



# Ideas para una nueva cultura valorativa

**Ignacio Rodríguez Fernández**  
*Fiscal*  
Fiscalía Provincial de Granada



## SUMARIO

- 1. Introducción: la IV Jornada de Valoración del Daño Corporal de Granada.**
- 2. La mesa redonda: la incapacidad permanente y su resarcimiento.**
- 3. Primera ponencia (Mariano Medina Crespo): actualización valorista y resarcimiento moratorio. Las sentencias de 17 de abril de 2007 y sus efectos.**
- 4. Segunda ponencia: la responsabilidad civil del personal sanitario.**
- 5. Conclusión: un paso más hacia una nueva cultura valorativa.**



*En la IV Jornada de Valoración del Daño Corporal celebrada en Granada el pasado 12 de marzo de 2009 se trataron temas tan relevantes en el Derecho de daños como el resarcimiento de la incapacidad permanente, las consecuencias derivadas del carácter de deuda de valor que tiene el crédito resarcitorio y las peculiaridades que presenta la responsabilidad civil derivada de actuaciones del personal sanitario. La misión esencial de un acto de este tipo consiste en facilitar a los presentes – oradores y público- soluciones con las que afrontar los problemas prácticos que se plantean ante los tribunales de justicia. En la Jornada cuya crónica se pretende realizar en este artículo se aportaron varias ideas de interés y, sobre todo, se trató de estimular a los presentes a no resignarse a un resarcimiento devaluado derivado, por ejemplo, de la tradicional preterición del lucro cesante o de la depreciación del dinero antes de la nominalización del crédito en sentencia.*

### **1. Introducción: la IV Jornada de Valoración del Daño Corporal de Granada**

El 12 de marzo de 2009 tuvo lugar la *IV Jornada de Valoración del Daño Corporal* organizada por la *Fundación de Estudios y Prácticas Jurídicas de Granada* con la colaboración del *Grupo Jurídico de Circulación y Seguros del Ilustre Colegio de Abogados* de esta ciudad y de la *Asociación de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. El programa se desarrolló según lo previsto. El acto comenzó con una mesa redonda en la que se debatió sobre *“los criterios de los órganos jurisdiccionales granadinos en materia de incapacidad permanente en la valoración del daño corporal”*. Moderada por el Director del Curso de Valoración del Daño Corporal, Javier López García de la Serrana, la mesa contó con la presencia del abogado y presidente de la *Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Mariano Medina Crespo, del magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia número 8

de Granada, Alberto del Águila Alarcón, del médico forense del Instituto de Medicina Legal de Granada José de la Higuera Hidalgo y de quien escribe estas líneas. Concluido el debate se pasó sin solución de continuidad a las dos ponencias que constituirían el mayor atractivo del programa. Mariano Medina realizó la primera de ellas, identificada con un título estimulante: *“Los principios institucionales del Derecho de Daños: reacciones judiciales ante las sentencias de 17 de abril de 2007 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo”*. Le siguió José Antonio Seijas Quintana, magistrado de la citada sala del alto tribunal, que centró su atención en *“La evolución de la jurisprudencia en materia de responsabilidad médica. Determinación de los daños resarcibles y las fórmulas de valoración”*.

Quien lea estas líneas deducirá del programa expuesto que la Jornada se presentaba interesante, pero, por experiencia, no se dejará engañar por los sugerentes títulos de la mesa y de las ponencias. No son pocos los casos en que el público -atraído por un cartel prometedor- asiste a una aséptica sucesión de ponencias y sub-ponencias inconexas. En resumidas cuentas, cada ponente viene a hablar de lo suyo y a cumplir el expediente; mientras, el espectador se aburre –pero, al menos, se lleva su diploma, duramente conseguido tras un costoso sacrificio, que los más veteranos sobrellevan con la disimulada lectura del periódico del día y los menos discretos con la anestesia del sueño-. Poco importa, en tales jornadas de “cartón-piedra”, lo que dicen los demás o lo que realmente interesa a las personas allí reunidas. En una ocasión de este tipo la virtud más celebrada suele ser la brevedad.

Justamente lo que me anima a escribir esta crónica –sujeta inevitablemente a las limitaciones de la memoria y a la subjetividad de las vivencias personales– es la sensación de moderado entusiasmo que tuve al terminar la Jornada celebrada el pasado 12 de marzo. Creo que fue un acto que consiguió una cierta sinergia de los presentes.



