establece el objeto de aseguramiento, el riesgo asegurado, así como el contenido mínimo del seguro.

Así lo viene a imponer la Ley 57/68, de 27 de julio (RCL 1968/1335) disposición legal que en su primer artículo dispone que “*Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes: Primera. Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido*”, extendiendo el artículo segundo de la citada Ley, el objeto de aseguramiento también a la obtención de la licencia de primera ocupación en ese mismo plazo⁵.

¹ Así se refiere a él la Orden de 29 de noviembre de 1968 (RCL 1968/2108) uno de los pocos cuerpos legislativos que se refieren a este tipo de seguro, legislación complementaria a la Ley 57/68. Orden que se denomina *Seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para su construcción*.

² Impropiamente se denomina en ocasiones como el seguro de caución de la construcción, lo que no es correcto en tanto en cuanto, en el ámbito referente a la construcción puede concurrir, no solo este tipo de seguro sino también los seguros previstos en la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, RCL 1999/2799 que regula la Ordenación de la Edificación (LOE), en concreto en su art. 19 respecto a las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción –aseguramiento obligatorio en los términos previstos en la Disposición adicional segunda de dicha Ley– o, más indirectamente, la Ley 4/2012, RCL 2012/946 sobre Alojamientos Turísticos que también establece un aseguramiento obligatorio aunque lo fuese de forma más específico en su antecedente legislativo - la Ley 42/1998 de 15 de diciembre, RCL 1998/2916 que regula los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y que establecía el aseguramiento de las cantidades entregadas a cuenta de la construcción en este tipo de contratación.

³ 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*”.

⁴ Resulta una especialidad en tanto en cuanto se formaliza entre operadores privados, ya que cuando se trata de contratación con el Sector Público, es normal que sea la Ley la que disponga su necesaria formalización para contratar con la Administración, y 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.

⁵ Ámbito de aplicación de la Ley 57/1968 extendido a la construcción de viviendas en ‘régimen de comunidad’ o a través de cooperativas, por Decreto 3114/1968 dictado al

La referida imposición legal no solo proviene de la vigente, aunque ciertamente vetusta, Ley 57/1968, sino que además ha venido a ser refrendada por la Ley 38/1999 de 5 de noviembre que regula la Ordenación de la Edificación (LOE), la cual, en su disposición adicional primera, establece que “la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968 de 27 de julio (RCL 1968/1335), sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, disposición que, por lo tanto, mantiene la expresa vigencia de la regulación anterior estableciéndose al respecto, tan solo, unas pequeñas modificaciones⁶.

En suma, con este seguro por expresa disposición legal se establece la obligatoriedad de suscribir el seguro, siendo también la propia Ley la que determina el contenido del mismo, a saber: las partes contratantes y lo que se garantiza con el mismo, esto es, la devolución de las cantidades entregadas por el comprador para la adquisición de la vivienda, en el supuesto de que por parte del promotor se incumpla el contrato respecto a las obligaciones asumidas por éste del inicio de la construcción o de la terminación de la misma y la obtención de la licencia de primera ocupación, en el plazo convenido en el contrato privado de compraventa.

Por ello y a la luz de esta regulación normativa, se puede constatar cómo es la Ley y no la voluntad de las partes, la que establece y concreta el objeto y los términos del aseguramiento. Es decir, el concierto y contenido de este seguro no proviene de un consenso de voluntades entre los contratantes que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, deciden establecer la relación jurídica y al mismo tiempo establecen el contenido exacto de ese negocio, esto es, la forma concreta de regularse entre ellos. Antes al contrario, este seguro se concierta por imperativo legal, porque así lo dispone el Orden Jurídico ya que estima que existe un interés jurídico específico digno de una especial protección –en este caso la protección de los compradores ante posibles abusos de

los promotores– que hace necesaria su intervención.

La razón de ser de esta intervención del Orden Jurídico la expone la propia ley 57/1968 en su Preámbulo a modo de Exposición de Motivos, donde explica que su dictado obedecía a la *justificada alarma que en la opinión pública* había producido la *reiterada comisión de abusos* que constituía una *grave alteración de la convivencia social*, explicando por ello que la finalidad que perseguía la ley era la de establecer *normas preventivas* que garantizaran la *aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto*⁷.

Es decir, el fundamento último de la Ley, su auténtica razón de ser, obedecía al intento de evitar los abusos que se estaban produciendo por los promotores de viviendas que estaban percibiendo cantidades anticipadas de los compradores de las mismas, tanto antes de iniciarse como durante su construcción, sin ningún mecanismo de garantía, y por tanto acaeciendo casos en los que, algunos de ellos, de forma fraudulenta estaban haciendo suyas esas cantidades anticipadas por los compradores sin destinarlas a su fin propio, es decir, sin destinarlas a la construcción. Esta situación justificaba la inmediata intervención del Orden Público para establecer mecanismos de garantía que no solo protegiesen al comprador, sino que además borrarán esa *justificada alarma social* que dichos abusos estaban ocasionando⁸.

Esta característica o singularidad condicionará toda la estructura de este negocio jurídico, ya

⁷ La citada Exposición de Motivos literalmente dice así: “*Es frecuente en los contratos de cesión de viviendas que la oferta se realice en condiciones especiales, obligando a los cesionarios por el estado de necesidad de alojamiento familiar en que se encuentran a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante ella. La justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos, que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto*”.

⁸ Por ello se establece en el artículo 1 apartado 2º de la Ley, el control mediante el ingreso de esas cantidades en cuenta bancaria especial de la que no se puede disponer si no es con finalidad relacionada con la propia construcción de las viviendas y con el consiguiente deber de control por parte de la entidad bancaria.

amparo de la disposición adicional de la Ley precisamente en orden a adaptar la aplicación de la misma a las comunidades y cooperativas de viviendas.

⁶ Siendo las primordiales, la confirmación de la extensión de la aplicación de esta normativa a la promoción de toda clase de viviendas –incluidas las realizadas en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa– la extensión de la garantía a las cantidades entregadas en efectivo metálico, la supresión del interés previsto al tipo fijo del 6% sustituyéndolo por el legal del dinero, y por último las multas por la no concertación del seguro a lo que haremos mención más adelante.

que aunque sea formalizado para regular relaciones jurídicas privadas, al ser producto de la intervención del Orden Jurídico y por ello representar un interés regulado normativamente, su control y aplicación por los Tribunales, en orden a concretar su contenido y efectos, no solo atenderá a lo querido o pretendido por las partes con el negocio, sino que atenderá principalmente a su regulación normativa, como representación objetiva del interés común representado en la misma.

Ejemplo claro de lo anterior lo constituye la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 13 de septiembre de 2013, Sentencia en la que, enjuiciando esta tipología de seguro de la Ley 57/1968 y su posible aplicación a supuestos de cooperativas de viviendas, se relega el propio contenido del contrato, en concreto el propio texto de los certificados individuales, frente a su regulación normativa dando preferencia a los cuerpos legislativos que lo regulan en detrimento de la voluntad de las partes presuntamente⁹ plasmada en el contrato y, en suma, primando el interés preferente referido a un valor o factor social como la convivencia social, con su relevancia jurídica plasmada tanto en el texto de la Ley como en su espíritu y finalidad recogido en su Exposición de Motivos, frente a una concepción individualista del negocio como medio de autorregulación de las partes de sus intereses privados.

Por todo ello, es decir, porque es característica de este seguro que se trata de un seguro obligatorio regulado normativamente, es por lo que cualquier análisis que se haga del mismo deberá estar condicionado y enfocado bajo este prisma.

II. Operativa y funcionamiento comercial

1. Formalización del seguro. El denominado sistema de doble póliza

Con independencia de su regulación normativa, esta modalidad aseguradora de la Ley 57/68, al igual que ocurre con los seguros de caución en su modalidad “general”, se configura con tres partes contratantes. Por un lado, la aseguradora, que contrata el seguro con el promotor y responde ante los compradores una vez

haya expedido a su favor el correspondiente certificado individual relativo a cada una de las viviendas. Por otro lado el promotor, que además de ser el tomador de la póliza es el obligado principal cuyo cumplimiento está garantizado por el seguro. Y por último, los beneficiarios del mismo, esto es los asegurados o compradores de las viviendas que con dicho seguro tienen garantizado el cumplimiento del promotor o en caso contrario la acción contra la aseguradora para verse resarcidos de los daños por su incumplimiento, con la devolución de las cantidades por ellos entregadas para la adquisición de las viviendas.

Por ello, este tipo de seguro también se configura al amparo del artículo 7 de la Ley de Contrato de Seguro, en el que tomador y asegurado son distintas personas con obligaciones y deberes diferenciados, aunque esta modalidad de la Ley 57/68, presenta la especialidad de que se formaliza mediante el denominado sistema de doble póliza, es decir, una póliza global suscrita entre asegurador y tomador o promotor, relativa a toda la promoción de viviendas, y la impropia llamada póliza individual –o propiamente denominados certificados individuales¹⁰– que se expiden para cada uno de los compradores de las viviendas¹¹.

De ahí que esta modalidad de la Ley 57/68 se configure como un seguro de grupo, seguro por el que la póliza colectiva, que es la formalizada entre la promotora y la aseguradora, es flotante o global, toda vez que tiene por objeto toda la promoción inmobiliaria, mientras que la llamada póliza individual, es decir el certifica-

¹⁰ Así se refiere a ella, y así la denomina expresamente –póliza individual– la Orden de 29 de noviembre de 1968 en su artículo 2 apartado b), a pesar de que esta nomenclatura haya sido objeto de censura, por ejemplo por **MALDONADO MOLINA**, quien considera un equívoco denominarla póliza individual, **MALDONADO MOLINA**, *Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compra de viviendas*, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, nº 37, Primer Trimestre Año 2011, p. 10.

¹¹ Así lo establece el art. 2 de la referida Orden cuando dispone que se formalizará un contrato colectivo entre asegurador y contratante para garantía de los adquirentes de viviendas con pagos anticipados y una póliza individual de seguro entre asegurador y asegurado como título de garantía a favor de este último, aclarando a esos efectos que “se entiende que contratante es el promotor, vendedor o cedente de las viviendas, deudor garantizado que contrata el seguro colectivo y que ha de pagar las primas; asegurado es el cesionario o adquirente de una vivienda con pagos anticipados, de cuyo reintegro queda garantizado; y seguro colectivo es el que se refiere al conjunto constituido por los asegurados adquirentes de una determinada finca o de una unidad orgánica de viviendas”.

⁹ Decimos que solo presuntamente representan la voluntad de las dos partes contratantes ya que los asegurados solo se adhieren a un contenido contractual predispuesto por la aseguradora, siendo llamativo cómo declara esa misma Resolución que el texto de los certificados individuales puede obedecer a una “estrategia de la aseguradora en previsión de un futuro siniestro, pero resulta ineficaz contractualmente”.

do individual que se entrega a cada uno de los compradores respecto de su vivienda concreta e individualizada, es lo que concreta el objeto del seguro –individualizando el riesgo, identificando al asegurado y cuantificando la suma asegurada– determinación que se produce tras la declaración de abono del cedente o tomador.

Es decir la póliza denominada colectiva, suscrita por el asegurador con el tomador –promotor de las viviendas– establece el marco global de afianzamiento de todas las posibles cantidades que puedan ser anticipadas por los compradores que vayan adquiriendo las viviendas de la promoción, y serán luego los certificados individuales expedidos a nombre y a favor de cada uno de los compradores concretos y determinados, los que identificarán exactamente a su titular, y además concretarán la obligación exacta que se asegura –la entrega y obtención de licencia primera ocupación en el plazo convenido– la cantidad máxima asegurada –que se corresponderá con las cantidades por ellos anticipadas o a anticipar para la adquisición de la vivienda según su contrato privado de compraventa– así como la fecha de inicio de la cobertura, individualización del riesgo asegurado que se referirá a la vivienda concreta e individualizada y especificada en cada certificado individual.

Ahora bien, este sistema de formalización del seguro a través del denominado sistema de doble póliza, ha venido comportando una serie de problemas tanto en lo que respecta a su formalización inicial, como en lo que respecta a su funcionamiento posterior.

En lo que se refiere al momento inicial de su suscripción, se presentan, desde un primer momento, una serie de dificultades de índole práctica derivadas principalmente de la imposibilidad de formalización del seguro con unidad de acto, es decir, la imposibilidad de que a la firma de la compraventa se haga entrega de la garantía. Esto, como así ya ha sido puesto de relieve¹², obedece a que los manuales de las compañías requieren que, para contratar el seguro, la promoción ya cuente con al menos el 50% de las ventas.

La consecuencia que se deriva de esta imposibilidad de unidad de acto en la formalización de la póliza y de los certificados indivi-

duales, y con ello de que la cobertura de cada asegurado se supedita a una previa actuación del tomador (quien debe comunicarle al asegurador la existencia de nuevos adquirentes de las viviendas para que se vayan expidiendo los correspondientes certificados individuales) ha sido que algunos promotores hayan aparentado disponer de las garantías o seguros exigidos por la Ley, cuando en realidad solo contaban con la póliza colectiva pero sin haber emitido luego esos certificados individuales¹³. Si además a ello se le une la inexistente sanción para los promotores –a pesar de la prevención legal¹⁴– en caso de incumplimiento de su obligación de suscribir el contrato de seguro, es fácil entender cómo la tónica habitual por parte de los promotores ha sido la de incumplir con su obligación legal no suscribiendo este tipo de seguro, llegándose a cifrar que según estimaciones hechas por las propias compañías de seguros, “en las viviendas libres solo el 30% de las promociones cumplen con lo establecido en la Ley 57/1968, elevándose esta proporción al 70% en las VPO, si bien existe quienes mantienen que el incumplimiento es muy superior, alcanzando al 97%”¹⁵.

En segundo lugar y ya superado ese momento inicial de la formalización del contrato, el problema de mayor calado que puede llegar a acarrear este denominado sistema de doble póliza es el que ha empezado a apuntarse y se ha llegado a plantear a raíz del dictado de alguna resolución judicial¹⁶ por la que se ha venido a declarar que solo con la formalización de la póliza global y por tanto sin necesidad de la expedición de los certificados individuales para

¹³ MALDONADO MOLINA, ob. cit., pág.12.

¹⁴ Tras la derogación de las sanciones penales previstas en la Ley 57/1968 quedan solo las sanciones administrativas de la Ley, las cuales han venido a ser calificadas de palmariamente escasas e insuficientes, imputándose a esta tibieza normativa la falta de su concierto. ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY y GÓMEZ DE LA SERNA, *El seguro en la construcción: un breve estudio sobre los seguros obligatorios*, Edit. Aranzadi, Actualidad Jurídica Aranzadi, num. 760/2008.

¹⁵ MALDONADO MOLINA, ob. cit., págs.11-12, donde se refiere tanto al porcentaje relativo a las VPO señalado por Carrasco Perera, como a esa prospección del 97% hecha por la Asociación Europea de Consumidores y Usuarios de Urbanismo.

¹⁶ Explica LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA en su estudio crítico sobre este asunto concreto, que en este sentido se ha dictado por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, el Auto de 1 de Junio de 2010, seguido por alguna resolución de los Juzgados de 1ª instancia de esa misma localidad, resolución que ha tenido por único precedente conocido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, de 30 de diciembre de 1999. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, *El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas y la posible ejecución de las pólizas colectivas*, Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, abril de 2011.

¹² En general, un estudio completo de este sistema de doble póliza se encuentra en Maldonado Molina, haciendo referencia expresa respecto a esta forma de operar de las compañías aseguradoras remitiéndose a lo ya dicho por Carrasco Perera, MALDONADO MOLINA, ob. cit., pág.12.

cada uno de los compradores de las viviendas, se puede llegar a entender que hay que conceder cobertura a todos los adquirentes que hayan anticipado cantidades para la adquisición de alguna vivienda en esa promoción. Es decir, los problemas que se pueden llegar a originar radican en la posibilidad de entender que los compradores de las viviendas están bajo cobertura, solo por el hecho de existir o de haberse emitido una póliza global y, por tanto, sin necesidad de que se haya expedido a su favor el correspondiente certificado individual relativo a su vivienda.

Esta más que dudable posibilidad ha saltado al debate jurídico dada la reciente resolución de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª, Auto de 1 de junio de 2010), resolución que condena a la aseguradora a indemnizar a los compradores de las viviendas aunque no se hayan emitido a su favor los correspondientes certificados individuales, condena que se justifica en base a que no puede la aseguradora enarbolar la bandera de su propio incumplimiento en la emisión de las pólizas individuales para eludir su vinculación jurídica derivada de la póliza colectiva de afianzamiento.

Esta cuando menos forzada interpretación judicial, como muy bien señala **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA** en el detallado estudio que hace a este respecto concreto, no parece que deba prosperar ya que en ningún caso puede ese contrato colectivo servir de título de garantía respecto de los concretos compradores de las viviendas, quienes no quedarán garantizados hasta que no tengan en su poder el correspondiente certificado individual, y ello por una razón clara y evidente: porque es el certificado individual el único documento que individualiza el riesgo asegurado y por tanto mientras no se haya individualizado el interés asegurado, esto es, mientras no se haya dado el presupuesto para individualizar ese riesgo, no puede nacer cobertura.

Por ello, como señala este autor, mientras no se emita el correspondiente certificado individual y, con ello, mientras no se individualice el riesgo, la compañía aseguradora no conoce ni la entidad del riesgo ni su importe económico, a lo que podríamos añadir incluso el desconocimiento de la identidad del asegurado, amén de la imposibilidad de cuantificar la prima que corresponde satisfacer por la cobertura del riesgo asegurado, extremos todos ellos que explican la imposibilidad de que sin la emisión de certificado individual pueda entenderse que existe garantía alguna para cada comprador en base





a la existencia de un contrato colectivo¹⁷ y ello menos aún en base a los argumentos esgrimidos por aquella resolución judicial¹⁸, plenamente desvirtuados doctrinalmente que por estos mismos motivos hacen prever que tendrán un escaso recorrido¹⁹.

En todo caso, y con independencia de los problemas que respecto a su operativa haya podido generar este sistema de formalización a través de la denominada doble póliza, lo trascendente a los efectos de este estudio es que la operativa de este seguro se articula no solo a través de la póliza colectiva, sino también con la emisión simultánea y/o sucesiva, según la adscripción de nuevos compradores, de los certificados individuales, certificados que confieren una acción directa a su titular frente a la aseguradora y que, como veremos a continuación, establecen cómo regirse entre ellos en los casos en que en virtud de ese título se ejecute la garantía²⁰.

¹⁷ Sustenta más que fundadamente el autor esta imposibilidad, acogiendo para ello en la posición del Tribunal Supremo, en la doctrina científica más especializada así como en la posición del Servicio de Reclamaciones de la Dirección general de Seguros y Fondos de Pensiones, citando en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 e abril de 1995, (RJ1995/2816), jurisprudencia menor de Audiencias Provinciales así como la Resolución de aquella Dirección General de 26 de septiembre de 1983, la Contestación de este Servicio fechada en abril de de 2009 o incluso su propio Informe Anual de idéntico año. **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, ob. cit. págs. 36-39.

¹⁸ Como vimos se sustenta aquella resolución judicial en que la Compañía aseguradora no puede intentar eludir sus responsabilidades en base a su propio incumplimiento, cuando, como muy bien expone este mismo autor, el incumplimiento en todo caso sería del promotor que es quien tiene la obligación de hacer la declaración de abono del tomador, esto es, comunicar a la aseguradora la existencia de los nuevos compradores, de los que ésta no tiene porque saber ni siquiera su existencia, motivo por el que en ningún caso se le podrá imputar o culpar por la no emisión del certificado individual, **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, ob. cit. Pág. 39, más aún si tenemos en cuenta que con cada emisión se genera una nueva prima a cargo del tomador que hace más plausible el olvido en esa comunicación.

¹⁹ Parece claro que, como señala **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, esta postura no tenga visos de mantenerse y en suma no sirva de pauta para ser continuada y crear ninguna doctrina jurisprudencial en orden a estimar la existencia de esa garantía y menos aún que la misma sea ejecutable por vía ejecutiva, siendo algo más discutible, como así apunta **MALDONADO MOLINA**, ob. cit. pág. 23, si en proceso declarativo se podría estimar responsabilidad de la aseguradora en base a un deber *in vigilando* incumplido.

²⁰ Aunque lo sea con las limitaciones propias de ser un documento creado unilateralmente por la aseguradora y por ello con la consecuencia de su ineficacia en lo que respecta a la limitación de los derechos de los asegurados en caso de no respetar lo dispuesto en el art. 3 de la LCS, todo ello como así ha tenido ocasión de resaltar la Sentencia del

2. Abstracción de la garantía a través del reconocimiento de carácter de título ejecutivo al certificado individual

Dejando ahora al margen la especialidad ya vista en esta modalidad de seguro en cuanto a su formalización mediante una póliza colectiva entre el asegurador y tomador, y centrándonos en su concreta operativa, se puede constatar que su forma de operar era y es muy parecida a la de cualquier otro seguro de caución, y ello porque también existen esas tres relaciones jurídicas, las cuales se sustentan en tres títulos independientes: el contrato principal garantizado, la póliza de seguro y el aval a primer requerimiento o, en este caso, el certificado individual de seguro.

Sin embargo esta tipología de seguro de la Ley 57/1968 difiere respecto al resto de seguros de caución en lo que se refiere a la abstracción de la garantía, es decir, en la forma de obtener ese automatismo en el funcionamiento de la garantía, automatismo entendido en el sentido de que, ejecutada la garantía, frente a ella nada se puede oponer relativo a la obligación principal garantizada, ya que, aunque ambas lo consiguen, lo hacen por caminos o medios completamente distintos.

Así, si bien esa abstracción en la caución 'general' se obtiene mediante los avales a primer requerimiento frente a los cuales nada relativo a la obligación principal garantizada se puede oponer²¹, en esta modalidad de aseguramiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas, esa abstracción o automatismo se obtiene a través del reconocimiento de carácter ejecutivo al certificado individual de seguro facilitado a cada uno de los compradores individuales de las viviendas, condición de título ejecutivo que se le atribuye la propia Ley 57/68, la cual en su artículo 3 dispone "*El contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del libro*

Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013 la cual, como hemos visto, ha venido a declarar incluso la absoluta irrelevancia del contenido de los certificados, en lo que respecta a limitaciones a los derechos de los asegurados compradores de las viviendas, en aquel caso concreto relativo a cooperativistas.

²¹ Esta falta de accesoria de la garantía articulada mediante avales a primer requerimiento 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*" Sentencia del Tribunal Supremo, St. n.º 735/2005 de 27 de septiembre, RJ 2005/6860.

II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley".

Pues bien, el hecho de que el certificado individual de seguro tenga carácter o condición de título ejecutivo, con nuestro sistema procesal vigente tras la reforma operada por la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, supone ese mismo automatismo en el funcionamiento de la garantía, en la medida en que la ejecución judicial de dicho certificado individual se asemeja al requerimiento de pago frente al que nada relativo a la obligación principal garantizada se puede oponer, ya que a la ejecución judicial de ese título no le está permitido, procesalmente, oponer ninguna cuestión que no sea exclusivamente aquellas relativas, básicamente, a la corrección formal del título y de la propia reclamación, estando, en todo caso, expresamente vedado oponer excepciones relativas a la obligación principal garantizada.

Y ello es así, porque nuestra actual LEC, cuando regula el proceso de ejecución -donde se prevé la posibilidad de ejecutar no solo los títulos ejecutivos no judiciales que expresamente allí se enumeran, sino también los que *por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución, (ex art 517.2.9²²)*- ha tenido especial cuidado en establecer unas concretas, determinadas y muy limitadas causas de oposición, tasadas en la propia ley, (concretamente en los artículos 557 y 559 de la LEC²³), limitación que como muy bien explica la Exposición de Motivos²⁴ de esta nueva LEC,

²² Donde insertaríamos a los certificados individuales de seguro en tanto en cuanto tienen reconocido la condición de título ejecutivo por la referida Ley 57/1968 aun cuando dicha remisión que hizo la Ley (promulgada en el año 1968) lo fuese a la Ley de Enjuiciamiento Civil entonces vigente (1881) y no a la actualmente en vigor, como así se ha declarado expresamente por la jurisprudencia menor a la que se hará mención más adelante.

²³ Preceptos que establecen los únicos motivos allí tasados que son susceptibles de oponer al despacho de ejecución basada en un título no judicial, a saber; como motivos de oposición de fondo, básicamente pago, compensación de crédito, pluspetición, prescripción y caducidad, quita, espera o pacto o promesa de no pedir, transacción, o por último que el título contenga cláusulas abusivas, y como motivos de oposición procesales, en síntesis, carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda y falta de capacidad o de representación del ejecutante.

²⁴ Ya advierte dicha Exposición que "*Ningún régimen legal de ejecución forzosa puede evitar ni compensar la morosidad crediticia, obviamente previa al proceso, ni pretender que todos los acreedores verán siempre satisfechos todos sus créditos. La presente Ley no pretende contener una nueva fórmula en esa línea de utopía. Pero si contiene un conjunto de normas que, por un lado, protegen mucho más enérgicamente que hasta ahora al acreedor cuyo derecho presente suficiente constancia jurídica*".

obedece a que, al tratarse de ‘genuinos’ títulos ejecutivos, nos encontramos ante *“instrumentos que, por poseer ciertas características, permiten al Derecho considerarlos fundamento razonable de la certeza de una deuda, a los efectos del despacho de una verdadera ejecución forzosa”* por lo que al tasar, es decir, al limitar los medios de oposición, se pretende evitar que la ejecución se convierta en *“una controversia semejante a la de un juicio declarativo plenario, con lo que podría frustrarse la tutela jurisdiccional ejecutiva”*.

Por ello, el hecho de que el certificado individual sea título ejecutivo y permita acceder directamente a un proceso de ejecución en el que las causas de oposición están previamente determinadas, tasadas y concretadas en la ley, sin que sea posible oponer ninguna otra de las allí previstas supone, de facto –sin que por otro lado nada obste a que la vía del proceso declarativo quede siempre abierta– esa abstracción de la garantía, en tanto en cuanto, ante esa ejecución surge de forma prácticamente automática el deber de pago de la aseguradora, ya que para ello simplemente se exige que se cumpla con el requisito de la corrección formal del título –en este caso del certificado individual– y la corrección de la propia reclamación, ya que en síntesis eso es lo que limita en cuanto al despacho de la ejecución lo dispuesto en los artículos 557 y 559 de la LEC.

En suma, y en lo que aquí importa, al despacho de ejecución de un certificado individual de seguro de cantidades anticipadas para la compra de una vivienda, no se puede oponer ningún otro motivo, ni de fondo ni de forma, que no sea de los previstos en aquellos preceptos adjetivos, lo que supone que no se pueda oponer nada, ningún aspecto, referente o relativo a la obligación principal garantizada, produciéndose, en virtud de esa limitación procesal, la abstracción de la garantía respecto de la obligación principal garantizada. De esta forma, este tipo de seguro opera de una forma similar a los seguros de caución articulados mediante aval a primer requerimiento, produciéndose en ambos casos, bien sea en un caso con el mero requerimiento del asegurado, bien sea en el otro con la demanda de ejecución, ese deber ‘cuasi automático’ de pago, ante el cual nada relativo a la obligación principal garantizada se puede oponer como excepción al pago.

Ahora bien, esta absoluta rigidez de nuestro sistema procesal vigente²⁵ y como consecuencia

de ello la imposibilidad de oponer al despacho de ejecución de un certificado individual cualquier causa de oposición que no sea una de las previstas en el art. 557 y 559 de la LEC, dándose incluso la imposibilidad de oponer el mismo cumplimiento de la obligación principal garantizada –por ejemplo dejando fuera del debate procesal si la obtención del certificado final de la obra supone su terminación y por tanto el cumplimiento de la obligación– originó que se llegase a poner en duda la condición de título ejecutivo del certificado individual.

La razón o fundamento de ello era bastante sencilla, una cosa es limitar las causas de oposición, y por ejemplo que no se pueda oponer a la ejecución del certificado individual que el retraso en la entrega de la vivienda estaba justificado por existir causas de fuerza mayor, estando vedado valorar éstas en dicho proceso ejecutivo, y otra muy distinta es privar al seguro de caución, como negocio de garantía que es, de su propia esencia, llegando a permitir la ejecución de un certificado o aval que lo que asegura es el cumplimiento de una obligación cuando esa obligación se ha cumplido²⁶, lo que supondría desnaturalizar este negocio jurídico por completo.

Esta inadmisión para el Orden Jurídico, desnaturalización de un negocio jurídico, originó que en los seguros de caución formalizados mediante un aval a primer requerimiento, esta abstracción o automatismo en el funcionamiento de la garantía –ciertamente buscada e incluso establecida convencionalmente por las partes– tuviese que matizarse jurisprudencialmente en el sentido de que una garantía no puede desvincularse por completo de la obligación garantizada que constituye su objeto, por mucho que se quiera superar la rigidez de la fianza ‘romana’ tradicional, y ello por la sencilla razón de que cualquier negocio de garantía impone que no puede haber obligación de pago por el garante sin un previo incumplimiento por parte del obligado principal. De ahí que haya tenido que establecerse jurisprudencialmente el que, en virtud del requerimiento de pago efectuado

de oponerse a la ejecución hipotecaria si no es exclusivamente por unas de las causas tasadas en la ley, régimen procesal que se declara *“puede menoscabar la efectividad que pretende garantizar la Directiva”* lo que ha originado la promulgación de la Ley 1/2013 de 14 de mayo (RCL 2013/718) por la que se modifica la LEC incluyendo en el art. 557 un 7º apartado por el que se establece una nueva causa de oposición a la ejecución consistente en que “el título contenga cláusulas abusivas”.

²⁵ Recientemente puesta en duda su validez por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual en la Sentencia dictada el 14 de marzo de 2013 en el asunto C-415/11 ha reprochado a nuestro sistema procesal vigente la imposibilidad

²⁶ Por ejemplo ejecutando el certificado individual junto con el burofax remitido y emitido unilateralmente por el comprador de la vivienda, operando la garantía por la mera alegación de parte de que se ha incumplido el plazo de entrega.

por el beneficiario del seguro formalizado mediante este tipo de aval, lo que se producía es una presunción de incumplimiento del obligado principal, quedando siempre y en todo momento a salvo la posibilidad del garante de oponer a la ejecución de la garantía, el cumplimiento de la obligación principal garantizada²⁷.

Siendo ello así para aquel tipo de seguro de caución, parece evidente que, por estas mismas razones, es igual de razonable entender que en esta modalidad del seguro tampoco se podrá privar por completo al garante de la posibilidad de oponer al despacho de ejecución de un certificado individual el cumplimiento de la obligación principal garantizada, ya que, como señalara esa misma jurisprudencia, privar de la posibilidad de oponer el cumplimiento de la obligación principal garantizada, también podría suponer desnaturalizar este negocio de garantía, contraviniendo, por un lado, el único fundamento sustantivo que lo regula directamente, esto es, el art. 68 LCS el cual dispone que con el seguro de caución lo que se asegura es el cumplimiento contractual, y por otro, por muy atípica que sea la figura²⁸, vulnerando las normas esenciales de la

²⁷ Es copiosa la doctrina jurisprudencial que así lo declara, estableciendo que siempre y en todo caso le estará permitido al garante "probar que el deudor ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél", como así se declara expresamente por la 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 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 consiguiente liberación del avalista*", la Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 979/2007 de 1 de octubre, RJ 2007/8087 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*".

²⁸ Como ha venido declarándose jurisprudencialmente, 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 Tribu-



fianza, las cuales –en concreto los arts. 1822 y 1827 CC– no permitirían la obligación de pago del garante sin un previo incumplimiento del obligado principal.

Como consecuencia de ello y con este mismo fundamento, llegó a abrirse una brecha jurisprudencial en el sentido de superar este escollo privando al certificado individual del carácter o condición de título ejecutivo a los efectos del despacho de ejecución.

La puesta en duda de la condición título ejecutivo al certificado individual con nuestro sistema procesal vigente era bastante lógica; dicha normativa procesal podía no permitir oponer a la ejecución judicial del certificado el cumplimiento de la obligación principal garantizada, esto es, la entrega de la vivienda en el plazo pactado, cuestión que se superaba si dicho certificado no se considera título ejecutivo y por tanto su efectividad solo puede obtenerse a través de un proceso declarativo en el que no existe ninguna limitación a las causas de oposición, proceso pleuario en el que nada obsta a que en el mismo se



oponga, frente a la ejecución de la garantía, el cumplimiento de la obligación principal garantizada, esto es, la efectiva entrega de la vivienda dentro del plazo convenido por las partes.

Es exponente de esa posición jurisprudencial el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, Auto nº 80/2010 (JUR 2010/219783), resolución que concluye con la falta de carácter o condición de título ejecutivo del certificado individual. La ausencia de carácter ejecutivo se explica al señalar cómo la cuestión relativa al fondo del asunto sobre si hubo o no incumplimiento contractual por la no entrega de la vivienda o por el contrario si lo acaecido fue un simple retraso, es una cuestión que no es incardinable en los supuestos previstos en el art. 557 de la LEC como causas de oposición y por tanto no oponible en dicha ejecución. Consecuencia de ello es que existe ese riesgo del ejercicio de una garantía a pesar del cumplimiento de la obligación principal garantizada, al no poder discutirse en esa sede si existió o no tal incumplimiento, riesgo solo evitable si dicho certificado individual no tiene acceso a un proceso ejecutivo.

Sin embargo esta tendencia jurisprudencial quedó superada a favor del reconocimiento de fuerza ejecutiva de ese documento al ser mayoritaria la jurisprudencia que, a pesar de aquellas consideraciones, así lo declaraba en sentido contrario²⁹, quedando definitivamente consagrado este reconocimiento de carácter ejecutivo en virtud del Acuerdo adoptado para la unificación de criterios de los Magistrados de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de octubre de 2010 (JUR 2012/305117) Acuerdo por el que simplemente se reconoce carácter ejecutivo, a los efectos del art 517.9 de la LEC, al documento previsto en la Ley 57/1968³⁰.

Por todo ello se puede concluir con la idea de que el documento previsto en la Ley 57/1968 sí tiene atribuido por dicha normativa la condición el carácter de título ejecutivo a los efectos previstos en la vigente LEC y por ello sigue plenamente vigente el art. 3 de la citada Ley, normativa que dispone que lo que tiene carácter de título ejecutivo es el certificado individual del seguro, unido al documento que acredite la no entrega de la vivienda, lo que inevitablemente nos conduce al siguiente problema que consiste en determinar qué documento sirve o es válido para acreditar la no entrega de la vivienda.

nal 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. 1822 y 1827 del Cc. no permitirían la obligación de pago del garante sin un previo incumplimiento por parte del obligado principal.

²⁹ Llama la atención cómo el Auto de la misma Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, Auto nº 256/2010 de 12 de noviembre, AC 2011/674, reconociendo incluso que la vigente LEC debió olvidar modificar la referencia del art. 3 a la LEC vigente en detrimento de la referencia que hace a la LEC de 1881, sin embargo reconoce carácter ejecutivo a dicho documento, en aplicación del Acuerdo adoptado para la unificación de criterios de los Magistrados de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de octubre de 2010, y al mismo tiempo excluye como posible causa de oposición en la ejecución, el cumplimiento o no de la obligación garantizada.

³⁰ Literalmente dice dicho Acuerdo que “El documento consistente en el contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de la obra o entrega de la vivienda, recogido en el artículo 3 párrafo segundo, de la Ley 57/1968, de 27 de julio, tiene valor de título ejecutivo conforme al artículo 517.9 de la LEC”.

III. Dificultades que plantea la objetivación del concepto de incumplimiento en la compraventa de viviendas

1. La no entrega de la vivienda como presupuesto de incumplimiento para la ejecución de la garantía

Como estamos viendo, esta modalidad aseguradora de afianzamiento de cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas garantiza el cumplimiento de una obligación contractual, en este caso concreto, el inicio de la construcción, la entrega de la vivienda u obtención de la Licencia de Primera Ocupación, en el plazo convenido en el contrato de compraventa, de tal forma que será el incumplimiento de una de esas obligaciones lo que originará que entre en juego la garantía. Por este motivo, la Ley exige que, para considerarse que se está ante un auténtico título ejecutivo y poder ejecutar la garantía por ese cauce procesal, sea necesario acompañar al certificado individual el documento que acredite la 'no entrega' de la vivienda.

