

nº 46

Segundo Trimestre. Año 2013



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

**Causalidad,
eficiencia causal,
imputación objetiva
y reparto de
responsabilidades
aplicando el
régimen de la
LRCSCVM: notas a la
STS de 10 de
septiembre de 2012**

**Responsabilidad
civil de las empresas
de seguridad
privada**

**El riesgo en el
seguro de vida**

asociacionabogadosrcs.org



MANUAL DE VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL

GUÍA DE APLICACIÓN DEL SISTEMA DE BAREMACIÓN PARA ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN



INCLUYE CD CON PROGRAMA
DE CÁLCULO DE INDEMNIZACIONES

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

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

2ª edición

DIRECTOR: Javier López y García de la Serrana

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

PRÓLOGO: Juan Antonio Xiol Rios

MARCA: Aranzadi

FECHA: Abril de 2013

COLECCIÓN: Grandes Tratados

PÁGINAS: 640

ENCUADERNACIÓN: Tapa dura al cromó

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

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

T. 902 444 144

www.aranzadi.es

www.tienda.aranzadi.es



nº46

Segundo Trimestre. Año 2013



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA N° 46

EDITORIAL

Los “intocables” del Constitucional

Por *Javier López y García de la Serrana* 5

DOCTRINA

- Causalidad, eficiencia causal, imputación objetiva y reparto de responsabilidades aplicando el régimen de la LRCSCVM: notas a la STS de 10 de septiembre de 2012

Fernando Peña López 9

- Responsabilidad civil de las empresas de seguridad privada

Gonzalo Iturmendi Morales 23

- El riesgo en el seguro de vida

Sofía Ciudad 49

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 12 de abril de 2013.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Muerte del hijo de los demandantes por una descarga eléctrica mientras limpiaba la piscina de su parcela, porque el mástil del barredor de fondos que utilizaba produjo un arco voltaico con la línea de alta tensión que discurría por encima de la parcela. Responsabilidad de la compañía eléctrica distribuidora por tener el control de seguridad y los beneficios de la explotación..... 71

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 22 de abril de 2013.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Reclamación a una abogada por la supuesta pérdida de oportunidad ocasionada al interponer una demanda sin solicitar la medida cautelar de anotación preventiva de la misma. Inexistencia de responsabilidad profesional ante la falta de la diligencia exigible en el desempeño de su cometido profesional, pues aplicó los medios que estaban a su alcance, sin que pueda acreditarse una vulneración de la *lex artis*. Doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad de los abogados por frustración de las acciones judiciales 79

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 22 de abril de 2013.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Intromisión ilegítima al honor por la publicación en una revista de fotografías del demandante en compañía de sus hijos menores de edad. Revisión del Tribunal Supremo de la cuantía de la indemnización, elevándola a la cantidad de 5.000 euros respecto al demandante y en 34.500 euros respecto a sus hijos, y ello, teniendo en cuenta el enriquecimiento del demandado como consecuencia de dicha actuación ilegítima. 93

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 24 de mayo de 2013.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Muerte del asegurado en accidente de circulación habiendo quedado acreditado que en el momento del siniestro superaba la tasa legal de alcoholemia. Reclamación de los perjudicados de la indemnización pactada en la póliza de seguro de accidentes. Se estima la demanda por importe de 120.500 euros, al entender que el exceso de alcoholemia no demuestra una intencionalidad del asegurado en la producción del siniestro 99

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 7 de junio de 2013.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Se condena a la aseguradora al abono de los intereses moratorios del artículo 20 de la LCS, a pesar de existir incertidumbre sobre la cobertura de la póliza, al entender que la misma había sido creada por la propia aseguradora por la falta de claridad en la redacción de la póliza. 105

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José M^a Hernández-Carrillo Fuentes 109

ENTREVISTA A...

M^a del Carmen García Garnica

Por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán 117

NOTICIAS

- ➔ La Junta Directiva de la Asociación concede a Juan Antonio Xiol Ríos su Gran Medalla de Oro 121

- ➔ Peopil, Congreso Anual. 12, 13 y 14 de septiembre 2013, Málaga 123

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:

M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

COORDINADORA DE CONTENIDOS:

Carmen Reyes Vargas

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 Masségú, 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 Paúl Velasco, Fernando Reglero Campos (), Miguel Pasquau Liaño, Juan Antonio Xiol Ríos y José Manuel López García de la Serrana.*

DISEÑO:

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

IMPRIME:

Aeroprint Producciones S.L.
www.aeroprint.es

D.L. GR-1228/02

ISSN 1887-7001



asociacionabogadosrcs.org

Los “intocables” del Constitucional

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

En nuestra revista correspondiente al 4º Trimestre de 2006 (la nº 20) publicamos una editorial denominada -Los “niños” se pelean-, pues se acababa de dictar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23-10-2006, recaída en el conocido como “caso Alcocer”. Este recurso de amparo se formuló contra la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14-11-2002, pero la historia se remontaba a mucho antes, en concreto al año 1991, momento en el que el Sr. **ALBERTO ALCOCER** formuló demanda de juicio de protección de los derechos fundamentales contra la revista «Diez Minutos» por considerar que la publicación de unas fotografías constituyeron una intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen. La demanda fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia condenando a los demandados a, entre otras cosas, indemnizar al demandante en la suma de veinte millones de pesetas más los intereses legales. La sentencia del Juzgado de Instancia fue recurrida en apelación, siendo ésta desestimada por sentencia de 27-09-1993 de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que confirmó la cuantía indemnizatoria fijada en instancia. Frente a la sentencia de la Audiencia Provincial, se interpuso recurso de casación que fue estimado por sentencia de 17-12-1997 de la

Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que desestimó la demanda interpuesta. Presentado recurso de amparo contra la anterior sentencia del TS, éste fue estimado por el Tribunal Constitucional por sentencia de 22-04-2002, en cuyo fallo se acuerda otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia, reconocer los derechos fundamentales del demandante a la intimidad y a la propia imagen y anular la sentencia del TS de 17-12-1997. El Supremo se vio obligado a dictar nueva sentencia el 14-11-2002, resolviendo por segunda vez el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27-09-1993, estimando de nuevo el mismo en el único sentido de fijar la indemnización en la cifra de doscientos euros. Presentado nuevo recurso de amparo, el Tribunal Constitucional dicta su nueva sentencia de 23-10-2006, en la que manifiesta que lejos de reparar el TS los derechos del demandante, los lesiona de nuevo, menoscabando así la eficacia jurídica de la situación subjetiva declarada probada, al ser notorio que una indemnización de 200 euros, frente a los veinte millones de pesetas fijados en las Sentencias de instancia y apelación, resulta una cantidad meramente simbólica y claramente insuficiente para reparar el perjuicio derivado de la lesión de los derechos a la intimidad y a la propia imagen sufrida por el recurrente, que se encuentran protegidos por la Constitución como «derechos reales y efectivos» y cuya garantía jurisdiccional no puede convertirse en «un acto meramente ritual o simbólico». El otorgamiento del amparo solicitado por vulneración de los derechos del recurrente a la intimidad y a la propia imagen exige al TC determinar el alcance de su pronunciamiento, declarando la nulidad de la sentencia del Tribunal Supremo de 14-11-2002 y declarando la firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27-09-1993 y el quantum indemnizatorio fijado en la misma. Lo cierto es que el espectáculo fue bochornoso, pues hicieron falta 15 años, dos sentencias del



Tribunal Supremo y dos sentencias del Tribunal Constitucional, para poder llegar a una sentencia firme. Y por eso decíamos que cuando los “niños” se pelean, dicho sea con el máximo de los respetos, el justiciable puede echarse a temblar, pues la resolución del asunto irá para largo.

Pues bien, desde entonces no se conocía una riña tan sonada entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, hasta la reciente Sentencia del TC de 5.6.13 (BOE de 2 de Julio), que tiene su origen en la insólita Sentencia de la Sala Civil del TS de 23.1.04 que condenó a once magistrados del tribunal Constitucional al pago de quinientos euros, cada uno de ellos, al abogado murciano **José Luis Mazón** en concepto de responsabilidad civil por la inadmisión “arbitraria” de un recurso presentado por el letrado que cuestionaba la designación “a dedo” de los letrados del propio TC, ya que según el Tribunal Supremo el Tribunal Constitucional había tenido, a su entender, “una conducta absolutamente antijurídica” pues “se negaron lisa y llanamente a entrar a resolver una petición de amparo”.

La referida sentencia del Supremo de enero de 2004, de la que fue ponente su entonces presidente **Ignacio Sierra Gil de la Cuesta**, y que

contó con el voto favorable de todo el pleno de la Sala Primera de aquella época anterior a la llegada a la misma de **Xiol Rios**, a excepción del magistrado **Francisco Marín Castán** que emitió un voto particular contrario a la misma, condenó a los magistrados **Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Tomás Salvador Vives Antón, Pablo García Manzano, Pablo Cachón Villar, Vicente Conde Martín de Hijas, Guillermo Jiménez Sánchez, María Emilia Casas Bahamonde, Javier Delgado Barrio, Elisa Pérez Vera, Roberto García-Calvo Montiel y Eugenio Gay Montalvo**, imponiéndole a cada uno de los magistrados el pago de 500 euros, lo que hacía un total de 5.500 euros, frente a los 11.000

Desde el “caso Alcocer” no se conocía un conflicto de competencias entre la Sala Primera del TS y el TC, hasta la reciente Sentencia del TC de 5.6.13 que tiene su origen en la insólita Sentencia de la Sala Civil del TS de 23.1.04 que condenó a once magistrados del TC al pago de quinientos euros, cada uno de ellos, al abogado murciano José Luis Mazón por la inadmisión “arbitraria” de un recurso presentado por el letrado que cuestionaba la designación “a dedo” de los letrados del propio TC, ya que según el Tribunal Supremo el Tribunal Constitucional había tenido, a su entender, “una conducta absolutamente antijurídica” pues “se negaron lisa y llanamente a entrar a resolver una petición de amparo”.



euros solicitados por el letrado Mazón (a razón de 1.000 por cada magistrado), es decir, la mitad de lo pedido. El Supremo consideró que los entonces integrantes del Constitucional —todos menos **JORGE RODRÍGUEZ ZAPATA**, que se incorporó al tribunal después de la polémica decisión— incurrieron en responsabilidad civil por inadmitir el recurso de amparo del abogado Mazón. Además el Supremo debatió la posibilidad, que al final consideró no acreditada, de que los magistrados del Constitucional actuaran con dolo al inadmitir el recurso. Ello ahorró a los magistrados condenados el tener que plantearse la dimisión, ya que el artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Tri-

na riña tan sonada entre la Sala Primera
cia del TC de 5.6.13 (BOE de 2 de Julio),
cia de la Sala Civil del TS de 23.1.04 que
ago de 500 euros al abogado murciano
traria” de un recurso presentado por el
“a dedo” de los letrados del TC, ya que
conducta absolutamente antijurídica” pues
r a resolver una petición de amparo”

bunal Constitucional recoge como causa de cese de los magistrados el haber sido declarado responsable civilmente por dolo. No obstante, el TS dijo en su sentencia que “no cabe duda de que en el presente caso, existe una culpa o negligencia basada en una actuación sin la diligencia debida”, añadiendo que “al no dar respuesta lógica a la pretensión de amparo, los Magistrados demandados han actuado con una negligencia profesional grave, que supone, para el caso concreto, una ignorancia inexcusable, ya que la ilicitud o antijuridicidad tiene como base la violación de unas normas absolutamente imperativas. En conclusión, que nos encontramos ante una conducta judicial absolutamente rechazable”.

Con respecto al requisito de la necesaria producción de un daño o perjuicio a un particular, que en el presente supuesto estaría en el área de los daños morales, el Supremo entiende que “a una persona a quien se ha privado antijurídicamente de un derecho tan esencial como es el amparo constitucional no cabe la menor duda de que se le ha causado un daño moral, por lo menos desde el punto de vista de hacer que se tambaleen sus creencias como ciudadano de un Estado social y democrático, que, entre otras cosas, propugna la justicia como valor superior, y España es un Estado que reúne dichas características según el artículo 1-1 de la Constitución. Y así, jurisprudencia consolidada de esta Sala ha declarado que la conducta negligente de procurador y abogado, determinada por la no presentación de un recurso o su presentación fuera de plazo, lleva consigo la producción de un daño moral a su cliente, que ha de ser valorado económicamente.” Este último argumento debió de molestar bastante, por aquello de que “las comparaciones son odiosas”, y sobre todo si es entre magistrados y abogados.

Visto que concurrían para el Supremo todos y cada uno de los requisitos necesarios para exigir la responsabilidad extracontractual a los Magistrados demandados, era necesario determinar los parámetros mensurables del daño moral causado, razonando al respecto que “Dentro de la nebulosa área en la que se desenvuelve la valoración de los daños morales, hay que decir en primer lugar que aquí no se puede hablar de una responsabilidad solidaria, pues en el presente caso es posible individualizar el comportamiento de los demandados, quienes hubieran podido excluirse con la simple firma de un voto particular discordante; y también en razón a que la parte actora -como así ha hecho- ha demandado a todos los componentes del Tribunal individualizándolos, y no hubiera podido dirigirse a uno o unos -no todos-, evento que le permi-

tiría la existencia de una responsabilidad solidaria. Pues bien, aclarado lo anterior y dentro de la evanescencia dicha, se puede fijar el "quantum" indemnizatorio por el daño moral causado en la suma de 500 euros, exigible a cada uno de los Magistrados demandados." Es decir, que todo el argumento para fijar la indemnización se basa en una supuesta evanescencia del daño causado, lo que desde luego representa una falta de motivación, en cuanto a cuantificación del daño moral se refiere, a la que ya estamos acostumbrados.

Ante la situación creada por la sentencia del Tribunal Supremo y para evitar que pudiese volver a repetirse un hecho similar (que un órgano jurisdiccional ordinario cuestionase la labor del Tribunal Constitucional), nuestro legislador aprobó hace 6 años la Ley Orgánica 6/2007 que impide desde entonces que se pueda enjuiciar a los magistrados del Tribunal Constitucional por su labor de aplicación e interpretación jurídica. No obstante, es ahora cuando el propio Tribunal Constitucional borra los efectos de la sentencia del Supremo. Para ello el nuevo Constitucional, pues lógicamente hubo que esperar a su renovación para poder resolver el recurso de amparo presentado por los magistrados condenados, entiende que el Supremo incurrió en un primer defecto constitucional de motivación de su sentencia, consistente en un error patente, pues si bien la primera providencia de 18.07.2002 se limitaba a señalar como causa de inadmisión que "el recurso no se dirige a este Tribunal Constitucional, sino a otro hipotético que le sustituya", no obstante, en la providencia de 17.09.2002 también se señalaba, además de que la supuesta demanda no estaba dirigida a ese Tribunal, que, en cualquier caso, "carecía de la claridad y precisión que el artículo 49 LOTC exige como requisitos esenciales de las demandas de amparo". Así pues, la razón para concluir la inadmisión del recurso no fue sólo la eventual indeterminación del órgano al que iba dirigido sino también que no se cumplía con las exigencias derivadas de la redacción entonces vigente del art. 49 LOTC. En ese sentido, el Constitucional entiende que queda acreditado que el Supremo incurrió en un error fáctico, añadiendo que "Este error fáctico cumple también con todos los requisitos para ser considerado un error con relevancia constitucional, toda vez que no es imputable a la negligencia de los recurrentes sino exclusivamente atribuible al órgano judicial y, además, ha sido determinante de la decisión adoptada." Según este argumento, los errores fácticos servirían para solicitar el amparo, aunque imagino que sólo en casos muy especiales como este.

Al margen de lo anterior, el Constitucional entiende que todavía procede apreciar un segun-

do defecto de motivación en la sentencia del Supremo, ya que "no cabe afirmar, como se hace en ella, que la respuesta contenida en la providencia de inadmisión de que el recurso de amparo no se dirigía a este Tribunal Constitucional, sino a otro hipotético que le sustituya, no supuso la aplicación razonada de una causa legal de inadmisión del recurso de amparo. En los términos antes expuestos, la normativa entonces vigente sobre la admisibilidad del recurso de amparo establecía expresamente en el art. 50.1 a) LOTC que también cabía apreciar la inadmisión por providencia de un recurso de amparo cuando concurría en la misma el caso al que se refiere el artículo 4.2 LOTC. Dicho precepto, en la redacción originaria, lo que establecía era que "el Tribunal Constitucional apreciará, de oficio o a instancia de parte, su falta de jurisdicción o competencia". En ese sentido, si los recurrentes, en tanto que miembros colegiados del máximo órgano del Tribunal Constitucional, que es el Pleno, conociendo de una competencia atribuida constitucionalmente, como es el recurso de amparo y con la exclusiva sujeción a la Constitución y a la LOTC, decidieron, de conformidad con un concreto precepto de su Ley Orgánica que les habilitaba legalmente para ello, apreciar su falta de jurisdicción o competencia, es indubitado que tomaron una decisión que no sólo suponía la aplicación de una causa legal de inadmisión del recurso de amparo sino que, además, lo hicieron en el marco de una resolución judicial que revestía la forma de providencia que le imponía el art. 50.1 LOTC". Por tanto, el TC se esmera en señalar que todos los magistrados decidieron inadmitir el recurso del letrado de conformidad con un concreto precepto de la Ley Orgánica que rige este órgano, "que les habilitaba legalmente para ello", por lo que no incurrieron en ilícito ni en responsabilidad civil alguna.

Y por último esta sentencia del Tribunal Constitucional de 5.6.13, conocida también eufemísticamente como la del auto amparo (aunque sea una imprecisión), termina zanjando la cuestión estableciendo que "Todo ello sin perjuicio de que haya de afirmarse, también como conclusión, que la eventual responsabilidad civil en que pudieran incurrir los magistrados del Tribunal Constitucional en ningún caso podrá deducirse del enjuiciamiento de las resoluciones jurisdiccionales que el mismo dicte.", lo que a todas luces viene a consagrar la "irresponsabilidad", a los solos efectos de responsabilidad civil, de los magistrados del Tribunal Constitucional, lo que los convierte aún más en "los intocables".



doctrina

Causalidad, eficiencia causal, imputación objetiva y reparto de responsabilidades aplicando el régimen de la LRCSCVM: notas a la STS de 10 de septiembre de 2012



Fernando Peña López
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

La STS (Pleno) de 10 de septiembre de 2012 [RJA 2012/11046] constituye un buen ejemplo de los resultados a los que conduce la falta de precisión terminológica a la hora de distinguir entre los planos de la causalidad material y los de la imputación objetiva en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Esta sentencia, para justificar la imputación de responsabilidad en un supuesto en el que no había prueba alguna de cuál de las partes del proceso había «provocado» el accidente, se saca de la chistera una «presunción de causalidad» que, además, declara aplicable en general al ámbito de la responsabilidad por riesgo. A lo largo de estas notas, trataré de explicar que crear esta presunción no era necesario (al menos para conseguir la finalidad perseguida por el TS en la resolución) y que su «carta de naturaleza» obedece a la todavía imperfecta distinción entre los planos de la causalidad y de la culpa.

En segundo lugar, la sentencia se plantea el problema del reparto de responsabilidades

en aquellos casos en los que no existe ninguna prueba de cuál fue la conducta de cada uno de los dos intervinientes en el accidente. El núcleo esencial del problema que pretende resolver la sentencia en este sentido, fijando una doctrina jurisprudencial clara hacia el futuro es el siguiente: ¿debe repartirse la indemnización al 50% entre los dos conductores aplicando la presunción de las obligaciones con pluralidad de sujetos (1.138 CC)? ¿O debe aplicarse el criterio de las indemnizaciones cruzadas –cada uno de los dos conductores indemniza los daños que ha causado al otro interviniente-? Podemos adelantar que el TS finalmente adopta este segundo criterio, pero lo más interesante de la sentencia es el razonamiento que conduce al tribunal a esta solución; el cual demuestra la elevada dependencia de la culpa que tiene cualquier régimen de responsabilidad civil, incluidos los regímenes de responsabilidad objetiva como el de la LRCSCVM.