Pudo apreciarse una combinación debidamente proporcionada de buenas dosis de inconformismo, ilusión y miras de futuro compartidas por el público asistente -continuamente interpelado por los oradores a llevar a su práctica profesional las soluciones que iban proponiendo a los problemas planteados-. Y se ofrecieron, desde perspectivas muy diversas, ideas superadoras del más rancio inmovilismo resarcitorio. Un caso significativo fue el de la indemnización del lucro cesante por incapacidad permanente tratado en la mesa redonda. Un abogado, un juez y un fiscal estuvieron de acuerdo en la misma sala -cosa que es en sí misma digna de destacar- en la necesidad de perseverar en la correcta y completa indemnización de este concepto -cuyo reiterado desconocimiento tan lejos nos deja de la tónica habitual de los países de nuestro entorno- desbordando las pretendidas limitaciones tabulares -al margen de lo que pueda desprenderse de puntuales resoluciones del Tribunal Constitucional-.

Merece la pena, por tanto, hacer una referencia sucinta a lo que se debatió y se dijo en el Colegio de Abogados de Granada la tarde del 12 de marzo.

## **2. La mesa redonda: la incapacidad permanente y su resarcimiento.**

La mesa redonda que iniciaba el acto debía consistir, según prometía el programa, en un “*debate sobre los criterios de los órganos jurisdiccionales granadinos en materia de incapacidad permanente en la valoración del daño corporal*”. En realidad, creo que el contenido de las intervenciones excedió del mero examen de las sentencias de los tribunales locales. Más bien se optó por abordar los problemas prácticos que genera la indemnización de este concepto, haciendo mayor incidencia en lo que queda por hacer que en lo ya se ha consolidado en la práctica de nuestros tribunales.



Las intervenciones “jurídicas” coincidieron en la necesidad de profundizar aspectos nada accesorios del tema tratado:

1.- En cuanto al alcance del daño, se insistió en la necesidad de desbordar la dimensión puramente laboral. Por más que los conceptos legales sean tributarios de la legislación de seguridad social, estamos ante una indemnización civil y como tal atiende a una perspectiva mucho más amplia. El daño resarcible abarca toda la “vida de relación”, toda la actividad de la persona en sus relaciones sociales; también, por ejemplo, el menoscabo de la posibilidad de realizar actividades lúdicas o de esparcimiento habituales para la víctima puede ser objeto de resarcimiento. El Derecho civil es el Derecho de la persona, por lo que, como ha dicho en alguna ocasión el propio Mariano MEDINA, incluye al *homo faber*, pero no se agota en éste; es relevante cualquier dimensión de la actividad social del individuo que resulta afectada.

2.- En cuanto a la prueba del daño, se coincidió en la necesidad de contemplarla con un horizonte igualmente amplio. La pericia médica es fundamental para determinar el alcance de la incapacidad, la pérdida anatómica y funcional sufrida. Pero también han de entrar en juego otros medios probatorios. En la propia esfera de la ocupación productiva desarrollada, pruebas documentales –un organigrama, un cuadrante de servicios...– y testificales –de los compañeros de trabajo, del empleador...– pueden dar buena cuenta de lo que realmente venía haciendo la víctima del daño –al margen del puesto, cargo o profesión que pueda constar formalmente– y de lo que ya no hace. Pero excediendo de lo laboral, los documentos y los testigos pueden ilustrar decisivamente al tribunal acerca de los otros aspectos de la vida social de la víctima que se han visto afectados por la incapacidad sufrida. En este sentido, a veces no es razonable obcecarse en expresar en exceso las posibilidades de la pericia médica,

que tiene un objeto muy determinado, descuidando otras pruebas útiles y relevantes.

3.- Sin embargo, el aspecto que más centró la atención de las intervenciones estrictamente jurídicas fue el resarcimiento del lucro cesante por incapacidad permanente. Todos, incluido el moderador, partieron del mismo presupuesto: el lucro cesante no se indemniza adecuadamente en España. El viejo y sesgado adagio de los “sueños de ganancia” que, como explicó MEDINA, proviene de una lectura apresurada y parcial de la obra de FISCHER, o, mejor dicho, de una página de su obra, habiéndola tomado a su vez el autor alemán de la *Pandekten* de DERNBURG, ha sido durante largo tiempo el expediente habitual de rechazo de legítimas pretensiones indemnizatorias de lucro cesante. Pero la indemnización de este concepto es necesaria y, situándose lejos del reino de lo onírico, obedece a una realidad incontrovertible. Su resarcimiento se basa en máximas de experiencia elementales –porque lo normal y habitual es que la gente trabaje y gane dinero– que llevan a concluir que, probada la incapacidad para desarrollar la actividad productiva que generaba el lucro, o acreditada la privación de la capacidad de generarlo, se produce siempre este daño negativo (por lo que es un *certus an*, a diferencia de la pérdida de oportunidad), desplazándose el problema a la determinación de su cuantía.

