

nº 43

Tercer Trimestre. Año 2012



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
ABOGADOS  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

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

**Infracción, daño moral y atribución de riesgos. A propósito de la evolución jurisprudencial sobre la RC por falta de información al paciente**

---

**La concurrencia de seguros en los ramos de multirriesgos**

---

**La responsabilidad civil en la Ley de Propiedad Horizontal**

---

**Breve análisis de la reclamación de daños sufridos en accidentes de circulación en España por alemanes ante los juzgados de su país**

---



# 50 ANIVERSARIO DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR

Organiza:



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
ABOGADOS  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO



Colabora:



**Información:** [www.inese.es](http://www.inese.es) / [www.rbi.es](http://www.rbi.es)

**Inscripciones:**

**MADRID.** C/ Albarracín, 34. 28037 MADRID  
TLF.: 913 755 814. [ineseformacion@rbi.es](mailto:ineseformacion@rbi.es)

JORNADA

Madrid, 29 y 30 de Noviembre de 2012



**nº43**

Tercer Trimestre. Año 2012



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

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

# SUMARIO REVISTA Nº 43

## EDITORIAL

50 años de la Ley sobre uso y circulación de vehículos a motor

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

## DOCTRINA

- Infracción, daño moral y atribución de riesgos. A propósito de la evolución jurisprudencial sobre la RC por falta de información al paciente

*Miguel Pasquau Liaño*..... 9

- La concurrencia de seguros en los ramos de multirriesgos

*Nuria García Palacios*..... 21

- La responsabilidad civil en la Ley de Propiedad Horizontal

*M<sup>a</sup> Eugenia Lara Gómez*..... 35

- Breve análisis de la reclamación de daños sufridos en accidentes de circulación en España por alemanes ante los juzgados de su país

*Lutz Carlos Moratinos Meissner*..... 45

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1<sup>a</sup>), de 10 de julio de 2012.

**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Resolución unilateral de la parte compradora del contrato de prestación de servicio. Reclamación por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato de manera unilateral y abusiva. Se concede por nuestro alto tribunal una indemnización de 4.040.910 euros en concepto de daño emergente, rebajando de la condena la cantidad concedida en segunda instancia en concepto de daño moral, al entender que no se ha verificado la imputación objetiva del daño a la entidad incumplidora del contrato..... 51

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1<sup>a</sup>), de 18 de julio de 2012.

**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Se concede indemnización por importe de 360.000 euros en virtud de la póliza que tenía contratada el fallecido con la entidad aseguradora demandada, a pesar de que en la fecha de la realización del cuestionario el mismo no reveló a la aseguradora que estaba siendo sometido a pruebas médicas. Entiende nuestro Alto Tribunal que no existe culpa grave del asegurado, al haberse sometido a estudio médico por la aseguradora antes de la contratación del seguro de vida..... 57

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 19 de julio de 2012.  
**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Acción de repetición ejercitada por la compañía aseguradora frente a su asegurado, en reclamación de las cantidades abonadas a terceros como consecuencia de un siniestro en el que conducía la pareja de este sin estar en posesión del permiso de conducir. Se desestima el recurso al declarar como cláusula limitativa de la póliza suscrita la que determina la exclusión de la cobertura ante el supuesto de que el vehículo fuera conducido por persona que carezca del reglamentario permiso o licencia ..... **63**
  
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 18 de septiembre de 2012.  
**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Responsabilidad decenal del promotor-constructor junto con el resto de intervinientes en la obra, a pesar de que estos agentes hayan sido declarados responsables por cuotas determinadas de la ruina que afectase al edificio. Se determina la responsabilidad solidaria del promotor aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo ..... **69**
  
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 25 de septiembre de 2012.  
**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria por mala praxis médica. Reclamación por la mala aplicación de la *lex artis* en la intervención quirúrgica realizada al producir una lesión del esfínter anal, entendiéndose que existe relación de causalidad entre la episotomía realizada y la incontinencia fecal sobrevenida que le incapacita para su vida laboral y sexual. Se condena a la Administración sanitaria a indemnizar a la paciente la cantidad de 218.035,75 euros ..... **73**

## PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José M<sup>a</sup> Hernández-Carrillo Fuentes ..... **81**

## ENTREVISTA A...

Antonio Raventós Riera

Por M<sup>a</sup> Carmen Ruiz-Matas Roldán ..... **95**

## NOTICIAS

- ➔ Jornada Inese, Madrid, 29 y 30 de noviembre de 2012 ..... **99**
- ➔ II Jornada sobre Responsabilidad Civil y Seguro, Sabadell, 14 de diciembre de 2012 ..... **101**

**EDITA:**

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

**PRESIDENTE:**

*Mariano Medina Crespo*

**DIRECTOR:**

*Javier López y García de la Serrana*

**SUBDIRECTORA:**

*María del Carmen Ruiz-Matas Roldán*

**CONSEJO DE REDACCIÓN:**

*Javier López y García de la Serrana, Mariano Medina Crespo, Andrés Cid Luque, José María Hernández-Carrillo Fuentes, Andrés López Jiménez, Fernando Estrella Ruiz, José Félix Gullón Vara, María Fernanda Vidal Pérez, José Manuel Villar Calabuig, Josep Viella i Massegú, Carmelo Cascón Merino, Isidro Tormos Martínez, 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 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 Paül Velasco, Fernando Reglero Campos (\*), Miguel Pasquau Liaño, Juan Antonio Xiol Ríos y José Manuel López García de la Serrana.*

**DISEÑO:**

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

**IMPRIME:**

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

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

**ISSN 1887-7001**



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

## 50 años de la Ley sobre uso y circulación de vehículos a motor

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

cuencias de los comportamientos, temerarios o no, que contravengan las propias normas de circulación. La redacción de una ley especial dedicada al empeño de configurar un elenco de tipos penales con sus ramificaciones civil y procesal y civil y de aseguramiento, está erizada de dificultades, sobre todo si se pretende obtener, de un lado, la ejemplaridad y rapidez en la sanción penal, así como un pronto y eficaz auxilio a la víctima, y de otro, una completa garantía y seguridad jurídica para el infractor, finalidades todas planteadas en el esquema legal”.

Los objetivos expuestos inspiraron la redacción de aquella ley que ahora cumple medio siglo, y que estaba integrada por cuatro títulos y 54 artículos. El primero de los títulos se dedicaba al ordenamiento penal, pues regulaba el delito de conducción temeraria, la culpa con infracción de reglamentos, la falta de permiso de conducir, la omisión de socorro, el hurto de uso, así como otros tipos penales referidos a la circulación de vehículos, colmando, según reconoce la propia ley, las deficiencias y lagunas de la legislación penal ordinaria con “la novedad técnica de conjugar equilibradamente la objetivación característica de leyes de esta índole, cifrada en el resultado producido y la actitud psíquica de temeridad y peligro, plano subjetivo de tan relevante valor”, poniendo fin a la controvertida forma culposa del artículo quinientos sesenta y cinco del código penal ordinario, vigente hasta ese momento.

Pero esta regulación penal de los accidentes de circulación dentro de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos a Motor no llegó a los cinco años, pues la Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, derogó los 38 primeros artículos de la Ley 122/1962 referidos a la regulación penal y proce-

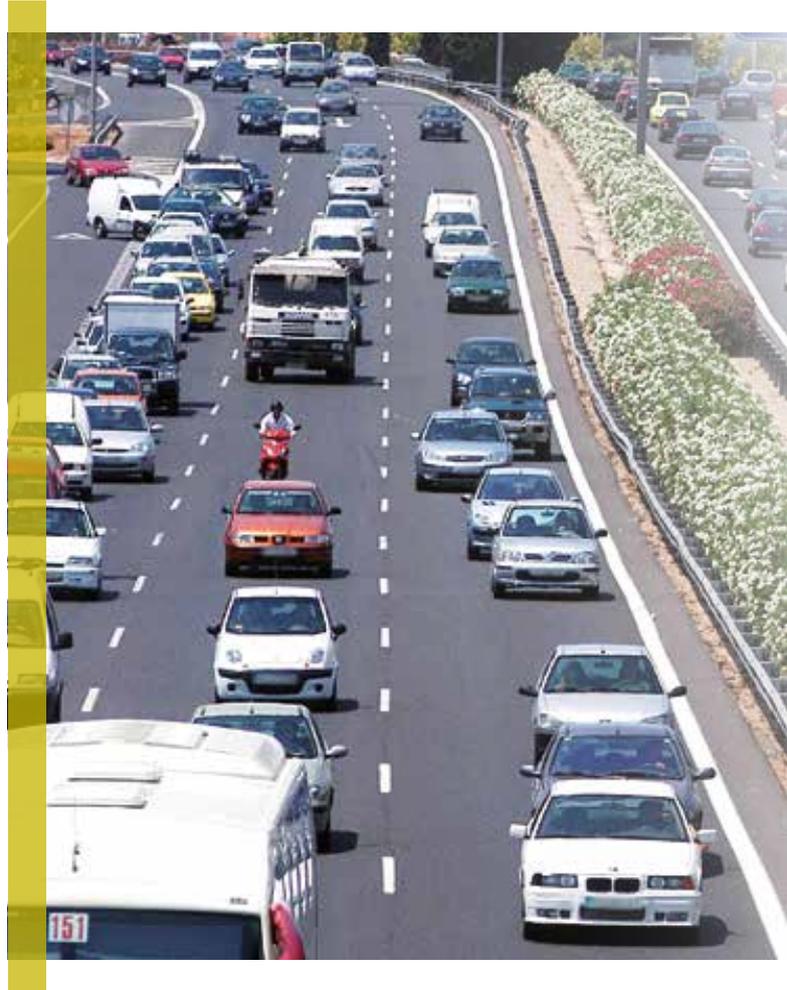
**E**l 24 de diciembre de 1962, es decir, el día de Noche Buena de hace 50 años, se aprobó la Ley 122/1962, sobre uso y circulación de vehículos a motor, comenzando la misma con el siguiente párrafo: “El constante aumento del tráfico, consecuencia del uso, cada vez más frecuente de vehículos de motor; el progreso y perfeccionamiento ininterrumpido de la técnica automovilística y las necesidades de la vida moderna han provocado una situación de hecho que constituye una seria preocupación para los gobiernos de todos los países ante el número de víctimas y daños materiales que ocasiona, en constante progresión, con grave quebranto para la seguridad de las personas y la economía nacional”.

Según la exposición de motivos de esta Ley 122/1962, “no basta una perfecta regulación gubernativa, tendente a prevenir tales hechos, mediante un cúmulo de normas precisas y bien calculadas, si su destinatario hace caso omiso de ellas o temerariamente las desprecia, a sabiendas del riesgo que corre y en el que coloca a sus semejantes”. Con esa frase venía a justificar el siguiente párrafo: “A la política criminal compete la tarea de incardinar en reglas jurídicas, preventivas y represivas, las actitudes y conse-

sal penal de los hechos de la circulación, lo que motivó que en la disposición adicional tercera de esta Ley 3/1967, se obligara al Gobierno a publicar un texto refundido con los pocos artículos que continuaban vigentes de la Ley de 1962, en el que debía de incluirse las disposiciones introducidas en la disposición adicional segunda de la Ley 3/1967 para la creación de título ejecutivo en diligencias preparatorias llevadas a cabo en el proceso penal, lo que se llevó a cabo mediante el decreto 632/1968, de 21 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre uso y circulación de vehículos a motor.

Este texto refundido de 1968, de sólo 19 artículos, empezaba con el que fuera el antiguo artículo 39 de la Ley 122/1962, que daba comienzo al Título III que regulaba la responsabilidad civil y el seguro obligatorio, convirtiéndose de esta forma dicho artículo en el artículo primero de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículo a Motor: “El conductor de un vehículo de motor que con motivo de la circulación cause daño a las personas o a las cosas estará obligado a reparar el mal causado, excepto cuando se pruebe que el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado, o fuerza mayor extraña a la conducción, o al funcionamiento del vehículo. No se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos de este ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos”. Por tanto vemos que fue en esta Ley de 1962 donde se crean figuras jurídicas, tan relevantes que han llegado hasta nuestros días, como es la fuerza mayor extraña a la conducción, la acción directa contra la aseguradora, no así el título ejecutivo basado en las diligencias llevadas a cabo en el proceso penal, que se crea en la disposición adicional segunda de la Ley 3/1967 y se incorpora como artículo 10 de la Ley sobre uso y circulación de vehículos a motor en el decreto 632/1968, de 21 de marzo.

La exposición de motivos de la Ley 122/1962 también establecía como principio el resarcimiento inmediato de los daños y perjuicios sufridos por la víctima, especificando que dicho resarcimiento inmediato “se busca a ultranza, pero en su propio campo y con pleno fundamento jurídico, como algo que brota espontáneo y fluido de una de las fuentes de las obligaciones, la Ley, en función al riesgo que implica el uso y circulación de vehículos a motor”. Asimismo decía que “no se ha dudado en admitir la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil, hoy implantado en la casi totalidad de los países; pero teniendo en cuenta que la técnica de incriminación establecida en el ordenamiento penal elimina todo temor de que la póliza de seguros pueda debi-



litar en el conductor los frenos inhibitorios de la cautela; el seguro está creado para la protección de la víctima y no del culpable”. Por tanto, estamos ante una Ley que cumple 50 años, pero que tiene una tremenda actualidad.

El texto refundido de la Ley 122/1962 sobre uso y circulación de vehículos de motor, aprobado por el Decreto 632/1968, ha sido objeto a lo largo de su vigencia de variadas y profundas modificaciones, así, el Real Decreto Legislativo 1301/1986, de 28 de junio, por el que se adapta el texto refundido de la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor al ordenamiento jurídico comunitario, que posteriormente fue derogado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, dio nueva redacción al título I del texto refundido de la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor, aprobado por el Decreto 632/1968, de 21 de marzo, con el fin de adecuar su contenido a la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, modificada por la Directiva 72/430/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, y a la Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, relativas

al aseguramiento de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (Primera y Segunda Directivas del seguro de automóviles).

La Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados, introdujo pequeñas modificaciones en el título II de la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor, que afectaron a sus artículos 6, 12, 14, 16 y 17, y derogó su artículo 13.

La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, incorporó al derecho español las normas contenidas en una serie de directivas comunitarias, entre ellas, la Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (Tercera Directiva del seguro de automóviles). Esta Tercera Directiva ampliaba el sistema obligatorio de cobertura en un seguro muy sensible socialmente, dada la importancia creciente de la circulación de vehículos a motor, así como de las responsabilidades derivadas de los accidentes ocasionados con su utilización. El régimen de garantías contenido en la norma comunitaria suponía que, en el ámbito de los daños a las personas, únicamente los sufridos por el conductor quedaban excluidos de la cobertura por el seguro obligatorio; que la prima única que se satisface en todas las pólizas del seguro obligatorio cubre, en todo el territorio del Espacio Económico Europeo, los límites legales de aquél con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que se ocasiona el siniestro o, incluso, la del estacionamiento del vehículo, cuando estos límites sean superiores; que en ningún caso puede condicionarse el pago de la indemnización por el seguro obligatorio a la demostración de que el responsable no puede satisfacerla; y, finalmente, que las personas implicadas en el accidente puedan conocer en el plazo más breve posible la entidad aseguradora que cubre la responsabilidad civil del causante.

Todos estos aspectos se incorporaron a través de la profunda modificación que la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, llevó a cabo en el título I de la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor, reorganizándolo íntegramente, de modo que respondiera al conjunto de las tres direc-

tivas que han sido adoptadas en este seguro. Además, con el objeto de clarificar su ámbito y resaltar la importancia de los cambios introducidos, modificó su denominación, que pasó a ser la **Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor**.

Fuera ya del marco de adaptación a la normativa comunitaria, la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, incorporó a la ya Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor un anexo con el título de Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en el que se recoge el sistema legal de delimitación cuantitativa del importe de las indemnizaciones exigibles como consecuencia de la responsabilidad civil en que se incurre con motivo de la circulación de vehículos a motor, al que coloquialmente se conoce como 'Baremo'. Finalmente, se añadió a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor una disposición adicional relativa a la mora del asegurador.

La adopción de la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE del Consejo (Cuarta Directiva sobre el seguro de automóviles), exigió la modificación de una serie de normas legales, entre ellas, nuevamente la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

La directiva tiene como objetivo remover las lagunas existentes en lo que se refiere a la liquidación de siniestros en los casos de accidentes de circulación ocurridos en un Estado miembro distinto al de residencia del perjudicado, y son tres los mecanismos que prevé para cumplir la finalidad comentada: la figura del representante para la tramitación y liquidación de siniestros en el país de residencia del perjudicado, la figura de los organismos de información y la figura de los organismos de indemnización.

Tal modificación se llevó a cabo por el artículo 33 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero. Dicho precepto modificó el artículo 8 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y le adicionó un nuevo título, el título III, De los siniestros ocurridos en un Estado distinto al de residencia del

perjudicado, en relación con el aseguramiento obligatorio.

Además, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, modificó en su artículo 11 la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, para recoger las nuevas funciones del Consorcio de Compensación de Seguros como liquidador de entidades aseguradoras, al haber sido suprimida por su artículo 10 la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras y pasar sus funciones, patrimonio y personal a ser asumidos por el Consorcio desde su entrada en vigor.

Más recientemente, la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, había reformado la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Las modificaciones introducidas afectan a su artículo 3, para agilizar determinados aspectos del procedimiento para sancionar el incumplimiento de la obligación de asegurarse; a su artículo 8, para otorgar garantía indemnizatoria al perjudicado residente en España con independencia del Estado de estacionamiento habitual del vehículo que, circulando sin seguro, causa el accidente; y la tercera y última modificación tiene por objeto la modificación de la tabla VI del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que figura como anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Junto a las reformas anteriormente citadas, ha de considerarse la existencia de otras normas, con incidencia en el contenido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Así, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, declaró derogados sus artículos 17 y 18 y modificó su disposición adicional. La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó su artículo 1.4, a fin de precisar que no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó su artículo 3, relativo a las consecuencias del incumplimiento de la obligación de asegurarse.

Por otra parte, dado el tiempo transcurrido desde la aprobación del texto refundido de 1968, resultaba necesario adecuar las referencias y contenido del articulado al ordenamiento

jurídico vigente en la actualidad. Era el caso de las referencias al Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, a las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, entre otras, lo que debería llevarse a cabo mediante un nuevo texto refundido. Texto que también debería 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 fuera la culpa relevante del causante del hecho decisivo.

Por todo ello se dicta el Real Decreto Legislativo 8/2004 que tiene por objeto la aprobación de un nuevo 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 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 privados. La delegación incluía la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que habían de ser refundidos, tal y como así se hizo.

Posteriormente a este texto refundido de 2004, tuvo lugar una importante reforma del mismo mediante la Ley 21/2007, de 11 de julio, que viene a establecer, entre otras nuevas regulaciones, la figura de la oferta motiva, o respuesta motivada en caso contrario, dejando sin contenido 5 artículos y modificando el inciso sexto del apartado primero del Anexo, en el sentido de fijar que los gastos de asistencia médica y hospitalaria serán abonados sólo hasta la sanación o consolidación de secuelas.

En conclusión, creo que por todo lo referido se hacía oportuno celebrar el aniversario de esta importante Ley que ha regulado durante cincuenta años la responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, para lo cual hemos organizado junto con Inese una Jornada, que tendrá lugar los próximos días 29 y 30 de noviembre y de la que tienen cumplida información en el apartado de noticias de esta revista, donde analizaremos algunos de los puntos más relevantes y controvertidos de dicha ley, así como su anunciada reforma.

*Octubre 2012*

## Infracción, daño moral y atribución de riesgos. A propósito de la evolución jurisprudencial sobre la RC por falta de información al paciente

**Miguel Pasquau Liaño**

Magistrado de la Sala Civil-Penal del TSJ de Andalucía  
Profesor Titular de Derecho Civil de la UGR

### I. No es por insistir...

No es por empecinamiento por lo que vuelvo a reflexionar sobre un aspecto de la responsabilidad civil derivada exclusivamente del incumplimiento del deber de información adecuada al paciente como presupuesto de la obtención de un consentimiento informado. Creo que tiene sentido explicar que no lo hago por empeño personal, sino atendiendo a una elegante sugerencia del director de esta revista. Verán por qué digo que fue una elegante sugerencia.

Traté sobre esta cuestión en una ponencia del último Congreso nacional de la Asociación de abogados de responsabilidad civil y seguro, en Cádiz, donde defendí, entre otras cosas que quedaron escritas en el Libro de ponencias, que la infracción del deber de información adecuada ha irrumpido desordenadamente en el sistema de responsabilidad civil de médicos y profesionales sanitarios. Subrayo la expresión 'desordenadamente', porque mi crítica no iba dirigida

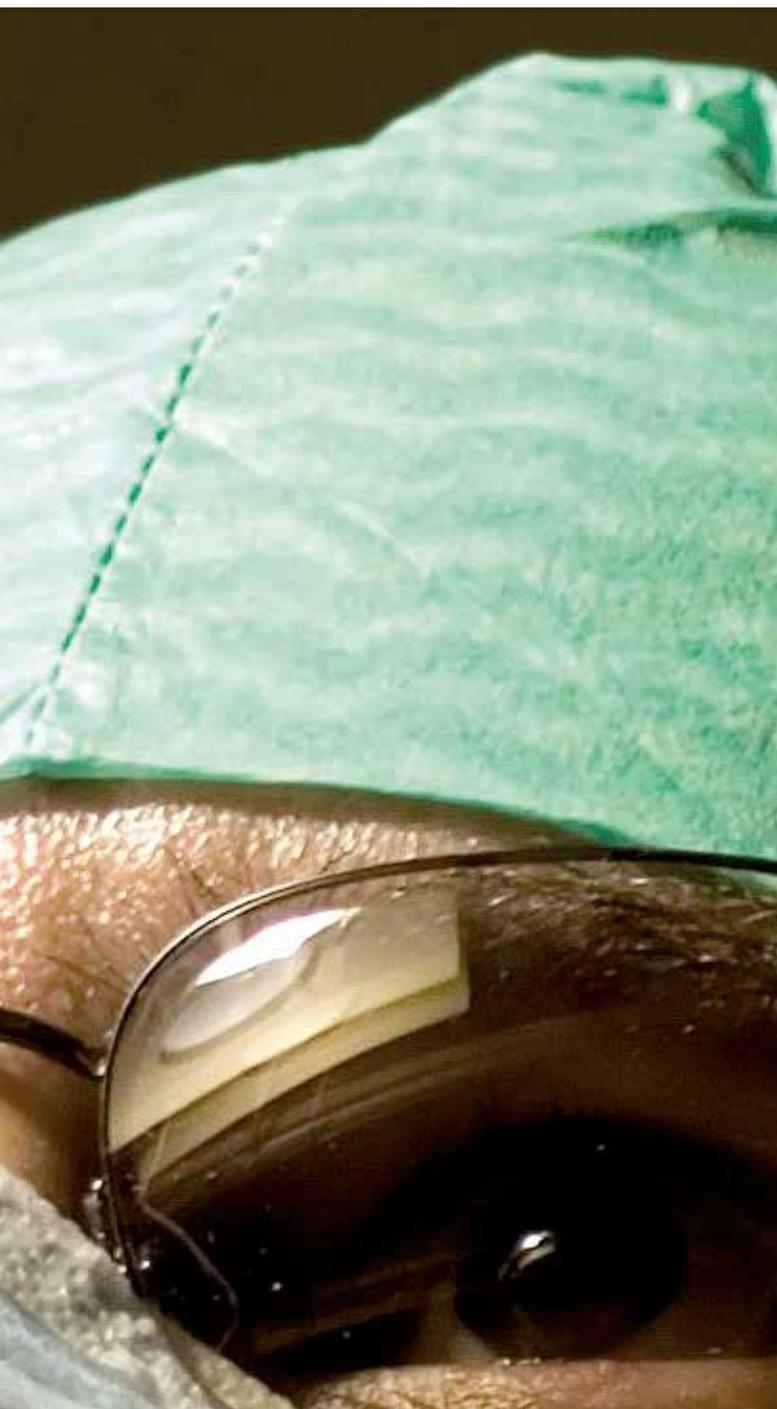
al hecho de haber dado entrada a este supuesto nuevo de responsabilidad, sino a que su consagración como caso típico de responsabilidad no ha venido precedida de un ajuste serio con los elementos de la dogmática de la responsabilidad civil: la imputación, el nexo causal y la misma noción de daño indemnizable. Pero tal desajuste no es un problema menor, ni tampoco un mero problema teórico para eruditos. Tiene que ver nada más y nada más que con el fundamento: no tenemos todos, desde luego, la misma respuesta a la pregunta “¿por qué debe responder el médico (o el hospital, o la aseguradora)?” en los casos a los que aludimos. Suele ser así: cuando un nuevo concepto o interés no está sujeto por la dogmática, cuando no está claro su fundamento, corre el riesgo de andar por libre y ello suele producir un impacto de desorganización. La reacción no debe ser ni encapsular el nuevo concepto como “cuerpo extraño” para después expulsarlo defensivamente del sistema, ni tampoco dejar que el desorden se haga fuerte y resistente a las defensas de nuestro sistema jurídico: habrá que trabajar para poner cada cosa en su sitio.

El deber de información al paciente no es una moda ni un capricho del legislador, sino una lógica exigencia de un derecho con rango de fundamental (la autodeterminación personal, la integridad corporal y el derecho a la salud), y por tanto es expresión de un avance del ordenamiento jurídico en el proceso de protección civil de los derechos de la personalidad que ha de tomarse en serio. Ello justifica que algunas sentencias pioneras y los primeros trabajos publicados enfatizasen su relevancia y le abrieran de par en par la puerta de la responsabilidad civil. Nada tiene de reprochable proteger el derecho a la autodeterminación con las técnicas de la responsabilidad civil; pero es muy importante precisar cuál es exactamente la razón por la que determinados daños que en principio se consideran fortuito, por no deberse a negligencia, y por tanto asignados a quien los sufre (por ejemplo, una grave infección subsiguiente a la disminución de las defensas en un tratamiento contra el cáncer), acaben atribuyéndose al profesional. ¿Es porque la falta de información comporta una negligencia determinante de la producción del daño (consistente en la pérdida de posibilidades de evitarlo?); ¿es una sanción por la infracción de un deber legal, que por sí mismo comporta una lesión -indemnizable- de la dignidad del paciente? Una cosa y otra, culpa e infracción, tienen una amplia zona de intersección, pero no son exactamente lo mismo: la infracción sólo es título de responsabilidad civil si causa un daño, y si el daño acaecido guarda



relación con la razón por la que se impuso el deber o la prohibición infringidos. La negligencia lleva en su propio concepto la conexión entre conducta y daño, porque no es otra cosa sino comportarse de manera diferente a como era exigible a fin de evitar el daño que finalmente se ha causado a otro.

Y justamente el problema sobre el que quiere llamar la atención en aquella ponencia es que con demasiada frecuencia se está tendiendo en los Juzgados y en las Audiencias a sustituir



la (difícil) pregunta sobre si el profesional actuó con la diligencia exigible para evitar el daño por la (fácil) pregunta sobre si informó o no del daño o frustración que finalmente ha padecido el paciente, siendo así que, en mi opinión, la culpa (por mala praxis) debe seguir siendo el centro del sistema, sin perjuicio de las funciones específicas que el deber de información ha de cumplir en relación a la distribución de riesgos pertenecientes al llamado alea terapéutico, es decir, el área de riesgos que no pueden evitarse mediante el empleo de la diligencia exigible a

un profesional de la medicina y que por tanto, salvo que concorra alguna razón especial, han de ser soportados por el paciente.

Centré mi atención en un grupo de casos típicos: aquellos en que se pedía indemnización por una secuela o consecuencia negativa de una intervención médica o quirúrgica realizada sin negligencia o mala praxis, que eran concreción de un riesgo (más o menos frecuente) sobre el que el paciente no había sido advertido o informado con anterioridad a la prestación de su consentimiento. Y sometí a crítica las doctrinas jurisprudenciales que han tendido, por varias vías de fundamento muy dispar, a declarar la responsabilidad civil del profesional o del centro sanitario por la simple razón de que había infringido el deber legal de información, y a calcular la indemnización a cargo del profesional sobre la base del daño corporal o daño a la salud padecido por la víctima, aplicándole un factor de corrección por el hecho de no haber existido mala praxis. La característica común de estas diferentes doctrinas jurisprudenciales es que se es riguroso a la hora de determinar la existencia de responsabilidad (basta con constatar que no se informó sobre la posibilidad de sufrir la complicación o daño que finalmente se produjo), y que se dulcifica después ese rigor en sede de indemnización. Algo que corre el riesgo de incurrir en el vicio del salomonismo jurídico: no sé si debo condenar o no al médico, y por eso lo condeno “sólo un poco”. La técnica de la moderación del daño (artículo 1.103 CC), el recurso a la noción de daño moral autónomo (de apreciación estimativa) y, con técnica más depurada, la doctrina de la pérdida de oportunidades (lo indemnizable es la privación de la posibilidad de evitar el daño, por lo que el montante será mayor o menor en función de una suerte de cálculo de probabilidades sobre si el paciente, de haber sido informado, habría decidido no someterse a la intervención) han suministrado argumentos a los jueces para conceder indemnizaciones equitativas pero desde luego inciertas. Dos tuertos (el médico que tiene que pagar algo, y el paciente que no lo cobra todo), pero ningún ciego.

Frente a esta tendencia, proponía un planteamiento algo más exigente conceptualmente en el que quiero insistir ahora. En mi opinión, por más que no suministrar información expresa sobre un riesgo propio de la intervención sea siempre infracción de un deber legal, sólo hará responsable civilmente al médico o profesional del daño corporal o secuela causado (sin mala praxis) en algunos casos: cuando pueda razonablemente determinarse que el paciente, de

haber contado con la información omitida, se habría colocado al menos en un conflicto de decisión. Es decir: la información no sólo le habría advertido o hecho consciente de lo que podría ocurrirle con la intervención que se propone, sino que lo habría puesto en la situación de tener que tomar una decisión difícil entre dos alternativas posibles y razonables. Una decisión en la que no cabe sustitución, salvo los casos de incapacidad o imposibilidad. En tal caso, es decir, si la información omitida incluye aspectos que requerían una difícil ponderación por el paciente de riesgos y oportunidades, se está obteniendo un consentimiento no lúcido, desinformado, en cuanto que el paciente se ha sometido sin haberlo decidido conscientemente a unos riesgos que (esto es importante) no están cubiertos por el sistema general de responsabilidad (pues por hipótesis no serán imputables a negligencia médica, sino al alea terapéutico), de manera que entonces sí está justificado un desplazamiento de tales riesgos, normalmente asignados al paciente, hacia el médico o profesional que no le suministró los elementos necesarios para tomar esa decisión difícil. Ciertamente que la noción 'conflicto de decisión' es complicada de precisar, y desde luego no puede desarrollarse en este artículo, pero sí parece preciso apuntar que no es una mera invención mía, sino un concepto manejado en otros ordenamientos.

Cuando así sea, es decir, cuando conforme a este criterio el riesgo se atribuya al profesional, éste deberá indemnizar el daño corporal íntegro, sin aplicación de porcentajes o factores de moderación. La razón de esta indemnización íntegra es, en realidad, bien fácil de comprender desde la propia dogmática de la responsabilidad civil: no se trata de hacer esfuerzos para lograr apreciar un nexo de causalidad, aunque de carácter 'porcentual o probabilístico', entre la información omitida y el hecho de padecer la secuela; se trata, más simplemente, de imputar al médico la responsabilidad (íntegra) por los daños causados por caso fortuito, porque nadie tiene competencia para decidir que un tercero se sobreexponga a riesgos relevantes sin responder en caso de que los mismos acaezcan: obsérvese que, en efecto, no hay ningún problema relativo al nexo causal: la secuela se debe a la intervención, y la intervención la ha decidido y/o practicado el profesional médico. El problema está en la razón de ser de la responsabilidad: la omisión del deber de informar no es el punto de arranque de ningún nexo causal, sino que es la razón jurídica que permite extender la imputación de la responsabilidad a los daños producidos no sólo por negligencia, sino también por caso fortuito.

Un viejo artículo, como es el artículo 1.891 CC., nos ayudará más adelante a comprender bien por qué no informar de ciertos riesgos (no de cualesquiera) es una buena razón para hacerse responsable de daños de los que de otro modo no responderías.

Y luego está, por fin, lo del daño moral. Esa otra vía, diferente de la de la imputación probabilística por pérdida de oportunidades (aunque en más de una sentencia se confunden, pues se habla de 'daño moral por pérdida de oportunidades'), que se basa en la idea de que la omisión del deber de información causa, por sí mismo, un daño moral neto, autónomo, diferente del eventual daño corporal subsiguiente a la intervención, en tanto que comporta una vulneración del derecho a la autonomía personal, consistente en el previo conocimiento y aceptación por el paciente de los riesgos a que va a ser sometido. Me refería (y me refiero ahora) a ese grupo de sentencias (mayoritarias en la jurisdicción contencioso-administrativa) que al calcular la indemnización aludían a un daño autónomo de carácter moral que permitía al órgano judicial ofrecer una indemnización equitativa según las circunstancias, con criterios estimativos, y por tanto difícilmente revisables o predecibles. Bien se comprende que se trata de una vía paralela que tiene un fundamento distinto, y que por tanto lleva la discusión a otros terrenos. Y decía que tal doctrina tiene un problema de rango conceptual: si la aceptáramos, tendríamos que sostener en coherencia que, aunque la intervención sea exitosa y no se produzcan los daños sobre los que no se informó, el daño se habría producido igual, por lo que habría que imputar responsabilidad al médico también en esos casos, contra lo que de manera contundente han dicho muchas sentencias, no sólo de la Sala Tercera, sino de la Primera: que si no hay daño para el paciente la falta de información no genera derecho a indemnización y es civilmente irrelevante. Dicho de otro modo: si ya no se trata de ligar causalmente el defecto de información con la secuela sufrida por el paciente (que tampoco se debe a mala praxis), sino de indemnizar por el solo hecho de provocar una intervención médica con vulneración de la autonomía del paciente, entonces ese daño autónomo es independiente del resultado concreto de la intervención, y se producirá incluso en caso de intervenciones exitosas y corporalmente beneficiosas para el paciente. ¿O no?

Por eso, concluía, no es posible fundar la responsabilidad civil por defecto de información en la figura 'comodín' del daño moral, sin perjuicio de los casos en que, en efecto, más allá

del hecho en sí de no haber recibido información, se pruebe que ello ha causado un verdadero perjuicio no patrimonial (como podría ser el sufrimiento causado por la decepción al no obtener el resultado satisfactorio con el que, por desinformación, se contaba como seguro, o por no haber podido tomar las medidas y decisiones adecuadas en previsión del riesgo con el que no se contó, etc.). Sin daño no hay responsabilidad, y el daño no puede confundirse con el hecho en sí de la infracción de un deber.

Terminada mi intervención, algún asistente al Congreso me preguntó si mantenía esta última opinión después de la STS 13 mayo 2011, de la que contó el supuesto de hecho y la solución dada por el Tribunal. Respondí de manera improvisada, pero después otro asistente aludió a la STC 28 marzo 2011, que al parecer iba en sentido similar.

Es evidente que el director de esta revista, que asistió a la ponencia, se dio cuenta de que el ponente no conocía las sentencias mencionadas. Esas cosas pasan a veces: en el caso de la STS 13 mayo 2011 fue porque en todo su texto no se utiliza la expresión “consentimiento informado”, que fue la utilizada para el buscador de jurisprudencia al preparar la actualización de la ponencia. El caso es que el director, lejos de incidir en esa laguna del ponente, se reservó para tratarlo después en privado. Con elegancia, me suministró el texto de ambas sentencias y alguna bibliografía y me dio su opinión sobre las mismas, en la que creí advertir una también elegante crítica a mis planteamientos, que consideraba excesivamente restrictivos para la protección de la autonomía del paciente. Intercambiamos algún correo electrónico sobre el particular, y finalmente me propuso repensar en esta revista mis planteamientos a raíz de lo dicho por tales sentencias.

Y aquí me tienen, obediente, cumpliendo el encargo.

## II. La STC 37/2011, de 28 de marzo

Juzgado de Primera Instancia y Audiencia Provincial desestimaron una demanda de responsabilidad civil dirigida contra la empresa aseguradora de los médicos que realizaron un cateterismo al demandante, dejándole la secuela de la pérdida total de funcionalidad en la mano derecha. Ambos órganos judiciales dejaron sentado como hecho probado que la secuela es un riesgo propio de la intervención llevada a cabo, y que no se debió a mala praxis en su realización. También se consideró probado que

no se dio al paciente información sobre los riesgos del cateterismo a que iba a ser sometido, ni se recabó su autorización. Pero el Juzgado razonó expresamente que “en el presente supuesto, el padecimiento que llevó a urgencias al demandante, el hecho de haber tenido años antes una intervención del mismo tipo y la urgencia relativa de la intervención, sin dejar de lado su edad, llevan a considerar que realmente no se ha privado al demandante de una información esclarecedora previa al consentimiento que dé lugar a la procedencia de ser indemnizado”. La Audiencia Provincial asumió esta argumentación.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo formulado contra estas resoluciones por considerar que las razones esgrimidas para desestimar la demanda derivaban de una interpretación restrictiva del alcance del derecho fundamental a la integridad física (en su modalidad de necesidad de consentimiento informado para ser sometido a una intervención médica) y de una comprensión extensiva de los límites de tal derecho. Dicho de otro modo, al Tribunal Constitucional no le pareció adecuada y suficientemente motivada la conclusión de que no se había privado al paciente de su derecho a una información esclarecedora previa al consentimiento, porque ni podía valorarse a tal efecto el hecho de una intervención anterior similar, ni existía una verdadera urgencia vital impositiva de la información. Ello comporta que tales órganos judiciales habían vulnerado los derechos fundamentales a la integridad física y a la tutela judicial efectiva, al no haberlos aplicado con toda la extensión e intensidad que le son propias, matizando desde luego el Tribunal Constitucional que no se pronunciaba, por no ser de su competencia, “sobre si procedía o no reconocerle la indemnización reclamada”.

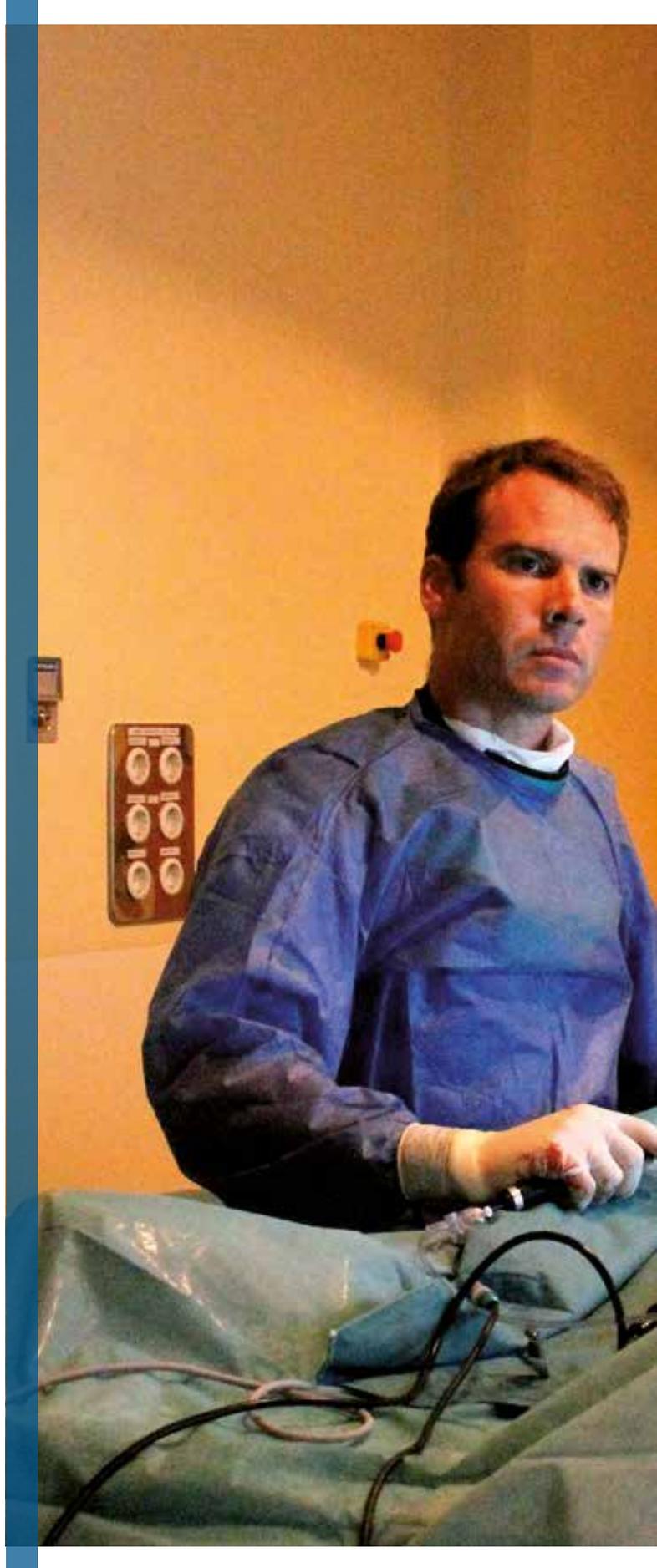
La sentencia no llega a decir que se produce daño indemnizable aunque no se cause secuela corporal (en el caso esa secuela existió: la pérdida de funcionalidad de una mano), pero, por los términos en que se expresa, sí puede ser invocada a favor de la tesis de que en cada caso en que no se informe adecuadamente al paciente antes de obtener su consentimiento para una intervención médica se está vulnerando su derecho fundamental a la integridad corporal, lo que de alguna manera (que no se precisa) debe tener reflejo en la sentencia que se dicte. También puede servir esta sentencia para interpretar en términos exigentes la expresión ‘información adecuada’, en cuanto que sólo estará justificada la omisión de determinada información en los casos legalmente establecidos, al tratarse

de limitación de un derecho fundamental. Por último, y como anula las sentencias que habían desestimado la demanda, puede ser invocada como argumento a favor de que cada vez que se considere vulnerado el derecho a recibir información adecuada, el paciente tiene derecho a una indemnización, cualquiera que sea. La mera infracción, pues, sería título de responsabilidad civil.