1. Planteamiento de la cuestión: responsabilidad objetiva, concurrencia de causas y eficiencia lesiva

El régimen jurídico que aplica la sentencia objeto de estas notas es el de responsabilidad objetiva contenido en la LRCSCVM. En concreto, la cuestión más importante que tiene que resolver la sentencia es el de aclarar cómo debe aplicarse este régimen a aquellos supuestos en los que el accidente se produce por la colisión entre dos vehículos, cuando los dos conductores involucrados son las partes del proceso. En este tipo de supuestos, nos encontramos con dos sujetos intervinientes cuyos comportamientos están sujetos al régimen de responsabilidad objetiva, por lo que son susceptibles de ser declarados responsables al margen de que su conducta sea o no culpable. En esta dirección razona precisamente el TS, en coherencia con su propia jurisprudencia anterior:

(FJ 4º B): «En supuestos de colisión recíproca de vehículos constituye jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS de 16 de diciembre de 2008 [RJ 2009, 1353], que el artículo 1.1 I y II LRCSVM 1995 (norma aplicable al presente supuesto por razones temporales, dado que cuando se produjo el accidente no estaba en vigor el texto del 2004 [RCL 2004, 2310], citado por el recurrente) establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción. Este principio solamente excluye la imputa-





ción (artículo 1.1 II) cuando se interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado (si los daños se deben únicamente a ella) o una fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo, salvo, en el primer caso, que concorra también negligencia del conductor, pues entonces procede la equitativa moderación de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización (artículo 1.1IV LRCSVM 1995). El riesgo específico de la circulación aparece así contemplado expresamente en la ley como título de atribución de la responsabilidad, frente a la tradicional responsabilidad por culpa o subjetiva en que el título de imputación es la negligencia del agente causante del resultado dañoso. Esto es así tanto en el supuesto de daños personales como de daños materiales, pues en relación con ambos se construye expresamente el régimen de responsabilidad civil por riesgo derivada de la conducción de un vehículo de motor («daños causados a las personas o en los bienes»: artículo 1.1.I LRCSVM). Respecto de los daños materiales, sin embargo, la exigencia, que también establece la LRCSVM, de que se cumplan los requisitos del artículo 1902 CC (artículo 1.1.III LRCSVM) comporta que la responsabilidad civil por riesgo queda sujeta al principio, clásico en la jurisprudencia anterior a la LRCSVM sobre daños en accidentes de circulación, de inversión de la carga de la prueba, la cual recae sobre el conductor causante del daño y exige de ese, para ser exonerado, que demuestre que actuó con plena diligencia en la conducción.

De esta forma, como declara la citada sentencia, en el caso de que el accidente de circulación se produzca entre dos vehículos, como aquí sucede, debe interpretarse que el principio de responsabilidad objetiva por riesgo comporta el reconocimiento de la responsabilidad por el daño a cargo del conductor del vehículo que respectivamente lo ha causado y en la proporción en que lo ha hecho, pues resulta evidente que en este supuesto no puede hablarse con propiedad de compensación de culpas, sino que únicamente puede examinarse la concurrencia de causas en la producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos implicados. Esto es así porque cada conductor es artífice del riesgo creado por la conducción de su propio vehículo -título de atribución de su responsabilidad- y como tal, no pudiendo cada uno acreditar la existencia de causa de exoneración (esto

es, que entre su conducta y el accidente se interfirió la culpa exclusiva del otro conductor o fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo o, en el caso de daños materiales, que se actuó con plena diligencia), ha de afirmarse la recíproca responsabilidad civil por el accidente en la proporción en que cada conductor haya contribuido a causarlo.

También, como se afirma en dicha sentencia, lo que se infiere de la doctrina fijada es que la particularidad de la recíproca colisión entre los vehículos de motor no reside en una supuesta alteración de las reglas sobre carga de la prueba (la inversión de la carga de la prueba es aplicable solo para probar la concurrencia de causas de exoneración y, en el caso de daños materiales, que el conductor ha actuado de manera plenamente diligente) o en la alteración de los criterios de imputación establecidos en la LRCSVM 1995, sino en la necesidad de determinar a cuál de los dos corresponde la eficiencia causal en la producción del daño, o si esta debe ser distribuida proporcionalmente entre ambos por haber actuado concurrentemente. En suma, una recíproca colisión de vehículos no supone excepción alguna a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por el riesgo de la circulación que establece la LRCSVM 1995 y la vigente en la actualidad.

Hasta este punto, comparto plenamente el razonamiento que aparentemente sustenta la posición del TS: se ha probado que ambos vehículos colisionaron y, por consiguiente, puede concluirse que ambos han causado conjuntamente el accidente desde el punto de vista material (ambas conductas son causa en sentido empírico del accidente). Ello, en un régimen de responsabilidad por riesgo como el de la LRCSVM, a falta de la acreditación por alguno de los conductores de una causa de exoneración de responsabilidad (fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima...) aboca a la aplicación de la doctrina de lo que los PETL llaman «conducta o actividad concurrente de la víctima», que según la jurisprudencia del TS aboca a resolver el asunto de acuerdo con el criterio de la «proporción en que cada conductor haya contribuido a causar» el accidente.

2. La prueba de la relación de causalidad en el asunto objeto de la sentencia: el TS afirma que puede aplicarse una «presunción de causalidad» en los regímenes de responsabilidad objetiva por la realización de actividades de riesgo

Sin embargo, contra lo que cabría predecir a partir de la lectura del comienzo del FJ 4º de la sentencia, una vez señalado lo anterior, el TS toma un rumbo sorprendente al tratar de rebatir los argumentos de la sentencia de la AP de Vizcaya, objeto del recurso de casación. En concreto, el TS efectúa una declaración asombrosa al efecto de combatir la conclusión a la que se había llegado en instancia. La audiencia había estimado que la incapacidad de la parte demandante para probar que el demandado había «provocado» el accidente, suponía la falta de la prueba de un requisito esencial del régimen del art. 1º LRCSVM: la relación de causalidad y, por consiguiente, que éste debía quedar exonerado de la obligación de responder por el accidente. Frente a esta posición del tribunal provincial, el TS declara lo siguiente:

(FJ 4.B *in fine*) «Esta interpretación no permite aceptar la solución que sigue la sentencia recurrida, que negó el derecho a la indemnización solicitada con fundamento en que en supuestos de colisión recíproca no rige la inversión de la carga de la prueba -cuyas consecuencias se anulan-, sino las tradicionales reglas que obligan a cada parte a demostrar los hechos constitutivos de su pretensión. De esta forma se atribuirían al demandante todas las consecuencias negativas de la falta de prueba sobre la incidencia causal de la conducta del demandado en el accidente y en el resultado lesivo. Tal solución, obtenida mediante la aplicación estricta de los criterios clásicos de la responsabilidad subjetiva (independientemente de la opinión que merezca en relación con las soluciones que se ofrecen en Derecho comparado para garantizar la efectividad del sistema de responsabilidad civil subjetiva en situaciones de incertidumbre causal relativa), no es acorde con las exigencias del principio de responsabilidad objetiva proclamada en el artículo 1.1 LRCSVM, la cual es aplicable a los daños personales dimanantes de la circulación (y, con la especialidad que se ha indicado, a los daños materiales), de forma que cada conductor responde del riesgo creado por la conducción de su vehículo, a menos que pueda acreditar la concurrencia de alguna de las causas legales de exoneración -caracterizadas en nuestra jurisprudencia como causas excluyentes de la imputación-. El principio de responsabilidad objetiva -en cuya legitimidad constitucional no es necesario entrar aquí-, en efecto, no solo supone el establecimiento de criterios de imputación ajenos a la concurrencia de culpa o negligencia, sino que comporta también establecer una presunción de causalidad entre las actividades de riesgo y la consecuencias dañosas que aparezcan como caracte-

rísticas de aquellas, como ocurre con los daños derivados de una colisión cuando se trata de la responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la conducción de un vehículo de motor. Esta presunción solo puede enervarse demostrando que concurren las causas de exoneración configuradas por la ley como excluyentes del nexo de causalidad entre la acción y el daño.

La aplicación de esta doctrina al caso de autos determina la declaración de responsabilidad del demandado. Puesto que es un hecho acreditado que en el siniestro se vieron implicados los dos vehículos, este dato es suficiente para presumir la vinculación causal de su actuación generadora del riesgo y el resultado característico. Como regla de principio, ambos conductores deben, en consecuencia, responder del daño corporal causado a los ocupantes del otro vehículo en atención al riesgo creado por su propio vehículo. En particular el demandado debe responder, por el riesgo por él generado mediante la conducción, de los daños personales causados al demandante. No puede exonerarse al demandado, pues no se ha probado que entre su actuación y el resultado se interfiriese causalmente un elemento extraño (como la culpa exclusiva del demandante o la fuerza mayor ajena al funcionamiento del vehículo del demandado y a la conducción) apto para excluir su imputación».

Así pues, cuando creíamos, tras la lectura del primer extracto transcrito, que el TS tenía claro que la relación de causalidad estaba perfectamente acreditada en el asunto, pero que faltaba precisar la «eficiencia causal» de cada una de las conductas ejecutadas por las partes, nos encontramos con que no es así. En efecto, el TS comparte con la AP de Vizcaya la conclusión de que, en el caso de autos, la relación de causalidad no ha sido probada por el demandante. Éste no fue capaz de acreditar que quien había «provocado» el accidente era el demandado, ni tampoco ningún indicio probatorio que condujese a acreditar la «incidencia causal» de su acción. La diferencia, con respecto a lo decidido por la AP de Vizcaya, radica en que el TS estima que el principio que inspira los regímenes de responsabilidad por riesgo, como el de la LRCSCVM, no sólo supone que en los mismos se prescinda de la culpa o negligencia, sino también de la relación de causalidad, mediante «el establecimiento de una presunción de causalidad entre las actividades de riesgo y las consecuencias dañosas que aparezcan como características de aquellas».

La declaración que se acaba de reproducir literalmente, si se tomase al pie de la letra, constituiría toda una revolución en el Derecho de daños español. Con ella, el TS parece considerar que, en el ámbito de la responsabilidad objetiva fundada en el riesgo, la relación de causalidad física o empírica entre la actividad del demandado y el daño ya no constituye un requisito que deba probar el demandante para el éxito de su acción. Por el contrario, esta se sustituye por la prueba de que el resultado dañoso es una «consecuencia característica» del riesgo típico de la actividad. La causalidad empírica se habría sustituido por una forma de la denominada «causalidad probabilística», en la que bastaría con que el daño pudiese ser calificado como resultado ordinario, característico o habitual del riesgo regulado por el régimen de responsabilidad objetiva para que naciese la obligación de reparar.

De ser cierto lo que se acaba de afirmar, la sentencia objeto de este análisis se habría involucrado de lleno en la discusión acerca de uno de los problemas clave del Derecho de daños en el momento presente: la cuestión de la incertidumbre causal. Como es bien conocido, se denomina así al problema derivado de la imposibilidad de probar científicamente nada más que una probabilidad porcentual inferior al 85-90% (la «prueba completa» de la causalidad que exige la «certeza» del daño¹) de que un determinado evento o conducta haya causado el daño. La realidad demuestra que, muchas veces, las ciencias naturales no podrán ir más allá cuando se cuestione si una radiación, la exposición a una sustancia tóxica, o la ingesta de determinados alimentos manipulados por el ser humano, etc., pueden haber sido causa de un daño. Si se aplica el requisito de certeza del daño tal y como se entiende por la jurisprudencia -por ejemplo, en relación con los lucros cesantes-, en todos estos supuestos deberían fracasar cuantas acciones se entablasen con fundamento en un régimen de responsabilidad que exija la prueba de la causalidad. A esta forma de entender la causalidad, se la conoce por el nombre de sistema de «todo o nada». O se supera el estándar probatorio del 85-90% y se obtiene la reparación integral del daño, o no se obtiene la más mínima indemnización, aunque las probabilida-

¹ Cfr. MEDINA ALCOZ, L.: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, págs. 274-275; MARTÍN CASALS, M.: «La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de la responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación del Profesores de Derecho Civil*, Ed. Edit.um, Murcia, 2011, pág. 68.

des de que el demandado haya causado el daño sean del 70%.

Hasta el momento presente, al igual que en el Derecho comparado, frente a esta situación, y partiendo del hecho innegable de que la causalidad física es –lo queramos o no– una cuestión de probabilidades, se ha planteado en la doctrina el debate acerca de si sería conveniente, en determinados supuestos y con ciertos límites, instaurar un sistema de atribución proporcional de la responsabilidad a cada pretendido responsable en función de la probabilidad de que haya causado el daño. Se trata de la denominada en ocasiones «causalidad probabilística», que, hasta ahora, ha dado lugar a un debate que en España nunca había pasado del terreno puramente doctrinal².

En efecto, es cierto que la jurisprudencia había entendido, antes de esta sentencia, que la prueba de la mera probabilidad de haber causado el daño podía ser suficiente, en algunos casos, para que la víctima tuviese derecho a la reparación de todo o parte del mismo. Así sucede, por ejemplo, en los supuestos de daño causado por miembro indeterminado de un grupo³. Otra muestra de esta misma realidad es la indemnización de las llamadas «pérdidas de oportunidad», las cuales, constituyen igualmente casos de reparación –parcial– de un daño meramente probable, y por tanto una excepción al sistema general del «todo o nada»⁴. De forma más esporádica y seguramente por consideraciones

no extrapolables a otros casos, la jurisprudencia ha empleado, en ocasiones, el criterio *res ipsa loquitur* para entender probada la causalidad cuando sólo se había acreditado que el daño era un resultado probable del acto del demandado⁵. Sobre la base de estos y otros supuestos, ya se ha defendido la existencia de una serie de ámbitos materiales definidos dentro del Derecho de daños, sujetos a normas jurídicas que establecen una causalidad probabilística, que operarían como normas especiales, frente a la regla de Derecho común del «todo o nada», y que podrían ser aplicados de forma extensiva y por analogía a causa de su carácter de Derecho especial (que no excepcional)⁶. Sin embargo, hasta esta sentencia, no era posible encontrar una declaración tan literalmente clara y con un ámbito de aplicación tan amplio, sobre la posibilidad de una responsabilidad extracontractual sin necesidad de probar la relación de causalidad.

3. Causalidad material e imputación objetiva: las consecuencias de las imprecisiones técnicas en la doctrina jurídica contenida en la sentencia

Todo lo que se ha explicitado en el apartado anterior, pese a lo progresivo y novedoso que parece, resultaba completamente innecesario en la sentencia. En el asunto objeto de la resolución comentada la prueba de la relación de causalidad material no planteaba el más mínimo problema. En efecto, para determinar la relación de causalidad empírica (la existencia de relación de causa y efecto natural entre la conducta del demandado y el daño) es un lugar común afirmar que corresponde emplear la conocida fórmula de la *condicio sine qua non*; según la cual es causa del daño, todo hecho previo al mismo que, suprimido mentalmente, produzca a su vez la supresión de la existencia del daño. Desde este prisma es evidente que, suprimida mentalmente la conducción del demandado, el daño no se hubiese producido (igual que la del demandante). Tanto uno como otro conductor han causado el daño, desde el punto de vista naturalístico, de forma incontestable. No hay necesidad alguna de «presumir la relación de causalidad», igual que no la hay para considerar que la actividad del fabricante del revólver es causa del homicidio cometido con el arma, o que la conducta del inocente mayordomo que sirve a la víctima la bebida con el veneno mortal que ha vertido previamente el asesino, es tam-

² Así lo hacen, por ejemplo, los PETL, arts. 3:103-3:106. En nuestra doctrina, vid. MEDINA ALCOZ, *La teoría*, págs. 436 y ss.; RUDA GONZÁLEZ, A.: “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, en *Indret*, núm. 147, julio 2003, pgs. 12 y ss.

³ El TS ha entendido, con apoyo en preceptos del Derecho de daños español, que cuando no se conoce quién ha causado el daño dentro de un grupo, todos los miembros del grupo deben responder de él, a pesar de que la mayoría de ellos no hayan ocasionado parte alguna del perjuicio. Cfr. MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de grupo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, págs. 86 y ss.; BARRÍA DÍAZ, R.: *El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 79 y ss.; SSTS 8.2.1983 [RJ 1983/867], 22.4.1983 [RJ 1983/2118], 8.7.1988 [RJ 1988/5681] y 8.3.2006 [RJ 2006/1076].

⁴ Como ha expuesto un sector doctrinal con toda razón, el llamado daño por pérdida de oportunidad no es más que un artificio que encubre un problema relacionado con la falta de prueba de la causalidad empírica; cfr. MEDINA ALCOZ, *La teoría*, págs. 87 y ss.; ASÚA GONZÁLEZ, C.I.: *La culpa in contrahendo*, Ed. UPV, Erandio, 1989; *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 50-51, MARTÍN-CASALS, *La modernización*, págs. 48 y ss.; CARRASCO PERERA, A.: “La reparación integral del daño y su prueba”, en en HERRADOR, M. (coord.): *Derecho de daños*, Ed. Sepín, Madrid, 2011, págs. 435-437.

⁵ Cfr. STS 29.6.1999 [RJ 1999/4895].

⁶ MEDINA ALCOZ, *La teoría*, págs. 405 y ss., y 436 y ss.

bién causa del fallecimiento de ésta (usando los manidos, pero muy gráficos ejemplos de la literatura penal).

El problema fundamental con el que se enfrentaba la sentencia no era de causalidad física o empírica, sino que pertenecía a ese terreno en el que se limitan los efectos excesivos de la causalidad natural, seleccionando las conductas que –entre todas las causas- deben considerarse jurídicamente relevantes. Un terreno que hoy está presidido por la conocida doctrina de la «imputación objetiva». Esta doctrina, hoy asumida y seguida por el TS en una jurisprudencia más que consolidada, sirve, efectivamente, para corregir los excesos a los que puede conducir la fórmula de la condicio sine qua non. Para ello, se hace depender la existencia de «nexo causal» no sólo de la causalidad material o física, sino también de la existencia de la denominada «imputación objetiva». Esta imputación objetiva se constata a través de una serie de criterios valorativos de carácter normativo, los cuales permiten seleccionar entre todas las causas empíricas aquellas que pueden considerarse jurídicamente relevantes (muchos de estos criterios están presentes desde hace tiempo en la jurisprudencia española, los más trascendentes son el del riesgo general de la vida⁷, el fin de protección de la norma⁸, la adecuación⁹ y el incremento del riesgo¹⁰).

Es la imputación objetiva la que no se pudo probar en el asunto objeto de la sentencia del TS a la que se refieren estas notas. La causalidad material de la intervención de ambos conductores era evidente, pero no hubo forma de acreditar cual de los dos «provocó» el accidente, ni tampoco –en caso de que lo hubiesen provocado los dos- en qué proporción cabría imputar ese accidente a cada uno de ellos. En efecto, el TS se encarga de precisar que el problema principal al que se enfrenta en la sentencia se deriva del hecho de que «no haya podido constatar en autos que solo una de las conductas generadoras del riesgo ha sido la única relevante, desde el punto de vista causal, para la producción del resultado –excluyendo así la del otro conductor- o que no haya sido posible probar la proporción en que cada una de ellas ha contribuido a causar el accidente –excluyendo así parcialmente la contribución causal del otro conductor» (FJ.4.B).

⁷ Cfr. STS 2.3.2006 [RJ 2006/5508].

⁸ Cfr. STS 15.1.2008 [RJ 2008/1394].

⁹ Cfr. SSTS 27.6.2005 [RJ 2005/4438] y 24.5.2004 [RJ 2004/4033].

¹⁰ Cfr. STS 14.3.2008 [RJ 2008/4463].

El primer supuesto, en el que se atribuye toda la «eficiencia causal» (empleando la terminología del TS) a uno de los conductores y al otro no, se caracterizaría porque sólo la conducta de ese conductor sería merecedora de la «imputación objetiva» del daño. El otro conductor, aunque sería igualmente causante del resultado no podría ser considerado responsable por falta de imputación objetiva. Por su parte, la segunda posibilidad, en la que los dos conductores responden proporcionalmente del daño en función de la «eficiencia causal» respectiva, se caracterizaría por dos circunstancias: a) porque el daño resulta objetivamente imputable a la conducta de ambos partícipes en el accidente; y b) porque, una vez constatada esa doble imputación objetiva, sería preciso efectuar una gradación, en términos de intensidad o gravedad de la misma, para repartir el daño proporcionalmente entre los conductores.