De esta forma, el requisito de la acreditación de la "no entrega" de la vivienda en el plazo convenido funcionará como presupuesto de incumplimiento contractual del tomador a la hora de que opere la garantía y ello porque al exigir la Ley ese complemento al certificado individual para entender que se está ante un título ejecutivo, la ejecución requerirá, si no una prueba completa de aquél incumplimiento, al menos sí un documento del que se pueda derivar una presunción de incumplimiento que justifique esa ejecución y que al menos impida la ejecución abusiva o fraudulenta de la garantía, evitando así que pueda darse el caso de permitir esa ejecución sin un incumplimiento previo de la obligación principal garantizada que justifique la misma³¹.

En suma, el documento que acredite la no entrega de la vivienda es parte indispensable para que pueda entenderse que se está ante un auténtico título ejecutivo, sin que pueda suprimirse la necesidad de este requisito, ya que representa la garantía de que no se ejecute el aval de forma abusiva, al constituir, al menos, una presunción de incumplimiento contractual que justifica la ejecución de la garantía por un proceso tan directo y expedito como la ejecución judicial.

³¹ Como ya hemos tenido la ocasión de ver, la jurisprudencia, incluso cuando se trata de avales a primer requerimiento, se preocupa de que el garante pueda oponer el cumplimiento de la obligación principal, como medio para evitar esa indeseable posibilidad de ejecución fraudulenta de una garantía en la que la obligación principal garantizada se haya cumplido. Cfr. nota 27

Ahora bien entonces surge el problema de concretar qué documento es suficiente o válido para acreditar esa no entrega de la vivienda en el plazo convenido, y así, de esta forma demostrar, al menos presuntivamente, el incumplimiento del promotor en cuanto a la obligación por él asumida contractualmente de la entrega de la vivienda el plazo convenido.

Y decimos el problema porque concretar u objetivar qué documento puede ser el que sirva para acreditar ese incumplimiento en la entrega en plazo, presenta la dificultad de concretar un concepto tan ambiguo y subjetivo como el del incumplimiento, más aún cuando se trata de obligaciones sometidas a término, y en mayor medida todavía cuando la obligación controvertida es la entrega en condiciones que se puedan estimar las adecuadas de habitabilidad de una vivienda.

2. El concepto civil de incumplimiento contractual

En términos generales se puede comenzar por señalar que el cumplimiento contractual no es un concepto jurídico objetivo y determinado, de fácil concreción como categoría conceptual abstracta y general, sino que, antes al contrario, responde a criterios completamente subjetivos y por tanto sometidos a la más absoluta casuística como lo es su conceptualización bajo el prisma de la adecuación entre lo debido y lo realizado, es decir aquel 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. Esta genérica definición engloba la triple vertiente extintiva, satisfactiva y liberatoria del cumplimiento, únicas pistas que nos da nuestro Código civil, que si bien no define el cumplimiento, lo equipara constantemente al concepto de pago, limitándose a establecer sus requisitos o presupuestos, insistiendo en este sentido, en la necesaria identidad, integridad e indivisibilidad para entender por acaecido el cumplimiento. Con estos presupuestos, se puede partir de la premisa de entender por producido el cumplimiento con la realización de la prestación concurriendo ese triple requisito, cumplimiento que siendo voluntario, normal y específico, se convierte en cumplimiento *stricto sensu*³².

³² 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, y en concreto en lo que aquí se cita en su primer capítulo *cumplimiento sensu stricto en contrato unilateral y en contrato bilateral*, AYLLÓN SANTIAGO, H. págs. 23-129.

A *sensu* contrario se podrá aproximar el concepto de incumplimiento contractual a la idea de falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato, esto es, supuestos en los que el deudor no se ajusta a las estipulaciones contractuales pactadas, concepto éste neutro del incumplimiento y que, en todo caso y a la luz del nuevo derecho de la contratación, siempre acaba girando o pivotando en torno a una única idea, esto es, la insatisfacción del acreedor de la obligación³³, concepto éste de carácter claramente personal y subjetivo.

Este carácter contingente y variable del concepto de incumplimiento contractual se acentúa aún más cuando se trata de obligaciones a plazo, como las que aquí nos ocupan, en las que las partes prevén un determinado plazo para la realización de la prestación consistente en la entrega de la vivienda, plazo fijado, en lo que al contrato de seguro se refiere, en el correspondiente certificado individual. En este caso la cuestión del incumplimiento contractual se complica aún más al introducir un nuevo elemento, como lo es el tiempo en el cumplimiento de la obligación, y las múltiples posibilidades o variantes que ofrece al respecto; a saber: cumplimiento extemporáneo o tardío, parcial, defectuoso, moroso etc. y la consideración que sobre las mismas pueda tener el acreedor respecto a lo que considera es su satisfacción.

Y por ello, enfocado este problema respecto al seguro aquí analizado, cabe preguntarse, por ejemplo, si un retardo en el cumplimiento de la obligación de entrega en el plazo convenido, es un verdadero incumplimiento que hace imposible la realización de la prestación y que excluye el interés del acreedor en que la misma sea realizada, o si por el contrario, se trata de un mero retraso consistente en un cumplimiento contractual que, aunque tardío o moroso, como tal en ningún caso puede calificarse de

incumplimiento, o al menos en ningún caso puede atribuírsele efectos resolutorios inherentes a un verdadero incumplimiento contractual grave y esencial.

Pues bien, esta pregunta no es susceptible de ofrecer una respuesta en términos generales o abstractos, como así ha venido a declararlo expresamente el propio Tribunal Supremo, señalando que *“no puede emitirse un juicio definitivo aplicando en abstracto las reglas generales, sino que deben examinarse las concretas circunstancias del caso concreto”*³⁴ ya que si bien en principio *“el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento”*³⁵ lo cierto es que la respuesta jurisprudencial que se nos ofrece, no solo relativa al retraso en la entrega sino también respecto a la no obtención de la Licencia de Primera Ocupación, es que, para poder determinar si ha existido o no dicho incumplimiento o al menos para poder determinar si debe producir o no efectos resolutorios, deberán examinarse las circunstancias de cada caso concreto, es decir, utilizando esas mismas palabras, deberán *“examinarse las concretas circunstancias del caso”*.

La doctrina³⁶ y la jurisprudencia³⁷ son unánimes al entender que la única forma de determinar si ha existido un auténtico incumplimiento con-

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 537/2012 de 10 de septiembre, (RJ 2013/2266).

³⁵ La misma Sentencia del Tribunal Supremo 537/2012 de 10 de septiembre, (RJ 2013/2266) declara a este respecto, señalando que es jurisprudencia de aquella Sala, que *“el mero retraso (en el pago o en la entrega de la cosa) no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento”*, denominándose incluso de *“incumplimiento aparente que no responde a la realidad de las cosas”* los pequeños retrasos invocados como causa de resolución contractual con el deseo de resolver el contrato y aprovechar la oportunidad de concertar un nuevo negocio para obtener mayores beneficios.

³⁶ Sirve de ejemplo el análisis de **FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUE-RAL, M. A.**, de que *“la gravedad del retraso será cuestión a apreciar en cada caso concreto”* función que corresponderá a los jueces y tribunales, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, ob. cit. págs. 405-406.

³⁷ Se puede hablar con total rotundidad de doctrina jurisprudencial ya que es la propia Sentencia antes reseñada (TS 10/09/2012) la que declara que *“La Sala, reunida en Pleno, observa que, de acuerdo con los principios que se han desarrollado hasta aquí, la anterior solución no tiene carácter absoluto y, en consecuencia, con ánimo de sentar una doctrina general, considera oportuno fijar los siguientes criterios”*; criterios que responden en lo que aquí importa a lo antes expuesto, reiterado por todas las posteriores como así detalla la Sentencia del Tribunal Supremo 673/2013 de 31 de octubre, Sala de lo civil, Sección 1ª, RJ 2013/7259, donde reseña el elenco de resoluciones posteriores a aquella doctrina, que la aplican.

³³ El concepto de incumplimiento contractual es un concepto especialmente analizado por la doctrina siendo objeto de constante revisión, no solo porque el moderno derecho de la contratación se ha ocupado especialmente de él -los PECL, los UNIDROIT, los Principios LANDO e incluso la Propuesta de Modificación del Código Civil, PMCC, en materia de obligaciones y contratos, etc.- sino por la trascendencia de sus múltiples efectos, indemnizatorios o resolutorios, supuestos de una ingente aplicación práctica forense. En este sentido se puede constatar la actualidad de este tema referido también al denominado moderno derecho de la contratación, en *De la descodificación de los remedios de que dispone el consumidor cuando se le entrega una vivienda con defecto, a la unificación del concepto de incumplimiento de contrato*, **SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.** Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, segundo trimestre, año 2011, nº 38, págs. 21-38.

tractual o por el contrario solo un cumplimiento no ritual, esto es aunque tardío³⁸ cumplimiento propiamente dicho, es acudiendo a la casuística del caso concreto comprobando o analizando las circunstancias específicas propias de cada caso y, de esta forma, poder determinar si el plazo fue pactado expresamente como elemento esencial del negocio, si ese mero retraso frustra o afecta sustancialmente al interés -reiteramos plenamente subjetivo y personal- del acreedor, si es grave y esencial, si frustra la finalidad del negocio, y, en suma, si con el mismo se quebranta el programa jurídico-económico querido y plasmado en el contrato, circunstancias todas ellas que sólo se podrán determinar acudiendo al análisis de las circunstancias concretas de cada caso enjuiciado, no siendo posible establecer un criterio previo predeterminado, como ya hemos visto que declaraba aquel Alto Tribunal, al señalar respecto a esta cuestión que *“no puede emitirse un juicio definitivo aplicando en abstracto las reglas generales, sino que deben examinarse las concretas circunstancias del caso”*.

En conclusión, puede afirmarse que no es posible objetivar a priori el concepto de incumplimiento contractual respecto a la obligación de entrega de la vivienda u obtención de la Licencia de Primera Ocupación en el plazo convenido en el contrato privado de compraventa, si no es acudiendo a analizar las circunstancias de cada caso concreto y si, en atención a las mismas, puede tener o producir el efecto resolutorio de la compraventa.

3. Determinación jurisprudencial del documento que acredita la no entrega de la vivienda a efectos de ejecución judicial

Como hemos visto, la Ley 57/1968 exige para la ejecución del certificado individual, que junto a aquel se acompañe el documento que acredite la no entrega de la vivienda, no entrega de la vivienda -empleando la misma terminología que la Ley- que opera como presupuesto del incumplimiento del tomador que justifica la ejecución de la garantía.

Por ello, una vez superadas afirmativamente las dudas del carácter ejecutivo del certificado unido al documento acreditativo de la no entrega, resulta necesario hacer esa determinación, esa objetiva-

ción de qué documento puede acreditar la no entrega de la vivienda, debiéndose concretar, aunque presente mayor o menor dificultad, qué documento ha de considerarse que acredita la no entrega de la vivienda, determinación que se produce judicialmente cada vez que en el proceso de ejecución judicial se analiza (uno de los pocos remedios o posibilidades concedidas al ejecutado) si el título lleva aparejada ejecución, ya que en caso afirmativo, es decir si se considera que se está ante un completo título ejecutivo, se despachará ejecución contra la aseguradora y ésta deberá indemnizar al asegurado pagando la cantidad prevista en el certificado individual, operando de esta forma el automatismo propio de este tipo de garantías, esto es, que frente a ellas no se podrá oponer nada relativo a la obligación principal garantizada.

Aunque existe una abundante doctrina jurisprudencial menor de las Audiencias Provinciales, no es fácil encontrar una solución única y definitiva a la cuestión, existiendo múltiples soluciones incluso algunas de ellas en sentido contradictorio³⁹. A pesar de ello, buscando una pauta o criterio general podemos constatar que en principio rige el criterio de flexibilidad a la hora de concretar qué tipo de documento debe ser el que acredite esa ‘no entrega’, no siendo necesario que revista formalidad especial⁴⁰, ya que no tiene porqué ser ni a través de un docu-

³⁹ Los Autos por ejemplo de Murcia (Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, Auto nº 9/2011 de 15 de febrero, JUR 2011/160247) frente a Madrid (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, Auto nº 138/2008 de 29 de mayo de 2008) en sentido completamente opuesto, respecto a la validez del burofax enviado por el comprador como documento que acredite esa no entrega, declarando el primero de aquéllos que resultan ‘insuficientes’ los burofaxes remitidos por la parte compradora, mientras que el Auto de Madrid que declara probada esa no entrega con el burofax enviado por la compradora, señalando que “el burofax remitido que acredita en principio la no entrega de la vivienda”.

⁴⁰ Señala el Auto 293/2012 de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de noviembre (JUR 2013/8753) que “en cuanto a este documento fehaciente que acredite la no entrega de la vivienda en el plazo estipulado, y que es un documento complementario del título ejecutivo, la doctrina de los Tribunales de Justicia suele ser amplia y flexible, no entendiéndose que dicho documento tenga que consistir únicamente en un documento notarial o emitido por un funcionario público legalmente habilitado al efecto, siendo suficiente cualquier documento o instrumento que sea apto para acreditar o dar fe de una realidad en el procedimiento, con verosimilitud suficiente, pronunciándose en este sentido diversas secciones de esta Audiencia Provincial de Madrid, como la Sección 8ª en auto de 12 de diciembre de 2011 (JUR 2012, 26092), la Sección 9ª en auto de 29 de marzo de 2012, la Sección 10ª en auto de 17 de noviembre de 2011 (JUR 2011, 436290), la Sección 13ª en auto de 28 de octubre de 2011 (JUR 2011, 434680), o la Sección 20ª en auto de 8 de noviembre de 2011 (JUR 2011, 433858), postura general admitida por esta misma Sección en su reciente auto de 25 de abril de 2012 (JUR 2012, 320807), en coincidencia también con otras resoluciones, como la de 13 de diciembre de 2010 (JUR

³⁸ Se habla de cumplimiento no ritual, en contraposición a incumplimiento absoluto y se llega a calificar o encuadrar un mero retraso como circunstancias en sí misma irrelevantes o menospreciables, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, ob. cit. págs. 405-406, con la cita que contiene a distintos autores y en concreto la cita de JORDANO BAREA.

mento notarial, ni judicial, ni administrativo, sirviendo cualquiera que pudiera acreditar esa no entrega de la vivienda⁴¹.

En cualquier caso con una mayor o menor flexibilidad en los requisitos formales del documento y salvando la existencia de jurisprudencia contradictoria, con lo cual no podemos hablar de una posición unánime pero sí claramente mayoritaria, una visión global de la jurisprudencia menor nos permite concluir con la idea de que la falta de obtención de la licencia de primera ocupación sí constituye supuesto de acreditación de 'no entrega' de la vivienda en el plazo convenido y por tanto resulta apto para el despacho de ejecución, criterio equidistante de posturas jurisprudenciales encontradas y que sirve de pauta a tal efecto, ya que en aquel proceso o pieza ejecutiva lo que no se va a dilucidar en ningún caso es lo que se dilucidaría en un declarativo, esto es, las características e intensidad del incumplimiento.

Por todo lo expuesto y como resumen, se puede concluir con la idea de que el certificado individual es título ejecutivo siempre y cuando se acompañe al mismo el documento que acre-

2011, 88725) de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona ó 9 de diciembre de 2011 (JUR 2012, 81818) de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas”.

⁴¹ Explica el Auto de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, Auto 133/2011 de 27 de junio (JUR 2011/320500) que esta falta de formalidad se sustenta tanto en el texto como en el espíritu de la norma al señalar que “El documento fehaciente no tiene por qué ser un documento judicial, notarial o administrativo sino que lo puede ser un conjunto documental mediante el que quede constancia de que el plazo de cumplimiento ha expirado sin que las obras hayan bien comenzado bien que no se haya entregado la vivienda. La prueba de “la no entrega” ha de ser interpretada de forma flexible no solo por lo dispuesto en la Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1968, sino porque el artículo 3 de la Ley 57/68 no concreta cuál sea ese documento que debe aportarse a fin de complementar el título ejecutivo que es el aval concedido en garantía del reintegro de las cantidades entregadas, y el espíritu o razón de ser de la norma ha de estar presente al concretar qué documentos o por qué la documental aportada no es considerada suficiente o fehaciente en todo caso, lo que el juez a quo omitió. Y la razón de ser de la norma no es otra que dar respuesta a la “alarma” generada en la sociedad, -así se indica en la Exposición de Motivos- por los abusos y fraudes en el ámbito de la construcción tratando así de lograr garantizar la aplicación “real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto”, es en definitiva, una medida de garantía de que si no se le entrega la vivienda podrá recuperar lo entregado; siendo lo relevante acreditar de forma fehaciente la ‘no entrega’, al no exigir la norma que haya de ser un documento sino que puede ser una documentación, y puede ser de diversa naturaleza, ni estar dirigida o creada a estos solos efectos.”

dite la ‘no entrega’ de la vivienda, documento que no debe revestir ninguna formalidad especial con tal de que acredite con verosimilitud esa no entrega. En este sentido también se puede concluir con la idea de que es un documento válido y suficiente, a esos efectos la acreditación de la no entrega de la vivienda, la no obtención de la licencia de primera ocupación en el plazo previsto.

La falta de obtención de dicha Licencia acreditaría, en base a esta doctrina jurisprudencial, esa “no entrega” de la vivienda, en tanto en cuanto se considera que la no expedición de la misma imposibilita una entrega de la vivienda en condiciones de habitabilidad lo que excluye aunque haya existido un ofrecimiento o puesta a disposición una entrega de la misma⁴².

En conclusión la falta de obtención de la Licencia de Primera Ocupación en el plazo pactado por las partes para la entrega de la vivienda, puede servir de criterio a la hora de objetivar qué documento es o puede ser válido para acreditar esa no entrega de la vivienda, obligación de obtención de la Licencia de Primera Ocupación, asegurada por el certificado individual, lo que en caso de incumplimiento concede al asegurado acción ejecutiva directa contra la aseguradora, para la cual se produce una presunción de incumplimiento de su tomador, promotor de las viviendas, que hace que surja para aquella un deber cuasi automático de pago, siendo que se ve ejecutada frente a un despacho de ejecución frente al que en virtud de la naturaleza del proceso ejecutivo nada puede oponer.

Con todo ello, aunque existan estas dificultades propias de cualquier remisión al concepto de incumplimiento contractual, lo cierto es que la operativa de este seguro funciona y lo hace, como ya vimos, de una forma muy similar al automatismo con que lo hace la garantía de cualquier seguro de caución, siendo que en este caso con el presupuesto de cumplir los requisitos formales del título -estar en posesión del certificado individual y acreditar la no entrega

⁴² Sin perjuicio de los problemas que no parece que sea necesario explicar, se pueden generar en sede judicial al dar por válido que un documento concreto (burofax, falta de obtención de LPO, etc) sirva para el despacho de ejecución y por tanto sea presupuesto de un incumplimiento contractual que justifique esa ejecución -sin necesidad de entrar en las circunstancias concretas del caso y sin que sea siquiera viable discutirlo en un proceso de ejecución- cuando al mismo tiempo ese mismo documento puede, según esas mismas circunstancias concretas del caso, no ser considerado un presupuesto de ningún incumplimiento al probar tan solo una circunstancia (tardío, defectuoso, moroso,...) que acompaña a un cumplimiento contractual.

de la vivienda por ejemplo por la no expedición de la LPO- y de la reclamación, la aseguradora indemnizará ante tal reclamación, al producirse los presupuestos para que opere la garantía y ello incluso por vía ejecutiva.

IV. Cambio de escenario y nueva realidad socio-económica

En ese estado de cosas, es decir, con una escasa, antigua e incompleta regulación normativa y prácticamente sin doctrina jurisprudencial como consecuencia de una casi inexistente siniestralidad, irrumpe la todavía persistente crisis económica. La crisis económica que nos ha venido azotando durante varios años y que ha atacado con especial virulencia al sector de la construcción, ha supuesto en este ámbito económico un cambio radical de escenario apreciable desde todas sus perspectivas. Como es obvio los seguros relacionados con la construcción no iban a ser ajenos y, en lo que al seguro de caución de la Ley 57/68 se refiere, es decir, el que tiene por objeto el aseguramiento de las cantidades anticipadas para la adquisición o compra de viviendas, la incidencia que ha tenido ha sido de tal magnitud que ha supuesto que un seguro que venía presentando unos índices de siniestralidad especialmente bajos, prácticamente inexistentes, haya pasado a disparar la siniestralidad hasta índices casi insostenibles.

La razón de este tan sustancial cambio parece bastante sencilla; si en épocas de bonanza económica la siniestralidad era baja en cualquier modalidad del seguro de caución en la que lo que se asegura el cumplimiento de un tercero, más baja lo era aún en esta modalidad de cantidades anticipadas para la compra de viviendas, en la que se asegura, a los efectos aquí relevantes, la entrega de la vivienda en el plazo convenido. Y ello porque los asegurados adquirentes de las viviendas, aunque concudiesen los presupuestos para entender por acaecido el siniestro, es decir, aunque no se les entregase la vivienda ni se obtuviese la licencia de primera ocupación en el plazo convenido en el contrato de compraventa, ni resolvían la compraventa ni ejecutaban la garantía que les confería el seguro -con lo que no había siniestro- simplemente esperaban a que se produjese la entrega, aunque ésta fuese tardía y no cumplierse el plazo previsto en el contrato, porque ese tiempo hacía que las viviendas se fuesen revalorizando. De hecho esa revalorización era tal que si no era posible mantener la espera, el bien, ya revalorizado, se podría volver a enajenar, por lo que la resolución con devolución de las cantidades no era ningún problema para la promotora, la cual devolvía al

comprador el dinero entregado y volvía a poner a la venta la vivienda por un precio superior, motivo por el que era muy difícil que llegase a acaecer un siniestro⁴³.

Sin embargo, ha sido ahora por primera vez cuando el valor de los activos inmobiliarios con el paso del tiempo no solo no se revaloriza sino que disminuye, hasta el punto de que se dan los casos de compraventas en que el dinero que resta por pagar contra el otorgamiento de escritura pública es mayor, a pesar de las cantidades ya entregadas hasta ese momento, que el precio total de una vivienda idéntica en esa misma promoción, y con ello surge la falta de interés de los compradores en mantener los contratos. En estos casos, los retrasos en la entrega de la vivienda constituyen una "excusa" perfecta para intentar no continuar con la compraventa, es decir, para no tener que formalizar la escritura pública de compraventa a la que se habían comprometido mediante contrato privado, ofreciendo el seguro de caución la posibilidad de ejecutar el certificado individual y con ello obtener la devolución de las cantidades anticipadas hasta ese momento, lo que es una solución rápida e idónea para recuperar el dinero adelantado sin tener que entrar a dilucidar judicialmente si es procedente o no la resolución del contrato, es decir si se debe mantener el compromiso de la compra ya adquirido en contrato privado.

Y de ahí, que surjan compradores de las viviendas que a pesar de haber suscrito una compraventa en contrato privado luego no quieren seguir manteniendo su compromiso intentando evitar tener que otorgar la correspondiente escritura pública. Estos compradores, que simplemente no quieren asumir los compromisos que ellos mismos han adquirido, ante leves retrasos en la entrega de las mismas, ejecutan dichos avales y obtienen la devolución de las cantidades por ellos anticipadas, acción que ostentan solo porque existen dichas garantías, ya que esos mismos retrasos en ningún caso servirían de fundamento para una resolución contractual⁴⁴.

⁴³ Se ha llegado a dar el caso de una promotora que incluía en un contrato de compraventa una cláusula de resolución convencional en caso de que al comprador no se le concediese la hipoteca -con una penalización especialmente baja- para así poder recuperar con rapidez el bien y volver a ofertarlo sin duda por un precio superior al convenido en el contrato inicial.

⁴⁴ La disfunción que supone el que una misma situación de hecho -leve retraso en la entrega de la vivienda- pueda presentar dos soluciones completamente distintas e incluso contradictorias entre sí, y que ese leve retraso pueda ser supuesto de hecho para ejecutar el aval pero sin embargo

Por ello, el comprador asegurado que esté en disposición de dicho documento tendrá la posibilidad de ejecutar el certificado individual en un proceso ejecutivo, proceso en el que con tan solo probar que no se había expedido en la fecha prevista la LPO podrá ejecutar la garantía y con ello obtener la devolución de las cantidades anticipadas para la adquisición de la misma, mientras que el comprador que no esté en disposición de dicho documento –lo que en ningún caso será imputable a él⁴⁵– no podrá obtener directamente la devolución del dinero anticipado para la adquisición de la vivienda, ya que, como así ha sentado doctrina el Tribunal Supremo, la no expedición de dicha licencia per se, no es causa de resolución contractual, resolución contractual refrendada judicialmente en un proceso plenario que constituye el único medio, si no se está en disposición del certificado individual, de obtener la devolución de esas cantidades.

Y, así, ese hipotético comprador que, en base a un mínimo retraso de pocos días en la entrega de su vivienda o en la obtención de la LPO, pretende desvincularse del contrato; comprador que como es evidente no persigue un *interés jurídicamente atendible*, sino que al revés puede estar representando un comportamiento claramente abusivo, doloso y contrario a la buena fe contractual, se ve favorecido por un régimen legal que, solo por el hecho de estar en disposición de un documento, le permite de facto⁴⁶ cometer un fraude legal; esto es, obtener la devolución de las cantidades por él anticipadas –es decir conseguir el mismo efecto que produciría una declaración judicial de resolución con-

tractual– cuando en ningún caso podría obtener, solo por esa circunstancia, ese mismo efecto de la devolución a través de una declaración de resolución judicial.

Este nuevo escenario que nos ha abierto esta crisis económica devastadora para el sector de la construcción, y con ello la posibilidad de que haya un comprador en esas condiciones que se acoja al ‘atajo’ de obtener la devolución de las cantidades que hubiese adelantado para la compra de la vivienda que hubiese adquirido en contrato privado, es más palmario todavía a la luz de la nueva doctrina jurisprudencial⁴⁷ antes vista, según la cual la no obtención de la LPO en plazo convenido para la entrega, no produce por sí sola la resolución del contrato y sin embargo ese mismo hecho, es decir, la no obtención de esa misma licencia, es documento acreditativo de la ‘no entrega’ y por tanto suficiente para la ejecución del certificado individual con devolución de las cantidades entregadas.

En conclusión esta nueva situación económica unida a la situación en que se encuentra este instrumento negocial aseguraticio, con una, hasta estas fechas más que pacífica vigencia y operatividad, y a la vez con escasa, precaria y nada vigente normativa legal y jurisprudencial, explica que haya entrado a operar en estado casi embrionario, en un escenario de especial conflictividad, y que, como consecuencia de ello, haya quienes lo utilicen fraudulentamente al disponer de un marco legal que le permite por la vía de la ejecución del certificado individual obtener un resultado –la devolución de las cantidades por él anticipadas para la compra de la vivienda– que a través de un proceso declarativo –único cauce con el que, de no existir ese certificado, podría intentar obtener esa devolución– nunca podría obtener en base tan solo a un, por ejemplo, leve retraso en la entrega o en la expedición de la Licencia de Primera Ocupación.

Esta situación, como los problemas prácticos que, como es fácil de entender, la misma conlleva, hace necesario al menos una breve reflexión respecto a la necesidad de la intervención del orden público ante una actuación realizada entre

no lo sea para una resolución contractual, ha sido destacada en artículos que, aunque puedan merecer un juicio crítico respecto a sus conclusiones, como de hecho ya lo han sido, en todo caso resultan sintomáticos de esa percepción que se tiene de que por parte del Orden Jurídico se puede estar ofreciendo una distinta respuesta, un ‘distinto rasero’, a una misma controversia. Véase, en este orden de cosas, 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) y el publicado en esa misma Revista (número 76, noviembre de 2012) como consecuencia de aquél, titulado *El seguro de caución en su modalidad de afianzamiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas*.

⁴⁵ Se discute si es culpa del promotor tomador o si también existe una culpa in vigilando de la aseguradora que tras haber suscrito una póliza global no comprueba la debida expedición de los correspondientes certificados individuales, **MALDONADO MOLINA** ob. cit. pág. 23, pero lo que en todo caso es indiscutible, es que el comprador nunca será el responsable de que no se le entregue el certificado que por Ley se le debe entregar.

⁴⁶ Decimos de facto porque ciertamente no consigue la declaración de resolución del contrato, pero sí obtiene la devolución del dinero anticipado, y si ciertamente no alcanza un régimen jurídico igual sí se coloca en situación parecida

más aún cuando la práctica forense nos enseña que las promotoras después de ‘sufrir’ las acciones de reembolso de las aseguradoras, no están ejercitando su acción posterior contra los compradores.

⁴⁷ Hemos visto cómo el Tribunal Supremo se ha ocupado de reunirse en Pleno a fin de sentar una doctrina general doctrina que precisamente viene a declarar que en principio la falta de cumplimiento de obtención de la licencia de primera ocupación, no tiene carácter esencial por lo que por sí sola no tiene efectos resolutorios del contrato.

operadores privados como lo es la compraventa de viviendas, intervención que se produce con la Ley 57/1968 y que justifica ante esta disfunción en su aplicación, al menos su revisión.

V. La Ley 57/1968 y revisión de la idoneidad de atribuir carácter ejecutivo al certificado individual

Como ya hemos tenido ocasión de ver anteriormente el distinto marco jurídico concedido por nuestro Ordenamiento produce esta disfunción de trato por parte del Orden Jurídico, el cual, ante dos situaciones de hecho idénticas, proporciona soluciones dispares, en base tan sólo a cuestiones de índole procesal, esto es, por estar o no en disposición del certificado individual emitido a favor del comprador de la vivienda como acceso a un proceso 'privilegiado' como el ejecutivo.

Esta distinta respuesta concedida por el Orden Jurídico, podría aceptarse sin más en base a la especial protección atribuida por la Ley ritaria a títulos concretos revestidos de una especial formalidad, títulos que se consideran por la Ley como susceptibles, a priori, de ser reflejo de la certeza de una deuda y por tanto dignos de impulsarlos para procurar favorecer al acreedor que presenta la constancia jurídica de serlo por estar en disposición del mismo.

Pero, sin embargo, la situación se convierte en insostenible e injustificable, no solo por establecer esa disfunción de trato, sino porque cuando se analiza se comprueba que puede ser el marco para encubrir un auténtico fraude, no solo procesal, sino auténtico fraude de ley, instaurando un régimen jurídico idóneo para el comprador incumplidor, que simplemente no quiere mantener un contrato, es decir, que no quiere mantener sus compromisos y las obligaciones que había asumido, y que no quiere mantenerlo solo por razones especulativas como por ejemplo por la posibilidad de realizar un nuevo negocio en situaciones más ventajosas; comprador al que con este régimen se le está facilitando la posibilidad de desvincularse del contrato y ello solo por un artificio legal, o mejor dicho, procesal.

Todo ello es obvio que justifica un replanteamiento general de este seguro, en suma una revisión integral todo el régimen jurídico de este negocio jurídico y de forma especial de su primordial Ley reguladora, la Ley 57/1968, revisión que deberá hacerse a la luz de su fundamento, el interés jurídico protegido en la misma que justificó su promulgación y su posterior vigencia, a pesar del gran lapso de tiempo transcurrido.

1. Fundamento e interés jurídico protegido por la Ley 57/1968. Justificación de la imposición legal del concierto obligatorio del seguro

Como vimos al inicio de este artículo, la razón de ser del dictado de la Ley 57/1968 era la de evitar la reiterada comisión de abusos cometidos por algunos promotores inmobiliarios que, ante la ausencia de regulación legal, estaban haciendo suyas, sin destinarlas a su fin, las cantidades anticipadas por los compradores de viviendas con la consiguiente alarma social que esos abusos estaban ocasionando.

Ciertamente aquella realidad social si la comparamos con la situación actual no es la misma ya que, bien sea por el dictado de la Ley bien sea por el cambio o avance social y económico del país, lo cierto es que esa alarma social es ahora prácticamente inexistente⁴⁸, lo que también explica la derogación de las sanciones penales que disponía con especial ahínco aquella ley y que ahora no solo se han derogado sino que, se han sustituido por unas inoperantes sanciones administrativas que tampoco se vigilan con especial esmero por la Administración, prueba evidente de este nuevo estado de cosas.

Pero este cambio en la realidad social no significa que el interés protegido por la citada Ley deje de ser un interés digno de protección, sino que, antes al contrario, sigue representando un valor superior que justifica una protección por parte del Orden Jurídico.

Es evidente que la necesidad de acceder a una vivienda y por tanto la contratación por un sector importante de la sociedad para satisfacer esa necesidad, justificaría por sí sola la protección del comprador que anticipa dinero para la construcción de su vivienda y ello, aunque sea solo por lo que cuantitativamente representa, al afectar o poder afectar a un gran estrato de la sociedad, intervención justificada en mayor medida aún si se tiene en cuenta que va referida finalmente a un bien, como lo es una vivienda, objeto de una especial protección incluso con reflejo constitucional⁴⁹. Pero es que, además, el principio de orden superior como el de la 'convivencia social' referido en el propio Preámbulo de la Ley, justificaría con creces por sí solo esa intervención, convivencia social que

⁴⁸ Lo que no significa que no se hayan originado problemas con repercusión social relacionados con proyectos constructivos, como ya ocurriera con el escándalo de la CPV o más recientemente los proyectos frustrados en régimen de cooperativas, de especial actualidad en estas fechas.

⁴⁹ El art. 50 de la Constitución que dispone que los Poderes Públicos promoverán el bienestar de los ciudadanos en atención entre otros factores a la vivienda.

constituye un factor social con relevancia jurídica, digno de una protección especial por mandato expreso constitucional, y ello porque, como así ha tenido ocasión de pronunciar el Tribunal Supremo refiriéndose a esta Exposición de Motivos, *la proclamación de España como “un Estado Social y democrático de Derecho”, en el artículo 1 de nuestra Constitución no es una declaración puramente simbólica o retórica, sino la introducción a los valores que acto seguido se enuncian como “superiores de su ordenamiento jurídico” y, por consiguiente, de ineludible consideración en la interpretación de las normas*⁵⁰, motivo aún más de su consideración en el propio dictado o justificación de las mismas, extremos todos ellos que refrenda esta intervención por parte del Orden Jurídico.

En conclusión, incluso hoy, sin esa aparente alarma social y sin una práctica generalizada de abusos por los promotores de viviendas, sigue pareciendo justificada la finalidad de la Ley, o mejor dicho, el fundamento que motivó el dictado de la misma, estando por ello justificado que se imponga el necesario concierto del seguro, esto es, la obligatoriedad del mismo.

Cuestión distinta y por tanto que también debe ser objeto de reconsideración es la de si sigue resultando justificado que esa intervención del Orden Jurídico sea, como así lo hace la Ley, de forma especialmente cualificada.

Decimos de forma especialmente cualificada porque la intervención normal del Orden Jurídico ante las relaciones jurídico privadas es, en la práctica totalidad de los casos, ordenadora de un negocio jurídico creado por los particulares, los cuales “en las relaciones entre ellos, son dueños de perseguir en virtud de su autonomía los fines prácticos que mejor responden a sus intereses”⁵¹. En ese habitual caso, el Orden Jurídico, ejerciendo su función ordenadora del sistema negocial, valorará y ponderará, por su trascendencia social, la situación jurídica creada con el negocio, en base a la función ordenadora concedida al Orden Jurídico a través del art. 1255 CC. donde “se reserva la valoración social de las finalidades privadas para protegerlas o rechazarlas y, en consecuencia, provocar los adecuados efectos previstos legalmente”⁵², lo que en la práctica se viene

a traducir en que o bien reconozca al negocio y le conceda efectos jurídicos porque lo considere socialmente trascendente y digno de tutela, o bien que lo repruebe y por tanto no le reconozca efectos o incluso los combata⁵³.

Sin embargo en el caso de la Ley 57/1968 ya hemos visto que la función no es solamente ordenadora de un negocio previamente creado por los particulares sino que, en este caso, la Ley va más allá e interviene no solo en el acto previo de la constitución del negocio, sino también en el formativo de su contenido. Así mientras lo normal es que la Ley se limite a reconocer a priori y en términos generales el principio de autonomía privada⁵⁴ y que por tanto sean después los particulares los que en virtud de esa facultad decidan si quieren establecer o no una relación jurídica concreta y determinada, esta Ley, sin embargo, también interviene en el acto constitutivo del mismo al establecer, con carácter imperativo, la obligatoriedad de concertar el seguro así como el contenido mínimo el mismo.