Sin pretender discutir la autoridad de esta sentencia, no puedo desde luego ocultar una duda que me suscita la lógica de la que parte. Esta lógica es la siguiente: toda infracción de un deber legal impuesto para preservar un derecho comporta correlativamente un daño indemnizable, al menos si el derecho a preservar es un derecho fundamental. Es decir, la infracción comporta inmediatamente responsabilidad civil, porque ya está, por sí misma, afectando al derecho protegido por la prohibición, y por tanto genera la obligación de indemnizar. Y digo que me suscita duda porque, desde luego, semejante afirmación contrasta con lo que se desprende de una dogmática bien asentada en materia de responsabilidad civil, según la cual la infracción sólo es título de imputación cuando se produce el daño para cuya prevención precisamente se impone el deber infringido: si el bien jurídico solo se ha puesto (indebidamente) en peligro, no surge responsabilidad civil, sin perjuicio de otras sanciones diferentes.

Algunos ejemplos pueden ser útiles.

- a) La infracción de normas de seguridad en el trabajo, dispuestas para proteger el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física de los trabajadores, no da lugar a indemnización si no hay accidente: sin accidente cabe responsabilidad administrativa y penal (art. 316 CP), pero no indemnización; y no creo que fuese aceptable decir que los trabajadores han sufrido en todo caso un daño moral consistente en el derecho a trabajar en condiciones seguras. Es más: aún habiendo accidente, sólo se genera responsabilidad civil si puede apreciarse que la adopción de las normas de seguridad habrían evitado el daño. Infracción no es igual a indemnización.
- b) La conducción temeraria vulnerando normas de tráfico no genera responsabilidad civil si no causa accidente: pone en peligro a los demás, y desde luego absorberá cualquier incidencia de tráfico que pueda producirse con motivo de su conducta, pero si no hay accidente, no hay responsabilidad. Igual-





mente, una infracción de tráfico cualquiera no supone obligación de indemnizar cualquier daño que no se hubiese producido de no darse tal infracción, sino que sólo comporta responsabilidad por los daños que la norma infringida pretendía preservar: así, si aparco en lugar reservado a carga y descarga, y un niño que va patinando por la acera cae y se estrella contra mi automóvil, no estaré obligado a indemnizarle por las lesiones que sufran, pese a que yo sea un infractor, y pese a que de no haber aparcado en ese lugar indebido el niño no hubiese sufrido las lesiones: la razón de la prohibición de aparcar no guardaba relación alguna con la seguridad de los que transitan por la acera.

- c) No se puede obligar a los empleados a trabajar en domingo. Pero si se infringe la norma y, en domingo, fallecen varios empleados como consecuencia de la explosión de un polvorín ubicado en la finca contigua, el empleador infractor no es responsable de las muertes, por más que éstas no se habrían producido si se hubiese respetado la prohibición.
- d) La comercialización de un fármaco defectuoso capaz de causar daño sólo obliga a indemnizar a la víctima que sufrió el daño, pero no a quien estuvo expuesto a sufrirlo y no lo sufrió.

Por ello, en mi opinión, no cabría imputar responsabilidad al médico que practica un cateterismo sin informar de sus riesgos si, por fortuna, ese cateterismo cura la afección para la que estaba indicado y no deja ninguna secuela, por más que haya obrado indebidamente. El Tribunal Constitucional ha dicho que el médico infringió el deber de información al paciente, y por tanto vulneró su derecho a la autonomía personal. Pero para que ello comporte un deber de indemnizar es preciso, en mi opinión, algo más:

- a) en primer lugar, que el daño en la mano de cuyo riesgo no se informó, se produzca en realidad (esa condición sí se daba en el caso contemplado por la sentencia);
- b) en segundo lugar, que pueda establecerse que el conocimiento de pérdida de funcionalidad en una mano hubiese podido hacer dudar al paciente, por existir alternativas razonables, sobre si someterse o no al cateterismo en aquel momento y en aquel lugar. Lo que, por cierto, sólo podría ser determinado por un juez ordinario, y no por el Tribunal Constitucional.

No debería ser necesario, pero por si acaso, quiero aclarar que no defiendo que el médico sólo deba informar de aquellos riesgos tan relevantes que puedan poner al paciente en un conflicto de decisión. Debe informar, debe explicar, debe prevenir de mucho más, y si no lo hace no está respetando el derecho del paciente. Lo que sí digo es que para que resulte obligado a indemnizar por la secuela o daño corporal de cuyo riesgo no ha informado, ha de ser de entidad suficiente como para potencialmente afectar a la decisión de someterse o no a la intervención. Y que si así fuere, entonces ha de responder por el valor total de la secuela o daño.

### III. STS 13 mayo 2011

Pero luego llega esta otra interesante e importante sentencia, en la que de manera expresa el Tribunal Supremo afirma que, aún en los casos de ausencia total de daño corporal, la intervención quirúrgica no precedida de consentimiento informado genera obligación de indemnizar un daño moral.

Recordemos el supuesto. Resultó probado que la paciente, aquejada de una patología en la rodilla, se sometió voluntariamente, previa información suficiente, a una intervención sobre el menisco ('menisectomía artroscópica'). Durante el transcurso de la misma se comprobó que el menisco no estaba afectado, por lo que, sobre la marcha, y sin obtener nuevo consentimiento del paciente, se optó por otra intervención diferente considerada "de menor entidad", y consistente en seccionar y extraer la plica medial o interna. La intervención no tuvo éxito, puesto que no puso fin a las dolencias de rodilla de la paciente (este dato es importante, como veremos), sin que tampoco quedara probado que tal intervención hubiese producido secuelas específicas o un agravamiento del estado de la paciente. Digamos que quedó como estaba.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda (en la que se reclamaba una indemnización de 180.000 euros) porque no apreciaron la existencia de nexo causal alguno entre la intervención no consentida que se practicó y las lesiones por las que la actora reclamaba indemnización. Es decir, no se recabó el preceptivo consentimiento de la paciente, pero tal infracción no fue causa de ningún daño.

El Tribunal Supremo casa la sentencia sobre la base de este argumento fundamental:

"Se trata de una intervención que en ningún caso debió realizarse sin antes comprobar que el paciente había sido previamente informado, y que le ha generado un daño por el que debe ser indemnizado. No es el daño que resulta de la intervención programada, puesto que no se produjo, sino el daño que resulta de la que sí se llevó a cabo con la que no sólo no logró mejorar sus dolencias en la rodilla, sino que se le privó de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, puesto que ninguna información hubo respecto de una actuación médica que desconocía". Y añade: "La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo (...) Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho a la autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad".

Como conclusión cuantificó el daño en la cantidad de 30.000 euros.

A fin de medir la importancia de esta sentencia en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad civil por intervenciones médicas sin previo consentimiento informado, es preciso matizar en primer lugar que en el caso contemplado lo que faltó no fue una información adecuada, sino el consentimiento en sí por parte del paciente a la intervención concreta a la que se le sometió, lo que permite afirmar que la intervención sí comporta por sí misma un daño corporal, pues una intervención quirúrgica no consentida equivale a una lesión (no al derecho de autodeterminación, sino al cuerpo). Así, la sentencia podría entenderse del siguiente modo: lo que se indemniza es el hecho de haberse sometido sin consentimiento a una intervención (sección y extracción de la plica medial o interna y liberación del alerón o retináculo rotuliano externo) que no obtuvo ningún resultado positivo. Ignoro si el montante de la indemnización (30.000 euros) es equivalente al valor biológico de la plica medial y al padecimiento inherente a la intervención llevada a cabo, pero sí entiendo que cualquier intervención quirúrgica no autorizada supone, por sí misma, un daño (no moral, sino corporal) que será indemnizable a menos que la intervención haya resultado beneficiosa para el estado de salud del paciente. Dicho de otro modo: en los casos de operación no consentida, el cirujano asume como mínimo el riesgo de que la intervención no sea exitosa y resulte, por tanto, un padecimiento inútil para el paciente.

Lo que no me parece posible deducir de esta sentencia es que en todo caso de falta de consentimiento informado (por tanto, también cuando hay consentimiento, pero no se recibió una información completa o adecuada), el paciente tiene derecho a una indemnización por daño moral con independencia de que se produzcan o no daños corporales. Y no puede deducirse, entre otras cosas, porque el Tribunal Supremo, en sentencia redactada por el mismo Magistrado Ponente siete días después (STS 20 mayo 2011), afirmó lo que ya había dicho antes y siguió diciendo después: que “la denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica, es decir, no genera responsabilidad civil”.

¿Son sentencias incompatibles? ¿Se contradice el Tribunal Supremo?

Claro que no. Lo afirmado en esta última STS 20 mayo 2011 ha de seguir considerándose la regla general: la falta de información al paciente sobre un riesgo o sobre una alternativa no comporta por sí mismo un daño (moral) indemnizable. La mera infracción del deber de informar no aglutina en sí mismo todos los elementos de la responsabilidad: la culpa, la causa y el daño. Exponer al paciente a un riesgo sobre el que no se le ha informado es una conducta negligente, pero para que nazca responsabilidad es necesario algo más: hace falta un daño ligado causalmente a esa negligencia. No un daño conceptual (lesión del derecho a ser informado) sino real: patrimonial, corporal o moral, pero real. Ese daño (STS 13 mayo 2011) puede ser la operación en sí misma, cuando no ha resultado exitosa. Pero nunca cabrá una condena de responsabilidad médica si la intervención ha alcanzado el fin terapéutico perseguido y no se han producido secuelas imprevisibles.

En definitiva, entiendo que es conceptualmente cierto que toda infracción del deber de informar adecuadamente al paciente supone una vulneración de su derecho a la autodeterminación corporal; pero de ahí a decir que automáticamente se causa un daño moral indemnizable, hay un salto lógico que no creo que pueda ampararse en el comodín del concepto de daño moral. El daño moral es algo que hace sufrir a quien lo padece, no es la lesión abstracta de un derecho de la personalidad. Más claro aún: el daño moral es una modalidad de daño, y no la consecuencia conceptualmente necesaria de una infracción.

#### IV. ¿Cuál es, entonces, el fundamento de esta responsabilidad civil?

Conviene, en este punto, volver a la pregunta fundamental. ¿A cuento de qué, por qué razón un médico que no ha incurrido en mala praxis puede resultar responsable de una complicación o secuela fortuita de la que no informó?

La respuesta puede intentarse desde el prisma de la culpa, desde el de la causa o desde el de daño. En mi opinión, la construcción a mi juicio más acabada en la jurisprudencia no es la de la consideración de la existencia automática de un daño moral (lesión del derecho de autodeterminación corporal) que ha de ser indemnizado estimativamente, sino la de establecer un nexo de causalidad de carácter hipotético o probabilístico entre la falta de información y el daño corporal, a través de la noción de pérdida de oportunidades. Pero, como avancé al principio, creo que la dogmática de la responsabilidad civil cuenta con bases y premisas apropiadas para ubicar este tipo de responsabilidad de manera más segura.

Conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil profesional, los facultativos sanitarios han de responder de aquellos daños que causen en el ejercicio de su profesión interviniendo culpa o negligencia, lo que requiere la identificación de una mala praxis que esté en la base de la producción del resultado dañoso o insatisfactorio. Quedan fuera, por tanto, del círculo de responsabilidad los daños que jurídicamente han de considerarse como no evitables con la diligencia exigible, por tratarse de secuelas o complicaciones típicas, aunque aleatorias. El paciente queda expuesto a esos riesgos y no podrá exigir responsabilidades por los mismos al médico o cirujano, porque al sistema le conviene mantener un criterio de responsabilidad subjetivo en el ámbito de los servicios profesionales sanitarios que se ha mostrado como el más razonable y efectivo.

No obstante, de esos riesgos que pueden causar daños no indemnizables, el paciente ha de estar informado. Y cuando los riesgos son graves (bien por su frecuencia, bien por su entidad), en comparación con los beneficios que pretenden alcanzarse, el paciente ha de asumirlos de manera voluntaria (y bien informada), precisamente porque ningún sistema de responsabilidad civil va a venir en su socorro si tales riesgos se concretan en un daño. Dicho de otro modo: si se trata de intervenciones o tratamientos arriesgados, la exposición a dichos riesgos ha de ser una decisión perso-



nal del paciente en la que no cabe sustitución (salvo, obviamente, incapacidad, imposibilidad o urgencia). Particularmente en el ámbito de la medicina satisfactiva, en la que casi cualquier riesgo para la salud puede considerarse excesivo por cuanto la alternativa no es la enfermedad, sino la incomodidad o el problema estético. De manera que si un médico, cirujano o servicio sanitario expone al paciente a tales riesgos sin contar con su consentimiento consciente, estará tomando una decisión para la que no tiene legitimación, lo que le hará responsable de todo lo desfavorable que pueda suceder, aunque sea sin culpa en el sentido de mala praxis.

Ello no es sino expresión de una regla general, según la cual cuando por propia voluntad se pone a un tercero en una situación de riesgo

Conviene, en este punto, volver a la pregunta fundamental. ¿A cuento de qué, por qué razón un médico que no ha incurrido en mala praxis puede resultar responsable de una complicación o secuela fortuita de la que no informó?



Conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil profesional, los facultativos sanitarios han de responder de aquellos daños que causen en el ejercicio de su profesión interviniendo culpa o negligencia, lo que requiere la identificación de una mala praxis que esté en la base de la producción del resultado dañoso o insatisfactorio

a la que no es seguro que dicho tercero se hubiese expuesto voluntariamente, asume la responsabilidad de que tal riesgo se concrete en un daño, aunque fuere por caso fortuito.

La regla se encuentra en un viejo precepto cuya lógica es evidente. Se trata del artículo 1.891 CC., según el cual

“El gestor de negocios responderá del caso fortuito cuando acometa operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese costumbre de hacer, o cuando hubiese pospuesto el interés de éste al suyo propio”.

Obsérvese que la razón por la que se responde no es por la mera ingerencia en asunto ajeno sin autorización: el gestor oficioso, en los casos generales (dice el artículo 1.889),

asume la obligación de desempeñar su encargo con toda la diligencia de un padre de familia “e indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione”. El gestor, aun sin mandato, responde pues (sólo) por culpa. Pero si la operación acometida sin autorización por el gestor es arriesgada, de manera que se esté produciendo una sustitución en una decisión que, por los riesgos que comporta, sólo el dueño puede tomar, entonces el gestor asume esos riesgos a los que indebidamente ha expuesto al dueño.

La regla equipara al caso de las operaciones ‘arriesgadas’, el de la posposición del interés del dueño al del gestor. No falta traducción a nuestro ámbito de este supuesto: cuando el acto médico no pretende cuidar de la salud del paciente, sino experimentar, probar, deslumbrar o demostrar, y para ello se omite una información que hubiera podido disuadir al paciente, la responsabilidad ha de extremarse, alcanzando a toda consecuencia inesperada (por el paciente) y desfavorable.

No se trata de fundamentar directamente la responsabilidad del médico que no obtiene consentimiento informado (o que lo obtiene sin darle la información relevante para decidir) en el artículo 1.891 CC, puesto que ello nos llevaría a importar de manera voluntarista y forzada las expresiones ‘operaciones arriesgadas’ y ‘que el dueño no tuviese costumbre de hacer’, que son adecuadas a la lógica de los negocios patrimoniales, al ámbito de un derecho de la personalidad regulado legalmente. Estamos aludiendo al viejo precepto para decir que el planteamiento que defendemos está anclado en viejas y buenas razones: cuando lo reprochable es sustituir indebidamente a quien ha de tomar la decisión sobre un asunto propio, se produce una asunción del riesgo, de manera que, en un sistema de responsabilidad subjetiva, tal circunstancia hace que se responda de los daños causados por caso fortuito. El riesgo se asigna al profesional que no dio la oportunidad al paciente de asumirlo conscientemente.

### En conclusión

1. Sin daño no hay indemnización. Y sin sufrimiento no hay daño moral.

2. Si la intervención médica produce, sin mala praxis, una secuela o complicación para la salud, el médico deberá indemnizar íntegramente dicho daño (y no sólo un porcentaje) si no informó correctamente de su posibilidad,

siempre que tal información, por la entidad del riesgo, hubiese colocado al paciente en un conflicto de decisión.

3. Si la información omitida no era relevante desde el punto de vista decisorio (es decir, lo razonable es pensar que cualquier paciente en su situación se habría sometido a la intervención sin conflicto de decisión), la producción del daño corporal sin mala praxis no es como tal indemnizable, si bien es posible una indemnización por los daños (morales y patrimoniales) derivados de la falta de previsiones adoptadas por el paciente no informado, incluyendo la sorpresa y la decepción. Obviamente este daño no puede presumirse, ni debe calcularse estimativamente como un porcentaje de la secuela producida, sino sólo como expresión monetaria de la diferencia que habría entre haber conocido de antemano el riesgo y no conocerlo.

4. Si, pese a haberse infringido el deber de información, la intervención médica no ha producido la secuela de la que no se ha informado, ello no comporta obligación alguna de indemnizar.

5. Una operación quirúrgica practicada sin consentimiento del paciente (o con un consentimiento totalmente viciado por falta de la información más relevante) que, aunque no cause lesiones, secuelas o complicaciones, no obtenga el resultado terapéutico perseguido, comportará la responsabilidad del profesional, quien deberá indemnizar por el importe en que se valore el hecho en sí de la intervención quirúrgica.

6. Pueden, por último, imaginarse supuestos extremos en los que, sin daño corporal alguno, se ha producido una violencia de tal magnitud sobre la libertad del paciente, que pueda calificarse como daño (y entonces, moral). Me refiero a supuestos dolosos en los que se utiliza al paciente, denigrándolo absolutamente en su dignidad, como campo de experimentación de la medicina. La percepción que de sí mismo puede tener el paciente que descubre haber sido objeto de experimentación sí puede considerarse sufrimiento, denigración y por tanto daño. Lo que ocurre es que para tal tipo de casos la respuesta más adecuada es la del Derecho penal, con la consiguiente responsabilidad civil derivada de delito.

Seguiremos, en todo caso, atentos, a la casuística jurisprudencial, pues no hay mejor modo de acabar de componer el panorama en una cuestión tan abierta y compleja.



# La concurrencia de seguros en los ramos de multirriesgos

**Nuria García Palacios**

Abogada

Responsable Unidad de Trámite Judicial y Lesiones del Área de Diversos-Particulares de Generali Seguros

## Índice

### I. Introducción

- A. El artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro, diferencia entre la concurrencia y coaseguro
- B. Finalidad del artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro

### II. Concurrencia de seguros en supuestos particulares

- A. Concurrencia de seguros entre póliza de comunidades y póliza de hogar
  - a) Aplicación por parte de la jurisprudencia de la concurrencia de seguros
  - b) Problemas en cuanto al alcance de la indemnización. Sobreseguro
  - c) Relación entre las acciones ejercitadas al amparo de los artículos 43 y 32 de la Ley de Contrato de Seguro en casos de incendio
- B. Concurrencia de seguros entre el arrendador y el arrendatario

### III. Conclusiones

## I. Introducción

A. El artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro, diferencia entre la concurrencia y coaseguro

Vamos a abordar un tema que cada día preocupa más a los profesionales del derecho, ya que a pesar de la aparente sencillez con la que la Ley de Contrato de Seguro regula esta figura jurídica, la complejidad de las relaciones del sector asegurador en la actualidad, genera multitud de conflictos que, desde mi punto de vista viene determinado por la interpretación sobre la finalidad a que responde dicho precepto legal.

El artículo 32 de la LCS dice: *“Cuando en dos o más contratos estipulados por el mismo tomador con distintos aseguradores se cubran los efectos que un mismo riesgo puede producir sobre el mismo interés y durante idéntico período de tiempo el tomador del seguro o el asegurado deberán, salvo pacto en contrario, comunicar a cada asegurador los demás seguros que estipule. Si por dolo se omitiera esta comunicación, y en caso de sobreseguro se produjera el siniestro, los aseguradores no están obligados a pagar la indemnización.*

*Una vez producido el siniestro, el tomador del seguro o el asegurado deberá comunicarlo, de acuerdo con lo previsto en el art. 16, a cada asegurador, con indicación del nombre de los demás.*

*Los aseguradores contribuirán al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada, sin que pueda superarse la cuantía del daño.*

*Dentro de este límite el asegurado puede pedir a cada asegurador la indemnización debida, según el respectivo contrato. El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que proporcionalmente le corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores.*

*Si el importe total de las sumas aseguradas superase notablemente el valor del interés, será de aplicación lo previsto en el art. 31”.*

Por tanto, los requisitos que la ley exige para que se aplique la concurrencia de seguros, son los siguientes:

1.- Que un mismo tomador, a iniciativa propia, celebre dos o más contratos de seguro con distintas aseguradoras y por lo tanto, sin co-



nocimiento previo y consiguientemente, sin previo reparto de cuotas entre las mismas.

- 2.- Que dichas pólizas cubran los efectos que un mismo riesgo puede producir sobre el mismo interés asegurado, entendiendo por tal interés asegurado, según lo define la doctrina actual, la relación entre un sujeto (el asegurado) y un objeto (el bien asegurado) susceptible de valoración económica.
- 3.- Que las diferentes pólizas, cubran dichos efectos durante el mismo periodo de tiempo.
- 4.- Que la obligación de indemnizar sea simultánea, no sucesiva (en caso contrario no habría concurrencia de seguros).

Es inevitable cuando hablamos de concurrencia de seguros, relacionar el seguro múltiple, también llamado coaseguro impropio, con



el coaseguro, regulado en el artículo 33 de la Ley de Contrato de Seguro, que dice “cuando mediante uno o varios contratos de seguros, referentes al mismo interés, riesgo y tiempo, se produce un reparto de cuotas determinadas entre varios aseguradores, previo acuerdo entre ellos y el tomador, cada asegurador está obligado, salvo pacto en contrario, al pago de la indemnización solamente en proporción a la cuota respectiva.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, si en el pacto de coaseguro existe un encargo a favor de uno o varios aseguradores para suscribir los documentos contractuales o para pedir el cumplimiento del contrato o contratos al asegurado en nombre del resto de los aseguradores, se entenderá que durante toda la vigencia de la relación aseguradora los aseguradores delegados están legitimados para ejercitar todos los derechos y para recibir cuantas declaraciones y reclamaciones correspondan al

asegurado. El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que le corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores”.

A pesar de su evidente relación ambas figuras jurídicas son completamente diferentes en cuanto a presupuestos de aplicación, regulación de las relaciones entre las aseguradoras intervinientes y finalidad de las mismas.

La doctrina mayoritaria se centra, a la hora de diferenciar el coaseguro y el seguro múltiple, en el hecho, evidente por otra parte, del previo acuerdo que media entre las compañías aseguradoras en el supuesto del coaseguro regulado en el artículo 33, distribuyendo entre las mismas el riesgo en base a las cuotas pactadas previamente, y la ausencia de acuerdo previo (e incluso desconocimiento) de las aseguradoras, que caracteriza al seguro múltiple o coaseguro impropio.

Sin embargo, no hay solo una diferencia formal, en cuanto al acuerdo previo o ausencia de acuerdo entre compañías, sino que hay una importante diferencia en cuanto a la realidad que se pretende regular:

- 1.- En primer lugar, en el caso del coaseguro hay un único contrato de seguro, con independencia de que se pueda formalizar en una o varias pólizas de seguro, mientras que en el caso del seguro múltiple, por definición existen varios contratos de seguro, con los problemas que ello conlleva en cuanto a la obligación de la indemnización por parte de cada compañía, especialmente en aquellos supuestos de desconocimiento por parte de la aseguradora que ha hecho frente al pago en primer lugar, tanto de las otras pólizas como de sus capitales.
- 2.- En segundo lugar, en el coaseguro, las cuotas de las que responderá cada aseguradora están pactadas previamente, mientras que en el caso del coaseguro impropio, una vez producido el siniestro, las aseguradoras concurrentes abonarán el siniestro en base a la suma asegurada por cada una de ellas, pudiendo variar la cuota de participación en función de cada suma asegurada.
- 3.- En relación con el punto anterior, se observa que el coaseguro responde a una clara finalidad de las aseguradoras de distribuir el riesgo entre ellas.

¿Pero cuál es la finalidad que persigue el legislador a través del artículo 32?

Se puede plantear la duda de si el interés jurídico que el legislador pretende proteger, es el interés del asegurado, permitiéndole que en caso de siniestro obtenga la indemnización por el valor del interés asegurado, o si es el interés general, regulando situaciones que se producen de hecho en la vida real, pretendiendo evitar un enriquecimiento injusto para el asegurado y/o para las aseguradoras concurrentes.

En función de la interpretación que hagamos de la finalidad que persigue el precepto, el mismo se podrá aplicar por analogía o no a diferentes relaciones jurídicas complejas que se producen cada vez con mayor frecuencia.

#### B. Finalidad del artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro

Según al artículo 3 de nuestro Código Civil, *“1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.*

*2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.*

La interpretación del artículo 32 de la LCS, según el sentido literal de sus palabras, conllevaría su aplicación en muy contadas ocasiones, no tendría una aplicación práctica generalizada ni resolvería la mayor parte de conflictos que actualmente se producen en la sociedad actual, ya que tan solo existiría concurrencia de seguros en aquellos casos en los que un mismo tomador, asegura un mismo interés frente a los efectos que un mismo riesgo pueda ocasionar, durante el mismo periodo de tiempo.

Lo cierto es que, a diferencia del coaseguro, figura muy utilizada en el tráfico mercantil asegurador, pocos son los casos de concurrencia de seguros, en sentido estricto, que se dan en la realidad social actual, al menos en cuanto a los ramos de multirriesgos se refiere, salvo los supuestos de las pólizas sobre bienes hipotecados, ya que además del seguro ‘obligatorio’ de incendio ligado al préstamo hipotecario, el asegurado suele tener otro un seguro con otra aseguradora diferente sobre el mismo continente y contenido.

Por ello, la aplicación de esta figura debería responder a la necesidad de regular las

diferentes situaciones en las que se ven implicadas las compañías de seguros y los asegurados en la actualidad, y por tanto, el artículo 32 debería ser interpretado en relación con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada.

La finalidad de esta norma es, o debe ser, dar respuesta al cumplimiento del principio indemnizatorio que rige el derecho de daños así como evitar un enriquecimiento injusto tanto para el asegurado como para las diferentes aseguradoras que pueden verse implicadas en un siniestro en caso de concurrencia de seguros. Este planteamiento está avalado por numerosas sentencias.

En particular, con gran acierto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, n.º 324/2011 de fecha 7 de junio de 2011, argumenta cual es, a juicio del Ponente, la finalidad de la norma expresada, y no es otra que *“evitar situaciones de sobreseguro que se producirían si el tomador del seguro recibiera una indemnización superior al perjuicio realmente sufrido, lo que daría lugar a una situación anómala que transmutaría la naturaleza del siniestro, el cual dejaría de ser un daño para el asegurado para convertirse en un beneficio para el mismo; lo que se pretende con el precepto es salvaguardar el principio indemnizatorio formulado en el art. 26 de la ley”.*

Efectivamente, en el seguro de daños rige el principio indemnizatorio, principio que según continúa diciendo esta sentencia, tiene una doble vertiente:

- 1.- Por un lado evitar la situación de sobreseguro, en beneficio del asegurado provocándole un enriquecimiento injusto y en perjuicio de los aseguradores;
- 2.- Por otro lado, la obligación de indemnizar por parte de los aseguradores en proporción a sus contratos, evitando, si no indemnizan, un enriquecimiento injusto que les produciría un beneficio y al asegurado un perjuicio.

Y matiza esta sentencia un aspecto que desde mi punto de vista es clave: *“El seguro de daños tiende al resarcimiento completo del daño que efectivamente ha sufrido el asegurado: cualquier distorsión de este claro principio provoca un beneficio y perjuicio injusto en el asegurador o asegurado. Obviamente, si ambos aseguradores se encuentran obligados al pago de los daños, el abono íntegro por parte de uno*

de ellos supondría un enriquecimiento indebido para el otro concretado en el beneficio patrimonial derivado del hecho de no abonar la cantidad a la que está obligado, mientras que tampoco es posible un doble pago ya que entonces se produciría un enriquecimiento del asegurado o del perjudicado. Esto último es, precisamente, lo que se pretende evitar con la solución arbitrada por el artículo 32 de la LCS, proteger el principio indemnizatorio”.

En resumen, según esta sentencia, cuyo argumento comparto plenamente, la finalidad del precepto, lo que el legislador pretende es evitar una situación de enriquecimiento injusto bien para el asegurado en el caso de que se abonara el importe íntegro por parte de cada aseguradora, bien para la aseguradora que no ha pagado cantidad alguna por el siniestro.

El artículo 26 de la ley de contrato de seguro formula el principio indemnizatorio: “*El seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado. Para la determinación del daño se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro*”.

Para las aseguradoras concurrentes, la obligación de pagar la indemnización viene establecida en el propio artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro, en virtud del cual “*el contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas*”.

¿Ahora bien, qué es lo que sucede en aquellos casos en los que se produce un siniestro que causa daños en un mismo riesgo asegurado (utilizando aquí el concepto riesgo asegurado como equivalente al interés asegurado por la póliza), sobre el que existen dos contratos de seguro diferentes cuyas garantías otorgan cobertura a dicho siniestro, vigentes durante el mismo periodo de tiempo, pero cuyos tomadores son diferentes?

## II. Concurrencia de seguros en supuestos particulares

Dentro de los diferentes supuestos en los que se discute la existencia de la concurrencia de seguros y se solicita amparo judicial para se aplique el artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro, son dos:

A. Concurrencia de seguros entre póliza de comunidades y póliza de hogar

a) Aplicación por parte de la Jurisprudencia de la concurrencia de seguros

En principio es doctrina pacífica que en aquellos casos en los que se produce un siniestro en un edificio constituido en régimen de Propiedad Horizontal sobre el que existen dos contratos de seguro, un seguro comunitario, cuyo tomador es la Comunidad de Propietarios, y un contrato de seguro de hogar cuyo tomador es un copropietario de dicho edificio, se considera que existe un mismo tomador, ya que realmente, los tomadores de la póliza de la Comunidad de Propietarios, son todos y cada uno de los diferentes copropietarios del edificio, por lo que, en cuanto al continente asegurado por ambas pólizas, se aplica la correspondiente concurrencia en cuanto a los daños propios.

En este sentido, la sentencia 557/2011 dictada por la AP Salamanca, sección 1ª, de 30-12-2011, recurso n.º 209/2011 (Ponente Ilmo. Sr. **José ANTONIO VEGA BRAVO**) expone, recogiendo esta doctrina, como requisitos para la aplicación del artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro: “*B) Que los contratos estén suscritos por el mismo tomador con aseguradores distintos, aunque como expone la sentencia de la Sección 14ª de esta Audiencia, de 20 de octubre de 2004, excepcionalmente se admita por la doctrina que también exista un seguro múltiple concertado por varios tomadores cuando exista una pluralidad de intereses subjetivos objeto de un mismo aseguramiento, pues carecería de sentido que la finalidad perseguida con el artículo 32 se perdiera solo por tal circunstancia, ya que lo relevante es la realidad del sobreseguro y no la figura del contratante. De otro modo, la ignorancia de los aseguradores de tal circunstancia podría favorecer el pago de cantidades superiores al importe del daño, siendo precisamente uno de estos supuestos excepcionales el presente, en el que ha de proclamarse, incluso, la identidad del tomador aunque el seguro concertado con la entidad demandada lo fuese por la comunidad de propietarios a la que pertenecía la tomadora y asegurada de la actora, en cuanto la comunidad de propietarios es un ente representativo que comprende a todos y cada uno de los propietarios de pisos y locales del edificio*”.

b) Problemas en cuanto al alcance de la indemnización. Sobreseguro

Uno de los problemas que plantea la aplicación del artículo 32 de la LCS es el alcance de la

indemnización que debe asumir cada Aseguradora frente a sus asegurados:

Si nos atenemos al tenor literal del artículo 32 analizado, *“los aseguradores contribuirán al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada, sin que pueda superarse la cuantía del daño.*

*Dentro de este límite el asegurado puede pedir a cada asegurador la indemnización debida, según el respectivo contrato. El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que proporcionalmente le corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores.*

*Si el importe total de las sumas aseguradas superase notablemente el valor del interés, será de aplicación lo previsto en el art. 31”.*

Este precepto parte de un presupuesto que no se corresponde, en muchos casos, con la realidad a la que se aplica el mismo.

El precepto, parte del hecho de que una persona, física o jurídica, de forma consciente y voluntaria, procede a asegurar un mismo bien sobre el que tiene un interés económico, mediante dos contratos de seguro con dos aseguradoras diferentes, por lo que, en caso de siniestro, cada aseguradora, en función de los capitales contratados, responderá en base a la cuota que le corresponda.

Tal y como hemos mencionado anteriormente, esta casuística la observamos, dentro del ámbito de los multirriesgos-particulares, en los casos de bienes hipotecados, en los que, además del contrato de seguro vinculado al prestamos hipotecario, al mismo tiempo el asegurado por dicha póliza contrata otro seguro sobre el mismo bien ampliando, generalmente las coberturas respecto a la primera póliza.

Sin embargo, en el caso que estamos aquí analizando, en el supuesto de las pólizas de hogar y las pólizas de comunidades concurrentes, la realidad es muy diferente.

La experiencia demuestra que a la hora de contratar un seguro sobre un bien, el asegurado lo que tiene en cuenta es valor del interés asegurado, por lo que los contratos de seguros celebrados por las Comunidades de Propietarios, aseguran el continente y el contenido por el valor total del inmueble, y por ello la suma asegurada se corresponde con el valor del interés asegurado, sin tener en cuenta las pólizas de cada uno de los copropietarios que forman



parte del edificio en régimen de propiedad horizontal.

De igual forma, cada copropietario, asegura su vivienda por el valor de la misma, es decir, se intenta que no haya un infraseguro aplicable a la vivienda en caso de siniestro y, en raras ocasiones, se tienen en cuenta los capitales contratados por la Comunidad de Propietarios.

El motivo es el siguiente:

Si un particular contrata una póliza de hogar y establece una suma máxima asegurada para continente teniendo en cuenta los capitales contratados en la póliza de la comunidad, si se produjera un siniestro, la compañía con la que tiene contratada su póliza de hogar le va a aplicar infraseguro siempre, ya que no todos los siniestros de hogar que afectan al continente,



entran en concurrencia de seguros con las pólizas de la comunidad.

En este caso, si el siniestro que afecta a continente no entra en concurrencia, por ejemplo, por una rotura de un elemento privativo del continente, se le aplicaría infraseguro.

Pasaría lo mismo con las pólizas contratadas por las Comunidades de Propietarios.

Por lo expuesto, cuando se produce un siniestro cubierto tanto por la póliza de comunidades como por la de hogar, y, en consecuencia, entran ambas pólizas en concurrencia, salvo en caso de infraseguro en alguna de las pólizas, lo habitual es que la suma de los capitales de ambas pólizas suponga en la práctica que existe un cierto sobreseguro pero ni buscado ni conocido.

Según el precepto, en este caso, bastante frecuente en la práctica, obligaría a acudir al artículo 31 de la Ley de Contrato de Seguro que dice: *“Si la suma asegurada supera notablemente el valor del interés asegurado, cualquiera de las partes del contrato podrá exigir la reducción de la suma y de la prima, debiendo restituir el asegurador el exceso de las primas percibidas. Si se produjere el siniestro, el asegurador indemnizará el daño efectivamente causado.*

*“Cuando el sobreseguro previsto en el párrafo anterior se debiera a mala fe del asegurado el contrato será ineficaz. El asegurador, de buena fe, podrá, no obstante, retener las primas vencidas y las del periodo en curso”.*

La aplicación de este precepto, conllevaría numerosos problemas, en primer lugar a la hora de determinar qué es un sobreseguro notable, y en segundo lugar a la hora de abonar los siniestros a los asegurados, ya que en la práctica habría que proceder a reducir la suma asegurada y la prima, haciendo que el tráfico mercantil excesivamente complejo.

La conclusión es que en estos casos en los que se admite la concurrencia de seguros por parte de la Jurisprudencia, la aplicación literal del artículo 32 en cuanto a la aplicación de las reglas del sobreseguro no sería procedente, o cuanto menos no sería operativa, ya que no se puede obligar a las Comunidades de Propietarios ni a los particulares a contratar su seguro en base a los capitales contratados por terceros, porque no podemos olvidar que a pesar de que se considera un mismo tomador, son dos personas jurídicas diferentes, o al menos dos sujetos diferentes, sin querer entrar en la consideración de la personalidad jurídica de las comunidades de propietarios. Y todo ello sin perjuicio de vulnerarse el principio de seguridad jurídica, pues en cada siniestro se deberían modificar los capitales y ajustarlos, lo que implicaría una inseguridad jurídica tanto para el asegurado como para las propias compañías.

La realidad, por lo tanto, es que cuando existen dos pólizas que cubren el mismo riesgo, la aseguradora que recibe el parte de siniestro, abona al asegurado la indemnización correspondiente y a continuación se reclama frente a la aseguradora que no ha hecho frente al daño del bien asegurado.

¿Ahora bien, puede la aseguradora abonar solo una parte del daño y obligar al asegurado a dirigirse contra la otra compañía?

Hay dos posiciones diferentes:

- 1.- La de aquellas aseguradoras que proceden al abono de la parte que les corresponde y remiten a su asegurado a la otra compañía de la que también es asegurado.
- 2.- La de aquellas otras aseguradoras que abonan la indemnización correspondiente al daño efectivamente causado y proceden frente a la aseguradora concurrente por la vía del artículo 32 de la LCS.

En la práctica, la primera solución podría considerarse que vulnera el artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro, ya que la compañía no está cumpliendo con la obligación de pagar, dentro de los límites pactados, el importe de la indemnización que le corresponde.

Cuestión distinta es que esta compañía que ha abonado el importe íntegro, se dirija frente a la aseguradora que, percibiendo una prima, no ha contribuido a la indemnización al asegurado, y ello con el fin de evitar el enriquecimiento injusto para dicha aseguradora, la cual, a pesar de haberse producido el riesgo cubierto por su póliza, no abonaría cantidad alguna.