Todo lo que se acaba de exponer, en el fondo, es lo que recoge el TS en su doctrina tradicional sobre la concurrencia de causas que el propio tribunal sintetiza en el apartado primero de estas notas. El TS todavía no le llama prueba de la «imputación objetiva» a la prueba de la relevancia jurídica de cada una de las conductas de las partes, sino «eficiencia causal», bien porque la doctrina sigue mayoritariamente usando esta terminología para referirse a cuestiones de concurrencia de causas, bien porque el Alto Tribunal llama genéricamente «causalidad» al binomio: causalidad + imputación objetiva.

El problema es que la imprecisión terminológica tiene sus consecuencias, y la resolución comentada es un buen ejemplo de ello. El precio de no distinguir entre la causalidad física o empírica y la imputación objetiva, y de hablar en términos genéricos de «eficiencia causal» de las conductas, podría conducir, en primer término, a que la «presunción de causalidad» que la sentencia declara existente en el ámbito de la responsabilidad por riesgo se entienda como una presunción de causalidad material o física, y no de imputación objetiva. Una presunción, además, aplicable a todos los regímenes de responsabilidad objetiva fundados en el riesgo. No es difícil entrever cuáles pueden ser las consecuencias de semejante presunción de causalidad material o física, si la declaración contenida en la sentencia que comento se toma al pie de la letra por los órganos jurisdiccionales inferiores.

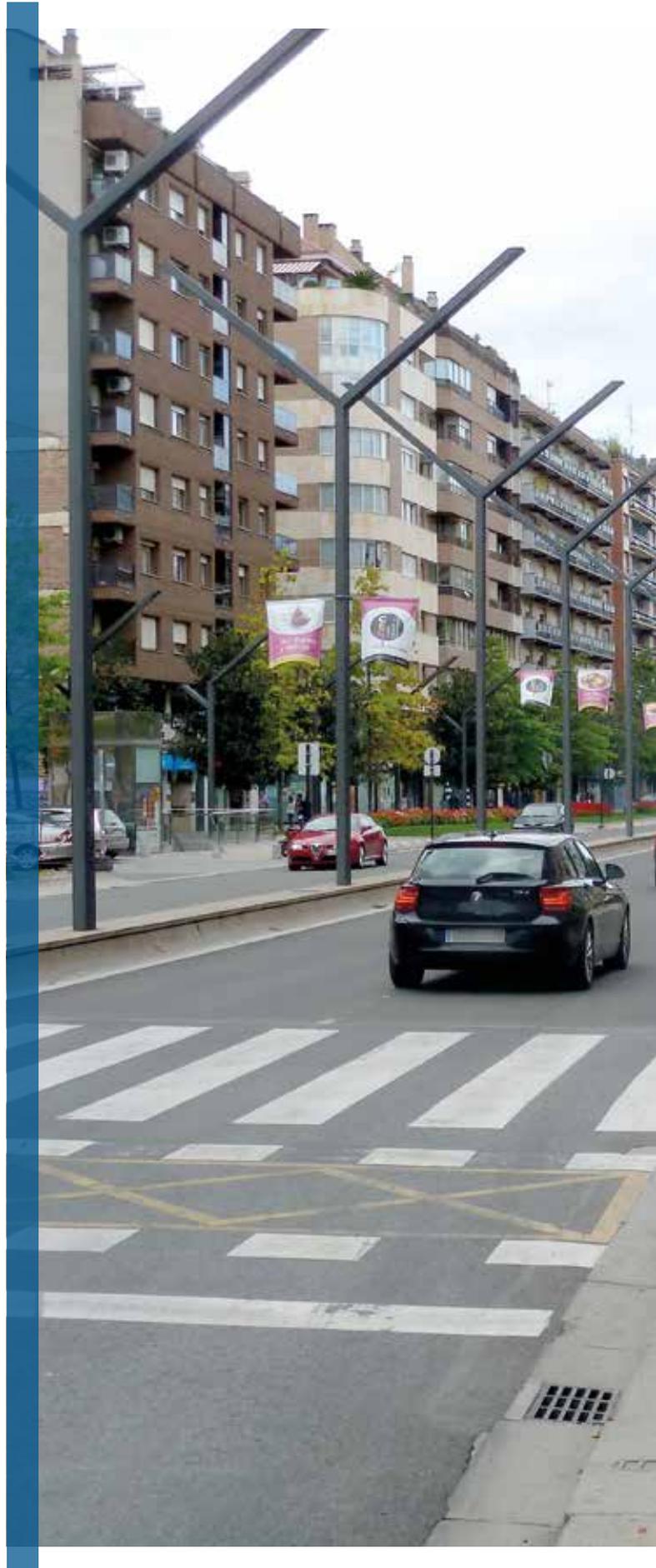
Por otra parte, la sentencia demuestra una vez más que la mejor manera de resolver cuestiones que se sitúan en el plano de la imputa-

ción objetiva, requiere de la comprensión de la verdadera naturaleza de los criterios que se utilizan para dotar o negar relevancia jurídica a las distintas causas físicas o naturales de un resultado dañoso (llámeseles «imputación objetiva» o «eficiencia causal»). En mi opinión, lo que conduce al TS a declarar la existencia de una inaudita «presunción de causalidad» en la responsabilidad por riesgo, es simplemente, la imposibilidad de conocer cuál de las partes había actuado con culpa o negligencia en el supuesto objeto de enjuiciamiento. Más aún, lo que quería el TS evitar con la afirmación de la «presunción de causalidad» era que la imposibilidad de probar la culpa en el asunto diese lugar a la exoneración de responsabilidad del demandado. Algo tan elemental como que la culpa no puede impedir la declaración de responsabilidad en un régimen como el de la LRCSCVM, se termina convirtiendo en una «presunción de causalidad» debido a que el propio TS no se percata de que su búsqueda de lo que él mismo denomina «eficiencia causal» (y en otras sentencias «imputación objetiva») no es más que la apreciación de lo que siempre se ha entendido como culpa o negligencia en el Derecho civil clásico.

4. La prueba de la «eficiencia causal», como la de la imputación objetiva, se consigue acreditando la culpa o negligencia en sentido clásico. Impropiiedad de este tipo de elementos dentro del nexo causal de un régimen de responsabilidad por riesgo

¿Qué es lo que hubiese sucedido si en vez de identificar el problema de la falta de «provocación» del accidente como una cuestión genérica atinente a la causalidad, éste se hubiese enjuiciado teniendo en cuenta su verdadera naturaleza? Desde mi punto de vista, el análisis y las consecuencias de la sentencia hubiesen sido diversos. Para explicar correctamente lo que quiero decir con esto, debemos partir la declaración de hechos probados sobre los que vertió el TS sus razonamientos:

(FJ 4º.A.I) «aunque el demandante sufrió lesiones a consecuencia de la colisión de su vehículo con el vehículo conducido por el demandado que circulaba en sentido contrario, del análisis de la prueba practicada en el proceso civil -donde se valoraron libremente los medios de prueba aportados al pleito penal, como el atestado y las declaraciones de los agentes- no resulta posible conocer ni el punto de colisión entre ambos ni, por consiguiente, cual fue el vehículo que invadió el carril opuesto y provocó el accidente».





Así pues, los hechos probados se limitaban a los siguientes: a) los dos vehículos colisionaron y venían circulando en direcciones opuestas; b) se desconoce quién invadió el carril contrario provocando el accidente. De este escueto elenco de hechos acreditados en el proceso, al final, se deduce que lo que la sentencia llama prueba de la «eficiencia causal» o de la «provocación» del accidente no es, en el fondo, más que lo que desde tiempos inmemoriales se califica como la realización de una acción objetivamente negligente: invadir el carril contrario en una carretera de doble sentido cuando un vehículo está circulando por él. En el asunto objeto de la sentencia, podría decirse, no existe indicio alguno de quién ha tenido la culpa del accidente.

Es decir, que una vez probada la relación de causalidad material (insisto incontestable en el caso de autos), lo siguiente que hace el TS es preguntarse por la culpa o negligencia de los intervinientes. ¿Dónde se ha quedado la tan traída «eficiencia causal» en el caso analizado? La respuesta no puede ser más sencilla: pues precisamente en esa búsqueda de una negligencia en alguno de los intervinientes en el asunto para imputarle el daño. ¿Por qué se produce esta mezcla entre la causalidad y la culpa? A mi modo de ver, porque con la «eficiencia causal» sucede lo mismo que con la imputación objetiva. Tanto con una como con otra, la búsqueda y delimitación de las causas relevantes en un supuesto de responsabilidad civil se efectúa utilizando criterios propios de la culpa o negligencia del Derecho civil clásico.

En efecto, en una obra anterior¹¹, he expuesto pormenorizadamente que tanto la teoría de la imputación objetiva, como los criterios en los que ésta se disgrega, están contruidos a partir de materiales procedentes del concepto de culpa o negligencia. Los requisitos de la previsibilidad y la evitabilidad del daño desde la perspectiva de lo que haría un buen padre de familia han formado parte del concepto de culpa o negligencia clásico, tanto en el Derecho de daños como en el Derecho penal. Estos conceptos que integran el llamado «test de previsibilidad-evitabilidad» se utilizaron por los penalistas que crearon la doctrina de la imputación objetiva, con el fin de resolver mediante su aplicación a los delitos dolosos determinados problemas que planteaba la causalidad en relación con este tipo de delitos (los más trascendentes en el ámbito jurídico-penal). Resulta casi imposible no ver la

¹¹ PEÑA LÓPEZ, F.: *Dogma y realidad del Derecho de daños: Imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

exigencia de la previsibilidad del daño propia de la culpa clásica (art. 1.104 CC) en el criterio de la «adecuación» (¿qué es el «espectador externo» del criterio de la adecuación más que otro nombre para el «buen padre de familia»?), y el de la evitabilidad del daño para el buen padre de familia, en el criterio del «incremento del riesgo», pero la misma procedencia se puede demostrar respecto de los demás criterios en los que la relación puede parecer menos evidente. El criterio de los riesgos generales de la vida, en realidad, no es distinguible de la exoneración de responsabilidad en algunos supuestos de caso fortuito; y el criterio del fin de protección de la norma exige, como paso imprescindible para poder ser aplicado, de una conducta negligente del sujeto que causa el daño. La continua confusión entre el plano de la imputación objetiva y el de la culpa en todas las sentencias del TS en las que se deciden supuestos aplicando el primero de estos dos conceptos no es casual¹². Por el contrario, es absolutamente imposible de evitar. Si algo no es objetivamente imputable al demandado, éste -por definición- tampoco se habrá comportado de modo negligente.

En el fondo, lo que sucede es que la vinculación que existe entre la responsabilidad jurídica y la culpa es tan grande, que resulta muy difícil prescindir de ella para elegir un responsable entre varias posibilidades. El sistema, incluso a principios del siglo XXI, cien años después del nacimiento de la teoría del riesgo, sigue teniendo una dependencia de la culpa extraordinariamente intensa. Hasta tal punto, que muchas veces se presentan como criterios objetivos, lo que no son más que supuestos de imputación subjetiva. Esto es lo que ha sucedido en España con la imputación objetiva a lo largo de los últimos veinte años; y lo que sucede también con la «eficiencia causal» en los supuestos de concurrencia de causas.

¿Es esta naturaleza compartida entre la imputación objetiva, la «eficiencia causal» y la culpa clásica un problema para el Derecho de daños? A mi modo de ver, no lo es, si se asume que los criterios de imputación objetiva o los que permiten discernir la «eficiencia causal» son criterios culpabilísticos. Desde este punto de vista, dado que la imputación a título de negligencia del daño ya se realizaba antes de la importación de la teoría de la imputación obje-

tiva en la mayoría de los supuestos de responsabilidad extracontractual, poco importa que la previsibilidad del daño desde la perspectiva de un «espectador externo» o de un buen padre de familia se realicen como parte de la «imputación objetiva», o de la «imputación subjetiva»; y ninguna trascendencia tiene tampoco que en los supuestos resueltos por las sentencias que hemos estado considerando se exonere al demandado de responsabilidad por caso fortuito, falta de negligencia, por tratarse de un riesgo general de la vida, o por falta de «adecuación». Lo mismo sucede con la eficiencia causal en los supuestos de concurrencia de causas, en todos aquéllos casos en los que la responsabilidad se encuentre fundada en la culpa o negligencia. En cualquier caso será la culpa, actuando bajo distintos nombres, la que decidirá quién es responsable y en qué medida lo es.

Ahora bien, aplicación de la imputación objetiva, o la búsqueda de una «eficiencia causal» como la que trata de apreciar el TS en la sentencia comentada, en ciertos supuestos sí pueden plantear algún peligro¹³. El principal peligro se produce precisamente en los regímenes de responsabilidad de naturaleza objetiva, como el que aplica la resolución objeto de comentario. En efecto, la responsabilidad objetiva es, por definición, una responsabilidad sin culpa. Constituye un sistema de responsabilidad en el que la culpa o negligencia no debe jugar papel alguno. En este tipo de regímenes jurídicos, la presentación/consideración como «objetivos» de conceptos como el de «imputación objetiva» o el de «eficiencia causal» sí resulta peligrosa¹⁴. La razón del peligro se encuentra en que la convivencia entre la responsabilidad objetiva este tipo de doctrinas y concepciones constituye la mejor forma de desnaturalizar por completo a

¹³ Cfr. PEÑA LÓPEZ, F.: *Dogma y realidad del Derecho de daños*, op. cit., págs. 123 y ss.

¹⁴ Por ejemplo, ARCOS VIEIRA presenta la teoría de la imputación objetiva como un presupuesto común a todos los regímenes de responsabilidad, explicando que limitar los daños empleando esta doctrina es necesario «aun cuando debiera exigirse además que dicha conducta fuera negligente por tratarse de un caso de responsabilidad subjetiva» [ARCOS VIEIRA, M^º.L.: *Responsabilidad civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Thomson-Aranzadi (Cuadernos de Aranzadi Civil), Cizur Menor, 2004]. Y PANTALEÓN habla de que separar entre causalidad e imputación objetiva es un paso «imprescindible para la racionalización del Derecho español de daños» [PANTALEÓN PRIETO, F.: «Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación», en AA.VV.: Centenario del Código Civil, T. II, Ed. Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990]. Como integrante de la parte general del Derecho de daños aparece también en COLINA GAREA, R.: «La relación de causalidad», en PEÑA LÓPEZ, J.M^º.: *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Comares, 2004, pp. 87 y ss.].

¹² Puede apreciarse muy claramente esta continua confusión en las siguientes sentencias que aplican el criterio de imputación objetiva de los «riesgos generales de la vida»: SSTS de 11.11.2005 (RJ 2005/9983), 2.3.2006 (RJ 2006/5508), de 31.10.2006 (RJ 2010/8882), 22.2.2007 (RJ 2007/1520), 17.7.2007 (RJ 2007/4895).

la responsabilidad civil sin culpa. En efecto, si estos conceptos se han conformado sustancialmente a base de materiales procedentes de la determinación de la culpa o negligencia, resulta innegable que con su aplicación a la responsabilidad objetiva, lo único que se consigue es que la culpa que ha salido por la puerta, vuelva a entrar por la ventana. Se habría suprimido a la culpa, en sí, como requisito del régimen de responsabilidad objetiva, para reintroducirla de nuevo bajo la forma de imputación objetiva o de «eficiencia causal».

Volvamos al razonamiento de la sentencia: entiende el TS que dado que no se puede probar la causalidad (rectius, la imputación objetiva, esto es, la culpa de ninguno de los intervinientes), entonces faltaría uno de los requisitos del régimen de responsabilidad del art. 1º LRCSCVM (la relación de causalidad) y habría que exonerar al demandado (como hizo la AP de Vizcaya). Al TS, ésta no le parece una solución satisfactoria por lo que decide dar un paso más: “El principio de responsabilidad objetiva -en cuya legitimidad constitucional no es necesario entrar aquí-, en efecto, no solo supone el establecimiento de criterios de imputación ajenos a la concurrencia de culpa o negligencia, sino que comporta también establecer una presunción de causalidad entre las actividades de riesgo y la consecuencias dañosas que aparezcan como características de aquella”. Dándole la vuelta al razonamiento de la sentencia, podríamos resumir lo sucedido con las siguientes palabras: dado que no se puede probar lo que el TS llama «eficiencia causal» (esto es, la culpa), el TS entiende que dentro del régimen de la LRCSCVM no es suficiente con prescindir de la culpa, y se ve constreñido a presumir también la relación de causalidad.

5. El criterio de imputación de responsabilidad en el régimen de responsabilidad objetiva del art. 1º LRCSCVM

No hace falta insistir mucho para darse cuenta de lo innecesario de la «presunción de causalidad» que declara el TS. El régimen del art. 1 LRCSCVM es de responsabilidad sin culpa, y para que haya lugar a responsabilidad no hace falta ni culpa, ni tampoco probar la imputación objetiva (ni la «provocación» del accidente, ni la «eficiencia causal», como quiera llamársele). Todas ellas no son más que distintas manifestaciones de concepto clásico de culpa y no son necesarias para responder en un régimen de naturaleza objetiva. El problema es, obviamente, determinar qué es lo que hace falta para responder ex art. 1º LRCSCVM una vez que se

ha prescindido de esos conceptos tras los que, al final, se esconde la culpa. La tarea que debe preocupar al intérprete es la de responder a la pregunta: ¿además de haber sido causa material del accidente (aplicando la teoría de la condición sine qua non) qué más exige la imputación de responsabilidad ex art. 1º LRCSCVM?

En este sentido, yo creo que el TS sigue la pista correcta (aunque lo hace para justificar la innecesaria y peligrosa «presunción de causalidad»): el régimen objetivo de la LRCSCVM exige que el conductor responda de todas las «consecuencias dañosas que aparezcan como características de aquellas (las actividades de riesgo sujetas al art. 1º LRCSCVM), como ocurre con los daños derivados de una colisión cuando se trata de la responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la conducción de un vehículo de motor».

En efecto, lo que pretende la LRCSCVM es atribuir al conductor (e indirectamente a la comunidad formada por todos los titulares de vehículos a través del mecanismo del seguro) el peligro que se deriva de la circulación de los vehículos de motor, y que se concreta en cada uno de los accidentes de circulación que se producen en la realidad. De este modo, basta probar: a) que la conducta del conductor demandado es causa natural del accidente, y b) que el accidente es una concreción del peligro derivado de la circulación (y como dice la sentencia: una colisión entre vehículos siempre lo es) para que haya lugar a la declaración de responsabilidad, salvo que el demandado logre acreditar alguna de las causas de exoneración contempladas por la propia LRCSCVM. No hay necesidad de inventarse una «presunción de causalidad» para llegar a esta conclusión. Basta con eliminar a la culpa del régimen de responsabilidad que nos ocupa, como corresponde a su naturaleza.

6. El reparto de responsabilidades cuando no existe ninguna prueba de la conducta de los intervinientes en la colisión de los vehículos

El problema siguiente del que se ocupa la sentencia (y del que debería ocuparse cualquier intérprete de la LRCSCVM en las mismas circunstancias, con o sin «presunción de causalidad») es el del reparto de responsabilidades entre los intervinientes en el accidente de circulación. En el asunto resuelto por el TS, tanto el demandante como el demandado son conductores que han colisionado y ninguno ha logrado acreditar una causa de exclusión de la responsabilidad. Por consiguiente ambos son

susceptibles de ser declarados responsables. Sin embargo no tenemos ningún criterio para decidir cómo o en qué proporción debería cada uno responder objetivamente del accidente (en el asunto que nos interesa el demandante era uno de los intervinientes, por lo que la cuestión tenía relevancia en sede de lo que los PETL -art. 8:101- llaman «conducta o actividad concurrente de la víctima»).