Es decir, en este caso, la Ley 57/1968 impone el necesario concierto del seguro, con lo que está obligando al promotor a que contrate con la aseguradora, a que se constituya o se formalice esa relación negocial aseguraticia entre promotor-tomador del seguro y la aseguradora, relación jurídica cuyo concierto viene impuesto por la Ley y de la que, de hecho se puede presuponer que si no existiese dicha imposición no se constituiría esa relación⁵⁵. Además, la Ley también interviene en el acto formativo del mismo al establecer, con idéntico carácter imperativo, el contenido del negocio, determinación del contenido del negocio que si normalmente⁵⁶ está reservado a los particulares como un

⁵³ Lo explica más pormenorizadamente **ALBALADEJO**, *Derecho Civil*, T. I. Introducción y Parte General, Edit. Bosch, 15ª edic., Barcelona 2002, pág. 571, al ocuparse de la posible reacción del Orden Jurídico ante un negocio jurídico.

⁵⁴ A través del art. 1255 CC. Sin perjuicio de los límites intrínsecos al propio negocio señalados por **O'CALLAGHAN**, *Condiciones Generales de la Contratación: conceptos generales y requisitos*, en *Contratos de Adhesión y Derecho de los Consumidores*, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, págs. 11-22 donde los clasifica.

⁵⁵ Extremo éste más que previsible por cuanto el único beneficiario del seguro es el comprador de la vivienda, quien además no es el obligado directo del pago de la prima, y a quien no se le presupone una posición dominante en la relación jurídica como para poder imponer su concierto. Resulta más evidente aún si se constata, como ya vimos, el escaso índice de concierto con la obligación legal por lo que menor lo sería aún sin esa obligación.

⁵⁶ Existen supuestos, como por ejemplo la Ley de Arrendamientos Urbanos, en que la Ley dispone imperativamente una parte del contenido del negocio, aplicable incluso en contra de la voluntad de las partes.

⁵⁰ Así lo explica literalmente el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en su Sentencia núm. 540/2013 de 13 septiembre. RJ 2013\5931.

⁵¹ **BETTI**, *Teoría General del Negocio Jurídico*, trad. Español por Martín Pérez, A. Edit. Comares, S.L., Granada 2000, pág. 56.

⁵² **REVERTE NAVARRO**, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII, Vol. 1ªA, dirigidos por **M. ALBALADEJO** y **S. DÍAZ ALABART**. Edit. Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid 1993, comentario al art. 1255.

aspecto más de la autonomía privada, aquí, en este tipo de seguro, se regula por la ley.

Pues bien, vista esta intervención del Orden Jurídico a través de la Ley 57/1968 al imponer el concierto y también el propio contenido del contrato de seguro, podemos concluir con la afirmación de que sí está plenamente justificado que sea cualificada esta intervención, y lo está por los mismos motivos por los que estaba justificada su propia intervención; a saber: porque estamos ante una actividad con una especial trascendencia social referida a un bien especialmente protegido y con una evidente repercusión que afecta a un principio superior como la convivencia social.

Además, y a sensu contrario, el hecho de que la Ley regule tanto el necesario concierto del seguro como su propio contenido, no crea ningún problema. El hecho de que deba, por imperativo legal, existir el seguro, así como el hecho de que el objeto y contenido de éste sea el previsto en la Ley –asegurar el buen fin del proyecto edificativo y en caso contrario la devolución de las cantidades anticipada– no solo no crea problema sino que representa un bien social, esto es, una adecuada respuesta del Orden Jurídico a una actividad privada que justifica una especial protección. Asimismo esta intervención en nada debe afectar de forma negativa ni a la función económica-social del negocio, ni al sector o ámbito empresarial en que se desarrolla, antes al contrario, el hecho de que exista un aseguramiento obligatorio y el mayor celo de las aseguradoras a la hora de asumir riesgos tras la crisis padecida, servirá para estabilizar y sobre todo profesionalizar un sector, en la medida en que las promotoras tendrán que justificar ante el garante las perspectivas de éxito del proceso de edificación, lo que supondrá necesariamente la reestructuración de un sector, que parece claro que en el momento actual representa un ajuste necesario.

2. Idoneidad de atribuir carácter ejecutivo al certificado individual del seguro

Con lo hasta aquí expuesto, parece claro que está justificado que se imponga por Ley la obligatoriedad de concertar el seguro por quien tenga la intención de promover la construcción de viviendas, así como que sea la Ley la que establezca el contenido mínimo de ese aseguramiento. Ahora bien, como hemos tenido ocasión de apuntar anteriormente, el problema se plantea cuando por esa regulación normativa se establece un régimen jurídico que no solo ampara sino que incluso facilita o propicia una clara actuación fraudulenta por un comprador que pretende incumplir sus obligaciones. Y ese régimen jurídico se concreta o circunscribe en la posibilidad de

acceso, por parte del comprador asegurado a un proceso ejecutivo, proceso en el que por su propia naturaleza no se podrá entrar a discutir nada referente a la obligación principal garantizada, en suma, nada referente a si existió o no incumplimiento, permitiendo, tan solo por estar en disposición de un documento, la ejecución de una garantía, ejecución que puede darse de forma abusiva ya que se puede ejecutar en base a la presunción de un incumplimiento que como tal no existe y en ningún caso sería declarado en un proceso judicial declarativo plenario.

Por ello, es claro que lo que se deberá someter a debate, lo que se deberá poner en tela de juicio, no es la garantía en sí misma ni su existencia y menos aún su conveniencia –tanto incluso como para ser impuesta– sino ese régimen jurídico que se concreta en la atribución de carácter ejecutivo al certificado individual como así lo hace la Ley 57/1968.

Como hemos visto la concesión de carácter ejecutivo al certificado individual sirve o tiene como único efecto el de abstraer la garantía, es decir, el que la garantía opere de manera automática de tal forma que ante el requerimiento –en este caso el despacho de ejecución– se deba pagar sin posibilidad de entrar a analizar por cuestión de fondo la procedencia o no de la reclamación.

Sin embargo, una vez analizado todo el fundamento y justificación para la intervención, a través de esta Ley, del Orden Jurídico, podemos afirmar que esa abstracción de la garantía, ese automatismo en su funcionamiento, no es una característica que deba ser objeto de ninguna protección especial.

En términos generales es fácil entender cómo el automatismo en el funcionamiento de una garantía es una característica muy justificable para que, si las partes dentro del ejercicio de su autonomía de la voluntad quieren introducirla en el negocio porque así lo aconseja su actividad empresarial, puedan incluirla en los términos en que quieran pactarlo. Pero ese automatismo no es un interés digno de una especial protección que justifique su imposición por parte del Orden Jurídico, no sirviendo para justificarlo ninguno de los fundamentos que, por el contrario, sí justificaban la imposición de la obligación de suscribir la garantía y sus términos concretos. La garantía puede subsistir perfectamente y puede responder a su función, sin necesidad alguna de que se le conceda efectos ejecutivos al certificado individual, efectos ejecutivos que ni protegen ese régimen de garantía –el cual podría ser exactamente el mismo sin esos efectos– ni lo instrumentaliza de ninguna forma.

En suma, la garantía que concede el seguro de la Ley 57/1968 a los compradores de las viviendas puede, sin el más mínimo obstáculo, cumplir su función sin necesidad de que revista carácter ejecutivo, y todo el fundamento último que justifica la existencia de la Ley puede verse plenamente colmado sin que para ello sea necesario que esa garantía revista tal carácter.

Nada, absolutamente nada, justifica que a dicho certificado individual se le deba atribuir efectos ejecutivos, efectos ejecutivos que solo sirven para establecer un automatismo en el funcionamiento de la garantía, automatismo que, cuando como en este caso es por imposición legal y no por consenso de las partes, no tiene ninguna razón de ser y que además establece un régimen jurídico insostenible, en tanto en cuanto facilita o propicia ejercicio abusivo del derecho y fraude de ley. Abunda en este criterio el hecho de que, además, estos indeseables efectos son de imposible corrección, ya que parece clara la imposibilidad de objetivar en un documento la no entrega de la vivienda, cuando es imposible determinar si ha habido incumplimiento como elemento generador y presupuesto de la garantía sin entrar a valorar las circunstancias concretas del caso.

Por todo ello parece evidente que la única solución posible que conjugue todos estos aspectos, pasa por seguir manteniendo exactamente este mismo régimen de garantía que establece la Ley 57/1968, con la única modificación de que el certificado individual, ni por sí solo ni acompañado de ningún otro documento, tenga carácter ejecutivo.

Privar de carácter ejecutivo a dicho certificado individual y por tanto excluir la posibilidad de que los compradores accedan a un proceso de ejecución prácticamente directa en el que está vedado entrar en el fondo del asunto, excluirá la posibilidad de que se pueda emplear este cauce de forma fraudulenta. De esta forma, privando al certificado individual de carácter ejecutivo, se está vinculando la garantía a la procedencia de la resolución contractual⁵⁷, de tal forma que sólo en el caso de que se declarase judicialmente la procedencia de la resolución, operaría la garantía, lo cual solo puede acaecer en un proceso plenario tramitado con todas las garantías para todas las partes.

Esta vinculación de la ejecución de la garantía a la procedencia de la resolución en nada afecta a la debida protección que confiere a su beneficiario, el cual tendrá derecho a ejecutar la

garantía si en realidad se dan los supuestos de hecho para que opere, es decir, si realmente se ha producido un auténtico incumplimiento. Vinculada la garantía a la procedencia de la resolución del contrato, ésta seguirá existiendo, seguirá otorgando exactamente la misma protección –buen fin de la construcción o en caso contrario la devolución de las cantidades anticipadas– y con ello se estará respondiendo a la misma demanda social por parte del Orden Jurídico –evitar abusos por promotores en procesos de edificación– evitándose la alarma social que podría producir en caso contrario manteniéndose una ordenada convivencia social, y con ello, en suma, respondiendo y cubriendo todas las finalidades que se perseguían con la promulgación de la Ley.

De esta forma también se evitará un ejercicio abusivo de la garantía y el asegurador siempre podrá oponer frente a su ejecución, el cumplimiento de la obligación principal garantizada, facultad de oposición reconocida jurisprudencialmente incluso en los casos que esta abstracción ha sido buscada convencionalmente⁵⁸.

La modificación del régimen legal en estos términos, es decir, privando al certificado individual de carácter ejecutivo, lo único que haría variar es que no estuviesen bajo cobertura del seguro pequeños retrasos o demoras tanto en la entrega de la vivienda como en la obtención de la Licencia de Primera Ocupación, leves retrasos que nunca serían causa de resolución judicial pero que sin embargo hasta ahora sí pueden haber sido presupuesto de ejecución de dicha garantía. La corrección de este indeseable efecto, además de evitar los abusos a que nos hemos venido refiriendo, es lo que parece más acorde a la luz de la propia Ley y del espíritu y finalidad de la misma.

La Ley 57/1968 no quiere garantizar que la entrega de la vivienda se produzca exactamente el día previsto y no unos pocos días después. El exacto cumplimiento por parte del promotor de la entrega de la vivienda el día concreto y exacto previsto en el contrato (y no uno, dos o pocos días después) no es algo que al Orden Jurídico le resulte de trascendencia como para establecer una directa concreta y especial intervención en relaciones jurídicas privadas. La fina-

como se viene declarando jurisprudencialmente la ejecución de la garantía no tiene nada que ver con la resolución judicial hasta el extremo de declararse expresamente la *"innecesariedad de resolver judicialmente el contrato de compraventa para la ejecutividad del aval/seguro a que se refiere el art. 3.2 de la Ley 57/68"*, como así declara el Auto núm. 100/2011 de 10 mayo, de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona JUR 2011/259114 y toda la jurisprudencia menor citada en idéntico sentido en la misma.

⁵⁷ Lo cual es justo lo contrario de lo que ocurre ahora y que ocurre por el propio sistema procesal civil vigente, ya que

⁵⁸ Cfr. Nota 27 y 31.

lidad perseguida por el Orden Jurídico es garantizar el buen fin de la promoción y esa solo se garantiza ante el 'no inicio de las obras' o ante su no finalización.

Por ello la fecha de entrega es importante solo en tanto en cuanto sirve para concretar un momento exacto en que puede entenderse que no ha acontecido ese buen fin de la construcción pero no es importante en sí misma sino solo como medio para concretar acaecido el riesgo. Por ello es evidente que el cumplimiento exacto de tal o cual día en la entrega de la vivienda no es ni un hecho ni un dato relevante para el Orden Jurídico, para el cual solo es importante la finalización del proceso edificativo o la devolución del dinero en caso contrario.

Es evidente que en nada afecta ni en nada perjudica vincular la posibilidad de la ejecución de la garantía a la procedencia de la resolución contractual de la compraventa asegurada por la misma, sino que además es lo procedente para mantener adecuadamente el régimen de la garantía y su correcta operatividad.

Además, esta corrección tiene un perfecto encaje y justificación legal y así, como pusiera de relieve la jurisprudencia menor antes citada que negaba carácter ejecutivo al certificado individual, el fundamento para privar al certificado de su condición de título ejecutivo se encuentra en la propia Ley 57/1968 y en el hecho de que ésta hacía referencia mediante su art. 3, a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en la que, al contrario de lo que ocurre con la actual, sí se podía entrar a discutir cuestiones relativas al fondo, por lo que se estimaba que al derogarse aquella Ley de Enjuiciamiento Civil por la vigente debe considerarse también derogada implícitamente esa atribución de carácter ejecutivo que contenía la misma⁵⁹.

En conclusión, privar de efectos ejecutivos al certificado individual suprime los problemas y abusos en que puede llegar a incurrirse con el funcionamiento de esta figura y le permite mantenerse con los beneficios y ventajas que confiere, en un plano de perfecta operatividad.

⁵⁹ El ya citado Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, Auto nº 80/2010 (JUR 2010/219783), explicaba, de forma esclarecedora, que la modificación del régimen procesal de la ejecución, lleva a la conclusión de que "la referencia que el art. 3 de la Ley 57/68 hace a la LEC de 1881, hoy derogada, más concretamente a su título XV de su libro II, no es extrapolable, so pena de reducir considerablemente los medios defensivos de la parte ejecutada, a la nueva regulación que del proceso de ejecución hace la vigente LEC de 2000, y por tanto, el título objeto de ejecución no puede entenderse que lleve aparejada ejecución conforme a la normativa vigente.

VI. Conclusiones

Las ideas que a modo de resumen se extraen de estas líneas, se pueden concretar en las siguientes conclusiones:

1.- Con nuestro sistema sustantivo y procesal civil, el certificado individual expedido como consecuencia de un seguro de caución de la Ley 57/1968, tiene atribuida la condición de título ejecutivo a efectos de un posible despacho judicial de ejecución.

2.- La aptitud para ser título ejecutivo exige estar en posesión del certificado individual de seguro y complementar ese título con el documento que acredite la "no entrega" de la vivienda en el plazo convenido, documento que sirve de presupuesto de incumplimiento que justifica la ejecución de la garantía.

3.- La imposibilidad de objetivar de forma abstracta y general qué comportamiento constituye un incumplimiento contractual en la obligación de entrega de la vivienda, se intenta salvar por el Orden Jurídico dando dos respuestas distintas a una misma situación de hecho: la aptitud de un pequeño retraso en la obtención de la Licencia de Primera Ocupación para ser presupuesto de incumplimiento y con ello documento que acredita la no entrega, dando acceso a la ejecución judicial de la garantía y, por el contrario, la inaptitud de ese mismo retraso como incumplimiento que sirva de causa de resolución del contrato.

4.- La convivencia simultánea de estos dos regímenes legales, es perjudicial para la percepción social de una seguridad jurídica, y, además, instaura un régimen que puede facilitar y propiciar fraude de ley, al amparar intereses jurídicos no atendibles de compradores incumplidores que por esa vía pueden de facto desvincularse de sus contratos y obligaciones ante circunstancias irrelevantes que en ningún caso servirían de presupuesto para su resolución contractual.

5.- La solución de privar de carácter ejecutivo al certificado individual y vincular la posibilidad de ejecutar la garantía a la procedencia de la resolución del contrato de compra-venta, representa la posibilidad de seguir amparando exactamente y en los mismos términos el interés jurídico protegido por la Ley 57/1968, pero estableciendo adecuadamente un régimen de garantía en un plano de perfecta operatividad, evitando cualquier intento de utilización fraudulenta de dicho Cuerpo Legal.



jurisprudencia

Tribunal Supremo RESPONSABILIDAD CIVIL

Se condena a un articulista en la cantidad de 9.496,55 euros por acusar de ‘corrupción’ a un magistrado, al considerar que el artículo publicado atenta grave e injustificadamente a la imagen de integridad del demandante y a su prestigio profesional

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 30 de septiembre de 2014.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Faustino, en las fechas en las que se publicaron los artículos controvertidos (entre junio y diciembre de 2004), era presidente de la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Málaga, con sede en Melilla.

El 15 de junio de 2004, Alexis publicó un artículo en el diario "Melilla Hoy" en el que denunciaba la indebida cesión de una vivienda

propiedad de la Ciudad Autónoma a Faustino. Por este artículo, su autor fue condenado por el Juzgado de lo Penal, y más tarde absuelto por la Audiencia Provincial al apreciar que había prescrito el delito.

i) El demandado, Bernabé, publicó un artículo en el diario "Melilla Hoy", el día 20 de junio de 2004, titulado "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?". En este artículo se afirmaba lo siguiente: "A propósito de la información divulgada el día 15-6-04 en el diario MELILLA HOY sobre la ocupación de una vivienda de la Ciudad Autónoma por parte de Faustino, Magistrado de la Sección NUM000 de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 con sede permanente en Melilla, cuando, presumiblemente, no tiene derecho alguno a este privilegio inmobiliario, y, además, es propietario de otra ubicada en una de las mejores zonas de la localidad y de la que obtiene un aprovechamiento económico mediante su arrendamiento, me ha parecido oportuno realizar unas breves observaciones sobre la personalidad y comportamientos morales exigidos a los jueces bajo un título que reproduce el que figura en un interesante artículo doctrina publicado en el número 24 de la revista de la Universidad de Alicante DOXA. CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, firmado por el profesor Malem Saña y cuya edición electrónica se puede consultar en la dirección www...".

"La presente reflexión no pretende valorar este caso concreto que afecta a aquel Magistrado, pues, ignorando los detalles exactos de la cesión gratuita, las personas que intercedieron e intervinieron a favor de la misma y los fines verdaderos que todos perseguían, carezco de los elementos de juicio necesarios para fundar una opinión objetiva sobre una conducta que, sin perjuicio de su calificación moral, me sirve de pretexto para formular un comentario con relación a la necesidad de someter ciertas actuaciones personales de los jueces a un código de conducta que, obviamente, sea compatible con el respeto a sus derechos y libertades".

Con posterioridad, el 25 de junio de 2004, apareció publicado en el periodo "El faro" que "Justicia autorizó el uso de la vivienda al presidente de la Audiencia de Melilla". En este artículo se reseña que el uso de la vivienda le fue cedido por Resolución de 31 de octubre de 2002 de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia. Esta vivienda se encontraba dentro del palacio de justicia de Melilla.

ii) El Sr. Bernabé volvió a publicar otro artículo en el Diario "Melilla Hoy", el día 19 de septiembre de 2004, con el título "La Sección NUM000 de la Audiencia Provincial: un problema en Melilla". En el curso de este largo artículo se afirma que:

"Aun manteniendo mi desagrado patológico a cuanto escribo, compartido por muchos otros, los actuales acontecimientos han precipitado mi sistema inmunológico a unos valores inoperantes para detener esta pulsión literaria, y si antes me abstuve de valorar la cesión de la vivienda al magistrado por desconocimiento de alguno de sus antecedentes, ahora, desde esa perspectiva deontológica, proclamo la inconveniencia para la dignidad de la función judicial que el Presidente de la Sección NUM000 de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 ocupe un inmueble no afecto al Ministerio de Justicia y, además, lo haya solicitado siendo propietario de otro piso en la ciudad".

Y el día 12 de diciembre de 2004, el demandado publicó un tercer artículo, titulado 'Un magistrado inolvidable', en el que se afirmaba: "Por razones obvias, muchos melillenses se han convertido en expertos conocedores de este fenómeno (corrupción judicial) y de algunas de sus indeseables consecuencias...", "La existencia de un problema no deriva de su gravedad sino de su solución. Y en este sentido, una de las causas del origen y extensión de la corrupción judicial se encuentra en la tradicional inhibición de los poderes públicos en la persecución y corrección de los magistrados extraviados...".

Los que conocen de la deplorable situación de la Justicia en Melilla y, sin duda, los magistrados del Tribunal Supremo no ignoran la auténtica realidad judicial de esta ciudad, tiene plena conciencia de la inexistencia de control alguno de los tribunales locales y de la inutilidad de la opinión de los ciudadanos. En los Juzgados de Melilla, en la Audiencia Provincial de Málaga, en el Tribunal Supremo y en el Consejo General del Poder Judicial se huele la descomposición de la organización judicial melillense. Se ha producido una peligrosa fractura entre algunos de los titulares de los juzgados de primera instancia e instrucción, la fiscalía y la policía judicial por un lado y la sección NUM000 de la Audiencia Provincial y adyacentes por otro. No existe entre ambos bandos ningún respeto personal e institucional. Y este enfrentamiento no está provocado porque un juez juegue mejor al tenis que otro, redacte con mayor rigor las sentencias o simpatice por equipos de fútbol distintos. La

causa de la confrontación es simplemente la corrupción...”.

“Pero realmente los únicos damnificados del desagradable ambiente judicial de nuestra ciudad son los melillenses quienes, como la mayoría de los españoles, comenzamos hace tiempo a perder la confianza en la Justicia. A este respecto voy a arriesgarme (...) a participar públicamente en el artificioso debate sobre la situación administrativa y judicial de un sargento de la Policía Local (...). El auténtico origen de esta situación se encuentra en la Sección NUM000 de la Audiencia Provincial y en la desatinada resolución elaborada por su presidente Faustino, quien actuó como ponente del auto que la suspensión de la pena de inhabilitación impuesta al policía (...). Pero me parece injustificable que nuestros representantes continúen atrapados por sus resentimientos y fobias personales y no hayan mostrado el más mínimo interés en conocer los motivos de la permanencia del policía local en el servicio activo. Dirijan su mirada a Faustino, obsérvenlo, investiguen sus circunstancias, lean el auto, compárenlo con otros similares y descubrirán el auténtico responsable de este episodio de la vergonzosa historia judicial de Melilla...”.

SEGUNDO.- Faustino entendió que con estos tres artículos se había vulnerado su derecho al honor, e interpuso una demanda contra Bernabé, en la que, además de solicitar que se declarara la infracción, pedía una indemnización que en la audiencia previa se cuantificó en 370.000 euros.

TERCERO.- El juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda. Respecto del primer artículo, del día 20 de junio de 2004, titulado “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, consideró que no había infracción del derecho al honor del demandante, pues se trataba de un reportaje neutral.

Sin embargo, sí consideró que el segundo artículo, del día 12 de septiembre de 2004, que lleva por título “La Sección NUM000 de la Audiencia Provincial: un problema en Melilla”, atentaba al honor del demandante, pues se le imputaba que había ocupado una vivienda no afecta al Ministerio de Justicia, cuando con anterioridad había quedado claro en la opinión pública que la vivienda le había sido cedida por una Resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia de 31 de octubre de 2002, y por lo tanto ya constaba que no era cierto que la vivienda le hubiera sido adjudicada por el gobierno de Melilla. Se trata

de una afirmación no veraz, que hubiera podido verificarse fácilmente, y que atenta al honor del demandante.

Y el tercero de los artículos también se consideró atentatorio del honor del demandante, pues en él se hace referencia a una situación de corrupción judicial, cuya causa se imputa al demandante. El artículo excede de la crítica a la labor de un magistrado y lesiona su derecho al honor.

En cuanto a la indemnización, la sentencia de primera instancia afirma que debe presumirse el perjuicio cuando se acredita la intromisión ilegítima, y acudiendo a los criterios previstos en el art. 9.3 LO 1/1982, la cifra en 6.000 euros, 3.000 euros por cada infracción.

CUARTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida tanto por el demandante, porque no se había apreciado vulneración en el derecho al honor respecto del primer artículo y porque no se había atendido a la indemnización solicitada, como por el demandado, porque consideraba que no había existido vulneración del derecho al honor.

La audiencia consideró que el primer artículo no tenía la consideración de reportaje neutral, pues su autor no se limita a reflejar la noticia o comentarla, sino que se aparta de ella y enfoca sus reflexiones a otras ideas de contenido deontológico, ético y moralizante. Sin negar que en este artículo, como en los otros dos, el demandado hubiera empleado la insinuación, la acusación velada e insidiosa, que puede ser idónea para la vulneración del derecho al honor, en el caso del primer artículo no aprecia que haya una imputación clara al demandante de hechos que hagan desmerecer del público aprecio y respecto.

En relación con el segundo artículo, la audiencia entiende que el demandado, si bien podía haber dado una información más precisa que eliminara todo error que llevara a pensar en un disfrute irregular de la vivienda o que esta hubiera sido facilitada por el ejecutivo de la ciudad, en realidad, no cuestiona la legalidad de la ocupación, sino que opina sobre lo que entiende que es contraproducente o inconveniente para la dignidad judicial. Se está, afirma la sentencia de apelación, ante una crítica personal desabrida, molesta, pero sin connotaciones ofensivas, difamantes o denigratorias. Añade que existía relevancia e interés público en la parte de información que contiene y, sobre todo, de opinión crítica no sólo con aquel aspecto que la senten-

cia recurrida considera difamatorio, sino con el funcionamiento, en general, de la Administración de Justicia y, en particular, de la Sección NUM000 de la Audiencia Provincial.

Sin embargo, la audiencia entiende que el objetivo perseguido por el demandado con el tercer artículo es la afrenta personal y la denigración profesional del demandante, pues lo sitúa en el centro de la corrupción judicial de Melilla. Lo califica de juez corrupto o permisivo con la corrupción. La sentencia argumenta que en este caso concurre el canon de gravedad, proporción y falta de justificación, en la intensa aunque velada censura de la conducta, profesional y personal, del demandante, con comentarios que rozan la imputación delictiva de una de las manifestaciones más deshonestas de un juez, la prevaricación.

Por último, por lo que respecta a la indemnización, la sentencia valora, entre otros factores, la intensidad del ataque, grave pero no rotundo, ni directa ni contundentemente personalizado; la relativamente importante difusión del artículo en el ámbito local de la ciudad de Melilla, lugar por entonces de residencia y actividad profesional del demandante; la tardanza en el ejercicio de la acción, cercana a la prescripción; la proliferación de otros artículos que pudieron contribuir a aumentar el daño moral y la propia aflicción y pesadumbre de ánimo. Y cuantifica el perjuicio en 8.000 euros.

QUINTO.- La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por el demandante y por el demandado.

El recurso del demandante se basa en dos motivos. El primero denuncia la infracción del art. 7 LO 1/1982, de 5 de mayo, por no haber apreciado la intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante respecto de los dos primeros artículos. El motivo segundo se refiere a la valoración de la indemnización.

El recurso del demandado se articula en tres motivos. Los dos primeros motivos versan sobre la apreciación de intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante respecto del tercero de los artículos. Y el motivo tercero, se refiere a la cuantificación de la indemnización.

Para mantener el orden lógico seguido en la instancia, analizaremos primero los motivos de casación que se refieren a la apreciación o falta de apreciación de la intromisión ilegítima al honor del demandante; y, a continuación, los motivos que se refieren a la indemnización.

Y con carácter previo al análisis pormenorizado de estas conductas, expondremos la jurisprudencia y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia.

Motivos de casación relativos a la intromisión ilegítima del derecho al honor

SEXTO.- Formulación del motivo primero del recurso de Faustino. El motivo se basa en la infracción del art. 7 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en relación con el art 18 CE, así como la jurisprudencia que interpreta estos preceptos. El recurso insiste en que los tres artículos, no solo el tercero, vulneran el derecho al honor del demandante. En el desarrollo del motivo muestra como también en los dos primeros artículos se imputan al demandante hechos ofensivos, que exceden de lo que sería una mera y legítima crítica. Los hechos imputados al demandante, no han quedado acreditados ni consta que el demandado hubiera realizado alguna actuación para verificarlos. La identificación del demandante en los tres artículos es clara, pues son constantes las referencias a él, y estos hechos claramente perjudican su imagen pública y su prestigio.

SÉPTIMO.- Formulación del motivo primero del recurso de Bernabé. El motivo se basa en la infracción del art. 20.1.a) y d) CE, en relación con el art. 7.7 LO 1/1982, de 5 de mayo, así como de la jurisprudencia que los interpreta. En el desarrollo del motivo se razona que el artículo tercero, que lleva por título "Un magistrado inolvidable", no constituye ninguna intromisión ilegítima en el honor del demandante, porque, en primer lugar, "su contenido no incide en modo alguno en el honor del demandante, y, en segundo lugar, se trata de una lícita manifestación de las libertades de expresión y comunicación del recurrente que, en el supuesto de comportar un conflicto con el derecho al honor, han de prevalecer sobre éste conforme a las técnicas de ponderación constitucional elaboradas por la doctrina jurisprudencial". Y a continuación aclara que no se lesiona el honor del demandante porque el artículo "se limita a opinar sobre la situación y problemas del poder judicial en Melilla y a informar críticamente de una polémica resolución de la sección 7ª de la Audiencia Provincial, de la que fue ponente Faustino. El texto ni incluye ninguna calificación injuriosa o vejatoria contra su persona, ni valora de forma ultrajante su comportamiento privado o su actividad jurisdiccional, sino que circunscribe su comentario valorativo a cues-

tionar el funcionamiento de los juzgados y tribunales de la ciudad, poner en evidencia la negativa percepción de la justicia por parte de los melillenses, advertir de las consecuencias sociales sufridas por el magistrado que descubrió las apropiación de fianzas consignadas en su juzgado, e intervenir en el debate público originado por el auto que suspendía la ejecución de la pena impuesta a un policía local por la comisión de un delito contra la libertad sexual”.

Además, se añade que, en todo caso, la ponderación de los derechos enfrentados, el derecho al honor del demandante y el derecho a la libertad de expresión y de información, en este caso debe hacer prevalecer estos últimos.

OCTAVO.- Formulación del motivo segundo del recurso de casación de Bernabé. El motivo se basa en la infracción del art. 7.7 LO 1/1982, de 5 de mayo, en relación con el art. 7.1 CC y la jurisprudencia sobre los actos propios. El motivo repasa el comportamiento del demandante y entiende que se encuadra dentro de la categoría de los actos propios, pues en diversas ocasiones manifestó que no sufrió ningún desprestigio profesional y que se marchó de Melilla por razones profesionales, familiares y personales, lo que contradice la teoría conspirativa desarrollada en su demanda, en la que atribuye a los artículos del demandado haber ocasionado un sufrimiento moral y psíquico. Después de especificar esas manifestaciones, concluye que “el carácter vinculante de esos comportamientos del demandante impide la reparación moral y económica de un derecho al honor que no resultó damnificado por la publicación del artículo del Sr. Bernabé y, consiguientemente, determina la exigencia de desestimar una demanda planteada sin iusta causa litigantis y que encubre el ejercicio abusivo de un derecho y una finalidad punitiva ajena al objeto del litigio”.

Procede desestimar estos tres motivos de casación por las razones que exponemos a continuación.

NOVENO.- Jurisprudencia sobre los derechos en conflicto. El motivo primero de uno y otro recurso cuestionan el juicio de ponderación de los derechos en conflicto realizado por la sentencia recurrida, respecto de los tres artículos objeto de litigio. Antes de revisar este juicio de ponderación, es necesario traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala sobre la materia.

i) De una parte, el art. 20.1.a) y d) CE, en relación con su artículo 53.2, reconoce como derechos fundamentales especialmente protegidos mediante los recursos de amparo constitucional y judicial, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (libertad de expresión), y el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (derecho a la información). De otra, el art. 18.1 CE reconoce con igual grado de protección el derecho al honor y el derecho a la intimidad personal y familiar.

ii) La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio y 139/2007, 4 de junio; y SSTC 102/2014, de 26 de febrero y 176/2014, de 24 de marzo, entre las más recientes) porque no comprende cómo está la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

Por su parte, la libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo (SSTC 104/1986, de 17 de julio, 139/2007, de 4 de junio, y 29/2009, de 26 de enero).

No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y a la inversa (SSTC 110/2000, de 5 de mayo; 29/2009, de 26 de enero; 77/2009, de 23 de marzo; y 50/2010, de 4 de octubre). Según la STC 216/2013, de 19 de diciembre «La distinción no es baladí pues la veracidad, entendida como diligencia en la averiguación de los hechos, condiciona la legitimidad del derecho a la información, requisito que, sin embargo, no es exigible cuando lo que se ejercita es la libertad de expresión, pues las opiniones y juicios de valor no se prestan a una demostración de su exactitud, como sí ocurre con los hechos (SSTC 9/2007, de 15 de enero; 50/2010, de 4 de octubre y 41/2011, de 11 de abril)». Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario separarlos, y solo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante (SSTC 107/1988, de 8 de junio, 105/1990, de 6 de junio y 172/1990, de 12 de noviembre).

iii) El derecho al honor protege frente a atentados a la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (STC 14/2003, de 28 de enero), e impide la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio).

La doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala consideran incluido en la protección del honor el prestigio profesional. Reiterada doctrina de esta Sala admite que el prestigio profesional forma parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el honor, pero exige que el ataque revista un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una trasgresión del derecho fundamental (SSTS 1174/1997, de 15 de diciembre; 23/1998, de 27 de enero; 11/1999, de 22 de enero; 147/2000, de 15 de febrero; 663/2000, de 26 de junio; 599/2003, de 13 de junio; 725/2004, de 8 de julio y 733/2004, de 19 de julio; 378/2005, de 19 de mayo; 604/2007, de 18 de julio; 80/2009, de 11 de febrero; 74/2010, de 3 de marzo; 812/2010, de 29 de noviembre; 180/2011, de 17 de marzo; 331/2012, de 17 de mayo; 62/2013, de 5 de febrero, y 232/2013, de 25 de marzo).

En este sentido, como ha recordado la STC 9/2007, de 15 enero, el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona pueden constituir un ataque a su honor personal, incluso de especial gravedad, ya que la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga (STC 180/1999, de 11 de octubre).

DÉCIMO.- A la vista del contenido de los tres artículos, la colisión atañe a la libertad de expresión y de información, de una parte, y el derecho al honor, de otra.

Este conflicto entre derechos y libertades fundamentales debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Se entiende por ponderación, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el

examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

De este modo, la técnica de ponderación exige valorar el peso abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión, y desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan tanto el derecho a la libertad de expresión como el derecho a la libertad de información por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STC 9/2007, de 15 de enero), alcanzando la protección constitucional su máximo nivel cuando tales libertades son ejercitadas por profesionales de información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio; 29/2009, de 26 de enero). Además, ese juicio de ponderación en abstracto debe atender a que el ejercicio de la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 216/2013, de 19 de diciembre y 9/2007, de 15 de enero) pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática» (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España, § 43).

La técnica de ponderación exige valorar en segundo término el peso relativo de los derechos en conflicto.

Desde esta perspectiva, en cada caso concreto esa preeminencia en abstracto de las libertades de expresión e información puede llegar a revertirse a favor del derecho al honor, para lo cual debe tenerse en cuenta, en lo que ahora interesa, los siguientes parámetros:

i) Para que pueda considerarse justificada una intromisión en el derecho al honor es preciso que la información o la expresión se refiera a asuntos de relevancia pública o interés general, ya por la propia materia a la que alude la noticia o el juicio de valor, o por razón de las personas, esto es, porque se proyecte sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008, de 23 de junio; SSTS 507/2009, de 6 de julio)

-la cual se reconoce en general por razones diversas, no solo por la actividad política, también por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias.