4.- En la hipótesis del lucro cesante por incapacidad permanente del sistema legal valorativo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro, nos encontramos ante la ganancia dejada de obtener (artículo 1106 CC) desde que quedan estabilizadas las secuelas derivadas del daño corporal padecido por la víctima. El inciso segundo de la regla 7ª del apartado primero del Anexo a la Ley distingue las dos modalidades que presenta esta partida indemnizatoria; se incluye tanto la pérdida de utilidades, ganancias o ventajas efectivas como la pérdida de la capacidad de obtenerlas –conceptos que también quedan recogidos, por cierto, en los Princi-



pios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil-. El problema está en cómo se ha resarcido este lucro cesante en el Texto Refundido de 2004. Y lo cierto es que en la mesa se expresó una opinión prácticamente unánime a favor de la que Mariano MEDINA ha llamado “teoría del resarcimiento extratabular intrasistema”. En pocas palabras: una cosa es el baremo y otra el sistema. El baremo es parte del sistema pero no lo agota. Lo que no está en las tablas pero está en dentro de las normas de la Ley también ha de tenerse en cuenta, y eso es precisamente lo que ocurre con el resarcimiento del lucro cesante. Éste no se puede identificar en todo caso con un mero factor de corrección por perjuicios económicos. Se incardina, en realidad, en el citado inciso segundo de la regla 7ª. Por tanto, si se prueba un lucro cesante superior al importe del factor de corrección por perjuicios económicos, es perfectamente posible su indemnización completa.

5.- En este último aspecto, en la mesa se coincidió también en la necesidad de restar importancia a las posibles incoherencias derivadas de la jurisprudencia constitucional. Estamos ante un problema de legalidad ordinaria que deben resolver los órganos del Poder Judicial cumpliendo la función constitucional que tienen encomendada en exclusiva. Como es sabido, la sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, declaró la inconstitucionalidad del factor de corrección del apartado B) de la tabla V del sistema, relativa a la incapacidad temporal o transitoria, al considerar que impedía la íntegra reparación de los perjuicios sufridos –y, en concreto, del lucro cesante– en las hipótesis de daños causados por “culpa relevante”. Aunque era razonable esperar que el Tribunal Constitucional expandiera esta doctrina a las hipótesis de lucro cesante por muerte e incapacidad permanente, tal posibilidad ha quedado cerrada tras las sentencias 42/2003 y 222/2004. Ahora bien, que el Tribunal de Garantías considere que no es inconstitucional resarcir el lucro cesante utilizando exclusivamente el factor de corrección

por perjuicios económicos –en los casos de muerte e incapacidad permanente–, no quiere decir que haya de ser inconstitucional rebasarlo cuando se prueba un daño patrimonial superior. Y es que, si la proclamación de la total indemnización de los perjuicios sufridos, incluidas las ganancias dejadas de obtener o la capacidad de conseguirlas, contenida en la citada regla 7ª del apartado primero es una declaración legal vinculante, se debe concluir que el lucro cesante constituye en realidad un perjuicio excepcional necesitado de prueba que se resarcirá en una tercera fase –extratabular– de aplicación del sistema legal valorativo. De hecho, el Tribunal Constitucional ya ha descartado en alguna ocasión –por ejemplo, en el auto de inadmisión de 26 de mayo de 2003, en relación con la sentencia de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2002 (ponente Susana POLO GARCÍA)– que sea inconstitucional esta interpretación –y la consiguiente indemnización de un lucro cesante por encima del importe máximo del factor de corrección por perjuicios económicos–. Estamos, por tanto, ante una aplicación de la legalidad ordinaria que ha de ser abordada por los órganos del Poder Judicial. Éstos han de examinar las normas aplicables conforme a los valores fundamentales del sistema y, concretamente, de forma acorde con el principio de íntegra reparación. Es evidente que, con esta perspectiva, y visto el tenor del inciso segundo de la regla 7ª del apartado primero del anexo y del artículo 1.2 de la Ley, el resarcimiento “extratabular intrasistema” parece la solución más acertada.

6.- Esta apelación a la superación del problema en el ámbito de la legalidad y la jurisdicción ordinarias sirvió de espoleta para que los oradores animaran a los juristas presentes en el público a convertirse en el motor del futuro cambio. Si los abogados se acomodan y acotan la lucha procesal sobre el lucro cesante al estricto marco tabular de los factores de corrección por perjuicios económicos toda posibilidad de progreso será imposible.