Debe recordarse que, en relación con esta cuestión, la doctrina ha entendido habitualmente que el daño debería repartirse en función de la «eficiencia lesiva» de cada conducta. En la determinación de esta «eficiencia» influirían el grado de influencia causal, el riesgo creado por las conductas y la reprobabilidad subjetiva de cada uno de los comportamientos¹⁵. En todo caso, la dependencia de la culpa que tiene el sistema de Derecho de daños, se pone nuevamente de manifiesto cuándo se analizan las sentencias que se han ocupado de aplicar esta doctrina¹⁶. Casi todas ellas, terminan resolviendo el asunto en atención a la entidad de las respectivas negligencias. De hecho, los PETL (Art. 9:202.2) proponen que la responsabilidad se reparta: «en consideración a sus culpas respectivas», como criterio principal, añadiendo la expresión «cualquier otro aspecto relevante» sin definir exactamente a qué se refiere con ello.

El TS, en la sentencia comentada en estas páginas se encontró con una completa ausencia de prueba acerca de las culpas respectivas de los conductores. Ello hizo inviable por completo el recurso habitual a la comparación entre las culpas concurrentes en el asunto. Ante esta situación, el órgano jurisdiccional podía optar por dos soluciones distintas: aplicar la regla del art. 1.138 CC y entender que, a falta de prueba, la responsabilidad se reparte al 50%; o bien emplear el criterio de las indemnizaciones cruzadas -cada uno de los dos conductores indemniza los daños que ha causado al otro interviniente-, que previamente había sido utilizado en parte de la jurisprudencia de las AAPP. El TS se inclina finalmente por la segunda opción, debido a los siguientes motivos:

FJ.4º.D «(a) Esta es la doctrina seguida por

¹⁵ SANTOS BRIZ: "Comentarios de los artículos 1902 a 1910", en Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales (Dir. M. Albaladejo), T. XXIV, Ed. EDERSA, Madrid, 1984.

¹⁶ Aunque la mayoría de las cuales afirman resolver atendiendo a las circunstancias, excluyendo generalmente la posibilidad de control casacional, cfr. SSTS 5.2.1991 [RJ 1991/992], 19.12.1992 [RJ 1992/10703], 15.12.1999 [RJ 1999/9200], 14.11.2000 [RJ 2000/8981] y 22.7.2002 [RJ 2002/7479].





un número considerable de audiencias provinciales.

(b) Constituye una solución aceptada expresamente por alguna de las legislaciones de Derecho comparado, como se ha expuesto.

(c) Es una doctrina próxima, aunque no coincida con ella, a la que inspira la jurisprudencia de esta Sala tendente a proclamar la solidaridad impropia entre los agentes que concurren a causar el daño cuando no puede establecerse la proporción en que cada uno de ellos ha contribuido a su producción.

(d) Es acorde con la tendencia que se registra en el Derecho comparado a atribuir responsabilidad plena a los causantes simultáneamente de un daño por una pluralidad de actividades (v. gr., PETL, artículo 3:102, según el cual: «En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas hubiera causado el daño por sí sola al mismo tiempo, se considerará que cada actividad es causa del daño de la víctima»).

(e) Es la doctrina más acorde con la presunción de causalidad, que rige en el sistema de responsabilidad objetiva por riesgo, en relación con el agente de la actividad peligrosa que interviene en la producción del daño característico de dicha actividad de riesgo. Estimamos que, cuando, por falta de datos, no resulta posible destruir la presunción fundada en el riesgo creado por cada conductor respecto de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo (supuesto a que se contrae el caso enjuiciado), el principio de responsabilidad objetiva puede resultar dañado si, sin otro fundamento que haber existido otra posible causa concurrente, presuntivamente se restringe la causalidad imputable a cada conductor en la producción de los daños al otro vehículo a una proporción del 50% (esta reducción sí sería procedente si se probase que ambos causaron el accidente en dicha proporción). Entendemos, en suma, que el criterio más acorde con el principio de responsabilidad objetiva del agente por el riesgo creado y con la presunción de causalidad respecto de los daños característicos correspondientes a la actividad de riesgo (por falta de prueba al respecto de la concurrencia de una causa legal de exoneración o disminución), debe conducir a la conclusión de que cada conductor, y por tanto, cada vehí-

culo, es responsable del 100% de los daños causados a los ocupantes del otro vehículo interviniente en la colisión.

En consecuencia, encontrándonos ahora en este último caso de incertidumbre causal, en que no se ha podido acreditar el concreto porcentaje en que ha contribuido el riesgo de cada vehículo al resultado producido, procede declarar a cada uno de sus conductores plenamente responsable de los daños sufridos por los ocupantes del otro vehículo implicado en la colisión, de tal manera que corresponde al demandado abonar el 100% de los daños personales reclamados por el recurrente que resulten acreditados».

De todos los motivos alegados por el TS para justificar su decisión, únicamente dos podrían tener algo de relevancia: la existencia de jurisprudencia menor sobre la materia y que la solución ha sido acogida en algún ordenamiento comparado. El resto, desde mi punto de vista, carecen de la más mínima entidad o son directamente equivocados.

En efecto, la doctrina de las indemnizaciones cruzadas no tiene nada que ver con la doctrina de la solidaridad impropia. Ambas se sitúan en lugares completamente distintos en el esquema de la deuda derivada de la responsabilidad civil. La solidaridad impropia es una relación que se da entre los responsables (que se declaran solidarios), por un lado, y el acreedor (víctima del daño) por el otro; mientras que la doctrina de las indemnizaciones cruzadas se refiere a la relación entre sujetos recíprocamente responsables. Es más, en el plano de la relación entre los sujetos responsables, la doctrina de la solidaridad impropia, en caso de falta de prueba de la distinta «eficiencia lesiva» de la conducta de los distintos responsables solidarios, da lugar a un reparto de la indemnización entre ellos de conformidad con los parámetros del art. 1.138 CC (que aquí la sentencia desecha) y que, además, coincide exactamente con lo dispuesto en el art. 9:202.2 de los PETL.

La «tendencia del Derecho comparado» a la que se refiere el TS puede ser discutible, pero lo que es seguro no tiene nada que ver con el artículo de los PETL que cita el TS. El precepto citado (art. 3:102) lo único que establece es que todas las acciones consideradas se considerarán causas del daño. Nada establece respecto del reparto de la responsabilidad entre causante y víctima. Esta cuestión se regula en el art. 8 de los PETL; y dicho precepto se ocupa únicamente de determinar los casos en los que cabe

reducir o excluir la responsabilidad atribuible al causante. En ningún momento se contempla la posibilidad de las indemnizaciones cruzadas a las que se refiere el TS.

Por último, justificar el criterio de las indemnizaciones cruzadas en la «presunción de causalidad» que el propio TS había creado en el fundamento de Derecho anterior de la misma sentencia, merece exactamente la misma valoración negativa que se atribuyó a la meritada «presunción», empleada ahora para justificar algo que nada tiene que ver con la causalidad.

En el fondo, lo que parece querer sostener el TS es que, en un régimen de responsabilidad objetiva, una vez declarada la obligación de responder del conductor demandado (objetiva y fundada en la causalidad natural y en la pertenencia del siniestro al ámbito de riesgo regulado por la LRCSCVM), salvo que se pruebe la culpa de la víctima no procede reducir en lo más mínimo la responsabilidad por circunstancias relativas al comportamiento de ésta durante el accidente. Pero para sostener esta solución, no hacía falta ni acudir al criterio de las indemnizaciones cruzadas, ni tampoco era preciso crear una «presunción de causalidad». El carácter tasado de las causas de exoneración de la LRCSCVM es, a mi modo de ver, más que suficiente para justificar la reparación completa de los daños causados al demandante en el caso objeto de la sentencia. Bastaba con haber afirmado que, dado que el demandado no había logrado acreditar la culpa –exclusiva o concurrente– del demandante ni la fuerza mayor externa, que exoneran de responsabilidad o permiten reducir la indemnización en la LRCSCVM, procedía la reparación integral de los daños causados.

Ciertamente, lo que se acaba de exponer podría ser contradicho argumentando que la LRCSCVM no habla sólo de culpa de la víctima, sino de «conducta o negligencia del perjudicado», y que con el término «conducta» se podría estar haciendo referencia a la mera contribución causal objetiva¹⁷. Sin embargo, creo que es mucho más fácil defender una interpretación estrictamente subjetiva de la expresión «conducta o negligencia del perjudicado», que dar un vuelco –sin necesidad– general a todos los regímenes de responsabilidad por riesgo, afirmando la existencia de una «presunción de causalidad» en todos ellos.

¹⁷ Sobre esta cuestión, vid. MEDINA ALCOZ, M.: *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid, págs. 269 y ss.

Responsabilidad civil de las empresas de seguridad privada



Gonzalo Iturmendi Morales

Abogado

Socio Director de Bufete G. Iturmendi y Asociados

Sumario

1.- Ámbito conceptual y legal de la seguridad privada.

2.- Requisitos de la responsabilidad civil de la empresa de seguridad.

- 2.1. Incumplimiento objetivo de alguna obligación de la empresa de seguridad privada y su personal al servicio de la misma.
- 2.2. Daño.
- 2.3. Relación de causalidad.
- 2.4. La culpabilidad.

3.- Actividades, servicios y funciones de la seguridad privada.-

- 3.1. Actividades propiamente dichas y exclusivas de seguridad privada.
- 3.2. Actividades que no son exclusivas de la seguridad privada.
- 3.3. Otras actividades.

4.- El requisito de la culpa en la responsabilidad civil de la seguridad privada.-

- 4.1. El requisito de la autorización administrativa.
- 4.2. Prohibiciones.
- 4.3. Principios rectores.
- 4.4. Secreto profesional, deber de confidencialidad y protección de derechos fundamentales de intimidad y privacidad.
 - 4.4.1. Los límites del orden público.
 - 4.4.2. El deber de denuncia de la comisión de delitos públicos y la omisión de los deberes de impedir determinados delitos o de promover su persecución.
 - 4.4.3 La comparecencia como testigos en un proceso penal.

5.- Lex artis.

6.- Deber de colaboración profesional.

7.- Conclusiones.

1.- Ámbito conceptual y legal de la seguridad privada.

Una empresa de seguridad privada es aquella persona física o jurídicas que presta servicios de seguridad privada, entendidos estos como el conjunto de actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad adoptadas, de forma voluntaria o por disposición legal, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, realizadas o prestados por empresas y personal de seguridad privada para hacer frente a actos deliberados o riesgos accidentales, con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades.

La seguridad no es solo un valor jurídico, normativo o político; sino también un valor social básico de la sociedad, se encuentra en la base de la libertad y la igualdad y contribuye al desarrollo de las personas y la propia sociedad.

Analizaremos los aspectos fundamentales del régimen jurídico de la responsabilidad civil de las empresas de seguridad privada, sus empleados y dependientes, así como de los directores y jefes de seguridad, de los servicios de seguridad privada y de los contratos celebrados en éste ámbito.

A todo ello hay que unir otros problemas que conlleva la seguridad privada como los relativos a los establecimientos obligados a disponer de medidas de seguridad, a los usuarios de los servicios de seguridad privada, a los ingenieros y técnicos de las empresas de seguridad, a las empresas prestadoras de servicios de seguridad de la información y las comunicaciones inscritas en el registro correspondiente, a las centrales de alarma de uso propio y a los centros de formación de personal de seguridad privada.

La seguridad persigue entre sus finalidades garantizar el orden público, si bien, como ha declarado el Tribunal Constitucional, esta finalidad incluye cuestiones que no entran en el concepto de seguridad, la cual se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas. “Para respetar el orden normal de las competencias es preciso no sólo que esas medidas se justifiquen por su urgencia y necesidad, sino que se adopten en forma que no sustituyan más que en lo indispensable



la intervención de las autoridades competentes para la acción sanitaria o ayuden y complementen a la actividad de éstas”¹.

Partimos por tanto de un concepto legal de seguridad privada ciertamente restrictivo, como la actividad consistente en “la prestación por personas, físicas o jurídicas, privadas, de servicios de vigilancia y seguridad de personas o bienes”, tal y como lo define el artículo 1 de la

¹ Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 33/1982 de 8 Jun. 1982, rec. 16/1982, Ponente: Latorre Segura, Angel. Nº de Sentencia: 33/1982. Nº de Recurso: 16/1982.

² El artículo 1.2 de la Ley de Seguridad Privada establece que “A los efectos de esta ley, únicamente pueden realizar actividades de seguridad privada y prestar servicios de esta naturaleza las empresas de seguridad y el personal de seguridad privada, que estará integrado por los vigilantes de seguridad, los vigilantes de explosivos, los jefes de seguridad, los directores de seguridad, los escoltas privados, los guardas particulares del campo, los guardas de caza, los guardapescas marítimos y los detectives privados”. El artículo 10.1 de la misma Ley prescribe: “1. Para el ejercicio de las funciones de seguridad privada, el personal al que se refiere



Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada². A esta idea inicial debemos unir el carácter de complementariedad y subordinación respecto de la actividad o servicio a que se refiere la seguridad pública, en sentido estricto, que se encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad para la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y garantía de la seguri-

el art. 1, apartado 2, de esta ley, habrá de obtener previamente la correspondiente habilitación del Ministerio del Interior, con el carácter de autorización administrativa, en expediente que se instruirá a instancia del propio interesado.” El artículo 63.1 del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, Reglamento de Seguridad Privada, dispone: “Para poder ser nombrados jefes de seguridad, los solicitantes deberán haber desempeñado puestos o funciones de seguridad, pública o privada, al menos durante cinco años, y necesitarán obtener la pertinente tarjeta de identidad profesional, para lo cual habrán de acreditar, a través de las correspondientes pruebas, conocimientos suficientes sobre la normativa reguladora de la seguridad privada, la organización de servicios de seguridad y las modalidades de prestación de los mismos, no siéndoles aplicable lo dispuesto en este reglamento sobre formación de personal”

dad ciudadana, de conformidad con lo regulado en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la legislación complementaria.

Tradicionalmente se han concebido los servicios privados de seguridad como servicios complementarios y subordinados respecto a los de la seguridad pública, habiéndose establecido a partir de ahí un conjunto de controles e intervenciones administrativas que condicionan el ejercicio de las actividades de seguridad por los particulares. El papel del sector privado en la seguridad es fundamental, muchas empresas de seguridad son propietarias o gestoras de servicios e infraestructuras relacionados con la seguridad, tienen la responsabilidad de proteger aquellas áreas que son de su competencia y se deben identificar y asignar dichas responsabilidades. “Hay que desarrollar asociaciones y protocolos público/privados que coordinen la seguridad de servicios e infraestructuras. Es también en interés de las propias empresas. Primero, por los costes que les suponen estas amenazas a la seguridad; segundo, porque las propias compañías se han convertido en objetivos directos; y tercero, porque la inseguridad no genera un clima propicio para la actividad económica. El sector privado puede aportar importantes capacidades, como su presencia global, su saber hacer tecnológico y sus recursos económicos, materiales y personales. Caso particular es el de las empresas privadas de seguridad, que desempeñan un papel específico en este ámbito, por ejemplo, en la protección de buques de la piratería en el Océano Índico”³.

La seguridad privada contribuye a minimizar en unos casos los riesgos asociados a su actividad industrial o mercantil, y en otros obtienen seguridad adicional más allá de la que provee la seguridad pública, desarrollando medidas de anticipación y prevención frente a posibles amenazas. Por tanto, podemos considerar la seguridad privada como una actividad con entidad propia, pero a la vez como parte integrante de la seguridad pública, en la medida en que por un lado contribuye a garantizar la seguridad pública y a prevenir infracciones y por otro complementa el monopolio de la seguridad que corresponde al Estado, integrando funcionalmente sus medios y capacidades como un recurso externo de la seguridad pública.

³ V. Gobierno de España, Estrategia Española de Seguridad. Una responsabilidad de todos. Pág.: 56. Madrid, 2011. <http://www.lamoncloa.gob.es/nr/rdonlyres/d0d9a8eb-17d0-45a5-dfff-46a8af4c2931/0/estrategiaespanoladeseguridad.pdf>

Partiendo de un concepto legal de seguridad privada restrictivo, se ha evolucionado a otro más moderno, que concibe de la seguridad privada como conjunto de actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad adoptadas, de forma voluntaria o por disposición legal, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, realizadas o prestados por empresas y personal de seguridad privada para hacer frente a actos deliberados o riesgos accidentales, con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades.

La interacción entre seguridad pública y privada es consustancial al propio concepto de seguridad como se ha podido constatar a través de la evolución de los más avanzados paradigmas y modelos de seguridad. Los servicios de seguridad privada deben colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con sujeción a lo que éstas puedan disponer en relación con la ejecución material de sus actividades⁴.

El Real Decreto 385/2013, de 31 de mayo, de modificación del Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno acaba de aprobar la Estrategia de Seguridad Nacional que tiene como objetivo principal la preservación de la Seguridad Nacional a través del funcionamiento óptimo, integrado y flexible de todos los recursos disponibles a tal fin, mediante la potenciación de la actuación coordinada de los instrumentos existentes en el amplio campo de la seguridad en la Administración General del Estado y en las restantes Administraciones Públicas, complementando sus actuaciones y en un uso eficiente y racional de los mismos. La estrategia ahora diseñada persevera en el enfoque integral de la Seguridad Nacional, contemplando el concepto de seguridad de una manera amplia acorde con estas transformaciones globales que afectan al Estado y al día a día del ciudadano, como un fenómeno transnacional y transversal.

⁴ El personal de seguridad privada está obligado a auxiliar y colaborar especialmente con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a facilitarles la información que resulte necesaria para el ejercicio de sus funciones, y a seguir sus instrucciones en relación con el servicio de seguridad que estuvieren prestando. Las empresas y el personal de seguridad privada tienen obligación de auxiliar y colaborar con éstas en el ejercicio de sus funciones, de prestarles su colaboración y de seguir sus instrucciones. El Ministro del Interior o, en su caso, el titular del órgano autonómico competente puede disponer la participación de la seguridad privada en la prestación de servicios encomendados a la seguridad pública, complementando la acción policial, especialmente en los ámbitos de prevención y protección de la seguridad ciudadana, siempre bajo el mando y coordinación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes y en colaboración con éstos.

El plan estratégico de seguridad nacional diseñado en el año 2011 se basaba en seis conceptos básicos⁵, implícitamente integrados en la seguridad privada, que requieren la cooperación y colaboración entre las Administraciones Públicas y el sector privado para lograr el máximo rendimiento de los recursos disponibles, puesto que muchas infraestructuras, suministros y servicios críticos están en manos privadas, lo cual hace imprescindible la cooperación entre el Estado y las empresas, además de la colaboración ciudadana y la de las organizaciones sociales. El objetivo es la eficiente coordinación de los servicios de seguridad privada con los de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de los que son complementarios.

La gestión de las emergencias⁶, catástrofes⁷ y calamidades⁸ supone un ejemplo emblemático de la necesaria interacción entre la seguridad pública y privada. En los tres casos nos

⁵ "Enfoque integral: Es necesario integrar todas y cada una de las dimensiones de la seguridad, haciéndolas converger hacia objetivos comunes y conscientes de las múltiples relaciones que existen entre ellas. Coordinación: La cooperación y colaboración entre las Administraciones Públicas es imprescindible para lograr el máximo rendimiento de los recursos disponibles. Dado que muchas infraestructuras, suministros y servicios críticos están en manos privadas, es imprescindible la cooperación entre el Estado y las empresas, además de la colaboración ciudadana y la de las organizaciones sociales. Eficiencia en el uso de los recursos: En un contexto de limitación del gasto público, el Estado deberá asegurar el buen uso de los recursos y racionalizar el empleo de los instrumentos existentes. El objetivo debe ser compatibilizar, en colaboración con nuestros socios y aliados, las necesidades de seguridad con márgenes presupuestarios más estrechos, lo que obliga a gastar mejor. Anticipación y prevención: No todas las amenazas pueden preverse, pero algunas pueden prevenirse y evitarse. El Estado debe disponer de los medios necesarios para alertar y prevenir de todo aquello que pueda poner en peligro la seguridad de España y de sus ciudadanos. Capacidad de resistencia y recuperación: Surgirán retos, amenazas y desafíos hoy imprevisibles. Para hacerles frente hay que disponer de sistemas e instrumentos resistentes y flexibles, susceptibles de adaptarse a las diversas circunstancias. Interdependencia responsable: Mediante la colaboración con nuestros socios europeos e internacionales, debemos establecer mecanismos de gobernanza para crear y fortalecer marcos e instrumentos multilaterales que garanticen la seguridad. Por su capacidad de interlocución, España tiene importantes atributos con los que contribuir a estos objetivos."