#### c) [Relación entre las acciones ejercitadas al amparo de los artículos 43 y 32 de la Ley de Contrato de Seguro en casos de incendio](#)

Uno de los temas más interesantes relacionados con este tema y de los que más Jurisprudencia ha generado, es el relativo a la acción ejercitada al amparo del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro cuando existe una concurrencia de seguros entre las aseguradoras que son parte de un mismo procedimiento.

En concreto, los siniestros de incendio son particularmente interesantes cuando el incendio tiene su origen en una vivienda y se causan daños tanto en zonas comunes como en las demás viviendas colindantes pertenecientes a un edificio dividido en propiedad horizontal.

En principio, la aseguradora de la Comunidad de Propietarios que ha procedido a indemnizar a su asegurada (la Comunidad de Propietarios) y ha procedido a abonar a las aseguradoras de las viviendas afectadas por el incendio la parte que le corresponde por la concurrencia de seguros, tiene acción para ejercitar la acción que le concede el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro: *“El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro co-*

*rrespondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.*

*El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse.*

*El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado...”.*

En el ejercicio de dicha acción, podrá reclamar los daños abonados a la Comunidad de Propietarios así como los que haya abonado por concurrencia, lo único que no podrá repetir, frente al causante y a su aseguradora, será la cantidad en la que concurre en cuanto al continente de la vivienda causante, y ello porque en cuanto a dicha parte de la indemnización, responde por daños propios, en cuanto que como copropietario, también es asegurado y no puede subrogarse en la posición del copropietario para reclamar por responsabilidad civil.

A este respecto, merece especial atención la Sentencia n.º 273/2012 del Tribunal Supremo Sala 1ª, de fecha 3-5-2012, recurso 1397/2009, ya que, si bien desestima el recurso de casación presentado por la aseguradora de una Comunidad de Propietarios frente a la aseguradora de una vivienda perteneciente a dicha comunidad, y en cuyo interior se encuentra la causa del incendio que afecta a todos los colindantes, lo hace poniendo de manifiesto un matiz que es esencial a la hora de determinar si procede o no el ejercicio de la acción de subrogación del artículo 43 de la LCS.

En concreto, en la demanda que se presenta por la aseguradora de la comunidad de propietarios frente a la aseguradora de la vivienda causante, se ejercita una acción derivada del artículo 43 de la LCS por la responsabilidad civil en la que incurre la vivienda causante. En dicha demanda se reclama el importe que previamente ha abonado por concurrencia de seguros y en el continente de una de las viviendas que carecían de seguro. Hemos de señalar que la comunidad de propietarios no estaba cons-

tituida como tal, al tratarse de un conjunto de viviendas unifamiliares independientes, pero a los efectos que aquí interesan, este hecho carece de importancia, ya que los argumentos sobre el fondo del asunto no se refieren solo a este hecho.

La demanda se desestima en base a los siguientes argumentos:

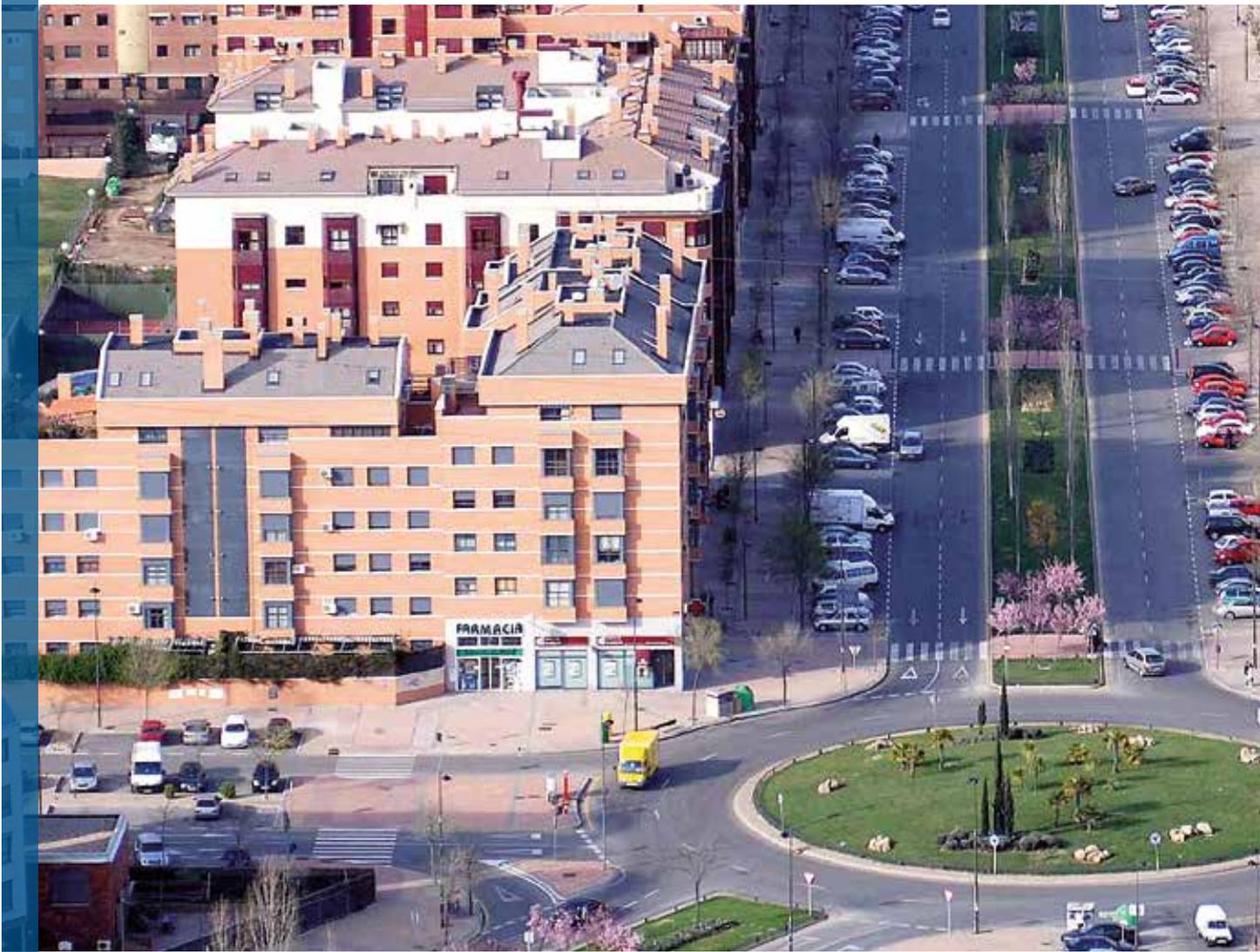
*“La desestimación de la demanda por la sentencia de primera instancia se fundó, en síntesis, en lo siguiente: 1º) El conjunto de viviendas no tenía “las características propias de un edificio de propiedad horizontal pues las viviendas son unifamiliares e independientes y no comparten suelo, de donde se desprende que las personas aseguradas son, además de los terceros, los propios propietarios de las distintas viviendas individualmente considerados, al no existir elementos comunes tal y como refleja el informe aportado con la demanda”; 2º) esto era tan evidente que, aún cuando se hubiera omitido en la demanda, “la aseguradora demandante” había pagado casi 60.000 euros a la propia Sra. Elisa, razón por la cual carecía “de acción de regreso frente a su propio asegurado”; 3º) por tanto, y además, la demanda era contraria a los propios actos de la compañía demandante que, “en cumplimiento de las obligaciones asumidas en la póliza, indemnizó a la ahora demandada en la cantidad que proporcionalmente le correspondía, al existir varios seguros que cubrían el mismo riesgo”; 4º) sobre esta cuestión el informe pericial acompañado con la propia demanda era muy claro al considerar que “los propietarios son asegurados de “la aseguradora demandante” y, como tal, los siniestros causados como consecuencia de la negligencia quedan al amparo de la póliza suscrita”.*

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación, entre otros, en base a los siguientes argumentos:

*“(h)a de concluirse, por tanto, que todo el conjunto y todas y cada una de las viviendas estaban amparadas por el seguro multirriesgo con la entidad actora, gozando de cobertura de incendio en los términos establecidos en la póliza, de modo que la circunstancia de ocurrir el incendio en una de las viviendas y extenderse a las demás, no excluye la obligación del asegurador de reparar los daños producidos por el incendio en todas ellas”; 7º) conforme a la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 2008, el art. 43 LCS se limita a conceder legitimación a la aseguradora que pagó para reclamar los derechos y acciones que por el siniestro*

*corresponden a su asegurado frente a los responsables, pero si el asegurado carece de acciones frente a otra persona como responsable tampoco lo tendrá la aseguradora que pagó la indemnización; 8º) el argumento de que la aseguradora era la comunidad de propietarios no podía aceptarse, porque las comunidades de propietarios carecen de personalidad jurídica, “de modo que tomadores y asegurados realmente eran todos y cada una de los propietarios de las viviendas que integraban dicha Comunidad, y la falta de diferenciación entre cada una de las viviendas, impide fraccionar las consecuencias del incendio, de modo que, a efectos del seguro, ha de considerarse uno solo que afectó a bienes que gozaban de cobertura contractual”; 9º) en definitiva, la Sra. Elisa era asegurada o coasegurada con los demás titulares de las distintas viviendas, y tanto era así que la demandante soportó en su totalidad el siniestro respecto de la vivienda que no tenía concertado dicho seguro adicional, aun cuando la aplicación de la regla de la proporcionalidad rebajase la cuantía de la indemnización; 10º) por tanto “no cabe hablar de subrogación cuando no hay terceros responsables, dado que todos los siniestrados son asegurados”; 11º) tampoco era aplicable la excepción del párrafo tercero del art. 43 LCS, en primer lugar porque “no cabe alterar el concepto en que se satisfizo la obligación, pretendiendo convertir en indemnización derivada de responsabilidad civil lo que era indemnización derivada de incendio –al estar ambos riesgos cubiertos por la póliza– y, en segundo término, porque como señala el propio precepto, en dicha excepción la subrogación estará limitada en su alcance ‘de acuerdo con los términos de dicho contrato’, lo que conlleva la contemplación de dos o más seguros sobre el mismo riesgo y la aplicación de las reglas del art. 32 de la Ley de Contrato de Seguro, con la consiguiente distribución del daño en proporción a la suma asegurada por cada uno de los aseguradores, que es lo aquí acontecido, sin que se haya acreditado que la hoy actora haya pagado ‘cantidad superior a la que proporcionalmente le corresponda’ que es lo que únicamente puede repetir contra los demás aseguradores”.*

El argumento de la Audiencia Provincial de Granada se contradice con lo que se ha manifestado más arriba, puesto que de la misma forma que los copropietarios tienen acción para dirigirse frente a la Comunidad de Propietarios, la Comunidad de Propietarios tiene acción para dirigirse frente a cualquier copropietario que le ocasione un perjuicio, por lo que, teniendo en cuenta que la acción de la compañía aseguradora no es propia, sino que



se subroga en los derechos de su asegurada, si la Comunidad de Propietarios tiene acción frente al copropietario causante, también tendrá acción la aseguradora. En consecuencia, no comparto los argumentos de la Audiencia Provincial de Granada.

Ahora bien, la aseguradora demandante, ve desestimadas sus pretensiones ante el Tribunal Supremo por lo establecido en el Fundamento de Derecho: *"TERCERO.- El motivo segundo y último, fundado en infracción del art. 43 LCS impugna la sentencia recurrida por no haber considerado aplicable la excepción que contempla dicho artículo pese a que la Sra. Elisa tenía asegurada su responsabilidad civil con la "aseguradora" codemandada. Según su desarrollo argumental, la sentencia habría confundido "la concurrencia de seguros en el riesgo de incendios con la cobertura de la responsabilidad civil", sin advertir que "contra la aseguradora codemandada" se acciona solo y exclusivamente*

*en cuanto garante de la responsabilidad civil que se exige a Doña Elisa".*

*Pues bien, este motivo ha de ser igualmente desestimado: primero, porque subsiste una cuestión previa de interpretación del contrato de seguro entre "la aseguradora demandante" y DIRECCIÓN 000 cuya solución es la que permitiría determinar si la subrogación lo es por la comunidad de propietarios o por los propietarios de las viviendas dañadas por el incendio, siendo imprescindible identificar al asegurado de "la aseguradora demandante" frente al cual la Sra. Elisa sería responsable del daño; segundo, porque la excepción que se quiere hacer valer en este motivo lo es a la norma del párrafo tercero del art. 43 LCS, es decir a la exclusión de la subrogación contra determinados parientes del asegurado, no a la exclusión de subrogación contra el propio asegurado, que, en lo que aquí interesa, y siempre desde el propio planteamiento de este motivo, sería la propia Sra. Elisa;*



*y tercero, porque según la sentencia recurrida la póliza contratada entre “la aseguradora demandante” y DIRECCIÓN 000 también cubría la responsabilidad civil, que según la misma interpretación sería la de la propia Sra. Elisa junto con la de los propietarios de las demás viviendas, y esta interpretación no ha sido rebatida en el recurso de casación. En suma, uno de los principios que informan el art. 43 LCS es que no caben créditos del asegurado contra sí mismo. Por eso lo primero que tendría que haber hecho “la aseguradora demandante” habría sido identificar con precisión el objeto del seguro contratado entre ella y DIRECCIÓN 000 para, a continuación, determinar el sujeto o sujetos titulares de los derechos y acciones que “la aseguradora demandante” ejercita al amparo del art. 43 LCS y frente los cuales la Sra. Elisa pueda tener la condición de tercero, pues al deducirse de la demanda de “la aseguradora demandante” que esta no indemnizó a DIRECCIÓN 000, sino a los propietarios de las viviendas colindantes con la*

*de la Sra. Elisa, esto resulta contradictorio con su planteamiento general sobre la naturaleza del seguro y, a la vez, justifica que la sentencia impugnada entendiera que el caso enjuiciado no pertenecía al ámbito del art. 43 LCS y sí al del coaseguro del art. 32 de la misma ley.*

Es decir, entre otras cosas, esta sentencia viene a decir que para que una aseguradora de una comunidad de propietarios pueda ejercitar la acción del artículo 43 es necesario:

- 1.- En primer lugar –a pesar de que parezca obvio, es necesario ponerlo de manifiesto– acreditar la acción que tiene el asegurado frente al causante, ya que si el asegurado carece de acción, la aseguradora carecerá de la misma.
- 2.- Y en segundo lugar, y lo que tiene gran trascendencia práctica, que la aseguradora de la comunidad no cubra la responsabilidad

civil de la vivienda causante, ya que de lo contrario, no solo carecería de acción para reclamar por la responsabilidad civil, sino que además, debería responder frente a terceros por las reclamaciones de responsabilidad civil en concurrencia con la aseguradora de la vivienda causante.

Es muy importante esta sentencia porque puede aclarar un punto realmente conflictivo con relación a las pólizas de las Comunidades de Propietarios y ello porque a menudo se confunde el continente asegurado con elementos comunitarios, cuando en realidad, ambos conceptos, no son coincidentes.

Habrà que prestar atención a las definiciones de continente que se plasman en cada condicionado general, para determinar en cada caso lo que es objeto de cobertura por las pólizas correspondiente y así conocer si lo que entra en juego es el artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro o es el artículo 43 del mismo cuerpo legal, fundamentalmente en cuanto a la garantía de la responsabilidad civil.

De esta forma en el caso de una rotura de una tubería que se encuentra en el interior de una vivienda, que ocasiona daños a varias viviendas, si las instalación está definida como continente por la póliza de la Comunidad de Propietarios y por la póliza de hogar, las consecuencias de dicha rotura, aunque la instalación se encuentre en el interior de la vivienda y pudiera considerarse privativa a los efectos de la Ley de Propiedad Horizontal, deberían ser asumidas por ambas aseguradoras por aplicación del artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro.

#### B. Concurrencia de seguros entre el arrendador y el arrendatario

A diferencia de lo que ocurre con la concurrencia de seguros en los casos entre las pólizas de la Comunidad de Propietarios y la póliza de Hogar, en los casos en los que una misma vivienda o local de negocio en régimen de alquiler, se encuentran asegurados por el propietario y por el inquilino con sendas pólizas de seguro, por parte de la Jurisprudencia no se aplica la concurrencia de seguros y ello porque el artículo 32, tal y como se ha puesto ya de manifiesto, exige que el tomador sea el mismo.

Efectivamente, la ley es muy clara, sin embargo, teniendo en cuenta que la finalidad del artículo 32 es doble, por un lado, cumplir el principio indemnizatorio y, por el otro, evitar el enriquecimiento injusto del asegurado o de al-

guna de las aseguradoras concurrentes, se podría aplicar este precepto por analogía, a pesar de que ninguna sentencia haya adoptado esta postura.

En este sentido la sentencia 557/2011 dictada por la AP Salamanca, sección 1ª, de 30-12-2011, recurso n.º 209/2011 (Ponente Ilmo. Sr. **JOSÉ ANTONIO VEGA BRAVO**), hace referencia a la posibilidad de aplicación analógica del artículo 32 de la LCS en su fundamento de derecho Tercero, que dice: *"De este criterio es exponente la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 7ª) de 8 de mayo de 2001, que se recoge en el recurso de apelación, en la que se realiza un detallado examen de los distintos criterios interpretativos que permiten llegar a considerar que se cumple dicho requisito en los siguientes términos: "En primer lugar, cabe efectuar una interpretación teleológica o finalista de la norma en discusión. Sobre esta posibilidad dice la STS de 15 de marzo de 1983 que "la interpretación de los preceptos positivos -sentencia de 24 enero 1970- debe ser obtenida, como proclama la sentencia de 14 octubre 1965, no sólo de la letra estricta del texto legal, sino teniendo en cuenta su sentido lógico -que busca el espíritu y sentido, así como la finalidad de la Ley al modo como ya dijo esta Sala, en las sentencias de 26 noviembre 1929, 27 junio 1941, 5 junio 1945 y 27 noviembre 1947- y su ponderación sistemática que obliga a considerar el ordenamiento jurídico como un todo orgánico -como también dijo esta Sala en las SS de 14 junio 1944, 25 enero 1945 y 22 noviembre 1956, entre otras-", teniendo particular relieve lo expresado en la citada sentencia de 26 noviembre 1929, al decir que "si la justicia ha de administrarse recta y cumplidamente, no ha de atenderse tanto a la observancia estricta y literal del texto del precepto legal como a su indudable espíritu, recto sentido y verdadera finalidad", ya que la disposición legal debe, ante todo, responder al fin supremo de la justicia, el cual "únicamente puede estimarse debida y razonablemente cumplido cuando el precepto se aplica en forma tal que permita, usándose por el Juzgador de una adecuada y justa flexibilidad de criterio, acomodarse a las circunstancias del caso". Si observamos detenidamente el art. 32, la conclusión es que la finalidad del precepto es proteger el principio indemnizatorio de modo que, a través de la comunicación, el conjunto de aseguradores pueda conocer la totalidad de las sumas aseguradas que cubran un mismo bien, careciendo de sentido que la medida cautelar que el artículo recoge se pierda por el hecho de que existiendo una pluralidad de pólizas los tomadores de éstas sean*

personas diferentes, por lo que lo trascendente es la realidad del sobreseguro y no la figura del contratante, pues de otro modo la ignorancia de los aseguradores de tal circunstancia puede favorecer el pago de cantidades superiores al importe del daño. Pero no cabe entender que incluye aquellos supuestos de seguro múltiple con la concurrencia de distintos tomadores, donde también cabe la posibilidad de vulneración de aquellos principios de cuya protección se trata. Una segunda posibilidad olvidar que el principio indemnizatorio tiene una doble vertiente, ya que existiendo un doble seguro que cubre el mismo riesgo, estando obligadas ambas aseguradoras –cada una independientemente– a abonar el daño pues el siniestro se encuentra cubierto por los dos seguros, el abono íntegro por parte de una de ellas supondría un enriquecimiento indebido para la otra concretado en el beneficio patrimonial derivado del hecho de no abonar la cantidad a la que está obligada, mientras que tampoco es posible un doble pago, ya que entonces se produciría un enriquecimiento del asegurado o del perjudicado. Siendo este ámbito bilateral de protección el que subyace en la finalidad del precepto discutido que, por tal motivo, cabe, es acudir a la analogía como medio de integración normativa. Dispone el artículo 4.1 del Código Civil EDL 1889/1 que “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”, y dice la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1995 que es “doctrina pacífica de esta Sala la exigencia de ciertos requisitos para que pueda darse la analogía: a) Que la norma no contemple un supuesto específico, pero sí otro semejante. b) Que entre ambos se aprecie identidad de razón. c) Que no se trate de leyes penales, ni sancionadoras con pérdida de derechos (sentencias 7 de febrero de 1984; 13 de noviembre de 1985; 20 de enero de 1987, etc.). La “ratio legis” de la norma, o elemento de identidad, debe ser el que el legislador tomó en consideración para establecer la relación prevista, que es precisamente lo que se quiere parangonar con la situación no considerada”. La sentencia del Tribunal Supremo de 1990 precisa que “la aplicación de la interpretación analógica al presente caso, cumple los requisitos jurisprudenciales de existencia de Ley especial cuyo vacío haya de suplirse, que esta Ley especial adolezca de oscuridades o insuficiencias, que en el conjunto del ordenamiento especial no existan normas adecuadas, y que entre el supuesto específico y la norma aplicada se aprecie identidad razón”. Partiendo de esta doctrina, la extensión

analógica del artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 al supuesto de pluralidad tomadores y pólizas con cobertura de un mismo riesgo, es razonable pues se cumplen los requisitos exigibles: tal supuesto específico carece de regulación normativa en la Ley especial del seguro y el artículo 32, por su identidad de razón con el supuesto, es lo suficientemente expansivo, interpretado correctamente en su sentido y finalidad, para permitir esa aplicación. Pues la finalidad del precepto, como hemos visto, es la protección del principio indemnizatorio y la evitación del enriquecimiento injusto en su doble vertiente afectante tanto al asegurado como a las aseguradoras. Siendo el caso de pluralidad de tomadores igualmente tributario de la misma clase protección y cuya semejanza con el supuesto legalmente previsto amerita su aplicabilidad por vía analógica, aunque ciertamente resulte más difícil el perjuicio para la parte asegurada al ser plural. La tercera vía surge de la propia “causa petendi”, que contiene implícito el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto –que recordemos es una de las finalidades que trata de soslayar el artículo 32, pues tal supone el hecho de que asegurando dos compañías el mismo riesgo e interés, solo una afronte el pago de la indemnización, cuando las dos perciben primas por el aseguramiento–.

En el mismo sentido, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), de 10 de enero de 2002, se señala que autorizada doctrina no examina esta diferenciación de tomadores con tanto rigor, pues carece de sentido que la finalidad perseguida con el mentado artículo 32 se pierda por tal circunstancia, ya que lo trascendental es la realidad del sobreseguro y no la figura del contratante, pues de otro modo la ignorancia de los aseguradores de tal circunstancia puede favorecer el pago de cantidades superiores al importe del daño. Se razona en ella: “(...) si atendemos a la exigencia del seguro múltiple, que en un caso similar al aquí enjuiciado es contemplado por la sentencia de la AP de Granada (Sección 4ª) de 8 de marzo de 2000, se aprecia que existe identidad de tomador aunque en el seguro concertado con la entidad demandada lo fuese con la comunidad de propietarios a la que pertenecía el asegurado por la actora y que este ente meramente representativo comprendía a todos y cada uno de los propietarios de los pisos y locales. También es idéntico el riesgo cubierto en ambos contratos de seguro a los efectos pertinentes, a saber los daños derivados en caso de incendio, es definido en el artículo 4.1.1. del Condicional General de la Póliza

suscrita por la demandada (folio 30). Esta, de forma rechazable, pretende (folio 50) desentenderse de la cobertura del siniestro porque su foco se sitúa en un elemento de contenido privativo no asegurado por la póliza de la comunidad, confundiendo que el citado artículo del condicionado no excluye el que el foco del incendio tenga lugar en un elemento privativo sino que lo que dice es que no estarán cubiertos "los daños y desperfectos que sufran las instalaciones eléctricas, los aparatos eléctricos o electrónicos y sus accesorios por causa inherente a su propio funcionamiento". En este mismo sentido se pronuncian las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª) de 5 de marzo de 2009, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) de 4 de febrero de 2011".

Toda esta argumentación se utiliza en dicha sentencia para aplicar el artículo 32 a un supuesto de concurrencia de seguros entre una póliza de comunidad y una póliza de hogar. Sin embargo, la misma argumentación sería perfectamente aplicable a un supuesto en el que un mismo bien esté asegurado por una póliza de hogar contratada por un propietario y una póliza de hogar o comercio contratada por el inquilino.

En la práctica se plantea el siguiente problema:

Cuando se produce un siniestro con daños en una vivienda o local que se encuentra en régimen de alquiler, y fundamentalmente en aquellos siniestros graves en los que hay una destrucción total del bien asegurado, como puede ser un incendio o una inundación grave, cada asegurado da parte a su compañía de seguro.

El inquilino tiene interés en el riesgo asegurado en cuanto tiene una obligación de devolver la vivienda o local de negocio en el estado en el que se encontraba, y el propietario tiene un interés directo en el bien de su propiedad.

- Si la compañía del propietario abona la indemnización al propietario y la aseguradora del inquilino abona la indemnización a su asegurado, se habrá abonado el mismo interés dos veces, por lo que bien el propietario, bien el inquilino, van a tener un enriquecimiento injusto.
- En el supuesto de que solo una de las dos compañías abone la indemnización, se producirá un enriquecimiento injusto para

Cuando se produce un siniestro con daños en una vivienda o local que se encuentra en régimen de alquiler, y fundamentalmente en aquellos siniestros graves en los que hay una destrucción total del bien asegurado, como puede ser un incendio o una inundación grave, cada asegurado da parte a su compañía de seguro

aquella que, percibiendo una prima, cuando se produce el riesgo asegurado, no hace frente a las consecuencias del mismo.

La solución jurídica que se puede arbitrar es la de la vía del enriquecimiento injusto, sin embargo se podría entender aplicable el artículo 32 de la LCS en virtud de la finalidad del mismo.

### III. Conclusiones

En el día a día de las aseguradoras que operan en los ramos de multirriesgo-particulares, el tema de la concurrencia de seguros, adquiere una gran trascendencia, ya que, en un volumen importante de los siniestros en los que, junto al asegurado interviene un tercero, bien en calidad de causante, bien en calidad de perjudicado, estamos además en presencia de una posible concurrencia de seguros.

La regulación del artículo 32 de la LCS es insuficiente ya que no contempla las diferentes relaciones que se producen en el trámite de los siniestros del sector asegurador.

Por otra parte, las interpretaciones acerca de su aplicación son muy variadas, lo que provoca que en muchos casos, se haga necesario acudir a la vía judicial para solventar las dudas. Sin embargo en muchas ocasiones, las sentencias adoptan resoluciones contradictorias, por lo que entiendo que sería conveniente aprovechar la actual reforma de la Ley de Contrato de Seguro para modificar la regulación del artículo 32, o bien, si ello no fuera posible, sería conveniente una interpretación uniforme que resolviera las cuestiones aquí planteadas.



## La responsabilidad civil en la Ley de Propiedad Horizontal

M<sup>a</sup> Eugenia Lara Gómez  
Abogada

### I. Introducción

Como el título de la ponencia es muy amplio, con el fin de acotar su objeto, comenzaré aclarando de qué no va a tratar. No tratará de los vicios constructivos y tampoco de la acción de cesación del artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal. Cada uno de estos temas daría por sí sólo para una ponencia completa.

El propósito de este trabajo es acercarnos a la responsabilidad civil en la propiedad horizontal desde la perspectiva de esta última y de su ley especial, muchas veces orillada. Y lo hago porque considero que recorrer este camino puede resultarnos útil para solucionar las cuestiones, tanto de índole material como procesal, que se nos plantean en la práctica diaria, algunas de las cuales abordaremos en este breve estudio.

## II. Elementos comunes y privativos: su calificación

Resulta obligado empezar este recorrido por la calificación de un elemento como común o privativo, porque lo que caracteriza a éste régimen de propiedad de carácter complejo y especial sin entrar en el debate doctrinal (aún no resuelto) sobre su naturaleza jurídica, es precisamente que en ella conviven la propiedad singular e individual sobre un inmueble con la copropiedad sobre los elementos del edificio necesarios para su uso y disfrute. Y la diferenciación entre unos y otros no es, aunque pudiera parecerlo, una cuestión baladí, ni está exenta de problemas.

El artículo 396 del Código Civil describe los elementos comunes como todos los necesarios para el adecuado uso y disfrute de los pisos o locales, y recoge una relación pormenorizada de los mismos. Pero este listado es enunciativo, a título de ejemplo, como lo evidencia el empleo de la expresión ‘tales como’ que lo precede, pudiendo ser objeto de ampliación y modificación en el título constitutivo del inmueble. Nada impide que en la escritura de división horizontal se incluyan elementos comunes que no aparecen en este precepto (v. gr. piscinas, jardines, parque infantil, gimnasio...) e incluso que se describan como privativos algunos de los elementos que el 396 califica como comunes (v. gr., patios, corredores...) En definitiva, en el artículo 396 CC ni están todos los que son y ni siquiera tienen por que ser (comunes) todos los que están pues, al margen de los elementos comunes por naturaleza a los que nos referiremos a continuación, se trata de una norma de derecho dispositivo que quedará supeeditada al contenido del título constitutivo al que habremos de acudir en el caso concreto.

Y dentro de los elementos comunes hay que distinguir entre los que son comunes por naturaleza y los que lo son por destino. Los primeros son aquellos que resultan esenciales o necesarios, desde un punto de vista objetivo, para el uso y aprovechamiento del inmueble, que resultan inherentes a este disfrute e indivisibles por ley física. Entre ellos cabe citarlas cimentaciones, los muros de carga, las vigas y los pilares.

Por su parte, son elementos comunes por destino aquellos que pudiendo ser objeto de aprovechamiento independiente están adscritos a un uso o servicio común, lo que permite que en cualquier momento puedan ser desafectados, cedidos, arrendados. Un ejemplo típico de los mismos, aunque ya en desuso, es la vivienda del portero.

Algunos elementos comunes plantean dudas sobre su carácter esencial o accesorio. No es pacífica, por ejemplo, la calificación de la cubierta. Mientras no pocas sentencias la consideran como elemento común por destino (SSTS 31 enero y 15 marzo de 1985, 27 febrero 1987, 5 junio y 18 julio 1989, 10 de febrero 1992, 23 febrero 1993, 29 julio 1995, 8 octubre 1999 y 5 mayo 2000); otras, entre las que destacamos la STS 8 Abril 2011, entienden que es común por naturaleza, al considerar que tanto si es tejado como terraza, esta última pisable, cumple la función esencial de cubrir el inmueble en su plano superior.

Más allá de estas disquisiciones que exceden del objeto de la presente exposición, lo que no cabe ninguna duda es de que la cubierta, sea terraza, solarium, azotea, terrado o tejado, es un elemento común. Y ello porque todo lo que conforma el perímetro de un edificio delimitando el mismo tanto en su plano horizontal como vertical debe considerarse común.

Partiendo del carácter enunciativo y dispositivo del artículo 396 Código Civil dejando al margen los elementos comunes por naturaleza, parece que la mejor forma de definir un elemento común es por defecto o por exclusión, como lo hace el artículo 3 b) de la LPH en el sentido de que son comunes todos aquellos elementos que no sean privativos. Esta definición nos conduce al apartado a) del precepto que define como privativo el “espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario”.

Dos son, por tanto, las notas que caracterizan los elementos privativos:

1. La territorialidad deben encontrarse dentro de los límites de la propiedad singular (el artículo 396 CC dice “hasta la entrada al espacio privativo”).
2. Y el servicio, ya que deben servir exclusivamente a su propietario.

Y deben concurrir ambas, de forma que si una de ellas no se da el elemento en cuestión será común.

Tomemos como muestra el de las canalizaciones de agua, que tantas responsabilidades por filtraciones generan:

Si la tubería que da servicio a un solo piso se encuentra fuera de los linderos del mismo, el elemento es común porque le falta el requisito de la territorialidad y de su avería deberá responder la Comunidad (salvo que la misma se hubiera debido a la negligencia del propietario u ocupante). También serán comunes aquellas conducciones que ubicadas dentro de los márgenes de una vivienda den servicio al conjunto de la comunidad o a varias propiedades. De manera que la única canalización de agua privativa es aquella que encontrándose en el interior de una propiedad singular sirve exclusivamente a ésta.

Pero, ¿qué sucede si la avería se produce dentro de la vivienda, en una tubería que da servicio a la misma pero antes de la llave de paso? El criterio mayoritario de nuestras audiencias provinciales concluye que este tramo de tubería será común y su reparación corresponderá a la comunidad al entender que aunque se cumpla el requisito del espacio no ocurre lo mismo con el del servicio exclusivo, toda vez que hasta que no se supera el límite de la llave de paso (o en su defecto el contador individual) no puede decirse que el propietario tenga dominio o control sobre el agua que discurre por la misma. De forma que la tubería solo merecerá la consideración de elemento privativo y hará surgir la responsabilidad del propietario por su mantenimiento y adecuada conservación, cuando entre dentro del poder de disposición y utilización del titular de la vivienda o local, asumiendo el costo del consumo de agua que discurre por la misma (SAP Valencia, Sección 8ª, 20 junio 2011).

Porque, como dice la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª) en sentencia de 29 de abril de 2011 antes de la llave de paso el tramo “cumple la función comunitaria de conducir el agua hasta los respectivos dominios privativos, que empiezan en las llaves de paso particulares. Los tramos que van desde el entronque de la tubería general hasta las llaves de paso, aunque discurren por el suelo de la vivienda privativa, no sirven exclusivamente al dueño de esta, sino que se integran en la red general de la Comunidad acondicionada para hacer llevar el agua a cada uno de los pisos o locales”.

No faltan, sin embargo, sentencias que defienden el carácter privativo de este tramo de tubería por considerar, atendiendo a una interpretación literal del requisito de la territorialidad, que la naturaleza de la conducción cambia en el punto en que penetra en cada uno de los pisos o locales con independencia de dónde se encuentre el contador particular o la llave de paso,

(SAP Zaragoza, sec. 2ª, 10 diciembre 2003, SAP Valladolid, sec. 1ª, 27 mayo 2005, SAP Madrid, Sec. 11ª, 8 mayo 2008, entre otras).

En mi opinión, el criterio de la disponibilidad es más adecuado, pues si uno no consume agua difícilmente podrá causar filtraciones a su vecino.

Y esto es, precisamente, lo que ocurrió en el supuesto de hecho que contempla la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 13ª, en sentencia de 2 de septiembre de 2010, donde el actor, Fermín demandó por filtraciones a su vecino del piso superior, Fructuoso, demostrándose en el curso del procedimiento que el demandado carecía de suministro de agua e incluso que le habían retirado el contador individual por impago, lo que llevó al Tribunal a desestimar íntegramente la demanda.

Otras veces, puede ser el requisito de la territorialidad el que nos planteedudas. Trátemos de responder a la siguiente cuestión: ¿Qué ocurrirá si la conducción de agua que da servicio exclusivo a un propietario se avería cuando discurre por la pared que separa el espacio privativo de la zona común de la escalera?. A mi entender, dicho tramo debe considerarse común porque no ‘ha entrado’ en el espacio privativo, no está comprendido dentro de sus límites, ya que se encuentra en una pared medianera y ésta salvo disposición contraria del título es elemento común.

Y con este ejemplo de la pared, volvemos del caso particular a la teoría general del artículo 3 b) LPH, que recoge una presunción iuris tantum a favor de la calificación como común, o en otras palabras “todo elemento es común mientras no se demuestre lo contrario”, correspondiendo la carga de la prueba a quien alega el carácter privativo.

Sobre esta presunción y de forma muy clara se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4ª, de 17 de octubre de 2011, cuando dice:

*“el carácter común de un elemento se presume en tanto no se acredite que está comprendido dentro del espacio delimitado como propiedad singular y exclusiva. Lo que comporta que, alegando la parte demandada el carácter privativo del espacio o zona ocupada por el cerramiento litigioso, le corresponde a dicha parte acreditar que dicha zona se encuentra incluida dentro de los precisos límites de su propiedad privativa (carga de la prueba en sentido formal),*

*así como debiendo soportar la parte demandada las consecuencias perjudiciales derivadas de la falta de prueba del hecho controvertido (carga de la prueba en sentido material”.*

Esta suerte de vis atractiva del carácter común, en el sentido de que todo lo no descrito en el título constitutivo como privativo es común, ha sido ampliamente reconocida por nuestro Tribunal Supremo (SSTS 27 de febrero de 1987 de 14 de octubre de 1991, 8 de marzo de 1994, 5 de Mayo de 2000 y 11 de febrero de 2009, entre otras)

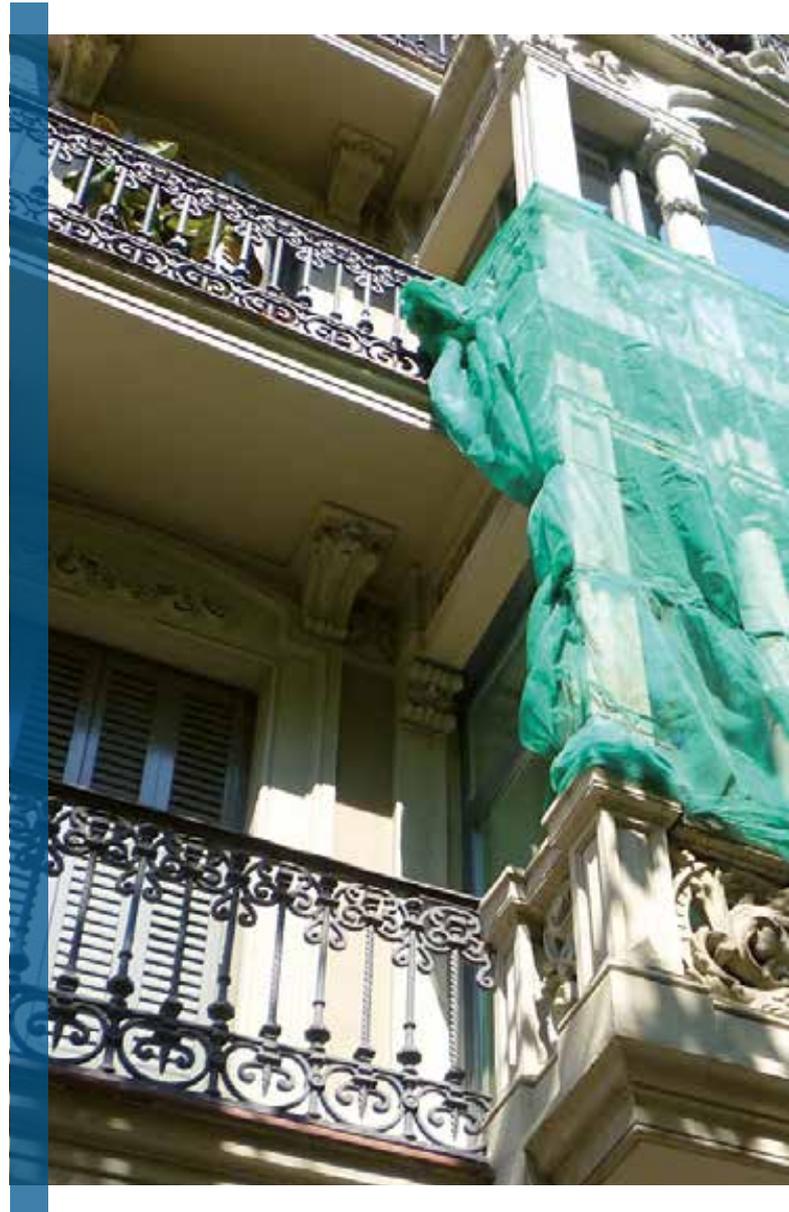
Teniendo en cuenta las anteriores notas, para saber en el caso concreto si un elemento es común o privativo, debemos acudir al título constitutivo. Y para ello, como letrados, atendiendo a la mayor facilidad de acceso a la documentación, en primer lugar le pediremos la escritura de compraventa a nuestro cliente a fin de verificar si el elemento en cuestión aparece en la misma como privativo. Y si figura, solicitaremos en su nombre copia de la escritura de división horizontal al secretario-administrador, quien en virtud del artículo 20 e) LPH tiene la obligación de facilitárnosla. Y, por último, si no lo hace podemos, bien solicitar del Registro de la Propiedad una certificación literal de todas las inscripciones de la división horizontal del inmueble, bien formular ante el juzgado diligencias preliminares.