Así, la jurisprudencia de esta Sala es coherente con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el máximo nivel de eficacia justificadora del ejercicio de las libertades de expresión e información frente al derecho al honor cuando los titulares de este son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública (SSTC 107/1988, de 8 de junio, 110/2000, de 5 de mayo y 216/2013, de 19 de diciembre). En suma, la relevancia pública o interés general constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia de las libertades de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado.

ii) En el ámbito de la libertad de expresión no rige el requisito de la veracidad, dado que su protección solo exige que el objeto de crítica y opinión sean cuestiones de interés o relevancia pública y que no se utilicen para su manifestación expresiones inequívocamente injuriosas.

iii) Ni la información ni la opinión o crítica pueden manifestarse a través de frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con la noticia que se comunique o con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a tales propósitos. Ni la transmisión de la noticia o reportaje ni la expresión de la opinión puede sobrepasar, respectivamente, el fin informativo o la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, debiendo prevalecer en tales casos la protección del derecho al honor. El requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en éste se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas (STC 29/2009, de 26 de enero).

En relación con ese último punto, de acuerdo con una concepción pragmática del lenguaje adaptada a las concepciones sociales, la jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende

comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica, experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (el artículo 2.1 LO 1/1982, de 5 de mayo se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor).

UNDÉCIMO.- Desestimación del motivo primero del recurso de Faustino: revisión del juicio de ponderación respecto de los dos primeros artículos. El primer artículo, como se explica en el mismo, se encabeza con un título (¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?) tomado de un artículo que había sido recientemente publicado por un profesor de filosofía del Derecho.

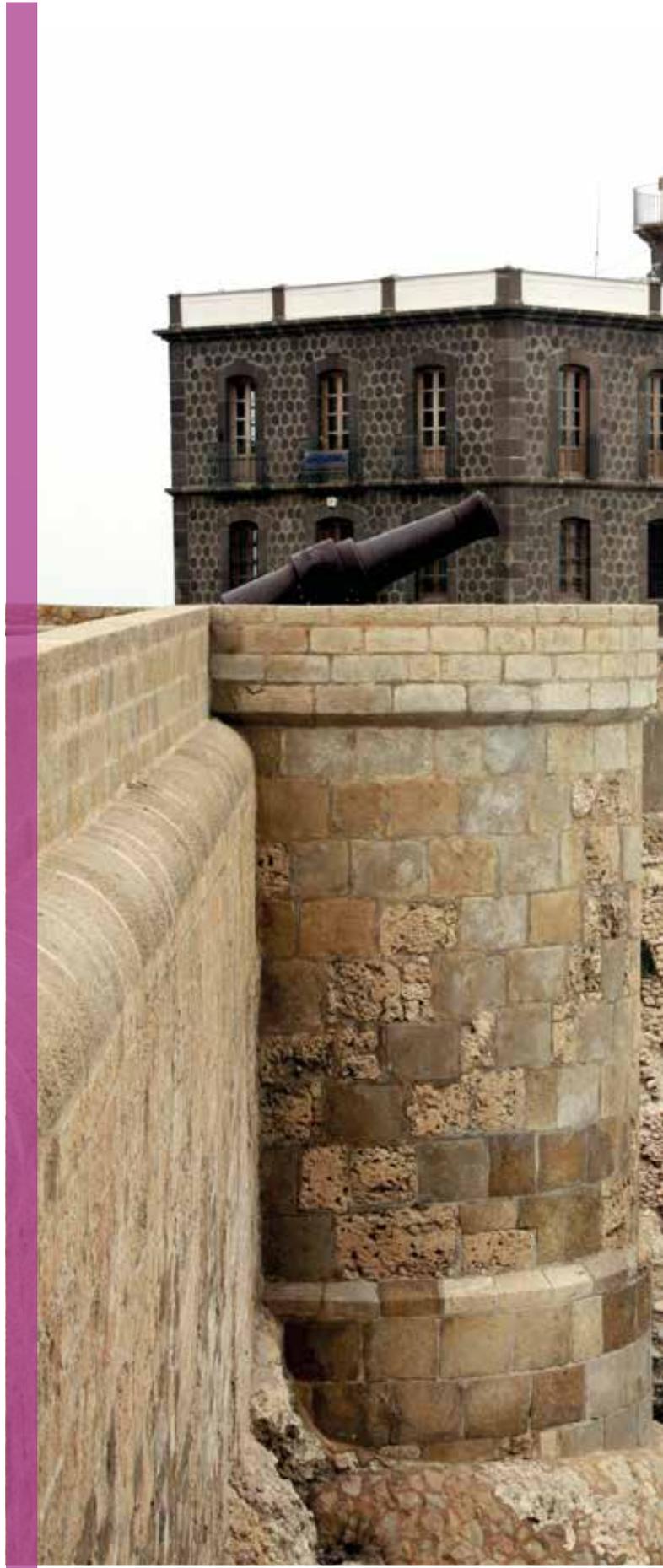
A continuación, el artículo litigioso hace una referencia a una noticia que se había publicado unos días antes, en el mismo periódico, sobre la ocupación de la vivienda del palacio de la Audiencia por el magistrado Faustino. Respecto de este hecho, manifiesta que presumiblemente aquel magistrado no tiene derecho a este privilegio inmobiliario, y deja constancia de que además tiene otra vivienda propia, de la que obtiene un beneficio económico mediante su arrendamiento. Después hace unas reflexiones sobre las exigencias éticas que a su juicio afectan a los jueces, y, aunque con ocasión de ellas vuelve a manifestar que no pretende valorar en el caso concreto la conducta del magistrado, de hecho lo hace, pues del conjunto del artículo se desprende que no le parece ético la asignación de la vivienda a este magistrado. Claramente se trata de una opinión vertida en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, que afecta a un hecho que tiene interés público, en la medida que versa sobre la cesión de uso de bienes públicos, titularidad del Estado, a favor de un magistrado por razón del ejercicio de su cargo.

La prevalencia que en abstracto debe reconocerse a la libertad de expresión, no quiebra en este caso concreto porque se hayan empleado expresiones inequívocamente injuriosas. La única imputación realizada al magistrado demandante, que sin ser directa se insinúa del contenido del artículo, es que no es ético ocupar gratuitamente una vivienda en un edificio público y disponer al mismo tiempo de una casa de cuya explotación arrendaticia obtiene un beneficio económico. Esta insinuación y la genérica referencia a las malas personas contenida en el título del artículo, no constituyen expresiones ultrajantes u ofensivas, ni son desproporcionadas en relación con la crítica pretendida, que permitan concluir que la audiencia se equivocó al reali-

zar el juicio de ponderación. De hecho, coincidimos con la valoración realizada en la sentencia de apelación de que en este primer artículo no existe ninguna imputación clara al demandante de hechos gravemente ofensivos que le hagan desmerecer del público aprecio y respeto.

DECIMOSEGUNDO.- El segundo artículo contiene también una crítica, ahora más clara, a que el demandante ocupe un inmueble no afecto a la justicia, siendo además propietario de otra vivienda, porque considera que desde la perspectiva deontológica resulta inconveniente para la dignidad de la función de presidente de la sección 7ª de la Audiencia Provincial. No deja de ser una opinión, vertida en el ejercicio de la reseñada libertad de expresión, respecto de un tema que, como ya indicamos antes, tiene relevancia pública. Esta opinión, si bien se apoya en un dato incierto, pues se dice que la vivienda no está afectada al Ministerio de Justicia, cuando se había publicado en otro periódico que la ocupación de la vivienda había sido asignada al demandante por el reseñado Ministerio, no deja de ser una crítica que se enmarca dentro de los límites en los que la libertad de expresión goza de prevalencia sobre la posible mala imagen que esta crítica pudiera reportarle al demandante, pues esta ayuna de manifestaciones ultrajantes o desproporcionadas. Conviene advertir que lo que se imputa al demandante es que desde la perspectiva de la deontología judicial, resulta inconveniente para la dignidad de la función de presidente de la sección de la Audiencia desplazada a Melilla que ocupe una vivienda en el palacio de justicia, cuando dispone además de un piso propio. Coincidimos con la sentencia apelada al advertir que esta crítica no contiene connotaciones ofensivas o denigratorias, razón por la cual confirmamos el juicio de ponderación realizado.

DECIMOTERCERO.- Desestimación del motivo primero del recurso de Bernabé: revisión del juicio de ponderación respecto del tercer artículo. El tercero de los artículos, de 12 de diciembre de 2004, contiene una reflexión crítica sobre la situación de la justicia en Melilla, en la que claramente destaca la existencia de "corrupción judicial", cuyo origen lo atribuye a Faustino, y que ilustra con una referencia al auto del que fue ponente este magistrado que acordó la suspensión de la pena de inhabilitación impuesta a un policía local. Este artículo no se limita a criticar aquella resolución judicial, que había sido dictada hacía muchos meses, sino que atribuye a Faustino la responsabilidad de la corrupción judicial en Melilla. Esta manifestación, que imputa al demandante ser el responsable de la corrupción judicial, y por lo tanto ser un juez





corrupto, sin que se haya acreditado su veracidad, es claramente ultrajante y denigratoria, en la medida en que atenta grave e injustificadamente a la imagen de integridad del magistrado demandado y a su prestigio profesional, siendo además desproporcionada respecto de la lícita crítica que la actuación de un juez puede merecer para los medios de comunicación y para los destinatarios de la justicia, que no estén de acuerdo con el sentido de las resoluciones o con su argumentación.

La gravedad de la imputación vertida sobre el magistrado demandante, ser el responsable de la corrupción judicial de Melilla, su carácter ultrajante que menoscaba de forma injustificada la imagen y prestigio profesional de aquel, y su desproporción impiden que sobre el derecho al honor lesionado pueda prevalecer la libertad de expresión invocada. De este modo advertimos correcto y adecuado a las pautas jurisprudenciales antes expuestas, el juicio de ponderación realizado por la sentencia de apelación, que ahora confirmamos.

DECIMOCUARTO.- Desestimación del motivo segundo del recurso de Bernabé: inexistencia de actos propios. La desestimación de este motivo deriva, en primer lugar, de que se trata de una cuestión nueva, en la medida en que no conformó el objeto litigioso en primera instancia.

Además, no se aprecia que las manifestaciones que hubiera podido referir el demandante sobre las causas o motivos por los que se trasladó de Melilla a Granada, afecten a la valoración antes realizada sobre la vulneración que para el derecho al honor del demandante supuso el tercero de los artículos, en el que claramente se le imputa ser la causa de la corrupción judicial de Melilla, ni al juicio de ponderación realizado para resolver el conflicto entre este derecho y la libertad de expresión.

En su caso, aquellas manifestaciones podrían guardar relación con el cálculo de la indemnización, y en concreto con la valoración de la gravedad del perjuicio moral causado al demandante, y de hecho fueron tenidas en consideración por la sentencia recurrida, que juzga sobre su incidencia en las alteraciones o trastornos psicológicos que el demandante manifestó haber sufrido.

Motivos de casación relativos a la indemnización

DECIMOQUINTO.- Formulación del motivo tercero del recurso de Bernabé. El motivo se basa

en la infracción del art. 9.3 LO 1/1982, de 5 de mayo, porque la sentencia no aplica los criterios legales establecidos para fijar la indemnización. La sentencia prescinde del contexto circunstancial en que se publicó el artículo y de la escasa entidad del daño infligido al actor, e ignora la corta audiencia del periódico y la inexistencia de beneficio alguno a favor del demandado.

DECIMOSEXTO.- Formulación del motivo segundo del recurso de Faustino. El motivo denuncia la infracción del art. 9.3 LO 1/1982, de 5 de mayo. En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia ha dejado de indemnizar en su totalidad los daños y perjuicios ocasionados. A su juicio, la naturaleza de la ofensa, la innecesidad de las manifestaciones, la pertinencia y reiteración de la conducta, así como la difusión del artículo, justifican una indemnización mayor.

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

DECIMOSEPTIMO.- Desestimación del motivo tercero del recurso de Bernabé y del motivo segundo del recurso de Faustino. Ambos motivos cuestionan, en sentido diverso, la valoración realizada por el tribunal de apelación de la indemnización de los perjuicios ocasionados al demandante con la lesión de su derecho al honor, y la aplicación de los criterios legales previstos para ello, conforme al art. 9.3 LO 1/1982. Pero la valoración que solicitan, en los dos casos, es propia de la instancia y excede de la que cabe realizar con ocasión del recurso de casación.

Como hemos reseñado en otras ocasiones (Sentencias 583/2011, de 6 de septiembre, y 220/2014, de 7 de mayo), "(e)sta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba (SSTS de 19 de octubre de 1990, 18 de julio de 1996, 14 de julio de 2000, 15 de marzo de 2001), solo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción (SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 24 de marzo de 1998, 23 de noviembre de 1999, 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001, 25 de enero de 2002, 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28

de marzo de 2005, 9 de junio de 2005, 21 de abril de 2005, 17 de enero de 2006, 27 de febrero de 2006, 5 de abril de 2006, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006, 16 de noviembre de 2006) o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación del quantum [cuantía] (SSTS de 15 de febrero de 1994, 18 de mayo de 1994, 21 de diciembre de 2006)".

Los dos recursos pretenden sustituir la ecuánime y ponderada valoración del daño moral ocasionado al demandante que realiza la sentencia de apelación en la sentencia recurrida, por la propia de cada una de las partes, sin que se haya llegado a invocar con claridad, ni mucho menos a apreciar, alguna de las razones que acabamos de exponer para justificar la revisión de la valoración del daño moral.

Costas.

DECIMOCTAVO.- Desestimado el recurso de casación interpuesto por la representación de Faustino, procede su condena al pago de las costas generadas con su recurso (art. 398.1 LEC).

Desestimado el recurso de casación interpuesto por la representación de José Bernabé, procede su condena al pago de las costas generadas con su recurso (art. 398.1 LEC).

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Bernabé contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (sección 3ª) de 22 de septiembre de 2011 (rollo núm. 13/2011), que resolvió los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Granada de 2 de marzo de 2010 (juicio ordinario 952/08), con imposición de las costas generadas por su recurso al recurrente.

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Faustino contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (sección 3ª) de 22 de septiembre de 2011 (rollo núm. 13/2011), que resolvió los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Granada de 2 de marzo de 2010 (juicio ordinario 952/08), con imposición de las costas generadas por su recurso al recurrente.

La doctrina que despliega la sentencia de referencia sobre la atribución de responsabilidad civil por un atentado al honor a través de un artículo de prensa se desarrolla dentro de unas coordenadas tan ortodoxas que sólo merece su registro y ningún comentario particular. La única particularidad subjetiva del caso radica en que quien sufrió la intromisión ilegítima era un magistrado. Pero resulta llamativa la indemnización que se establece. La pretensión económica deducida por el demandante se cifró en 370.000 euros, por la intromisión en su derecho al honor a través de tres artículos periodísticos sucesivos. El JPI estimó que sólo dos de ellos constituían una intromisión ilegítima y valoró en 3.000 euros los daños morales causados por cada uno, fijando así una indemnización de 6.000 euros, que habrían de destinarse a la fundación benéfica que se designara de acuerdo con el planteamiento de la demanda. Apelada la sentencia por ambas partes, la AP acogió parcialmente el recurso interpuesto por el demandado, al entender que sólo el tercer artículo constituía una injustificada intromisión y, a su vez, acogió de forma no sustancial (AP dixit) el recurso del actor, puesto que cifró la indemnización por el daño moral infligido por esa única pieza en 8.000 euros: más del doble de la valoración efectuada por la sentencia apelada (de 3.000 a 8.000 euros). De esta forma, se resolvió la hiperbólica pretensión con una indemnización perlática.

Para justificar esa indemnización, el TS señala que la AP había valorado “entre otros factores [¿cuáles? ¿los mencionó la AP y los elude el TS? ¿o los eludió aquélla?], la intensidad del ataque, grave pero no rotundo, ni directa ni contundentemente personalizado [?]; la relativamente importante difusión del artículo en el ámbito local de la ciudad de Melilla, lugar por entonces de residencia y actividad profesional del demandante; la tardanza en el ejercicio de la acción, cercana a la prescripción; [y] la proliferación de otros artículos que pudieron contribuir a aumentar el daño moral y la propia aflicción y pesadumbre de ánimo”. Esta reseña debe tenerse en cuenta en el trance de examinar la claudicación de los motivos de casación que tanto el demandante como el demandado articularon respecto de la indemnización establecida. En su motivo, el demandado aducía, según resume el TS, que la sentencia había prescindido del contexto circunstancial en que se había publicado el artículo y la escasa entidad del daño infligido al actor, ignorando, además, la corta audiencia del periódico y la inexistencia de beneficio alguno para el demandado, lo que habría de llevar a una revisión reductora de la indemnización establecida. A su vez, el demandante invocaba en el suyo que la sentencia recurrida no resarcía en su totalidad los daños y perjuicios ocasionados, pues la naturaleza de la ofensa, la falta de necesidad de las manifestaciones vertidas, la pertinencia y reiteración de la conducta del demandado y la difusión del artículo justificaban una indemnización mayor. Ambos motivos fueron desestimados porque la cuantía del resarcimiento no tiene acceso a casación, por corresponder a la función “soberana” del Tribunal de Instancia, cabiendo sólo su revisión en el caso de incurrir en un error notorio o arbitrariedad, por existir una notoria desproporción o por infringir el ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para el cálculo del quantum, sin que se hubiera alegado con claridad razón alguna para justificar la revisión indemnizatoria.

No conozco los términos en que se formalizó el recurso de casación, pero resulta llamativo que el TS no haga la más mínima referencia crítica a que uno de los factores ponderados por la AP, para fijar el quantum indemnizatorio, estribaba en que la demanda se había formulado al borde de la que se denomina ‘prescripción’ extintiva de la acción ejercitada, pese a que el criterio jurisprudencial (y doctrinal) –que yo no comparto– es que el crédito resarcitorio por los atentados al honor, a la intimidad y a la propia imagen de la persona están sometidos a caducidad. Es sorprendente que el importe del crédito se devalúe con el paso del tiempo y que por ello sea menor que el que se habría establecido si la demanda se hubiera presentado al poco tiempo de la intromisión. Téngase en cuenta que el artículo periodístico que da lugar a la estimación de la demanda fue publicado el 12 de diciembre de 2004, sin que se concrete la fecha exacta en que se presentó aquélla. Pero, de cualquier modo, no parece de recibo que el *dies libelli*, según que se presente temprana o retrasadamente, se erija en cofactor de la determinación cuantitativa del perjuicio.

COMENTARIO

La cuantificación resarcitoria de cualquier perjuicio personal es el fruto de una dialéctica constituida por la imposibilidad de valorarlo y la necesidad de hacerlo. Si los perjuicios personales causados por el daño corporal son susceptibles de mensura mediante una baremación flexible que atienda los tres niveles sucesivos de la individualización perjudicial (básica, particular y excepcional), cuando se trata de los perjuicios de tal índole ligados a daños personales extracorpóreos, cualquier baremación constituiría un corsé desajustado

Por otra parte, queda claro que la indemnización fijada ab origine por el JPI y la definitiva establecida por la AP corresponde en exclusiva a los perjuicios morales padecidos por el actor, sin que se haga la más mínima referencia a la remoción del lucro obtenido por el demandado que, según dice él, no existió, cosa sorprendente porque no parece que la actividad periodística se desenvuelva sin retribución económica, con lo que deja de ponderarse uno de los parámetros que establecía el art. 9.3 de la LO de 5 de mayo de 1982, constituido por el enriquecimiento obtenido por el intromitente. Por ello, parece que la sentencia recurrida no fijó al completo las bases legales para la determinación del crédito compensatorio del actor. En mi opinión, la falta de consideración de ese lucro constituía, quizá, un motivo para justificar la censura casacional del quantum indemnizatorio establecido. Téngase en cuenta que el artículo periodístico que dio lugar a la condena se publicó antes de que, felizmente, se modificara el expresado precepto en virtud de la disposición final 2ª de la LO 5/2010, de 22 de junio, que, corrigiendo su texto originario, deslinda con pleno acierto la indemnización de los daños y perjuicios causados y la remoción (apropiación por el perjudicado) del lucro obtenido por el demandado con su intromisión ilegítima. Un adecuado entendimiento de la norma habría de haber dado lugar, conforme al principio elemental de la vertebración, a computar la estricta indemnización de los perjuicios y la remoción del beneficium obtenido por el demandado; y se echa de menos que el TS deje de aludir a este particular, ni siquiera para destacar el cambio legislativo producido después de que se produjera el hecho enjuiciado.

La cuantificación resarcitoria de cualquier perjuicio personal es el fruto de una dialéctica constituida por la imposibilidad de valorarlo y la necesidad de hacerlo. Si los perjuicios personales causados por el daño corporal son susceptibles de mensura mediante una baremación flexible que atienda los tres niveles sucesivos de la individualización perjudicial (básica, particular y excepcional), cuando se trata de los perjuicios de tal índole ligados a daños personales extracorpóreos, cualquier baremación constituiría un corsé desajustado. Pero no es socialmente redimible que, en un caso como el resuelto por esta sentencia, deje de tenerse en cuenta que, si la compensación del perjuicio se hubiera cifrado en 50.000 euros, el TS habría emitido la misma declaración confirmatoria, como puede comprobarse con un elemental rastreo jurisprudencial. No hay al respecto baremos orientativos, ni es fácil que pueda haberlos. Pero la concreta solución adoptada en el caso enjuiciado puede compararse con la que proporcionarían los raquíticos baremos establecidos para valorar los daños corporales causados en un accidente de circulación. Cáptese que unas lesiones temporales de cierta duración, culminadas con alguna secuela de orden menor, daría lugar a una indemnización superior a la establecida en este caso por mancillarse el honor personal y profesional de un magistrado. La simple comparación de cantidades conduce a apreciar la falta de proporción y, por tanto, a disentir de una solución compensatoria que el TS, con su tradicional escapismo valorativo, homologó. En este caso, el demandante resultó mancillado en su honor y, después, al resolverse el pleito que había promovido, resultó mal tratado.

Responsabilidad Civil Médica. Se condena a indemnizar con 600.000 euros a unos padres por los daños ocasionados a su bebé durante el parto, pues se determina que se trata de una responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración, derivada de la no vigilancia o seguimiento de la monitorización fetal y no de un supuesto de ‘pérdida de oportunidad’ del menor como se manifestó en un primer momento por el Tribunal de instancia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª),
de 3 de octubre de 2014.

Ponente: Excm.a. Sra. D^a. María del Pilar Teso Gamella

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- La sentencia que aquí se recurre estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto, por la parte ahora y entonces recurrente, contra desestimación presunta de la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulada por los perjuicios sufridos como consecuencia de la asistencia al parto prestada a la recurrente, en el Hospital "Los Arcos".

La estimación en parte del recurso contencioso administrativo, se funda, a tenor de los informes médicos de la Inspección Médica, el informe del médico ginecólogo aportado por la recurrente en la instancia, las declaraciones de sendos

médicos ginecólogos y matronas que intervinieron antes y durante el parto, el médico ginecólogo de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, y el neurólogo que atendió al niño en el servicio de Neuropediatría del hospital al que fue trasladado (Hospital "Virgen de Arrixaca"), en que no se pudo acreditar, a juicio de la Sala de instancia, la infracción de la *lex artis* ni, por tanto, la concurrencia de los requisitos exigibles para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración. Ahora bien, considera la Sala, no obstante, que se ha producido una "pérdida de oportunidad", pues <<conoce esta Sala, pues también se ha acreditado, que son las Matronas las que están facultadas para valorar la evolución del parto y tomar ciertas decisiones, entre ellas al parecer la administración de oxitocina a la gestante. Ahora bien, tampoco se puede desconocer que ante la presencia de ciertos signos un poco alarmantes como eran los DIPS II que tuvieron lugar a partir de las 09:30, y por mucha que sea la experiencia y competencia de la matrona, una adecuada praxis sanitaria obligaba a comunicar esas deceleraciones al ginecólogo, a fin de que adoptara las decisiones oportunas. Y no consta que la matrona avisara al Dr. Jon, ni tampoco lo contrario, es decir, que avisado dejara de presentarse para comprobar el monitor. Tampoco consta en que momento se dejó de administrar oxitocina, si es que se hizo antes de pasar a la recurrente a la sala de partos. No podemos saber, pues no está acreditado, que decisión hubiera tomado el ginecólogo de haber visto las deceleraciones, o en caso de haberlas visto si hubiera tomado otra decisión distinta a la que tuvo de mantener una actitud expectante. Por tanto, no podemos concluir la existencia de una relación de causa a efecto entre la actuación del servicio sanitario y el daño sufrido por el feto. Pero tampoco puede excluirse la posibilidad, como se ha dicho, de que hubiera podido actuarse de otra forma, en definitiva, de haberse evitado el daño. Es lo que el Tribunal Supremo viene denominando pérdida de oportunidad, es decir, que en este caso se ha privado al menor de la pérdida de la oportunidad de haber evitado esa anoxia y consecuente encefalopatía, y ello es indemnizable>>.

SEGUNDO.- La casación sustenta sobre un único motivo, en el que por el cauce del artículo 88.1.d) de la LJCA, se denuncia la lesión del artículo 139 de la Ley 30/1992.

Se sostiene, en síntesis, que la sentencia es contradictoria porque, de un lado, considera que no concurre responsabilidad patrimonial porque no se ha vulnerado la "*lex artis*" y, por ello, no resulta acreditada la relación de causalidad entre la actuación del servicio sanitario y el daño sufrido

por el hijo de los recurrentes. Y de otro, se indica que no consta que la matrona avisara al médico, o que avisado el mismo no acudiera, para comprobar el monitor donde se advertían las deceleraciones. De modo que la sentencia se ocupa, a juicio de la parte recurrente, de determinar de quién fue la culpa de la actuación que da lugar al daño producido, si del médico ginecólogo o si la matrona, cuando eso resulta intrascendente a estos efectos. Concluyendo que hubo infracción de la "*lex artis*" por el servicio sanitario y ello impidió que la recurrente y su hijo fueran adecuadamente tratados.

También solicita la recurrente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad y cuestión prejudicial, ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respectivamente.

Por su parte, la Administración demandada señala que la Sala de instancia no solo valora que no se llamara al ginecólogo para examinar el monitor, sino también el informe del médico de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, que señala que las alteraciones de la gráfica eran poco alarmantes, sin que existiera, por tanto, pérdida constatada de bienestar fetal.

La aseguradora, en fin, aduce la inadmisión del motivo porque se reiteran los argumentos esgrimidos en la instancia. Niega que se haya realizado una valoración arbitraria de la prueba, y añade que tras valorar la prueba la Sala considera que según los protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia no existía obligación de proceder a la extracción inmediata del feto por medio de cesárea, de modo que no hay infracción de la "*lex artis*". Respecto de la cuantía de la indemnización se señala que no es modificable en casación.

TERCERO.- Respecto de la prejudicialidad constitucional y comunitaria que se alega mediante otrosí en el escrito de interposición, debemos señalar que no procede el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ni de cuestión prejudicial comunitaria porque no concurren los presupuestos precisos para ello.

Así es, la norma con rango de ley que se invoca, en este caso la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, y de cuya conformidad con la Constitución se duda, ha de ser determinante del fallo de esta sentencia. En efecto, para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es preciso que la norma legal invocada de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, ex

artículo 163 de la CE. Y resulta evidente que el fallo de esta sentencia no depende de la validez de dicha norma legal.

Igualmente el planteamiento de un cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, procede cuando la interpretación o la validez de una norma de dicho ordenamiento jurídico resulte necesaria para resolver el litigio ante un órgano jurisdiccional nacional, lo que no sucede tampoco en este caso.

Repárese que no se alega la infracción de dicha norma legal en ningún motivo de casación, y que, en consecuencia, nuestra decisión no depende de la validez de la Ley 10/2012. Los reparos de validez que se formulan, obviamente, no se invocaron ante la Sala de instancia porque el recurso contencioso administrativo se interpuso en 2005 y la demanda se presentó en 2007, años antes, por tanto, de la vigencia de la Ley 10/2012. También la tasa ha sido ya pagada en casación. Y el alegato de la recurrente no pasa de ser la expresión de una invocación teórica o un reproche general de la citada Ley 10/2012.

CUARTO.- Entrando en el examen del único motivo invocado, la lesión del artículo 139 de la Ley 30/1992, debemos adelantar que procede su estimación por las razones que seguidamente expresamos.

La sentencia que se impugna establece unas conclusiones que no describen un supuesto de "pérdida de oportunidad", que es lo que aprecia la Sala de instancia, sino partiendo de los mismos hechos que establece la sentencia se aprecia, a juicio de esta Sala Tercera, la concurrencia de una responsabilidad patrimonial sanitaria.

En efecto, tras valorar la prueba obrante en las actuaciones y en el expediente administrativo. Concretamente, los informes de los médicos ginecólogos y matronas intervinientes en el parto de la recurrente en el Hospital "Los Arcos", el informe de la Inspección médica, el aportado por la recurrente, el informe del médico representante de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, y el informe del médico neuropediatra del Hospital Virgen de Arrixaca, la Sala de instancia concluye que ya había "signos un poco alarmantes" como eran los DIPS II (deceleración de parto) que aparecen a partir de las 9.30 "y por mucha que sea la experiencia y competencia de la matrona, una adecuada praxis sanitaria obligaba a comunicar esas deceleraciones al ginecólogo, a fin de que adoptara las decisiones oportunas".

De modo que la sentencia ya describe una infracción de la "lex artis" en la prestación sanitaria, que consiste en realizar una monitorización sin que luego haya personal cualificado observando ese monitor, que ya expresaba las deceleraciones mediante la adecuada interpretación de los DIPS I y DIPS II.

Es más, la sentencia señala que "no consta que la matrona avisara Don Jon, ni tampoco lo contrario, es decir, que avisado dejara de presentarse para comprobar el monitor". Por no constar, no consta tampoco, como también recoge la sentencia, cuando se dejó de administrar oxitocina a la paciente, atendidas las declaraciones de la matrona y el médico al respecto.

Téngase en cuenta que el médico de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia ya señala, según recoge la propia sentencia, que a las 9.33 horas había "caídas que se pueden calificar de DIPS II", y "preguntado sobre si una correcta praxis hubiera exigido que la matrona avisara al ginecólogo de las distintas deceleraciones que se produjeron, contestó que sí, y que a él le hubiera gustado que le hubieran avisado".

QUINTO.- Lo hasta ahora expuesto pone de manifiesto que se ha vulnerado la "lex artis", pues su falta de lesión no puede ampararse en una ausencia de prueba basada en los relatos de lo que recuerdan, o no recuerdan, la matrona y el ginecólogo que asistieron al parto.

Téngase en cuenta que a tenor de nuestra jurisprudencia dictada en la aplicación e interpretación del artículo 217 de la LEC, en concreto en su apartado 7, que ha de estarse, en el reparto de la carga de la prueba, a la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en el proceso. De modo que es la Administración quién tiene en este caso atribuida la carga probatoria, y es, por tanto, a ella a quien perjudica dicha ausencia de prueba. Lo que se traduce en este caso en el que la bradicardia que aparece claramente a las 9.50 horas evidenciando una pérdida de bienestar fetal, origen de las lesiones producidas, ya estaba anunciada, y precisaba al menos una observación, interpretación y evaluación por un profesional médico especialista, al menos desde que se producen las señales de alarma, DIPS II, que la sentencia cifra alrededor de las 9.30 horas. De poco sirve, en definitiva, una monitorización fetal, para evitar situaciones de sufrimiento del feto, si luego no se observa el monitor o se prescinde de las señales de alerta que emite.

SEXTO.- En consecuencia, se ha producido, insistimos, una infracción de la "lex artis" y así se

infiere claramente de lo expuesto por la propia Sala de instancia en la sentencia recurrida (fundamento de derecho séptimo), cuando alude a que lo sucedido no se corresponde con una "adecuada praxis sanitaria". En este sentido la propia Administración recurrida señala, en su escrito de oposición, que efectivamente la "matrona debía haber advertido al obstetra de la existencia de incidencias en la gráfica de monitorización fetal".

Igualmente se aprecia una relación de causalidad entre los hechos señalados y el daño producido al nacer al hijo de la recurrente, pues aunque en el último párrafo del fundamento de derecho séptimo de la sentencia se indica la no lesión de la "lex artis", a lo que vincula la falta de relación de causalidad, lo cierto es que del propio relato de la sentencia se infiere lo contrario

Así es, ya hemos señalado la vulneración de la "lex artis" concurrente, la carga de la prueba que correspondía a la Administración con las consecuencias que se anudan a su ausencia, y, en fin, la relación de causalidad que tiene fundamento en las propias conclusiones que la sentencia extrae del informe del médico neuropediatra del Hospital Virgen de Arrixaca, cuando declara que el diagnóstico de la enfermedad que padece el hijo de los recurrentes se produjo, pues no se deduce otra opción o posibilidad verosímil, al nacer, en el momento del nacimiento, pues «Habida cuenta de que el niño presentó los signos de esa hipoxia y consecuente encefalopatía de forma muy próxima al nacimiento, puede concluirse en una deducción lógica que el episodio tuvo lugar antes de su nacimiento. (...) El diagnóstico, según hemos dicho, está acreditado. Y ese diagnóstico, pese a todas las estadísticas, ha de relacionarse también con una pérdida de bienestar fetal, pues el propio Dr. Luis Alberto señaló que no existían otros antecedentes o factores que hicieran pensar en un origen distinto».

SÉPTIMO.- Declarada, por tanto, la responsabilidad patrimonial, la determinación de la indemnización, atendidas nuestras limitaciones en casación, ha de cifrarse en 600.000 euros que es la cantidad que declara la sentencia, en el fundamento de derecho octavo, por ser ajustada y conforme a los precedentes de la propia Sala de instancia, ante patologías similares a las padecidas en este caso, cuando se ha declarado, como ahora, la responsabilidad patrimonial sanitaria. La seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley avalan también su aplicación al caso.

El desglose de los daños para la determinación de la indemnización que se hace en el escrito de demanda, página 26, al que nos remite

el escrito de interposición de la casación, no nos hace alterar la indemnización globalmente fijada, atendiendo, esencialmente y de manera integral, a las secuelas que se han determinado y a la dependencia que comporta en el futuro.

Por cuanto antecede, procede declarar haber lugar al recurso de casación y estimar en parte el recurso contencioso administrativo.

OCTAVO.- No procede imponer a la parte recurrente las costas procesales del recurso de casación (artículo 139.2 de la LRJCA).

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

Que estimando motivo invocado, declaramos lo siguiente:

1.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Ángel Jesús y Araceli, contra la Sentencia de 13 de junio de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en recurso contencioso-administrativo nº 164/2005. Por lo que se casa y anula la sentencia en los términos expuestos.

2.- Estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por los mismos recurrentes contra la denegación de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, por los perjuicios sufridos como consecuencia de la asistencia al parto prestada a la recurrente. Declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración, Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, condenando, a dicha Administración y a la aseguradora, al pago de una indemnización de 600.000 euros a los recurrentes.

3.- Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos Segundo Menéndez Pérez, Luis María Díez Picazo Giménez, María del Pilar Teso Gamella, José Luis Requero Ibáñez, Ramón Trillo Torres. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excma. Sra. D^a María del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

COMENTARIO

Por **Andrés Cid Luque**
Abogado

El comentario de la sentencia de 3 de octubre de 2014 de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo nos lleva al estudio de la contraposición, entre la negligencia sanitaria, y la pérdida de oportunidad.

Para la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, considera que lo que existe es una pérdida de oportunidad y la contrapone a la falta de acreditación de la infracción de la *Lex Artis*, por lo que estima que no existen requisitos para

el nacimiento de las responsabilidades civil sanitaria de la Administración, y concede al menor nacido con sufrimiento fetal, la cantidad de 300.000 Euros.