Es cierto que los tribunales han sido tradicionalmente refractarios a incorporar cualquier tipo de resarcimiento del lucro cesante. Sin embargo, la situación está llamada a cambiar por su manifiesta injusticia. El propio magistrado presente dejó clara que su exposición teórica sobre la posibilidad de desbordar el marco del simple factor de corrección para resarcir el lucro cesante se podía llevar a la práctica, pero que para eso es imprescindible –además de un supuesto de hecho adecuado– una pretensión procesal debidamente articulada por un letrado. Ha de ser la insistencia de los abogados la que, una vez más, permita la innovación jurisprudencial en nuestro sistema resarcitorio. Porque, como señaló Mariano MEDINA, el resarcimiento del daño corporal –con honrosas pero escasas excepciones entre los autores patrios– ha evolucionado en nuestro país de forma puramente jurisprudencial, dado el desinterés de la doctrina. También serán, por tanto, los jueces los que finalmente arbitren la solución resarcitoria justa siempre que los abogados les pongan en la tesitura de hacerlo.

### **3. Primera ponencia (Mariano Medina Crespo): actualización valorista y resarcimiento moratorio. Las sentencias de 17 de abril de 2007 y sus efectos.**

Concluida la mesa, fue el turno de los verdaderos ponentes. A suavizar la cesura contribuyó que fuera Mariano MEDINA CRESPO quien cerrara las intervenciones del debate e iniciara las ponencias. De hecho, quienes allí estuvieron convendrán sin dificultad conmigo en que las apostillas de MEDINA que remataron la mesa dieron lugar a uno de los momentos álgidos del acto. La combinación de finísimo sentido del humor y excelencia doctrinal que caracteriza al jurista madrileño fue especialmente celebrada por los asistentes. Su espíritu crítico –ingrediente imprescindible del carácter de los grandes maestros– no dejó a salvo ningún gremio, incluido el suyo. Tras su primera intervención en la mesa, abordó el tema que inicialmente le traía a

Granada: “*Los principios institucionales del Derecho de Daños: reacciones judiciales ante las sentencias de 17 de abril de 2007 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo*”.

A pesar de que el ponente dio por sabido el contenido de las resoluciones del Tribunal Supremo aludidas en el título de la intervención, conviene hacer una breve referencia a estas sentencias para entender mejor las puntualizaciones de Mariano MEDINA a su contenido.

Empecemos por la *sentencia 429/2007, de 17 de abril [RJ 3360, ponente: ROCA TRÍAS]*. En este caso, se admitió a trámite y se estimó uno de los dos motivos de casación que planteaba el recurrente. Éste ponía de manifiesto que el accidente de circulación determinante del daño había tenido lugar en 1997 y que el tribunal de instancia –en resolución confirmada por el de apelación– había fijado la deuda en función a las cuantías del baremo de ese año. Entendía que se había ignorado con ello la naturaleza de deuda de valor que tiene la indemnización del daño en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. El recurrente estimaba que tal naturaleza obliga a fijar la cuantía del resarcimiento conforme a las cantidades del baremo vigente al tiempo de recaer la sentencia de primera instancia –lo que en el caso planteado suponía la aplicación del baremo del año 2000–, teniéndose así en cuenta la fluctuación del IPC. El interés casacional estaba, por tanto, en la alegada violación de la doctrina jurisprudencial relativa al carácter de deuda de valor de la indemnización de daños y perjuicios.

La sentencia del Tribunal Supremo resuelve la cuestión planteada entendiendo que:

1. Por regla general, y conforme al artículo 1.2 y el número 3 del párrafo 1º del Anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, se ha



de fijar la indemnización de acuerdo con las reglas y cuantías vigentes en el momento del siniestro.

2. No obstante, es frecuente que las lesiones sufridas por el afectado tengan que determinarse en un momento posterior. En este caso, teniendo en cuenta que la regulación especial de la Ley en cuestión no modifica la naturaleza de deuda de valor de la obligación de resarcir el daño, la “cuantificación de los puntos” según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente “debe efectuarse en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva”. Así, entiende la Sala 1ª que en los casos en que las consecuencias lesivas del accidente tardan largo tiempo en “curar o consolidarse” la fluctuación del valor del dinero no ha de perjudicar a la víctima, de modo que a los puntos que corresponden conforme

al sistema de la fecha del accidente se han de aplicar las cuantías del baremo actualizado a la fecha del alta, teniéndose en cuenta de esta forma la variación anual del IPC.