### III. Responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones recogidas en los artículos 10.1 y 9.1, A) B) C) D) y G) de la Ley de Propiedad Horizontal

Conocida la titularidad del elemento, el siguiente paso en nuestro recorrido será averiguar quién tiene atribuido el uso del mismo, ya que pueden existir elementos comunes de uso privativo y elementos privativos de uso común, si bien estos últimos normalmente estarán sometidos a contratos (de arrendamiento o de otro tipo), a cuyo clausulado habremos de acudir para descubrir las obligaciones de las partes.

Respecto de los primeros, elementos comunes de uso privativo, es habitual que este uso se atribuya de forma exclusiva en la propia escritura de división horizontal, (véase el supuesto de algunas terrazas), aunque también se puede conferir por acuerdo de la junta mediante cesión o arrendamiento.

Y una vez tenemos clara la titularidad y el uso del elemento, hay que decir que ninguno de



estos dos factores van a ser determinantes para la atribución de responsabilidad, de forma que la Comunidad de Propietarios puede resultar responsable de daños derivados de elementos descritos en el título como privativos y un copropietario de aquellos que tienen su origen en un elemento común.

Porque lo que determina dicha responsabilidad en el ámbito de la Ley de Propiedad Horizontal es el incumplimiento de las obligaciones que dicha norma atribuye a cada uno de los que conforman este régimen especial de propiedad, recogidas en los artículos 9 y 10 de dicho Cuerpo legal.

Dispone el artículo 10.1 que:

*“Será obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado*



*sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios de modo que reúna las debidas condiciones de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad”.*

Y el artículo 9.1 establece como obligaciones de cada propietario:

- a) *Respetar las instalaciones generales de la comunidad y demás elementos comunes, ya sean de uso general o privativo de cualquiera de los propietarios, estén o no incluidos en su piso o local, haciendo un uso adecuado de los mismos y evitando en todo momento que se causen daños o desperfectos.*
- b) *Mantener en buen estado de conservación su propio piso o local e instalaciones privadas, en términos que no perjudiquen a la*

*comunidad o a los otros propietarios, resarcido los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes deba responder.*

- c) *Consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el artículo 17, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados.*
- d) *Permitir la entrada en su piso o local a los efectos prevenidos en los tres apartados anteriores.*
- g) *Observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares y responder ante éstos de las infracciones cometidas y de los daños causados.*

El mejor de los ejemplos para analizar este régimen de responsabilidad lo encontramos en las terrazas cubiertas, también llamadas ‘terrazas a nivel’, que son aquellas que teniendo atribuido su uso a un propietario sirven a la vez de cubierta al piso inferior. La normativa urbanística de separación a linderos que obliga a distanciarse de la propiedad colindante a medida que se incrementa la altura de la edificación ha contribuido a la proliferación de edificaciones en forma escalonada o tipo zigurat, donde abundan estas terrazas a nivel, que antes estaban reservadas a los áticos de los bloques de edificios.

Y esta proliferación ha sido directamente proporcional al incremento de la jurisprudencia dictada para dilucidar quién debe responder de los daños procedentes de las terrazas-cubierta, cuyo uso está reservado a un propietario y cuya titularidad puede ser común o privativa, según se describa en el título.

La respuesta, acudiendo a los preceptos citados, debe ser la siguiente:

1. Si los daños derivan de la falta de mantenimiento y conservación de la superficie de la terraza responderá el propietario que tiene atribuido su uso, por incumplimiento del artículo 9.1 a) LPH, si la terraza es común, o b) si la misma es de titularidad privativa.
2. Cuando los daños se deben a un defecto de la tela asfáltica o proceden de cualquier otro elemento estructural de la cubierta

responderá de su reparación e indemnización la Comunidad de Propietarios por aplicación del artículo 10.1 de la LPH., salvo que haya intervenido en la causación del mismo la actuación negligente o dolosa del comunero.

Respuesta avalada por nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 17 febrero 1993, 8 abril 2011 y 18 junio 2012, jurisprudencia que vienen aplicando las Audiencias Provinciales, entre las que citamos la sentenciada la AP Baleares (Sección 3ª), de 7 de junio de 2011:

*“Siguiendo esa doctrina, habrá que concluir sobre las terrazas que, a su vez, sirven de cubierta a la vivienda inmediata inferior, que si la filtración que causa las humedades se debe al mal estado de la estructura o forjado, o de la impermeabilización que excluye un mal uso o la falta de mantenimiento del propietario a que está atribuido aquel, corresponde a la Comunidad asumir el coste de la reparación, mientras que si el vicio o deterioro proviene del solado o pavimento, ya sea por el uso autorizado o por la negligencia del propietario en su cuidado o mantenimiento, será éste quien esté obligado a la ejecución de la reparación”.*

Y a dicha conclusión no obstará el hecho de que en el título describa la terraza como privativa. En este punto debemos abrir un paréntesis para aclararnos y aclararme. ¿Cómo es posible que el título describa una terraza-cubierta como privativa cuando anteriormente hemos sostenido que toda cubierta, ya sea tejado o terraza, es siempre un elemento común?, ¿no es esto una contradicción? No lo es si acudimos como hace la jurisprudencia a la Teoría de la naturaleza mixta de estos elementos, pues debe entenderse que la terraza-cubierta participa de una doble naturaleza: privativa en cuanto el título así lo reconoce y su superficie está integrada en el piso o local al que pertenece sobre la que su propietario puede ejercitar los derechos dominicales, y al mismo tiempo común en su calidad de cubierta que sirve de techo al piso inferior y de cerramiento al edificio en su plano horizontal.

A pesar de la claridad de los preceptos y de la doctrina jurisprudencial citada, aún hay numerosas sentencias que se dejan llevar por el criterio de la titularidad o del uso para atribuir la responsabilidad a quien no la tiene.

Así, la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sec. 5ª en sentencia de 30 de abril de 2012, consideró responsable de los daños que tenían su origen

en el deterioro de la impermeabilización de un patio privativo que a su vez servía de cubierta a varios locales a su titular, argumentando que al ser un elemento privativo es su propietario el que tiene la obligación de mantenerlo aunque los daños causados sean de falta de estanqueidad no superficiales.

Y la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 11ª, en sentencia de 22 de Abril de 2008 condenó a la Comunidad de propietarios al pago íntegro de la indemnización reclamada, al estar definida la terraza de la que procedían los daños como un elemento común, a pesar de reconocer que las humedades se debían, al menos parcialmente, a la negligencia de quien la usaba.

Y para finalizar este apartado, no podemos dejar pasar una alusión a la prueba pericial que en esta materia, como en otras tantas, resulta fundamental para atribuir la responsabilidad. El perito es un técnico al que corresponde determinar el origen del daño y su causa pero nunca si el elemento es común o privativo ni mucho menos a quién debe atribuirse la responsabilidad. Éstas últimas son cuestiones eminentemente jurídicas (y como hemos visto no siempre sencillas) a las que no se extienden los conocimientos del técnico encargado de elaborar la pericia y que competen al letrado director del procedimiento. No debemos, por tanto, dejarnos arrastrar por la calificación del perito sin someterla a nuestra consideración, pues hacerlo así constituye un error de partida que nos puede costar caro.

#### IV. Análisis de algunas cuestiones de interés

Una vez disponemos de las herramientas básicas para atribuir la responsabilidad por daños producidos en el seno de una Comunidad de Propietarios, nos detendremos en algunas cuestiones de índole práctica que se nos pueden plantear en el ejercicio profesional.

##### 1. Quién debe responder de los daños causados como consecuencia de las alteraciones realizadas en elementos comunes

En un principio, los apartados a) y g) del artículo 9. 1 LPH ofrecen una respuesta a esta pregunta en cuanto obligan al propietario a respetar los elementos comunes, a usarlos con diligencia y a responder de los daños causados.

Parece claro que si al instalar un cerramiento en su terraza-balcón un propietario daña el peto de la misma, deberá responder del daño causado, al igual que el comunero que provoca

filtraciones por la colocación en la fachada de un aparato de aire acondicionado o el que perfora la tela asfáltica al levantar una barbacoa en su solarium .

Pero, y si lo que hace el propietario es construir sobre su 'terracea a nivel' un cuerpo de edificación convirtiendo la parte ampliada en cubierta del edificio. Quién debe responder de los daños que ocasione dicha nueva cubierta por defectos de impermeabilización.

No existe una respuesta unívoca de las Audiencias Provinciales, sino dos líneas diametralmente opuestas:

1. La que entiende que deberá responder la Comunidad que ha consentido dicha edificación y con ella la alteración de los elementos comunes del inmueble.
2. La que considera que el responsable es el propietario del elemento construido que no formaba parte de la división horizontal originaria y que el comunero ha ejecutado en su propio beneficio.

A la primera postura corresponde la sentencia de la AP Málaga, Sec. 4.ª, de 21 de enero de 2010, en la que se afirma que habiendo sido la obra autorizada por la Comunidad, deberá ésta responder de las obras de reparación de la nueva terraza cubierta ampliada al ser elementos comunes del edificio en todo aquello que rebasen los gastos de mera conservación. En el mismo sentido SAP Burgos, Sec. 3ª, 19 septiembre 2011 y SAP Ourense, Sec. 1.ª, 30 junio 2005.

Y a la tesis de la responsabilidad del propietario pertenece, entre otras, la sentencia de la AP Girona, Sec. 2.ª, de 18 de enero de 2006 por considerar que "si es una obra ejecutada por un copropietario en su exclusivo beneficio, y en ejercicio de un derecho especialmente reconocido, esa cubierta ha de correr al exclusivo cargo, en su construcción y mantenimiento, del titular que la ha instaurado o de los sucesivos titulares que de aquel traen causa, y no de la Comunidad de propietarios en tanto no constituye un elemento común según el título constitutivo de la propiedad horizontal".

Y la AP de Cantabria en sentencia de 16 de enero de 2006, además de este razonamiento añade en su fundamento jurídico tercero:

El segundo argumento no es menos valioso a los efectos que nos ocupan. Pues con olvido de la doctrina de la autopuesta en peligro,

pretende la actora presentarse como víctima cuando es la autora de sus propios daños y perjuicios. Y es que ya fuera ella misma ya la persona de quien compró (es indiferente a estos efectos), el origen de las filtraciones está, según la pericial, en la deficiente ejecución de la obra (sin consentimiento de la Comunidad) hecha u ordenada por ella misma; carece, pues, de sentido jurídico se reclame a la Comunidad por una acción negligente imputable a la propia actora, proyectada sobre un elemento privativo o incluso sobre un elemento común, que a estos efectos, insistimos resulta irrelevante.

He de decir en defensa del letrado de la actora de este procedimiento, que yo también desconocía esta doctrina de la 'autopuesta en peligro' y que, tras indagar sobre la misma sólo he encontrado cuatro resoluciones que aludan a ella, una de las cuales es la de autos. Las demás se dictaron en el ámbito de la responsabilidad extracontractual derivada de espectáculos y deportes de riesgo, asimilándola a la teoría de la asunción del riesgo más que a la culpa exclusiva de la víctima.

De entre las dos posturas jurisprudenciales barajadas, personalmente me inclino por esta última por motivos de legalidad (ya que a ella nos lleva la aplicación de los preceptos de la LPH), de justicia material y porque entiendo que incluso mediando consentimiento de la Comunidad para realizar la construcción (ya sea expreso o tácito), no debe elevarse este consentimiento a título de imputación y éstos son tres: riesgo, culpa y sacrificio.

Dicho esto, debo reconocer que al adquirente de un piso reformado no le faltarán argumentos para exigir a la Comunidad la reparación de la impermeabilización de la cubierta ampliada. Pues cabría preguntarse: ¿no es la cubierta siempre un elemento común? y ¿no está acaso aceptando la Comunidad consintiendo la obra que se desplace la cubierta originaria -y con ella su responsabilidad- a un nivel superior?

## 2. Posible solidaridad entre la Comunidad y el copropietario

Cuando del análisis pericial acerca de la procedencia y etiología del daño se evidencie que tanto la Comunidad como el copropietario han coadyuvado a la producción del mismo ¿podemos hablar de responsabilidad solidaria? El principio general es que no habrá tal solidaridad cuando pueda determinarse el grado de participación de cada uno de los agentes en la producción del daño, individualización que en

muchos casos es posible. Y sólo cuando dicha fijación fuera imposible cabría hablar de solidaridad impropia para la indemnización de los daños al perjudicado, sin perjuicio del derecho de repetición de los responsables entre sí.

Más difícil resultará apreciar la solidaridad en la obligación de reparar pues competirá a cada uno de los responsables hacerse cargo de la reparación o reposición de aquellos elementos deteriorados y a cuyo mantenimiento vengán obligados conforme a los artículos 9 y 10 de la Ley de Propiedad Horizontal. Así por ejemplo, en el supuesto de las terrazas a nivel, el propietario vendrá obligado a reponer la solería y la Comunidad la tela asfáltica, forjado y demás materiales estructurales dañados, elementos que resultan fácilmente cuantificables e individualizables.

Si bien la jurisprudencia menor viene aplicando la solidaridad impropia a supuestos de indemnización de los daños causados en el ámbito de las Comunidades de Propietarios, ello no debe llevarnos a utilizar esta figura para suplir las carencias de un informe pericial que, de haber sido riguroso y completo, hubiera podido graduar la participación de cada interviniente en el resultado dañoso e incluso exonerar de responsabilidad a uno de los supuestos culpables.

Aunque, siempre podemos encontrar sentencias como la de la AP Asturias, Sec. 6.<sup>a</sup>, de 17 de noviembre de 2003 que considera responsable solidario de los daños al propietario de la terraza por el sólo hecho de ser titular de la misma, al no resultar identificada la causa de las filtraciones, a pesar de reconocer que las mismas pudieran deberse bien a la caducidad de la tela asfáltica, bien al deterioro del peto de la fachada o del forjado de la terraza, elementos, todos ellos, que por su naturaleza corresponde reparar única y exclusivamente a la Comunidad de Propietarios.

### 3. Sobre el carácter dispositivo o imperativo de los preceptos estudiados

Otra cuestión de interés es determinar si las normas que establecen obligaciones para los propietarios y para la Comunidad, en las que hemos residenciado la responsabilidad son de carácter dispositivo o si, por el contrario, resultan de derecho necesario. En otras palabras ¿podría estipularse en los estatutos o en un acuerdo comunitario que un propietario deberá mantener la terraza y responder de sus filtraciones, sea cual fuere la naturaleza del daño que se origine las mismas?



El artículo 396 CC, distanciándose de la regla de la autonomía de la voluntad que recoge el 392 para las comunidades de bienes dispone en su último párrafo que “esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas lo permitan, por la voluntad de los interesados”. Lo que imprime un carácter de imperatividad a la Ley de Propiedad Horizontal, naturaleza que se desprende igualmente de la Disposición transitoria primera de la Ley 49/1960 y de la Disposición Final de la Ley de reforma 8/1999, por las que se dejan sin efecto las cláusulas estatutarias que se contradigan con lo dispuesto en la Ley.

Y también la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aludido a esta naturaleza de derecho necesario. Desde la sentencia de 16 de mayo 1967 donde el Alto Tribunal dice que la Ley de Propiedad Horizontal no restringe ni amplía el artículo 1255 del Código Civil, aunque queda poco margen, dado el carácter imperativo, hasta la sentencia de 17 de Marzo de 2011, pasando por la resolución de 8 de octubre de 1993, que dispone:



*“Es un principio básico del régimen de la PH instituido por la Ley 49/1960, de 21 julio (RCL 1960\1042y NDL 24990), la prevalencia del derecho necesario sobre el dispositivo, lógica consecuencia de los abusos que antes de la promulgación de dicha Ley se venían cometiendo a virtud de una no justa y sí exagerada aplicación de la voluntariedad que antes imperaba en este tipo de relaciones”.*

Doctrina jurisprudencial que ha sido acogida por las Audiencias Provinciales de entre las que citamos, por todas, la Sentencia AP Málaga, Melilla, Sec. 7.<sup>ª</sup>, de 12 de mayo de 2009.

Para resolver esta cuestión, resulta especialmente revelador el texto de la Exposición de Motivos de la Ley 49/60 cuando señala que esta materia estaba entregada a la autonomía privada reflejada en los estatutos, dictados normalmente por el promotor al que se adherían los nuevos propietarios, viniendo la Ley a regular estas relaciones y los derechos y deberes de los propietarios que podrán completarse con la autonomía privada “siempre que no contravengan las normas de derecho ne-

cesario claramente deducibles de los mismos términos de la Ley”.

Queda pues, la difícil tarea de acotar qué preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal son imperativos y cuáles tienen carácter dispositivo, atendiendo al tenor gramatical de los mismos.

En mi opinión, los términos de la ley cuando alude a las obligaciones de mantenimiento de la Comunidad y de los propietarios son imperativos, en contraposición con otras expresiones claramente dispositivas y con remisiones a la autonomía de la voluntad que el legislador emplea en otros preceptos, y pretenden evitar que por el promotor o por una mayoría de propietarios, se creen situaciones de privilegio, injusticia y desigualdad.

Entiendo con ello, que ni el título, los estatutos, ni la junta de propietarios podrá alterar este régimen de obligaciones.

Pero tengo que decir que ésta es una opinión personal, ya que el Tribunal Supremo si bien se ha pronunciado sobre el carácter imperativo de otros preceptos, no lo ha hecho sobre los que aquí nos ocupan.

Tampoco lo han hecho de forma expresa nuestras Audiencias Provinciales, aunque algunas resoluciones condenan a la Comunidad al pago de la indemnización a pesar de la existencia de normas estatutarias o acuerdos comunitarios que atribuyen la conservación de un elemento a un propietario, por tratarse de defectos de estanqueidad o estructurales, lo que supone un reconocimiento tácito del carácter imperativo del art. 10.1 LPH.

#### 4. El debate jurisprudencial sobre la prescripción de la acción de reclamación de daños en el ámbito de la Propiedad Horizontal

No menos polémica es la cuestión sobre el plazo prescriptivo de la acción de reclamación de daños y perjuicios en el seno de la Comunidad de Propietarios. La jurisprudencia menor nos viene ofreciendo desde hace años, dos posturas enfrentadas:

- 1.- La que considera que dicho plazo es el de un año recogido en el artículo 1968 2º del Código Civil al entender que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual (SS AP Valencia, Sec. 8.<sup>ª</sup>, 21 enero 2008; AP Madrid, Sec. 25.<sup>ª</sup>, 2 noviembre y 2 diciembre 2011 y Sec. 21.<sup>ª</sup>, 3 julio 2012).

2.- La que entiende aplicable el plazo de quince años previsto en el artículo 1964 de dicho Cuerpo legal para las acciones personales que no tienen señalado un plazo específico, por considerar que la acción que se ejercita no deriva del 1902 CC, sino de las obligaciones que la Ley de Propiedad Horizontal impone a la comunidad y a los propietarios para regular las relaciones vecinales (SS AP Almería, Sec. 1.<sup>a</sup>, 11 Octubre 2002, AP Cantabria, Sec. 4.<sup>a</sup>, 11 enero 2008, AP Madrid, Sec. 18.<sup>a</sup>, 15 de septiembre 2005 y 11 diciembre 2008; AP Valencia, Sec. 11.<sup>a</sup>, 15 diciembre 2008; AP Guipúzcoa, Sec. 3.<sup>a</sup>, 3 noviembre 2009; AP A Coruña, Sec. 5.<sup>a</sup>, 24 noviembre de 2011).

Doctrina que sigue la AP Huelva, Sección 2.<sup>a</sup>, en Sentencia de 28 de marzo de 2006, cuando dispone que:

“No hay supuesto de responsabilidad extracontractual en el sentido que expresan los arts. 1.902 y ss., ni *cuasi* delito identificable, sino incumplimiento por la entidad demandada de uno de los deberes que, en la compleja relación que existe entre propietarios singulares y la comunidad de la que forman parte (que dibuja un haz de derechos y deberes de cada uno entre sí), establece la LPH, en concreto en su art. 10.1. Se trata pues de un caso de responsabilidad legal o derivado del incumplimiento de una obligación *propter rem*, consustancial a la titularidad de los elementos comunes, siendo el caso de aplicar las normas de los arts. 1902 y ss. cuando esa dejadez o falta de cuidado en el mantenimiento de las instalaciones comunes causa daño a un tercero, no a un miembro de la misma al que atan, por parte y de manera similar, los deberes para con la Comunidad que señala el art. 9 de la LPH y cuyos incumplimientos no pueden ser calificados como casos de responsabilidad extracontractual; difícilmente puede decirse que cada uno de los condueños pueda ser considerado tercero frente a la propia comunidad de la que forma parte”.

Es frecuente que la jurisprudencia menor se remita, para defender la prescripción de 15 años a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1993, pero lo cierto es que el supuesto de hecho que recoge esta resolución nada tiene que ver con una acción de indemnización por daños en el seno de la Comunidad. La citada sentencia se pronuncia sobre una acción de restitución por obras in consentidas, entendiendo que el plazo de prescripción para exigir la misma al nuevo propietario es de 15 años y no de 30 como correspondería al causante de la per-

turbación. Así las cosas, lo único que podemos extraer de esta sentencia en favor de la tesis de los quince años es la genérica afirmación que realiza el Tribunal en su fundamento de derecho sexto cuando alude a las relaciones obligacionales que surgen de la pertenencia a una Comunidad regida por la Propiedad Horizontal. Sólo esto y nada más.

De las dos líneas jurisprudenciales expuestas, si bien la primera de ellas ha venido siendo mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, actualmente se está abriendo paso con fuerza la tesis de la prescripción ordinaria de 15 años. En mi opinión, es ésta segunda más acertada, siempre y cuando el que acciona no sea un tercero ajeno a las relaciones vecinales, sino un copropietario o la propia Comunidad.

Y a esta conclusión me lleva la propia dicción del artículo 1968 CC cuando dice que:

Prescriben por el transcurso de un año:

“2º La acción para exigir responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902 CC”.

El precepto hace referencia a la responsabilidad por las obligaciones derivadas del 1902 CC y, como hemos visto, las reclamaciones entre comunero y Comunidad no tienen su fundamento en este artículo, sino en las obligaciones recogidas en los artículos 9 y 10 de LPH.

En definitiva, sea cual sea la naturaleza de esta responsabilidad (legal, contractual, extracontractual), debemos convenir que no nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual ordinaria del artículo 1902 CC donde el perjudicado es un tercero, un extraño al que no le une ningún vínculo obligacional con el responsable. Por ello, tratándose de una obligación personal que no tiene atribuido otro plazo, deberá aplicársele el de 15 años del artículo 1964 CC, conclusión a la que nos llevará también la doctrina jurisprudencial que propugna una interpretación restrictiva de la prescripción al no fundarse ésta en razones de justicia intrínseca, sino de seguridad jurídica.

Y precisamente en aras a la seguridad jurídica sería deseable que sobre esta materia se pronunciara el Tribunal Supremo poniendo fin a la contradictoria jurisprudencia de las Audiencias, pues no cabe duda de que el asunto ofrece un evidente interés casacional.



## Breve análisis de la reclamación de daños sufridos en accidentes de circulación en España por alemanes ante los juzgados de su país

**Lutz Carlos Moratinos Meissner**

Rechtsanwalt & Abogado

Socio del bufete Simon und Partner, Hamburgo

### Antecedentes

A raíz de la sentencia del 13 de diciembre de 2007 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto 463/06), que estableció la habilitación del foro jurisdiccional a favor de los juzgados y tribunales competentes en el lugar de residencia del Estado miembro donde la víctima tiene su residencia habitual para conocer de las acciones directas contra un asegurador de otro Estado miembro, que se originó en su día debido a una cuestión de prejudicialidad presentada por el Tribunal Federal Superior Alemán (*BGH-Bundesgerichtshof*, asunto VI ZR 200/05), se ha abierto una nueva vía estratégica y fáctica de reclamar directamente en Alemania cualquier daño -material o corporal- ocasionado a un residente en Alemania en un accidente de circulación en España.

Como ya indicó nuestra compañera **MARÍA JOSÉ FERNÁNDEZ MARTÍN** en su artículo publicado en el número 24/2007 de esta revista '*Competencia judicial en el país del perjudicado para re-*

clamar los daños sufridos en accidente de circulación' el Tribunal considera que basándose en el contenido del Reglamento 44/2001 del Parlamento y del consejo de 22 de diciembre de 2000 y en concreto en la aplicación de los artículos 11, 2 en relación con el artículo 9,1 b) que el perjudicado tiene la misma posición jurídica de protección en el seguro de responsabilidad civil que el beneficiario de cualquier otro seguro bajo un régimen legal de reconocimiento de la acción directa contra el asegurador. Precisamente el Tribunal Territorial de Hamburgo en su sentencia del 28.06.2006 (331 O 109/05; VersR 2006, 1065) había sostenido una opinión contraria a esta interpretación y desestimado la demanda del perjudicado.

En este sentido, debemos mencionar que la Cuarta Directiva introdujo un nuevo sistema de protección para las víctimas de accidentes ocurridos fuera del país de su residencia, mediante la obligación del asegurador de nombrar y tener en cada estado miembro de la Unión Europea un representante frente al cual se pudiesen reclamar los daños y perjuicios sufridos, lo que no implicó, por otro lado, el ejercicio de una acción directa del perjudicado desde su propio país.

### Situación anterior y posterior al 13.12.2007

Mientras que hasta finales de 2007 el perjudicado tenía que dirigirse directa o indirectamente a la aseguradora del causante del accidente, por ejemplo a través del representante de la compañía aseguradora española en Alemania, según los criterios de la Directiva 2000/26/CE, lo que en la práctica significaba no sólo un trámite sumamente lento, sino que llevaba en muchos casos a que las aseguradoras no accedían a la regulación de los daños o accedían únicamente a resarcir parcialmente los daños ocasionados.

En todos estos casos, el perjudicado tenía que recurrir a la reclamación de los daños no reconocidos ante los juzgados competentes de la sede social de la compañía aseguradora, es decir en España.

Obviamente la sentencia del Tribunal Europeo no solo ha suscitado aceptación en los profesionales que actuamos o bien en defensa de los perjudicados o en representación de la aseguradora que deba, supuestamente, resarcir los daños. Sin embargo, la sentencia ha generado un número creciente de reclamaciones ante los juzgados alemanes. Dicho esto, es evidente que en la práctica de regulación los damnificados en un accidente tienen a día de hoy una

situación estratégica más favorable para reclamar los daños sufridos, pueden acceder a una negociación a veces lenta y difícil o presentar directamente demanda de reclamación ante el juzgado competente de su residencia habitual en la República Federal Alemana.

En consecuencia y como ha podido constatar el catedrático Prof. Dr. ANSGAR STAUDINGER de la Universidad de Bielefeld en su ponencia durante el último congreso de Asociación Hispano-Alemana de Juristas en Bamberg, se ha apreciado una disposición de regulación más ágil en estos casos por parte de las aseguradoras españolas.

### Derecho aplicable y normas de enjuiciamiento civil alemanas

El Derecho internacional alemán establece en el artículo 40 EGBGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*) la aplicación del derecho material español; es decir, del Código Civil y, consecuentemente, de la LRCSCVM a los siniestros ocurridos en España. Esta norma reproduce por tanto lo que mismamente establece el artículo 31 de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, así como el sistema general de derecho internacional privado.

Por otro lado, debemos mencionar explícitamente que la Ley de enjuiciamiento civil alemana (*Zivilprozessordnung*) en su artículo 293 y la doctrina del Tribunal Supremo Alemán, el *Bundesgerichtshof* (BGH), establece que los Juzgados deberán y tendrán que aplicar el derecho extranjero de oficio, para lo cual podrán servirse de los medios de averiguación que estimen necesarios. Establece la norma además que "el derecho extranjero no tendrá que ser objeto de prueba, cuando el juzgado lo conoce".

En la práctica procesal esto significa sencillamente que, en general, los letrados del demandante suelen dejar constancia en el escrito de demanda de las normas aplicables del derecho extranjero, aportando en su caso artículos en alemán sobre el derecho extranjero o traducciones de las normas que sustentan el *petitum* de la demanda con el fin de que el juzgado 'conozca' el derecho y las normas aplicables extranjeras.

Es por ello suficiente aportar a la demanda las normas que según el demandante fundamentan la demanda y solicitar en caso de oposición que el juzgado nombre experto en el derecho extranjero que corresponda para pre-

sentar un dictamen sobre el derecho aplicable, que bien puede, por ejemplo, un profesional del derecho o bien un departamento de derecho internacional privado de una universidad alemana (por ejemplo, el *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* en Hamburgo).

En todo caso, si el demandado alega que no es aplicable una norma concreta del derecho extranjero, ésto no será suficiente para que el juez solicite un dictamen de un experto en el derecho extranjero (cuyos gastos tendrá que afrontar lógicamente el demandante, siguiendo las reglas aplicables a la carga de la prueba), sino que tendrá que alegar concretamente por qué razón las normas citadas no son aplicables.

No cabe duda que el tratamiento procesal del derecho aplicable es por ello menos rígido que el establecido en el art. 281 de la LEC en combinación con la carga de la prueba en la doctrina del Tribunal Supremo, que mantiene que los órganos judiciales españoles “*tienen la facultad, pero no la obligación, de colaborar en la determinación del contenido del Derecho Extranjero*” –sentencias de 9 de noviembre de 1984 (RJ 1984/5372) y 10 de marzo de 1993 (RJ 1993/1834)- y que corresponde alegar y probar el derecho extranjero a la parte que lo invoca –sentencia de 3 de marzo de 1997 (RJ 1997/1638)-. La doctrina del Tribunal Supremo da incluso un paso más que el *BGH*, ya que considera que cuando no es posible a los tribunales fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, éstos habrán de juzgar y fallar según el derecho patrio –STS num. 1132/2000, de 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10439)-.

**Sentencias del Tribunal Territorial de Krefeld, de 6 de noviembre de 2008; de la Audiencia Provincial de Düsseldorf, de 22 de julio 2009; del Juzgado de Primera Instancia de Zeven, de 28 de octubre de 2010; y del Tribunal Territorial de Stade, de 4 de marzo de 2011**

La Audiencia Provincial de Düsseldorf (*Oberlandesgericht*) ratificó en su sentencia del 22 de julio de 2009 (asunto 1 U 190/08) la sentencia en primera instancia del Tribunal Territorial de Krefeld (*Landgericht*) de 6 de noviembre de 2008 (asunto 3 O 143/08), que se dictó a raíz de la demanda interpuesta por la actora, una compañía alemana de transportes, el 21 de abril de 2008. Mencionamos estas fechas para ver que entre la interposición de la demanda y la sentencia en Primera Instancia solamente transcurrieron escasamente 6 meses y

aproximadamente otros 8 meses para resolver en apelación, dato importante para entender por qué puede significar ventajoso para el demandante acceder a la jurisdicción alemana, que no debemos obviar, puede ser igual de lenta o ágil –siempre dependiendo del punto de vista que la española, por lo que ruego no se entienda este inciso como una crítica hacia el sistema judicial español. No obstante, ahí queda el dato.

En el caso que fundamenta la demanda se reclamaron daños y perjuicios debidos a un accidente acaecido el 21 de agosto de 2006 en la A-7 dirección Valencia, a altura de la salida 40 a Tortosa. En el accidente fue dañado el tractorcamión de la demandada, así como el semiremolque que ésta había alquilado a un tercero, sufriendo además pérdida de la mercancía transportada. La aseguradora española demandada alegó prescripción de las acciones según el artículo 1968 del Código Civil.

El *Landgericht* y el *Oberlandesgericht* estimaron que la acción no había prescrito ya que la demandante no era responsable de que en el atestado policial de la Guardia Civil no fuese legible en totalidad la matrícula del vehículo responsable del siniestro y que, por ello, no era responsable de que en base a la matrícula incorrecta se dirigiera a una oficina representante (según el art. 5 de la 4 Directiva 2000/26/CE) en Alemania de una aseguradora en la que el vehículo responsable no estaba asegurado. Por ello, la reclamación extracontractual se realizó en tiempo no prescrito dentro de un año desde que el perjudicado tuvo conocimiento de la identidad del causante y pudo proceder a la reclamación.

Fundamenta el Tribunal Territorial de Krefeld su sentencia del 06.11.2008 de la siguiente manera:

“La aplicación del Derecho Español resulta del Art. 40.1 y 40.4 de la Ley de introducción del Código Civil (*Einführungsgesetz zum BGB*), del que resulta que las acciones dimanantes de una acción ilícita se regirán por el Derecho nacional en donde haya actuado el obligado a resarcir el daño. En accidentes de circulación son responsables el conductor y el propietario del vehículo, Art. 40.1. EGBGB, por lo que deberá atenderse a la Ley aplicable en el lugar del accidente. Por ello, en este caso se atenderá a lo dispuesto en la Ley aplicable española (...).”

“Debe constatarse que el parte de accidente de la policía española era prácticamente ilegible. Concretamente, la matrícula del vehículo



causante del accidente estaba escrita de forma borrosa y no podía finalmente leerse (...). El conocimiento necesario de la persona responsable para resarcir el daño abarca en todo caso el nombre y la dirección de la misma (BGH NJW 2001, 1721). No existen indicios, ni las partes los han alegado, de que en el Derecho español sean de aplicación otros criterios en relación al conocimiento de la persona contra la cual se dirige la reclamación según el Art. 1969 del Código Civil”.

“Los daños reclamados deberán ser restituidos íntegramente, según el Art. 1902 del Código Civil. La persona que ocasione un daño a otra persona quedará obligada a resarcir dicho

daño. La demandante reclama los gastos del alquiler de un semiremolque en sustitución del remolque dañado, la pérdida del flete, así como los gastos del peritaje y los daños directos ocasionados, y fundamenta dicha pretensión en las sentencias de la AP Pontevedra de 30.01.2003, AC 2003, 417; de la AP Melilla de 24.06.2003, AC 2003, 2176; y en la sentencia de la AP Alicante de 18.02.1999, AC 1999, 265. La demandada no se ha opuesto a dichas alegaciones. Independientemente de esto, la letra del Art. 1902 Código Civil justifica la compensación de estos daños. No existen además indicios contrarios en el Derecho español de los cuales se pueda desprender que los daños ocasionados no deban ser resarcidos”.



Audiencia Provincial (Oberlandesgericht) de Düsseldorf.

En la sentencia que sigue a la apelación por la aseguradora, que pretende el reconocimiento de la prescripción de la acción, la Audiencia Provincial de Düsseldorf de 22.07.2009, se limita a decir lo siguiente:

“Puede ser que el perjudicado podría haber reclamado directamente al conductor y propietario del vehículo. Posiblemente, los datos recibidos en el parte de accidente pudieran haber sido suficientes. En el parte, sin embargo, no se habían incluido los datos de la aseguradora, ni los datos de la representante de la misma en Alemania.

La demandada se equivoca al no entender que el perjudicado no estaba obligado a recla-

mar extrajudicialmente los daños sufridos al conductor y/o al propietario del vehículo causante del accidente. Tenía el perjudicado, en virtud de sus intereses de regulación de los daños, todo el derecho de intentar reclamar los daños al deudor solidario más potente, es decir, a la compañía aseguradora española y en este caso a su representante en Alemania. Esto es especialmente válido en relación a las intenciones de la Cuarta Directiva, la cual pretende el trato igual de todos los perjudicados, independientemente del lugar del accidente. Parte de intentar reducir las consecuencias de una confrontación con un Derecho extranjero, una lengua y un sistema de regulación desconocido y un periodo de regulación de los daños imperceptible”.

“No puede entenderse en detrimento del perjudicado que este se haya dirigido, en aras de reclamar los daños ocasionados, a la entidad que es competente para facilitar, según la Cuarta Directiva, la identidad de la compañía aseguradora y su representante”.

En consecuencia se desestimó la apelación y se estimó en totalidad la reclamación de la demandante. En este procedimiento, el Juzgado no recurrió a un dictamen pericial sobre el derecho aplicable y concedió a la demandante la totalidad de los daños reclamados.

En otra sentencia, en vía de apelación del *Landgericht Stade* de 4 de marzo de 2011 (asunto 1 S 72/10), en base a la sentencia dictada por el juzgado de Primera Instancia de Zeven (*Amtsgericht*) el 28 de octubre de 2010 (asunto 3 C 392/08) interpuesta también por una compañía alemana de alquiler y leasing de tractocamiones, remolques y semiremolques, el juzgado territorial mantuvo que no habían prescrito los daños que había sufrido la actora en un accidente en la A-4 el 6 de septiembre de 2006 en Madrid, según el artículo 7 de la LRCSCVM. La demanda se interpuso el 15.08.2008 ante el juzgado de Primera Instancia de Zeven en base a la cuantía del asunto, que no superaba los 5.000 Euros y la demandada fue condenada en rebeldía el 28.11.2008, contra la cual recurrió en tiempo y forma.

En cuanto a la cuantía nada más aclarar que los juzgados de Primera Instancia (*Amtsgerichte*) son competentes, cuando la cuantía no supere los 5.000 Euros. Si la cuantía es superior, son competentes en materia civil los tribunales territoriales (*Landgerichte*) en Primera Instancia.

En este caso, el juzgado de Primera Instancia solicitó en base a la oposición de la demandada en relación a la interpretación del artículo 1.973 del Código Civil referente a la interrupción de la prescripción por reclamación extrajudicial un dictamen de un experto en derecho español y nombró para ello a un compañero con despacho profesional en Francfort/Meno, el cual ratificó la interpretación dada por la demandante del artículo 1.973 del Código Civil.

De esta sentencia me permito resaltar las siguientes conclusiones:

“El juzgado ha practicado prueba mediante un peritaje sobre la situación legal española, así como mediante el testigo del accidente (...)”.

“La pretensión de la demandada se desprende del Art. 7.1 Nr. 1 de la LRCSVM y Art. 1902 del Código Civil (...). Según el informe pericial, los gastos netos de reparación son un daño resarcible, aún cuando efectivamente no se haya procedido a la reparación del vehículo. En cambio, no es resarcible, según el informe pericial, los gastos del informe pericial sobre la cuantía de los daños materiales. Se trata de costas procesales que deberán reclamarse en la tasación de costas”.

Sin embargo, en el procedimiento ante el tribunal territorial de Krefeld, el juzgado sí estimó como parte del daño estos gastos, al no haberse opuesto la parte demandada, representada por abogados, que posiblemente hayan partido de la aplicación de la doctrina alemana, que declara los gastos de la peritación de los daños por encargo del perjudicado en todo caso como parte del daño a resarcir por el causante del accidente.

### Aplicación del 'baremo' de la LRCSCVM

En ambos casos no hubo daños personales, por lo que no podemos aún hacer ningún avance sobre cómo aplicarán los juzgados alemanes el baremo que, como bien es sabido, acapara una gran parte de la valoración de la indemnización de los daños corporales, pero que no incluye en su sistema de valoración la indemnización por el lucro cesante como parte del daño patrimonial, que en Alemania se regula a través de las normas generales establecidas en el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

Será interesante ver si los juzgados alemanes en casos de, por ejemplo, invalidez temporal o permanente accederán a regular el daño patrimonial y, en especial, el lucro cesante. Se

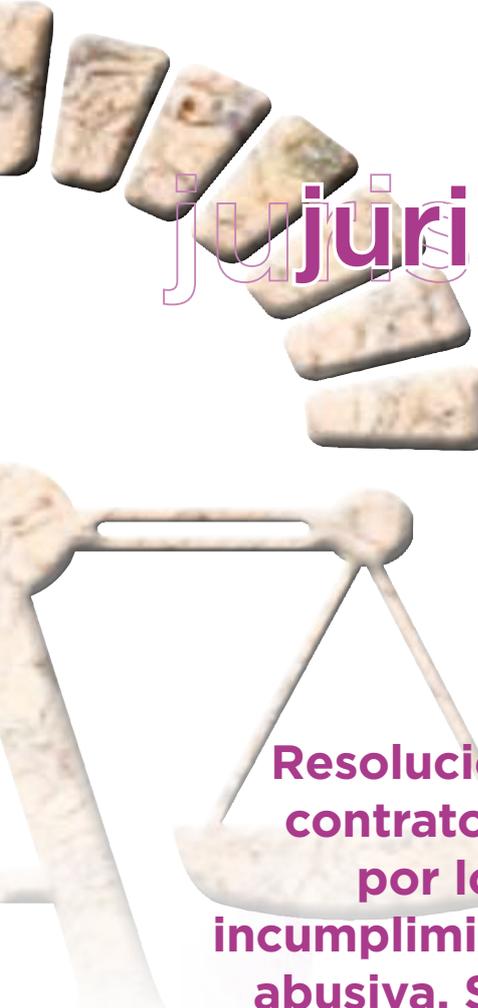
verá también qué influencias podrán tener las sentencias del Tribunal Supremo del 25 de marzo de 2010 y 31 de mayo de 2010 en cuanto al principio de reparación íntegra del daño, teniendo en cuenta que los factores de corrección del baremo se consideran por parte de la doctrina en algunos casos manifiestamente desproporcionados, sentencias que según el artículo 293 de la LEC alemana también deberán, en principio, considerar los juzgados alemanes en el marco de la aplicación del Derecho español.