Los recurrentes fueron los padres de este menor, y sobre la base de la propia narración del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que recogía textualmente:

“... no obstante, que se ha producido una ‘pérdida de oportunidad’, pues «conoce esta Sala, pues también se ha acreditado, que son las Matronas las que están facultadas para valorar la

«Conoce esta Sala, pues también se ha acreditado, que son las Matronas las que están facultadas para valorar la evolución del parto y tomar decisiones, entre ellas al parecer la administración de oxitócica a la gestantes. Ahora bien, tampoco se puede desconocer que ante la presencia de ciertos signos un poco alarmantes como eran los DIPS II que tuvieron lugar a partir de las 09:30, y por mucha que sea la experiencia y competencia de la matrona, una adecuada *praxis* sanitaria obligaba a comunicar esas deceleraciones al ginecólogo, a fin de que adoptara las decisiones oportunas»



COMENTARIO

Y llegado el momento de la cuantificación del daño sufrido, el Alto Tribunal especifica que "atendidas nuestras limitaciones en casación, ha de cifrarse en 600.000 euros..., por ser ajustada y conforme a los precedentes de la propia Sala de instancia, ante patologías similares a las padecidas en este caso..."

evolución del parto y tomar decisiones, entre ellas al parecer la administración de oxitócica a la gestantes. Ahora bien, tampoco se puede desconocer que ante la presencia de ciertos signos un poco alarmantes como eran los DIPS II que tuvieron lugar a partir de las 09:30, y por mucha que sea la experiencia y competencia de la matrona, una adecuada *praxis* sanitaria obligaba a comunicar esas deceleraciones al ginecólogo, a fin de que adoptara las decisiones oportunas. Y no consta que la matrona avisara al Dr. Jon, ni tampoco lo contrario, es decir, que avisado dejara de presentarse para comprobar el monitor. Tampoco consta en qué momento se dejó de administrar oxitócica, si es que se hizo antes de pasar a la recurrente a la sala de partos. No podemos saber, pues no está acreditado, que decisión hubiera tomado el ginecólogo de haber visto las deceleraciones, o en caso de haberlas visto si hubiera tomado otra decisión distinta a la que tuvo de mantener una actitud expectante. Por tanto, no podemos concluir la existencia de una relación de causa a efecto entre la actuación del servicio sanitario y el daño sufrido por el feto. Pero tampoco puede excluirse la posibilidad, como se ha dicho, de que hubiera podido actuarse de otra forma, en definitiva, de haberse evitado el daño. Es lo que el Tribunal Supremo viene denominando pérdida de oportunidad, es decir, que en este caso se ha privado al menor de la pérdida de la oportunidad de haber evitado esa anoxia y consecuente encefalopatía, y ello es indemnizable".

Esta narración lleva al Tribunal Supremo a otras conclusiones, considerando que esos hechos no describen un supuesto de 'pérdida de oportunidad', sino que concurre una responsabilidad patrimonial sanitaria, pues, la Sala considera, que lo que se describe es una infracción de la 'ex artis' en la prestación sanitaria, que consiste en realizar una monitorización, sin que luego haya personal cualificado observando ese monitor, que ya expresaba las deceleraciones mediante adecuada interpretación de los DIPS I y DIPS II.

Por todo ello, se considera que existe una relación de causalidad entre los hechos señalados y el daño producido al nacer el niño.

Y llegado el momento de la cuantificación del daño sufrido, el Alto Tribunal especifica que... "atendidas nuestras limitaciones en casación, ha de cifrarse en 600.000 euros..., por ser ajustada y conforme a los precedentes de la propia Sala de instancia, ante patologías similares a las padecidas en este caso..."

Creemos sinceramente que acierta el Tribunal Supremo en el fondo y en la forma; y solo decir para terminar, como anécdota que el recurrente planteó al tribunal una cuestión de inconstitucionalidad por la Ley 10/2.012 de 20 de noviembre, por la que se regula la LEY DE TASAS, a lo que contestó el Supremo, que para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es preciso que la norma legal invocada, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, ex artículo 163 CE, y que resulta evidente que el fallo de la sentencia no depende de la validez de dicha norma legal.

LÁSTIMA DE OPORTUNIDAD PERDIDA para haber hecho un mínimo comentario el tribunal. ¡Qué pena!

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Establece el Tribunal Supremo que el derecho de repetición solamente cabe pactarlo en el contrato de seguro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la LRCSCVM, para el supuesto de circular sin permiso de conducir, declarando nulas las cláusulas que suelen incluirse por las aseguradoras en el seguro obligatorio de automóvil, que dejan sin cobertura los hechos indemnizables producidos por los conductores menores de cierta edad

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 20 de noviembre de 2014.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Línea Directa Aseguradora SA interpuso demanda contra don Casimiro reclamándole el pago de la cantidad de 17.787,82 euros, más intereses. En la demanda se alegaba que el demandado tenía concertado con la demandante seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación del vehículo Toyota Yaris, matrícula....-NLM, mediante póliza en la que expresamente se hacía constar que quedaba excluida la cobertura para conductores menores de veintiséis años que no aparecieran declarados en la misma. El día 6 de diciembre de 2006, sobre las 3,15 horas, dicho vehículo se vio implicado en un accidente cuando era conducido

por don Genaro –menor de 26 años– viéndose obligada la demandante a pagar como consecuencia del accidente la cantidad de 17.787,72 euros. Concretamente satisfizo la cantidad de 82,46 euros por los gastos de utilización de una ambulancia del Samur que precisó la conductora del otro vehículo implicado, doña Apolonia; pagó 16.187,74 euros a esta última por incapacidad temporal más las lesiones y secuelas sufridas –8.850,40 euros por incapacidad temporal y 7.362,34 euros por lesiones y secuelas– y 1.517,52 euros correspondientes a los gastos de reparación del propio vehículo Toyota Yaris, toda vez que la póliza concertada era a todo riesgo con franquicia.

Se opuso el demandado a dichas pretensiones y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de fecha 23 de marzo de 2009 por la que desestimó la demanda formulada y absolvió al demandado con imposición a la demandante de las costas causadas, todo ello por considerar que tenía carácter abusivo la referida cláusula de exclusión de cobertura. La aseguradora recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Novena) dictó sentencia de fecha 21 de mayo de 2012 por la que estimó el recurso, revocó la sentencia de primer grado y condenó al demandado a satisfacer a la aseguradora la cantidad de 17.787,72 euros más los intereses legales desde la interpelación judicial, así como al pago de las costas de primera instancia, sin especial declaración sobre las de la alzada. Contra esta sentencia recurre por infracción procesal y en casación el demandado don Casimiro.

SEGUNDO.- La sentencia dictada por la Audiencia, hoy recurrida, muestra su disconformidad con la dictada en primera instancia en cuanto el juez había declarado nula por abusiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –en su redacción temporalmente aplicable dada por Ley 7/1998– la cláusula incluida dentro de las condiciones particulares de la póliza litigiosa que establecía que “quedan excluidos de la cobertura de esta póliza los conductores menores de 26 años que no aparezcan expresamente declarados y los que carezcan de permiso de conducir según las leyes españolas”, e igualmente la había declarado inaplicable al supuesto enjuiciado en que el conductor del vehículo asegurado era menor de 26 años (tenía 21), pero sin embargo era mayor que la conductora declarada doña Carlota (18 años) y con mayor antigüedad aquél en la posesión del carnet de conducir, por lo

que entendió el juez que en el caso no se había producido agravación del riesgo.

La Audiencia rechazó tal argumento «en primer lugar, porque la tan repetida cláusula es en su literalidad transcrita meridianamente clara y expresiva de lo querido por los contratantes (art. 1281), sin que sea permisible suplir su voluntad con otras interpretaciones, y, en segundo término, toda vez que, frente a lo razonado en instancia, la exclusión de conductores de menor edad que la estipulada, no declarados, puede obedecer a diversas motivaciones o finalidades subjetivas queridas y aceptadas por las partes al contratar (p.ej. conocimiento de los declarados, impedir que el móvil sea conducido por múltiples conductores noveles, etc...) perfectamente lícitas, por lo que aunque la estipulación comentada se considere como cláusula limitativa de los derechos del asegurado, en vez de delimitadora del riesgo, está convenientemente destacada en la póliza y suscrita por el tomador, por lo que cumple los requisitos exigibles para su virtualidad por el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro...».

En cuanto a la objeción de la parte demandada sobre la justificación de las cantidades satisfechas, sostiene la Audiencia que resulta suficiente la acreditación por la demandante de la cantidad que ha pagado como indemnización y el escrito de la lesionada –presentado ante el Juzgado– en que así lo reconoce.

Estimación del recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO.- El único motivo del recurso se formula por infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 1214 del Código Civil (este último sin contenido, según Disposición Derogatoria 2.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sobre la inversión de la carga de la prueba, a lo que añade la infracción del artículo 24 de la Constitución Española.

El motivo se estima. La sentencia impugnada entiende que para el éxito de la acción de repetición basta la prueba de haber satisfecho determinadas cantidades a quienes resultaren perjudicados, sin que aquél contra el que se dirige la acción de repetición pueda exigir la justificación de la procedencia de la cantidad así satisfecha. Tal argumentación rompe el principio de atribución de la carga y de la exigencia probatoria que se contiene en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo apartado 2 se dice que «corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la cer-



teza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción...». De este modo la carga probatoria de la parte demandante no sólo se extiende a la acreditación de que ha pagado determinadas cantidades, sino que alcanza igualmente a la prueba de que tales concretas cantidades resultaban exigibles por corresponderse con el daño o perjuicio realmente causado, lo que la Audiencia no ha considerado necesario.

CUARTO.- Lo anterior conduce a la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y a que, como consecuencia, esta Sala haya de asumir la instancia y resolver sobre el fondo

de la cuestión planteada teniendo en cuenta lo alegado en el recurso de casación (Disposición Final Decimosexta.1, regla 7ª).

Esta Sala, al asumir la instancia, ha de abordar el tema referido a la legalidad de la cláusula contractual que excluye de cobertura los daños y perjuicios causados por conductor no autorizado expresamente, que sea además menor de veintiséis años; por lo que en tal caso queda abierta a la aseguradora la acción de repetición una vez que ha satisfecho las indemnizaciones oportunas a los perjudicados. La acción de repetición o de regreso, en el derecho de seguros, es aquella por la cual se faculta a la aseguradora a recuperar las cantidades abonadas por razón del cumplimiento del contrato de seguro

y por el principio de indemnidad de las víctimas, cuando le asista el derecho a hacerlo frente al tomador o el asegurado.

Hasta la reforma operada por la Ley 21/2007, el artículo 10 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor disponía que el asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización, podrá repetir, según su apartado c) «contra el tomador del seguro o asegurado por causas previstas en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y en el propio contrato de seguro....».

Pero tal posibilidad de exclusión de cobertura, en el ámbito del aseguramiento obligatorio, por causas previstas "en el propio contrato de seguro" desaparece con ocasión de dicha reforma.

Resulta clarificadora al respecto la frase incorporada por el legislador en el párrafo segundo del apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 21/2007, que modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 octubre, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 octubre.

Dice el legislador lo siguiente: "Con el objetivo de reforzar el carácter de protección patrimonial para el tomador o asegurado, se limitan las posibilidades de repetición por el asegurador sobre ellos a las causas previstas en la Ley, con eliminación de la posibilidad de que el asegurador repita contra el tomador o asegurado por causas previstas en el contrato".

Pues bien, como consecuencia, el artículo 10 en su apartado c), autoriza la repetición «contra el tomador del seguro o asegurado, por las causas previstas en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y, conforme a lo previsto en el contrato, en el caso de conducción del vehículo por quien carezca del permiso de conducir». Es decir que, legalmente, se limita la posibilidad de pacto sobre repetición al supuesto de conducción del vehículo por quien carezca de permiso de conducir, de modo que fuera de tal caso sólo cabe la repetición en los supuestos previstos por la ley, no alcanzando los supuestos legalmente previstos al caso de conducción por persona no autorizada según el contrato que sea menor de veintiséis años, como aquí sucede.

En definitiva, dicha exclusión de cobertura –que claramente era conocida y aceptada por el tomador del seguro– únicamente podrá desplegar sus efectos fuera del ámbito del seguro obligatorio, alcanzando por ello en el caso presente a la indemnización por los daños causados al propio vehículo asegurado, cuyo importe consta satisfecho por la aseguradora.

Costas

QUINTO.- Estimado que ha sido el recurso por infracción procesal, no procede hacer especial declaración sobre costas causadas por los presentes recursos (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y procede la devolución del depósito constituido (Disposición final 15ª, regla 8ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

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 extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de don Casimiro contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª) de fecha 21 de mayo de 2012, en Rollo de Apelación nº 44/2011 dimanante de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 40 de dicha ciudad con el número 420/2008, en virtud de demanda interpuesta por Línea Directa Aseguradora SA contra el hoy recurrente la cual anulamos y, en su lugar: 1) Estimamos en parte la demanda y condenamos al demandado don Casimiro a satisfacer a la demandante la cantidad de mil quinientos diecisiete euros con cincuenta y dos céntimos (1.517,52 euros), más los intereses legales desde la interposición de dicha demanda. 2) No ha lugar a especial pronunciamiento sobre costas causadas en ambas instancias y por los presentes recursos. 3) Procede la devolución a la parte recurrente del depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Xavier O' Callaghan Muñoz, José Luis Calvo Cabello. 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.

Resuelve en este caso La Sala 1ª la controversia suscitada entre aseguradora y asegurado como consecuencia de un siniestro de fecha 6 de diciembre de 2006, provocado por el vehículo asegurado y conducido por un menor de 26 años no declarado en la póliza de seguro obligatorio. Así, la aseguradora se ve obligada a indemnizar a la perjudicada en la cantidad de 17.787,82 euros, más intereses, en concepto de incapacidad temporal y secuelas por las lesiones padecidas, así como por los gastos de reparación del vehículo. Abonada dicha cantidad la aseguradora formula demanda de repetición contra el tomador de la póliza, en virtud de la cláusula incluida dentro de las condiciones particulares en la que se establecía que “quedan excluidos de la cobertura de esta póliza los conductores menores de 26 años que no aparezcan expresamente declarados y los que carezcan de permiso de conducir según las leyes españolas”.

La Audiencia Provincial de Madrid revoca la sentencia, al entender que si bien la cláusula puede considerarse como limitativa de los derechos, la misma está convenientemente destacada en la póliza y suscrita por el tomador, por lo que cumple los requisitos exigibles para su legalidad, según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro

Tras dictarse sentencia desestimatoria por el Juzgado de Primera Instancia que conoce del asunto al entender que la referida cláusula es nula por abusiva, se alza la aseguradora, interponiendo recurso de apelación. Sin embargo, en este caso, la Audiencia Provincial de Madrid revoca la sentencia, al entender que si bien la cláusula puede considerarse como limitativa de los derechos, la misma está convenientemente destacada en la póliza y suscrita por el tomador, por lo que cumple los requisitos exigibles para su legalidad, según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, pudiendo las partes realizar en tal caso las exclusiones que consideren oportunas. Además, considera que en cualquier caso sería suficiente para estimar la acción de la aseguradora, el hecho de haber quedado debidamente acreditada la cantidad abonada como indemnización.

Frente a dicha resolución se interpone recurso de casación extraordinario por infracción procesal por vulneración de lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC, sobre inversión de la carga de la prueba.

De esta forma llega a la Sala 1ª de nuestro Tribunal Supremo esta cuestión tan controvertida, debiendo de resolver si es posible en atención a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, reclamar por parte de la aseguradora frente al asegurado las cantidades abonadas en virtud del seguro de responsabilidad civil al perjudicado, según lo estipulado en la cláusula incluida en las condiciones particulares de la póliza que deja fuera de cobertura expresamente a los conductores menores de 26 años. Pues bien, la respuesta otorgada en este caso por el ponente resulta contundente, al entender que el referido precepto tras la reforma de la LRCSCVM, introducida por la Ley 21/2007 “limita la posibilidad de pacto sobre repetición al supuesto de conducción del vehículo por quien carezca de permiso de conducir, de modo que fuera de tal caso sólo cabe la repetición en los supuestos previsto por la ley, no alcanzando los supuestos legalmente previstos al caso de conducción por persona no autorizada según el contrato que sea menor de veintiséis años”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la cuestión que nos debemos plantear ahora es si, teniendo en cuenta la sentencia analizada, queda vetada a la aseguradora la posibilidad

COMENTARIO

Parece claro de la sentencia analizada, que en virtud de la acción de repetición prevista en el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, lo anterior no será posible, en concreto, por lo dispuesto en el apartado c), donde se limita la acción de repetición a los supuestos previstos por la Ley

de reclamar a su asegurado la indemnización abonada al perjudicado del siniestro en virtud del seguro de responsabilidad civil, cuando el conductor sea un menor no declarado en la póliza. Parece claro de la sentencia analizada, que en virtud de la acción de repetición prevista en el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, lo anterior no será posible, en concreto, por lo dispuesto en el

apartado c), donde se limita la acción de repetición a los supuestos previstos por la Ley, por lo que en principio únicamente podría ejercitarse la misma en el caso de que el conductor haya consumido bebidas alcohólicas.

Pero no debemos olvidar que existe otro supuesto previsto expresamente por una disposición legal del que se podría derivar un derecho de repetición a favor de las aseguradoras en estos supuestos. Nos referimos en concreto, a los artículos 10 y 12 de la LCS, por los que se libera a la aseguradora, ya sea de forma parcial o total según haya actuado o no el asegurado con dolo o culpa grave, de abonar la prestación correspondiente en aquellos supuestos en los que existe una inexactitud en la declaración del riesgo realizada por el asegurado, o bien, una agravación del mismo no declarada. Es decir, en virtud de estos preceptos, una vez producido el siniestro cubierto en la póliza que de lugar a cualquier prestación contratada por el asegurado (seguro de defensa jurídica, seguro de accidentes, etc.), la aseguradora podrá reducir la prestación en caso de inexactitud o agravación del riesgo, de forma proporcional a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo, o incluso liberarse del pago cuando se acredite que el asegurado hubiera actuado dolosamente. Por tanto, y aunque habrá que estar al caso concreto, entiendo que en principio no debería de haber inconveniente en aplicar las mismas consecuencias para el caso de que la aseguradora haya tenido que abonar la prestación al perjudicado en virtud de la acción directa de éste, en un accidente del que ha resultado responsable el menor de edad no declarado, reclamando al asegurado la cantidad que proporcionalmente corresponda, según lo indicado anteriormente, por haber incumplido.

No debemos olvidar que existe otro supuesto previsto expresamente por una disposición legal del que se podría derivar un derecho de repetición a favor de las aseguradoras en estos supuestos. Nos referimos en concreto, a los artículos 10 y 12 de la LCS, por los que se libera a la aseguradora, ya sea de forma parcial o total según haya actuado o no el asegurado con dolo o culpa grave, de abonar la prestación correspondiente en aquellos supuestos en los que existe una inexactitud en la declaración del riesgo realizada por el asegurado, o bien, una agravación del mismo no declarada

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Se aplicará el plazo de prescripción de un año para ejercitar la acción de repetición por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, incluso cuando la cobertura se excluya en el ámbito del seguro voluntario

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 17 de diciembre de 2014.

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Fundamentos de Derecho

Resumen de Antecedentes

PRIMERO.- Son hechos relevantes acreditados en la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

1. La representación de Mutua Madrileña Automovilística, Sociedad de Seguros a Prima Fija ejercitó acción de repetición contra el asegurado demandado don Bernardo, reclamándole la cantidad de 54.940,04 euros por ser la indemnización satisfecha por ella a los perjudicados del siniestro causado por éste cuando conducía el vehículo Audi A6 VG 2600, matrí-

cula Y-...-YK, debido a que tenía sus facultades mentales mermadas por la ingesta de bebidas alcohólicas.

2. La aseguradora funda su pretensión en que tenía suscrita con el demandado una póliza de seguro de responsabilidad civil en la que se incluía como condición particular la exclusión de la cobertura del siniestro por hechos provocados por hallarse el conductor en estado de embriaguez.

3. El conductor demandado se opuso a la pretensión deducida de contrario alegando, en síntesis a través de su representación, por lo que ahora es de interés, la excepción de prescripción, con base al transcurso del plazo de un año previsto para reclamar por la acción de repetición.

4. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia absolutoria por estimar la excepción de prescripción articulada por la parte demandada. Entendía y razonaba que el plazo de prescripción aplicable al supuesto es el contenido en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (Real Decreto 8/2004, de 29 de octubre) que establece que la acción de repetición del asegurador prescribe por el transcurso de un año, contado a partir de la fecha en que hizo el pago, siendo este el aplicable y no el de dos años previsto en el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro, toda vez que el previsto en aquel precepto es específico y de especial aplicación para las acciones de repetición.

5. Contra meritada sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora alegando que la acción de repetición que se ejercita es de naturaleza contractual, como consta en la demanda y se puso de manifiesto en la audiencia previa, siendo un hecho no controvertido que las partes suscribieron una póliza de seguro de responsabilidad civil, obligatorio y voluntaria, y en base al artículo 24 de la póliza suscrita quedaba excluida de la cobertura los daños causados hallándose en estado de embriaguez, por lo que la acción de repetición se ejercita con causa contractual.

6. La Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid decidió el recurso de apelación en sentencia dictada el 15 de junio del 2012, estimatoria del mismo, por considerar que la acción no había prescrito. Afirma que la acción que se ejercita es una acción contractual, conforme a la póliza de seguro de responsabilidad civil,

obligatoria y voluntaria, existente entre las partes, que contiene en documento aparte las exclusiones y las cláusulas limitativas de la póliza suscrita, generales y particulares, cuya firma no ha sido impugnada, reconociéndose en las mismas la firma del demandado. Partiendo de ello considera que la acción que se ejercita no es la de repetición derivada del artículo 10 del RDL 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, sino que se trata de una acción contractual ejercida en virtud del contrato que une a las partes, en la que rige como plazo de prescripción el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro que lo fija en dos años.

7. De ser este el plazo no habría transcurrido desde la fecha del pago hasta su reclamación y si lo habría hecho de aplicarse el plazo de un año.

8. La representación del demandado don Bernardo interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia por presentar interés casacional al oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, formulando dos motivos en los términos que enunciaremos a continuación.

RECURSO DE CASACIÓN

SEGUNDO.- Dos son los motivos que se formulan.

1. MOTIVO PRIMERO. Enunciación y Planteamiento.

Infracción del artículo 10 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM) aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, así como de su antecedente legislativo art. 7 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor de 1968, aprobado por Decreto 632/1968 de 21 de marzo, según redacción dada por la disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de Seguros Privados, por su no aplicación, y en consecuencia indebida aplicación del art. 23 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro. Infracción de la doctrina jurisprudencial establecida al respecto en Sentencia 280/2008, de 21 de abril, RJ 2008/1711, Sentencia 319/2011, de 13 de mayo, RJ 2011/3860 y Sentencia 208/2009, de 1 de abril, RJ 2009/1752.

Al desarrollar el motivo enunciado plantea, en síntesis, que la previsión legal del plazo de un

año para ejercitar la acción de repetición en supuesto como el enjuiciado de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas tiene carácter imperativo y la norma que lo prevé es de ius cogens e inderogable por las partes, siendo intrascendente si la causa de exclusión tiene previsión contractual. Añade que la causa petendi de la acción es coincidente con el contenido del artículo 10 LRCSCVM, siendo, por tanto, la acción ejercitada por la actora la de repetición prevista en el mencionado precepto.

2. MOTIVO SEGUNDO. Enunciación y Planteamiento.

Infracción del artículo 1935 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial establecida al efecto en las sentencias 151/2002, de 26 de febrero, RJ 2002/3204, Sentencia de 12 de julio de 1985, RJ 1985/4003.

Alega en el planteamiento del motivo que, aunque el artículo 1935 del Código Civil no posea un carácter tan lapidario o enérgico como el artículo 2936 del Código Civil italiano o el artículo 300 del Código Civil portugués, no significa que no sea igual de contundente en la imposibilidad de alargar convencionalmente el plazo legal de prescripción; lo que viene a reconocer la doctrina jurisprudencial al declarar la absoluta improrrogabilidad de los plazos prescriptivos dispuestos en la ley según se desprende de las sentencias citadas en la enunciación del motivo.

TERCERO.- En atención a la estrecha e inescindible relación que presentan los dos motivos la Sala dará una respuesta conjunta a ambos.

Ha sido cuestión muy debatida entre la denominada pequeña jurisprudencia el de la procedencia o no de la acción de repetición de las entidades aseguradoras contra sus asegurados después de haber satisfecho la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a terceros, cuando el siniestro es consecuencia de la conducción bajo el influjo de bebidas alcohólicas.

A ella ha dado respuesta la Sala en Sentencias de 29 de enero, 12 de febrero y 5 de marzo de 2009, así como en las de 5 de noviembre de 2010 y 15 de diciembre de 2011, entre otras atribuyendo la procedencia de la acción de repetición de la aseguradora a dos supuestos: a) cuando el aseguramiento de la responsabilidad civil se circunscriba en exclusiva al ámbito del seguro obligatorio; b) cuando pactado el aseguramiento voluntario y complementario de aquél tanto cuantitativa como cualitativamente el tomador acepta de manera expresa y válida

la exclusión de la cobertura por la embriaguez del conductor, que es el supuesto que aquí se enjuicia.

Sucede, sin embargo, en este segundo supuesto, que el seguro voluntario, regido por el principio de autonomía de la voluntad, va a dejar de ser complementario del seguro obligatorio, tanto cuantitativa como cualitativamente, cuando el riesgo no esté cubierto por encontrarse su origen en la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas. En este caso si cabe circunscribir el conflicto al ámbito del seguro obligatorio por decisión de las partes que excluyeron la complementariedad del voluntario respecto de hechos no cubiertos para el asegurado en el obligatorio.

La solución no radicaría en el seguro obligatorio y si en el análisis del seguro voluntario como complementario del anterior si en este no se hubiese pactado la exclusión de conducción bajo el influjo de bebidas alcohólicas como determinante de los daños corporales o materiales.

Si como consecuencia de pactarse en el seguro voluntario la exclusión de cobertura en siniestros ocasionados a consecuencia de la conducción bajo el influjo de bebidas alcohólicas no se circunscribiese el conflicto en el seguro obligatorio con aplicación del artículo 10 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, sería un contrasentido verse el asegurado sujeto a un plazo de prescripción más amplio para soportar la acción de repetición de la aseguradora sin contraprestación que lo justifique.

Si la Aseguradora no ha querido complementar el obligatorio, cubriendo meritado riesgo dentro del seguro voluntario, se habrá de estar a las previsiones de aquél con todas sus consecuencias.

Si las partes no hubiesen pactado la exclusión en el seguro voluntario que complementa el obligatorio, la aseguradora no tendría facultad de repetición contra el asegurado, pues no habría pago indebido de la primera y, por tanto, enriquecimiento injusto del asegurado, sino pago justificado en virtud del principio de autonomía de la voluntad que rige el seguro voluntario (Sentencia 25 de marzo de 2009 Rc. 173/2004).

Por contra, si en virtud de este mismo principio se ha excluido el complemento del seguro obligatorio para siniestros que tengan su origen



en la conducción bajo el influjo de bebidas alcohólicas, se debe circunscribir su aseguramiento a las previsiones del obligatorio con todas sus consecuencias. Entender otra cosa sería someter al asegurado al seguro voluntario en aquellas previsiones que le son menos favorables sin ventaja alguna respecto al seguro obligatorio que le vincula.

CUARTO.- En atención a lo expuesto procede estimar el recurso de casación y, asumiendo la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que se confirma.

QUINTO.- Conforme al artículo 398. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede la imposición de las costas del recurso de casación, imponiéndose las del recurso de apelación a la parte apelante. Procede, además devolver a la parte recurrente el depósito constituido para la formulación del recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

FALLAMOS

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Bernardo, contra la Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 15 de junio de 2012, recaída en el rollo de apelación número 680/2010, dimanante de los autos de juicio ordinario número 826/2009 del Juzgado de Primera Instancia número 57 de Madrid.

2. Casar la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid el día 15 de junio de 2012, y, asumiendo la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por "MUTUA MADRILEÑA AUTOMOVILÍSTICA SOCIEDAD DE SEGUROS A PRIMA FIJA", contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 57 de Madrid de fecha 6 de abril de 2010.

3. No se hace imposición de las costas del recurso de casación, con devolución del depósito para recurrir, imponiéndose las del recurso de apelación a la parte apelante.

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

En la presente sentencia es objeto de estudio la acción de repetición formalizada por una Cía. de Seguros frente a su asegurado en reclamación de la cantidad de 54.940,04 euros, que fue el importe abonado por tal entidad a los perjudicados de un siniestro, tal y como se indica en el resumen de antecedentes de la sentencia, cuando el conductor del vehículo conducía en estado de embriaguez, estando excluida en las condiciones particulares de la póliza expresamente la cobertura del siniestro en tales supuestos.

La solución adoptada por el TS viene a estimar la excepción de prescripción, al entender que en el supuesto en el que pactado el aseguramiento voluntario, si el tomador aceptó que quedaría excluida la cobertura de los daños causados hallándose en estado de embriaguez, es evidente que se excluyó tal complementariedad por la propia decisión de las partes, por lo que habrá de estarse a las previsiones del seguro obligatorio en todas sus consecuencias

A la vista de lo indicado, el conflicto surge cuando por la representación del asegurado se alega la excepción de prescripción, al entender que a tal supuesto le sería aplicable lo dispuesto en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que establece que la acción de repetición del asegurador prescribe por el transcurso de un año, contado a partir de la fecha en que hizo el pago, considerando que tal previsión legal tendría carácter imperativo, siendo por lo tanto intrascendente si la causa de exclusión tiene previsión contractual, mientras que la aseguradora en apoyo de sus pretensiones alega el plazo de prescripción de dos años, contenido en el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro, al considerar que se trata de una acción contractual ejercida en virtud del contrato firmado entre las partes.

La solución adoptada por el Tribunal Supremo viene a estimar la excepción de prescripción, al entender que en el supuesto en el que pactado el aseguramiento voluntario, si el tomador aceptó que quedaría excluida la cobertura de los daños causados hallándose en estado de embriaguez, es evidente que se excluyó tal complementariedad por la propia decisión de las partes, por lo que habrá de estarse a las previsiones del seguro obligatorio en todas sus consecuencias, siendo por tanto de aplicación lo preceptuado en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

El conflicto surge cuando por la representación del asegurado se alega la excepción de prescripción, al entender que a tal supuesto le sería aplicable lo dispuesto en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que establece que la acción de repetición del asegurador prescribe por el transcurso de un año, contado a partir de la fecha en que hizo el pago, considerando que tal previsión legal tendría carácter imperativo, siendo por lo tanto intrascendente si la causa de exclusión tiene previsión contractual

COMENTARIO

Está claro que el plazo de prescripción para la reclamación frente al asegurado del importe abonado por la Cía. de Seguros al tercero perjudicado, al quedar excluida la cobertura del seguro voluntario, será el previsto en la LRCSCVM para el seguro obligatorio, pero planteémonos un supuesto distinto, en el que la Cía. de Seguros hubiera renunciado a reclamar a su asegurado tal importe, al apreciar que habría prescrito la acción del seguro obligatorio y únicamente hubiera instado el pago de la cantidad que abonó a su asegurado por la reparación del vehículo

Ahora bien, en esta ocasión hemos contado con la posibilidad de poder conocer los antecedentes del presente recurso de casación de una forma más pormenorizada –gracias al compañero Ignacio Pérez Calvo, que llevó el asunto– teniendo constancia de que por parte de la Cía. de Seguros se acumularon dos pretensiones frente a su asegurado, por un lado la reclamación de lo abonado por ésta al tercero perjudicado, siendo la pretensión económica más alta, así como lo pagado a su propio asegurado por la reparación de su vehículo.

Se formularon por lo tanto dos acciones distintas en un único procedimiento, determinándose en el encabezamiento de la demanda que se trataba del ejercicio de una acción contractual, si bien la legislación aplicada en los fundamentos de derecho era la Ley de Responsabilidad y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Está claro que el plazo de prescripción para la reclamación frente al asegurado del importe abonado por la Cía. de Seguros al tercero perjudicado, al quedar excluida la cobertura del seguro voluntario, será el previsto en la LRCSCVM para el seguro obligatorio, pero planteémonos un supuesto distinto, en el que la Cía. de Seguros hubiera renunciado a reclamar a su asegurado tal importe, al apreciar que habría prescrito la acción del seguro obligatorio y únicamente hubiera instado el pago de la cantidad que abonó a su asegurado por la reparación del vehículo.

En tal supuesto, parece lógico que la decisión sobre el plazo de prescripción hubiera sido distinta, dado que en este caso el fundamento de que el asegurado hubiera percibido de su compañía el importe al que ascendió la reparación del vehículo, fue en base a ese seguro voluntario, por lo que el régimen que le hubiera sido de aplicación sería el del propio contrato.

Se trataría por lo tanto de una acción contractual ejercitada en virtud del contrato que vincula a las partes, en la que regirá el plazo de prescripción del artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro, que la fija en dos años, sin que en este supuesto fuera admisible que conforme a derecho se pudiera acortar el plazo a un año.

En base a lo expuesto y teniendo en cuenta los detalles conocidos, podemos concluir que en la sentencia objeto de análisis se ejercitaban dos acciones completamente diferenciadas con regímenes jurídicos propios, siendo una de ellas la acción de repetición prevista en el artículo 10 LRCSCVM y otra una acción contractual ejercitada en virtud del contrato que une a las partes, rigiendo en este caso el plazo de prescripción contenido en el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro.

Tribunales Superiores de Justicia

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Se condena a una empresa a indemnizar a su empleada en la cantidad de 500.000 euros como consecuencia de la situación de incapacidad temporal y posterior incapacidad permanente absoluta derivada de accidente laboral, más la cantidad de 50.000 euros en concepto de daño moral, en consideración con la actitud pasiva de la empresa demandada pese a la denuncia de la actora de la situación que estaba viviendo

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco,
de 11 de noviembre de 2014.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Garbiñe Biurrun Mancisidor

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- La instancia ha dictado sentencia en la que ha estimado en parte la demanda dirigida por Dña. Lidia frente a la empleadora "CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS" -en adelante, "CCS"-, condenando a la demandada a abonarle la suma de 151.911,24 euros, más el interés legal del dinero desde la interposición de la papeleta de conciliación hasta su efectivo pago. Suma a la que se condena en concepto de indemnización derivada de responsabilidad civil por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo a consecuencia del cual la demandante, en los términos que luego se expresarán más detalladamente, ha sido declara-

da afecta de incapacidad permanente absoluta y padece determinadas secuelas y limitaciones.

Frente a esta sentencia se alzan en suplicación ambas partes, esto es, Dña. Lidia y el "CCS".

El recurso del "CCS" pretende en primer lugar una modificación de los hechos probados para dirigir seguidamente censura jurídica a la Sentencia de instancia, en tanto que el recurso de Dña. Lidia tan sólo combate la resolución desde el punto de vista de la infracción jurídica.

Comenzando por la revisión fáctica instada por el "CCS", recordaremos que su primer motivo de recurso descansa en la previsión del artículo 193. b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social -en adelante, LRJS-, aunque por evidente error de transcripción se está refiriendo a la letra a) de dicho precepto, esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en aquélla.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, y ha construido el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero), sin que la nueva LRJS haya alterado su naturaleza.

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley de Procedimiento Laboral, entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

a.-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;



b.-) Que el error sea evidente;

c.-) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;



d.-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,

e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en au-

tos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige -como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "concluyente poder de convicción" o "decisivo valor probatorio" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

En el presente caso, pretende la parte recurrente CCS se revise el relato de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, concretamente para modificar el hecho duodécimo en el sentido de que se añada que la Sentencia que declaró que la incapacidad permanente absoluta determinada por el INSS derivaba de accidente de trabajo -Sentencia del JS nº 25 de Barcelona de 27 de noviembre de 2007- le reconoció el derecho a una prestación en tal concepto del 100% de la base reguladora de 24.779,85 euros/mes, más revalorizaciones, mínimos e incrementos legales desde el 30 de enero de 2006. Pretensión que se estimará, dado que así consta en la Sentencia firme de referencia, que la parte actora admite la veracidad del dato y que, con independencia de su final relevancia para la resolución del recurso, la recurrente CCS sostiene parte de su argumentación en este dato.

SEGUNDO.- El artículo 193-c) de la LRJS recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, "examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia", debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen en autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y, naturalmente, los Tratados Internacionales

ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas", en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 LRJS, lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcar también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo contrariado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, cuyo objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

TERCERO.- Con amparo en el precitado artículo 193-c) LRJS, impugnan las recurrentes la Sentencia de instancia. Dado que cada recurso plantea cuestiones distintas, se analizará cada recurso por separado.