⁶ La emergencia entendida como cualquier suceso cuyas consecuencias supongan o puedan suponer una situación de grave riesgo colectivo, catástrofe o calamidad pública, inmediata o diferida, para las personas, el medio ambiente y los bienes.

⁷ Catástrofe extraordinaria es la situación producida por la materialización de un riesgo potencial en la que puede peligrar masivamente la vida de las personas, produciéndose una desorganización social que excede de la capacidad de reacción de la comunidad afectada.

⁸ Calamidad pública es la desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas, pero especialmente se relaciona con

encontramos ante elementos comunes como la afección de multitud de personas y eventos que supera la capacidad de control de la comunidad local y se necesita ayuda externa.

La Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada y la normativa de desarrollo⁹, supuso un avance para la evolución de la seguridad privada en España, en su sector regulado por normas dispersas, de rango inferior, con profundas lagunas que evidencian carencias en la prestación de los servicios de seguridad privada en lo relativo a organización y planificación, formación y motivación del personal de seguridad; la eliminación de las situaciones que dan lugar al intrusismo tanto de las empresas como del personal; la dotación al personal de seguridad privada del respaldo jurídico necesario para el ejercicio de sus funciones legales, y los elementos de colaboración entre la seguridad privada y la seguridad pública.

La evolución del sector de la seguridad privada requiere un paso normativo que reforme la norma de 1992 adecuándose a las exigencias actuales, un marco regulatorio que no solamente contemple las manifestaciones de los riesgos tradicionales y emergentes, sino que también posibilite a las empresas de seguridad el despliegue de múltiples actividades que no son exclusivas de la seguridad privada, incluso de otras que son de exclusiva competencia de la llamada seguridad pública.

el accidente cuya expresión en daños hacia las personas, bienes, medio ambiente e infraestructuras es máxima, poniendo en peligro la capacidad operativa de los grupos de acción y el propio interés nacional.

⁹ Así, la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana y el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y las modificaciones de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de los Reales Decreto-leyes 2/1999, de 29 de enero, y 8/2007, de 14 de septiembre, así como por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios. Véase también el artículo 62 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, prevé que “las Ligas Profesionales fomentarán que los Clubes que participen en sus propias competiciones constituyan en su seno agrupaciones de voluntarios, a fin de facilitar el correcto desarrollo del espectáculo”, así como el artículo 34 del Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, que aprobó el Reglamento de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la violencia en el deporte, establece que “Los miembros de estas agrupaciones, en su actuación en los acontecimientos deportivos, seguirán las instrucciones que al efecto imparten el Coordinador de Seguridad y el Director de Seguridad de la organización.” Finalmente el Real Decreto 1257/2010, de 8 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para la contratación de seguridad privada a bordo en los buques atuneros congeladores que actualmente operan en el Océano Índico.

El 14 de junio de 2013 el Consejo de Ministros del Gobierno de España aprobó el proyecto de Ley de Seguridad Privada para su remisión a las Cortes. Un sector que factura casi 3.500 millones de euros, integrado por cerca de 1.500 empresas, que emplean a 85.000 trabajadores¹⁰.

2.- Requisitos de la responsabilidad civil de la empresa de seguridad

El esquema de los requisitos de la responsabilidad civil de las empresas de seguridad responde al patrón habitual en otros riesgos empresariales, ello sin perjuicio de los condicionamientos y obligaciones propias de esta actividad.

Partimos de la base de dos escenarios de riesgos en función del título generador de la responsabilidad. Así, si el origen del daño se sitúa en las relaciones de carácter extracontractual, se aplicará el artículo 1.902 y concordantes del Código civil, en relación con la normativa sectorial aplicable, es decir, la Ley de Seguridad Privada, su Reglamento¹¹ y cuantas obligaciones de cumplimiento legal afectan a estas organizaciones. Por otro lado, si en el origen del daño se encuentra el incumplimiento total o parcial, o bien en el defectuoso cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por parte de la empresa de seguridad, resultarán de aplicación los artículos 1.101 y concordantes del Código civil, sin perjuicio de lo establecido en las cláusulas contractuales que sean de aplicación. Finalmente si la fuente de la obligación de resarcimiento del daño nace de la comisión de delitos o faltas tipificados en el Código penal, se aplicarán las normas de dicho cuerpo normativo que regulan la responsabilidad civil ex delicto.

¹⁰ El Proyecto de Ley aprobado el 14 de junio introduce novedades sobre el anteproyecto que se presentó en Consejo de Ministros el 12 de abril, tras las observaciones realizadas por varias entidades del sector, detectives privados, sindicatos, gremio de joyeros, así como de la Federación Española de Municipios y Provincias y de la Generalitat de Cataluña. “Además, se ha contado con los informes de la Agencia Española de Protección de Datos, la Comisión Nacional de la Competencia y el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”. <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Resumenes/2013/140613-consejo.htm>

¹¹ Real Decreto 195/2010, de 26 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, para adaptarlo a las modificaciones introducidas en la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

En lo referente a la responsabilidad civil de la empresa de seguridad por el hecho ajeno, también resulta de aplicación el régimen general de la responsabilidad del empresario por los actos de sus empleados y dependientes, que es solidaria y directa, en base al artículo 1.903 del Código civil y subsidiaria, en base al artículo 120 del Código penal, ello sin perjuicio de la responsabilidad civil ex delicto directa y solidaria de la empresa de seguridad en caso de que se aplicara la responsabilidad penal de la persona jurídica si resultara condenada en aplicación del artículo 31 bis del Código penal.

Sobre los criterios interpretativos de la carga de la prueba en caso de reclamación de responsabilidad civil que nazca de la prestación de servicios de seguridad privada, deben tenerse en cuenta los que nacen de la teoría de la carga de la prueba. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. Este principio, en realidad, es el de las consecuencias de la falta de prueba. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2012, cuando señala: “Las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria”. No deberá de confundirse carga de la prueba con valoración probatoria (SSTS 12 de enero de 2001, 9 y 19 de febrero de 2007, 27 de septiembre de 2011), siendo relevante el principio de adquisición procesal que tiene en consideración la parte de aportó la prueba.

Notemos que los servicios de seguridad privada no se encuentran comprendidos entre los señalados expresamente en los artículos 147 y 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007, por lo que no se exigirá en sede jurisdiccional el especial grado de cumplimiento reglamentario y de estándares de calidad a los prestadores de servicios de seguridad. Todo ello sin perjuicio de que “«las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por



tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria» (Sentencia TS 1ª 333/2012, de 18 de mayo).

En consecuencia solamente puede deducirse que el criterio de imputación de responsabilidad de la empresa de seguridad privada será la culpabilidad, y que la responsabilidad sólo existirá en caso de que dicha empresa y sus dependientes obren con dolo o culpa, por ello es evidente que la mayor parte del régimen jurídico general de la responsabilidad civil resulta aplicable para declarar la responsabilidad de los prestadores de servicios de seguridad y la consiguiente obligación de reparación del daño. Ello sin perjuicio de los criterios aplicables en cada caso concreto del juicio fáctico, la prueba practicada y su apreciación conforme a las reglas de la sana crítica



Igualmente, de acuerdo con lo anterior, si aplicamos los requisitos generales del ilícito civil obligacional a los actos que habilitan el ejercicio de la acción de responsabilidad, deben concurrir en la actuación de la empresa de seguridad privada y su personal los siguientes presupuestos:

2.1. Incumplimiento objetivo de alguna obligación de la empresa de seguridad privada y su personal al servicio de la misma. Toda empresa de seguridad privada que desarrolla su actividad en el ámbito de sus atribuciones está sujeta al cumplimiento de una serie de obligaciones en el desarrollo de su actividad. Estas obligaciones están fijadas su estatuto jurídico (Ley, Reglamento de seguridad privada y normas concordantes), en las obligaciones deontológicas, en las obligaciones legales de cumplimiento del

escenario fáctico del riesgo de seguridad asumido y -en su caso- en las concretas obligaciones contractuales o cuasicontractuales contraídas por parte de la empresa de seguridad con el destinatario de sus servicios.

Solamente puede desempeñar funciones de seguridad privada el personal profesional de seguridad privada, que está integrado por los siguientes grupos profesionales: los vigilantes de seguridad y su especialidad de vigilantes de explosivos, los escoltas privados, los guardas rurales y sus especialidades de guardas de caza y guardapescas marítimos, los jefes de seguridad, los directores de seguridad y los detectives privados.

Más adelante nos referiremos con especial detenimiento a este requisito de la acción u omisión de las actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad adoptadas, de forma voluntaria o por disposición legal, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, realizadas o prestados por empresas y personal de seguridad privada en el ejercicio de su función¹².

2.2. Daño. Nos referimos a la pérdida real material, corporal y/o moral producida en el perjudicado, acreditada y evaluada económicamente.

El perjuicio o daño resarcible relevante, a los efectos que nos interesan, no es cualquier daño, sino concretamente el daño corporal o material causado directamente a la víctima, así como el perjuicio económico ocasionado en el perjudicado a consecuencia de una actuación indebida de la empresa de seguridad privada y su personal, en virtud de su régimen de responsabilidad, e incluso el daño moral en su doble vertiente de daño moral objetivo y subjetivo. El resarcimiento de este daño constituye, como ya se ha dicho, el fundamento de la responsabilidad y su propio límite.

Hemos de recordar que en la responsabilidad civil de las empresas de seguridad privada rige el mismo principio fundamental de cara a su determinación, que es el de la “restitutio in íntegram”, es decir, la reparación a las víctimas del perjuicio producido con independencia del grado la gravedad de culpa.

Lo más habitual es que la reparación del daño se lleve a cabo mediante el pago de una

¹² Nos referimos con detenimiento a este requisito de la acción u omisión en el apartado 3.

indemnización económica a la víctima, sin embargo esta no es la única forma de reparación del daño. Entre las formas de reparación del daño encontramos las siguientes:

1º.- La reparación en especie, que a su vez puede realizarse mediante la reparación de las cosas a su estado original, o bien por medio de la cesación o abstención de seguir causando el daño, o bien por la simple restitución de las cosas y finalmente por medio del reembolso de los gastos originados en el patrimonio perjudicado.

2º.- La indemnización pecuniaria; es decir, entregar una cantidad económica bien sea para resarcir el daño patrimonial, o bien para compensar el daño moral y, en su caso, el daño corporal, comprendiendo no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.

El principio general del derecho de reparación del daño implica que debe repararse “todo daño, pero nada más que el daño”. En este sentido los sistemas de reparación del daño antes apuntados no son excluyentes entre sí. Volver el estado de las cosas a su situación original anterior a la comisión del daño, tal es el objetivo primordial, la forma más genuina contemplada en el artículo 1902 del Código civil, sin embargo eso es imposible en la mayoría de los casos, de ahí que se opte por la capitalización del daño concretando la misma en la figura de la indemnización económica con todas las limitaciones que ello conlleva.

La reparación “in natura” tiene tres excepciones que se producen cuando la víctima no quiere esta forma de reparación, cuando resulta imposible y cuando se produce una excesiva onerosidad de la prestación.

La reparación mediante la prestación económica compensatoria de los daños y perjuicios por el equivalente del daño realmente sufrido plantea a su vez el problema de su cuantificación, en la medida en que existen grandes dificultades para establecer el valor objetivo de los daños y perjuicios, especialmente en los casos de daño moral.

Siendo el requisito del daño un elemento imprescindible de la responsabilidad civil (junto con la acción, el nexo de causalidad y la culpa en algunos escenarios de riesgos), sin perjuicio de la dificultad a la hora de cuantificar la indemnización, en todo caso existen dos criterios imperativos de aplicación inexcusable. Por un lado la obligación legal de fundamentar la decisión sobre la indemnización y por otro la sujeción a

criterios legales cuando estos sean de imperativa aplicación, como ocurre en la Ley de Patentes, en la Ley de Propiedad Horizontal y en la Ley de Marcas y en la Ley del Automóvil. Los baremos suponen un intento para superar la conflictividad a la hora de la determinación de las indemnizaciones, sin embargo adolecen de no tener en cuenta los factores socioeconómicos. En el ámbito de la jurisdicción penal los límites imperativos aparecen con el principio de legalidad y el principio de la carga de la prueba¹³.

Las empresas de seguridad habrán de presentar, en el registro en que se encontraran inscritas, certificado acreditativo de vigencia del contrato de seguro, aval u otra garantía financiera que hubieran suscrito para cubrir la responsabilidad. La empresa asegurada tiene la obligación de comunicar a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil (ámbito del Cuerpo Nacional de Policía), la rescisión y cualquiera otra de las circunstancias que puedan dar lugar a la terminación del contrato de seguro de responsabilidad civil, aval u otra garantía financiera, al menos con treinta días de antelación a la fecha en que dichas circunstancias hayan de surtir efecto. En todos los supuestos de terminación de la vigencia del contrato de seguro, aval u otra garantía financiera, la empresa deberá concertar oportunamente, de forma que no se produzca solución de continuidad en la cobertura de la responsabilidad, nueva póliza de responsabilidad civil, aval u otra garantía financiera, que cumpla las exigencias establecidas en el artículo 5.1.c).6.º y en el anexo del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, acreditándolo ante el Registro de Empresas de Seguridad¹⁴.

¹³ Es necesario que en los antecedentes del juicio consten los datos precisos para la evaluación o cálculo de los daños. Pero cuando se trata de ciertas infracciones que generan daños morales “strictu sensu”, puede bastar la mera perpetración de sus consecuencias, con tal de que el daño haya sido producido, natural e inherentemente, por la infracción, debiéndose en tales supuestos cuantificar el daño de forma prudencial y sin necesidad de sujetar el arbitrio judicial a pauta o criterio de alguna clase (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 29 de junio de 1987, 2 y 22 de abril de 1989).

¹⁴ Conforme al mencionado anexo la empresas de seguridad privada deben haber suscrito un seguro de responsabilidad civil con una cobertura mínima de 601.012,10 euros, por siniestro y año. En el caso de centrales de alarmas y empresas de planificación y asesoramiento de actividades de seguridad, el importe de la suma asegurada se establece en la cantidad mínima de 300.506,05 euros. Finalmente para empresas que operen en el ámbito autonómico, se establece una cuantía mínima de aseguramiento de responsabilidad civil de 60.101,21 euros de acuerdo con el Real Decreto 938/1997, de 20 de junio. V. también LÓPEZ BREA LÓPEZ DE RODAS, JESÚS, *Estudio y clasificación de los seguros privados desde la perspectiva del derecho administrativo*. Tirant Monografías, 847, Valencia 2013, pág.: 283.

Si nos encontramos ante una reclamación seguida contra los prestadores de servicios de seguridad privada en vía de regreso, lo normal es que el daño cuya indemnización se pretende repetir mediante la vía de regreso ya habrá sido acreditado en un procedimiento judicial previo por el que se exigió responsabilidad a quien ejerce la acción de regreso. Sin embargo, si quien ejerce la acción de regreso accedió voluntariamente al pago de la indemnización a la víctima -sin declaración judicial-, deberá acreditarse en la vía de regreso por parte del reclamante la justificación de las partidas de la indemnización que pretende recobrar.

2.3. Relación de causalidad. La acción u omisión del prestador de seguridad privada ha de ser un factor causal determinante del daño antedicho desde un punto de vista objetivo.

En aquellos casos en los que existan competencias solapadas entre la seguridad pública y privada, pueden producirse equívocos sobre el alcance de una y otras competencias. La seguridad pública está en manos de los distintos Cuerpos y Fuerzas de seguridad dependientes de las Administraciones, con plenas competencias en materia de seguridad. Pero no se puede presumir la concurrencia del requisito de la causalidad de la empresa de seguridad privada por el mero hecho de concurrir en los hechos generadores del daño, sino que debe acreditarse el vínculo de causalidad eficiente entre la acción y el daño en función del alcance de la competencia puntual de la empresa de seguridad en los hechos.

En esta tarea pueden plantear especiales dificultades los comportamientos omisivos. En general, en tales casos, debe estimarse que existe causalidad en sentido jurídico cuando la empresa de seguridad privada al servicio de la Administración tenía el deber, por su posición en el escenario del riesgo, de haber actuado evitando el daño.

Sea como fuere la causalidad entre el funcionamiento de la empresa de seguridad y el daño cuya indemnización se pretende debe acreditarse en cada caso concreto.

2.4. La culpabilidad. El régimen general del 1.101 exige que el comportamiento de la empresa de seguridad sea culpable (haya intervenido dolo, culpa o morosidad). En este artículo, la culpa por la que se responde civilmente es la definida en el art. 1.104 del Código civil, que propone un modelo de conducta diligente construido sobre la tradicional fi-

gura del buen padre de familia, es decir, un ciudadano modelo, en las circunstancias del supuesto de hecho. El dolo y la culpa grave son, por consiguiente, los dos tipos de comportamientos reprobados por el Derecho en estas situaciones y cuya concurrencia da lugar a la responsabilidad. Debemos ocuparnos, entonces, de precisar cuáles son los caracteres de estos comportamientos.

El dolo es un comportamiento caracterizado por las siguientes notas:

- 1.º El autor del daño se ha representando mentalmente su actuación (activa u omisiva) como ilícita (en este caso, constitutiva de un incumplimiento de sus obligaciones) y productora de un daño; y
- 2.º El autor del daño ha aceptado sus consecuencias.

El elemento decisivo del dolo es la voluntad del sujeto, la aceptación del resultado ilícito. Este elemento es el que permite reconducir a un mismo concepto a las distintas modalidades de dolo y, además, el que permite distinguir a este comportamiento de la culpa o negligencia.

Esta aceptación, característica de la conducta dolosa, no concurre en ninguna de las modalidades de culpa o negligencia, y permite distinguir a esta forma de culpabilidad del dolo. En efecto, la ausencia de aceptación voluntaria del ilícito dañoso, unida a la falta de diligencia son los dos elementos integrantes de la conducta culposa. La trascendencia de la aceptación se pone de manifiesto cuando se considera que existe una modalidad de culpa, la llamada culpa consciente, que sólo se distingue conceptualmente del dolo eventual en la ausencia de esa aceptación. Se trata de un comportamiento culposo en el que el autor es consciente de que su comportamiento puede ser ilícito y producir daños, pero confía en que no sea así.

Esa falta de aceptación, por supuesto, está también presente en la modalidad del comportamiento culposo que nos interesa: la culpa grave. En ella quien causa el daño no ha aceptado que su actuación sea ilícita y dañosa, y además se ha comportado de forma gravemente negligente.

Lo cierto es que la empresa de seguridad deberá responder frente al tercero perjudicado, tanto por dolo como por culpa, siendo indiferente que esta sea grave o leve, ello sin perjuicio de que se aplique lisa y llanamente el principio



de la “restitutio in íntegrum”, como dijimos, la reparación a los perjudicados de los daños y perjuicios realmente ocasionados con independencia del grado la gravedad de culpa, ya que la institución de la responsabilidad civil en España –con carácter general- no tiene el carácter punitivo propio del sistema penal o administrativo.

Finalmente hemos de considerar las previsibles acciones de regreso que puedan darse contra las empresas de seguridad. Así, resulta factible que las empresas de seguridad privada se vean inmersas en acciones de regreso, o bien de otros implicados en los hechos generadores de responsabilidad, por aseguradoras, o bien de la propia Administración cuando se trate de hechos en los que pudiera haber intervenido la seguridad pública.

Las acciones de regreso suponen una pieza fundamental de la actividad aseguradora. El marco legal del derecho de repetición del asegurador consta de un régimen general para los contratos de seguro y una normativa especial para los contratos de seguro de automóvil. En el primer caso el panorama normativo está presidido por dos normas fundamentales, por un

lado el art. 43 de la LCS, que se refiere al derecho de subrogación del asegurador y por otro lado el art. 76 de la LCS relativo al derecho de repetición del mismo. Pues bien, lo cierto es que en cualquier caso en la acción de regreso que pueda interponerse contra la empresa de seguridad privada deberá acreditarse la concurrencia de la culpa o el dolo por parte de la misma o sus dependientes, ello sin perjuicio de otros requisitos para el éxito de la misma, como son la existencia de acción, el pago de la indemnización y la concurrencia del resto de los requisitos de la responsabilidad civil.