No obstante, no podemos negar categóricamente la posibilidad de que un juzgado alemán conceda indemnizaciones que en España en la actualidad no se otorgan y, a pesar, de que mediante la Ley 21/2007 del 11 de julio, el legislador ha introducido una limitación en la nueva disposición del artículo 4.3 de la LRCSCVM al establecer que la cuantía de la indemnización cubierta por el seguro obligatorio en los daños causados a las personas se determinará con arreglo lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 1 de esta Ley, con lo que la indemnización quedará sujeta a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios previstos en el anexo.

### Conclusiones

Teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la aplicación y la prueba del Derecho extranjero, creo que podemos llegar a la conclusión de que la reclamación de daños en Alemania por un residente en alemán ocasionados por accidentes ocasionados en España ante los tribunales alemanes es procesalmente más accesible que viceversa, y me atrevo a manifestar que el número de reclamaciones por residentes en España contra compañías extranjeras ante los tribunales españoles van a ser en número muy inferiores a las reclamaciones contra las compañías españolas, especialmente en Alemania.

Viendo el contenido de las sentencias alemanas expuestas anteriormente, que como se puede observar dependen también en gran medida de las alegaciones de los letrados en cuanto al contenido del Derecho español y la doctrina española, podemos obtener resultados en beneficio de los perjudicados o detrimento de las aseguradoras que posiblemente ante los juzgados de nuestro país no se den. La vía judicial alemana abre por ello posibilidades a los perjudicados y conlleva, a mi juicio, un riesgo importante para las aseguradoras que, por este motivo, ya han modificado en parte la práctica de regulación de daños, sin que ello evite en cada caso la interposición de una demanda en otro país de la Unión Europea.



# jurisprudencia

## Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD  
CIVIL

**Resolución unilateral de la parte compradora del contrato de prestación de servicio. Reclamación por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato de manera unilateral y abusiva. Se concede por nuestro alto tribunal una indemnización de 4.040.910 euros en concepto de daño emergente, rebajando de la condena la cantidad concedida en segunda instancia en concepto de daño moral, al entender que no se ha verificado la imputación objetiva del daño a la entidad incumplidora del contrato**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 10 de julio de 2012.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

### Fundamentos de Derecho

**PRIMERO.**- Los hechos fundamentales que han dado lugar al presente proceso y que determinan su objeto son, como refleja la sentencia recurrida, los siguientes: en fecha 4 de marzo de 2005, las entidades Galileo España S.A. y Galileo Portugal Limited, por un lado, y Viajes Barceló S.L., Barceló Business S.A., Viajes Interopa S.A. y Escalatur Viagens e Turismo, suscribieron un contrato cuyo objeto era la realización y prestación de diferentes servicios por parte de Galileo, como eran el acceso de las demandadas por medio de la tecnología Galileo Web Services, su utilización y prestación de la mis-

ma, suministro de equipos, instalación y mantenimiento de sistemas informáticos propios de Galileo, servicio Informatizado de reservas y otros servicios adicionales que las partes pudieran acordar. En fecha 1 de julio de 2005 las entidades demandadas anunciaron su voluntad de resolver el contrato. Posteriormente, el grupo de empresas Barceló revocó su voluntad de resolución contractual y manifestó su deseo de efectuar sus reservas a través del sistema de Galileo, firmándose en fecha 5 de julio de 2005 un '*addendum*' al contrato de 4 de marzo de 2005. El inicio de los efectos del contrato se había producido en fecha 4 de marzo de 2005, con una duración de seis años computados desde la fecha de finalización del proceso de migración, plazo éste al que había que añadir el periodo de tiempo transcurrido desde la firma del contrato hasta la terminación del proceso de migración.

Dicho proceso no comenzó hasta el 27 de julio de 2005. En fecha 24 de octubre de 2005 y antes de finalizar el proceso de migración, el grupo Barceló comunicó su deseo de resolver de forma amistosa el contrato de 4 de marzo de 2005, amparándose en la cláusula 10.8. Galileo se opuso a cualquier tipo de resolución contractual, procediendo posteriormente a la interposición de la presente demanda en la que solicita que se declare que el grupo Barceló ha incumplido el contrato de 4 de marzo de 2005 y su '*addendum*' de 5 de julio, de forma unilateral y abusiva y se le condene a abonar una indemnización por daño emergente, lucro cesante y daño moral. En concreto solicitaban una indemnización de cuatro millones cuarenta mil novecientos diez euros (4.040.910 euros) por daño emergente; veinte millones setecientos ochenta mil dólares (20.780.000 dólares) por lucro cesante -subsidiariamente solicita que dicha indemnización se cifre en la suma de 15.960.000 dólares- y, por último, la cantidad de un millón de euros (1.000.000 euros) por daños morales. Las entidades demandadas se opusieron a dichas pretensiones y, seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Palma de Mallorca dictó sentencia de fecha 9 de abril de 2008 por la cual estimó en parte la demanda respecto de Viajes Barceló SL, Barceló Business SA y viajes Interopa SA y declaró que las mismas habían incumplido el contrato al resolverlo unilateral e injustificadamente, condenándolas por ello a abonar a las demandantes la cantidad de 4.040.910 euros en concepto de daño emergente y 1.000.000 euros en concepto de daño moral, más los intereses legales de dichas sumas desde la fecha de la reclamación judicial, sin imposición de costas. Por otra parte deses-

timó la demanda interpuesta contra Escalatur Viagens e Turismo y absolvió a dicha entidad de las pretensiones articuladas en su contra en la demanda, con imposición a los demandantes de las costas de la primera instancia causadas por dicha entidad absuelta, e igualmente rechazó la pretensión de las demandantes de ser indemnizadas por lucro cesante. Ambas partes, demandante y demandada, recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3ª) dictó sentencia de fecha 3 de febrero de 2009 por la cual estimó en parte el recurso de las demandantes al efecto de incluir en la condena a la demandada Escalatur Viagens e Turismo Limited, y desestimó el recurso interpuesto por las demandadas. Contra dicha sentencia interpusieron recurso de casación, por un lado, las demandadas Viajes Barceló S.L., Barceló Business S.A., Viajes Interopa S.A., y por otro la también demandada Escalatur Viagens e Turismo. Recurso de casación interpuesto por las demandadas Viajes Barceló S.L., Barceló Business S.A., Viajes Interopa S.A.

**SEGUNDO.-** De los cuatro motivos que integran el recurso, los tres primeros se refieren a la interpretación del contrato para sostener que resulta ilógica la llevada a cabo por la Audiencia en la sentencia impugnada al no estimar que existía una limitación en la cuantía indemnizatoria que no ha sido tenida en cuenta. Con tal finalidad se citan como infringidos sucesivamente los artículos 1281, párrafo primero, 1281, párrafo segundo, y 1282, así como el 1284, todos ellos en relación con los artículos 1091, 1101 y 1255 del Código Civil. La cláusula del contrato en cuya interpretación se produce la discrepancia es la 10.8, según la cual "En el caso de que el proceso de migración de las oficinas del cliente no fuera completado por voluntad de éste, Galileo tendrá derecho a percibir una indemnización por los daños y perjuicios que la terminación anticipada e injustificada del presente contrato le hubiera podido ocasionar. Esta indemnización comprenderá, en todo caso y sin perjuicio de la inclusión de otros conceptos que resulten legalmente procedentes: (i) el reembolso de los gastos y costes en que, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Cuarta 4.10, Galileo hubiera incurrido durante el proceso de migración previa justificación de dichos gastos; y (ii) hasta el límite máximo de 200.000 dólares, aquellos gastos y costes en los que hubiera incurrido por el desarrollo de los productos y servicios adicionales recogidos en la Cláusula Tercera 3.6, del presente contrato". La Audiencia, al igual que el Juzgado de Primera Instancia, ha entendido que dicha cláusula, en sus dos apartados, se refiere a unos mínimos indemni-

zables sobre los que no cabe discusión alguna, siendo posible la inclusión además de otras partidas que resulten procedentes a efectos de procurar la indemnidad del contratante que se ha visto perjudicado por el incumplimiento de la parte contraria, como se ha entendido procedente en el caso atendiendo al informe pericial emitido por el economista Sr. Basilio. La interpretación que ha hecho la Audiencia del contrato en cuestión en absoluto se aparta de los parámetros normales de la hermenéutica y, por supuesto, no incurre en la arbitrariedad o irrazonabilidad que justificarían la revisión por esta Sala del resultado de dicha labor interpretativa (sentencia, entre las más recientes, de 17 abril 2012, en Recurso 730/2009).

En consecuencia, no infringe los criterios legales señalados por la parte recurrente como son la literalidad y la intención de las partes (artículos 1281 y 1282), así como el criterio finalista en orden a la producción de efectos (artículo 1284). En consecuencia, los tres primeros motivos han de ser desestimados.

**TERCERO.-** El cuarto de los motivos del recurso impugna el pronunciamiento relativo a la concesión a la demandante de una indemnización por daños morales por importe de un millón de euros y considera infringido por ello el artículo 1101 del Código Civil. La sentencia de apelación, que confirma en este punto la de primera instancia, reconoce el derecho de las demandantes a ser indemnizadas en dicha cantidad por "daño moral". Al referirse a ello, la sentencia impugnada sostiene que «en el supuesto hoy enjuiciado se estima que el desistimiento unilateral, anticipado e injustificado por parte de un grupo de gran volumen de negocio como es el de Barceló, del contrato que le unía con la demandante, antes de finalizar el proceso de migración del sistema Amadeus al Galileo, en un sector muy concreto y específico de mercado, en que el sistema Amadeus tiene una implantación mayoritaria, supone un daño indemnizable, estimándose adecuado a las circunstancias del caso la cantidad que por tal concepto concede la juzgadora de instancia en su sentencia». Viene así a reiterar los argumentos por los que ya había concedido tal indemnización el Juzgado en atención a la afectación del prestigio profesional de las demandantes y a la repercusión negativa que el desistimiento del contrato por el grupo Barceló pudierasuponer a las demandantes en el mercado. El motivo ha de ser estimado. Es cierto que esta Sala ha admitido excepcionalmente la apreciación de existencia de 'daño moral' incluso en supuestos de culpa contractual, aunque por lo general dicho concepto, que integra una

especial modalidad del daño, se haya venido aplicando a los supuestos de responsabilidad extracontractual. Dice al respecto la sentencia núm. 1031/2002, de 31 octubre, que «el concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo, es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del '*pretium doloris*'. Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial». Se confunde incluso lo que sí sería daño moral -pérdida de prestigio- con lo que integraría un mero daño patrimonial -pérdida en cuanto a la inexistencia de futuros contratos-.

Pero, en cualquier caso, difícilmente podrá aceptarse que el apartarse voluntariamente una parte del convenio celebrado suponga una pérdida de prestigio para la otra parte -que se mostraba dispuesta al cumplimiento- y, sobre todo, aunque así fuera y pudiera apreciarse una relación causal entre conducta y efecto, faltaría el requisito de la imputación objetiva de dicha consecuencia a la actuación de la parte demandada. Dice al respecto la sentencia de esta Sala de 15 julio 2010 (Recurso 1993/2006) que «establecido el nexo de causalidad por la sentencia de apelación entre la omisión de sus obligaciones por parte de la concesionaria y el resultado producido, únicamente resta en casación la facultad de examinar si se ha verificado adecuadamente la imputación objetiva del daño a la entidad de la que se exige responsabilidad, pues la imputación objetiva, que integra una '*quaestio iuris*' [cuestión jurídica], comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias». En este caso resulta oportuno acudir al criterio del ámbito de protección de la norma infringida como el más adecuado para su exigencia y, desde luego, no

cabe considerar, en atención a los hechos examinados, que la norma infringida –aquella que obliga al cumplimiento de los contratos– incluía en su ámbito de protección el prestigio de la parte que estaba en disposición de cumplir lo convenido, cuando por el contrario será lo más frecuente que sea el prestigio empresarial o comercial de la parte incumplidora el que resulte perjudicado por su actuación. Recurso de casación interpuesto por Escalatur Viagens e Turismo Ltda.

**CUARTO.-** El recurso de casación interpuesto por dicha parte se articula en dos motivos: el primero por infracción de los artículos 1261-2º del Código Civil, en relación con los artículos 1091, 1101 y 1104 del Código Civil; y el segundo por infracción del artículo 1101 del mismo código. Se sostiene en el primero que no es posible la coexistencia de dos contratos en los que concurren los mismos elementos esenciales, jurídicos y fácticos, afectando en consecuencia a la certeza de su objeto y al resultado de las obligaciones contraídas. El motivo se desestima. La argumentación de la Audiencia, mediante la cual condena a la ahora recurrente apartándose de la solución dada por el Juzgado, ha de ser compartida. Afirma la sentencia impugnada que «las relaciones de Galileo con Excalatur se rigen por el contrato de 31 de diciembre de 2001 y su Addendum de 4 de septiembre de 2002 [distinto del ahora examinado], según documento nº 20 de los aportados por la parte actora junto con su demanda; disponiendo expresamente la cláusula 10.7 del contrato de 4 de marzo de 2005 que “Este contrato es independiente de cualquier otro contrato que el cliente mantenga o pueda mantener en el futuro con Galileo”. Consecuentemente, la resolución de este contrato no conllevará la resolución de cualquier otro contrato de Arrendamiento de Equipo que mantengan las partes, a no ser que medie notificación de resolución del mismo y ésta cumpla los requisitos de resolución contenidos en dicho contrato».

Se estableció de este modo una clara desvinculación respecto del contrato anterior de 2001, que se refiere a la utilización del sistema Galileo en Portugal y que ha sido renovado por las partes contratantes en el año 2006. Escalatur, junto con las empresas integrantes del grupo Barceló, firmó el presente contrato y quedó vinculada a su cumplimiento, por lo que los efectos negativos de su incumplimiento le afectan y ha de responder frente a la parte contraria en la forma señalada por la sentencia que se recurre.





En cuanto al segundo motivo, que se refiere a la improcedencia de indemnizar 'daño moral' alguno sufrido por las demandantes, ha de ser estimado según los argumentos ya expresados en referencia a igual motivo opuesto por las primeras recurrentes, los cuales se dan aquí por reproducidos. Costas

**QUINTO.-** Procede por todo ello la estimación parcial de ambos recursos de casación sin especial declaración sobre costas causadas por los mismos (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Del mismo modo, tampoco procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas producidas en ambas instancias dada la estimación parcial de la demanda y la procedente estimación parcial del recurso de apelación deducido por Viajes Barceló S.L., Barceló Business S.A. y Viajes Interopa S.A. (artículos 394. 2 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

#### FALLAMOS

Que DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS haber lugar en parte a los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Viajes Barceló S.L., Barceló Business S.A., Viajes Interopa S.A. y la de Escalatur Viajens e Turismo contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3ª) de fecha 3 de febrero de 2009 en Rollo de Apelación nº 505/2008, dimanante de autos de juicio ordinario número 402/2006 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 18 de dicha ciudad, a instancia de Galileo España S.A. y Galileo Portugal Limited contra las hoy recurrentes, la cual casamos en parte dejando sin efecto la indemnización concedida a las demandantes en concepto de daño moral. No ha lugar a especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ambas instancias y por los presentes recursos.

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

## COMENTARIO

Por **Andrés Cid Luque**  
*Abogado*

Una sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2012 trata, fundamentalmente, dos temas interesantes.

Uno de ellos, muy trillado, como es, que la interpretación de los contratos, salvo una arbitraria e irrazonable interpretación no justificada, no corresponde al Alto Tribunal, sino a los Tribunales de Instancia, y por lo tanto, desestima de plano esa petición, sin entrar a efectuar valoraciones.

El segundo tema, si es realmente más interesante, como es, si existe daño moral por el desprestigio comercial de una empresa. El asunto en cuestión trataba de un contrato de asistencia técnica-informática celebrado entre una Agencia de Viajes y la Empresa especializada.

La cuestión fundamental era, tratar de determinar, si por el hecho de que la Agencia de Viajes hubiera resuelto unilateralmente el contrato que les vinculaba, la Empresa de Asistencia técnica, tenía derecho a solicitar un millón de euros, por daño moral, por el desprestigio comercial. La cuestión no puede ser más llamativa.

Comienza su estudio el Tribunal Supremo, atendiendo a la posibilidad de que se pueda conceder daño moral no sólo en la culpa extracontractual, sino también en la culpa contractual, y se decanta por ambas posibilidades, como de hecho se ha concedido en múltiples ocasiones.

Después desgrana la distinción existente entre el daño material o patrimonial, y el daño inmaterial o moral, deteniéndose mínimamente en los ejemplos clásicos, del honor, la intimidad, la pérdida del ser querido, etc..

Y por último, ataca la cuestión de fondo, sobre si cabe identificar el daño moral con la pérdida de prestigio, y de inicio la descarta, pues, siempre se trataría de un daño material, cual es, la pérdida de futuros contratos.

Sin embargo, aprovecha la ocasión para tratar de acercarse, con esa “pérdida de prestigio” al requisito de la imputación objetiva por la consecuencia del incumplimiento unilateral de la Agencia de Viajes. Y dice (con el transunto de la sentencia de 15 de julio de 2010) que la imputación objetiva integra una cuestión jurídica que comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico, la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando, la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias.

Y después de estos circunloquios, el Tribunal Supremo llega a la conclusión, de que los hechos concretos del caso enjuiciado no presentan ese ámbito de protección del prestigio comercial, pues considera, que será lo más frecuente, que el desprestigio comercial, se pre-

sente con mayor intensidad, en la empresa incumplidora, que en la que cumple sus obligaciones. Consideramos acertada la exposición.

Comienza su estudio el Tribunal Supremo, atendiendo a la posibilidad de que se pueda conceder daño moral no sólo en la culpa extracontractual, sino también en la culpa contractual, y se decanta por ambas posibilidades, como de hecho se ha concedido en múltiples ocasiones

# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

**Se concede indemnización por importe de 360.000 euros en virtud de la póliza que tenía contratada el fallecido con la entidad aseguradora demandada, a pesar de que en la fecha de la realización del cuestionario el mismo no reveló a la aseguradora que estaba siendo sometido a pruebas médicas. Entiende nuestro Alto Tribunal que no existe culpa grave del asegurado, al haberse sometido a estudio médico por la aseguradora antes de la contratación del seguro de vida**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 18 de julio de 2012.

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

### Fundamentos de Derecho

**PRIMERO.-** En el fundamento de derecho segundo de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se hizo constar lo siguiente: «Son datos fácticos relevantes al fin que nos ocupa, y que resultan del material probatorio aportado a los autos, los siguientes: 1) El día 11 de octubre de 2005, el médico de CATALANA OCCIDENTE, Sr. Fulgencio, confeccionó el informe obrante al folio 123 del procedimiento (documento tres de la contestación a la demanda), en el que constan las declaraciones del 'solicitante', Sr. Máximo, sobre el cuestionario de salud que se le presentó. En dicho cuestionario, en el punto sexto, se le preguntaba "¿Padece Vd. o ha padecido de algún tipo

de enfermedad?", y se marcó la casilla 'no', con lo que los apartados "describábase exactamente la/s enfermedad/es" y "Especialistas consultados en los últimos cinco años", quedaron en blanco.

2) El día 24 de octubre del 2005, el asegurado fue sometido a un examen médico por parte de CATALANA OCCIDENTE, cuyo resultado consta en el documento número tres de la contestación, folio 124 del procedimiento. El resultado del examen médico fue negativo, en el sentido de que el médico no apreció ninguna anomalía, entre otros, en el aparato digestivo y abdomen.

3) Las dos pólizas de seguro de vida concertadas con relación a este asegurado indicaban que el seguro tomaba efecto a partir del día 18 de octubre. A la vista de estos antecedentes, la cuestión a resolver es si el día 11 de octubre del 2005, el asegurado actuó o no con culpa, y si ésta merece la consideración de leve o grave, y, para ello, igualmente se ha de destacar lo siguiente: 1) El informe médico acompañado como documento número 11 de la demanda (folios 45 y 46 del procedimiento, informe que es utilizado como medio argumentativo de su posición procesal, por parte de la aseguradora, véase hecho segundo de la contestación) es de fecha 5 de diciembre del 2005 y en él, el doctor Andrés manifiesta que "desde hace dos meses", Don Máximo presentaba un cuadro clínico de molestias intestinales, distensión abdominal, malas digestiones, olvidos transitorios. Se le practicaron numerosas y variadas pruebas: estudio de sangre, de orina, bioquímica, marcadores tumorales, radiografías de tórax, gammagrafía ósea. Todas ellas fueron negativas, salvo la enfermedad de Paget (que no interesa al objeto de este pleito) y la elevación de fosfatasa alcalina. En el TAC se objetivó una alteración compatible con pancreatitis focal en cola, de 2.3 cm. Este TAC fue realizado el día 6 de octubre del 2005 (referencia que se contiene al final del documento número 16 de la demanda, folio 54 del procedimiento). Como persistieran los síntomas inespecíficos, se repitió TAC, el día 18 de noviembre del 2005 (documento número 16 de la demanda, folio 54 del procedimiento), cuyo resumen fue "Lesión focal en cola de páncreas (pancreatitis focal)", reseñando el informe que "persistía" la lesión focal en cola de páncreas, respecto del TAC anterior, con un ligero aumento, lo que sugería probable pancreatitis focal con incipiente pseudoquistes en formación, como primera posibilidad. Se le realizaron nuevas pruebas (referidas en informe médico, documento nº 11, ya citado): TAC de tórax (citado en el párrafo precedente), análisis de sangre, orina, bioquímica y marcadores tumorales, todas ellas con resultado negativo. Se le indicó un PAFF, que no se realizó por su



mejoría clínica. Cuatro días antes de la fecha del informe que nos ocupa (por tanto, a principios de diciembre del 2005) tuvo molestias en piernas y ya se le realizó PAFF de cola de páncreas, con resultado de pseudoquistes de páncreas, con una citología que indicó negativo para malignidad. 2) La evolución del pseudoquistes fue evolucionando: en informe del referido médico, de 18 de enero del 2006 (doc. 13, folios 48 y 49) se habla de adenocarcinoma tipo escamoso pancreático, con metástasis hepáticas, recomendando valoración por oncólogo. El informe médico de 27 de marzo indica ya neoplasia de páncreas con metástasis hepáticas y cuadro psicótico. 3) El día 14 de abril del 2006, se produjo el fallecimiento».

**SEGUNDO.-** Motivo primero. Infracción del art. 10 de la LCS. Motivo segundo. Infracción del art. 1269 del Código Civil (en relación con el art. 1265 y 1270 del CC).

Se desestiman los motivos primero y segundo, que se analizan conjuntamente por su concatenación y unidad argumental. Se alegó por el recurrente que el art. 10 de la LCS exige que el



tomador especifique no solo las enfermedades sino también las circunstancias conocidas por el tomador que puedan influir en la valoración del riesgo, y, sin embargo, no comunicó que le habían practicado pruebas médicas de calado. Debemos reflejar que en la sentencia recurrida se declara taxativamente que "el asegurado no padecía enfermedad alguna: desde un punto de vista meramente subjetivo, desde su perspectiva, se encontraba en buen estado de salud, como consideraría cualquier persona que, tras someterse a siete pruebas médicas (estudio de sangre, de orina, bioquímica, marcadores tumorales, radiografías de torax, gammagrafía ósea y TAC) no es diagnosticado de enfermedad alguna, tan solo de la posibilidad de pseudquistes (ni siquiera quistes) pancreático, negativo para malignidad". Pese a este hecho probado la recurrente insiste en que el tomador conocía la existencia de su enfermedad cuando en la sentencia se declara probado que el tomador desconocía que sufriese patología alguna, y, sin embargo, el recurrente no impugna la valoración probatoria que efectúa la sentencia, basándose entre otras en la declaración del Dr. Fulgencio quien manifestó desde

el minuto 21 que le hicieron el máximo de pruebas, por su edad y cantidad asegurada, que tenía buena aspecto, tenía tensión correcta, se hizo un electro, test de esfuerzo y análisis de sangre, y de antígenos prostáticos (cuyos resultados no se han aportado al procedimiento).

Don Andrés, médico personal del tomador, declaró desde el minuto 32 que en enero de 2006 el paciente tuvo conocimiento del tumor y que en la fecha del cuestionario lo desconocía el paciente y el propio Don Andrés.

Entiende la recurrente que al contestar al cuestionari el tomador no comunicó que se hubiese efectuado pruebas previas como las antes descritas, pero esta Sala debe declarar -sin perjuicio de que ello pudiera constituir, como declara la sentencia, a lo sumo, culpa leve- que no modifica la conclusión que se efectúa en la sentencia recurrida, a saber, el tomador desconocía que padeciese enfermedad alguna y no actuó con dolo ni con culpa grave, pues si no lo manifestó fue porque entendió que carecía de relevancia. Por lo tanto, no comunicó otras circunstancias como los exámenes médicos previos, pues no entendió que ello pudiera modificar la situación, dado que su resultado le había sido favorable. Muestra de la buena fe es que se sometió a un estudio intensivo por los servicios médicos de la aseguradora, los que tras exámenes exhaustivos no pusieron obstáculo alguno a la contratación del seguro de vida. La jurisprudencia de esta Sala, de la que es ejemplo la Sentencia de 11 de mayo de 2007, con cita de las de 31 de diciembre de 1998, 26 de julio de 2002 y 31 de mayo de 2004, define el dolo al que tales preceptos se refieren -en sentido plenamente aplicable al caso enjuiciado- como la "reticencia en la expresión de las circunstancias conocidas por el tomador del seguro que puedan influir en la valoración del riesgo y que de haberlas conocido el asegurador hubieran influido decisivamente en la voluntad de celebrarlo" (Sentencia de 15 noviembre 2007, rec. 5498/2000). En el presente caso no hubo reticencia ni reserva mental pues si dejó de comunicar determinadas circunstancias era porque las consideró intrascendentes, como así se concluyó por los médicos al considerar el quiste "negativo para malignidad". Es decir, no hubo maquinaciones insidiosas, ni intención engañosa, ni representación consciente y probable de una enfermedad (art. 1269 el C. Civil).

**TERCERO.-** Alega el recurrente dentro del motivo primero que si existió culpa leve debió aplicarse el párrafo 3º del art. 10 de la LCS reduciéndose proporcionalmente la indemnización, pero en la sentencia recurrida se declara que "a

lo sumo" sería culpa leve, no que taxativamente concorra, unido ello a que tal petición no fue articulada en el suplico de la contestación a la demanda, tratándose de una cuestión nueva en la que no podemos entrar so riesgo de generar indefensión y en igual sentido la sentencia de esta Sala de 7 de junio de 2004, rec 2123 de 1998, sobre tema similar.

**CUARTO.-** Motivo tercero. Infracción de los arts. 11,12 y 89 de la LCS. Se desestima el motivo. Entiende la recurrente que de acuerdo con el art. 11 de la LCS y los demás citados, debieron comunicarle las circunstancias relevantes surgidas sobrevenidamente a la perfección del contrato. Esta Sala ha declarado que, de estas limitaciones se desprende que la obligación del art. 11 LCS, en relación con las circunstancias relativas a la salud del paciente, abarca aquellas que sean relevantes para la determinación del riesgo y que objetivamente existían y debían ser conocidas, en condiciones normales, en el momento de la perfección del contrato, pero lo fueron en un momento posterior. En efecto, el conocimiento posterior de una circunstancia de esta naturaleza comporta un incremento del riesgo valorado en el momento de la perfección del contrato, pero no un agravamiento de la salud del asegurado posterior a este momento (STS Civil de 4 de enero del 2008, recurso: 4746/2000). Sin embargo, en el presente caso no consta que el proceso tumoral existiese al momento del cuestionario, por lo que no estaba obligado a comunicar la agravación posterior a la firma del contrato. Sobre la misma materia también declaró esta Sala que: "la posterior aparición o descubrimiento en el asegurado de una enfermedad con resultado letal, no puede considerarse como circunstancia que agrava el riesgo asegurado, "el fallecimiento por cualquier causa", al tratarse de un seguro de vida para caso de muerte; otra cosa iría contra el propio contenido contractual ya que en todos los supuestos de enfermedad más o menos grave del asegurado se concedería al asegurador una facultad de modificación del contrato o de rescisión del mismo con lo que se frustraría, en perjuicio del asegurado, la finalidad del contrato que no fue otra sino que la de cubrir el riesgo de muerte "por cualquier causa" en los términos pactados; de seguirse la tesis de la recurrente, las causas productoras de la muerte asegurada quedarían reducidas a las que no consistiesen en una enfermedad más o menos larga, prácticamente, a la muerte súbita. Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo". STS, Civil del 31 de mayo de 1997 (recurso: 1951/1993).

De acuerdo con esta sentencia la interpretación que hace el recurrente desnaturalizaría el

contrato de seguro de vida, suprimiría su aleatoriedad y el factor riesgo desaparecería, lo que, sin duda, rompería el equilibrio de las prestaciones.

Como ha referido la doctrina, en relación con el riesgo cubierto en el seguro de vida para caso de muerte, ocurre que, como es experiencia común, ciertas afecciones que en un momento dado pueden ser leves y no tener trascendencia alguna, pueden revelarse a posteriori en determinados casos como lo que no era sino el inicio de una grave enfermedad. Puesto que el incumplimiento del deber de declaración suele detectarse precisamente con la realización del siniestro y por tanto, en este caso, con el fallecimiento del asegurado, puede producirse la tendencia incorrecta de juzgar la relevancia de circunstancias omitidas o inexactamente declaradas por el asegurado en función del desarrollo posterior de los hechos, y no conforme a la entidad de tales circunstancias en relación con el riesgo en el momento de la conclusión del contrato.

**QUINTO.-** Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (arts. 394 y 398 LEC).

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

## FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por SEGUROS CATALANA OCCIDENTE SASR representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Katiuska Marín Martín contra sentencia de 20 de mayo de 2010 de la Sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante. 52. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos. 3. Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Nos encontramos aquí nuevamente ante un debate tan frecuente como es la existencia o no de dolo del asegurado al momento de formalizar un seguro de vida, por omitir determinadas circunstancias de su estado de salud que a juicio de la aseguradora deberían haberse puesto en su conocimiento; Artículo 10 de la Ley del Contrato de Seguro.

En este caso se alega por la recurrente el dolo en el asegurado que al momento de la contratación de la póliza no manifestó que había sido previamente sometido a determinadas pruebas de contraste, pues de ello podría haberse deducido un

incremento del riesgo objeto de seguro. Nos encontramos ante un supuesto donde además el asegurado fue sometido a un riguroso examen médico previo a la contratación del seguro por parte de la compañía aseguradora y en base al mismo se sometió al correspondiente cuestionario médico presentado por aquella.

La Sala destaca el hecho de que el asegurado no pudiera conocer en modo alguno que los síntomas que padecía al momento de contratación de la póliza podían ser constitutivos de una grave enfermedad, pues prueba de su buena fe era el hecho de que tras someterse a distintas pruebas médicas el resultado de todas ellas había sido negativo

En este caso se alega por la recurrente el dolo en el asegurado que al momento de la contratación de la póliza no manifestó que había sido previamente sometido a determinadas pruebas de contraste, pues de ello podría haberse deducido un incremento del riesgo objeto de seguro

Pues bien, a la hora de analizar la inexistencia de dolo en el asegurado, la Sala destaca el hecho de que el asegurado no pudiera conocer en modo alguno que los síntomas que padecía al momento de contratación de la póliza podían ser constitutivos de una grave enfermedad, pues prueba de su buena fe era el hecho de que tras someterse a distintas pruebas médicas el resultado de todas ellas había sido negativo, por lo que no existía motivo alguno que pudiera hacer ver la existencia de la enfermedad que finalmente le costó la vida. Estos hechos se declararon probados a la vista de los propios médicos que así lo manifestaron en el acto

## COMENTARIO

del juicio. Así, comprobamos como dato fundamental a tener en cuenta el hecho de que el asegurado no dejó de comunicar a la aseguradora que se había sometido previamente a las citadas pruebas médicas por temor a que ello pudiera influir en la contratación de la póliza, sino porque realmente entendía que aquellas carecían de trascendencia, a la vista del resultado de la mismas.

En este mismo sentido comprobamos cómo esta Sentencia arroja un nuevo criterio a tener en cuenta y

que sirve para dilucidar los supuestos en los que no existe dolo del asegurado a la hora de la declaración del riesgo de aquellos otros en los que si pudiera existir. Y se trata de distinguir el momento en el que se debe realizar el juicio de valor sobre la existencia o no de mala fe del asegurado, pues aunque el incumplimiento del deber de declaración suele detectarse cuando se produce el siniestro (en este caso el fallecimiento) la relevancia de las circunstancias conocidas y no reveladas por el asegurado debe juzgarse en el momento de la contratación de la póliza, y no precisamente en el momento posterior de producción del siniestro, pues ello supondría valorar dichas circunstancias en función de un conocimiento o estado de las cosas que no es el que realmente existe al momento de la formalización del contrato. Evidentemente esta es la única manera de poder valorar adecuadamente la intención del asegurado al momento de declaración del riesgo, pues el estado de las cosas es fundamentalmente distinto a la hora de contratación de la póliza que al momento de la producción del siniestro.

A tales efectos esta Sentencia nos aporta y facilita un nuevo e importante criterio a la hora de enjuiciar este tipo de asuntos, los cuales la mayoría de las veces solo se resuelven mediante resolución judicial.

Comprobamos como dato fundamental a tener en cuenta el hecho de que el asegurado no dejó de comunicar a la aseguradora que se había sometido previamente a las citadas pruebas médicas por temor a que ello pudiera influir en la contratación de la póliza, sino porque realmente entendía que aquellas carecían de trascendencia, a la vista del resultado de la mismas

# Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD  
CIVIL

**Acción de repetición ejercitada por la compañía aseguradora frente a su asegurado, en reclamación de las cantidades abonadas a terceros como consecuencia de un siniestro en el que conducía la pareja de este sin estar en posesión del permiso de conducir. Se desestima el recurso al declarar como cláusula limitativa de la póliza suscrita la que determina la exclusión de la cobertura ante el supuesto de que el vehículo fuera conducido por persona que carezca del reglamentario permiso o licencia**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 19 de julio de 2012.

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

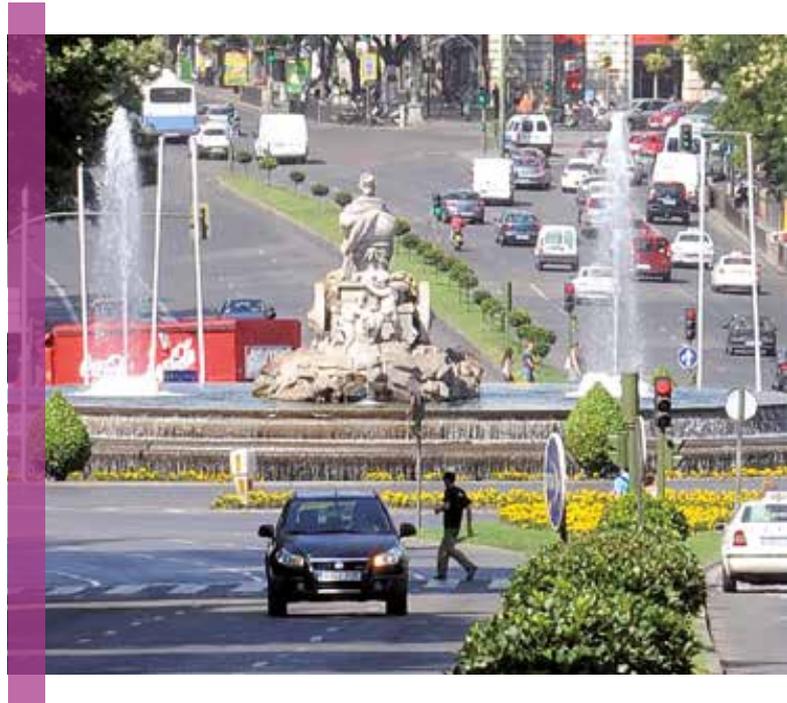
## Fundamentos de Derecho

**PRIMERO.-** La aseguradora demandante ejercitó la acción de repetición contra don Genaro, en su condición de propietario y asegurado, para resarcirse, aquella, de las indemnizaciones que hubo de pagar como consecuencia del siniestro acaecido, en el que conducía el vehículo la novia o pareja del demandado, sin estar ella en posesión del correspondiente permiso de conducir. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y apreció la prescripción de la acción con respecto a alguna de las cantidades reclamadas, por transcurso del plazo de un año, no siendo operativa la interrupción activada extrajudicialmente, para todas las cantidades, pues alguno de

los pagos efectuados por la aseguradora datan de más de un año, y sin que el plazo de prescripción para exigirlos hubiese sido interrumpida dentro del plazo del año.

La Audiencia dicta sentencia, en virtud de sendos recursos de apelación interpuestos por actora y demandado, acordando la desestimación de la demanda. En su sentencia confirma la prescripción de parte de las cantidades reclamadas, confirmando el criterio del Juzgado. Por otro lado entiende que la acción de repetición que se ejercita no encuentra acogida en el art. 7 de la LRCSCVM, vigente en el momento del accidente y que la exclusión recogida en el pacto adicional a las condiciones generales es una cláusula limitativa que no cumple los requisitos del art. 3 de la LCS. La sentencia que ahora se recurre no acepta el libretto aportado con las condiciones generales al no constar su aceptación por el asegurado, dado que por su redacción se advierte que es posterior a la formalización del contrato de seguro.

**SEGUNDO.-** La Audiencia Provincial, en su sentencia hizo constar en su fundamento de derecho primero, lo siguiente: "La entidad Mutua Madrileña Automovilista, con fecha 16 de febrero de 2007 interpuso demanda de juicio ordinario reclamando a su asegurado don Genaro la cantidad de 293.769,30 euros, en virtud de los pagos realizados por la actora tanto a su asegurado como a otros perjudicados como consecuencia del accidente de circulación que tuvo lugar el día 13 de febrero de 2003. Alegaba la actora que el día 19 de agosto de 2000, don Genaro contrató con Mutua Madrileña Automovilista (en lo sucesivo MMA) una póliza de seguro de riesgos combinados (responsabilidad civil, daños propios, robo y ocupantes) sobre el vehículo propiedad del demandado marca Lancia, modelo Delta, matrícula R-....-RV. Indica que el artículo 24, letra E, de las Condiciones Generales de la póliza (libretto azul obrante al folio 26 de los autos como documentos nº 4) excluye de la cobertura para todas las modalidades las consecuencias económicas del siniestro cuando el vehículo asegurado es conducido por persona que carezca del reglamentario permiso o licencia, sin perjuicio de lo dispuesto respecto a terceros perjudicados en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro. Relata la demandante MMA que el día 13 de febrero de 2003 sobre las 2. 00 horas de la mañana, doña Evangelina, compañera sentimental del asegurado, conducía el vehículo R-....-RV por la AVENIDA 000 de Madrid, viajando como ocupantes traseros don Imanol y don Nicanor, y como ocupante delantero don Genaro, siendo éste último además el



propietario del citado vehículo. Cuando llegaron al tramo curvo existente a la altura del número 182 de la Avenida, doña Evangelina perdió el control, derrapando y colisionando violentamente contra el muro de la finca sita en el número NUM 000. Como consecuencia del impacto fallecieron, además de la conductora doña Evangelina (19 años), los ocupantes del vehículo don Imanol (17 años) y don Nicanor (18 años) que viajaban en las plazas traseras. El demandado propietario del vehículo asegurado en MMA don Genaro, que viajaba como ocupante delantero, resultó con lesiones. Indica la entidad MMA que doña Evangelina conducía el vehículo sin disponer del permiso de circulación reglamentario y con la autorización y conocimiento del propietario-acompañante".