LOS HECHOS ENJUICIADOS

Pero previamente tenemos que recordar los hechos enjuiciados, siquiera brevemente, en lo que resultan imprescindibles para la resolución del recurso. Tales hechos son los que nos proporciona la Sentencia recurrida con la modificación que hemos admitido a propuesta de la demandada. Son los siguientes: la trabajadora demandante prestó servicios como Técnico Titulada de la Unidad de Tramitación de Siniestros desde septiembre de 1991; su trabajo lo realizaba en compañía de otra técnico de siniestros y tres administrativos, relacionándose con abogados y peritos, bajo la dirección de un Delegado Provincial; en los años de trabajo no mantuvo buenas relaciones con la otra técnico, lo que derivó en su aislamiento y poca integración en el grupo de trabajo; en enero de 2002 la actora puso estos hechos en conocimiento del Director General del CCS, ofreciéndole éste un puesto en las oficinas de Bilbao; de ahí se derivó un trastorno psíquico para la actora, causando baja por enfermedad común el día 23 de enero de

2002 hasta el 20 de septiembre del mismo año y volviendo a causar nueva baja el día siguiente hasta el 14 de octubre de 2003; estos períodos de IT han sido judicialmente declarados derivados de accidente de trabajo; en fecha de 2 de mayo de 2006 el INSS declaró a la actora afecta de IPA por enfermedad común por "trastorno depresivo mayor con clínica significativa en tratamiento médico", que judicialmente se ha declarado derivada de accidente de trabajo; la pensión declarada lo ha sido sobre una Base reguladora de 24.779,85 euros y una fecha de efectos del 30 de enero de 2006; en Sentencia de 20 de diciembre de 2010 del Juzgado de lo Social nº 3 de Donostia -confirmada por la de esta Sala de 24 de mayo de 2011- se ha declarado un recargo del 50% en todas las prestaciones derivadas del accidente de trabajo de 23 de enero de 2002, a cuyo abono se ha condenado a la empresa demandada.

CUARTO.- EL RECURSO DEL "CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS"

Se denuncia la infracción de lo dispuesto en la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 21 de enero de 2013, 14 de julio de 2009, 17 de julio de 2007 y 18 de octubre de 2010. Argumenta el CCS que considera ajustada a derecho la aplicación del baremo indemnizatorio del Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor, así como la cantidad reconocida a la trabajadora demandante en virtud de la aplicación de la Tabla III del citado Baremo en cuantía de 10.268,31 euros; que no considera debidamente aplicado el factor de corrección por perjuicios económicos de la Tabla IV, ya que los ingresos medios que toma el juez en cuenta -37.148 euros/año- son los ingresos brutos anuales de la actora, debiendo tomarse sus ingresos netos; que el juez aplica el factor de corrección por lesiones permanentes constitutivas de incapacidad permanente absoluta y fija la cantidad correspondiente teniendo en cuenta datos como la edad de la actora y la gravedad y carácter incapacitante de las secuelas, lo que ya ha sido considerado previamente al determinar la indemnización básica; que las secuelas que padece no le inhabilitan para cualquier ocupación o actividad más allá de la laboral, por lo que no está justificada la aplicación del factor de corrección; que, por ello, la cuantía fijada en concepto de factor de corrección de 140.000 euros es desproporcionada, siendo más adecuada la de 95.862 euros, que es el mínimo fijado para este supuesto; que no se ha determinado qué parte de la cantidad reconocida por factor de corrección se imputa

a la incapacidad laboral y qué parte al impedimento para otras actividades y ocupaciones habituales; que, una vez determinada la cantidad que corresponde realmente por factor de corrección, ha de compensarse lo que ha percibido desde 2006 como pensión de incapacidad permanente absoluta; que, teniendo en cuenta todas estas alegaciones, la cantidad a abonar a la actora sería la de 58.199,65 euros.

El recurso del CCS será desestimado. En efecto, partiremos del orden inverso al planteamiento que se nos hace.

A) SOBRE LA COMPENSACIÓN DEL FACTOR DE CORRECCIÓN CON LO PERCIBIDO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Comenzando por la pretensión de que, de la cantidad resultante en concepto de factor de corrección, se descuente o compense lo que desde 2006 ha percibido como pensión de incapacidad permanente absoluta.

Pretensión que no puede admitirse, a tenor de la más reciente doctrina jurisprudencial, plasmada en la STS de 23 de junio de 2014 -Rcud. 1257/13, según la cual el factor de corrección de incapacidad permanente para la valoración de secuelas que se contiene en la Tabla IV del Baremo sólo compensa el daño moral que supone el déficit para la actividad habitual, ya sea ésta remunerada o no lo sea-, por lo que el TS fija la doctrina de que no debe reducirse porcentaje alguno por la consideración de que la limitación para la actividad remunerada viene resarcida por la prestación de Seguridad Social. De ahí que deba quedar zanjada la cuestión acerca de la compensación por lo percibido como pensión por IPA por la actora en este sentido determinado por esta reciente Sentencia del TS. Es por ello que la compensación pretendida no tendrá lugar.

B) SOBRE EL ALCANCE DE LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA POR FACTOR DE CORRECCIÓN

Respecto a la alegación de que la cuantía fijada por la instancia en concepto de factor de corrección de 140.000 euros es desproporcionada, siendo más adecuada la de 95.862 euros, que es el mínimo fijado para este supuesto, la respuesta ha de ser igualmente negativa. Realmente, hemos de recordar a estos efectos el amplio margen de la instancia para determinar el alcance de la cuantía indemnizatoria, siempre que no se produzcan incorrectas aplicaciones del criterio seguido -el Baremo, en este caso- y

que no sea una decisión arbitraria o irrazonable. Pues bien, dentro de estos amplios márgenes, el juez a quo ha razonado de manera coherente y amplia acerca del factor de corrección que aplica según la Tabla IV del Baremo, que prevé cantidades de entre 95.862,68 euros y 191.725,34 euros, razonamiento que atiende a la edad de la demandante y a la gravedad y el alcance incapacitante de sus secuelas y que lo ha llevado a fijar tal suma en la cantidad de 140.000 euros -ello equivale aproximadamente al punto medio de las cuantías previstas por este factor de corrección-. Por otra parte, repárese que el recurso sostiene que el factor de corrección se abone en la cuantía mínima alegando, en primer lugar, que los datos de edad e incapacitación ya han sido tenidos en cuenta a la hora de determinar la indemnización básica y, por otro lado, también alega que según los informes médicos, no consta que esté imposibilitada para realizar cualquier ocupación o actividad habitual más allá de la laboral. Lo que tampoco puede estimarse, dado que el juzgador ha tenido en cuenta el alcance incapacitante de las secuelas, partiendo de que las mismas consisten en un trastorno psíquico depresivo mayor con clínica significativa -tal como se describió al ser reconocida afecta de IPA- o un trastorno adaptativo con ansiedad y ánimo depresivo -según ahora determina la Sentencia recurrid-. En definitiva, un trastorno que, sin duda, afecta a la vida ordinaria de Dña. Lidia, más allá de su vida laboral, pues no puede concluirse que tales trastornos no vayan a tener repercusión en su vida personal, familiar y social. Es por ello que se entiende razonable, como el propio juez califica su decisión, el reconocimiento de la cantidad dicha por factor de corrección.

QUINTO.- EL RECURSO DE LA SRA. Lidia.

Por su parte, Dña. Lidia denuncia en su recurso la errónea valoración de la prueba pericial y documental con infracción de los artículos 319, 326.1 y 348 LEC y jurisprudencia que invoca. Argumenta que no hizo en su demanda ninguna referencia a la Ley de Responsabilidad Civil derivada de la conducción de vehículos a motor ni efectuó el cálculo de la indemnización utilizando dicho Baremo; que entiende que el Baremo en cuestión no es aplicable a los accidentes de trabajo; que en caso de que la Sala decida utilizar como referencia dicho Baremo, ha de estarse al criterio fijado por la propia Sala en Sentencia de 27 de mayo de 2014 -Rec. 875/14-, no aplicando el Baremo miméticamente y pudiendo apartarse de él en algunos extremos; que ha de apartarse del Baremo en cuanto a la valoración de las secuelas, a las que la

instancia atribuye 13 puntos según su gravedad y cronicidad, pero que ello deja fuera de valoración daños que existen y que no son valorados, tal como se desprende de la pericial practicada por el Dr. Jenaro, entendiendo que han de computarse 35 puntos fisiológicos, a razón de 1.537,10 euros (según edad), lo que arrojaría la suma de 53.798,50 euros, más un factor de corrección del 16%, lo que arrojaría a su vez la suma de 8.607,76 euros, haciendo un total de 62.406,26 euros. También plantea, finalmente, en un segundo motivo de recurso, que no se ha valorado el daño moral sufrido por la actora, invocando infracción de doctrina jurisprudencial y de la Sentencia de nuestra Sala de 27 de mayo de 2014.

Vayamos por partes analizando las distintas cuestiones que nos plantea el recurso de Dña. Lidia.

A) SOBRE LA UTILIZACIÓN DEL BAREMO

En primer lugar, se trata de la cuestión relativa al criterio de partida que ha de seguirse para la indemnización de los indubitados perjuicios sufridos por Dña. Lidia, en alegación de no ser de aplicación la Ley de Responsabilidad Civil derivada de la conducción de vehículos a motor ni el cálculo de la indemnización utilizando el Baremo previsto en dicha norma, por considerar la demandante que el Baremo en cuestión no es aplicable a los accidentes de trabajo; que en caso de que la Sala decida utilizar como referencia dicho Baremo, ha de estarse al criterio fijado por la propia Sala en Sentencia de 27 de mayo de 2014 -Rec. 875/1-, no aplicando el Baremo miméticamente y pudiendo apartarse de él en algunos extremos.

A este respecto, responderemos como lo hicimos en la invocada Sentencia de 27 de mayo de 2014 -Rec. 875/14-, cuyos razonamientos, que también ahora hacemos nuestros, pasamos a reproducir para su conocimiento por las partes: "(...) La Sala de lo Social del TS en Sentencias dictadas en Sala General el 17 de julio de 2007 -Rcud. 4367/2005 y Rcud. 513/2006-, asentó, a este respecto, la doctrina siguiente:

"1) en la fijación de la indemnización de daños y perjuicios por accidentes de trabajo con responsabilidad empresarial no es obligado seguir los criterios del Baremo aprobado para fijar la responsabilidad civil en accidentes de circulación de vehículos a motor, pero resulta aconsejable aplicarlo". Recordaremos también que la doctrina unificada sigue admitiendo la aplicación orientativa de la normativa de Trá-

fico y Seguros para la determinación del cálculo indemnizatorio, sin que ello implique una reproducción idéntica o mimética que no sea la orientativa o de regulación para aplicar a los accidentes de trabajo, por lo que debe afirmarse que no necesariamente deben seguirse los concretos importes máximos previstos en los Anexos, sino que también pudieran incrementarse con otros factores, tal como se ha reflejado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2008 -Rcud. 672/07-, 30 de junio de 2010 -Rcud. 4123/08- y 18 de octubre de 2010 -Rec. 101/10-. También esta Sala lo ha venido haciendo así, siempre que no haya concurrido circunstancia especial que haya podido aconsejar apartarse de este común criterio.

Cierto es, también, que la Disposición Final Quinta de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social prevé que en el plazo de seis meses a partir de su entrada en vigor, el Gobierno adoptará las medidas necesarias para aprobar un sistema de valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, mediante un sistema específico de baremo de indemnizaciones actualizables anualmente, para la compensación objetiva de dichos daños en tanto las víctimas o sus beneficiarios no acrediten daños superiores.

Igualmente cierto es que el plazo dado al Gobierno para cumplir ese mandato legal ha transcurrido ya sin que se tenga conocimiento de actividad alguna en tal sentido. De ahí que, a falta de nuevas previsiones, sigamos utilizando con carácter general el Baremo de valoración de daños causados en accidentes de circulación, sin que, se insiste en ello, en el caso presente exista razón alguna para apartarnos del mismo, ya que no se aprecia que se produzca el efecto no deseado de existencia de daños que quedan sin indemnizar, todo ello sin perjuicio de que analicemos si dicho Baremo ha sido correctamente aplicado o no por el juez a quo.

A ello no obsta que la parte demandante no hubiera invocado tal Baremo ni hubiera proporcionado concretos criterios o parámetros de determinación de la indemnización que solicita, pues es, no sólo facultad, sino deber del órgano judicial, el determinar la indemnización que corresponda, una vez acreditado el daño y las circunstancias del mismo (...)"

En consecuencia, la Sala va a seguir también ahora el criterio de la utilización del Baremo de referencia para el cálculo de la indemnización que procederá por los daños y perjuicios sufridos por la trabajadora derivados de acci-

dente de trabajo, una vez declarado un recargo por falta de medidas de seguridad.

B) LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO PSÍQUICO. SU ALCANCE

La demandante entiende que existe un extremo en el que, abierta esta posibilidad por los razonamientos de esta Sala en la Sentencia precitada, procede apartarse de la aplicación mimética del Baremo, por entender que se produce el indeseado efecto de la existencia de daños sin indemnizar, entendiendo que, por ello, procede revisar la cuantificación de los daños por secuelas permanentes, lo que debe hacerse de acuerdo con la documentación médica cuya autenticidad no se ha impugnado, apoyándose en este sentido en la pericial Don. Jenaro, por lo que considera que han de computarse 35 puntos fisiológicos -y no los 13 fijados por la instancia-, a razón de 1.537,10 euros (según edad) -y no los 789,87 euros determinados por el juez a qu-, lo que arrojaría la suma de 53.798,50 euros, más un factor de corrección del 16%, lo que arrojaría a su vez la suma de 8.607,76 euros, haciendo un total de 62.406,26 euros.

Pretensión que no vamos a estimar. En efecto, el juzgador de instancia ya ha tenido en cuenta el Informe del Perito Don Jenaro, junto con otros informes médicos, tal como lo razona en el sexto de sus Fundamentos de Derecho, concluyendo que la actora presenta como secuela derivada de la situación vivida durante los últimos años trabajados para la entidad demandada, un "trastorno adaptativo con ansiedad y ánimo depresivo". Recuérdese que el juzgador ha atribuido a tales dolencias la puntuación máxima -10 puntos para el Trastorno depresivo, cuya puntuación va entre 5 y 10 puntos; 3 puntos para el trastorno de ansiedad, al que se asigna entre 1 y 3 puntos-, haciendo un total de 13 puntos. No puede estimarse, tras el razonamiento del juez sobre la valoración de la prueba, que las secuelas de la demandante consistan en un "trastorno orgánico de la personalidad", pues otros informes -Dres. Mauricio y Olegari-, califican su secuela de trastorno depresivo grave. Es por ello que el número de puntos asignado por la instancia es el correcto, atendiendo a la valoración de la prueba hecha por el juzgador, sin que se pueda concluir que dicha valoración sea errónea, puesto que se ha basado en toda la prueba practicada, como se ha dicho ya.

En consecuencia, este motivo del recurso será desestimado.

C) LA RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

Denuncia a este respecto la demandante en su recurso la infracción de lo dispuesto en la doctrina jurisprudencial plasmada, entre otras, en las SSTs de 15 de febrero de 2012, de 5 de febrero de 2013 y la de esta Sala de 23 de abril de 2013 -Demanda 4/1- y de 27 de mayo de 2014 -Rec. 875/14-, reiterando su pretensión de ser indemnizada por este concepto en la cuantía de 56.636 euros. SE argumenta por la demandante a este respecto, en esencia, lo siguiente: la definición de daño moral por el TS; el daño sufrido por la demandante, de vulneración de su derecho fundamental a la integridad psíquica y moral del art. 15 CE; la existencia de denuncia de la situación por parte de la actora y la inacción de la empresa en aras a investigar, prevenir y corregir, siguiendo en la omisión y en el incumplimiento; que la empresa la despidió, pero que ello no ha aliviado su situación, sino que la ha agravado; que, en definitiva, la empresa incumplió su deber de protección eficaz de la demandante; que la cuantificación del daño o perjuicio ha de ponerse en relación con las características de la conducta infractora; que en el caso ello lleva a una indemnización de 56.636 euros.

Hemos de partir del hecho de que la empresa ha sido ya condenada al abono del recargo del 50% por infracción de medidas de seguridad en la producción del accidente del que trae causa la actual situación de Dña. Lidia. Conducta empresarial que viene descrita en las Sentencias que han impuesto y confirmado tal recargo y en la Sentencia ahora combatida, en las que queda meridianamente clara la conducta pasiva de la empresa demandada pese a la denuncia de la actora de la situación que estaba viviendo y a su larga situación de IT derivada de problemas psíquicos asociados a su situación laboral.

La instancia no ha estimado cantidad alguna por daño moral, pero tampoco ha hecho expreso pronunciamiento a este respecto. En la precitada STS de 23 de junio de 2014 -Rcud. 1257/13- se aborda esta cuestión en los siguientes términos: "(...) Este es el aspecto primordial en este debate y sobre el que nuestro usual criterio ha sido objeto de reconsideración en las presentes actuaciones, llevándonos a entender -como se razonará en los dos siguientes fundamentos- que la doctrina ha de ser rectificada y que el factor corrector de la Tabla IV [«incapacidad permanente para la ocupación habitual»] exclusivamente atiende al daño moral que supone -tratándose de un trabajador- la propia situación de IP, por lo que la indemnización que en tal apartado se fija ha de destinarse íntegramente -en la cuantía que el Tribunal determine,



de entre el máximo y mínimo que al efecto se establece en ese apartado el Baremo- a reparar el indicado daño moral (...)"

Más arriba ya hemos señalado que entendemos que el factor de corrección, a salvo otra especificación del juzgador, está resarciendo los daños derivados de la situación de incapacidad permanente, sin contemplar otros daños.

En el caso presente Dña. Lidia ha visto vulnerado su derecho constitucional fundamental a la integridad física y psíquica durante un largo tiempo, pues comienza en enero de 2002 y sólo finaliza el 30 de noviembre de 2003, en que fue despedida disciplinariamente. Durante todo ese tiempo, la empresa, que conocía sobradamente las denuncias de la demandante, no actuó para evitar el daño, lo que constituye esa vulneración del derecho fundamental que ha de ser indemnizada en la cuantía de 50.000 euros, dado que se trata de una situación grave, en los términos más arriba indicados y con los graves resultados que se han producido.

SEXTO.- Procede condenar en costas a la recurrente "CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS", por no gozar del beneficio de justicia gratuita (art. 235-1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social), costas en las que se incluirán los honorarios del Letrado de la parte que ha impugnado el recurso, lo que se fija en 1.000 euros, estando fijado en la norma antedicha el límite máximo en la

suma de 1.200 euros en el recurso de suplicación.

No procede hacer declaración sobre costas por gozar la parte recurrente vencida del beneficio de justicia gratuita (artículos 235-1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social y 2.d) de la Ley 1/1.996, de 10 de Enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita).

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por el "CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS" y estimamos en parte el dirigido por DOÑA Lidia, frente a la Sentencia de 9 de Abril de 2014 del Juzgado de lo Social nº 3 de Donostia, en autos nº 442/13, revocando la misma en el sentido de condenar a la demandada a abonarle, además de lo previsto en la Sentencia recurrida, la suma de 50.000 euros, más el interés legal del dinero desde la presentación de la papeleta de conciliación hasta su pago efectivo, en concepto de daño moral, confirmando la Sentencia en el resto de pronunciamientos.

Se condena en costas a la parte recurrente, incluyendo los honorarios del letrado de la parte impugnante del recurso, que se fijan en 1.000 euros.

Se decreta la pérdida de las cantidades objeto de depósito y consignación, a las que se dará legal destino.

Se trata de una sentencia FIRME del orden social en la que se revisa la valoración de los daños y perjuicios sufridos por una trabajadora y derivados de la situación de estrés padecida por la trabajadora (riesgo psicosocial) durante 10 años en la oficina de San Sebastián del Consorcio de Compensación de Seguros. Las bajas que sufrió la misma fueron calificadas judicialmente de accidente de trabajo y, como consecuencia final de todo el proceso sufrido, se le ha declarado que padece una invalidez permanente absoluta derivada también de accidente de trabajo. La sentencia de instancia, aplicando el baremo de automóviles, condena al abono a la demandante de 151.911,24 euros, más del interés legal del dinero desde la interposición de la papeleta de conciliación hasta su efectivo pago. La cantidad citada se desglosa en 140.000 euros por la aplicación del factor de corrección por su IPA sufrida y 11.911,24 euros por las secuelas. Y la sentencia de la Sala de lo Social incrementa la indemnización en 50.000 euros, más del interés legal del dinero desde la interposición de la papeleta de conciliación hasta su efectivo pago, en concepto de daño moral.

Desde nuestro punto de vista, interesa destacar una serie de cuestiones de la sentencia que pasamos a comentar a continuación:

1. ¿Se pueden aplicar por los operadores jurídicos realmente otras reglas distintas de determinación de la indemnización de daños y perjuicios de un accidente laboral en el orden social que no sea la aplicación orientativa del baremo?

La respuesta teórica es muy fácil. Sí porque el baremo aplicado sólo es orientativo y caben otras peticiones y fundamentaciones alternativas. Pero la realidad es bien diferente como se recoge en la TSJPV de 27.05.2014, Rec 875/14, en la que se dice que “De ahí que, a falta de nuevas previsiones, sigamos utilizando con carácter general el baremo de valoración de daños causados en accidentes de circulación,(...) todo ello sin perjuicio de que analicemos si dicho baremo ha sido correctamente aplicado o no por el juez *a quo*. A ello no obsta que la parte demandante no hubiera invocado tal baremo ni hubiera proporcionado concretos criterios o parámetros de determinación de la indemnización que solicita (puesto que la había basado en otros criterios diferentes y alternativos al baremo), pues es, no sólo facultad, sino deber del órgano judicial, el determinar la indemnización que corresponda, una vez acreditado el daño y las circunstancias del mismo”. Y, en consecuencia y al igual que hace en nuestro caso, aplica la Sala el baremo por su única voluntad, pese a que expresamente en la demanda se solicita apartarse del mismo.

2. ¿Es absoluta la aplicación del baremo de accidentes de circulación en la jurisdicción social o, por el contrario, es facultativa y reviste solamente carácter orientativo? Y de ser así ¿cuál es su límite?

“De ahí que, a falta de nuevas previsiones, sigamos utilizando con carácter general el baremo de valoración de daños causados en accidentes de circulación,(...) todo ello sin perjuicio de que analicemos si dicho baremo ha sido correctamente aplicado o no por el juez *a quo*”

La aplicación del baremo de accidentes de circulación en la jurisdicción social, es facultativa y reviste solamente carácter orientativo, no teniendo que seguirse necesariamente los importes máximos previstos en el citado baremo. La sentencia del Pleno del TS de 23 de junio de 2014 (RCUD 1257/2013) ratifica íntegramente –como no podía ser de otra manera–, esta doctrina, ya reflejada anteriormente en las sentencias del Tribunal Supremo dictadas en Sala General de 17 de julio de 2007 –Rcud. 4397/2005 y Rcud. 513/2006–, y las también dicta-

COMENTARIO

das por el TS el 20 de octubre de 2008 -Rcud. 672/07-, 30 de junio de 2010 -Rcud. 4123/08- y 18 de octubre de 2010 -Rcud. 101/10-. Y sentencia del TSJPV de 27 de mayo de 2014 -Rec. 875/2014-. Así lo refleja en el FD 5º, punto 2º, apartado c), lo siguiente:

“c).- Daño corporal/daño moral.- Para el resarcimiento de estos dos conceptos, el juzgador puede valerse del baremo que figura como Anexo al TR de la LRCSCVM, que facilita aquella -necesaria- exposición vertebrada, teniendo en cuenta:

a).- Se trata de una aplicación facultativa, pero si el juzgador decide apartarse del baremo en algún punto -tal como esta Sala lo interpreta y aplica- deberá razonarlo, para que la sentencia sea congruente con las bases que acepta.

b).- También revisten carácter orientativo y no han de seguirse necesariamente los importes máximos previstos en el baremo, los que pueden incrementarse en atención a factores concretos del caso y a los genéricos de la ya referida -y singular- exigencia culpabilística en la materia [inexistente en los riesgos «circulatorios»] y de los principios de acción preventiva”.

3. ¿Es posible reconocer la vulneración de un derecho fundamental en el proceso sufrido pese a que no haya sido reconocido a lo largo de los diferentes procedimientos judiciales anteriores?

La sentencia, siguiendo lo pedido en la demanda, contesta afirmativamente, y lo hace entendiendo que esta es un cuestión de hecho, entendiendo que durante todo el tiempo del proceso la empresa, que conocía sobradamente las denuncias de la demandante, no actuó para evitar el daño, lo que constituye un vulneración de su derecho constitucional fundamental a la integridad física y psíquica durante un largo tiempo.

4. El daño moral percibido como factor de corrección por la IPA padecida ¿agota el daño moral que puede percibir el trabajador como consecuencia del accidente de trabajo?

Esta trascendente cuestión sobre los límites del daño moral que se puede percibir es la principal aportación que realiza la sentencia que comentamos: El daño moral percibido como factor de corrección por la IPA padecida no agota el daño moral, porque el factor corrector de la Tabla IV del baremo exclusivamente atiende al daño moral que supone la propia situación de IP pero no contempla otros daños morales que se acrediten como es el caso, en el que se otorgan otros 50.000 euros por la vulneración de su derecho constitucional fundamental a la integridad física y psíquica durante un largo tiempo, que se suman a los 140.000 euros otorgados por el daño moral sufrido por la IPA que padece.

5. La cantidad nominal que se concede por daño moral en el recurso de suplicación ¿devenga intereses? Y en caso de hacerlo ¿desde cuándo y hasta cuándo?

Otra interesantísima aportación de esta sentencia, que en este punto es congruente con la petición de la demanda, donde debe efectuarse la misma. Aunque es la Sala la que condena a los 50.000 euros por daño moral, se condena como si se hubiere establecido en primera instancia y, al ser una cantidad reconocida por accidente de trabajo, se establece que devenga el interés legal del dinero desde la presentación de la papeleta de conciliación hasta su efectivo pago. Y esto último tampoco es baladí, porque aunque en el orden social es obligatoria la consignación de la condena para poder recurrir, están exentas entre otros las AAPP y las empresas públicas, como es el caso, por lo que seguirá devengando intereses la totalidad de la condena hasta el efectivo pago. Esto si que es mantener el valor de la condena y no la revalorización del baremo...

Tribunales Superiores de Justicia

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Desestimación de la demanda de nulidad del Laudo dictado por Árbitro designado por la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, basada en la inexistencia de convenio arbitral, parcialidad de la Asociación arbitral y del Árbitro, incongruencia “extra petita” y extemporaneidad del laudo, al entender que no se dan ninguna de estas cuatro causas de nulidad, con imposición de las costas causadas en el procedimiento de anulación de Laudo Arbitral

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de noviembre de 2014.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Con carácter previo, es conveniente recordar –como decíamos en nuestras SSTSJ núm. 27/2012, de 2 de abril (FD2); 33/2013, de 29 de abril (FJS), 74/2013, de 30 de diciembre (FD)2 y 53/2014, de 24 de julio (FD1), entre otras, con cita de diversa jurisprudencia del TC y del TS– que el arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales aceptan de antemano la decisión del árbitro al que han acordado someterse, sin posibilidad de trasladar el examen de la controversia al juez ni de sustituir en ningún caso la decisión del árbitro por la de aquel,

más allá de la restringida protección que ofrece el procedimiento judicial de nulidad del laudo.

Por su parte, este procedimiento se funda en motivos tasados –como los que el art. 510 LEC establece para la revisión de las sentencias judiciales firmes–, que, en atención a la naturaleza propia del instituto del arbitraje, se limitan a contemplar supuestos graves de contravención del propio contrato de arbitraje –art. 41.1.a) LA– y de vulneración de determinadas garantías procesales esenciales que a todos asegura el art. 24 CE, también en el procedimiento arbitral –apartados b), e), d) y e) del art. 41.1 LA–, o de los principios de justicia y equidad que conforman el orden público constitucional –art. 41.1.f) LA–, sin abarcar en modo alguno, por tanto, ni la infracción del Derecho material aplicable al caso ni el acierto o desacierto al resolver la cuestión arbitral.

Por ello, el examen del laudo que estamos autorizados a efectuar debe limitarse a un juicio externo atinente al respeto del convenio arbitral, al cumplimiento de los principios esenciales de todo proceso y a la observancia de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título 1 de la CE que sean invocados en cada caso por el demandante.

SEGUNDO.- La demanda interpuesta por ALLIANZ pretende la declaración de nulidad del laudo dictado el 18 de febrero de 2013 por el Árbitro Sr. D. Joaquín Martí Martí, designado por la Asociación arbitral escogida por el instante del arbitraje (Sr. JUÁREZ), por cuatro motivos diferentes.

En concreto:

a. Por inexistencia de convenio arbitral, conforme a lo prevenido –aunque se silencie en la demanda– en el art. 41.1.a) LA, alegando la demandante que, “con independencia de lo que pueda recogerse en los contratos, no es posible que las partes pacten (a sumisión al arbitraje de todas las cuestiones litigiosas que puedan surgir en el futuro respecto de todas las posibles relaciones jurídicas que las partes puedan entablar, pues adolecería del requisito de la determinación de la relación jurídica”, motivo por el cual ALLIANZ se opuso desde el primer momento a que la controversia fuera resuelta mediante arbitraje;

b. por parcialidad de la Asociación arbitral y del Árbitro, de acuerdo con lo previsto –aunque tampoco se dice en la demanda, en la que, en su lugar, se citan preceptos de la derogada Ley 36/1988– en el art. 41.1.d) LA en relación con el art. 17.1 y 3 LA, puesto que, según la demandante, el objeto del arbitraje consistía en “decidir sobre una minuta que afecta a dicho colectivo

[en referencia implícita al de abogados especializados en responsabilidad civil y seguros], lo cual vulnera un claro principio de seguridad jurídica, dado que no se puede ser juez y parte”;

c. por incongruencia *extra petita* del laudo, dado que se ha condenado a la aseguradora a pagar los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), además de las costas del arbitraje, “cuando lo único solicitado fue la cuantía de [2.698,72 euros], excediéndose claramente de lo peticionado”; y dado que lo único que cubría la póliza de seguros eran las “minutas y gastos de reclamación” (hasta un límite de 1.502,52 euros por siniestro en caso de escoger el asegurado un letrado no designado por la aseguradora) y “las indemnizaciones adelantadas”, pero no las costas procesales derivadas de la desestimación de la demanda de reclamación de daños; y, finalmente,

d. por extemporaneidad del laudo, ya que fue dictado transcurridos los seis meses a que se refiere el art. 30.1 de la Ley de Arbitraje [para mayor claridad se advierte desde ahora que la demandante se refiere en todo momento en su demanda a la Ley 36/1988, que estuvo vigente hasta el 26 de marzo de 2004, fecha en la que entró en vigor la actual Ley 60/2003, de 23 de diciembre].

TERCERO.- Así las cosas y a los limitados efectos que se han anunciado en el fundamento primero, el examen del laudo impugnado debe partir de los siguientes hechos, que se considerarán acreditados en virtud de la prueba documental practicada en este procedimiento:

a) La póliza suscrita entre las partes en el año 2002 –sobre cuya vigencia en el año 2009, fecha en la que se produjo el siniestro, y en año 2011, fecha en la que se produjo la condena en costas del asegurado, no se ha planteado cuestión– incorporaba una cláusula, en concreto la 10.4.C) –en realidad, eran más de una–, en la que se hace constar bajo el epígrafe “1.º.4. Reclamación de daños... C) PRESTACIONES DEL ASEGURADOR...” que “el Asegurado podrá someter a arbitraje las diferencias que tenga con la Compañía sobre esta garantía”, en referencia a la que le daba derecho a ser resarcido de las “minutas y gastos de reclamación” por los Abogados y Procuradores libremente designados por él para reclamar los daños causados por terceros en el bien asegurado (una moto), hasta un límite de 1.502,53 euros por siniestro, así como de las “indemnizaciones adelantadas”.

b) La pretendida inexistencia de convenio arbitral fue planteada desde el primer momento por ALLIANZ al Árbitro, que resolvió la cuestión desestimándola mediante un laudo “parcial” de 9 de abril

de 2013, conforme a lo que le autorizaba el art. 15 del Reglamento de la Asociación arbitral.

c) No consta que la demandante haya solicitado, dentro del término previsto en el art. LA, la anulación del referido laudo "parcial", como hubiera debido hacer según lo dispuesto en el art. 15.2 del Reglamento de la Asociación arbitral, del que le fue facilitada una copia junto con la Diligencia Arbitral (nº 1) de "Admisión petición arbitraje y traslado a la demandada", de fecha 15 de febrero de 2013, que ella misma acompaña a su demanda como DOC 1.

d) Tampoco consta que ALLIANZ hubiere objetado en el expediente arbitral la pretendida parcialidad de la Asociación, ni mucho menos la del Árbitro, bajo el pretexto de que alguno de los dos o los dos tuvieran interés directo o indirecto en el objeto del arbitraje o bajo cualquier otro.

e) En la solicitud de arbitraje dirigida en su día -no consta cuál, pero en todo caso con inmediatez anterioridad al 15/02/2013, fecha de la Diligencia arbitral inicial- a la Asociación arbitral por la letrada Sra. Dª Susana Molins Caldeiro, en interés del Sr. JUÁREZ, se peticionaba expresamente que, tras la tramitación del correspondiente expediente arbitral, fuera dictado un laudo que condenara a la aseguradora a pagarle 2.698,72 euros, por las minutas de honorarios del letrado y del procurador de los que hubo de servirse en el procedimiento ordinario núm. 456/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de Barcelona, así como de las costas procesales de la contraria a cuyo pago fue condenado debido a la íntegra desestimación de su pretensión por la sentencia que le puso fin en 31 de enero de 2011, así como "los intereses de las sumas anteriores, conforme al art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, desde el 07.04.11" y las costas del procedimiento arbitral "conforme prevé el art. 37.6 LA".

f) El art. 26.3 del Reglamento de la Asociación arbitral preceptúa que: "El árbitro dictará el laudo dentro del plazo contemplado en el art. 20 de este Reglamento, pudiendo el árbitro de oficio prorrogar el plazo... un mes, dando cuenta a las partes".

g) Por su parte, el art. 20 de dicho Reglamento dispone que, una vez nombrado el árbitro y presentada por este "la declaración de independencia e imparcialidad" de que se trata en el art. 17, se convocará a las partes a "una comparecencia" en la que se procederá a determinar, entre otros extremos, el "plazo para dictar el laudo".

h) El Árbitro Sr. Martí presentó el mismo día de la Diligencia de "Admisión petición arbitraje y traslado a la demandada" (15/02/2013) una declaración solemne por la que se comprome-

tía a cumplir fielmente el cargo para el que había designado en la que se consideraba "completamente imparcial e independiente respecto a cada una de las partes del procedimiento arbitral".

i) El laudo definitivo fue dictado (18/02/14) un año y tres meses a contar desde la admisión de la instancia del arbitraje (15/02/13) y ocho meses después de presentada la contestación a la demanda arbitral (18/06/13), sin que conste cuál era el plazo previsto en la comparecencia inicial, cuya acta no ha sido remitida por la Asociación arbitral -sin que las partes la hubieren echado en falta al series dado traslado de dicha documentación por nuestra providencia de 22 de julio pasado-, así como tampoco consta si dicho plazo fue o no prorrogado.

j) De todas formas, el art. 26.5 del citado Reglamento de la Asociación arbitral prevé que: "La expiración del laudo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado".

CUARTO.- 1. Pues bien, por lo que se refiere al primer motivo esgrimido para solicitar la anulación del laudo, debe tenerse en cuenta que el art. 9.1 LA establece que "el convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual", de manera que -como hemos recordado en las SSTSJ 12-7-2012 y 6-2-2014- el arbitraje se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados y se vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (STC 9/2005 de 17 enero).

Tal sucede en el presente caso, en el que la póliza suscrita por las partes incorpora una cláusula arbitral -ver apartado a) del fundamento anterior-, además de otra final en la que, al detallar las diversas "instancias de reclamación" alternativas, contiene la solemne proclamación de que "la Compañía se somete al arbitraje de derecho en los términos previstos por la Ley", se entiende que para el caso de escoger esta vía el asegurado, lo que se compagina con lo que dispone el art. 76.e) LCS y el art. 6 de la Directiva Comunitaria 87/344/CEE de 22 de junio de 1987, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica.

Siendo esto indiscutible, más parece que lo que la demandante pretende -confusamente- es cuestionar en este apartado de su demanda que la concreta "relación jurídica" sometida a arbitraje estuviera comprendida en el convenio arbitral

incluido en la póliza, en un baldío intento por revisar el fondo del laudo, en el que se resolvió que la eventualidad denunciada por el asegurado estaba plenamente cubierta por el seguro contratado con la aseguradora, pronunciamiento que nosotros –conforme se dejó dicho en el fundamento primero– no estamos en condiciones de revisar.