3.- Actividades, servicios y funciones de la seguridad privada

La acción u omisión es el primero de los requisitos de la responsabilidad civil de la seguridad privada, entendida como comportamiento humano, tanto por acción como por omisión, por el que debe responder el causante del daño, siempre y cuando concurren el resto de los elementos necesario para apreciar la existencia de responsabilidad. Por tanto, nos referimos al conjunto de actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad adoptadas, de forma vo-

luntaria o por disposición legal, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, realizadas o prestadas por empresas y personal de seguridad privada para hacer frente a actos deliberados o riesgos accidentales, con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades.

Las actividades de seguridad privada están vinculadas a los ámbitos de actuación material en que los prestadores de servicios de seguridad privada llevan a cabo su acción empresarial y profesional. Por otro lado, los servicios de seguridad privada están ligados a las acciones llevadas a cabo por los prestadores de servicios de seguridad privada para materializar las actividades de seguridad privada.

Las funciones de seguridad privada son las facultades atribuidas a cada grupo del personal de seguridad privada.

Resulta necesario concretar el abanico de las actividades comprendidas en el ámbito de la seguridad privada, que agrupamos en los siguientes apartados¹⁵.

3.1.- Actividades propiamente dichas y exclusivas de seguridad privada.

Destacamos entre ellas:

¹⁵ Notemos que la Ley de 1992 solamente contemplaba en su Artículo 5, 1 las siguientes actividades:

- a) Vigilancia y protección de bienes, establecimientos, espectáculos, certámenes o convenciones.
- b) Protección de personas determinadas, previa la autorización correspondiente.
- c) Depósito, custodia, recuento y clasificación de monedas y billetes, títulos-valores y demás objetos que, por su valor económico y expectativas que generen, o por su peligrosidad, puedan requerir protección especial, sin perjuicio de las actividades propias de las entidades financieras.
- d) Transporte y distribución de los objetos a que se refiere el apartado anterior a través de los distintos medios, realizándolos, en su caso, mediante vehículos cuyas características serán determinadas por el Ministerio del Interior, de forma que no puedan confundirse con los de las Fuerzas Armadas ni con los de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- e) Instalación y mantenimiento de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional sexta. (Letra e) del número 1 del artículo 5 redactada por el número uno del artículo 14 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio («B.O.E.» 23 diciembre).
- f) Explotación de centrales para la recepción, verificación y transmisión de las señales de alarmas y su comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como prestación de servicios de respuesta cuya realización no sea de la competencia de dichas Fuerzas y Cuerpos.
- g) Planificación y asesoramiento de las actividades de seguridad contempladas en esta Ley”.

- a) La vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto públicos como privados, así como de las personas que pudieran encontrarse en los mismos.
- b) El acompañamiento, defensa y protección de personas físicas determinadas, incluidas las que ostenten la condición legal de autoridad.
- c) El depósito, custodia, recuento y clasificación de monedas y billetes, títulos-valores, joyas, metales preciosos, antigüedades, obras de arte u otros objetos que, por su valor económico, histórico o cultural, y expectativas que generen, puedan requerir vigilancia y protección especial.
- d) El depósito y custodia de explosivos, armas, cartuchería metálica, sustancias, materias, mercancías y cualesquiera objetos que por su peligrosidad precisen de vigilancia y protección especial.
- e) El transporte y distribución de los objetos a que se refieren los dos párrafos anteriores.
- f) La instalación y mantenimiento de aparatos, equipos, dispositivos y sistemas de seguridad conectados a centrales receptoras de alarmas o a centros de control o de videovigilancia.
- g) La explotación de centrales para la recepción, verificación y transmisión de las señales de alarmas, así como la monitorización de cualesquiera señales de dispositivos auxiliares para la seguridad de personas, de bienes muebles o inmuebles o de cumplimiento de medidas impuestas, y la comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en todos estos casos.
- h) La planificación y asesoramiento en materia de actividades de seguridad privada.
- i) La investigación privada.

Los servicios y funciones relacionadas con todas estas actividades solamente pueden desarrollarse por empresas de seguridad privada, salvo la actividad de investigación privada, que también puede realizarse por los despachos de detectives, los cuales solamente pueden desempeñar dicha actividad de investigación.

A su vez las entidades públicas o privadas pueden constituir, previa autorización, centra-

les de alarma de uso propio para la recepción, tratamiento y comunicación, en su caso, de las señales de alarma que reciban de los sistemas de seguridad instalados en bienes inmuebles o muebles de su titularidad, sin que puedan dar, a través de las mismas, ningún tipo de servicio de seguridad a terceros.

3.2.- Actividades que no son exclusivas de la seguridad privada.

Adicionalmente a las anteriores actividades existen otras actuaciones compatibles que pueden ser llevadas a cabo por parte de las empresas de seguridad privada, con independencia de la normativa aplicable sea otra distinta al que se aplica a las empresas de seguridad.

- a) La fabricación, comercialización, venta, entrega, instalación o mantenimiento de elementos o productos de seguridad física y de cerrajería de seguridad.
- b) La fabricación, comercialización, venta o entrega de equipos técnicos de seguridad electrónica, así como la instalación o mantenimiento de dichos equipos siempre que no incluyan la prestación de servicios de conexión con centrales de alarma o centros de control o de videovigilancia.
- c) La conexión a centrales de alarma de sistemas de prevención contra incendios o de alarmas de tipo técnico o asistencial, o de sistemas o servicios de control o mantenimiento.
- d) Las actividades de seguridad informática, entendidas como el conjunto de medidas encaminadas a proteger los sistemas de información a fin de garantizar la confidencialidad, disponibilidad e integridad de la misma o del servicio que aquéllos prestan.

3.3.- Otras actividades.

Finalmente, aún no considerándose estrictamente realización de servicios o funciones de seguridad privada, las siguientes actividades pueden desempeñarse por empresas y personal de seguridad privada. Notemos que en estos casos nunca se puede ejercer función alguna de las reservadas al personal de seguridad privada, ni portar ni usar armas ni medios de defensa, ni utilizar distintivos, uniformes o medios que puedan confundirse con los previstos para dicho personal.

- a) Las de información o de control en los accesos a instalaciones, comprendiendo el cui-



dado y custodia de las llaves, la apertura y cierre de puertas, la ayuda en el acceso de personas o vehículos, el cumplimiento de la normativa interna de los locales donde presten dicho servicio, así como la ejecución de tareas auxiliares o subordinadas de ayuda o socorro, todas ellas realizadas en las puertas o en el interior de inmuebles, locales públicos o edificios particulares por porteros, conserjes y personal auxiliar análogo.

- b) Las tareas de recepción, comprobación de visitantes y orientación de los mismos, así como las de control de entradas, documentos o carnés privados, en cualquier clase de edificios o inmuebles, y de cumplimiento de la normativa interna de los locales donde presten dicho servicio.
- c) El control de tránsito en zonas reservadas o de circulación restringida en el interior de instalaciones en cumplimiento de la normativa interna de los mismos.
- d) Las de comprobación y control del estado y funcionamiento de calderas, bienes e instalaciones en general, en cualquier clase de inmuebles, para garantizar su funcionamiento y seguridad física.



- e) La realización de servicios de seguridad desarrollados fuera del territorio nacional.

Los prestadores de servicios y las filiales de empresas de seguridad privada que vendan, entreguen, instalen o mantengan equipos técnicos de seguridad, siempre que no incluyan la prestación de servicios de conexión con centrales de alarmas o con centros de control o de videovigilancia, quedan excluidos de la legislación de seguridad privada.

Las empresas de seguridad privada que se dediquen a la instalación o mantenimiento de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad que no incluyan la conexión a centrales de alarma o a centros de control o de videovigilancia, sólo están sometidas a la normativa de seguridad privada en lo que se refiere a las actividades y servicios de seguridad privada para las que se encontrasen autorizadas.

Las actividades de autoprotección no se consideran sujetas al régimen jurídico de tutela y supervisión de la seguridad privada, entendidas como el conjunto de cautelas o diligencias que se puedan adoptar individual o colectivamente que ejecuten por sí y para sí mismos de forma directa los interesados, estrictamente dirigidas

a la protección de su persona o del propio entorno privado, y cuya práctica o aplicación no conlleve contraprestación alguna ni suponga algún tipo de servicio de seguridad privada a terceros.

4.- El requisito de la culpa en la responsabilidad civil de la seguridad privada

Analizaremos los principios rectores que deben darse en el ejercicio de la actividad de la seguridad privada, las prohibiciones y las obligaciones profesionales a las que está sujeta esta actividad

4.1.- El requisito de la autorización administrativa.

No se puede prestar ningún tipo de servicio de seguridad privada que no haya sido previamente contratado y, en su caso, autorizado. Ello es así porque la asunción por parte de las empresas de seguridad de funciones de exclusiva titularidad estatal, hace preciso que la Administración despliegue sobre ellas una amplia gama de controles impensables en otros sectores de la actividad económica.

De acuerdo con lo establecido reglamentariamente los contratos de prestación de los distintos servicios de seguridad privada deberán, en todo caso, consignarse por escrito y comunicarse al Ministerio del Interior o, en su caso, al órgano autonómico competente con antelación a la iniciación de los mismos¹⁶.

Recientemente la Sentencia de Audiencia Nacional de 10 Abril de 2013, declaró: "La prestación de servicios de seguridad a terceros, careciendo de la habilitación necesaria, es constitutiva de infracción muy grave, tipificada en el art. 22.1.a) en relación con el 1.2 y 7.1 de la Ley 23/92, de 30 de julio, de Seguridad Privada, y en el art. 148.1.a) del Reglamento, para la que se prevé una multa entre 30.060 euros y 601.000 euros"¹⁷.

¹⁶ Se inscribirán de oficio en el Registro Nacional de Seguridad Privada del Ministerio del Interior las autorizaciones, habilitaciones, comunicaciones o, en su caso, declaraciones responsables de las empresas de seguridad privada, de los despachos de detectives privados, del personal de seguridad privada, de los contratos, de los servicios de seguridad privada, de los centros de formación, de las centrales de alarma de uso propio, así como las sanciones impuestas y cuantos datos sean necesarios para las actuaciones de control y gestión de la seguridad privada.

¹⁷ Sentencia de Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 10 Abril de 2013, rec. 207/2012, Ponente: Novoa Fernández, Angel.

Efectivamente el art. 1.2 de la Ley de Seguridad Privada, establece que «únicamente pueden realizar actividades de seguridad privada y prestar servicios de esta naturaleza las empresas de seguridad y el personal de seguridad privada, que estará integrado por los vigilantes de seguridad, los jefes de seguridad y los escoltas privados, que trabajen en aquellas, los guardas particulares del campo y los detectives privados». Por otro lado el art. 7.1 de la Ley 23/1992, por su parte, establece que «Para la prestación privada de servicios o actividades de seguridad, las empresas de seguridad habrán de obtener la oportuna autorización administrativa mediante su inscripción en un registro que se llevará en el Ministerio del Interior». Por su parte, el art. 22.1.a) de la misma ley tipifica como infracción muy grave «la prestación de servicios de seguridad a terceros, careciendo de la habilitación necesaria».

Así, en primer lugar, para realizar este tipo de actividad se exige tener la oportuna autorización administrativa mediante su inscripción en un Registro que se llevará en el Ministerio del Interior, y además de cumplir una serie de requisitos, en orden a su constitución societaria, cuantía mínima del capital social, medios materiales y humanos, prestación de fianzas (art.7.1), bien entendido, que la pérdida de algún requisito produce la cancelación de la inscripción (art.7.3).

La concreción de tales requisitos se detallan en normas reglamentarias, por ello, la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, en su Disposición Final Primera, establece que: «El Gobierno dictará las normas reglamentaria que sean precisas para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en la presente Ley», entre otras establece, los requisitos y características que han de reunir las empresas y entidades objeto de regulación; las condiciones que deben cumplirse en la prestación de servicios y realización de actividades de Seguridad Privada; las características que han de reunir los medios técnicos y materiales utilizados a tal fin; las funciones, deberes y responsabilidades del personal de seguridad privada; y el régimen de habilitación del personal. Conforme a la Disposición Adicional 1ª de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Ley las actividades de custodia del estado de instalaciones y bienes o de control de accesos realizadas en el interior de inmuebles por personal distinto del de seguridad privada, que no ha de estar integrado en empresas de seguridad privada, y puede ser directamente contratado por los titulares de los

mismos, como las labores de información en los accesos, custodia y comprobación del estado y funcionamiento de las instalaciones, comprobación y control del estado de las calderas e instalaciones generales en cualesquiera clase de inmuebles, tareas de recepción etc.

Aunque en el plano estrictamente teórico, es clara la diferencia entre prestación de servicios de seguridad y las establecidas en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, excluidas del ámbito de aplicación de la Ley, no lo es tanto a la hora de verificar en la práctica su contraste, puesto que la mayoría de las veces aquellas actividades se pretenden simular con otras no sometidas a los rigores de la legislación de seguridad privada, y entran en el mercado en una clara competencia desleal con empresas legalmente habilitadas para prestar ese tipo de servicios.

4.2.- Prohibiciones.

Queda prohibida, por tanto, la prestación de servicios de seguridad privada por parte de personas, físicas o jurídicas, carentes de la correspondiente autorización, así como el ejercicio de funciones de seguridad privada por parte de personas físicas carentes de la correspondiente habilitación profesional. Pero también está prohibida la prestación de servicios de seguridad privada incumpliendo los requisitos o condiciones legales de prestación de los mismos, así como el empleo, en servicios de seguridad privada, de medios o medidas de seguridad no homologadas cuando sea preceptivo, o cuando incumplan las condiciones o requisitos legales y reglamentarios.

Las empresas y el personal de seguridad privada no puede intervenir, mientras estén ejerciendo los servicios y funciones que les son propios, en la celebración de reuniones y manifestaciones, ni en el desarrollo de conflictos políticos o laborales, así como no puede ejercer ningún tipo de control sobre opiniones políticas, sindicales o religiosas, o sobre la expresión de tales opiniones, ni crear ni mantener ficheros, automatizados o no, de datos de carácter personal.

El Ministro del Interior o, en su caso, el titular del órgano autonómico competente puede prohibir puntualmente la utilización en los servicios de seguridad privada de determinados medios materiales o técnicos cuando pudieran causar daños o perjuicios a terceros o poner en peligro la seguridad ciudadana.

Cuando el personal de seguridad privada desempeñe sus funciones en entidades públicas o privadas en las que se presten servicios que resulten o se declaren esenciales por la autoridad pública competente, o en los que el servicio de seguridad se haya impuesto obligatoriamente, habrán de atenerse, en el ejercicio del derecho de huelga a lo que respecto de las empresas encargadas de servicios públicos disponga la legislación vigente.

4.3.- Principios rectores.

Los servicios y funciones de seguridad privada deben prestarse con respeto a la Constitución y especialmente en lo referente a los principios básicos de actuación.

- a. Legalidad.
- b. Integridad.
- c. Dignidad en el ejercicio de sus funciones.
- d. Corrección en el trato con los ciudadanos.
- e. Congruencia, aplicando medidas de seguridad proporcionadas y adecuadas a los riesgos.
- f. Proporcionalidad en el uso de las técnicas y medios de defensa.
- g. Reserva profesional sobre los hechos que conozca en el ejercicio de sus funciones.
- h. Colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

4.4.- Secreto profesional, deber de confidencialidad y protección de derechos fundamentales de intimidad y privacidad.

El gran hermano privado resulta inquietante, vivimos en una caja de cristal sin escapatoria, expuestos a múltiples intromisiones a la intimidad, conscientes de que la información es poder y la libertad no es gratuita.

Actualmente se conocen muchos datos de los ciudadanos gracias a la sociedad de la información, al uso cotidiano de las nuevas tecnologías y el acceso a Internet. Por ejemplo, la red social Facebook tiene más de mil millones de usuarios con múltiples datos aportados por los propios interesados. Los buscadores de Internet son una herramienta que utiliza el ochenta por ciento de los internautas, sin embargo no

son inocuos pues los datos de la navegación también se conservan temporalmente junto con el historial de búsqueda¹⁸.

El paradigma de la seguridad absoluta implica un coste grande en derechos fundamentales, la vigilancia es cada vez más eficaz, pero puede afectar a otros derechos de la persona como la privacidad, el secreto de las comunicaciones y la intimidad. El dilema sobre cual es la mejor opción entre la seguridad o libertad supone reducir al simplismo el debate no nos conduce a ningún puerto. Hay que hacer compatibles los derechos fundamentales de la seguridad con la privacidad. Este no es un problema solo de la seguridad sino que es una cuestión social.

Hay un escaso control sobre la vigilancia, pero también hay una manifiesta escasez de herramientas que faciliten al ciudadano la prevención de los riesgos por el uso indebido de la información, ello a pesar de que la cultura jurídica de defensa de los derechos tiene una tradición centenaria., una cultura que encuentra consenso en la idea de que el espionaje masivo tiene que estar proscrito en nuestro imaginario colectivo de sociedad avanzada que hace del estado de derecho y defensa de los derechos individuales su máxima principal.

Las empresas de seguridad tienen prohibido comunicar a terceros, salvo a las autoridades judiciales y policiales para el ejercicio de sus respectivas funciones, cualquier información que conozcan en el desarrollo de sus servicios y funciones sobre sus clientes o personas relacionadas con éstos, así como sobre los bienes y efectos de cuya seguridad estuvieren encargados.

El secreto profesional, ha sido regulado en los distintos sectores del ordenamiento jurídico, así encuentra su regulación en el ámbito administrativo, civil, laboral, procesal y penal.

En el ámbito civil, la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil al honor, la intimidad y a la propia imagen, que determina como intromisión ilegítima "La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela".

En lo que respecta al ámbito laboral, debemos acudir al artículo 4.2 del Estatuto de los

¹⁸ La red social Facebook y Microsoft recibieron peticiones de 50.000 clientes en seis meses. V. http://internacional.elpais.com/internacional/2013/06/15/actualidad/1371265974_505320.html

Trabajadores que reconoce los derechos de los trabajadores al respeto de su intimidad. La Ley 31/1995 de Prevención de riesgos Laborales, prohíbe que la información pueda ser utilizada en perjuicio del trabajador.

En el marco internacional y en relación con la investigación genética cabe destacar la Declaración Universal sobre el Genoma Humano de la Unesco en la que se afirma “ que nadie podrá ser objeto de discriminación fundadas en características genéticas”. Asimismo en el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, trató estas cuestiones e igualmente el Consejo de Europa, señala la necesidad de extremar la cautela de la intimidad, plasmándolo en varias Recomendaciones sobre la manipulación genética.

El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen y con qué fin.

Incluso existen sentencias, como la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 12 de julio del 2000, en la que en relación a los datos contenidos en los ficheros de una aseguradora, estudia y desarrolla el tratamiento de datos de carácter personal que hacen referencia a la salud, y todo ello en los términos del artículo 7.3 y 4.2 de la LORTAD; Concluye la sentencia que siempre que aquellos datos hayan sido recogidos con el fin de evaluar el riesgo del contrato, no será necesario un consentimiento adicional o expreso.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE 15 Noviembre 2002) establece en su art. 4, que los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la



historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

El artículo 6 de la Ley 15/1999 establece que: el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa. Siendo ésta una garantía fundamental, legitimadora del régimen de protección establecido por la Ley, dictada en desarrollo del Art. 18.4 de la Constitución, y que sólo encuentra, como excepciones al consentimiento del afectado, aquellos supuestos que por lógicas razones de interés general, puedan ser establecidos por una norma de rango de Ley.