**TERCERO.-** Motivos segundo y tercero. Infracción del art. 3 de la LCS y concordantes; en relación con el art. 1254 ss. y concordantes del Código Civil respecto a las cláusulas contenidas en el contrato. Infracción del art. 10 LRCSCVM (ex art. 7 de la Ley 122/1962 vigente al momento del siniestro). Se desestiman los motivos. Iniciaremos el análisis conjunto de estos motivos pues son los que determinan si la parte actora puede ejercitar la acción de repetición, pues sin reconocer el nacimiento de la acción sería ocioso el estudio de la prescripción (motivo primero), pues para que una acción decaiga en la posibilidad de ejercitarse por transcurso del tiempo, lo primero que precisa es que nazca, por lo que sin la previa existencia de una acción no puede razonarse sobre su extinción. Establece el art. 7 de la Ley 122/1962, vigente en la fecha de los hechos, que



se podía ejercitar la acción de repetición por la aseguradora contra el propietario, asegurador o conductor cuando el daño fuese debido a conducta dolosa de cualquiera de ellos y contra el tomador del seguro o asegurado, por causas derivadas del contrato de seguro.

En el caso de autos no consta que el demandado (asegurado) actuase dolosamente y que tal acontecer fuese el causante del daño y en la fecha de redacción del precepto no se incluía expresamente que la aseguradora pudiese repetir en casos de ausencia de permiso de conducir, aunque sí se introdujo en posteriores reformas legales. En este sentido ha declarado la Sala que: Sólo son susceptibles de ser consideradas como intencionales las situaciones en las que el asegurado provoca consciente y voluntariamente el siniestro o, cuando menos, se lo representa como altamente probable y lo acepta para el caso de que se produzca (como hemos apreciado en la STS de 9 de junio de 2006, que considera un supuesto en que «es razonable pensar en la imposibilidad de que tal colisión no se produjera»); esto es, los supuestos de dolo directo o eventual sobre el resultado, sin extenderlo a supuestos en que se comete intencionadamente una infracción, pero no se persigue la consecuencia dañosa producida o no se asume o representa como altamente probable. No todo supuesto de dolo penal, en su modalidad de dolo eventual, comporta dolo del asegurado equivalente a la producción intencional del siniestro, por cuanto en el ámbito civil del seguro una relación de causalidad entre la intencionalidad y el resultado producido, mientras que en el ámbito penal el dolo puede

referirse a conductas de riesgo. La exclusión de las conductas dolosas del ámbito del seguro no responde ni tiene sentido como un reproche de la conducta en sí misma, sino en cuanto integra una intencionalidad del asegurado en la provocación del siniestro.

STS, Civil sección 1, de 22 de diciembre del 2008. Recurso: 1555/2003. Por lo tanto, deberemos acudir al clausulado contractual para determinar si la conducción sin permiso de conducir, es una cláusula de exclusión del riesgo y si la misma ha sido aceptada por el asegurado. La aseguradora aporta un libreto azul con el condicionado general del contrato de seguro y un pacto adicional a las condiciones generales y particulares de la póliza. Como bien se declara en la sentencia recurrida el mencionado libreto azul de condiciones generales, en el que se recoge la cláusula de exclusión de cobertura por ausencia de permiso de conducir, remarcada y destacada en negrita es de fecha posterior al contrato de seguro por cuanto se citan normas que son posteriores a la fecha en que se formalizó el contrato de seguro, por lo que el verdadero libreto de fecha compatible con el contrato de seguro no se ha aportado por la aseguradora, por lo que son condiciones que no constan aceptadas por el asegurado (STS 27-3-2012, rec. 1555 de 2009).

Pasando a estudiar el mencionado pacto adicional, observamos que en su art. 24 se recogen al menos 11 riesgos excluidos, entre ellos el de conducción sin permiso, con un tipo de letra difícil de leer, sin destacar, sin separación alguna entre las cláusulas de exclusión, por lo que de su lectura es difícil que el asegurado pudiera conocer a lo que se obligaba. La redacción es apiñada y diríamos congestionada, adolece de falta de claridad y dificulta notoriamente una lectura y visualización comprensiva de la cláusula. Partiendo de estas premisas debemos analizar si dicha cláusula es una cláusula limitativa, como se declara en la sentencia recurrida, o un elemento delimitador del riesgo. Establece la STS Civil sección 1, del 15 de julio de 2008 (STS 3891/2008), recurso 1839/2001; la STS de 11 de septiembre de 2006, recurso número 3260/1999, del Pleno de la Sala, dictada con un designio unificador, precisa, invocando la doctrina contenida en las SSTS 2 de febrero de 2001, 14 de mayo de 2004 y 17 de marzo de 2006, que deben excluirse del concepto de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada (STS de 17

de octubre de 2007, rec. 3398/2000). No tienen pues carácter limitativo de los derechos del asegurado las cláusulas delimitadoras del riesgo, que son, pues, aquellas mediante las cuales se individualiza el riesgo y se establece su base objetiva. Tienen esta naturaleza las que establecen «exclusiones objetivas» (STS de 9 de noviembre de 1990) de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (fijado en las cláusulas particulares, en las que figuran en lugar preferente de la póliza o en las disposiciones legales aplicables salvo pacto en contrario) o en coherencia con el uso establecido. No puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual (SSTS de 10 de febrero de 1998, 17 de abril de 2001, 29 de octubre de 2004, núm. 1055/2004, 11 de noviembre de 2004, rec. núm. 3136/1998, y 23 de noviembre de 2004, núm. 1136/2004). No son cláusulas limitativas de los derechos del asegurado las que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada. Las cláusulas delimitadoras del riesgo establecen exclusiones objetivas de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (fijado en las cláusulas particulares, en las que figuran en lugar preferente de la póliza o en las disposiciones legales aplicables salvo pacto en contrario) o en coherencia con el uso establecido y no puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual.

A la vista de esta doctrina, hemos de concluir que la cláusula de exclusión de cobertura por ausencia en el conductor de permiso de conducir, es una cláusula limitativa al no integrar el contenido esencial el contrato, pues no afecta al objeto, al ámbito espacial ni a la cuantía. En cuanto cláusula limitativa debe serle de aplicación el art. 3 de la LCS, y a la vista de ello debemos declarar que no afecta al asegurado en cuanto que no fue destacada, y por el abigarramiento del párrafo que la contiene tampoco puede decirse que su redacción sea clara, a la vista de la mezcla de exclusiones heterogéneas objeto de una agrupación que consigue entor-

pecer su comprensión y percepción. Alega el recurrente que estamos ante un hecho inasegurable, sin embargo en supuesto de análogo o superior calado como el de la conducción en estado de embriaguez, la Sala ha declarado la posibilidad de que el contrato abarque a tal evento como un hecho asegurable (STS del 16 de febrero del 2011, recurso: 1299/2006. En el mismo sentido STS, Civil sección 1, del 5 de noviembre del 2010, recurso: 817/2006). En concreto sobre ausencia de permiso de conducir y ausencia de dolo la STS de 11-11-2011, rec. 844 de 2008.

En resumen, la pretendida acción de repetición de la aseguradora no tenía cobertura legal, en la fecha de los hechos, ni contractual, por lo que no surgiendo a la vida del derecho, no procede analizar si la misma prescribió, dado que la prescripción solo puede predicarse de la '*actio nata*' (acción nacida), por lo que no procede entrar en el análisis del motivo primero.

**CUARTO.-** Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (arts. 394 y 398 LEC). Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLAMOS.-** 1. DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por MUTUA MADRILEÑA AUTOMOVILISTA representada por el procurador don Ignacio Rodríguez Díaz contra sentencia de 10 de febrero de 2010 de la Sección undécima de la Audiencia Provincial de Madrid.

2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3. Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Cláusulas limitativas o cláusulas delimitadoras del riesgo. Esta vez la cuestión se refiere a una póliza de automóviles donde se excluye la cobertura en supuestos de conducción del vehículo asegurado por quien carece del correspondiente permiso. La compañía de seguros plantea demanda de repetición contra el propietario asegurado tras haber asumido las indemnizaciones de dos fallecidos en trágico accidente producido por conductora sin autorización administrativa y que lo hacía con conocimiento y consentimiento de aquel.

Con la demanda se aportó “un libreto azul con el condicionado general del contrato de seguro y un pacto adicional a las condiciones generales y particulares de la póliza”. El condicionado general es rechazado con el simple argumento de que es de fecha posterior a la póliza, de suerte que ni siquiera es analizado

El juzgado estimo parcialmente; la audiencia estimo la apelación del demandado y desestimó la demanda. El tribunal Supremo desestima el recurso de casación que interpone la aseguradora.

Con la demanda se aportó “un libreto azul con el condicionado general del contrato de seguro y un pacto adicional a las condiciones generales y particulares de la póliza”. El condicionado general es rechazado con el simple argumento de que es de fecha posterior a la póliza, de suerte que ni siquiera es analizado.

Aunque la sentencia no lo diga, se sobreentiende que “el pacto adicional” sí está firmado por el asegurado, por lo que se estudia y describe de la siguiente manera: “observamos que en su art. 24 se recogen al menos 11 riesgos excluidos, entre ellos el de conducción sin

La compañía de seguros plantea demanda de repetición contra el propietario asegurado tras haber asumido las indemnizaciones de dos fallecidos en trágico accidente producido por conductora sin autorización administrativa y que lo hacía con conocimiento y consentimiento de aquel

## COMENTARIO

permiso, con un tipo de letra difícil de leer, sin destacar, sin separación alguna entre las cláusulas de exclusión, por lo que de su lectura es difícil que el asegurado pudiera conocer a lo que se obligaba. La redacción es apiñada y diríamos congestionada, adolece de falta de claridad y dificulta notoriamente una lectura y visualización comprensiva de la cláusula". Con estas premisas parte la sentencia a estudiar si la cláusula es limitativa o delimitadora.

Recuerda la sentencia la doctrina conocida de que es delimitador y no limitador lo que determina el objeto, el riesgo, la cuantía, la cobertura temporal y/o espacial. Y, partiendo de ella, concluye que "la cláusula de exclusión de cobertura por ausencia en el conductor de permiso de conducir, es una cláusula limitativa al no integrar el contenido esencial el contrato, pues no afecta al objeto, al ámbito espacial ni a la cuantía" (sic). Es de aplicación, pues, el artículo 3 LCS, y "a la vista de ello debemos declarar que no afecta al asegurado en cuanto que no fue destacada, y por el abigarramiento del párrafo que la contiene tampoco puede decirse que su redacción sea clara, a la vista de la mezcla de exclusiones heterogéneas objeto de una agrupación que consigue entorpecer su comprensión y percepción" (sic).

No basta, pues, con condiciones firmadas, sino que es preciso que la limitación sea destacada y es preciso que su redacción sea clara. La acumulación caótica es una técnica literaria que no debe utilizarse en la redacción de contratos de seguros y mucho menos cuando se pretenda detallar las circunstancias excluidas de la cobertura. De la sentencia comentada cabe inferir las características que nunca debe tener una póliza: a) tipo de letra difícil de leer; b) falta de resalte y separación entre las cláusulas de exclusión; c) redacción apiñada, congestionada, abigarrada; d) falta de claridad e inteligibilidad; e) cláusulas no destacadas especialmente. Porque, en otro caso, como hace esta sentencia, se entenderán como no existentes las exclusiones y sin cobertura legal la "pretendida acción de repetición de la aseguradora".

No basta, pues, con condiciones firmadas, sino que es preciso que la limitación sea destacada y es preciso que su redacción sea clara. La acumulación caótica es una técnica literaria que no debe utilizarse en la redacción de contratos de seguros y mucho menos cuando se pretenda detallar las circunstancias excluidas de la cobertura

# Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD  
CIVIL

**Responsabilidad decenal del promotor-constructor junto con el resto de intervinientes en la obra, a pesar de que estos agentes hayan sido declarados responsables por cuotas determinadas de la ruina que afectase al edificio. Se determina la responsabilidad solidaria del promotor aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 18 de septiembre de 2012.

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

## Fundamentos de Derecho

**PRIMERO.-** El recurso de casación formula un único motivo por infracción del artículo 1591 del Código Civil.

Quien recurre tiene la condición de promotor y constructor de la obra en la que se han identificado los daños, y pretende que se le exonere de responsabilidad una vez que se conocen los agentes responsables de la causa de la ruina: arquitecto superior (80%), el arquitecto técnico y la empresa especializada en la hinca de los pilotes de cimentación (20% de forma solidaria). Se desestima. El

Promotor ni diseña ni ejecuta o vigila la obra, al ser funciones propias de los demás agentes que intervienen en el proceso constructivo, si bien lo idea, lo controla, administra y dirige a fin de incorporar al mercado la obra hecha, por lo que de admitirse la tesis de la recurrente en ningún caso resultaría condenada solidariamente en un proceso por vicios constructivos pues, como tal, nunca construye, ni puede por tanto causar el daño propio de los demás agentes (SSTS 13 de mayo 2002, 8 de junio; 29 de noviembre de 2007 y 2 de marzo de 2012).

La responsabilidad de los promotores no es por tanto por culpa extracontractual, sino que opera dentro del ámbito jurídico del artículo 1591 del Código Civil, en relación al 1596, como responsabilidad profesional, por tratarse de supuesto de ruina, y darse las razones que recogen las sentencias de 1 de octubre de 1991, 28 de enero de 1994 y 24 de mayo 2007, entre otras:

- a) Que la obra se realiza en beneficio del promotor.
- b) Que se destina al tráfico mediante la venta a terceros.
- c) Que los adquirentes confían en su prestigio profesional.
- d) Que es el promotor quien elige y contrata a los técnicos y al constructor.
- e) Que al adoptar criterio contrario produce desamparo o limita a los futuros compradores, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción.

Estos criterios de jurisprudencia, señala la Sentencia de 24 de mayo de 2007; y reiteran otras posteriores (SSTS 13 de marzo; 26 de julio y 4 de diciembre de 2008; y 19 de julio 2010, entre otras) han sido incorporados a la Ley de Ordenación de la Edificación en la que el Promotor figura como uno más de los agentes que la misma refiere, bien es cierto que con una ampliación del concepto al no venir ya caracterizado como el mero beneficiario del negocio constructivo. Y si no fuera por la declaración inicial contenida en el artículo 17, relativo a que "las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de edificación responderán frente a los propietarios y adquirentes de los edificios...", se podría decir que la Ley constituye al Promotor en responsable

exclusivo de los defectos constructivos, o lo que es igual, en garante de la calidad del producto final elaborado.

El Promotor, dice el artículo 17.3, responde solidariamente, "en todo caso" con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionado por vicios o defectos de construcción. Significa que responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo, pues otra interpretación no resulta de esas palabras "en todo caso" con la que se pretende unir a responsables contractuales con extracontractuales o legales y con la que se establece la irrenunciabilidad de la misma.

**SEGUNDO.-** Se desestima el recurso y se imponen las costas a la recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación formulado por el procurador don Rafael Alba López, en la representación que acredita de Construcciones y Materiales Díaz de Mera, S.A, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 23 de junio de 2008, con expresa imposición de las costas causadas a los recurrentes. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos, Francisco Marín Castán, José Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno. Firmado y Rubricado.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Cuando intervienen distintos agentes dañosos, como suele ocurrir en los procesos constructivos, la mancomunidad es la regla general que establece nuestro ordenamiento jurídico, de tal modo que cada uno responde por el daño causado. Solo en los supuestos en los que no se puede determinar la contribución

causal de cada uno de los intervinientes, es cuando rige, en beneficio de los perjudicados, la solidaridad. En este caso, todos los condenados responden por el total de la deuda frente al perjudicado, que puede dirigir sus pretensiones contra cualquiera de ellos.

En el caso analizado en la sentencia que comentamos, en el que una comunidad de propietarios demanda a los distintos intervinientes en la obra por vicios y defectos de la construcción, la sentencia de instancia determina la responsabilidad de cada uno de los intervinientes en el proceso constructivo, declarando que el arquitecto superior responde en un 80% y el arquitecto técnico y la empresa especializada en la hinca de los pilotes de cimentación en un 20%, de forma solidaria.

Pese a quedar determinadas las responsabilidades de los citados agentes de la edificación, la Audiencia Provincial de C. Real también condena a la empresa promotora, que su vez también era constructora, al 100% de la condena, de forma solidaria con los agentes mencionados.

No conforme con la resolución, la promotora recurre en casación pretendiendo que se le exonere de responsabilidad, una vez que se conocen los agentes responsables de la causa de la ruina: arquitecto superior (80%), el arquitecto técnico y la empresa especializada en la hinca de los pilotes de cimentación en un 20%, de forma solidaria.

La Sala, que desestima el recurso de casación, indica que el promotor ni diseña ni ejecuta o vigila la obra, al ser funciones propias de los demás agentes que intervienen en el proceso constructivo, si bien lo idea, lo controla, administra y dirige a fin de incorporar al mercado la obra hecha, por lo que de admitirse la tesis de la recurrente en ningún caso resultaría conde-

La Sala, que desestima el recurso de casación, indica que el promotor ni diseña ni ejecuta o vigila la obra, al ser funciones propias de los demás agentes que intervienen en el proceso constructivo, si bien lo idea, lo controla, administra y dirige a fin de incorporar al mercado la obra hecha, por lo que de admitirse la tesis de la recurrente en ningún caso resultaría condenada solidariamente en un proceso por vicios constructivos

## COMENTARIO

la Ley de Ordenación de la Edificación, establece la responsabilidad solidaria del promotor, que significa que responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo

nada solidariamente en un proceso por vicios constructivos pues, como tal, nunca construye, ni puede por tanto causar el daño propio de los demás agentes.

Argumenta la Sala, además, que el art. 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación, establece la responsabilidad solidaria del promotor, que significa que responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo, pues otra interpretación no resulta de esas palabras "en todo caso" con la que se pretende unir a responsables contractuales con extra-contractuales o legales y con la que se establece la irrenunciabilidad de la misma.

Entiendo que esta responsabilidad solidaria del promotor con los demás agentes establecida en la Ley, viene establecida en beneficio de los perjudicados por los daños. Por tanto, ello no impide que el promotor, si finalmente es el que indemniza al perjudicado, pueda repetir contra los demás intervinientes en el proceso constructivos. En este caso, además, al haber quedado delimitadas las responsabilidades de los distintos agentes, considero que podría repetir en los porcentajes establecidos en este procedimiento.

Entiendo que esta responsabilidad solidaria del promotor con los demás agentes establecida en la Ley, viene establecida en beneficio de los perjudicados por los daños. Por tanto, ello no impide que el promotor, si finalmente es el que indemniza al perjudicado, pueda repetir contra los demás intervinientes en el proceso constructivos

# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

**Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria por mala praxis médica. Reclamación por la mala aplicación de la *lex artis* en la intervención quirúrgica realizada al producir una lesión del esfínter anal, entendiéndose que existe relación de causalidad entre la episotomía realizada y la incontinencia fecal sobrevenida que le incapacita para su vida laboral y sexual. Se condena a la Administración sanitaria a indemnizar a la paciente la cantidad de 218.035,75 euros**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª),  
de 25 de septiembre de 2012.

**Ponente: Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Varés García**

### Fundamentos de Derecho

**PRIMERO.-** La sentencia que es objeto del presente recurso de casación estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación, por silencio administrativo negativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por la aquí recurrida, como consecuencia de su incontinencia fecal tras episiotomía en parto.

**SEGUNDO.-** Declara la sentencia como hechos probados, en su fundamento primero, que: "D.ª Valentina, nacida el NUM 000 de 1977, el 22 de febrero de 2006 –a las 0.57 horas– acudió al Servicio de Urgencias del Hospital 'Gregorio Marañón' por prodromos del parto, siendo inducido con oxitocina, alumbrando una niña sana (sic) (3,220 grms.) a las 18.10 horas del día NUM 000 con un período expulsivo de 1 hora y 50 minutos

(tras 41 semanas de amenorrea), con utilización de fórceps no rotador y realización de episotomía. El 29 de septiembre de 2007 (sic se refiere a la misma fecha pero de 2006) acudió al Servicio de Digestivo del Hospital de 'La Princesa' por un cuadro de siete meses de evolución por escapes fecales involuntarios tipo urgencia. Realizada una exploración se constata "cicatriz de episotomía que rebasa el orificio anal por el lado derecho" (folio 291 expediente) llegando a la conclusión diagnóstica (manometría anorectal, ecografía endoscopia anal, colonoscopia corta) de interrupción del esfínter anal externo en comisura anterior, proponiendo intervención quirúrgica para su reconstrucción, firmando consentimientos informados para cirugía y anestesia.

El 17 de abril de 2007 se efectuó la intervención, encontrándose lesión completa del esfínter anal externo y casi total del esfínter anal interno realizándose reconstrucción de ambos esfínteres con plicatura del esfínter anal externo. Al no mejorar (refiere incontinencia diaria para sólidos, líquidos y gases), con una gravedad que se puntúa de 17 en escala de 20, se recomiendan ejercicios diarios de contracción anal. El 12 de junio de 2007 se repite manometría anorectal, concluyéndose -28 de junio- con el diagnóstico de incontinencia posesfinteroplastia, recomendando confirmar mediante ecoendoscopia anal el cierre completo del anillo esfinteriano y valorar terapéutica mediante estimulación sacra Estando (sic)".

En el mismo fundamento resume los informes y dictámenes aportados en el expediente y la prueba practicada en las actuaciones, lo que efectúa de la siguiente manera: "La Médico Inspector, en su Informe (folios 288 a 297 expediente) afirma: "... Según el conocimiento científico actual, si bien el principal factor de riesgo para la incontinencia fecal es el trauma obstétrico, esta no guarda relación con el tipo de parto y en este caso con un periodo expulsivo prolongado si no se hubiera procedido a extraer el feto las complicaciones para la madre hubieran posido (sic) ser más graves... De todo lo expuesto se concluye que la atención que recibió Dña ... en el parto fue ajustada a los protocolos". En Informe aportado por la actora al expediente administrativo (folio 360 expediente) emitido por la psiquiatra Dra. Sofía el 28 de noviembre de 2008 consta que acude a consulta "con un cuadro de reacción desadaptativa ante un estrés psicosocial intenso y continuado, originado por las graves secuelas físicas y psíquicas de un parto (sic)... ha modificado la vida de la paciente incapacitándola para el funcionamiento sexual, social y laboral. Ha desarrollado una disfunción sexual con miedo intenso a las relaciones sexuales por la degradación que



supone la incontinencia fecal durante las mismas y los intensos dolores durante el coito... Esta situación ha desencadenado una gran dificultad en las relaciones con su pareja. Este trastorno sexual está producido exclusivamente por los efectos de su incontinencia fecal... es previsible que no pueda tener otro embarazo dado que con el aumento de peso se exacerbaría la patología y podría llegar a tener un prolapso del recto. Dicho embarazo ha sido desaconsejado por la cirujana que la revisa en la actualidad... Desde hace dos años y medio no puede llevar una vida normal, no puede acudir a ningún tipo de espectáculo, reuniones de amigos, fiestas, gimnasio, clases, transportes públicos, trabajo... ya que en cualquier momento se produce una defecación involuntaria (sic) y/o salida de gases con la gran vergüenza y sufrimiento que supone para ella. Con lo cual vive un gran aislamiento y un deterioro muy importante de sus relaciones sociales y conyugales. Respecto a su vida laboral su patología es un grave inconveniente ya que precisaría una serie de condiciones muy específicas como: un horario determinado, proximidad casi tangible a un WC (ya que necesita llegar a él en cuestión de segundos), posibilidad de ausentarse del trabajo en cualquier momento por ejemplo para asearse, incluso no acudir al trabajo los días en los que por la dieta o irritabilidad del colon necesite quedarse en su domicilio... Actualmente existe irritabilidad, insomnio, opresión precordial, cefaleas, crisis de angustia, náuseas... se ha iniciado tratamiento farmacológico y psicoterapia con una frecuencia semanal...". El Consejo Consultivo de la CAM, en dictamen emitido el 20 de mayo de 2009 (folios 381 y ss. expediente), sobre la base del Informe de La Inspección Médica y de la contratista para el asesoramiento médico del SERMAS, considera correcta la aplicación del fórceps, pero, dice,



"La descripción de la episotomía que realiza este informe: "habitualmente se hace en el espacio ano-valvular derecho, con interrupción de la integridad del piso perineal en ese sector, no se corresponde con la descripción recogida en el informe de la inspección: "cicatriz de episotomía que rebasa el orificio anal por el lado derecho. De esta última se desprende (sic) que la cicatriz es excesiva, sobrepasando el orificio anal y no circunscribiéndose al espacio ano-valvular. Ello evidencia una incorrecta realización de la episotomía. Todos los informes admiten que la incontinencia fecal es consecuencia de la episotomía que ocasionó la lesión del esfínter anal..."

En este sentido cabría afirmar la existencia de nexo causal entre el daño sufrido por la reclamante (lesión esfinteriana e incontinencia fecal) y la actuación médica (episotomía), y respecto del quantum indemnizatorio, reconociendo que, además de la lesión en el esfínter anal y la incontinencia, que ha tenido que someterse a una intervención quirúrgica de esfinteroplastia y que ha sido declarada incapaz permanente total para su profesión habitual, sin embargo considera que ha de tomarse en consideración que el expediente clínico no está cerrado, estando pendiente de tratamiento neuroestimulador de nervios pudendos y que la declaración de incapacidad prevé su revisión por mejoría que permita su reincorporación al trabajo antes de dos años, por lo que propone estimar la reclamación, pero con una indemnización de 20.000 euros. En la pericial aportada por la codemandada, como conclusión final, se dice: "No se reconoce actuación médica contraria a la normopraxis. Se utilizaron los medios disponibles para prevenir la complicación (episotomía) y para diagnosticarla precozmente (exploración del canal del parto y tacto rectal normales) a pesar de

lo cual se produjo y pasó inicialmente desapercibida", y más arriba se dice: "La literatura habla de un 18-35% de lesiones del esfínter anal externo que pasan desapercibidas y casos de incontinencia anal en hasta el 20% de los postpartos. Estas lesiones son en muchas ocasiones inherentes al proceso mismo del parto y no implica una mala praxis médica".

La Doctora Amelia del Servicio de Cirugía General y Digestivo del Hospital de 'La Princesa', en fase probatoria y como testigo, a preguntas de la parte actora, y por lo que aquí nos interesa, responde que "el inicio de la episotomía es correcto aunque la trayectoria y el final de la cicatriz que discurren muy paralelos al rafe medio del periné, terminando en el margen anal... la dinámica del parto no se suele acompañar de desgarras que afecten al aparato esfinteriano anal", y, a la pregunta de si considera normal esta secuela en una episotomía, responde: "Afortunadamente esta complicación es rara". El Doctor Sixto del mismo Servicio y Hospital, en la misma fase y también como testigo, considera que la cicatriz que presenta la actora es normal, que la lesión que padece es consecuencia de la episotomía y que la incontinencia fecal femenina presenta asociación con el parto vaginal, observando con relativa frecuencia hipotensión anal y disrupciones de los esfínteres, siendo la incontinencia fecal una de las complicaciones descritas del parto vaginal y la episotomía".

Asimismo la sentencia, tras recordar los elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en particular la derivada de una actuación médica, razona, en su fundamento cuarto, la presencia de dichos requisitos en el caso que resuelve: "Ciñéndonos al supuesto de autos, parece claro que tanto el uso del fórceps como la episotomía estaban correctamente indicadas. La cuestión estriba en determinar si la episotomía, causa de la grave lesión que padece la actora -algo que nadie niega-, se ejecutó bien, porque si así fuera y dado que esta lesión puede ser una posible secuela tanto del parto vaginal como de la episotomía, para que podamos estar en presencia de un daño no antijurídico, y, por tanto, del que la actora tuviera el deber jurídico de soportar sin derecho a indemnización de clase alguna sería necesario que su ejecución se hubiera realizado conforme a la '*lex artis ad hoc*'. Sin embargo, como bien se dice en el Dictamen del Consejo Consultivo de la CAM, los Informes obrantes en el expediente -como el aportado por la Aseguradora codemandada- eluden todo comentario acerca de si la episotomía estuvo correctamente realizada y frente a ello hay dos datos, a nuestro juicio relevantes, que nos llevan a afirmar que se

infringió la *lex artis 'ad hoc'* al ejecutarla: a) en el resultado de la exploración a la que fue sometida la recurrente en septiembre de 2007, cuando acudió al Servicio del Aparato Digestivo del Hospital de 'La Princesa', se constata "cicatriz de episiotomía que rebasa el orificio anal por el lado derecho" (folio 291 expediente), y, b) en esa misma línea, la Dra. Amelia del citado Hospital, responde que "el inicio de la episiotomía es correcto aunque la trayectoria y el final de la cicatriz que discurren muy paralelos al rafe medio del periné, terminando en el margen anal... la dinámica del parto no se suele acompañar de desgarros que afecten al aparato esfinteriano anal", y, a la pregunta de si considera normal esta secuela en una episiotomía: "Afortunadamente esta complicación es rara". Consiguientemente, consideramos que la causa de la grave lesión de la actora se encuentra en una episiotomía incorrectamente ejecutada, por lo que existiendo un nexo causal entre la actuación médica y el daño causado, muy invalidante, procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria de la CAM".

Por último, la sentencia motiva, en su fundamento quinto, la razón por la que decide aceptar el importe indemnizatorio reclamado: "Sentado cuanto antecede, respecto de la pretensión indemnizatoria, que la actora cifra, sobre la base de la Valoración aportada por ella, como documento nº 15, al evacuar un traslado (escrito presentado el 24 de febrero de 2009), obrante en el folio 361 del expediente, en 218.035,75 euros, esta Sala y Sección considera, a diferencia de la estimación del Consejo Consultivo, proporcionada dicha cantidad a la gravísima y esterilizante secuela que padece la actora, de 29 años cuando se le causó, que le incapacita de forma total y permanente no sólo para su trabajo habitual, sino casi para cualquier tipo de trabajo (basta la lectura del expresivo Informe psiquiátrico más arriba parcialmente transcrito), que le ocasiona severas disfunciones sexuales, le imposibilita las relaciones sociales, el ocio, deteriorando sus relaciones conyugales, estando materialmente incapacitada para tener más hijos, con importantes trastornos psicossomáticos consecuencia del severo estrés que una dolencia vivenciada de forma degradante comporta tanto para la paciente como para su entorno familiar, sin que hasta la fecha se haya acreditado ningún tipo de mejoría (han transcurrido ya cinco años, y no consta pronóstico real de mejoría)".

**TERCERO.-** Los recursos de casación de la Administración sanitaria concernida y de su aseguradora pretenden la aplicación de las normas que regulan en nuestro sistema la responsabilidad patrimonial de la Administración, conforme

la distinta valoración de la prueba que proponen, a cuyo efecto afirman que ninguno de los informes refiere que la episiotomía fuera incorrectamente realizada, siendo por el contrario que entre los riesgos de carácter general al realizar las episiotomías figura la ruptura del esfínter anal o del recto, como una complicación imprevisible e inevitable.

Así, el recurso de la Comunidad de Madrid, en su único motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, afirma que la sentencia infringe los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992, pues, a la vista que el informe de la aseguradora elude todo comentario acerca de si la episiotomía estuvo correctamente realizada, y que el informe emitido por la Inspección Médica explica con claridad los efectos beneficiosos y los posibles riesgos que se corren al llevar a cabo las episiotomías, "... resulta evidente que el hecho de que se haya producido una ruptura del esfínter anal tras la práctica de la episiotomía o la utilización de los fórceps, no implica que se haya actuado de una forma negligente o que la asistencia haya sido contraria a la buena praxis médica, sino que nos encontramos ante complicaciones posibles y descritas como tales en los protocolos de las sociedades científicas (SEGO) y demás literatura médica, imprevisibles e inevitables y que en este caso sucedieron pese a la más que correcta actuación de los profesionales encargados del parto de la reclamante". A su vez, la entidad QBE Insurance (Europe) Limited, bajo el mismo amparo de la Ley Jurisdiccional, propone, en los motivos primero y segundo de casación, que la sentencia incurre en infracción del artículo 24 de la Constitución y de la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con la valoración de las pruebas practicadas, y con la integración de la relación de hechos efectuada por la Sala de instancia, pues, dice, que no ha tomado en consideración el informe de la Inspección Médica, que concluye que "La actuación durante el parto fue ajustada a protocolos", ni el informe aportado por dicha representación, que refiere que "La realización de la episiotomía en este caso era necesaria, que no se observó lesión alguna en el canal blando del parto y se realizó un tacto rectal que fue normal".

En nuestro caso se produjo una lesión del esfínter anal a pesar de la realización de la episiotomía. Esta lesión pasó desapercibida durante el parto, lo que como queda dicho, ocurre en el 18-35% de las ocasiones, y no pudo ser sospechada al ser normales la exploración del canal de parto y el tacto rectal. Estas lesiones son en muchas ocasiones inherentes al proceso mismo del parto y no implican mala praxis" (motivo primero).

O, que la sentencia tampoco ha tomado en consideración las manifestaciones del Doctor jefe de servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital 'Gregorio Marañón', cuando señala "Después del alumbramiento se realizó revisión del canal del parto según protocolo, siempre que hay una maniobra tocúrgica, no encontrándose desgarros ni otras lesiones que hiciesen sospechar que estuviese afectado el recto como al parecer posteriormente se comprobó: tras sutura de episiotomía se realizó otra maniobra que es el tacto rectal que según consta en la historia fue normal, es decir la mucosa rectal estaba íntegra. El 24 de febrero de 2006 se realiza nueva exploración en planta donde se realizó nuevo tacto rectal catalogándose como normal. En resumen la indicación del fórceps, la realización del mismo y la maniobra que se hicieron posteriormente para diagnosticar una posible lesión rectal se hicieron correctamente y según protocolo" (motivo segundo).

En consecuencia, el motivo tercero del recurso de casación de la entidad aseguradora (rubricado como 'cuarto'), aduce que la sentencia infringe los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992, en relación con los requisitos de necesaria concurrencia para apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración, pues "es evidente que ninguno de los informes médicos obrantes en las actuaciones refiere incorrección en la episiotomía realizada, por lo que no se puede más que afirmar, como así hacen los informes antes mencionados, que la actuación médica ha sido conforme a los protocolos, lo que impide cualquier imputación de responsabilidad a la Administración".

El último de los motivos, el cuarto en su orden (según el recurso 'quinto'), reitera la infracción de aquellos mismos preceptos y de la jurisprudencia que los interpreta, en relación con la determinación de la indemnización procedente, en atención a que "... de considerarse que, no obstante la inexistencia de antijuridicidad por ser la asistencia sanitaria dispensada acorde a la *lex artis*, la Administración Sanitaria debe responder (razonamiento que insistimos esta representación entiende que no procede puesto que médicamente se ha demostrado la actuación a protocolo) la indemnización debería fijarse de acuerdo con lo recogido en el dictamen del Consejo Consultivo anteriormente citado, esto es, 20.000 euros".

**CUARTO.-** Por el contrario, el escrito de oposición de D.<sup>a</sup> Valentina solicita Sentencia que desestime los recursos de casación interpuestos, pues, en su opinión, los dictámenes que constan en el expediente y el aportado durante el periodo de prueba establecen criterios generales sobre

los riesgos que entraña la episiotomía, sin llegar a pronunciarse sobre la manera en que se realizó en el caso y, de igual manera, todos los informes médicos describen la incontinencia fecal como una secuela tardía, pero tardía en término de años, mientras que en el caso apareció de manera inmediata, sin que pueda considerarse como la plasmación de un riesgo que se produce por causas naturales, al haber constancia de una cicatriz más extensa de lo normal y en no haber prueba alguna de que hubiera un desgarro natural.

Refiere a continuación el escrito de oposición que el informe de la Inspección Médica señala la extensión de la episiotomía como posible complicación hipotética del parto, sin que valore en el supuesto cual fuese la causa de los daños producidos, ni si en este caso concreto se produce esa extensión, o si lo que hay es una incisión muy superior a la normal. La Doctora Amelia en cambio sí dice claramente que la cicatriz tiene una extensión superior a lo normal y no por un desgarro, sino por un corte. Siendo así, el Comité Consultivo de la Comunidad de Madrid, con base en el dictamen médico pericial obrante en el expediente, que describe como debe estar realizada una episiotomía conforme a la *lex artis*, y su comparación con la descripción de cómo se realizó en este caso concreto, dictaminó que sí existió una infracción a la *lex artis*. Por ello, concluye que "las pruebas se han valorado correctamente conforme a las reglas de la sana crítica decidiendo la sentencia recurrida que las pruebas obrantes en los autos determinan la incorrecta realización de la episiotomía causante de los daños producidos y de las secuelas que hoy existen en el mismo grado que entonces y que previsiblemente, conforme al estado actual de la ciencia, habrá de soportar mi cliente de por vida".

En cuanto a que la indemnización coincida con la propuesta que hizo el órgano consultivo de la Comunidad de Madrid, manifiesta el escrito de oposición que "Esa cantidad se propone por ese organismo sobre la base de que pudiera haber en el futuro una mejoría y de que está pendiente una nueva intervención para realizar una neuromodulación sacra, cuyos resultados son inciertos. En cuanto a la posible mejoría, en absoluto se había producido a la fecha de la sentencia que se recurre, ni a fecha de este escrito se ha producido mejoría alguna. Ni es presumible que se produzca a la vista del estado actual de la ciencia. En el estado actual de las cosas, lo que es presumible es que esta lesión haya de soportarla mi mandante de por vida".

**QUINTO.-** Acometemos la resolución conjunta del recurso de casación de la Comunidad de Ma-

drud y de los tres primeros motivos del recurso de QBE Insurance (Europe) Limited, pues a través de sus distintas rúbricas lo que pretende el recurso es reiterar la indebida valoración de los dictámenes periciales obrantes en el expediente y de la prueba practicada en el recurso contencioso-administrativo y, en su consecuencia, del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración que declara la sentencia.

Motivos que no pueden prosperar, y que por ello son desestimados, pues, como hemos declarado en Sentencias de 21 de febrero de 2008, recurso 5271/2003, de 13 de julio de 2010, recurso 4906/2008 y de 9 de marzo de 2011, recurso 1773/2009, la interpretación del conocimiento manifestado en dictámenes, informes, documentos obrantes en las actuaciones judiciales y en el expediente administrativo es una labor que corresponde a la Sala de instancia y la revisión que de esa previa valoración de la prueba en su conjunto hace el Tribunal '*a quo*', no tiene cabida objetiva en sede casacional, pues, como igualmente declaramos, entre otras, en nuestras sentencias de 7 y 20 de mayo de 1994, han de respetarse los hechos de la resolución recurrida, siendo inadmisibles la casación cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias o distintas, pues la Sala de casación ha de atenerse a la resultancia probatoria apreciada por la Sala de instancia. Y aunque la apreciación del nexo causal entre la actuación administrativa y el resultado producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión revisable en casación, tal ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia.