En última instancia, no podemos dejar de observar que la concreta cuestión que aquí se debate fue objeto de un laudo "parcial" susceptible de impugnación autónoma –como resulta del art. 15 del Reglamento de la Asociación arbitral–, que fue consentido por la demandante al dejar transcurrir el término de dos meses previsto en el art. 41.4 LA sin interponer la correspondiente demanda de anulación.

En consecuencia, se desestima este primer motivo de anulación.

2. En segundo lugar, la demandante arguye que, a la vista de la controversia u objeto del arbitraje, la reclamación de una minuta de honorarios de abogado y procurador y de las costas procesales a cuyo pago fue condenado el asegurado conforme al criterio del vencimiento objetivo, así como a los correspondientes intereses de demora (art. 20 LCS), concurría en la Asociación arbitral y, por tanto, en el árbitro designado un motivo de abstención.

Dejando de lado que en la demanda se citan en apoyo de este motivo preceptos de la LA 1988 derogada, que estaba en vigor en el momento de suscribir la póliza, pero no cuando se produjo el siniestro ni, mucho menos, cuando se produjo la condena del asegurado a abonar las costas de la contraria, a la vista de las continuas apelaciones que la demandante efectúa en este apartado a los derechos fundamentales, debe tenerse en cuenta que, como dice la STC 9/2005, de 17 de enero (FJ5), si bien "quienes someten sus controversias a un arbitraje de equidad tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (art. 12.3 LA 1988 y art. 17 LA 2003) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 21.1 LA 1988 y art. 24.1 LA 2003)", tales derechos "se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y... se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del arbitraje –por medio de motivos de impugnación tasados– concede a quienes consideren que aquéllos han sido vulnerados", de manera que "la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje no son garantías derivadas –con el carácter de derechos fundamentales...–, del art. 24 CE".

Pues bien, respecto a esta cuestión el vigente art. 17.1 LA 2003 dispone que "todo árbitro debe



En el presente supuesto, la demandante no denunció en el procedimiento arbitral la parcialidad que ahora alega -ni respecto de la Asociación ni respecto del Árbitro-, por lo que, siendo evidente que ya conocía entonces la circunstancia que ahora alega, debe entenderse que admitió implícitamente la imparcialidad e independencia del árbitro, sin que haya puesto de relieve cualquier otra causa conocida con posterioridad.

Alude también la demandante en este apartado -igual de confusamente- a un pretendido privilegio del instante del arbitraje en la designación del árbitro, cuyo ejercicio habría supuesto, igualmente, la vulneración tanto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la demandante, en la medida en la que le habría cegado indebidamente el acceso a los tribunales de justicia, como de la igualdad de las partes, en la medida en que conllevaría una diferencia de trato discriminatoria en favor del asegurado.

Por lo que se refiere a esta objeción, es cierto que en la póliza no aparece designada -porque no lo hubiera permitido el art. 76.e LCS- ni la Asociación arbitral ni, mucho menos el árbitro. La elección de la Asociación arbitral se llevó a cabo unilateralmente por el asegurado, pero lo cierto es que, más allá de la negativa a someterse al arbitraje, la Compañía aseguradora no cuestionó dicha elección en la manera que permite el art. 15.3 LA, por lo que no será posible tomarla ahora en consideración (art. 6 LA).

En consecuencia, se desestima también este segundo motivo de anulación del laudo.

3. En cuanto al tercer motivo esgrimido por la demandante para solicitar la anulación del laudo, la simple lectura de la demanda arbitral permite comprobar que no concurre la alegada incongruencia *extra petita* por lo que se refiere a los intereses de las cantidades reclamadas por honorarios de profesionales y por costas procesales, y por lo que atañe a las costas del procedimiento arbitral mismo, la condena de que ha sido objeto la demandante constituye un pronunciamiento legal obligado (art. 37.6 LA), que convierte en intrascendente su falta de inclusión en la póliza de seguros.

Por ello, se desestima este tercer motivo de anulación del laudo.

4. Por último, es cierto que el art. 37.2 LA 2003 prevé que, si las partes no hubieren convenido otra cosa, "los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el art. 29", con la posibilidad de prorrogar el término por tiempo no superior a los dos meses.

Pero, tras la modificación efectuada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, también dispone que, salvo acuerdo en contrario de las partes -que en el presente caso no consta-, "la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros", lo que se contradice plenamente con el contenido del art. 15 del Reglamento de la Asociación encargada de administrar el arbitraje (art. 14.1.b LA), que, como hemos dicho ya, constituye norma del arbitraje mientras no contradiga lo dispuesto en la LA (art. 4.b y 14.2 LA).

Por tanto, no es posible atribuir a la aparente extemporaneidad del laudo -el hecho de que el plazo transcurrido desde la contestación de la demanda arbitral sea de ocho meses justos sugiere que el inicial de seis meses pudo ser prorrogado por el máximo de dos más- el efecto anulador pretendido por la demandante.

En consecuencia, procede desestimar también este último motivo de anulación de laudo y, con él, la demanda interpuesta por la representación de ALLIANZ.

QUINTO.- La desestimación íntegra de la demanda ha comportar la condena de la demandante en las costas de este procedimiento, conforme a lo dispuesto en el art. 394 LEC, precepto aplicable ante la falta de disposición expresa en la normativa de arbitraje y la remisión procedimental que allí se efectúa al juicio verbal. En su virtud; Parte dispositiva la SALA CIVIL Y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA ha decidido:

1. DESESTIMAR la demanda formulada por la procuradora de los tribunales Sra. D^ª Montserrat Llinas Vila, en representación de ALLIANZ, Seguros y Reaseguros, S.A., para la anulación de laudo dictado en fecha 18 de febrero de 2014, por el Árbitro Sr. D, Joaquín Martí Martí, designado por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS, e

2. IMPONER las costas del presente procedimiento a la demandante.

Notifíquese la presente resolución a las partes iersonadas con la advertencia de que contra ella no cabe recurso alguno. Así lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados indicados al margen, doy fe. PUBLICACIÓN. La sentencia se ha firmado por todos los Magistrados que la han dictado y publicada de conformidad con la Constitución y las leyes. Doy fe.

La Sentencia es el claro ejemplo del vano intento de la aseguradora de por la vía de la Acción de Anulación intentar la nulidad de laudo con el que no está conforme por cuestiones de fondo, olvidando que conforme prevé la Ley de Arbitraje, caso de estimarse una Acción de Anulación lo será exclusivamente por la estimación de alguna de las causas tasadas en el art. 41 de la Ley de Arbitraje, pero que en ningún caso, y si se estimase la acción entablada, podría la Sala resolver el fondo del asunto asumiendo la jurisdicción, ya que al haberse sometido las partes a arbitraje, la nulidad del Laudo supone dejarlo sin efecto, salvo el supuesto del art. 41.1.a) de la Ley de Arbitraje: la inexistencia de cláusula arbitral.

Sorprende que en la totalidad de las pólizas de “defensa jurídica” o “reclamación de daños” se incluya tanto el texto legal (el asegurado TENDRÁ derecho a someter a arbitraje), como una oración parecida (el asegurado PODRÁ someter a arbitraje, olvidando en ese último caso que el art. 76.e de la LCS recoge el vocablo “tendrá”), para luego oponerse la aseguradora (redactora de la póliza, recuérdese) al arbitraje.

El asegurado instó arbitraje a su aseguradora reclamando las cuantías abonadas a sus profesionales y a los de la contraparte por la condena en costas que mereció al haberse desestimarse su reclamación. La aseguradora negó el sometimiento a arbitraje, lo que dió causa a que se dictara Laudo parcial por el árbitro conforme prevé el art. 22 de la Ley de Arbitraje. El árbitro se consideró competente a la vista tanto del art. 76.e) de la Ley de Contrato de Seguro, así como la póliza suscrita que, conforme el art. 76.f), debe recoger expresamente el contenido del art. 76.e.

La Sala desestima la primera de las alegaciones del recurso interpuesto, inexistencia de convenio arbitral, por una cuestión bien simple: al no haberse accionado de anulación aquel laudo parcial en el que el árbitro se consideró competente, mal podía, al haberlo consentido, de tal suerte que alcanzó firmeza, combatirse posteriormente dicha excepción al ejercitar la Acción de Anulación del Laudo final. La lógica de la argumentación del rechazo del motivo es contundente.

El segundo de los motivos que esgrime la aseguradora es la parcialidad de la institución arbitral y del árbitro.

Es un alegato carente de sentido que demuestra el desconocimiento de la aseguradora de la Ley de Arbitraje. Como la Sala recuerda acertadamente, la LA prevé en su art. 6 que el no denunciarse cualquier incidencia relevante dentro del plazo previsto por la propia LA (art. 22), se entenderá que se renuncia a su denuncia. Así, si se consideraba que había falta de parcialidad en la institución arbitral y/o en el árbitro se tenía que haber alegado dentro del

El asegurado instó arbitraje a su aseguradora reclamando las cuantías abonadas a sus profesionales y a los de la contraparte por la condena en costas que mereció al haberse desestimarse su reclamación. La aseguradora negó el sometimiento a arbitraje, lo que dió causa a que se dictara Laudo parcial por el árbitro conforme prevé el art. 22 de la Ley de Arbitraje. El árbitro se consideró competente a la vista tanto del art. 76.e) de la Ley de Contrato de Seguro, así como la póliza suscrita que, conforme el art. 76.f), debe recoger expresamente el contenido del art. 76.e

COMENTARIO

procedimiento arbitral, lo que no se hizo, por lo que mal puede alegarlo como pseudo cuestión nueva al momento de accionar en anulación.

Pero además, y como recuerda la Sala, y así consta en la Ley de Arbitraje, la falta de imparcialidad se referirá al árbitro, no a la institución arbitral, ya que ésta simplemente “administra” el procedimiento arbitral, dando cuenta de las notificaciones y del curso del proceso. Ciertamente es que la LA prevé la nulidad del laudo si se ha infringido el procedimiento arbitral, pero realmente resulta bastante improbable que la Asociación de Abogados incumpla su propio reglamento.. Evidentemente este no fue el caso en el asunto que nos ocupa..

En tercer lugar, la aseguradora denunció una incongruencia extra petita. Poco comentario merece...la Sala desestima el alegato en un párrafo de nueve líneas, manifestando que lo que se denuncia, no existe, y que el Laudo es conforme a la petición de la parte demandante del arbitraje.

Finalmente, también rechaza la Sala el cuarto motivo de anulación, extemporaneidad del Laudo. Como la Sala recuerda, en la actual LA no se prevé la nulidad del laudo por dictarse fuera de plazo. La LA prevé responsabilidad del árbitro y de la institución arbitral caso de dictarse un laudo fuera de plazo. De hecho, si no se ha dictado el laudo dentro del plazo previsto bien por el reglamento de la institución arbitral, bien por la LA, se deberá concluir el arbitraje, finalizando las actuaciones y quedando sujeta a responsabilidad tanto el árbitro como la institución que ha administrado el arbitraje en su caso.

Pero lo que considero bastante improbable en el caso que no se ocupa es valorar cual pudiera ser el “daño y perjuicio” que se pudiera haber producido a la aseguradora por no haberse dictado el laudo dentro del plazo. De hecho, no se cita en la Acción de Anulación entablada por la aseguradora denunciante,

Esta sentencia puede hacer que las aseguradoras se replanteen seriamente su postura a la hora de negar el pago de honorarios de los profesionales libremente designados por el asegurado así como las costas que éste haya tenido que adelantar al haber perdido el pleito. Ciertamente es que el Laudo no constituye jurisprudencia, a diferencia de resolución judicial, pero también es cierto que la Sala a la hora de valorar el asunto, aunque no pueda pronunciarse respecto al fondo, si que hubiera podido anular el laudo de oficio por infracción del orden público, como lo prevé el art. 41.2 de la Ley de Arbitraje, cosa que no ha hecho.

Es importante recordar que la Sala conforme el citado artículo puede de oficio anular un Laudo por infracción de los siguientes apartados del art. 41 de la Ley de Arbitraje:

- b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;
- e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- f) Que el laudo es contrario al orden público.

En resumen, esta Sentencia es una buena noticia al ratificar la existencia de una verdadera alternativa la jurisdicción ordinaria y que puede llegar a ser un elemento esencial para: primero, descongestionar la “terrible” carga de trabajo que pesa sobre los Tribunales; en segundo lugar, evitar la injusticia de la tasa judicial, y, en tercer lugar y cuarto lugar (que no quiere decir que sean los únicos ya que hay más razones) la rapidez y participación de los interesados en la formación del procedimiento



perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes

En el excelente artículo “Aplicación del sistema valorativo fuera del tránsito motorizado (1ª y 2ª parte)” rubricado por Mariano Medina Crespo en los números 10 y 11, de noviembre y diciembre de 2014, de la Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro -cuya lectura recomiendo-, sostiene que “debe proscribirse la aplicación del sistema para cuantificar los daños corporales ajenos al tránsito motorizado, dado que es de esencia a la disciplina común de la responsabilidad civil su sometimiento a la integridad reparatoria” y el sistema, en su excepcionalidad, no se ajusta a este principio”. Y menciona como ejemplo paradigmático el caso resuelto por la STS (Sala 5ª, Militar) de 16 de mayo de 2012 “Sentencia que censuró el resarcimiento extratabular de la sentencia de instancia, y lo sustituyó, sin particulares miramientos por uno tabular de insuficiencia manifiesta”. Pues bien -mal en realidad-, dicha sentencia es recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional por el perjudicado, que la “bendice” en Sentencia nº 178/2014, de 3 de noviembre -publicada el 4 de diciembre-:

“B) En segundo término, respecto de la incongruencia extra petita denunciada, conviene recordar que el Abogado del Estado, en el primer motivo de su recurso de casación, denunció que la Sentencia del Tribunal Militar había cuantificado las lesiones permanentes (tanto del perjudicado directo, como de sus padres) sin respetar las «bases y pautas que permiten posteriormente la determinación de la cuantía» y, en particular, sin aplicar la lla-

mada «fórmula de Balthazard». Lleva razón el demandante de amparo cuando afirma que el Abogado del Estado en este punto no discutía la resarcibilidad de las secuelas de los padres del directo perjudicado, ni siquiera el hecho de que se les hubiera asignado la máxima puntuación. El argumento se basaba únicamente en que se hubieran agregado los puntos resultantes mediante una simple suma aritmética que arrojó una cifra superior a cien (cuan-

do el techo o tope contemplado es el de cien).

Ahora bien, no es menos cierto que el Abogado del Estado, en el tercer motivo de casación, impugnó la total indemnización fijada en la instancia, por entenderla falta de motivación suficiente. Así expresamente razona: «la sentencia que recurrimos no cumple los estándares de suficiencia necesarios para que podamos comprender las razones que llevan al Tribunal al reconocimiento de una indemnización que desborda con creces los umbrales indemnizatorios conocidos en nuestro sistema». Al referirse a los aspectos

que la Sentencia de instancia habría dejado sin justificar, el Abogado del Estado hizo referencia a aquellos que afectaban a cada una de las partidas indemnizatorias y, por tanto, también a la compensación reconocida por las secuelas de los padres, como la manifiesta desproporción de la suma global asignada o la ausencia de explicación de las razones que llevaron al Tribunal de instancia a separarse de los criterios del baremo.

A la vista de estas consideraciones, no puede afirmarse, como pretende el recurrente, que el recurso de casación del Abogado del Estado haya

solicitado sólo la reducción de la indemnización asignada por las secuelas psiquiátricas de los padres del directo perjudicado. Por ello, aplicando nuestra consolidada doctrina sobre la incongruencia extra petita antes reseñada, y dado que para entender producida una verdadera alteración de los términos esenciales del debate, con detrimento correlativo de las posibilidades de defensa de las partes, el desajuste entre lo pedido y lo decidido debe ser evidente, procede descartar también la denunciada vulneración del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en esta vertiente”.

De enorme relieve, a mi juicio, la sentencia nº 766/2014, de 27 de noviembre, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en un supuesto de estafa y falsedad documental, en el entorno de un hecho circulatorio, cuando analiza el motivo de la violación del derecho a un proceso con todas las garantías por falta de imparcialidad de la Sala que mantuvo actitud activa en pro del éxito de la tesis acusatoria, y el art. 708 de la LECrim, destacando -el recurrente-:

“Y por último, destaca el incidente suscitado, durante el interrogatorio de esta última testigo, entre el letrado del recurrente, suscribiente del recurso y el Presidente del Tribunal, quien reprendió a dicho letrado en los siguientes términos: “cuando yo hablo, usted se calla, cuando yo interrumpo, usted se calla y retoma la palabra cuando se la conceda y no me vuelva a rebatir. Lo que he oído, lo he oído yo y eso que acaba usted de decir es mentira, lo que dijo el gruista lo oímos todos, menos usted, por lo que se ve”.

“Expresiones éstas y comportamiento del Presidente durante los interrogatorios de los acusados y testigos que deben considerarse como de-

terminantes de una pérdida de imparcialidad y neutralidad, proscritos por nuestra jurisprudencia, citando en su apoyo las SSTS 209/2008 de 28.4 , y 780/2006 de 3.7”.

“Los arts. 723 a 725 de la LECrim, en los que se define el régimen jurídico de la prueba pericial en el acto del juicio oral, no contienen una mención expresa a las facultades que el art. 708 reconoce al Presidente. Incluso, el inciso final del art. 724 parece sugerir la limitación del interrogatorio, con carácter exclusivo, a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan. No rige el mismo criterio cuando la ley procesal se ocupa de regular el informe pericial, no como prueba, sino como diligencia

de investigación a practicar durante la fase de instrucción. En él se establece que “el Juez podrá, por su propia iniciativa o por reclamación de las partes presentes o de sus defensores, hacer a los peritos, cuando produzcan sus conclusiones, las preguntas que estime pertinentes y pedirles las aclaraciones necesarias”.

“Se impone, pues, la búsqueda de un equilibrio entre la actitud del Juez que con su actuación busca suplir las deficiencias de la acusación -lo que implicaría una visible quiebra de su estatuto de imparcialidad- y la de aquel que sólo persigue aclarar algunos de los aspectos sobre los que ha versado la prueba pericial y que las preguntas de las partes no han logrado esclarecer suficientemente. Así, mientras que la primera de las actitudes descritas implicaría una inaceptable vulneración del principio acusatorio, en lo que tiene de inderogable escisión funcional entre las tareas de acusación y las labores decisorias, la segunda de ellas no tendría por qué merecer censura constitucional alguna”.

“Constatamos que el desarrollo del plenario de la presente causa conoció una serie de episodios que no pueden calificarse como las vicisitudes propias de la dirección de los debates, o como el deseo por parte de los Magistrados de precisar matices afectantes al verdadero alcance de los hechos.

En el caso que nos ocupa en el que el Presidente del Tribunal dirigió hasta un total de 78 preguntas a quien secundaban una postura contraria a la de la acusación, revela que la Sala asumió tal tesis acusatoria como cierta, tal como explicito la STS. 780/2006 de

3.7 la Sala exteriorizó “con claridad de posición del Tribunal tendente a cooperar al éxito de la pretensión condenatoria de la parte acusadora, y consiguientemente, se perdió esa imparcialidad, no porque el Tribunal tuviese un interés particular en el asunto, que no lo tenía, sino que en el aspecto objetivo, la conducta del Tribunal –pues obviamente la acción del Presidente se extiende a todo el Tribunal– exteriorizó y dio cuerpo a un temor en los acusados de que el Tribunal, ya desde el principio del Plenario tenía un prejuicio adelantado y exteriorizado en contra de aquéllos por lo que, razonablemente pensaban

que no iban a ser juzgados con imparcialidad.

Y en estas circunstancias en el caso actual las dudas del recurrente sobre la imparcialidad del Presidente del tribunal deben considerarse justificados objetivamente y por ello procede la estimación del motivo, y sin necesidad del estudio de los restantes, ni del recurso interpuesto por el coacusado E, en virtud de lo preceptuado en el art. 903 LE-Crim, anular la sentencia dictada por vulneración del derecho al juez imparcial, ordenando la repetición del juicio con distintos magistrados a los que han dictado la sentencia anulada”.

Contempla un interesante análisis de la Tabla IV del Sistema de Valoración la sentencia nº 275/2014 de 23 de septiembre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, –ponente el Ilustrísimo Sr. Don Manuel Estrella Ruiz–:

“ÚNICO

... El segundo tema que centra el debate, no es otro que la invalidez permanente de la perjudicada y su alcance, y así, la sentencia parte de la prueba de que las limitaciones vitales y laborales que ha sufrido, merecen algo menos de 20.000 euros, mientras que la apelante sostiene que debe ascender a la totalidad.

Estamos pues ante un concepto civil, que sirve a la responsabilidad civil como instituto estrictamente civil y no de un concepto laboral, que es más restringido, que tiene un contenido limitativo de la actividad habitual, no necesariamente ocupación laboral, al ser aquél un concepto más amplio que éste. La incapacidad recogida en el baremo como factor de corrección no se reduce a la laboral, como pretende la parte apelante, apareciendo

definida la incapacidad parcial como la determinada por secuelas permanentes que limiten parcialmente la ocupación o actividad habitual, sin impedir la realización de las tareas fundamentales de la misma; y tal ocupación o actividad habitual previa al siniestro no tiene que ser necesariamente laboral, sin que el abono de cantidad como factor corrector por incapacidad implique, en modo alguno, duplicar la indemnización por el mismo concepto, pues en el propio baremo se expresa que constituyen elementos correctores de agravación en las indemnizaciones por las lesiones permanentes la producción de incapacidades concurrentes, sin limitar tales incapacidades a las de naturaleza laboral.

Por tanto, la finalidad de la tabla IV del Anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículo

los a motor es ajustar al caso concreto la indemnización de los daños derivados de las lesiones permanentes sufridas por el perjudicado de acuerdo con los parámetros que la misma tabla expone, siendo aceptable cualquier criterio o circunstancia que sea trascendente en la individualización de los mismos, como la capacidad laboral, ingresos, gravedad de la invalidez, etc. Por otro lado, la edad laboral no es un criterio determinante para fijar la indemnización por incapacidad permanente (parcial o total), deduciéndose ello de la descripción que contiene el baremo del concepto, que alude simplemente a incapacidad “para la ocupación o actividad habitual”, de modo que debe atenderse más acertadamente a la incapacidad para realizar los quehaceres y obligaciones propios de cada edad, que es lo que significa la expresión. Por tanto, tanto los niños como

los jubilados son acreedores a ese factor de corrección, como lo confirma el hecho de que el propio Baremo prevé un mínimo, lo que no cabría si se atendiese exclusivamente a la edad laboral.

Partiendo de lo anterior, la Sala considera que una cosa es que la declaración de invalidez absoluta del INSS en efecto no vincule, y otra bien distinta que sea irrelevante, pues se le reconoció porque figura como monitora deportiva, lo que en autos se pone en tela de juicio, y a nuestro entender, nadie ha probado su falta de adecuación a la realidad.

El hecho de que además fuese empresaria del propio gimnasio, no es óbice a que fuese monitora, pues son actividades compatibles y usuales en la práctica. pero es más, ninguna duda cabe del alto perfil deportivo de la apelante, siendo prueba elocuente de ello la prueba documental aportada de cuya veracidad no cabe duda. Nos encontramos así, ante una persona que ha sufrido unas lesiones y secuelas graves que han limitado su actividad laboral, y además, sus actividades de ocio, recreo y afición, pues sin lugar a dudas su perfil deportivo es muy alto.

En definitiva, en cuanto a la cuestión relativa al Factor Corrector por incapacidad Permanente Total interesado por la denunciante, parece evidente que, tanto desde el punto de vista laboral como desde el extralaboral, el deporte y la actividad física eran facetas muy importantes en la vida diaria de la denunciante. Si a ello se une que el propio Instituto Nacional de la Seguridad Social le otorgó una Incapacidad Permanente Total a partir de las lesiones derivadas del accidente, y no compartiendo esta Sala el criterio de la Juzgadora respecto

a no ser creíble que una deportista, ya sea de élite o no, continúe realizando actividades aeróbicas pasados los 40 años, no queda sino recordar que nuestro Tribunal Supremo viene estableciendo que dicho factor "tiene como objeto principal el reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales, incluido las de ocio, conclusión que se alcanza valorando, entre otras razones, que en la enunciación del factor de corrección se utiliza el término "ocupación o actividad habitual" y no se contiene ninguna referencia a la actividad laboral del afectado" (Tribunal Supremo, Sala Primera, Sentencias de 25 de marzo de 2010, 19 de septiembre de 2011 y 21 de enero de 2013, entre otras).

En virtud de lo anterior, esta Sala entiende que procede otorgar a la denunciante el factor corrector por Incapacidad Permanente Total que se solicita, revocando en dicho punto la Sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción Número Tres de Cádiz, destacando finalmente al respecto que las alegaciones de la parte apelada son mas propias de una defensa ante una Incapacidad Permanente Absoluta que nadie mantiene, viniendo a reconocer que la Sra. G sí tiene una incapacidad total (aquella que impida totalmente la realización de las tareas en la ocupación o actividad habitual de la incapacitada) respecto a su anterior condición de monitora deportiva y al ejercicio físico propio de dicha actividad.

Ahora bien, cuestión distinta es el *quantum* o indemnización concreta a conceder por tal factor corrector, no existiendo argumento alguno para conceder, dentro del arco de 19.172,55 euros a 95.862,67

euros establecido por la Resolución de 21 de enero de 2013 o baremo a la fecha del alta médica (siguiendo el criterio al respecto establecido por el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 17 de abril de 2007), la cantidad solicitada de 90.000 euros, muy cercana al máximo del arco antes mencionado.

Por ello, convendrá tener en cuenta dos datos fundamentales para concretar la indemnización correcta dentro de dichos márgenes, cuales son, en primer lugar, el criterio establecido por el Tribunal Supremo (Sala Primera, Sentencias de 25 de marzo de 2010, 19 de septiembre de 2011 y 21 de enero de 2013, entre otras), respecto a la vertebración de tal factor corrector en perjuicios patrimoniales y daños morales, no habiéndose practicado prueba alguna para acreditar los primeros, y en segundo lugar, el dato objetivo de la edad de la lesionada a la fecha del atropello (46 años). Por ello, recordando que "Puesto que la Tabla IV no contempla una cifra concreta para cada una de las modalidades de incapacidad, sino una cantidad mínima y otra máxima, el órgano judicial no está obligado a conceder esta última por el simple hecho de que concurra la incapacidad correspondiente, sino que se encuentra legalmente facultado para moverse entre esos márgenes y, por ende, para conceder una cantidad inferior a la que se fija como máxima en función de los hechos probados" (Sala Primera del Tribunal Supremo, Sentencias de 16 de marzo de 2010, 5 de mayo de 2010, 20 de Julio de 2011 y 21 de enero de 2013), procede otorgar a la denunciante la suma de 40.000 euros por el factor corrector por incapacidad permanente total al ser proporcionado a la mengua de funciones vitales que ha sufrido".

Formulada demanda en nombre de PZ con Abogados SL como letrados, y J como procuradora fue dictada sentencia desestimatoria, notificada a la procuradora y transcurridos 20 días hábiles devino firme al no ser recurrida. Tras ello PZ formuló demanda frente a Abogados SL y J procuradora en reclamación de las liquidaciones negativas de las *swaps* a que se refería aquella demanda y gastos futuros al considerar que letrado y procurador incumplieron sus obligaciones, y a consecuencia de ello perdió la oportunidad de recurrir la sentencia. La sentencia de primera instancia condena al letrado, exonerando a la procuradora, y la de segunda instancia, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, nº 24/14, de 3 de febrero también a ésta última, añadiendo a los 10.000 euros por daño moral, 15.000 euros por daño patrimonial:

“Por tanto abogados SL asume que efectivamente, como acredita la documental consistente en la copia del acuse de recibo, la procuradora remitió un correo electrónico al destinatario “Elvira Abogados” y el sistema de éste devolvió la confirmación de la recepción, donde consta “leído” y categorizado como “SPAM”. La gestión del correo electrónico recibido en la cuenta de “ABOGADOS” y la aceptación de éste sistema para la recepción de comunicaciones, sienta la base de la responsabilidad en la insuficiente explicación de la causa que determinó la categorización del correo como *spam* (basura) y propició su destrucción o desviación sin comprobar su contenido, lo que añade una agravación del riesgo. El informe pericial que presentó ésta, folio 335, pone de relieve la posibilidad de que el sistema “... enviase el acuse con o sin intervención humana dependiendo del grado de automatización de la configuración del programa”. Lo cual significa que en cualquier caso, bien en la definición del automatismo o en la destrucción manual del mensaje, es la intervención humana del propio usuario la que propicia la ignorancia y desconocimiento en la recepción de un correo transcendente que en definitiva causó un perjuicio

para el cliente, al devenir firme una sentencia que le era desfavorable y que pretendía recurrir.

El desconocimiento de que la sentencia se había dictado y notificado impidió la eventual interposición del recurso, pero ése desconocimiento tiene causa precisamente en el deficiente o inseguro funcionamiento en la recepción del correo electrónico, lo cual representa ya la generación de un riesgo, no sanado o limitado por una razonable y exigible diligencia consistente en comprobar que efectivamente el correo categorizado como *spam* efectivamente es desechable o si por error se ha desviado un correo que realmente es relevante. Si como informa el perito al cambiar la selección o una vez visto en el panel, el sistema reenvía un correo de conformación de la recepción como “leído” el error es imputable a Abogados SL pues en el sistema que gestiona es donde se genera una confirmación desviada de la realidad.

De lo antedicho se desprende que la adecuación de la conducta del Procurador a la “práctica habitual” no puede exonerarle de responsabilidad, siquiera sea por la elemental

razón de que los tribunales no pueden legitimar prácticas no ajustadas al estatuto legal de una profesión por más habituales que sean, ya que entonces caería por su base el enjuiciamiento de la responsabilidad civil profesional desde la perspectiva de las reglas o normas rectoras de la profesión de que se trate. Es más, en el caso concreto de los Procuradores sería contrario tanto a la profesionalidad que recalca el Estatuto de 1982, y sigue subrayando el de 2002, como a los requisitos legalmente exigidos para ejercer la profesión, e incluso a la propia dignidad de ésta, su equiparación a una especie de mero servicio de mensajería entre los órganos jurisdiccionales y el Abogado.

En consecuencia, debiendo considerarse que el ejercicio de la profesión de Procurador comporta no sólo la recepción y diligente transmisión de las resoluciones judiciales al Abogado sino también un análisis de tales resoluciones suficiente al menos como para captar los perjuicios que puede causar al cliente una determinada omisión y advertirle de ello, no puede entenderse que la sentencia impugnada haya infringido ninguna de las normas que en tal concepto se citan en los cinco primeros motivos del recurso aquí examinado, por lo que todos ellos han de ser desestimados.

Conforme al art. 26.2.2º LEC, el Procurador está obligado, entre otros, “a transmitir al abogado elegido por su cliente o por él mismo, cuando a esto se extienda el poder, todos los documentos, antecedentes o instrucciones que se le remitan o pueda adquirir, haciendo cuanto conduzca a la defensa de los intereses de su poderdante, bajo la responsabilidad que las leyes imponen al mandatario”.



En el supuesto de autos, esa concreción del deber de diligencia se ve infringida no sólo en los términos de esas generales obligaciones profesionales, sino que asimismo se agrava ante la evidencia de que recibió el acuse de recibo o confirmación de la recepción con la evidente y manifiesta expresión de que se categorizó como "SPAM", algo que no puede escaparse a su atención como usuaria del correo electrónico, pues si realmente con ése mensaje se aseguraba de que su comunicación se había recibido, al mismo tiempo le estaba advirtiendo que el receptor valoró como "basura", por tanto sin interés, el correo recibido, y por ello debió extremar las medidas de comprobación para asegurarse que pese a esa incidencia el

destinatario tenía conocimiento del acto procesal y de la iniciación del plazo para interponer recurso. Más si avanzado el plazo perentorio no había recibido instrucción alguna ni la confirmación de que la sentencia no se recurriría, lo cual le obligaba a cerciorarse de la recepción y de que no se presentaría recurso, pues en otro caso, de ser voluntad del cliente y letrado presentar el recurso, debía estar expectante para la presentación en plazo del escrito correspondiente, constitución del depósito y pago de la tasa.

En ésa situación es evidente que la demandada debió bien comprobar que la recepción se produjo efectivamente o, en otro caso, comprobar que no se recurri-

ría o avisar de que el plazo se agotaba. Con cualquiera de ésa acciones, lógicas y exigibles en su ámbito profesional, habría puesto los medios necesarios para velar por los intereses del cliente y al no hacerlo incurrió en una negligencia causante de la responsabilidad exigida y reclamada con la demanda, que debe ser estimada en este aspecto. Responsabilidad que además es solidaria con la exigible al letrado desde la propia concreción judicial de la misma, como obligaciones "in solidum" que dimanen de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que han concurrido a su producción, y que surge, cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, STS de 14 de marzo de 2003".

A veces, es conveniente y necesario que nos recuerden que, mientras del Código Penal no suprima el Libro de las faltas, las conductas que, en la vigencia del presente texto, son constitutivas de tales, son merecedoras del inherente procedimiento y –en su caso– juicio. Auto nº 811/2014, de 7 de noviembre –Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Cuenca Sánchez– de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada:

“PRIMERO.- La resolución impugnada inadmite la denuncia al considerar que los hechos denunciados (lesiones derivadas de una colisión por alcance de un vehículo a otro) no constituyen imprudencia penalmente punible, sino un supuesto de responsabilidad extracontractual o aquiliana contemplado en el art. 1902 del Código Civil, limitada al derecho privado y sin incidencia en el derecho punitivo, a tenor de la escasa entidad de la negligencia supuestamente cometida por la conductora denunciada, cuyo vehículo colisionó por detrás

con el ocupado por el ahora recurrente.

El recurso sostiene que la resolución que impugna vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, y estima imprescindible la práctica de algunas diligencias, tales como la declaración de los responsables y declaración de sanidad del lesionado.

SEGUNDO.- El examen de los autos revela que, más allá de las consideraciones teóricas sobre la siempre difícil distinción entre la culpa penal y la denominada cul-

pa levísima que se contienen en la resolución impugnada como motivo para decretar el archivo de las actuaciones, no puede ser descartada de antemano, como hace el auto recurrido, la posible existencia de una responsabilidad penal en la producción de las lesiones que se han denunciado, a la vista tanto del parte asistencial médico aportado como del croquis igualmente acompañado por la denuncia sobre la forma de producción del accidente, por lo que el procedimiento debe proseguir por los cauces del juicio de faltas incoado”.

La sentencia nº 242/2014, de 12 de mayo –ponencia de Doña Ana Mercedes del Molino Romera– de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid, recoge la diferenciación del precedente código penal (1973) en la consideración de tentativa de delito, frente a la actual como delito imposible en el tipo del art. 383 del CP de Omisión del deber de socorro cuando la víctima fallece en el acto:

“Pues bien, sentado en los hechos probados no impugnados por las partes que la víctima falleció de una manera súbita e instantánea, una vez acontecido el accidente, procede en aplicación de la jurisprudencia indicada –... que considera que al producirse la muerte instantánea, no hay persona desamparada, y se debe aplicar la figura del delito imposible, por ausencia de sujeto pasivo (SSTS de 30 mayo 1973, 2 noviembre 1979, 17 septiembre 1980, 8 marzo 1990, 8 junio 1992 y 13 octubre 1992, entre otras muchas), cuando se produce la muerte instantánea y el que ocasiona el accidente,



sin conocer tal circunstancia, abandona el lugar, como ocurre en el presente caso– y ante el delito imposible que en la actualidad es impune, procede

la estimación de este motivo y con ello la absolución del acusado del delito imposible de omisión de socorro, por el que viene condenado el apelante”.

Decide, la sentencia nº 1515/14, de 22 de julio de 2014, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia País Vasco, un recurso de suplicación en un caso de fallecimiento de un trabajador a los 85 años de edad, tras 40 años de trabajo en un astillero, con diagnóstico de EPOC, asbestosis y cáncer de pulmón, estando durante ese tiempo expuesto al amianto en su trabajo; y la condena inicial de 50.251,29 euros se reduce a 37.688,47 euros en base a:

“1.- Ahora bien, en el tercer fundamento de derecho de la sentencia recurrida aprecia que concurre tanto el hábito tabáquico como la exposición al amianto como causas generatrices de la defunción del citado difunto y ello partiendo de lo constatado en el hecho probado tercero.