Pues bien, tal protección que se dispensa al ciudadano frente al tratamiento de datos personales sin su consentimiento se proyecta, tam-



bién, sobre la hipótesis de la cesión, y en este sentido, el Art. 11.1 de la misma Ley Orgánica 15/1999 determina que « 1. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del afectado. 2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: a) Cuando la cesión está autorizada en una ley». Precepto que asimismo ha de ser completado con el artículo 1.2 del RD 1332/1994 de 20 de junio, que referido a ficheros automatizados, define la cesión como «toda obtención de datos resultante de la consulta a un fichero, la publicación de los datos contenidos en un fichero, su interconexión con otros ficheros y la comunicación de datos realizada por una persona distinta de la afectada». Y también con la Directiva 95/46/CE, que trata normativa-

mente la cesión dentro de la definición referida al tratamiento y la define como comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso de los datos, cotejo o interconexión. En definitiva, y como también define el apartado i) del Artículo 3. de la Ley de Protección de Datos, constituye Cesión o Comunicación de datos, toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado.

La aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 viene siendo resuelta por las administraciones mediante órdenes o disposiciones, que permiten el tratamiento de datos personales con fines estadísticos o asistenciales, en armonía con la referida Ley; Como ejemplos, por un lado la Resolución de 15 de octubre de 1990, de la Subsecretaría, sobre Estadística e Información epidemiológica de las interrupciones voluntarias del embarazo realizadas conforme a la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio y la Orden TAS/1/2007, de 2 de enero, por la que se establece el modelo de parte de enfermedad profesional, se dictan normas para su elaboración y transmisión y se crea el correspondiente fichero de datos personales.

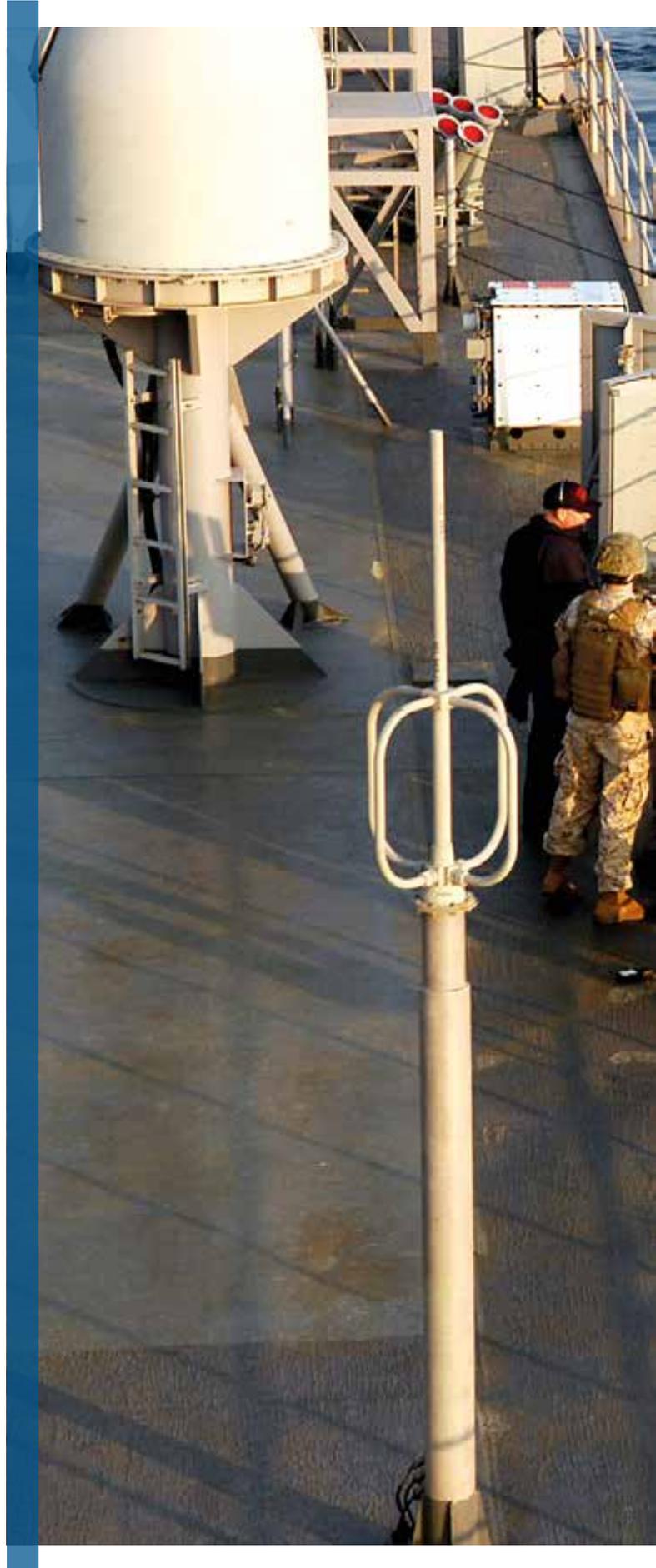
Con independencia de ello, nos parece muy indicada la STC 070/2009, de 23 de marzo de 2009, que resuelve el problema del balance entre derecho fundamental a la intimidad personal que puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justi-

¹⁹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido en cuenta estas exigencias, reconociendo que si bien la garantía de la intimidad individual y familiar del art. 8 CEDH puede tener límites como la seguridad del Estado (STEDH de 26 de marzo de 1987, caso Leander), o la persecución de infracciones penales mutatis mutandis casos Funke, de 25 de febrero de 1993, y Z. contra Finlandia, de 25 de febrero de 1997), tales limitaciones han de estar previstas legalmente y ser las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (SSTEDH caso X. e Y., de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; mutatis mutandis, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z., de 25 de febrero de 1997). También el Tribunal de Justicia de las Unión Europea, en la Sentencia de 5 de octubre de 1994 (asunto X. contra Comisión, C-404/92 P), referida a la protección de la intimidad y al tratamiento de datos relativos a la salud, afirma que “los derechos fundamentales pueden ser sometidos a restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, en lo que respecta al fin perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados”.

ficación constitucional, se revele necesaria, proporcionada y respetuosamente para lograr el fin legítimo previsto. Al fin, como señala la referida Sentencia: “A las exigencias de legalidad y proporcionalidad para la restricción legítima del derecho a la intimidad debe sumarse el control judicial y la motivación de la decisión restrictiva administrativa o judicial. El órgano administrativo y el órgano judicial deben plasmar tanto la previsión legal que ampara la afectación de la intimidad del administrado como el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la adopción de la medida, siendo doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que su ausencia ocasiona, por sí sola, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (STC25/2005, de 14 de febrero, FJ6 y jurisprudencia allí citada).”

Por tanto, parece fundamental que los sistemas de informatización de la seguridad privada a la intimidad y privacidad y que los sistemas de informatización utilizados en el desempeño de su función mantengan un estricto cumplimiento legal en esta materia.

De la variada casuística generadora de conflictos de privacidad destacan los problemas derivados de la videovigilancia de centrales de alarmas, imágenes en colegios públicos. La Agencia Española de Protección de Datos se ha pronunciado en alguna ocasión sobre los servicios de videovigilancia prestados por las empresas de seguridad privada. Así, para poder llevar a cabo esta actividad es necesario que las mismas formalicen con sus clientes un contrato de encargado del tratamiento en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, cuando accedan por control remoto a las imágenes, y esto procederá, cuando los clientes de las empresas de seguridad, sean empresas u órganos corporativos. “No obstante sí el servicio está instalado en el domicilio particular de una persona, y sólo se acceda a las imágenes cuando salte el dispositivo de la alarma, en este caso, no se considera al particular responsable del tratamiento, pues la instalación del sistema en su domicilio, excluye la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, al tratarse de un ámbito personal y doméstico, por expreso mandato del artículo 2.a) de la citada norma. Sin embargo la empresa de seguridad cuando instala el mencionado sistema en el domicilio particular de su cliente, adquiere la condición de responsable del fichero de gestión de sistemas de videovigilancia con acceso a las imágenes de sus





clientes, cuando éstos sean personas físicas y el sistema de seguridad con acceso a imágenes se efectúe en su domicilio particular, dado que no resulta aplicable la excepción del artículo 2.a de la Ley Orgánica 15/1999”²⁰.

Respecto de la captación de imágenes en la vía pública está reserva a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, y resultará aplicable la Ley Orgánica 4/1997 de 4 de agosto por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en lugares públicos. “Si un Ayuntamiento contrata la seguridad de su edificio con una empresa de seguridad privada, ésta deberá informarle de los extremos en los que podrá llevar a cabo su actividad, esto es, deberá informarle que la seguridad de la vía pública no la podrá llevar a cabo, tan sólo podrá captar algo de la vía pública en los términos que refleja la guía que volvemos a reiterar: “No obstante, en algunas ocasiones la protección de los espacios privados sólo es posible si las cámaras se ubican en espacios como las fachadas. A veces también resulta necesario captar los accesos, puertas o entradas, de modo que aunque la captación de imágenes en la vía pública está reserva a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, y resultará aplicable la Ley Orgánica 4/1997 de 4 de agosto por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en lugares públicos.

Si un Ayuntamiento contrata la seguridad de su edificio con una empresa de seguridad privada, ésta deberá informarle de los extremos en los que podrá llevar a cabo su actividad, esto es, deberá informarle que la seguridad de la vía pública no la podrá llevar a cabo, tan sólo podrá captar algo de la vía pública en los términos que refleja la guía que volvemos a reiterar: “No obstante, en algunas ocasiones la protección de los espacios privados sólo es posible si las cámaras se ubican en espacios como las fachadas. A veces también resulta necesario captar los accesos, puertas o entradas, de modo que aunque la

Parece razonable que en ningún caso la captación y grabación de las conversaciones privadas y de la imagen, podrá incluir las entrevistas que mantenga la persona investigada con quienes estén legalmente obligados a mantener

²⁰ Informe de la AEPD número 0360/2009, disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/videovigilancia/common/pdfs/2009-0360_Las-empresas-de-seguridad-seg-uu-n-el-tipo-de-cliente-tendr-aa-n-la-consideraci-oo-n-de-encargados-del-tratamiento-o-responsable-del-fichero.pdf

el secreto profesional, salvo que aquéllos se hallen también encausados por los hechos investigados en la causa o por hechos conexos, como previene el artículo 325 del Proyecto de Código Procesal Penal en trámite de aprobación²¹.

4.4.1.- Los límites del orden público.

El orden público supone otra posible colisión entre la prestación de los servicios de seguridad privada y los derechos de privacidad e intimidad de los ciudadanos, con manifestaciones en el ámbito del derecho procesal y el ámbito penal sustantivo

El orden público es un concepto jurídico indeterminado que comprende un conjunto de principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social y que inspiran su ordenamiento jurídico. Se ha identificado el orden público con aquella situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales. En suma, el orden público se integra por el conjunto de valores y derechos constitucionales de una sociedad, indisponibles por los ciudadanos, e incluye, como requisito de su protección la potestad coactiva de la administración para preservar su mantenimiento.

La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2003 dictada en el recuso de casación 9793/1998 (sentencia de 27 de noviembre de 2002) entendió que el concepto de orden público no es de fácil definición, «no ya solamente por su difícil concreción desde un punto de vista conceptual, sino por el sentido [variable] que se le ha venido atribuyendo a tenor de las distintas etapas de la vida pública del país». Ha ocurrido que el abuso de la noción de orden público en la historia constitucional española, y muy especialmente durante la etapa anterior a la vigente Constitución, provocó recelos en el Constituyente y, luego, en el Legislador a la hora de utilizar dicho concepto. Pero, no obstante, se emplea en la legislación vigente la expresión orden público con sentido diverso. El orden público en la medida en que suponga una restricción a los derechos y al ámbito de libertad de los ciudadanos reconocido

constitucionalmente es un concepto de interpretación restrictiva y excepcional; en ningún caso constituye una cláusula general habilitadora de dicha limitación. Pero la eficacia del concepto de orden público representa, a través de la técnica del concepto jurídico indeterminado, un mecanismo de articulación en el proceso dialéctico entre la libertad y la pacífica convivencia social. Esto es, la desaparición de su condición de cláusula general, no supone la supresión de la obligación de la Administración de asumir, en servicio objetivo de los intereses generales, ciertas tareas y funciones que garanticen unos niveles mínimos en la seguridad, en la tranquilidad, en la salubridad y en la moralidad pública -niveles mínimos necesarios para asegurar la convivencia ciudadana pacífica-e, incluso, en su concepción amplia para asegurar el normal funcionamiento de los servicios públicos. En cualquier caso, en su noción más restringida, el orden público, en su vertiente de seguridad pública, comprende la actividad administrativa dirigida a hacer posible el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas (STC 33/1982, de 8 de junio)²².

4.4.2.- El deber de denuncia de la comisión de delitos públicos y la omisión de los deberes de impedir determinados delitos o de promover su persecución.

Las empresas de seguridad privadas están obligadas a colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de seguridad pública.

Muchos sistemas de seguridad privada se basan en la metodología de notificación y registro de efectos adversos. Estos sistemas pueden recibir informaciones sobre amenazas e incidentes, cuyos datos sean procesados por la empresa de seguridad, como conocedora y depositaria de eventos adversos, cuyo conocimiento implica la necesidad de denuncia de los hechos delictivos por parte de las autoridades, profesionales, funcionarios y dependientes de los servicios de salud que tengan noticia de los mismos.

A los profesionales sometidos al deber de confidencialidad que sospechen o tengan la

²¹ V. Proyecto de Código Procesal Penal disponible en http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=FG_Multimedia_FA&cid=1247141143692&pagename=PFiscal%2FFG_Multimedia_FA%2FFGE_fckDescarga

²² V. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 28 Ene. 2010, rec. 1041/2009, Ponente: López de Hontanar Sánchez, Juan Francisco. Nº de Sentencia: 193/2010. Nº de Recurso: 1041/2009.

certeza de que se están produciendo conductas que atentan o hacen peligrar el desarrollo integral o incluso la vida de determinadas personas, se les presenta el conflicto entre su deber de ponerlo en conocimiento de la institución competente y su obligación de preservar el secreto acerca de la información recibida²³.

La norma procesal penal contenida en el art. 262 LECrim establece la obligación para profesionales de la medicina (profesor de Medicina, Cirugía o Farmacia) de denunciar ante la Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio.

“Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante.

Los que no cumplieren esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente.

Si la omisión en dar parte fuere de un profesor de Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas ni superior a 250²⁴.

Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además, en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo. Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las leyes” (art. 262 LECrim).

Notemos que la norma procesal establece el deber de denuncia de quienes por sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, siempre que guarde relación de causalidad con su actividad profesional y el que

el delito en cuestión sea público, es decir, de los que se persiguen de oficio a instancias del ministerio fiscal; y que si se trata de funcionario público deberá trasladarse al superior correspondiente la información sobre estos hechos, para que adopte las medidas que correspondan, según la naturaleza de dicho acto.

Esta obligación afecta también a los profesionales de la medicina -conforme al art. 263 de la LECrim.- pero no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes. Tampoco comprenderá a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio²⁵.

En el año 1951 se introdujo el delito de “omisión de los deberes de impedir determinados delitos o de promover su persecución”, un tipo penal de los que configuran el Título de “Delitos contra la Administración de Justicia” (bien jurídico protegido)²⁶, que promueve e incluso exige, la contribución de todos a evitar la comisión de delitos o, en el caso de que se hayan producido, de promover su persecución. Su regulación se halla en el artículo 450 del Código Penal, que establece:

- “1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida; integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.
2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia”.

²³ MAYORDOMO RODRIGO, VIRGINIA, *Un supuesto de colisión de deberes: la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional*. Actualidad Penal, N.º 33, Semana del 9 al 15 Sep. 2002, Ref. XXXIII, pág.. 835, tomo 3, Editorial LA LEY.

²⁴ Si bien el texto original de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Real data del Decreto de 14 de septiembre de 1882, que lo aprobó, GACETA 17 Septiembre 1882, el párrafo tercero del artículo 262 redactado por Ley 14 abril 1955 («B.O.E.» 15 abril), por la que se modificó la base económica de algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²⁵ V. el artículo 39, e) del R.D. 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España (B.O.E 21 diciembre); el artículo 41 del R.D. 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española; los artículos 199 y 467 del CP de 1995; los artículos 542.3 y 543.3 de la LOPJ; y los artículos 416 y 417 de la LECrim.

²⁶ A propósito del bien jurídico protegido (Administración de Justicia), “se sanciona el incumplimiento de un deber de intervención para salvar el bien jurídico en peligro”, (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2002).

Con esta norma adquirió la categoría de delito la obligación de denunciar de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el sujeto puede impedir o, a menos, informar a las autoridades, determinados delitos de especial gravedad, sin riesgo para sí o para terceros. Los requisitos del delito para que pueda hablarse de conducta punible son, que se esté cometiendo ó sea inminente, la realización de un delito determinado, que la intervención pueda ser inmediata y que no exista riesgo propio o ajeno para la intervención²⁷.

En la aplicación de este delito por la Jurisprudencia se han concretado algunos principios generales, tales como que “nadie está obligado a autodenunciarse, habida cuenta - - - de que si la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal excluye de la obligación legal de denunciar a los parientes, con mayor razón estará relevado el autor de un hecho delictivo de denunciarse a sí mismo” (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2003). Además, se requiere que la víctima pida ayuda, para entender consumado el delito pues “el deber de actuar para impedir el delito no está condicionado por el requerimiento del sujeto pasivo, sino que surge directamente de la posición de garante del omitente” (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2001). Para considerar que concurre dolo basta “que quien omite actuar conozca qué persona está siendo o va a ser objeto de un delito de los recogidos en la Ley, y tenga además conciencia de que le es posible impedir el delito mediante su inmediata intervención o, en el ti recogido en el número 2 del mismo artículo 450, acudir a la autoridad o sus agentes para impedir la comisión del delito” (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1998). Finalmente respecto de la estructura del delito “el tipo penal como delito de omisión tiene una estructura que responde a los patrones de ese tipo de delitos, es decir, la existencia de una situación típica; la ausencia de una conducta determinada; y la capacidad de realizar esa acción” (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2005).

²⁷ Veamos los elementos que constituyen esta infracción penal, en Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 14 Jun. 2010, rec. 11508/2009, Ponente: Delgado García, Joaquín. Nº de Sentencia: 579/2010. Nº de Recurso: 11508/2009: “1º: Nos hallamos en presencia de un delito de omisión que existe cuando no se impide la comisión de un delito que afecte a la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual... 2º: El segundo elemento consiste en que el sujeto imputado pueda impedir ese delito con su intervención inmediata ... 3º: También se requiere para este delito que esa intervención inmediata sea posible sin riesgo propio o ajeno.”

Los sistemas de calidad, seguridad y gestión de riesgos pueden proporcionar informaciones a profesionales sometidos al deber de confidencialidad, que en determinado momento sospechen o tengan la certeza de que se están produciendo conductas que atentan o hacen peligrar el desarrollo integral o incluso la vida de determinadas personas.

El artículo 11 del actual Código Penal ha introducido una regulación legal de la comisión delictiva por omisión²⁸, equiparando la acción a la omisión en la producción de un resultado, cuando el sujeto al que se imputa la conducta omisiva, no evita la producción de resultado, infringiendo un especial deber jurídico, cuyo incumplimiento es causa eficiente. Por tanto el legislador condiciona la imputación del resultado a que exista:

a) Una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente²⁹.

El propósito del legislador parece haber sido garantizar la aplicación del principio de legalidad contemplando normativamente esa forma de comisión. En evitación de una interpretación demasiado amplia del precepto, su utilización ha sido rodeada de condicionamientos limitativos de su aplicación. Y así: 1º) solo cabe la comisión por omisión de delito o faltas que consistan en la producción de un resultado, lo que debe entenderse ha de ser un resultado material ya sea de lesión o de peligro, 2º) la omisión ha de concurrir con la infracción de un especial deber jurídico, de origen legal o contractual, de actuar, 3º) la equiparación o equivalencia de la omisión con la acción ha de realizarse según el sentido del texto de la Ley, lo que excluye cualquier equivalencia que no pase por la interpretación de que el elemento verbal de una concreta figura típica penal pueda conjugarse en modalidad omisiva y 4º) contribución al resultado de la omisión determinado por el hecho de que la acción omisiva hubiera podido evitar el resultado. Algunas de las condiciones dichas han de tener un aspec-

²⁸ V. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, MARINA, *La comisión por omisión en el Código Penal de 1995*. Diario La Ley, 1999, Ref. D-35, tomo 1, Editorial LA LEY

²⁹ V. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 28 Feb. 2007, rec. 10121/2006. Ponente: Martín Pallín, José Antonio. Nº de Sentencia: 194/2007. Nº de Recurso: 10121/2006.

to subjetivo apreciable en quien omite actuar: debe conocer que tiene el deber de intervenir en la situación y debe comprender al omitirlo que su intervención podría evitar el resultado de lesión o de peligro³⁰.