No obstante y aun considerando que la valoración de la prueba efectuada en la instancia puede cuestionarse y revisarse en casación es preciso para ello que se justifique que el Tribunal de instancia ha llegado a un resultado absurdo, ilógico o arbitrario, más aún cuando se trata de la valoración de pruebas periciales que ha de sujetarse a las reglas de la sana crítica, según dispone el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero no es menos cierto que según constante jurisprudencia no cabe invocar en casación los preceptos que en la valoración de las pruebas obligan a sujetarse a la sana crítica con el fin de sustituir la del juzgador por la propia, salvo que la misma resulte ilógica o arbitraria, o como señala la sentencia de 18 de abril de 2005, no basta con justificar que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser, a juicio de la parte recurrente, más acertado o ajustado al contenido real de la prueba, sino que es menester demostrar que dicha apreciación es arbitraria o irrazonable, o conduce a consecuencias de esa naturaleza. Extremos que, pese lo que sostiene el recurso de la

entidad aseguradora, no concurren en la sentencia que enjuiciamos, que valora conjuntamente el contenido de la prueba obrante en las actuaciones, sin aislar una de la suma de todas ellas, ni cada una de éstas del conjunto de sus elementos integrantes, como por el contrario es lo que proponen los recursos, que insisten en cuestiones como la conveniencia de la práctica de la episiotomía en el parto que es causa de la reclamación, que tras el alumbramiento se procedió a la revisión del esfínter anal mediante tacto rectal sin que se comprobara su interrupción, y que el principal factor de riesgo de a incontinencia fecal es el trauma obstétrico, haciendo caso omiso a que las apreciaciones de la sentencia no se sustentan en la discusión de la anterior secuencia, como en la comparación de la descripción de la correcta realización de la episiotomía que se contiene en el informe de asesoramiento técnico al servicio madrileño de la salud, con el resultado que queda manifestado en la cicatriz de la reclamante, cuya trayectoria desborda el orificio anal, de lo que deduce que la episiotomía estuvo incorrectamente realizada, interrumpiendo por ello el esfínter anal, lo que es causa de las dolencias objeto de la reclamación.

Por lo demás, aquel reproche de irracionalidad en la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia se sustenta en la conclusión del Informe de la Inspección Médica, que afirma que la atención que recibió la parturienta fue ajustada a protocolos, y que con igual redactado se trasladó de nuevo como conclusión del informe médico antes referido, que tampoco puede prosperar, pues aquellas conclusiones vienen acompañadas del resumen de la historia clínica de la atención durante el parto y de la posterior para la reconstrucción del esfínter anal, así como de consideraciones generales con relación la práctica de la episiotomía y de sus complicaciones tardías, pero carecen de las máximas de conocimiento técnico de las que se desprenda que, en el caso, la actuación médica fue correcta y acorde con lo protocolos establecidos. En este punto debemos recordar que la prueba pericial no transfiere al perito la decisión de los aspectos de la cuestión que exigen conocimientos técnicos, sino que tiene por objeto suministrar al órgano judicial –o al órgano resolutorio, en supuesto de informes obrantes en el expediente administrativo– que carece de ellos, los elementos de conocimiento, estudio o experiencia para que pueda tomar su decisión, de forma que el dictamen pericial no puede imponerse exclusivamente por la autoridad dimanante de la profesión o la consideración estatutaria de los peritos, sino por el detalle y fuerza de sus argumentos, de lo que, como hemos visto, carecen aquellas afirmaciones

que no identifican las razones de las que deducen que, en el presente supuesto, la incontinencia fecal es una complicación inevitable de una intervención correctamente ejecutada, considerando además que aquellos mismos informes recogen la historia clínica del Hospital de 'La Princesa', en cuyo servicio digestivo se comprobó la interrupción completa del esfínter anal externo y casi total del interno en relación al parto previo, y que da conocimiento que la mayoría de las mujeres que han sufrido una lesión obstétrica en sus 20-30 años no presentan incontinencia fecal hasta después de la quinta década de su vida, siendo por el contrario que la que nos ocupa apareció en la proximidad del postparto. Esto es, la sentencia deduce de la suma de la actividad probatoria producida en los autos que la práctica de la episiotomía efectuada en el transcurso del parto en el Hospital 'Gregorio Marañón' de Madrid no fue conforme a la '*lex artis ad hoc*', y ello a la vista de la descripción de dicha técnica y el resultado que evidenciarla cicatriz de la efectuada, sin que sea posible sustituir la valoración de la Sala de instancia por la reputadísima acertada por las recurrentes, a la vista del Informe de la Inspección Médica o del dictamen emitido a instancia del órgano instructor del expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial, cuya lectura en los términos indicados les permiten afirmar que es errónea la valoración efectuada por la sentencia, y por ello la aplicación que realiza del régimen de responsabilidad patrimonial. Los motivos se rechazan.

**SEXTO.-** El motivo que queda por resolver del recurso de casación de QBE Insurance (Europe) Limited sostiene que la sentencia infringe los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia que los interpreta, en cuanto fija una indemnización distinta a la de 20.000 euros propuesta por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Recuerda el motivo el criterio jurisprudencial que enseña que la valoración de los daños es una cuestión de hecho excluida de control en vía casacional fuera de la invocación de infracción de preceptos sobre prueba tasada, o se trate de una valoración absurda o arbitraria o se haya omitido algún concepto indemnizatorio, que sin embargo no aplica, al sostener su queja en la discrepancia de la cantidad señalada como indemnización con la anteriormente propuesta por el órgano consultivo autonómico, que por sí sólo, y con ese único razonamiento, no hace que la reconocida resulte desproporcionada.

Por otro lado, el importe propuesto por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid tenía como premisa que a su fecha estaba la reclamante pendiente de un tratamiento neuroes-

timulador de nervios pudendos, del que deducía una posible mejoría de la paciente y revisión del grado de su incapacidad laboral en plazo de dos años, que sin embargo no se había producido ni era previsible cuando la Sala de instancia dictó su sentencia transcurrido dicho plazo. De ahí que el importe de la indemnización que la Sala de instancia determina en su sentencia sea consecuente con la severidad de las limitaciones que ocasionó la dolencia (incapacitación total para su trabajo habitual, disfunción sexual, material incapacidad de procreación, imposibilidad de poder mantener relaciones sociales y de ocio, y trastornos psicossomáticos), cuestión que elude por completo el motivo, que por ello es desestimado. Procede en consecuencia desestimar los presentes recursos de casación.

**SEPTIMO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas de este recurso de casación a las partes recurrentes, si bien, en uso de la facultad que confiere el número 3 de ese mismo precepto se declara como cantidad máxima a reclamar por el Letrado de la parte recurrida la de tres mil euros dada la naturaleza del asunto y el criterio reiterado de esta Sala para supuestos similares, que satisfarán por mitad cada una de las recurrentes, Comunidad Autónoma de Madrid y la aseguradora QBE Insurance (Europe) Limited.

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY Y POR LA POTESTAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN

## FALLAMOS

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos bajo el número de recurso 4.500 de 2011, interpuestos por la Comunidad Autónoma de Madrid y por QBE Insurance (Europe) Limited, contra la sentencia de veintidós de junio de dos mil once de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Madrid, Sección Octava, recaída en el recurso contencioso administrativo 945/2009, que queda firme. Con expresa condena en costas a las partes recurrentes, hasta el límite establecido en el último de los fundamentos de Derecho de esta Sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Varés García, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.

## COMENTARIO

Por **Diana Martín Fernández**  
*Abogada*

**N**os encontramos ante un supuesto de hecho, que cuanto menos nos puede sorprender, una mujer que al dar a luz a su hijo necesita que le realicen una episiotomía y el uso de fórceps, tras este acontecimiento, en el que logró traer al mundo a su hija en perfectas condiciones comenzó un infierno para ella, porque la episiotomía se realizó de forma incorrecta, saltándose los protocolos médicos. Como consecuencia del error cometido, la recurrente viene sufriendo numerosos trastornos que le vienen causando una limitación en su vida cotidiana, ya que no puede controlar las acciones más básicas del cuerpo humano como es la continencia de la evacuación de sólidos, líquidos y gases, ya que se le causó un serio problema irreversible en el esfínter. El resultado de este mal hacer es la formación de un grave perjuicio para la recurrente, ya que quedó demostrado que no puede seguir haciendo su vida cotidiana, ni siquiera acciones básicas como trabajar, mantener relaciones sexuales o tener otro bebe, por lo que con este caso se demuestra que no tenemos que imaginarnos grandes patologías para entender que la vida se puede ver limitada.

El supuesto fáctico de esta Sentencia es sorprendente, no nos podemos imaginar que al realizar una episiotomía se puedan causar tantos daños, estamos cansados de escuchar la realización de esa maniobra médica para aligerar el parto y favorecer la expulsión del feto

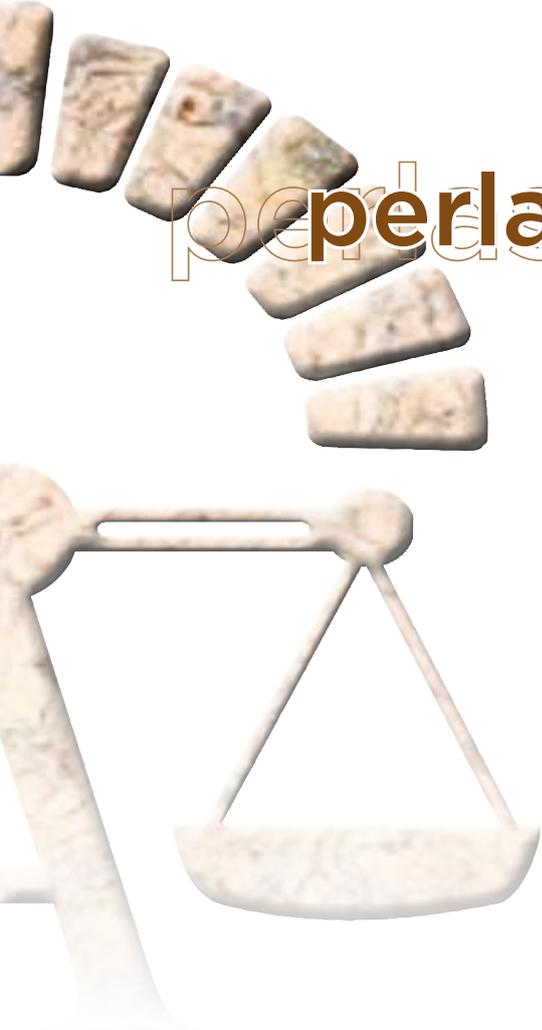
El supuesto fáctico de esta Sentencia es sorprendente, no nos podemos imaginar que al realizar una episiotomía se puedan causar tantos daños, estamos cansados de escuchar la realización de esa maniobra médica para aligerar el parto y favorecer la expulsión del feto, pero no conocemos, al menos yo, este tipo de complicaciones/negligencias.

Lo que está claro, a mi parecer, es que la resolución impugnada en casación es acertada en cuanto al establecimiento del nexo causal, es decir el mal hacer de los facultativos que atendieron a la recurrente, ahora recurrida en casación, creó un perjuicio que ni mucho menos puede ser asumido ni está en la obligación de soportar, nadie se puede imaginar que la maniobra de la episiotomía puede causar tales daños y perjuicios a la persona que se somete.

En cuanto a la cantidad reclamada y concedida, debemos señalar que la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurrida en casación, no desglosa los conceptos por los que fueron reclamados 218.035,75 euros, ni cuál fue la base para establecer esas cuantías. No sabemos si se aplicó de manera supletoria el Sistema de Valoración para los daños sufridos como consecuencia de un accidente de circulación, ni si se pidió indemnización por una incapacidad total/absoluta, pero lo que está claro es que por este tipo de lesiones/daños se debe pedir una indemnización por incapacidad total como mínimo porque en el relato de los hechos probados ha quedado claro que esta señora no puede realizar sus tareas habituales con normalidad, como salir a cenar con amigos. Esta grave restricción en la realización en las tareas habituales debe ser indemnizada.

Uno de los motivos alegados en el recurso de casación interpuesto por la Cía de Seguros condenada, fue que de estimarse la reclamación debía fijarse la indemnización de acuerdo con lo recogido en el dictamen del Consejo Consultivo (20.000 euros), si bien esta alegación carece de sentido, ya que estos informes no son ni mucho menos vinculantes al Juzgado/Tribunal que resuelva el procedimiento judicial y además tras ese informe se comprobó que no había curación para la dolencia, por lo que unos daños que en principio podían haber sido subsanados, finalmente quedaron como definitivos.

En último lugar, debemos señalar que de nuevo viene a repetir la Sala que la valoración de los daños es una cuestión de hecho excluida de control en vía casacional, fuera de la invocación de infracción de preceptos sobre prueba tasada, o se trate de una valoración absurda o arbitraria o se haya omitido algún concepto indemnizatorio, que no es el caso.



# perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes

La Sentencia nº 602/2012, de 15 de octubre, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, decide respecto del fallecimiento de una niña de 14 años consecuencia de un fallo en el sistema eléctrico, concediendo por encima del 'Baremo' 140.000 euros, teniendo en cuenta que "no era hija única, sino la única hija común del matrimonio, la inexistencia del lucro cesante pretendido por ganancias dejadas de percibir, que ni se acreditan, ni resultan procedentes para beneficiar a quien, como su padre, no sufre limitación alguna respecto de las ganancias que en el futuro puede percibir, dado el fallecimiento de su hija, a partir del cual no genera este lucro...":

"Si bien la vida humana, y más cuando su pérdida se produce en edad tan temprana como en el caso que nos ocupa, no tiene precio -cuestión en la que todos los litigantes están de acuerdo-, en supuestos tan desgraciados como el acontecido es preciso establecer un valor, y, al respecto, tomando en consideración cuantas circunstancias concurren en el caso enjuiciado, a la luz de la evolución de la jurisprudencia -que es necesario tener como referencia de la realidad social temporal en cuanto que marca la directriz del criterio hermenéutico de las normas (artículo 3.1. del Código Civil)-, se estima que la cuantía de ciento cuarenta mil euros establecida en la instancia se ajusta a Derecho y al supues-

to que nos ocupa, sin que los mismos puedan ser atendibles, puesto que no ha de servirnos de referencia la cuantía que haya podido ser establecida en supuestos de muerte debida a actos de terrorismo, cuando de lo que aquí se trata, al igual que en los accidentes de circulación -cuyo baremo de indemnización se toma como referencia, en una suerte de analogía, artículo 4.1. del Código Civil- es un supuesto desgraciado sin intención alguna de que ocurriera. La sentencia impugnada no se limita a establecer una cuantía en función de la aplicación automática de la que resultaría del citado baremo, sin que, atendiendo al concreto supuesto enjuiciado, otorga una cantidad superior a la que resultaría del mismo".

En un desgraciado suceso, un vehículo cuyo conductor había ingerido bebidas alcohólicas atropelló a numerosas personas, lesionando a once de ellas en el paseo de la Puntilla del Puerto de Santa María (Cádiz), coincidiendo con el Gran Premio de Motociclismo de Jerez, huyendo a continuación. Es decidido en la sentencia –íntegramente recomendable, propia del fino jurista que la rubrica– nº 706/12, de 24 de septiembre de 2012, de la Sala segunda del Tribunal Supremo, ponderar –sin ser exhaustivos– la omisión del deber de socorro y la legitimación de los terceros responsables civiles:



“Estas consideraciones podrían llevar a concluir que el tipo penal es aplicable desde el momento en que el causante de la situación de peligro, se marcha del lugar, sin detenerse a prestar su colaboración en la atención de las víctimas, y sin preocuparse de si efectivamente estaban ya siendo auxiliadas. Esa actitud vulneraría el deber específico e indelegable de solidaridad que constituiría más que el núcleo de la tipicidad aplicada, el título de imputación. Lo protegido sería el derecho a ser asistido.

No obstante tal conclusión en este caso ha de ser atemperada. Pudiendo ratificarse en sus líneas maestras la jurisprudencia que se ha citado en relación a que la presencia de terceros no es causa de exoneración, no puede descontextualizarse extremando sus consecuencias hasta llegar a soluciones en exceso formalistas que, alejándose del principio de lesividad, tiendan a resucitar un delito de ‘fuga’ al margen de si en el supuesto concreto la omisión incidió

negativamente en la expectativa de las víctimas en ser atendidas o agravar su situación de peligro o desamparo o en un juicio ex ante el autor no podía descartar totalmente esa negativa incidencia. Se hace ineludible sopesar si in casu era exigible otra conducta y qué aportación efectiva ofrecía su presencia. Hay que seguir proclamando desde luego, que la concurrencia de terceros no excluye en un primer momento el deber de auxilio. Pero cuando se está en un sitio tan concurrido como el escenario del accidente; cuando el responsable del hecho extrae de esa consideración la certeza de que no va a faltar el rápido aviso a los servicios sanitarios y el auxilio inmediato a las víctimas en tanto llega esa asistencia profesionalizada; y, además puede intuir razonablemente que su aportación no sólo iba a resultar irrelevante, sino que además podía verse anulada por una instintiva reacción contra él de algunos de los presentes, no es desatinado negar la reprochabilidad penal

de la conducta consistente en continuar su marcha, máxime cuando de fondo late la posibilidad de que en efecto la detención en la próxima comisaría de policía no fuera algo meramente inevitable, sino una decisión autónoma tras ese primer instante en que no se puede reclamar mayor reflexión. En este caso, pues, la conducta no llega a cubrir todas las exigencias del tipo del art. 195.3: no ya porque la omisión de auxilio por el autor fuese inocua para la vida o salud de las víctimas (lo que no es decisivo), sino por sus más que probables percepciones subjetivas fundadas”.

“También se puede argüir (y de hecho así se hace) que esa negativa a aceptar la legitimación activa del responsable civil subsidiario en materia penal, puede servir de apoyo a una postura malintencionada del responsable directo cuando se conforma con la calificación jurídica o cuando no interpone recurso frente a la sentencia condenatoria. Sin embargo, tal circunstancia que no hemos de negar que en algún supuesto puede producirse, no empaña la postura de negar esa legitimación activa, ya que, en la mayor parte de los supuestos, semejantes al presente, que se han sometido a enjuiciamiento de esta Sala ha podido comprobar que el recurso entablado por el responsable civil subsidiario se plantea con ánimo exclusivo (o casi exclusivo) de dilatar el pago de sus responsabilidades dinerarias, y así se pone de manifiesto de manera evidente en el caso que nos ocupa en que el Estado, después de considerar culpable a su funcionario, hasta el punto de separarle del servicio por este mismo hecho, después trata de defender su responsabilidad pecuniaria basándose precisamente en su inocencia”.

Constituye un hito en la configuración del delito de deslealtad profesional del abogado la Sentencia de 17 de septiembre de 2012 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en ponencia del Ilmo. Sr. Del Moral García:

“Son intereses económicos los que confía el denunciante al acusado. Estamos ante un asesoramiento financiero. Podría inicialmente barajarse como hipótesis, no concretada desde luego en la sentencia, que se reclamase un asesoramiento jurídico. Pero la actividad que finalmente desarrolla el acusado a través de su empresa y que le es encomendada por el cliente nada tiene que ver con las funciones específicas de la abogacía. La condición de abogado no añade penalmente nada a las obligaciones que pudiera tener cualquier otra persona dedicada a efectuar préstamos. Una actividad extrajurídica y al margen de lo que es asesoramiento jurídico

no puede convertirse en delictiva por la condición de abogado del que la desenvuelve. Eso supondría traicionar el sentido del art. 467.2. Se debe dissociar la actividad de un abogado en el desempeño de esa profesión de otras actuaciones también profesionales pero no definitivas de la ‘abogacía’, es decir, no encuadradas en el ámbito competencial propio de esa profesión. Sin llegar al extremo propuesto por algunos comentaristas de excluir del radio de acción del tipo asesorías legales en el ámbito mercantil o laboral, o de consejo jurídico, pues son propias de la función estatutaria del abogado, si han de expulsarse aquellas que no guardan relación con las

funciones que se anudan a la condición de abogado. Eso sucede en el caso ahora contemplado. Si “son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados” (art. 9 del Estatuto General de la Abogacía), al ofrecer determinadas fórmulas de financiación el recurrente no estaba actuando como abogado, aunque tuviese esa condición. Y es en el desarrollo de esa actividad donde se causa el perjuicio que la sentencia describe”.

Es de ineludible importancia conforme al artículo 45.2.d de la LRJCA acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas, el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a que compete; la sentencia de 20 de julio de 2012, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional resuelve cómo planteamientos frecuentes en corporaciones importantes no tienen cabida en el Derecho, tales como pretender suficiente:

“Aclarar y completar, en lo que fuera preciso y de la forma más amplia que en Derecho sea posible, todos los apoderamientos otorgados por la entidad hasta la fecha, y los que se otorguen en el futuro, a favor de Letrados y Procuradores, de forma que tales profesionales tengan la facultad expresa de tomar la decisión en nombre de la entidad, de interponer recursos contencioso-administrativos de los que deba

conocer el orden e instancias con facultad expresa para decidir el nombre de la entidad y para cada caso su interposición y ratificación en juicio y conciliar, desistir, allanarse, absolver posiciones, transigir, ratificarse y recurrir en todas sus instancias, y todo ello a los efectos de lo previsto en el artículo 45.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

“De lo que se trata no es de la existencia de una ‘voluntad’ sino de otra realidad jurídica distinta cual es una ‘decisión’, esto es, un acto jurídico, adoptado conforme a las leyes y a los estatutos de la sociedad, en el que se decida el ejercicio de acciones.

La ‘voluntad’ de las personas jurídicas toma cuerpo en los actos jurídicos de sus órganos, de modo que carecen de una dimensión subjetiva distinta de la que se incorpora a sus decisiones por el cauce legal o estatutariamente articulado y a través de las personas dotadas de poderes. En definitiva, de esto sólo se trata, de si existió o no acuerdo legítimamente adoptado, y, frente a ello, la voluntad de la sociedad es una dimensión carente de contenido jurídico”.

En orden a la fijación del día a quo para la reclamación en plazo de un año por acción de responsabilidad patrimonial, la sentencia de 8 de octubre de 2012, de la Sección 4 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, establece:

“La materialización del daño con sus gravísimas consecuencias se materializa en el momento del diagnóstico de la infección congénita por toxoplasmosis que da lugar a una encefalopatía severa derivada, cuya grave realidad es innegable sin que la constatación concreta de hasta donde

haga llegar las limitaciones del bebé vaya a suponer la transformación del daño en continuado por más que los efectos se perpetúen en el tiempo”.

“Sin embargo, es doctrina de esta Sala, que debe reiterarse hoy en aras de la nece-

saria homogeneidad doctrinal e igualdad en el tratamiento de los justiciables, que las resoluciones de minusvalía e incapacidad, no sirven para interrumpir ni para hacer ineficaz el plazo transcurrido correspondiente a una reclamación de responsabilidad patrimonial”.

¿Qué significa “bossing”? Sin duda, no es nada que practiquen quienes ejercen el Derecho, lo define la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Nacional, de 26 de septiembre:

finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo. En concreto se denomina a esta práctica ‘bossing’ (de la palabra inglesa ‘boss’ -patrón o jefe-) cuando tales prácticas no se desarrollan entre iguales, sino que la víctima ocupa una posición de inferioridad, ya sea jerárquica o de hecho, respecto del agresor. En concreto, se ha afirmado que una de las prácticas de “bossing” consiste en la ‘política de empresa’ de persecución o acoso respecto de un trabajador o trabajadores por motivos de reorganización, de reducción de personal, etc..., o con el simple objetivo de eliminar trabajadores incómodos.



“El denominado ‘acoso moral’ y en concreto en la particular práctica que se denomina en términos anglosajones ‘mobbing’, ha sido definida por los expertos como una situa-

ción en la que se ejerce una violencia psicológica, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo, con la

Este término ha sido descrito por un grupo de expertos de la Unión Europea como “un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado/a es objeto de acoso y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío”.

Destaca la Sentencia nº 88 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que resuelve la negativa de la Asociación Española de Ciclismo Profesional al pago de indemnización por fin de contrato, al expirar el tiempo convenido:

“Aunque sea cierto que una de las finalidades del art. 49.1c ET era promocionar la contratación indefinida, mediante el encarecimiento de la contratación temporal, contribuyendo, de este modo a reducir la dualidad en nuestro mercado laboral, no es menos cierto que el RD 1006/1985, de 26 de junio, no impide prorrogar estos contratos después de su vencimiento,

aunque no puedan novarse en indefinidos, siendo evidente, a nuestro juicio, que la indemnización controvertida se convierte en instrumento promocional de la prórroga contractual, que mejora la estabilidad profesional de este colectivo, acreditando, de este modo que no hay incompatibilidad entre la indemnización reiterada y la relación laboral especial.

El concepto de indemnización, por otra parte, es más amplio que el resarcimiento de daños y perjuicios, ya que abarca no solo el daño o perjuicio sino que también compensa algo que se ha perdido o se ha visto afectado por la conducta de otro.

En este caso, para los ciclistas supone una satisfacción a su pérdida de imagen por el cese o un reconocimiento a lo que con su esfuerzo aportó al equipo, lo que los hace acreedores a la indemnización que se postula, de conformidad con lo que declara el art. 49.1c del ET y Disposición Transitoria 13ª del mismo texto legal”.

Dos aspectos de interés destacan en la Sentencia nº 63/2012, de 31 de julio de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de un lado la valoración propia –ajena al ‘baremo’- de la indemnización y, de otro, el criterio sobre la doctrina Parot y la Sentencia Río Prada del TEDH:

“En lo que respecta a la cuantificación de la indemnización civil debe valorarse que aunque los ertzaintzas asesinados no fueron víctimas de una organización terrorista, concurren toda una serie de circunstancias, que justifican una mayor indemnización que la habitual en este tipo de delitos: justificación de las muertes por un sector de la población que compartía la ideología abertzale del acusado, fuga del acusado lo que impidió un enjuiciamiento más rápido y una más pronta reparación; posterior ingreso del acusado en la organización terrorista ETA, lo que implicaba también la asunción por dicha organización del significado que quiso darse por este sector social a los crímenes cometidos por Camilo.

Por todo ello parece razonable fijar la indemnización del cónyuge de D. Luis Antonio en la cantidad de 200.000 euros; la de su hija Ofelia en 300.000

euros, dado el especial perjuicio que supone no haber siquiera conocido a su padre y haberse educado sin su atención y apoyo, con independencia el perjuicio económico sufrido; y la de los padres de don Alexis en la cantidad de 150.000 euros a cada uno de ellos”.

“El cómputo de dichas reducciones cuando las penas superan el límite máximo no es pacífico. La jurisprudencia ha venido aplicando el criterio denominado ‘Doctrina Parot’, sentencia 197/2006, conforme a la cual las reducciones se aplican sobre la totalidad de las penas impuestas y no sobre el límite máximo de cumplimiento. Esta Sala no ignora que dicho criterio es cuestionado por la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 10 de julio de 2012 –Río Prada contra España–; pero dicha sentencia no ha adquirido todavía firmeza



por lo que debe aplicarse, sin perjuicio de ulterior revisión, la doctrina establecida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que llevaría a la consideración de más favorable para el acusado el Código Penal de 1995”.

Trata la Sentencia de 27 de septiembre de 2012, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de la indemnización inherente a las dilaciones indebidas:

“El daño moral reclamado (inquietud por la tardanza en resolver) y ha de concluirse que el daño moral para el acusado finalmente absuelto es inherente a las dilaciones indebidas en la tramitación de un procedimiento penal, ya que de hecho están presentes las consecuencias anexas al proceso en si mismo consi-

derado como un desprestigio social o una carga patente de angustia y frustración vinculadas a la “pena de banquillo” del acusado. En estos casos la jurisprudencia ha entendido que la dilación indebida genera un daño moral que no necesita prueba (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 15-3-2006), ya que se

define por la subjetividad que le caracteriza, por lo que no es preciso demostrar su existencia, que es de libre apreciación por el tribunal.

Así, atendiendo a la duración de las dilaciones indebidas (8 años), a la entidad del delito imputado y a que no se han destacado otras consecuencias morales más allá de las antedichas, respetando el principio de rogación en cuanto a lo pedido y causa de pedir, se considera como indemnización ponderada al caso la cantidad de 28.000 euros.”

En el ámbito estrictamente de la Ley 32/99, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, conforme a la Sentencia de 18 de julio de 2012, de la sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, es correcta la indemnización en 900.000 euros al marido de la fallecida y no a los padres de ésta, que habían renunciado a su herencia:

“Carece de relieve la diferencia que se hace entre herencia y heredero, habida cuenta de la existencia de una declaración específica de heredero abintestato –que, por la renuncia, no comprende a los padres de la víctima– y de la consiguiente atribución al mismo de la indemnización; en otro plano, es cierto que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable ex iure propio, al no poder sucederse en algo que no ha ingresado en el patrimonio del de *cuius* (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2009 y de 2 de febrero y 4 de octubre de 2006), pero, aparte de que ahora no se discute tal derecho ni su naturaleza, la titularidad del derecho a la indemnización se vincula por la Ley 32/1999 a quien la Sentencia firme señale como derechohabiente, que, en el supuesto de autos, no es otro sino quien fue declarado heredero, es decir, la identifi-



cación del perjudicado por el tribunal penal es la que ha de tenerse en cuenta por el órgano administrativo que traslada

al Estado la indemnización por responsabilidad civil derivada del delito en los términos previstos normativamente”.

¿En el reciente criterio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se considera aplicable las circunstancias atenuante de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos. Art. 21.5 del Código Penal) si quien lo materializa es la compañía aseguradora del vehículo utilizado en los hechos? La respuesta en la sentencia nº 733/12, de 4 de octubre: (que no ha contemplado el argumento de que a continuación en una conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas) la compañía repetirá frente a su asegurado que será quien finalmente ha pagado:

“Se reconoce eficacia en orden a la disminución de la pena a algunos actos posteriores al delito, que por lo tanto no pueden influir en la cantidad de injusto ni en la imputación personal al autor, pero que sin embargo facilitan la protección de la víctima al orientar la conducta de aquél a la reparación o disminución de los daños causados.

De otro lado, debe tratarse de actos personales y volunta-

rio del responsable del delito, o al menos atribuibles al mismo a través de su participación activa, por lo que quedan excluidas las indemnizaciones entregadas o consignadas por las compañías aseguradoras (por ejemplo, STS nº 1787/2000 y STS nº 218/2003) en cumplimiento de las obligaciones legales o contractuales que les competen.

Así, en la STS nº 1006/2006, se señalaba que “Desde una

perspectiva subjetiva, la atenuante contempla una conducta ‘personal del culpable’. Ello hace que se excluyan: 1.- los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio. 2.- supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado. 3.- conductas impuestas por la Administración. 4.- simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente.”

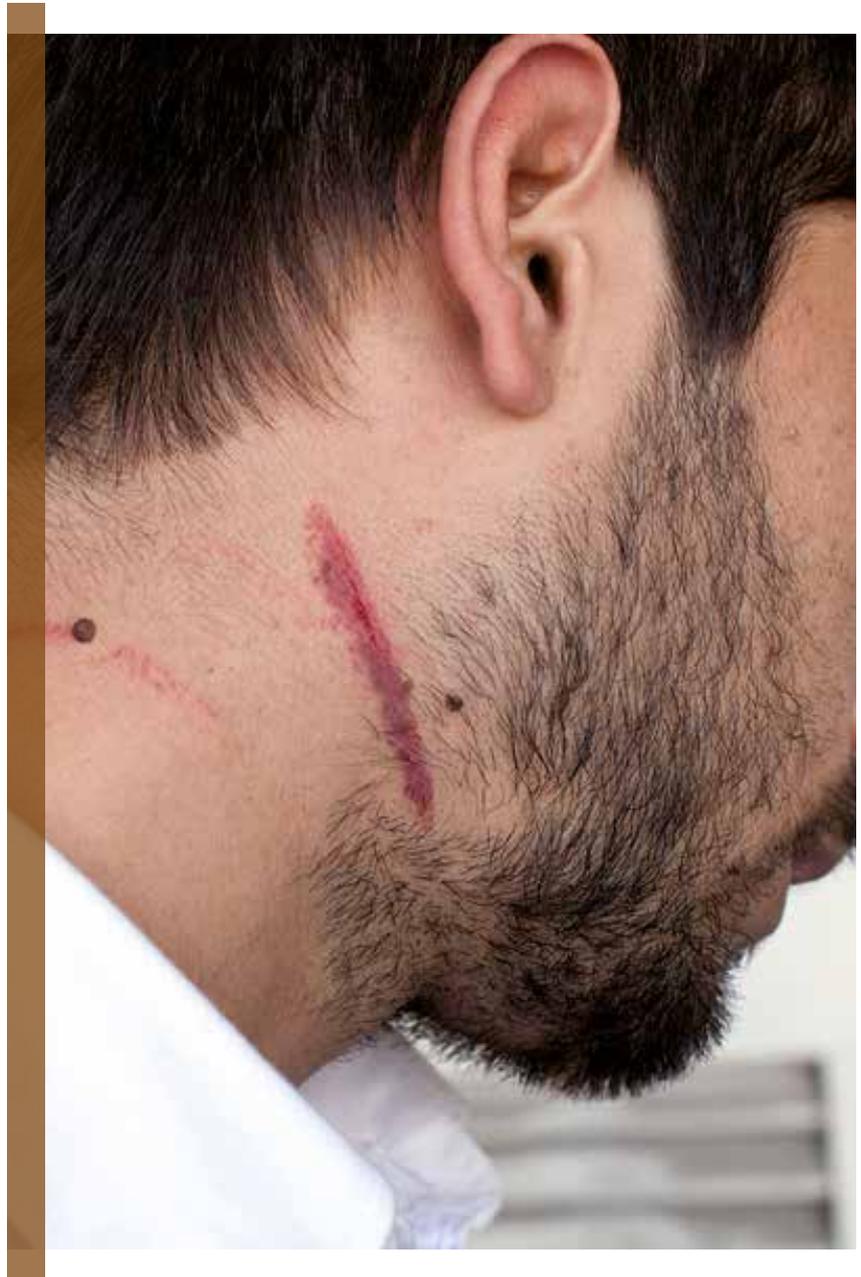


“Es indudable que la calificación delictiva no puede depender del momento en que se enjuicie el hecho y todo resultado de lesiones graves puede tener incidencia tiempo después en una agravación o complicación que influya o determine el fallecimiento, sin que el enjuiciamiento y valoración del resultado delictivo pueda depender de modo indefinido”.

“En este sentido puede afirmarse, como razona el Tribunal de Apelación, que la víctima salvó su vida, después del ataque inicial, frustrando el designio del agresor y comenzó una nueva etapa en la que debía ser tratada como enferma. Enfermedad en cuya evolución pueden incidir muchos factores, como ocurrió en el presente caso, según decisiones, circunstancias, eventualidades y comportamientos ajenos o de la propia víctima, no previsibles ni controlables, por lo que cabe pensar en una solución de continuidad que impide conectar causalmente, en el plano de la imputación, la muerte con la conducta enjuiciada.

En cualquier caso, parece claro que la incertidumbre sobre la futura evolución de las lesiones y sus secuelas, una vez obtenido el parte de sanidad, no puede autorizar a dilatar indefinidamente la persecución penal, la calificación del hecho y la celebración del juicio, por lo que la responsabilidad del agresor debe dilucidarse en función del resultado del hecho tal y como es conocido en el momento en que se obtiene la sanidad y se estabiliza la situación del lesionado, que ya únicamente requiere cuidados asistenciales derivados de las secuelas, momento en el que la muerte no se había producido y la calificación del hecho era la de homicidio intentado”.

Cuestión debatida es la que se plantea respecto de un suceso delictivo que provocó a la víctima lesiones de las que si recibe alta de sanidad, para fallecer tres años después; en la perspectiva clásica de la imputación objetiva puede estimarse que el fallecimiento final de la víctima es un resultado imputable al acusado, en la medida en que la acción del autor creó un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, al agredir a la víctima con el propósito de acabar con su vida; el resultado producido, aunque se produjese tres años después por una complicación en el tratamiento de sus secuelas, puede considerarse como la realización efectiva del peligro generado por la acción; y evitar dicho resultado se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma. Ello es resuelto en Sentencia nº 663/12 de 24 de julio de la Sala 2ª del Tribunal Supremo:



La responsabilidad objetiva tiempo ha que dejó de ser absoluta, ni siquiera la patrimonial, sirva de muestra la Sentencia de dieciséis de julio de dos mil doce, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso:

“La Sala a la vista de las circunstancias concurrentes y valorando especialmente la hora en que suceden los hechos, sobre las 2 horas de madrugada, fuera de las horas de luz o baño, pues cabe recordar que la playa es un lugar público de baño ex artículo 115.d) de la Ley de Costas y también la naturaleza del lugar, que si bien es un lugar público desde el punto de vista de disfrute por la generalidad, sin embargo es un elemento natural afecto a la dinámica marina y en definitiva cambiante, en la que pueden y suelen formarse en concreto en la citada playa

fenómenos como el que nos ocupa, y que son más difíciles de apreciar cuando se transita por ella de madrugada, sin que los servicios, sin que los servicios de vigilancia, limpieza, etc, hayan todavía empezado a operar y sin que, por otra parte, haya citado la actora normativa de la que resulte la obligación de iluminarla, considera que no cabe apreciar relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y las lesiones sufridas por el recurrente que debido a las circunstancias en que se produjeron está obligado a soportar.

Cabe señalar que el Alto Tribunal ha señalado, entre otras, en la STS de 1 de julio 2004 (Rec. 357/2003) que aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Sala como un supuesto de responsabilidad objetiva, ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, siendo necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla”.

“Ciertamente, en otros ámbitos distintos, existen baremos que permiten una concreción puramente objetiva, pero la aplicación de estos baremos a los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración puede resultar discutible, pues aunque se funde en criterios objetivos, debe recordarse que según el art. 141.2 de la citada L 30/1992, la valoración debe efectuarse atendiendo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, a los de la legislación fiscal y demás normas aplicables y a la ponderación de valor en mercado. La misma jurisprudencia contencioso-administrativa se muestra vacilante en cuanto a la asunción de este tipo de baremos, por cuanto así como el Tribunal Supremo ha apelado en alguna ocasión a los módulos valorativos referidos a otros –así, S. 26 de septiembre de 1977; 18 de enero de 1980 y 16 de diciembre de 1994–, en otras ha negado su aplicación por entender

La Sentencia de dieciocho de julio de dos mil doce de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, da una idea cierta de la valoración del daño propia de dicha jurisdicción; Don Bienvenido, Alférez de Infantería de Marina, está destinado en la Unidad de Operaciones Especiales del Tercio de la Armada en Cádiz. El día 25 de noviembre de 2004, con 34 años de edad, participaba en un ejercicio de descenso, a través de una estacha de un helicóptero de la Armada a un submarino, cuando se precipitó al mar, desapareciendo entre las aguas; el cuerpo del militar no fue encontrado:

que «el principio de responsabilidad directa patrimonial del Estado con motivo del funcionamiento de sus servicios está establecido en una Ley general y con la técnica de la cláusula general... por lo que no cabe... seguir otros sistemas especiales reguladores de reparaciones debidas por la Administración por otros conceptos concretos y distintos especialmente establecidos para reparaciones específicas» –Ss. 21 de abril y 26 de septiembre de 1977; 2 de abril y 3 de diciembre de 1979 ó 18 de febrero de 1980–.

En todo caso, cabe convenir que la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial, sin perjuicio, claro está, de la incidencia que debe tener la existencia de precedentes jurisprudenciales aplicables al caso que nos ocupe.

Como hemos expuesto anteriormente, la indemnización

por responsabilidad patrimonial de la Administración goza de un carácter complementario en el sentido de que, según resulta de lo expuesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sólo procederá indemnización por este concepto cuando, aparte de reunirse los requisitos para que surja dicha responsabilidad, se deban cubrir daños no reparados con las otras sumas que se perciben con causa en unos mismos hechos pero por distintos institutos jurídicos, lo que implica que sólo cuando se detecte esa insuficiencia, podrá reconocerse, además de las sumas a que ya se tiene derecho, otra por aquel concepto, pues lo contrario nos llevaría a un enriquecimiento injusto no permitido por el ordenamiento jurídico.

Estas sumas atendidas las circunstancias concurrentes en el caso de autos, la juventud del militar fallecido, con unas perspectivas de desarrollo profesional dilatado, así como la privación a la esposa de su cónyuge y la pérdida del padre para la hija, implican, a juicio de esta Sala, que la valoración del daño moral generado, -imposible de retribuirse por vía económica-, al menos es acreedor a la percepción de una cantidad superior a la actualmente establecida, que se estima en la suma de 30.000 euros para la esposa y otros 30.000 para la hija del finado, cantidad que se declara actualizada a la fecha de esta sentencia.