2.- Pues bien, partiendo de que, de los tres diagnósti-

cos constatados, como se ha dicho, uno puede ser síntoma de los otros, la asbestosis no deriva del hábito tabáquico y de ambos pueden derivar tanto la EPOC como el aludido cáncer, a lo que se añade el muy relevante dato de que las posibilidades de adquisición de esta última patología se aumentan de forma muy considerable al concurrir ambos factores (exposición

al polvo de amianto y hábito tabáquico de larga data) entendemos que no es procedente fijar la compensación de culpas en la forma en que pretende la recurrente (imputar la misma relevancia a ambas causas) sino que es mas ajustado a tal circunstancia, imputar mayor relevancia a la primera de esas dos causas que a la segunda, por lo que fijamos que se ha de reducir la indemnización en un veinticinco por ciento, al entender que en ese percentil concurrió la otra causa en la muerte del finado, causa dependiente de su voluntad, por lo que si que procede la compensación de culpas alegada en base al artículo 1101 y 1902 del Código Civil y la jurisprudencia de excusable cita por conocida”.

Nuestro vocal, Ubaldo González Garrote, me remite un supuesto en el que hubo de recurrir ante la Audiencia Provincial de Alicante, el auto de un Juzgado de Instrucción de San Vicente del Raspeig que se negaba a dictar Título Ejecutivo porque el lugar donde se produjo el siniestro es un lugar cerrado “que no se considera como espacio apto para la circulación y no es de uso común”. No se hace eco la Sala del texto trabajado del recurso, si bien le reconoce la razón, la Sección Segunda, en auto Nº 368/13, de 21 de octubre, con el siguiente contenido:

“El concepto de “circulación” deberá integrarse con el contenido del artículo 1 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

“Los preceptos de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, los de este reglamento y los de las demás disposiciones de este reglamento y los de las demás disposiciones que



la desarrollen serán aplicables en todo el territorio nacional y

obligarán a los titulares y usuarios de las vías y terrenos que, sin tener tal aptitud, sean de uso común y, en defecto de otras normas a los de las vías y terrenos privados que sean utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios”.

Según se desprende del atestado policial el siniestro se produce en un espacio vallado destinado por Grúas Alacant al estacionamiento y depósito de vehículos, por atropello de un operario por un vehículo destinado al servicio de grúa. No veo razón para excluir el siniestro por ello, procede dictar la resolución interesada sin perjuicio del resultado del procedimiento civil ulterior”.

En la sentencia nº 1938/2014, de 26 de septiembre, de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, se decide indemnizar por el fallecimiento de un montañero sepultado por la nieve, ante la lentitud de la actuación del 112:

“Dicho de otra manera, una actuación del Servicio 112 de Castilla y León acorde con la que le es exigible en ejercicio de sus funciones de coordinación ante una actuación de salvamento podía haber evitado la muerte de Don S Lo que se acaba de afirmar resulta de que la Administración demandada, que es quién tiene la carga de hacerlo, no ha aportado ningún medio de prueba del que se pueda deducir que la muerte de Don S era inevitable atendiendo a la forma en la que se produjo el siniestro y al modo en que se podría haber actuado para resolver el mismo. La prueba del hecho indicado no se considera de imposible o de difícil aportación en cuanto que no es descartable que médicamente, teniendo en cuenta los datos existentes y las circunstancias que se han producido en la realización del rescate, se puedan determinar las posibilidades de vida existentes y el tiempo durante el que las mismas se pueden mantener. Desde luego no se considera prueba suficiente la simple alegación hecha por la Administración demandada referida a que en las avalanchas las expectativas de vida se man-

tienen durante unos 15 minutos siendo nulas a partir de los 45 minutos. Hay que tener en cuenta que Don Severiano fue rescatado con vida a las 15:28:15 horas, es decir habiendo transcurrido más de dos horas desde que se recibe la llamada de rescate, hecho ocurrido a las 13:20 horas”.

“La parte demandante no ha acreditado que mantuviera una convivencia real y afectiva con el fallecido. Don J, según el poder que consta en el expediente (folios 11 y siguientes), vive en Barcelona. El fallecido, según consta en el folio 43 del expediente administrativo, se le asigna, sin que este hecho haya sido desvirtuado por la parte demandante, un domicilio en San Andrés del Rabanedo (León), que tampoco coincide con el de sus padres, que se localiza, según el poder otorgado, en La Baña, Ayuntamiento de Encinedo (León). La parte demandante tampoco ha acreditado una relación económica del fallecido con sus padres y hermano ni otra de distinta naturaleza que pudiera ser tenida en cuenta para cuantificar el daño moral pretendido.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de señalar se considera que Don A y Doña B, por su condición de padres del fallecido Don S, deben ser indemnizados conjuntamente en la cantidad total, actualizada al día de la fecha, de 80.500 euros. El importe indicado se ha determinado teniendo en cuenta el dolor, entendido como daño moral, que produce a unos padres el fallecimiento de un hijo de 32 años de edad en las circunstancias ya analizadas y la referencia que proporciona el baremo aplicable para indemnizar los daños relacionados con los accidentes de circulación. Don Jo, por su condición de hermano de del fallecido Don S, debe ser indemnizado en la cantidad total, actualizada al día de la fecha, de 5.000 euros. Esta cantidad se ha determinado teniendo en cuenta el dolor, como daño moral, que le produce el fallecimiento de su hermano en las circunstancias en las que el mismo se ha producido y el hecho de que no tenga más hermanos, tal y como se deduce de la declaración de herederos aportada al expediente administrativo (folios 14 y siguientes)”.

En orden a la responsabilidad patrimonial de la administración, hubo una primera sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Granada, condenando respecto de un accidente de una motocicleta contra una rotonda, con badenes insuficientemente señalizados, en la que se reiteraban las colisiones. No obstante, formulado recurso, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección 1ª, sala de lo Contencioso-Administrativo, dicta sentencia nº 3234/2014, de 9 de diciembre, en la cual:

“Esta Sala, admitiendo que el accidente tuviera lu-

gar en la rotonda indicada, así como que se tratara de

una zona donde se realizaban obras, que habían sido paralizadas, e incluso que en ese momento la rotonda fuera un punto conflictivo para la seguridad vial, no puede compartir que la causa única del accidente fuera la existencia de unos badenes en la calzada que, a juicio de la versión del actor en la demanda “se encuentran sin señalizar y a una altura excesiva, saliendo despedido de la motocicleta”.

En realidad la actuación que se imputa a la Administración para determinar su responsabilidad es la colocación de esos badenes y una deficiente señalización de la calzada, como se desprende de la denuncia penal que se interpuso. Sin embargo, por mucha "altura excesiva" que tuvieran los badenes, resulta difícil concluir que atravesar dichos badenes a una velocidad adecuada, haga salir al hoy actor despedido de su motocicleta y provocarse unas lesiones de tanta gravedad. Ciertamente, los badenes pudieran no ser los adecuados, como lo pue-

ba que se sustituyeran los badenes de hormigón fabricados "in situ" por badenes de caucho de 3 cm. de altura, pero el hecho de que el actor saliera despedido cuando atravesaba uno de esos badenes, no explica si no es porque circulaba a una velocidad excesiva e inadecuada.

No puede decirse que la zona careciera de señalización. El tráfico rodado estaba permitido y se advertía de la existencia de "bandas sonoras". Tampoco puede tenerse por acreditado que la iluminación no fuera suficiente.

Sin duda una interesante sentencia, la nº 272/2014, de 25 de noviembre de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cádiz -remitida por nuestro asociado José Luis Ortiz- que revoca la sentencia parcialmente condenatoria del abogado y su compañía de responsabilidad civil por incumplimiento de deberes profesionales, con los siguientes pronunciamientos:



"La responsabilidad de los abogados en la defensa de sus patrocinados están en relación con los deberes contraídos en el marco de un arrendamiento de

servicios, que impone al letrado el deber de cumplir con máximo celo la misión que le ha sido encomendada. La obligación del letrado es una obligación de

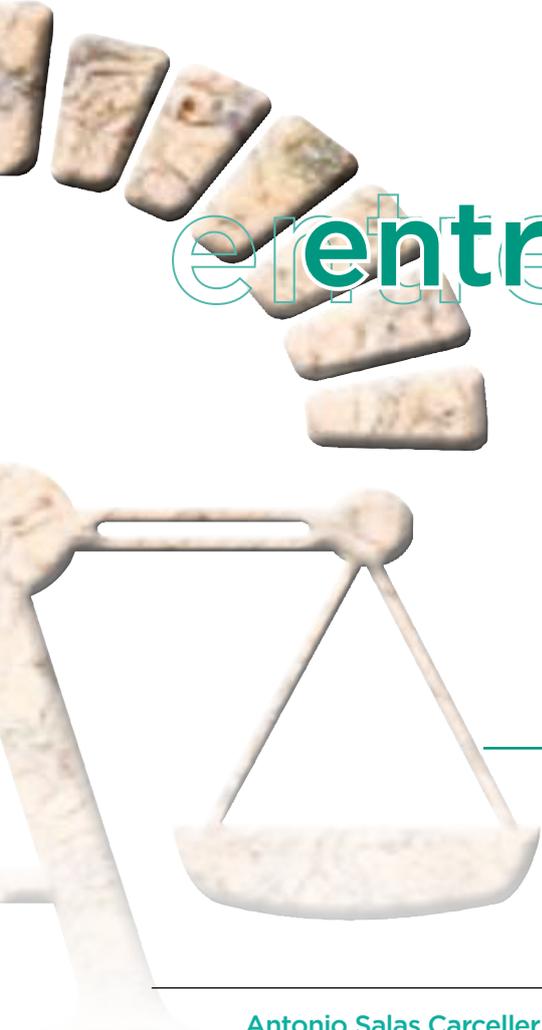
En definitiva, entiende la Sala que a la existencia de unos badenes inadecuados y que constituían un peligro, se suma una velocidad inadecuada del actor, contribuyendo ambas causas al resultado lesivo, de forma que se puede concluir que concurren los presupuestos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración de acuerdo con lo previsto en los artículos 106 CE y 139 Ley 30/1992, pero que hay concurrencia de culpas con el propio actor de forma que la indemnización a percibir por éste debe reducirse al 50%, quedándose en 15.260,06 euros".

medios y no de resultados, obligándose a desplegar su actividad con la debida diligencia y la "lex artis", sin que por lo tanto, garantice o se comprometa al resultado de la misma".

"Surgieron discrepancias entre la parte demandante y su abogado, no recurriéndose la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo. Pudo la parte demandante acudir a otro letrado para la interposición de su futuro recurso contra lo resuelto por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo".

"Que no puede imputarse responsabilidad al letrado cuando por la naturaleza del debate jurídico, pueden existir sentencias contradictorias, en cuanto a la declaración o no del grado de incapacidad. Además, no existe pérdida de oportunidad en el momento que cabe revisión de actos administrativos en materia de clases pasivas conforme al artículo 13.2 del RD 1/1993, de oficio o a instancia de parte. Por todo ello, estimamos el recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas, con revocación de la Sentencia de instancia".

entrevista a...



ANTONIO SALAS CARCELLER

por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

Antonio Salas Carceller es Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo desde el año 2005. Nacido en Murcia, ingresó en la Carrera Judicial en el año 1977. Ascendió a magistrado en el año 1981 y, tras servir en distintos Juzgados, presidió la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia desde el año 1991 hasta diciembre de 2002, fecha en que fue nombrado Presidente de dicha Audiencia; cargo que desempeñó hasta su ascenso al Tribunal Supremo. Está en posesión de la Cruz Distinguida de Primera clase de San Raimundo de Peñafort. Ha sido profesor de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Murcia. Coautor de diversas obras colectivas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Arrendamientos Urbanos, el nuevo Derecho de Marcas, Responsabilidad Civil y coordinador del Código Civil, comentado y con jurisprudencia, editado por SEPIN. Es Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Murcia y Director de la Revista Doctrinal de la Editorial Aranzadi, así como vocal de la Junta Electoral Central. Miembro de Honor de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro.

Dada su relación con nuestra Asociación, quisiéramos preguntarle en primer lugar ¿qué opinión le merece la actividad desarrollada por la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro?

La existencia de la Asociación, y sus amplias actividades, contribuye de forma muy importante al necesario intercambio de ideas y de información sobre una materia que cada día va alcanzando mayor complejidad. La página web y sus publicaciones, singularmente la Revista -con un contenido siempre del mayor interés y una presentación muy cuidada- dan una información de alto valor para quienes, desde una u otra posición, estamos interesados en los pro-

blemas derivados de la responsabilidad civil y su aseguramiento.

Queríamos aprovechar para preguntarle sobre los criterios de actuación que se siguen actualmente en la Sala Primera, sobre todo si ¿se sigue caminando hacia la unificación de criterios en materias como la Responsabilidad Civil y el Seguro, por lo que a nuestra Asociación le concierne?

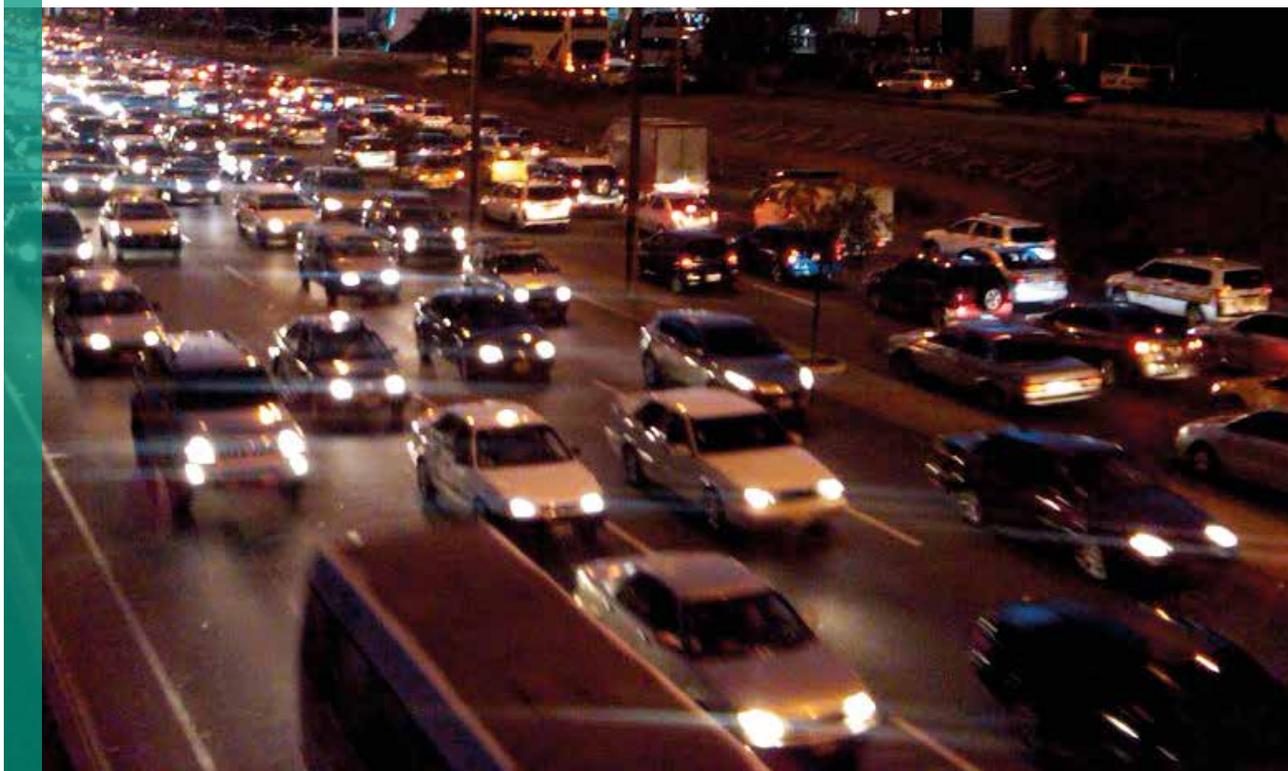
Por supuesto, la unificación de criterios es la función primordial del Tribunal Supremo. Mediante el recurso de casación fundado en “interés casacional” se nos plantean con frecuencia cuestiones de interpretación jurídica –en muchos casos sobre la aplicación del sistema de valoración del daño personal– en las cuales existe discrepancia entre distintas Audiencias Provinciales. En estos casos, la decisión del Tribunal Supremo acerca de cuál es la interpretación que considera más adecuada, fijando así doctrina jurisprudencial y dando las razones por las que opta por una frente a cualquier otra que resultara posible, integra quizás la función más propia y genuina del Tribunal. Mediante el “interés casacional” acceden así a la casación cuestiones cuya entidad económica puede no ser muy importante, pero en las que sí lo es sentar un criterio uniforme de interpretación.

En materia de Seguros y en cuanto a las cláusulas limitativas de derechos de algunos contratos de seguros ¿entiende que actualmente nuestra Jurisprudencia marca claramente los requisitos necesarios para la validez de las mismas y con ello están protegidos los derechos de los asegurados?

La cuestión acerca de la naturaleza de las llamadas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y su distinción de las que se han venido a denominar “cláusulas de delimitación del riesgo” es una de las que mayores problemas ha dado en cuanto a la interpretación y aplicación en relación con la Ley de Contrato de Seguro, y en concreto de su artículo 3. Se ha llegado, en ocasiones, a sentar una interpretación –que considero desafortunada– según la cual sería más riguroso el régimen de garantías para el tomador en cuanto al conocimiento de las primeras –cláusulas limitativas– que en cuanto a las segundas –cláusulas de delimitación del riesgo– lo que me parece insostenible desde un punto de vista teórico y práctico. Creo que la jurisprudencia aún no ha fijado un criterio claro sobre ello y quizás la promulgación del nuevo Código Mercantil, que contendrá una regulación completa del contrato de seguro y de sus mo-







dalidades, será la ocasión para llevar a cabo una adecuada definición en esta materia.

En relación a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20-11-2014, donde usted fue Ponente ¿la imposibilidad de repetición por parte de las aseguradoras ante supuestos de hecho pactados en contrato y no previstos en la Ley, conlleva necesariamente la cobertura frente a terceros en tales supuestos sin excepción?

Entiendo que la cobertura frente a terceros en un seguro, como el de automóviles, de carácter obligatorio, constituye la propia esencia del mismo ya que el tercero perjudicado ha de tener garantizada la indemnización de los daños que pueda sufrir por la propia generación del riesgo que supone la circulación de automóviles. Dicho tercero ha de ser indemnizado por la aseguradora o, en su caso, por el Consorcio de Compensación de Seguros incluso en el caso extremo de que el conductor causante carezca de permiso de conducir y lo haga bajo influencia de bebidas alcohólicas. Otra cosa es que quien paga la indemnización por él -aseguradora o Consorcio- puedan reclamar posteriormente del mismo lo pagado al perjudicado.

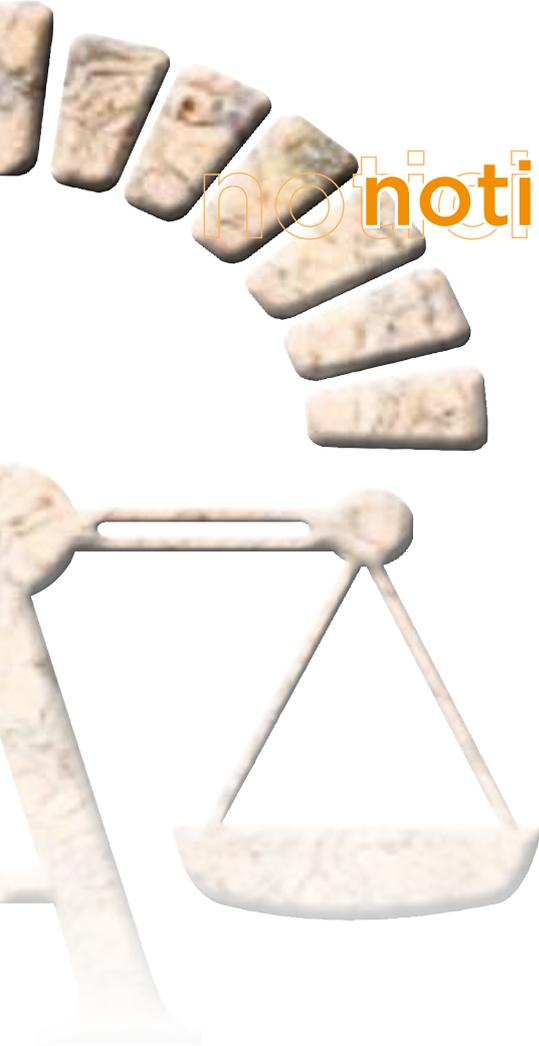
La sentencia de 20 noviembre 2014 se limita a aplicar la ley en su propia literalidad ya que el artículo 10 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos

de Motor, en su apartado c), tras su reforma de 2007, autoriza la repetición únicamente «contra el tomador del seguro o asegurado, por las causas previstas en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y, conforme a lo previsto en el contrato, en el caso de conducción del vehículo por quien carezca del permiso de conducir». Por ello, no es válida en perjuicio del tomador y del asegurado, cualquier derecho de repetición que -siempre dentro del ámbito del seguro obligatorio- se pacte a favor de la aseguradora fuera de los casos previstos en la ley.

En consecuencia con lo anterior ¿puede afectar esta limitación a la libertad de pacto contractual entre las partes?

Por supuesto que afecta a la libertad de pacto entre los contratantes, pero esto sucede en todos los casos en que se establecen por la ley limitaciones en beneficio del consumidor como parte más débil en la celebración de los contratos. En tales casos el contrato no puede exceder de los límites marcados por la ley y será nulo en cuanto establezca limitaciones de derechos o facultades de repetición no autorizadas legalmente. Esto ocurre igualmente en otros ámbitos como, por ejemplo, el de los arrendamientos urbanos y, en general, en todos aquellos a los que alcanza la legislación sobre consumidores.

noticias y actividades



→ XIV CONGRESO NACIONAL. 6, 7 Y 8 DE NOVIEMBRE, SABADELL

El pasado mes de noviembre tuvo lugar el XIV Congreso Nacional organizado por la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, al que acudieron abogados especializados en la materia de toda España. El Congreso estuvo dirigido por **JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, secretario general de la Asociación, y **LUIS A. ORRIOLS MARTÍNEZ** vocal en Sabadell de la misma.

Un año más se contó con la asistencia de los más destacados especialistas en la materia a nivel nacional, entre los que se encontraba **EDUARDO BAENA RUIZ**, Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo o **JORDI SEGUÍ PUNTAS**, Presidente de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Asimismo, asistió a la cita anual **ANTONIO SALAS CARCELLER**, Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, al que se le hizo entrega del **DIPLOMA DE MIEMBRO DE HONOR DE LA ASOCIACIÓN**.

También intervinieron a lo largo del congreso **MARIANO MEDINA CRESPO**, Presidente de la Asociación; **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN**, Presidente de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona; **MIQUEL MARTÍN CASALS**, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona; **JOSÉ ANTONIO BADILO ARIAS**, Director regional de Madrid del Consorcio de Compensación de Seguros; **JOSÉ PÉREZ TIRADO**, Miembro de la Comisión de Expertos en interés de las asociaciones de víctimas

de accidentes de circulación; **EUGENIO LLAMAS POMBO**, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca; **MANUEL MASCARAQUE MONTAGUT**, Director del Área de Seguros Generales de UNESPA; e **ISABEL LÓPEZ RIERA**, Fiscal delegada de seguridad vial de la Fiscalía Provincial de Barcelona.

En la clausura del Congreso que se celebró la tarde del día 7 de noviembre contamos con la presencia de **JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY**, Magistrado

del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de la Corte de Andorra, y **JUAN ANTONIO GARCÍA CAZORLA**, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sabadell.

Como despedida del XIV Congreso Nacional, el sábado día 8 los congresistas y acompañantes pudieron disfrutar de una visita excepcional a la Sagrada Familia de Barcelona seguida de un almuerzo en el prestigioso y muy recomendable Restaurante L'Olive.



Juan Francisco Garnica Martín, Presidente de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona durante su ponencia: 'Alcance de la responsabilidad civil de los administradores societarios dentro y fuera del Concurso de Acreedores'.

Jordi Seguí Puntas, Presidente de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona impartiendo su ponencia sobre 'Responsabilidad Civil de Bancos e instituciones financieras por contratos declarados nulos o cláusulas declaradas abusivas, con referencia en particular a la reparación del daño material y moral causado por dichas entidades'.





Jose Antonio Badillo Arias, Director regional de Madrid del Consorcio de Compensación de Seguros durante su ponencia: 'Ámbito material de la LRCSCVM: Los conceptos de vehículo a motor y hecho de la circulación'.





Miquel Martin Casals, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona impartiendo su ponencia: 'Líneas generales de la Propuesta de reforma del sistema valorativo y de sus disposiciones directivas'.

Mariano Medina Crespo, Presidente de la Asociación y miembro del Comité de Expertos para elaborar la Propuesta del nuevo sistema legal valorativo durante su ponencia: 'Novedades en la estructura y conceptos que integran la Propuesta de reforma del sistema valorativo. El resarcimiento de los perjuicios personales'.



José Pérez Tirado, miembro de la Comisión de Expertos en interés de las asociaciones de víctimas de accidentes de tráfico impartiendo su ponencia: 'El resarcimiento de los perjuicios patrimoniales, con especial mención al lucro cesante en caso de incapacidad permanente o fallecimiento'.



Isabel Lopez Riera, Fiscal delegada de seguridad vial de la Fiscalía Provincial de Barcelona; Manuel Mascaraque Montagut, Director del Área de Seguros Generales de UNESPA; y Javier López y García de la Serrana, Secretario de la Asociación durante la celebración de la Mesa Redonda sobre: 'La necesidad imperiosa de la reforma del 'Baremo' de la ley 30/95 y análisis de la Propuesta realizada por la Comisión de Expertos para la modificación del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación'.





*Eugenio Llamas Pombo,
Catedrático de Derecho
Civil de la Universidad de
Salamanca en un momento de
su ponencia: 'El nuevo régimen
legal de responsabilidad civil
por atropello de especies
cinegéticas'.*

*Eduardo Baena Ruiz,
Magistrado de la Sala de lo
Civil del Tribunal Supremo,
durante su ponencia
'Intervención provocada en los
supuestos de Responsabilidad
Civil solidaria. Evolución
y situación actual de la
Jurisprudencia'.*



*Antonio Salas Carceller,
Magistrado de la Sala de lo
Civil del Tribunal Supremo en
su exposición: 'Consecuencias
de la Inclusión de cláusulas
abusivas en los contratos de
seguro. Supuestos que dejan
sin contenido al contrato e
imposibilitan su cumplimiento'.*



Entrega del Diploma de Miembro de Honor de la Asociación a Antonio Salas Carceller.





Acto de Clausura del Congreso de la mano de Juan Antonio García Cazorla, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sabadell; Juan Manuel Abril Campoy, Magistrado del TSJC y de la Corte de Andorra; Javier López y García de la Serrana, Secretario de la Asociación; y Luis A. Orriols Martínez, Vocal en Sabadell de la Asociación.















ACTA DE ASAMBLEA GENERAL. 6 DE NOVIEMBRE, SABADELL

1º.- Lectura y aprobación del Acta de la sesión anterior de 14 de noviembre de 2013 (celebrada en Valencia)

A continuación por **JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ-CARRILLO FUENTES**, Secretario de Actas-Tesorero de la AEAERCyS, se da lectura del Acta de la Asamblea General celebrada en Valencia el pasado 14 de noviembre de 2013, que es aprobada por unanimidad sin ningún voto en contra ni abstención.

2º.- Informe de actividades y gestión

Por el Secretario General de la AEAERCyS, Sr. **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, y el Presidente **DON MARIANO MEDINA CRESPO** se informa del esfuerzo realizado, en el 'Comité de Expertos Reforma del Baremo' que, tras cuatro años ha cristalizado en la presentación de la propuesta el 22 de mayo de 2014 y de la labor futura a realizar de divulgación y formación; nuestro presidente aclara que su intervención especificó desarrollarla en nombre propio.

Se da cuenta asimismo de la participación en las siguientes actividades desarrolladas desde la última Asamblea General, celebrada en Valencia el 14 de noviembre de 2013:

- Ponencia del Secretario General de la Asociación en el III Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro. Alicante, 23 y 24 de octubre de 2014.
- Ponencia del Secretario General de la Asociación en el X Congreso Jurídico de la Abogacía Malagueña. Málaga 16 y 17 de octubre de 2014.
- Ponencias del Presidente y del Secretario General de la Asociación en la III Jornada Médico Jurídica. Málaga, 25 y 26 de septiembre de 2014.
- Ponencias del Presidente y del Secretario General de la Asociación en la Jornada sobre la Reforma del Baremo de Circulación y Cobertura de Defensa Jurídica. Almería, 10 de julio de 2014.
- Ponencia del Presidente de la Asociación en el XVI Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro. Madrid, 26 de junio de 2014.
- Ponencias del Presidente y el Secretario General de la Asociación en el XI Jornada sobre Responsabilidad Civil de Málaga. 6 de Junio de 2014. Fuengirola (Málaga).

- Ponencias del Presidente y Secretario General de la Asociación en la XXX Edición del Congreso de Derecho de la Circulación. Madrid, 24 y 25 de abril de 2014.
- Ponencia del Secretario General de la Asociación en la III Jornada sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Colegio de Abogados de Sabadell, 12 de Diciembre de 2013.
- Ponencias y participación del Presidente y Secretario General de la Asociación en el I Máster de Responsabilidad Civil. Granada del 24 de octubre de 2013 al 13 de junio de 2014.
- Ponencias del Presidente y Secretario General en el III Máster en Derecho de Daños. Málaga del 1 de Octubre de 2013 al 6 de julio de 2014.

Por el Secretario General se ha asistido a diversas reuniones con APIL (nuestra asociación homóloga en Inglaterra), en orden a la asistencia de sus miembros al II Congreso Internacional de Derecho de Daños, a celebrar en Granada en 2015 o 2016.

Se informa de la extraordinaria renovación lograda en la Revista (ya en el número 51) 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 proporciona 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 de materialización *in situ* de cada congreso, la función de Tesorero que ostenta Don **JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ-CARRILLO FUENTES**, es de un año a otro delegada por este en el vocal-asociado en el que recae la responsabilidad de la organización del Congreso anual periódico, en consecuencia, las incidencias económicas del pasado año, que fueron recientemente entregadas por Don **DIEGO ELUM MACÍAS**, constan detalladas en la zona privativa de los socios en la página web de la Asociación de forma previa a esta reunión para su conocimiento general, destacar, que fruto del rigor en la gestión se obtuvo superávit. Son, no obstante, detalladas por el Secretario General y aprobadas por unanimidad, haciendo constar expresamente la felicitación del colectivo tanto a **DIEGO ELUM**, como a **ISIDRO TORMOS**.

4º.- Presupuesto de 2015

Se excusó su presentación postergando su envío en el futuro.

5º.- Congreso del próximo año, y años venideros

En 2015, la sede del Congreso será la ciudad de Valladolid y el vocal encargado Don **LUIS JULIO CANO HERRERA**. Para el congreso del año 2016 se ha postulado la ciudad de Málaga, cuya candidatura es aprobada por unanimidad.

6º.- Renovación de Cargos, de Vicesecretario y Secretario de Actas-Tesorero

Se reelige por unanimidad a los actuales Don **ANDRÉS CID LUQUE** y Don **JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ-CARRILLO FUENTES**.

Se elige, asimismo, vocal de la Comunidad de Castilla la Mancha Oriental a Don **LUIS JULIO CANO HERRERA**.

7º.- Ruegos y preguntas

- Se propone la cancelación del convenio suscrito con Banco de Sabadell habida cuenta su nula aportación al XIV Congreso, con sede en su propia ciudad, y se suscribirá nuevo Convenio con el Banco de Santander, aprobándose el cambio por unanimidad.
- Se propone y aprueba por unanimidad, el nombramiento del Ilustrísimo Señor Don **ANTONIO SALAS CARCELLER** como miembro de honor de ésta, nuestra Asociación.
- Se pone de manifiesto la labor desarrollada en la reforma del Baremo, así como la que resta, para comenzar con una reunión con el compañero y Diputado Sr. **CASTILLO CALVÍN** para impulsar, con propuestas concretas de nuestra Asociación, la tramitación parlamentaria.
- Finalmente, se exhorta calurosamente a los vocales, y asociados en colaborar con la revista que publicamos sumando su esfuerzo, experiencia y entrega a las nuestras.

Terminado lo cual, por el Sr. Presidente, D. **MARIANO MEDINA CRESPO**, se da por concluida la XIV Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad y Seguros.

LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE RCYS Y LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH SUSCRIBEN UN ACUERDO DE COLABORACIÓN

La Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro y la editorial Tirant On Line han firmado el pasado día 20 de noviembre de 2014 un acuerdo de colaboración en virtud del cual los asociados tendrán acceso gratuito a la base de datos de la editorial, y con ello a más de 650.000 sentencias en materia de responsabilidad civil, entre otras utilidades de gran interés para los profesionales. Además, podrán acceder a toda la legislación, actualizada a diario y a los Esquemas Procesales, de todos los ámbitos jurídicos. El acceso a la información se realiza desde la web de la asociación, en el área privada.

El convenio, rubricado por D. **JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, secretario de la Asociación Española de Abogados de RCyS y por D. **SALVADOR VIVES LÓPEZ** en representación de la editorial, refuerza la relación entre ambas entidades, al tiempo que permite a los asociados contar con una nueva y potente herramienta de trabajo, dando acceso a miles de sentencias, formularios, artículos doctrinales y esquemas, entre otras utilidades. Esperamos que todas estas iniciativas os resulten de interés.



Vista parcial del portal que pone a disposición de la Asociación la editorial Tirant Lo Blanch.



López y García de la Serrana (c), Mallorquín Fernández (i) y Velasco Gutiérrez (d), en el momento de la firma.

ACUERDO DE COLABORACIÓN ENTRE BANCO SANTANDER Y ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

El pasado día 27 de noviembre de 2014, en las instalaciones de nuestra Asociación, tuvo lugar la firma del acuerdo de colaboración con el Banco Santander en virtud del cual nuestros asociados pueden acceder a determinados productos en condiciones muy ventajosas. El acuerdo fue suscrito por D. **JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA** en representación de la Asociación, como secretario de la misma, y por D. **FRANCISCO MALLORQUÍN FERNÁNDEZ** y D. **RAMÓN VELASCO GUTIÉRREZ**, en representación del Banco Santander.

El objetivo del convenio es que todos los miembros de la Asociación puedan beneficiarse de las condiciones de Santander Justicia, pudiendo elegir entre una oferta de productos y servicios financieros con condiciones especiales dirigidos a profesionales de la Justicia, destacando la cuenta corriente remunerada y la aplicación informática de acceso telemático a las cuentas de consignación.



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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

ESTUDIOS sobre la RESPONSABILIDAD SANITARIA

Un análisis interdisciplinar

Eugenio Llamas Pombo (Director)

En efecto, se recogen aquí los trabajos de un grupo de investigadores que afrontan los temas más acuciantes que hoy afectan a la responsabilidad sanitaria, desde la perspectiva del Derecho civil, penal, constitucional, administrativo, procesal y médico-legal. No constituye un tratado, pues no tiene pretensión de abordar global y sistemáticamente todo el universo de temas que, dentro de cada una de esas disciplinas, son tan abundantes que requerirían una extensión mucho mayor. Pero se han seleccionado precisamente aquellas cuestiones que, tanto desde un punto de vista del profesional del Derecho, como desde la perspectiva científica, presentan una mayor dificultad o venían reclamando un estudio más profundo.

Precio: 50,24 € + IVA
pgonzalez@wke.es



LA LEY

grupo Wolters Kluwer



JUSTICIA

¿AÚN NO CONOCE SANTANDER JUSTICIA?

Un servicio exclusivo del Banco Santander para profesionales del mundo de la Justicia.

Descubra todas las ventajas.

Infórmese de las condiciones completas
en su oficina Santander, en el 902 100 277
o en www.bancosantander.es



Queremos
ser tu banco

 **Santander**
un banco para tus ideas



bancosantander.es
bsan.mobi