En la misma línea, evidentemente, se encuentra la *sentencia 430/2007, de 17 de abril [RJ 3359, ponente: ROCA TRÍAS]*. De hecho, sólo se resuelve la primera de las cuestiones planteadas, que se refería precisamente a la fecha a tener en cuenta para la fijación de la indemnización. Reitera aquí el Tribunal Supremo lo expresado en la sentencia precedente. La segunda cuestión planteada abordaba la inaplicación a la compañía aseguradora del recargo punitivo o interés sancionador del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro. La sentencia recurrida había entendido que no existía mora de la compañía, no compartiendo tal apreciación el recurrente. La sentencia rechaza entrar a dirimir esta discrepancia por falta de justificación de su interés casacional.



Es evidente que la jurisprudencia establecida en estas sentencias deja mucho que desear. Proclama un principio valorista que queda luego tan devaluado en sus consecuencias prácticas que parece más bien un nominalismo encubierto y atemperado –pues sólo se actualiza el importe del crédito si se dilata en el tiempo el alta definitiva–. Y es que la actualización valorista se realiza de forma excepcional e insuficiente en función de la larga duración de la curación o consolidación de las secuelas.

Frente a esta doctrina jurisprudencial el ponente propuso en su enjundiosa intervención la adopción consciente y consecuente de un verdadero criterio general de actualización valorista compatible además con el resarcimiento del lucro cesante por la indisposición del importe del crédito resarcitorio.

La tesis de MEDINA CRESPO<sup>1</sup> parte de una clara diferenciación de la función de la actualización valorista y la del interés moratorio. Ambas figuras responden tradicionalmente a dos fenómenos diversos. Como hipótesis heterogéneas, la falta de reconocimiento de alguna de ellas –concurriendo su presupuesto– viola el principio de íntegra reparación y supone la confiscación al acreedor de una parte de la prestación a que tiene derecho, enriqueciéndose con ello al deudor de forma injusta. No obstante, desde 1985, los intereses moratorios habrían pasado a absorber la función de la actualización valorista sin perder la suya tradicional. Con ello, se habría generado un riesgo de solapamiento y de exceso en la indemnización, con un correlativo enriquecimiento sin causa, en este caso del acreedor.

Como explicó el ponente, la actualización valorista no es más que una consecuencia natural del

principio de reparación íntegra. Se trata de evitar que el lapso de tiempo transcurrido entre el nacimiento del crédito y la correlativa depreciación del dinero provoque un empobrecimiento del acreedor. Por ello, la actualización valorista se integra en el principal del crédito resarcitorio originario. En cambio, el interés moratorio pretende resarcir a la víctima del lucro cesante derivado de la indisposición de la suma que le corresponde percibir en concepto de indemnización. Se trata, por tanto, de otro crédito resarcitorio de carácter accesorio que se añade al principal.

La actualización valorista es, por tanto, parte del daño original sufrido. El interés moratorio constituye, en cambio, un nuevo perjuicio derivado del incumplimiento del deber de prestación. La justificación de este nuevo crédito accesorio se funda en una presunción de daño. Se entiende que el incumplimiento de la obligación priva al acreedor de los frutos civiles que se considera *iuris et de iure* que éste obtendría con la disposición del importe insatisfecho. Se atiende, así, a una máxima de “productividad natural” del dinero y se sortea todo obstáculo procesal calculando el beneficio dejado de obtener mediante una indemnización tasada legalmente.

Conforme a esta idea, la actualización valorista no necesita de un nuevo título de imputación que justifique su pago. Le basta el del crédito originario, pues es parte integrante de éste. En cambio, el daño moratorio tiene su propia “buena razón” justificativa, en cuanto crédito diferenciado, que es el incumplimiento del deber de prestación por parte del deudor. La forma de constitución de la mora dependerá de la naturaleza de la obligación. Normalmente es preciso que el cumplimiento sea oportunamente exigido por el acreedor –lo que provoca que el deudor

<sup>1</sup> La completa exposición de la teoría del ponente puede verse en su trabajo “Resarcimiento valorista y resarcimiento moratorio”, en *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro sobre responsabilidad civil y seguridad vial*, Sepín, Madrid, 2008, pp. 443 a 474.



dor refractario incurra en mora—. En tal caso estamos ante una mora personal que surge tras esta interpelación. Puede estar justificado, sin embargo, que la mora se produzca desde el momento mismo del nacimiento del crédito, tratándose en tal caso de una mora automática o *ex re*.

La diversidad de funciones de la actualización valorista y del interés moratorio tiene consecuencias de primer orden en el régimen jurídico de ambas.