En el supuesto de autos, los padres del militar accidentado no expresan otro concepto indemnizatorio que el 'daño moral', único a través del cual instan la reparación integral propia del instituto de la responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, el concepto 'daño moral', y su proyección sobre el instituto de la repa-



ración integral que persigue la responsabilidad patrimonial, desde el estricto punto de vista jurídico, determina que la cualificación de acreedores de dicha obligación, y por tanto, sujetos jurídicos que ostentan el derecho subjetivo de instar el cumplimiento de la prestación indemnizatoria se circunscriba al ámbito de los que son más directos perjudicados, actuando nuestro ordenamiento jurídico, con los criterios de prioridad y exclusión, de modo que concurriendo los más cercanos, quedan excluidos los más lejanos.

En el supuesto de autos, los padres del finado no alegan razón especial alguna para

valorar el 'daño moral', solo la mera relación paterno filial con el fallecido. Es decir, no existe otro daño que el afectivo. Por lo que, en este estricto concepto jurídico a indemnizar, los principios generales de las normativas reguladoras de la reparación de daños y perjuicios en general, de prioridad y exclusión, determinan que legalmente se confiera este derecho al más próximo, y con exclusión de los más remotos.

Razones por las que procede excluir del ámbito indemnizatorio a los padres del finado, ante la concurrencia de perjudicados más directos y afectados en su daño moral, como son su esposa e hija".

Por su interés se reproduce el recientísimo auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Molina de Segura (Alicante), de fecha 18 de octubre de 2012, en el que se deniega el dictado de cuantía máxima siguiendo el criterio de la Sección II de la Audiencia Provincial de Murcia en el auto de fecha 14 de febrero de 2012 que establece la improcedencia del auto de cuantía máxima en los procedimientos en los que la denuncia inicial describe una imprudencia que carece de relevancia penal, o cuando la falta o delito estaba prescrita o incurra en cualquier otra causa de extinción de la responsabilidad penal, igualmente si en la denuncia no se aportan elementos que le otorguen verosimilitud, pues de no entenderse así quedaría en manos del perjudicado la decisión sobre la procedencia o no de dicho auto, bastándole la simple presentación de la denuncia, aunque no se admita a trámite, para obtener los privilegios procesales que el glosado artículo otorga. Con independencia de la valoración positiva que se puede hacer de este auto del Juzgado de Instrucción al pretender evitar el abuso del derecho, lo cierto es que en su fundamento jurídico primero cita el artículo 13 del Texto Refundido de la Ley de uso y circulación de vehículos a motor, aprobado por Decreto de 21 de marzo de 1968, texto que fue derogado hace 8 años por el RDL 8/2004 que aprobaba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, por lo que recomendamos a SS<sup>a</sup> leer la editorial de esta revista, donde puede apreciar la evolución legislativa de esta norma.



N.I.G.: 30027 41 2 2011 0104619

**JUICIO DE FALTAS 0000180 /2011**

**NOTIFICADO 24-10-2012**

Delito/falta: FALTA DE LESIONES IMPRUDENTES

Denunciante/querellante:

Procurador/a: D/D\*

Abogado/a:

Contra:

Procurador/a: D/D\*

Abogado/a: D/D\*

#### AUTO

En Molina de Segura, a dieciocho de octubre de dos mil doce.

#### HECHOS

**PRIMERO.** En este Juzgado se incoaron los autos del Juicio de Faltas número 180/2011 por los hechos ocurridos el día 21 de febrero de 2.011 cuando [redacted] y [redacted] ocupantes del vehículo matrícula [redacted] - marca Volkswagen, matrícula, al tratar de salir del lugar donde estaba aparcado, el vehículo marca Peugeot 206, matrícula [redacted], conducido por [redacted] y asegurado por la compañía [redacted]. Como consecuencia de la colisión, además de los daños materiales sufridos en el vehículo, las denunciadas sufrieron lesiones.

**SEGUNDO.-** Por este Juzgado en fecha 10 de febrero de 2.012 se dictó Sentencia absolviendo a las denunciadas de los hechos objeto de enjuiciamiento, dejando constancia a lo largo de la resolución, que la conducta de la denunciada no reviste carácter penal.

Con fecha de entrada a este Juzgado 8 de marzo del presente año por las denunciadas se solicitó el dictado del correspondiente título ejecutivo.

Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 7 de mayo de 2.012 se convocó a las partes a la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 13 de la LRCSCVM, comparecencia que se convocó a las partes a la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 13 de la LRCSCVM, comparecencia que



fue celebrada en la Sala de Audiencia de este Juzgado en fecha 16 de octubre de 2.012.

Abierto el acto por el denunciante se solicitó que se dictara Auto de Cuantía Máxima por la cantidad en base a la documental que consta en el expediente (informe del Médico Forense, gastos médicos y de rehabilitación satisfechos por las denunciadas para la curación de sus dolencias), oponiéndose el letrado del denunciado habida cuenta, de la ausencia de relevancia penal en la conducta de la denunciada, así como la falta de nexo causal entre la forma de ocurrencia del siniestro y las lesiones causadas.

#### RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Conforme dispone el artículo 13 del Texto Refundido de la Ley de uso y circulación de vehículos de motor, aprobado por Decreto de 21 de marzo de 1968, Cuando en un proceso penal, incoado por hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la circulación de vehículos de motor, se declare la rebeldía del acusado, o recayera sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad, si el perjudicado no hubiera renunciado a la acción civil ni la hubiera reservado para ejercitarla separadamente, antes de acordar el archivo de la causa, el juez o tribunal que hubiera conocido de ésta dictará auto, en el que se determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por dicho seguro de suscripción obligatoria y según la valoración que corresponda con arreglo al sistema de valoración del anexo de esta Ley. El auto referido se dictará a la vista de la oferta motivada o de la respuesta motivada del asegurador o del Consorcio de Compensación de Seguros, y contendrá la descripción del hecho, la indicación de las personas y vehículos que intervinieron y de los aseguradores de cada uno de éstos.

En todo caso, antes de dictarse el auto, si en las actuaciones no consta oferta motivada o respuesta motivada según las prescripciones de esta Ley, el juez convocará a los perjudicados y posibles responsables y sus aseguradores, incluido, en su caso, el Consorcio de Compensación de Seguros, a una comparecencia en el plazo de cinco días, a fin de que pueda aportarse la oferta o la respuesta motivada, o hacerse las alegaciones que consideren convenientes.

Si en la comparecencia se produjera acuerdo entre las partes, el mismo será homologado por el juez con los efectos de una transacción judicial.

Dicho auto contendrá la descripción del siniestro, identificación de las personas y vehículos implicados y de los aseguradores de los mismos.



SEGUNDO.- Conforme el criterio de la Sección II de la Audiencia Provincial de Murcia en el auto de fecha 14 de febrero de 2.012 dictada en el Rollo de apelación n° 3/12 contra el Auto dictado por el Juzgado de instrucción n° 7 de Murcia, que establece la improcedencia del auto de cuantía máxima "en los procedimientos en los que la denuncia inicial describe una suerte de imprudencia que carece de relevancia penal, o cuando la falta o el delito estaba prescrita o incurra en cualquier otra causa de extinción de la responsabilidad penal, igualmente si en o con la denuncia no se aportan elementos que le otorguen verosimilitud". Refiriendo, igualmente, que "de no entenderse así quedaría en manos del perjudicado la decisión sobre la procedencia o no de dicho auto, bastándole la simple presentación de la denuncia, aunque no se admita a trámite, para obtener los privilegios procesales que el glosado artículo otorga.

Y lo mismo puede predicarse de aquellos otros supuestos en que, no obstante la aparente tipicidad inicial, se comprueba, tras las precisas pesquisas, que los hechos acreditados no revestían, porque ello equivaldría a dar protección ejecutiva a denunciantes que, interesadamente, proponen un relato de hechos en el que, sin incurrir en denuncia falsa, enfatizan elementos típicos, con abuso del derecho".

Aplicando lo anterior al presente caso, al dictarse Resolución de sobreseimiento y archivo por carecer los hechos de relevancia penal, puesto que el hecho denunciado constituía, en su caso, una falta de diligencia ajena al ámbito del derecho penal, todo ello con reserva de acciones civiles que a los perjudicados les podría corresponder, procede, en consecuencia, la denegación del auto de cuantía máxima.

Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación.

#### PARTE DISPOSITIVA

**DENIEGO EL DICTADO DE AUTO DE CUANTÍA MÁXIMA** solicitado por

Notifíquese la presente resolución a las partes interesadas (denunciantes y aseguradora), en legal forma, y archívese el Procedimiento, dándole de baja en los libros de su razón.

Esta resolución, dado el carácter denegatorio de la misma, no es firme y contra ella cabe la interposición de recurso de apelación en el plazo de cinco días ante este órgano judicial.

Así por este mi auto, lo pronuncio, manda y firma la Ilma. Dña. Ana Belén Carrión Pagán, Magistrada/Juez del Juzgado de Instrucción N° 1 de Molina de Segura y su Partido Judicial. Doy Fe.

Puede enviar cualquier resolución para su publicación en esta sección al correo-e: [secretaria@asociacionabogadosrcs.org](mailto:secretaria@asociacionabogadosrcs.org)

El Consejo de Redacción de esta revista se reserva el derecho de selección de las resoluciones recibidas.

Nuestro compañero Fernando Estrella nos ha remitido la presente sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires con fecha 11 de julio de 2012. El señor Roberto Javier Pizzo promovió demanda de daños y perjuicios contra el señor Mauro Camoranesi por la responsabilidad deportiva atribuida en el hecho ocurrido el día 14 de agosto de 1994, cuando en el estadio 'General San Martín' se enfrentaron dos equipos de fútbol: el Club General Alvarado y el Club Atlético Aldosivi. Este último fue citado al proceso como tercero (fs. 4/6. 110/125, 146/150 y 218/225). El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda, condenando al citado Camoranesi y al Club Aldosivi (fs. 725/750). La Cámara de Apelación confirmó -por mayoría- este fallo, aunque modificó los importes reparatorios de los daños por 'lucro cesante-pérdida de chance' y daño moral (fs. 838/867 vta). Para así decidir, luego de pasar revista de las distintas posturas doctrinarias (fs. 849/851), que la responsabilidad del señor Camoranesi debe ser analizada desde la perspectiva de la culpa pues la sola violación objetiva de las reglas de juego (Reglamento), en tanto revisten la condición de meras normas de actuación de los jugadores, sancionables en el ámbito deportivo, no alcanza para cumplir con el presupuesto de la antijuridicidad o ilicitud (fs. 851).

Cuando de daños ocasionados entre 'jugadores' durante una justa deportiva se trata, la mayoría de los autores se pronuncia por la irresponsabilidad del autor del perjuicio, siempre que ésta haya sido mera consecuencia de la aplicación de las reglas del juego; incurriendo el deportista en responsabilidad sólo por los daños resultantes de infracciones a las normativas del deporte practicado, si medió de su parte una conducta viciada de imprudencia, impericia, brutalidad, etc Así cuando estuviese exenta de dolo, intencionalidad o deslealtad (Trigo Represas, Félix A.-López Mesa, Marcelo. 'Tratado de la Responsabilidad Civil', T. II, p. 807, Ed. La Ley; Savatier, 'Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français', T. II, p. 467; De Aguiar Días, 'Tratado de la Responsabilidad Civil', T. I, p. 435; Llambías, Jorge, 'Tratado de las Obligaciones', T. 111, p. 589; Colombo, 'Culpa Aquiliana', T. I, p. 264; Borda, Guillermo, 'Tratado de las Obligaciones', T. II, p. 496; Herrera, Félix Guillermo, 'Daños en y por

espectáculos deportivos', Ss. As., Ed. Gowa, 1986, p. 35).

Se tiene dicho que todo deporte implica -en mayor o menor medida- un riesgo para quien lo practica que debe ser por él asumido y hay una cantidad de daños que constituyen el riesgo propio y ordinario que la actividad deportiva entraña y que no resulta reparable. En tanto el deportista no realice una conducta contraria a las reglas de juego no habrá reparación por parte del contendiente (Celia Weingarten, 'Tratado de Daños Reparables', T. II, p. 332, Ed, La Ley; Ghersi Carlos, 'Responsabilidad Civil', p. 479, Ed, Hammurabi).

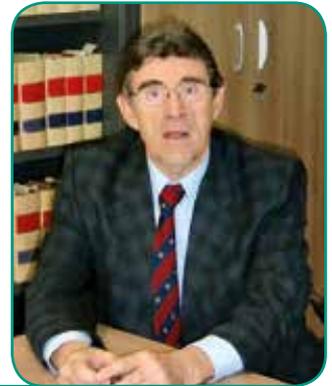
Y todo lo expuesto, que entiendo rige como marco normativo para evaluar y juzgar las conductas habidas con oportunidad de encuentros deportivos, de las cuales resulten dañados los partícipes por acciones, en ocasiones dolos mismos, asoma también como noción de juzgamiento en el voto que el doc-

tor Soria emitiera en la causa C. 85.692, al cual adherí y que, en lo sustancial, refiere que las lesiones deportivas sufridas por un jugador pueden dar lugar al deber de resarcir cuando media una accionar que viola el reglamento del juego y denota un obrar culposo por imprudencia o torpeza o, claro está, cuando existe un obrar intencional dirigido a provocar el daño (conf. causa C. 85.692, sent. del 9-VI-2010, último párrafo del considerando 3.c del voto del doctor Soria).

Por lo tanto, con relación a la alegada infracción de la doctrina legal de esta Corte, no advierto que en el sub lite se haya demostrado su vulneración. Pues debe apreciarse como comprometida la responsabilidad de aquél que asume una conducta manifiestamente imprudente, teñida de impericia o brutalidad; esa conducta excesiva o indudablemente descuidada no queda cubierta ni por la asunción de los riesgos propios u ordinarios de la actividad deportiva, ni por la permisón del Estado para desarrollar tal deporte.

De ello se deriva que los deportistas deben hacerse cargo de reparar los daños que resulten de su obrar culposo. El desarrollo de una actividad deportiva no puede ser esgrimida como pantalla o justificativo para excusar a un deportista de una conducta temeraria o manifiestamente imprudente (Félix A. Trigo Represas-Marcelo López Mesa: 'Tratado de la Responsabilidad Civil', T. II, p. 805, Ed. La Ley). Por ello cuando un competidor posterga el juego y genera una conducta excesiva o indudablemente negligente, que se traduce en un daño, es razonable y justo que deba pagar una indemnización por las consecuencias de su proceder culposo (Mazzinghi, Jorge Adolfo -h-, 'Los daños en el deporte. Una sentencia severa pero justa', LL, 1996-C-698).

# entrevista a...



**ANTONIO RAVENTÓS RIERA**

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

Estudió Derecho en la Universidad Autónoma de Barcelona, promoción 72-77, dado de alta en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona en 1977. Dedicado desde sus inicios al ámbito del seguro, en 2009 se convierte en socio fundador de 'Coello de Portugal Abogados'. Además, ha participado en varias conferencias sobre arbitraje, en general, y en materia arrendaticia, así como en seguros, en los colegios de Abogados de Valencia, Alicante y Málaga. Asimismo, es autor de diversos artículos relacionados con el arbitraje y el seguro, publicados en la Revista de la Asociación de Abogados Especializados en RC.

¿Nos puede explicar en qué consiste el acuerdo adoptado en relación al Arbitraje el pasado día 21.06.12, en la Junta General Ordinaria de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro?

En la Junta General Ordinaria de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, se aprobó que la Asociación desarrolle funciones de arbitraje, conforme consta en el apartado 3 del art. 7 de los Estatutos, aprobándose seguidamente, con carácter provisional, el Reglamento regulador del arbitraje a administrar por la Asociación. En síntesis el acuerdo adoptado consiste en que la Asociación de Abogados se constituye en tribunal arbitral para asuntos relacionados esencialmente con la responsabilidad civil y seguro, sin perjuicio de poder arbitrar asimismo aque-

llos casos en los que ambas partes deleguen a la Asociación la administración mediante arbitraje del conflicto que les afecta.

### ¿Cómo se articulará dicho Acuerdo?

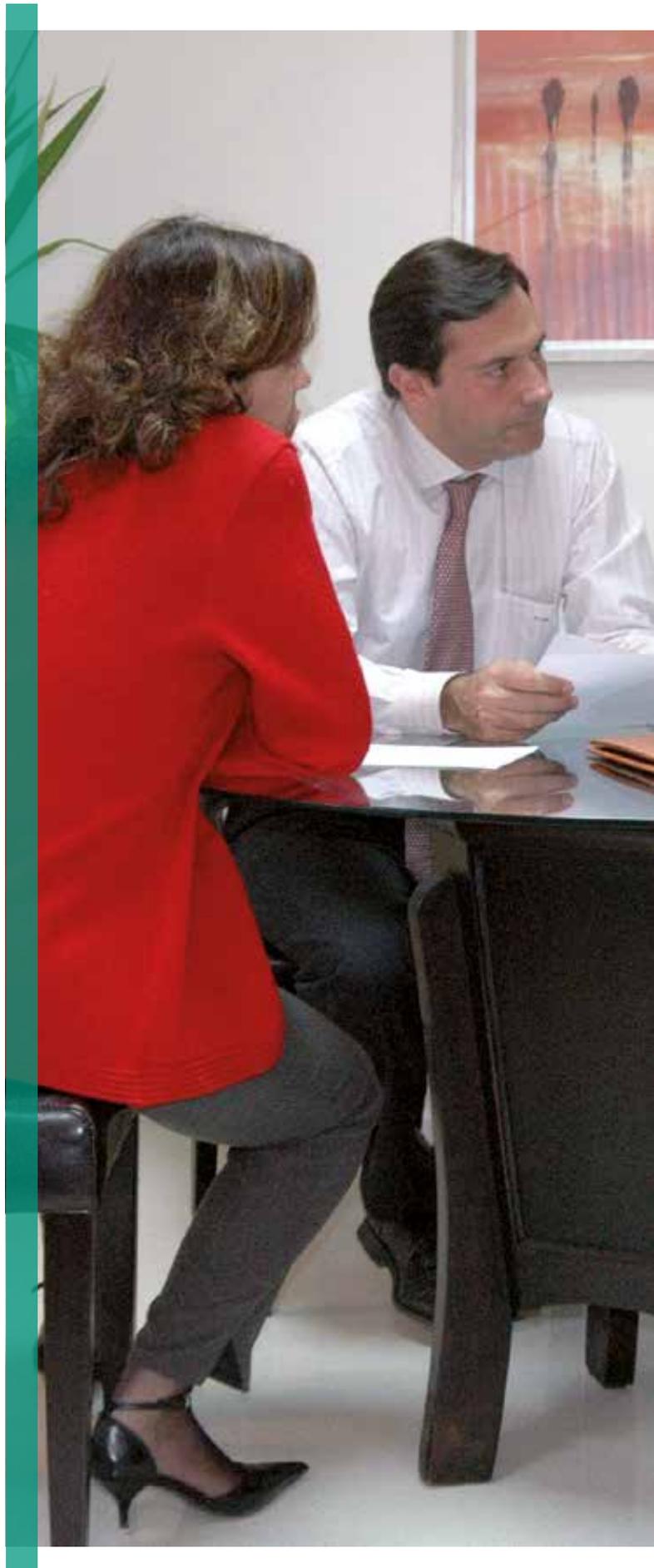
Se aprobó reglamento provisional, que se puede ver en la página web de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (dentro del menú 'arbitraje'). Ese reglamento es provisional hasta la próxima Asamblea para poder ir corrigiendo los problemas de procedimiento que se detecten en los arbitrajes que se vayan dirimiendo. Por otra parte, se dará cuenta a los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas de nuestro país de la constitución de la Secretaría de Administración de Arbitrajes de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro para que se tenga en cuenta la lista de árbitros a la hora de determinar judicialmente el nombramiento de árbitro, que, como se sabe, es competencia del Tribunal Superior de Justicia desde la última reforma de la Ley de Arbitraje.

### ¿Qué ventajas tiene el Arbitraje para el ciudadano frente a los órganos jurisdiccionales? ¿Y para las aseguradoras?

Las ventajas tanto para el ciudadano como para las aseguradoras son notables. No existe una posición de ventaja de uno de los anteriores respecto al otro. el arbitraje proclama los principios de igualdad, audiencia y contradicción, de tal forma que los que acuden a él, gozan de las mismas condiciones. Hay muchas ventajas respecto la jurisdicción ordinaria, así, destacar: la rapidez del arbitraje; que es más económico que la jurisdicción (no hay tasas, ni depósitos...), las partes acuden representadas por letrados, si así lo desean, y se incluyen sus minutas en las costas del arbitraje, es más flexible que el procedimiento civil, el árbitro es un experto en la materia, hay un plazo para dictar el laudo so pena de incurrir en responsabilidad la institución arbitral, y por ende, el árbitro....

### ¿Cree que el ciudadano está bien informado sobre qué es el Arbitraje y qué ámbito de actuación tiene en el sector asegurador?

En absoluto se ha informado al ciudadano de la posibilidad de acudir al arbitraje en materia de seguros. Es más, en la gran mayoría de pólizas consta un artículo en el condicionado general en el que se recoge la posibilidad de





acudir al arbitraje en conflictos con la aseguradora propia. La practica me ha demostrado que cada vez que he solicitado a una aseguradora acudir a arbitraje para solucionar el asunto, la respuesta ha sido negativa. Es más, incluso en asuntos derivados de la defensa jurídica, en los que el convenio arbitral trae causa del art. 76.e) de la LCS, la aseguradora se ha negado a arbitraje. En un caso de mi despacho, solicitamos al respecto que se declarase judicialmente el derecho a arbitraje que proclama el art. 76.e), y la Audiencia de Barcelona nos dio la razón, como consta en el artículo publicado por la Revista de la Asociación nº 37, pag. 25.

#### ¿Cómo se lleva a cabo la selección de Arbitros?

Habida cuenta la cuestión que se somete a la decisión del árbitro, la Secretaria de Administración de Arbitrajes, propone a las partes el árbitro que considera más adecuado, y si éstas no lo recusan, se le nombra árbitro. Los árbitros son miembros de la Asociación que lo hayan solicitado y reúnan los requisitos que exige el Reglamento. En la actualidad, y si no me falla la memoria, hay ya ocho árbitros, como consta en el departamento de arbitraje de la página web de la Asociación

#### ¿Por qué considera más importante o conveniente la utilización del Arbitraje para conflictos en el ámbito de seguros que la Mediación?

La gran diferencia es que iniciado y sometidas las partes al arbitraje, no pueden abandonarlo, como sí que pueden hacerlo en la Mediación. Por otra parte la figura del árbitro experto sobre la materia es una gran ventaja sobre la Mediación ya que se desconoce '*ab initio*' el conocimiento del mediador sobre el asunto.

#### ¿Qué principios deben inspirar un procedimiento de Arbitraje?

Los que proclama la Ley de Arbitraje en su artículo 24, igualdad, audiencia y contradicción. Pero además, el de confianza en la institución arbitral y el árbitro designado. El paso adelante dado por la Asociación de Abogados para erigirse en institución arbitral tiene su fundamento en el prestigio que goza en el sector, así como la confianza que genera. No se pueden perder de vista esos dos puntos, de ahí que la Asociación de Abogados, y más concretamente, la Secretaria de Administración de Arbitrajes velen por el cumplimiento escrupuloso y objetivo de los principios que exige la Ley de Arbitraje.



¿Debe primar el principio de flexibilidad en su tramitación como nota que lo diferencia notablemente del procedimiento judicial?

Efectivamente. Un repaso a la Ley de Arbitraje nos revela la cantidad de ocasiones en las que se indica que cualquier actuación dentro del procedimiento arbitral, será 'conforme', o 'según lo dispuesto' o 'de acuerdo' con las partes. Sólo en caso de que las partes no hayan decidido algo o fuere imposible alcanzar un acuerdo respecto a un concreto aspecto dentro del procedimiento, lo resolverá el árbitro, pero teniendo siempre en cuenta el interés y la conveniencia de las partes.

¿Cómo puede conseguirse que en los contratos de adhesión, que son mayoritariamente los contratos de seguros, pueda asegurarse el cumplimiento del principio de igualdad y audiencia para ambas partes?

Los contratos vinculan a quienes los suscriben. El arbitraje que consta en los contratos de seguro no predetermina institución arbitral alguna. De hecho, en la pólizas consta la 'posibilidad' de acudir las partes a arbitraje. Además, la Ley de Contrato de Seguro prohíbe la preterminación de árbitro antes del conflicto. Una vez surgido el conflicto es cuando se determina el árbitro, y éste, y en su caso la institución que administre el arbitraje, debe proceder a dar

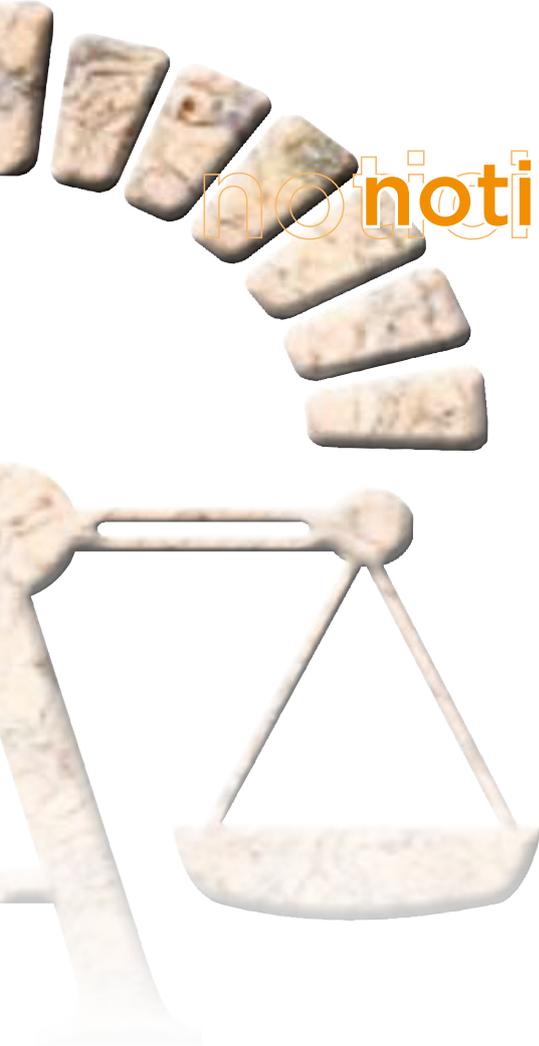
cumplido cumplimiento de los principios inspiradores del arbitraje, de igualdad, audiencia y contradicción.

¿Cómo puede lograrse que todos los agentes jurídicos den su voto de confianza al procedimiento de Arbitraje y comience a utilizarse de forma generalizada?

El camino se hace andando. Hay que dar un voto de confianza al arbitraje, y a la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro en esa nueva meta. El prestigio del que goza la Asociación en la actualidad es fuente suficiente para depositar en ella la confianza necesaria para que el arbitraje en el ámbito del seguro pueda triunfar definitivamente. Depende tanto de los abogados, como de las aseguradoras, como de los árbitros, así como de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Entre todos, si ponemos el empeño necesario y depositamos la confianza necesaria, lo podemos lograr. Puede ganarse o no el procedimiento arbitral, pero lo importante es que el Laudo sea correcto desde el punto de vista de lo que se ha sometido a la valoración del árbitro, y el procedimiento claro y sencillo.

Nos quejamos de que la Justicia es lenta, cara y mala. Pues solucionémoslo: ¡Demos una oportunidad al arbitraje!

# noticias y actividades



## → JORNADA INESE, MADRID, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2012.



INESE, División de Seguros de Reed Business Information, junto con la **Revista de Responsabilidad Civil y Seguro** y la **Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro**, con motivo del 50 Aniversario de la Ley sobre Responsabilidad Civil en la circulación de vehículos a motor, organizan, los días 29 y 30 de Noviembre 2012, una Jornada donde se analizarán algunos de los puntos más relevante y controvertidos de dicha Ley.

La misma, que se desarrollará en los salones del hotel Westin Palace de Madrid (Plaza de las Cortes), está dirigida a los profesionales del sector asegurador, directa o indirectamente vinculados a la problemática específica del Derecho de la Circulación en general y, en particular, a la valoración del daño corporal; directores de siniestros, responsables de daños personales, directores de asesoría jurídica, abogados y estudiantes de derecho.

## Programa

Jueves, 29 de noviembre 2012

**16:00** Recepción de asistentes y entrega de documentación**16:30** Apertura de la jornada*D.ª Susana Pérez Sánchez-Romate*

Directora de INESE

*D. José A. Badillo*

Director Revista RC

*D. Javier López y García de la Serrana*

Secretario general de la Asociación Española de Abogados de RC y Seguro

**17:00** El lucro cesante: Su evolución desde la LRCSCVM de 1962, así como su futuro inmediato tras la Sentencia del TS de 25 de marzo de 2010 y posteriores*D. Juan Antonio Xiol Ríos*

Magistrado. Pte. Sala I del Tribunal Supremo

**18:00** EL Título Ejecutivo del artículo 13 de la LRCSCVM: Evolución desde su creación hasta nuestros días y la difícil justificación de su actual permanencia*D. Ángel Illescas Rus*

Magistrado. Audiencia Provincial de Madrid

**19:00** Coloquio**19:30** Visita guiada a la Bolsa de Madrid y Cena Conmemorativa del 50.º aniversario de la LRCSCVM

Palacio de la Bolsa. Plaza de la Lealtad 1. Madrid

Viernes, 30 de noviembre 2012

**10:00** La acción directa contra la aseguradora: Su evolución desde la LRCSCVM de 1962, su traslación a la Ley de Contrato de Seguro y su actual problemática sobre la competencia jurisdiccional en supuestos de Administraciones Públicas*D. Javier López y García de la Serrana*

Abogado. Doctor en Derecho. Secretario general de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro

**11:00** Pausa/Café**11:30** La fuerza mayor extraña a la conducción: Causa de exoneración incluida en la LRCSCVM de 1962 y su más que actual vigencia*D. Mariano Medina Crespo*

Abogado. Doctor en Derecho. Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro

**12:30** Últimos avances en la Reforma prevista del sistema legal valorativo incluido en la LRCSCVM por la Ley 30/85*D. Miquel Martín Casals*

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Girona. Presidente de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema de Valoración de los Daños y Perjuicios causados por accidentes de tráfico

**13:15** Mesa redonda sobre la reforma del Baremo*D. Manuel Mascaraque Montagut*Director de Seguros Generales de UNESPA. Miembro de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema de Valoración de los Daños y Perjuicios causados por accidentes de tráfico  
*D. José Pérez Tirado*

Abogado. Portavoz de las Asociaciones de Víctimas de Accidentes de Tráfico en la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema de Valoración de Daños y Perjuicios causados por accidentes de tráfico

**Moderador de la mesa:** *D. José A. Badillo Arias*  
Director Revista RC**14:00** Clausura

## II JORNADA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO, SABADELL, 14 DE DICIEMBRE DE 2012.

El Col·legi d'Advocats de Sabadell, a través de su Comisión de Formación, organiza la segunda edición de la Jornada sobre Responsabilidad Civil y Seguro, que se desarrollará el próximo 14 de diciembre.

La Comisión de Formación presenta una nueva Jornada, como continuidad a la celebrada el año pasado y en la que se trató de la responsabilidad civil en el ámbito de la circulación de vehículos a motor. Esta segunda Jornada pretende alcanzar la misma aplicación práctica que la precedente, al tratar sobre asuntos en los cuales la intervención letrada es incesante: responsabilidad civil en el ámbito de los accidentes laborales; accidentes en las vías y lugares públicos; en transportes públicos; en actividades comerciales y deportivas, y empresas privadas.

No cabe duda que la responsabilidad civil en estos ámbitos, al igual que en el de los accidentes de circulación, es una temática jurídica viva y cambiante en la que la mayoría de principios y planteamientos tienen su origen en los Juzgados, de la mano de los problemas y planteamientos que la enorme casuística plantea a los profesionales y tribunales. Por ello, es imprescindible que el profesional de la Abogacía esté siempre atento y al día, con el fin de conseguir el mayor éxito posible para sus clientes.

En este contexto, la Comisión de Formación ha diseñado un programa dirigido a dar a conocer la moderna doctrina jurisprudencial entorno a la acciones u omisiones que pueden generar responsabilidad civil en los ámbitos más corrientes; para, a continuación, tratar sobre las actividades en las que, de forma más continuada, se generan asuntos en los que el Letrado interviene en interés de su cliente. Y todo ello, de la mano de auténticos especialistas, primeras figuras en el ámbito de la responsabilidad

civil. Así, en esta edición contamos nuevamente con la presencia del presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. D. **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS**; también, con la de D. **MARIANO MEDINA CRESPO**, abogado y presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil; del Sr. **JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA**, abogado y secretario general de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil; de la Ilma. Sra. **MARÍA JOSÉ MOSEÑE GRACIA**, magistrada de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya; y la del Ilmo. Sr. **JORDI SEGUÍ PUNTAS**, magistrado de la Secc. 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

La jornada se celebrará el viernes 14 de diciembre de 2012 (mañana y tarde), de 9.30 a 14 horas y de 16.30 a 20 horas, horario en el que se desarrollarán las 5 ponencias previstas por el comité organizador, que obsequiará a los inscritos con material diverso relacionado con la jornada.



## Programa

## Mañana

**9.30 a 11 horas: Presentación de la Jornada. La moderna doctrina jurisprudencial en torno a la culpa y responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual**

*Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos*  
Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

## Pausa-café

**11.30 a 13 horas: La responsabilidad civil derivada de los accidentes de trabajo**

*Sr. Javier López García de la Serrana*  
Abogado y secretario general de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil

**13 a 14.30 horas: Responsabilidad patrimonial de la Administración en relación al funcionamiento de los servicios públicos y actividades cuya organización o control sea de su competencia**

*Ilma. Sra. María José Moseñe Gracia*  
Magistrada del TSJC, Sala de lo contencioso-administrativo

## Tarde

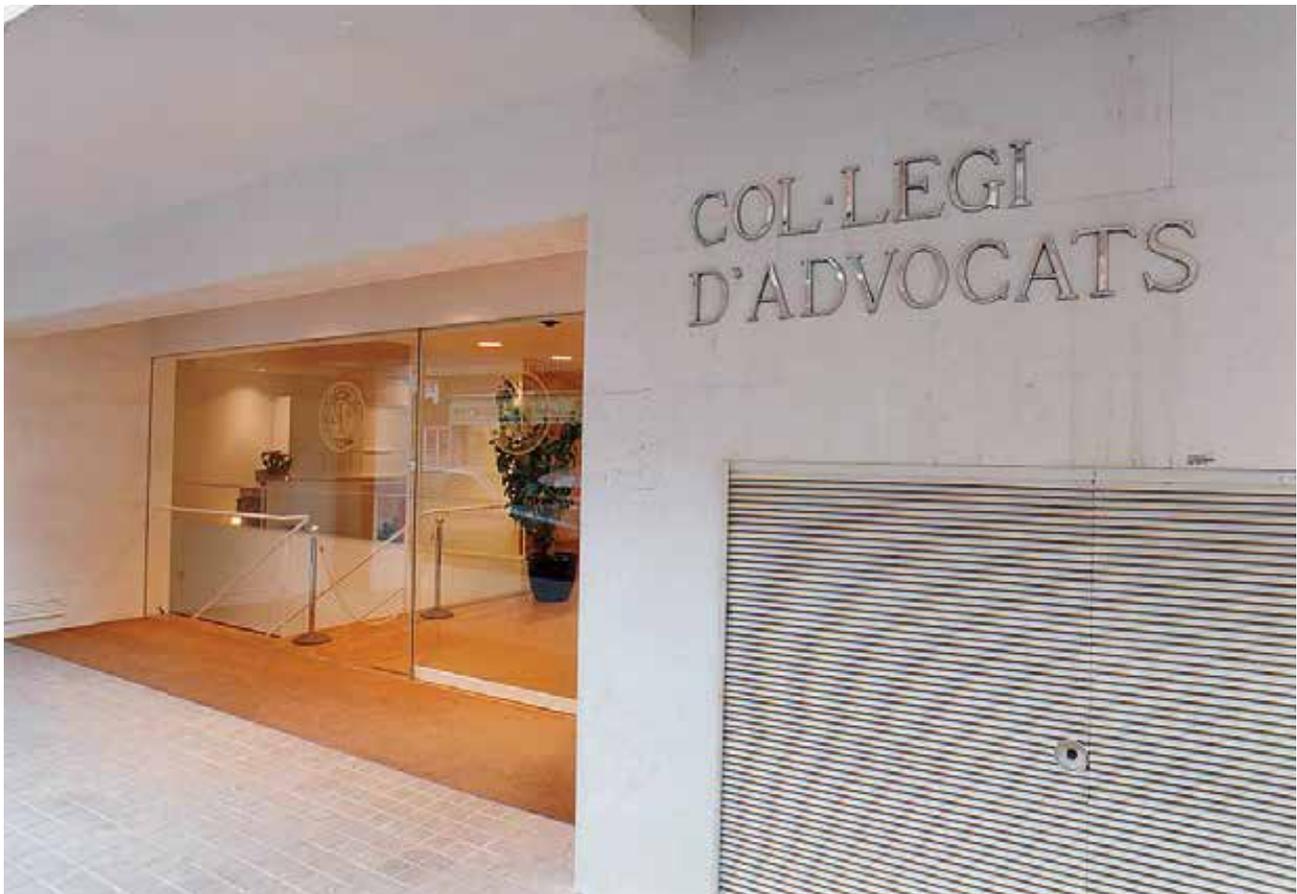
**16.30 a 18 horas: Lesiones cubiertas por el seguro obligatorio de viajeros. Compatibilidad con el Seguro Obligatorio del Automóvil (SOA)**

*Sr. Mariano Medina Crespo*  
Letrado, presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil

**18 a 19.30 horas: La responsabilidad civil y los riesgos generales de la vida. Actividades comerciales, deportivas y lúdicas**

*Ilmo. Sr. Jordi Seguí Puntas*  
Magistrado de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona

**19.30 a 20 horas: Coloquio abierto y clausura**





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



Solo si solicita sus ejemplares a través de  
**buzon@bosch.es**  
hasta el 31 de enero de 2013

... beneficiarse de un  
**10%** de descuento  
por ser miembro de la  
Asociación

**[ BOSCH ]**

# TRATADO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES

INFORMACIÓN EXHAUSTIVA SOBRE ESTA OBRA EN [tienda.bosch.es](http://tienda.bosch.es)



Derecho Sanitario y Medicina Legal del Trabajo. (Tomo I, 2 volúmenes)  
Autor: Delgado Bueno (Dir.) / Bandrés Moya / Vicente-Herrero  
PVP: 306,00 € + IVA  
Nº de páginas : 1712 | Encuadernación : Cartoné | Edición : 2011  
ISBN: 9788497908702

ahora  
**275,4 €**  
+ IVA



Toxicología Forense. Daño Corporal o  
Psico-físico. Daño Cerebral Adquirido  
(Tomo II). Delgado Bueno (Dir.) /  
Bandrés Moya / Medina Crespo /  
Torrecilla Jiménez

disponible  
a partir de  
diciembre  
2012



Patología y Biología Forense. (Tomo III)  
Delgado Bueno (Dir.) / Bandrés Moya /  
Lucena Romero.  
PVP: 246 € + IVA | Nº de páginas: 1344  
Encuadernación: Cartoné | Edición: 2012  
ISBN: 9788497908726

ahora  
**221,4 €**  
+ IVA



Medicina legal reproductiva. Obstetricia  
y ginecología legal y forense. Pediatría  
legal y forense. Violencia. Víctimas  
(Tomo IV). Delgado Bueno (Dir.)  
Bandrés Moya Tejerina Gómez  
PVP: 300 € + IVA | Nº de páginas: 1744  
Encuadernación: Cartoné  
Edición: 2012  
ISBN: 9788497909839

ahora  
**270 €**  
+ IVA



Psiquiatría Legal y Forense.  
(Tomo V)  
Delgado Bueno (Dir.) / Maza Martín.  
Encuadernación: Cartoné  
Edición: 2012

disponible  
a partir de  
diciembre  
2012



# cambiar para permanecer

Igual de **comprometidos**, con la misma **calidad**,  
con la misma **cercanía** de siempre...

Y ahora, además, con nuevas ilusiones, nuevos retos y  
nuevas fórmulas para adaptarnos a las necesidades de  
nuestros clientes, para evolucionar, para ser mejores.

**MGS**   
Seguros