Así ocurre, por ejemplo, en lo tocante al principio de rogación. No es necesaria petición expresa del acreedor demandante para que proceda la actualización valorista, puesto que si reclama el resarcimiento del daño original ya exige implícitamente su actualización. Esto supone que el juez puede actualizar de oficio el importe indemnizatorio sin necesidad de solicitud expresa al efecto. El único límite será el *petitum* de la demanda, que no podrá rebasarse. Aunque, como bien señaló el propio ponente, lo cierto es que una actuación jurisdiccional de este tipo, en la que el tribunal procede a una actualización no solicitada que no desborda, sin embargo, del importe total solicitado, se ha de producir probablemente por efecto del siempre rechazable principio de globalidad. Una petición debidamente vertebrada de los diversos conceptos en que se descompone el crédito resarcitorio —única forma de cumplir racionalmente con el principio de íntegro resarcimiento, y, de no cambiar “de bolsillo” más que aquello que debe transferirse: el puro importe económico del daño— no permitiría semejante proceder. No obstante, es difícil que una pretensión indemnizatoria debidamente vertebrada por un Abogado especialista pueda olvidar la actualización valorista. Pero, en definitiva si se prefiere pedir el importe a ojo de buen cubero conviene no quedarse corto.

Por el contrario, la expresa petición del demandante sí que es precisa si del interés moratorio se trata. Éste deriva de un nuevo daño, distinto al que hizo surgir el crédito incumplido. Ese perjuicio

adicional ha de ser reclamado expresamente. Solicitando la indemnización del crédito originario no se solicita implícitamente la del interés moratorio. Hay que reclamarlo expresamente. Y esto será suficiente, puesto que, conforme al tenor del artículo 1108 CC, no será precisa prueba de su realidad ni de su importe.

Otra diferencia se refiere, en principio, al automatismo de la actualización valorista. Ésta proviene de un hecho objetivo ajeno a la voluntad y al comportamiento de los implicados en la relación obligatoria: la depreciación del dinero. Da igual que el acreedor lo reclame antes o después, que se anticipe o se retrase más o menos, pues siempre ha de recibir el importe íntegro del principal debido, conforme a la fluctuación del dinero. La prontitud de la reclamación es vital, en cambio, si del interés moratorio se trata y estamos ante una mora personal. Ésta sólo surge por la interpelación del acreedor. Cesa, no obstante, por compensación con la eventual mora del propio acreedor. Y esto, bien se trate de interés moratorio ordinario o bien del especial del asegurador. Que el juez pueda apreciar de oficio éste último no quiere decir que opere de forma mecánica. Se podrá apreciar de oficio, pero desde la mora del deudor. Ahora bien, siempre hay que salvar la posibilidad de que estemos ante una mora automática o *ex re* justificada por la especial naturaleza de la obligación.

También es fundamental la divergencia advertida por MEDINA en cuanto a la determinación del importe. La actualización valorista, en cuanto dependiente de la fluctuación monetaria, se determina por la variación porcentual del IPC —baremo obligatorio para las hipótesis del sistema legal de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro y para los supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y criterio generalmente utilizado en los demás casos—. En cambio, el interés moratorio se calcula atendiendo al tipo anual del interés legal del dinero.



El problema está en que, desde 1985, los intereses moratorios dejan de tener una exclusiva función resarcitoria del lucro cesante por indisposición del crédito y pasan a adquirir una segunda función actualizadora de la deuda, puesto que el interés legal del dinero se fija superando deliberadamente la fluctuación del IPC. Ahora bien, esto no quiere decir que el interés moratorio haya de sustituir en todo caso a la actualización valorista. Ésta opera siempre. En cambio, el resarcimiento moratorio sólo tiene lugar desde que el deudor está incurso en mora y siempre que ésta no quede compensada por la del acreedor. En los lapsos de tiempo en que no hay mora, bien por falta de interpelación en la hipótesis de mora personal, bien por compensatio morae derivada de la conducta del acreedor, la actualización valorista ha de seguir operando de forma autónoma.

El ponente advierte rápidamente la problemática que generan estos rasgos característicos de una y otra figura. El interés legal del dinero ya tiene en cuenta la tasa de inflación anual, que supera deliberadamente para cumplir una función valorista. El resarcimiento moratorio cumple, pues, una doble función: resarcitoria del lucro cesante y actualizadora. Con ello se genera un claro riesgo de duplicación de la actualización valorista y de enriquecimiento injusto del acreedor. Si desde que opera la mora aplicamos tanto la actualización del IPC como el interés legal del dinero, estamos actualizando dos veces el nominal del crédito originario.

Para solucionar el problema es preciso responder a dos cuestiones fundamentales: ¿cuándo surge la mora en el supuesto específico del crédito resarcitorio? y ¿qué solución se da al solapamiento y consecuente doble actualización?

En cuanto a la primera cuestión, se sabe que existen dos opciones. La mora personal dependiente de la interpelación del acreedor o la automática justificada por la especial naturaleza de la obligación. MEDINA CRESPO se decanta por la segunda

solución. Esto daría una fácil respuesta al problema de la doble actualización. Bastaría con aplicar –enciladamente– el interés moratorio desde la fecha del evento dañoso.

Pero la solución es sólo aparente, como bien notó el ponente, puesto que persiste el problema de la compensación de moras, situación en la que el acreedor no puede aspirar a que se le resarza el daño por indisposición del crédito al que él mismo está contribuyendo. Se trata de los supuestos de conducta obstativa o pasiva y, en consecuencia, impeditiva del pago por parte del acreedor. Ejemplos no faltan para el crédito resarcitorio, como el supuesto de incomparecencia injustificada de la víctima a la cita con el médico forense que ha de determinar el alcance de la lesión. En estos lapsos de tiempo no puede operar el interés moratorio y sí la actualización valorista. De ahí que sea en todo caso preferible, aún entendiendo que estamos ante una mora ex re, que la actualización valorista se incorpore al principal en el momento de la nominalización del crédito y que se apliquen los intereses moratorios a los períodos en que procedan descontando de éstos la parte correspondiente a la actualización valorista.

En todo caso, el momento de la nominalización (la sentencia) es el punto final de la actualización valorista y del resarcimiento moratorio, pues la función de ambas figuras pasa a ser asumida por los intereses procesales, que asumen los dos cometidos e incluso una tercera misión de recargo punitivo.

En realidad, la ponencia de Mariano MEDINA versaba sobre las consecuencias de estas sentencias del Tribunal Supremo. Por tanto, describió las distintas posturas de las Audiencias Provinciales. Hizo hincapié en la estricta aplicación de la jurisprudencia aludida en el orden civil. Ciertamente, la responsabilidad extracontractual es una institución transversal –ubicada en el ámbito de la teoría ge-



neral del Derecho, como hace ya bastante tiempo advirtió Jesús LEGUINA VILLA— sobre la que no hay una jurisprudencia de un orden jurisdiccional que pueda considerarse más legítima que la del resto. En el orden civil, el ponente comentó las distintas tendencias de la Audiencias: las que ignoran la jurisprudencia de las sentencias de 17 de abril de 2007, las que la siguen sin objeción, las que la acatan críticamente... Pero las sentencias provinciales más importantes, según expresó reiteradamente, son las que, no acatando esta doctrina del Tribunal Supremo, justifican argumentalmente —con una motivación cualificada— su fundada discrepancia. Como bien dijo Mariano MEDINA, estas sentencias heterodoxas serán las que traigan el progreso.

#### **4. Segunda ponencia: la responsabilidad civil del personal sanitario.**

Cerró el acto la ponencia del magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo José Antonio SEIJAS QUINTANA sobre *“La evolución de la jurisprudencia en materia de responsabilidad médica. Determinación de los daños resarcibles y las fórmulas de valoración”*

El magistrado valoró en primer lugar los pasos dados por el alto tribunal para cumplir en materia civil la función que le es propia: la unificación jurisprudencial. Como hecho significativo, destacó la proliferación en los últimos años de sentencias “de Pleno”.

En lo específicamente relacionado con el Derecho de daños, SEIJAS destacó el cambio de orientación vivido en materia de responsabilidad objetiva. En tiempos recientes la objetivación se había expandido excesivamente, más allá de lo razonable. La nueva orientación tiende a sujetar este tipo de responsabilidad a los supuestos expresamente marcados por la Ley. Así debe ser, a juicio de quien esto escribe, pues los títulos de imputación objetiva obedecen a valoraciones ético-jurídicas que vienen a complementar el título general de la cul-

pa. El legislador ha de decidir en qué supuestos el riesgo generado con una actividad o el sacrificio autorizado de bienes jurídicos ajenos han de erigirse por sí solas en razones justificativas de la transferencia del daño de quien los sufre a quien lo causa. La generalización de la responsabilidad objetiva sin norma legal que la ampare carece de justificación. Ciertamente es que la culpa no es elemento vertebral del crédito resarcitorio sino título de imputación concreto. Pero esto no oscurece que nuestro Ordenamiento otorga a los distintos títulos un juego desigual: la culpa tiene una eficacia general y constituye la regla de cierre del sistema; el riesgo y el sacrificio son títulos de imputación puntuales que exigen expresa previsión normativa. Los tres responden a razones de justicia conmutativa, pero no por ello son intercambiables o “móviles” en su rol sistemático.

Uno de los supuestos donde la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo viene descartando la aplicación de cualquier tipo de responsabilidad de carácter objetivo es la responsabilidad médica. En primer lugar, SEIJAS lamentó la transferencia de competencia a favor del orden contencioso-administrativo en todos los supuestos de concurrencia de sujetos privados y públicos en la producción del daño. A su juicio, el orden jurisdiccional civil jugaba un papel positivo en estos casos.

En cuanto al contenido de la responsabilidad del personal sanitario, el ponente expuso los criterios que viene utilizando la Sala 1ª del Tribunal Supremo. En este sentido, recordó que la responsabilidad por acto médico es de tipo culpabilístico. Tanto la culpa como la relación de causalidad deben ser probadas por el paciente demandante. De hecho, el Tribunal Supremo sólo ha matizado esta declaración general en supuestos excepcionales. Así, en los casos de responsabilidad médica contractual en los que se asume una obligación de resultado en una concreta actividad quirúrgica reparadora o perfecta. También se matiza esta



declaración general en la hipótesis de “daño desproporcionado” sufrido por el paciente. En tal supuesto puede operar una suerte de inversión de la carga de la prueba que, de todos modos, no puede dar lugar a responsabilidad si se acredita que el perjuicio sufrido por el demandante no se debió a la negligencia del personal sanitario en la actuación realizada. Por lo tanto, la responsabilidad por acto médico es eminentemente culpabilística, descartándose cualquier título de imputación objetiva.

La diligencia exigible en este régimen de responsabilidad subjetiva se identifica con la llamada *lex artis ad hoc*, que obliga a valorar la técnica general requerida para tratar el padecimiento sufrido, la clase de intervención que se realiza, el objeto sobre el que recae, pero también exige valorar las circunstancias especiales que individualizan esa genérica diligencia en el caso concreto.

Para SEIJAS ha de diferenciarse esta responsabilidad subjetiva por acto médico de la responsabilidad de apariencia objetiva fijada en los artículos 26 y 28 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. La tesis del magistrado –que ha expresado en sus ponencias sobre el tema, como acredita la reciente sentencia 12/2009, de 23 de enero (JUR 58517)– es que el citado precepto no es aplicable a actos médicos sino a los “aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios ajenos a la actividad médica propiamente dicha” que causan un daño efectivo al paciente y que pueden dar lugar a responsabilidad del centro hospitalario o de la mutua si el servicio prestado no cumple las exigencias reglamentarias o no alcanza los niveles garantizados de “pureza, eficacia o seguridad en condiciones objetivas de determinación”. Pero aun en estos supuestos, el incumplimiento de un determinado estándar asistencial exigible al centro médico no es presupuesto suficiente de la responsabilidad pues en todo caso será imprescindible la prueba de la relación causal con el daño.

En definitiva la responsabilidad del personal sanitario por los actos médicos queda sujeta a un sistema de responsabilidad subjetiva basado en la *lex artis ad hoc* como baremo específico que sustituye en este campo concreto al general relativo a la diligencia del buen padre de familia. En estos casos, evidentemente, existe responsabilidad del centro hospitalario por el comportamiento culpable del auxiliar conforme al artículo 1903 CC. Pero este régimen de responsabilidad es distinto del sistema objetivado de los artículos 26 y 28 LGDCU por los “servicios sanitarios”, pues este se refiere a aspectos ajenos a la actividad médica en sentido estricto.

## **5. Conclusión: un paso más hacia una nueva cultura valorativa.**

Espero que las líneas precedentes den una idea de los contenidos fundamentales tratados en el Colegio de Abogados de Granada el pasado 12 de marzo.

A mi entender, la IV Jornada de Valoración del Daño Corporal cumplió plenamente los objetivos propios de un acto de esta naturaleza. Hay que felicitar a los organizadores por ello. Pero en nuestras manos está que supere ese listón. Lo dijo Mariano MEDINA en un determinado momento: un acto como el celebrado es una oportunidad idónea para dar inicio una nueva cultura valorativa. Abogados, jueces, fiscales, forenses y cuantos profesionales estamos dedicados a la realización de la justicia a través del Derecho tenemos algo que aportar para contribuir a ese fin. Acaso debemos marcarnos un objetivo aparentemente modesto: que los conceptos resarcitorios que son elementales para los juristas y los tribunales de nuestro entorno cultural no se vean postergados o ignorados en España por nuestra incuria. En la intensa Jornada del mes de marzo cuyo desarrollo acabo de narrar se ofrecieron interesantes herramientas con las que afrontar este reto.