Por consiguiente podemos concluir que existe una obligación general por parte de los profesionales de la seguridad privada, tanto de denunciar los hechos delictivos de que tengan conocimiento, como de impedir determinados delitos o de promover su persecución. A dichas obligaciones hay que sumar la de declarar en el marco de los procesos penales a la que nos referimos a continuación.

4.4.3.- La comparecencia como testigos en un proceso penal.

La declaración como testigos en proceso penal de los profesionales de la seguridad privada, está regulada en el art. 410 LECrim, como una obligación de carácter genérico.

“Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley”.

Las únicas excepciones previstas a la obligación de declarar se contemplan en los artículos 416 y 417 LECrim en virtud de los cuales:

“Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el número 3 del artículo 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, consignándose la contestación que diere a esta advertencia.

³⁰ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 19 Oct. 2002, rec. 262/2001. Ponente: Martín Canivell, Joaquín. N.º de Sentencia: 1697/2002. N.º de Recurso: 262/2001

2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido” (art. 416 LECrim).

“No podrán ser obligados a declarar como testigos:

1. Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

2. Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida.

3. Los incapacitados física o moralmente” (art. 417 LECrim).”³¹

Al igual que en el deber de denuncia de la comisión de delitos públicos, no existe motivo legalmente previsto que faculte al profesional de la seguridad privada para no declarar como testigo en causa penal.

5.- Lex artis

Como es sabido para que exista infracción de la obligación de la “lex artis ad hoc” es nece-

³¹ V. el proyecto de Código Procesal Penal donde tampoco encontramos motivo legalmente previsto que faculte al profesional de la seguridad privada para no declarar. Así, en su artículo 372, relativo a los secretos oficiales, solamente exime de prestar declaración a los funcionarios públicos respecto de aquellas materias que hubieran sido declaradas secretas, salvo que el secreto se hubiera dejado sin efecto conforme a la legislación sobre secretos oficiales; y en el artículo 371 se refiere a la dispensa de la obligación de declarar por razón del secreto profesional:

“1.- No podrán ser obligados a declarar como testigos:
a) Los abogados, con relación a las informaciones, instrucciones y explicaciones recibidas de sus clientes.
Esta prohibición es también aplicable a los subordinados y colaboradores que auxilien en su trabajo a los Abogados, con relación a dichas informaciones, instrucciones y explicaciones.

sario que se produzca o bien la falta de adecuación de la actuación de la empresa de seguridad y sus dependientes, directores y jefes de seguridad a la técnica normal requerida, o bien la falta de idoneidad de medios o inexistencia de formación adecuada del agente causante del daño.

La jurisprudencia ha definido la *lex artis* como el «aquel criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto».32 En suma, la adecuación de la actuación de la empresa de seguridad al cumplimiento formal y protocolario de las técnicas previstas, aceptadas generalmente por el conocimiento de la ciencia y de la técnica normal requerida en el ámbito de la buena praxis de la seguridad privada

Respecto de la idoneidad de medios y capacitación suficiente de los profesionales que prestan los servicios, cabe exigir que las empresas de seguridad privada cuenten con la infraestructura y logística acorde con las exigencias establecidas en la normativa legal y reglamentaria del sector.

Existen obligaciones específicas con la Administración para hacer realidad el control y supervisión de esta actividad, tales como la de comunicar al Registro correspondiente todo cambio que se produzca en cuanto a la forma jurídica de la empresa de seguridad, denominación, número de identificación fiscal, domicilio, delegaciones, ámbito territorial de actuación, representantes legales, altas y bajas del personal de seguridad privada de que dispongan, incidencias concretas relacionadas con los servicios, así como toda variación que se produzca, en su caso, en los estatutos o en la titularidad de las acciones y participaciones sociales o que sobrevenga en la composición de los órganos de administración, gestión, representación y dirección de las empresas.

b) Los ministros de las confesiones religiosas, respecto de los hechos que les hubieran sido confiados en el ejercicio de las funciones de su ministerio y de los que deban guardar secreto.

c) Los periodistas, con relación a las fuentes de información utilizadas en el desarrollo de su actividad profesional.

d) Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el encausado o encausado y las personas a que se refieren los apartados anteriores, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación.

2.- Las personas mencionadas en los apartados anteriores estarán obligadas a declarar cuando hubieran sido dispensadas de su deber de secreto por la persona a cuyo favor hubiera sido establecida la dispensa”.

32 Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 18 Dic. 2006, rec. 59/2000 Ponente: Seijas Quintana, José Antonio. Nº de Sentencia: 1342/2006. Nº de Recurso: 59/2000.





Finalmente las empresas de seguridad privada tienen la obligación, tanto de seleccionar adecuadamente a su personal como de formarlo, de manera que quede capacitado suficientemente para minimizar la probabilidad de ocurrencia de daños a terceros. Por lo tanto la empresa de seguridad deberá responder si se produjera el daño como consecuencia de la falta de capacitación del personal de la empresa de seguridad, por no haber garantizado la formación y actualización profesional de su personal.

6.- Deber de colaboración profesional

La especial obligación de colaboración de las empresas y el personal de seguridad privada con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad debe desarrollarse con sujeción al principio de legalidad ya que se basa en la necesidad de asegurar el buen fin de las actuaciones tendentes a preservar la seguridad pública, garantizándose la debida reserva y confidencialidad cuando sea necesario.

Las empresas y el personal de seguridad privada tienen la obligación de comunicar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes, tan pronto como sea posible, cualesquiera circunstancias o informaciones relevantes para la prevención, el mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana, así como todo hecho delictivo de que tuviesen conocimiento en el ejercicio de su actividad o funciones, poniendo a su disposición a los presuntos delincuentes, así como los instrumentos, efectos y pruebas relacionadas con los mismos.

Por otro lado las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán facilitar al personal de seguridad privada, en el ejercicio de sus funciones, informaciones que faciliten su evaluación de riesgos y consiguiente implementación de medidas de protección.

Para el cumplimiento del deber de colaboración de la seguridad privada con la seguridad pública es factible que se requiera el intercambio de información entre ambas. En tal caso está autorizada la cesión de datos que se consideren necesarios para contribuir a la salvaguarda de la seguridad ciudadana, así como la conexión de los servicios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los sistemas instalados por las empresas de seguridad privada que permitan la comprobación de las informaciones en tiempo real.

El tratamiento de datos de carácter personal, así como los ficheros, automatizados o no, y,



en suma, el cumplimiento del marco regulatorio, queda supeditado a lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal.

La comunicación de buena fe de información a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por las empresas y el personal de seguridad privada no constituye vulneración de las restricciones sobre divulgación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa.

7.- Conclusiones.

Para que pueda declararse la existencia de responsabilidad civil en las empresas de seguridad privada y sus dependientes es necesario que concurren todo cada uno de los requisitos expuestos, no existiendo -por tanto- la responsabilidad sin culpa, elemento fundamental a tener en cuenta en cualquier caso, no pudiendo presumirse la existencia de la misma si se acre-

ditada por parte de la empresa de seguridad que la prestación de sus servicios lo fue de forma diligente y conforme a la *lex artir ad hoc*, el cumplimiento legal y reglamentario en su forma de actuar, el respeto escrupuloso de la obligación de secreto profesional, el cumplimiento del deber de información, sí como el obrar congruente con la corrección, dignidad y proporcionalidad que exija en el caso concreto las circunstancias de su actuación

Finalmente, a propósito de los problemas que plantea el daño moral objetivo, como consecuencia de la infracción de derechos fundamentales de la persona, tales como privacidad, intimidad, secreto de las comunicaciones, etc. , fuera de los supuestos en los que legalmente se obliga a las empresas de seguridad a prestar la colaboración con los cuerpos y fuerzas de la seguridad pública y con los órganos jurisdiccionales, no debemos olvidar que compartir información es un derecho, nunca una obligación.



El riesgo en el seguro de vida

Sofía Ciudad
Abogada

Sumario

I. Introducción: Concepto y clases de seguro de vida

II. El riesgo en el seguro de vida:

1. La existencia del riesgo en el seguro de vida
2. Tratamiento especial del **menor y de los incapacitados**

III. Peculiaridades de la estimación del riesgo en el seguro de vida:

1. El riesgo en el momento de la conclusión del contrato
 - a) el deber precontractual de declaración del riesgo
 - b) la incontestabilidad de la póliza
2. El riesgo durante la vida del contrato

IV. Delimitación del riesgo en el seguro de vida

1. El principio de universalidad del riesgo en el seguro de vida
2. Riesgos excluidos y riesgos agravados
3. La cobertura del suicidio.

V. Conclusiones personales

I.- INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y CLASES DE SEGURO DE VIDA

A diferencia de los seguros de daños, los seguros de vida no buscaban el resarcimiento patrimonial íntegro, sino que se vinculan a hechos que atañen a la propia esfera de la persona, esto es, a la duración de la vida hasta una determinada fecha, o hasta la muerte. Así, no se tiende a reparar el daño y en cambio la vida del asegurado empieza a cobrar relevancia, teniendo en cuenta que una longevidad puede tener consecuencias patrimoniales importantes para el asegurado o para sus familiares, provocando una carga económica, así como el fallecimiento, que supone necesidades patrimoniales en la familia o allegados.

La regulación de tales seguros de vida se produce ya hace más de un siglo y se inicia en 1908 con la Ley de control de actividad aseguradora en el ámbito del seguro de vida, la cual lógicamente se ha ido adaptando al cambio social y una específica regulación como seguro privado hasta la actualidad.

Por ello se empieza a contemplar este tipo de seguro como un instrumento de ahorro a largo plazo, por lo que se potencia su contratación y su aceptación es general en España, hasta llegar a aprobar en el año 2005 (Ley 20/2005 de 14 de noviembre) la creación de un Registro público de Contratos de seguro de cobertura de fallecimiento que depende del Ministerio de Justicia, donde se identifican los datos del asegurado, asegurador y del contrato/póliza, ya que se daba la circunstancia del absoluto desconocimiento por parte de los familiares de la existencia de estos seguros y por ende, no se reclamaban las prestaciones económicas correspondientes, haciendo suyas las primas recibidas las compañías de seguros, con el consiguiente enriquecimiento injusto.

En este sentido, y entendiendo el seguro de vida como un seguro de personas, en la actualidad contamos con una normativa general para los citados seguros de personas, reflejada en la sección 1ª del Título III de la Ley 50/80 de Contrato de Seguro de 8 de Octubre (art 80 al 82 ambos inclusive) como aplicación genérica y disposiciones comunes a los seguros de personas, y que comprende todos los riesgos que puedan afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado, según determina el Art 80 LCS.

Y por otro lado, nos encontramos con una normativa específica la sección 2ª del Título III





de la misma Ley (art 83 a 99 inclusive) que se presenta como una regulación del ámbito particular y limitado del seguro de vida en concreto, cuya definición básica (que rompe con la noción única de contrato de seguro de personas generalizada) viene recogida en el párrafo primero del Art 83 LCS:

“Por el seguro de vida el asegurador se obliga, mediante el cobro de la prima estipulada y dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a satisfacer al beneficiario un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, en el caso de muerte o bien de supervivencia del asegurado, o de ambos eventos conjuntamente”.

Se trata de un seguro donde la prestación económica del asegurador puede carecer de límites cuantitativos a priori y que depende de un hecho incierto que es el nacimiento de la obligación de indemnizar, dado que la duración de la vida humana es el riesgo asumido por el asegurador, siendo un dato para todos desconocido, tanto en sentido positivo (supervivencia a una determinada edad o fecha) como en sentido negativo (el fallecimiento o fin de la vida humana).

CLASES.- El párrafo 2º del art 83 contempla la clasificación del seguro de vida: *“El seguro sobre la vida puede estipularse sobre la vida propia o la de un tercero, tanto para caso de muerte como para caso de supervivencia o ambos conjuntamente, así como sobre una o varias cabezas”.* Siendo así, básicamente podemos distinguir:

1-Seguro para caso de muerte: La obligación del asegurador se subordina al fallecimiento del asegurado y consiste en la entrega de capital o suma asegurada en caso de muerte del asegurado.

Asimismo dentro de este tipo podríamos establecer una subclase que puede a su vez ser:

- a) por tiempo ilimitado o vida entera hasta que se produzca el óbito, lo que genera el deber de pago de las cantidades garantizadas.
- b) o temporal se fija un plazo determinado para que ocurra el suceso por lo que, el asegurador deberá pagar si el fallecimiento se produce en ese periodo cronológico o hacer suyas las primas percibidas para el caso contrario.
- c) Otros autores¹ son partidarios de otra distinción mas de seguro de vida sobre una sola

¹ Como expone D. Francisco Javier Tirado Suarez en las nociones previas sobre el seguro de vida en Ley del Contrato de Seguro de Fernando Sanchez Calero 4ª Ed. Pág. 2158 a 2160.

cabeza como el de amortización de préstamo (habitual en nuestra sociedad suscrito a través del banco que concede dicho préstamo económico) donde el aseguradora asume el pago de la cantidad pendiente de amortización si el prestatario fallece antes de haber satisfecho la totalidad de la deuda o bien no pagaría nada si el asegurado ha podido hacer frente al préstamo y no ha fallecido

En este caso el asegurador debe siempre que se produzca el fallecimiento cumplir con la prestación económica convenida y sólo se libera de su obligación si el fallecimiento del asegurado tiene lugar por alguna de las circunstancias expresamente excluidas en la póliza (deportes de riesgo, riesgos extraordinarios, etc.).

d) Frente a las arriba mencionadas modalidades de seguro de vida sobre una cabeza encontramos otra forma sobre dos cabezas o asegurados, el de capital de supervivencia, donde el asegurador, para el caso de fallecer el primer asegurado, se obliga a pagar la suma asegurada al segundo asegurado, si éste aun vive, si este segundo hubiera fallecido, el asegurador queda liberado.

La prestación en este caso podría pactarse como capital o como renta mientras viva el segundo asegurado o durante un periodo de tiempo determinado.

2 -Seguro para caso de vida o supervivencia:

La obligación del asegurador se subordina a la supervivencia del asegurado a una determinada fecha o edad. El riesgo en este caso para el asegurador sería la supervivencia del asegurado (longevidad), por ende, el estado de salud del asegurado aquí carece de relevancia

Así la prestación de pago igualmente puede pactarse como capital (prima única o periódica) pagando la suma asegurada o como renta vitalicia (inmediata, por la que -tras el pago de prima única- recibe la renta en cada vencimiento pactado -mensual, trimestral, semestral o anual- o diferida donde, tras el pago de una serie de primas durante un plazo, empieza a recibir la renta vitalicia en la forma que se pacte)

3 -Seguro Mixto: Protegen ambos riesgos conjuntamente (muerte y vida), de modo que la obligación del asegurador se subordina a la supervivencia del asegurado a una determinada fecha o edad o a su fallecimiento si éste es anterior.

En este caso, podemos hacer distinción entre los tipos de seguro mixto como: clásico, mixto a capital doblado, mixto creciente, a término fijo, combinado de capital y renta²

Como apuntaba al inicio de este apartado de Clases, el Art 83 LCS habla de las modalidades de seguros de muerte, supervivencia o mixto, pudiendo ser contratados sobre la propia vida o la de un tercero, siendo su tratamiento jurídico diferente según sea en un caso u otro.

Así, en el caso del **seguro sobre la propia vida**, la figura del tomador y asegurado coinciden, recayendo en la misma persona el conjunto de derechos y obligaciones del contrato, por lo que es necesario el nombramiento de beneficiario (cuyo régimen jurídico viene regulado en los art 84 a 88 LCS) pudiendo el asegurado asumir esa posición.

Es decir, el asegurado puede decidir ser titular del derecho a indemnización o no, asumiendo dicha posición o nombrar tercero beneficiario³

El art 84.3 de esta misma Ley del Contrato de Seguro, determina en caso de ausencia de beneficiario "*Si en el momento del fallecimiento del asegurado no hubiere beneficiario concretamente designado, ni reglas para su determinación, el capital formará parte del patrimonio del tomador*".

En el **seguro sobre vida ajena**, resulta inaplicable para seguros para el caso de vida o lo mixtos en la parte de seguro de supervivencia, por lo que solo se aplican para el caso de muerte. Así, al no existir coincidencia entre asegurado y tomador, se ha de proteger la vida del tercero sobre el que se contrata el seguro, a fin de evitar el aprovechamiento de la prestación económica por el beneficiario, causando intencionadamente la muerte de ese tercero asegurado.

Por ello, el Art 83.4 establece una serie de requisitos legales en este supuesto concreto:

Será preciso el **consentimiento del Asegurado**, dado por escrito, y como requisito legal

² Como analiza D. Francisco Javier Tirado Suarez en las nociones previas sobre el seguro de vida en Ley del Contrato de Seguro de Fernando Sanchez Calero 4ª Ed. Pág. 2163 a 2165.

³ Este dato tiene importancia fiscal a la hora de determinar la base imponible del Impuesto de Sucesiones y Donaciones obligatorio. PEREZ-FADÓN MARTÍNEZ J.J.: *Régimen del seguro sobre la vida en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Perspectivas del sistema financiero 2008* núm. 93 pág. 39 a 50

de eficacia, salvo que pueda presumirse de otra forma su interés por la existencia del seguro.

Esto es, para el caso de inexistencia de consentimiento escrito, los beneficiarios herederos, tomador o interesados deberán probar el interés del tercero en el seguro. Sin embargo si queda demostrado que no existe interés o el asegurador puede demostrar que existía oposición expresa al momento de perfeccionar el contrato, el mismo será nulo⁴.

Si el asegurado es **menor de edad**, será necesaria, además, la autorización por escrito de sus representantes legales.

No se podrá contratar un seguro para caso de muerte sobre la cabeza de **menores de catorce años de edad o de incapacitados**. Se exceptúan de esta prohibición, los contratos de seguros en los que la cobertura de muerte resulte inferior o igual a la prima satisfecha por la póliza o al valor de rescate.

Estas reglas son la simple aplicación del tenor literal ya redactado en el Anteproyecto de LCS de 1969 y la versión reducida en el Anteproyecto de 1970, que hoy se corresponde con el Art 83 LCS párrafo cuarto.

II.- EL RIESGO EN EL SEGURO DE VIDA

El riesgo ocupa una posición esencial en el contrato de seguro de vida, en la medida en que se traslada al Asegurador los eventos atinentes a la vida humana en relación con la persona del asegurado.

Así aplicando de forma generalizada el Título I LCS, parece que el legislador no ha contemplado cuestiones cruciales del valor de la solicitud del asegurado y la eficacia de la propuesta del asegurador, el momento de la perfección.. etc., es decir no se adecua a las peculiaridades del seguro de vida, por lo que hemos de acudir a las disposiciones generales de los art 80 y ss LCS.

II.1. LA EXISTENCIA DEL RIESGO EN EL SEGURO DE VIDA

El art 83 LCS párrafo 4º establece, que Seguros sobre la vida son *“aquellos en que, cumpliendo con lo establecido en párrafos anteriores, la*

prestación convenida en la póliza ha sido determinada por el asegurador mediante la utilización de criterios y bases de técnica actuarial” (entendida dicha base actuarial como los cálculos referidos a la esperanza de vida de una persona).

Al señalar esto, da por sentado que se han de dar todos los elementos y requisitos del contrato, es decir: asegurado o beneficiario, asegurador, cobro de prima, pago de prestación y existencia de un riesgo. La ausencia de alguno de ellos significa la inexistencia de seguro.

Respecto a la inexistencia de riesgo, el art 83.5 LCS determina que: *“en los seguros de vida se entiende que existe riesgo si en el momento de la contratación no se ha producido el evento objeto de cobertura”*.

Ello se hace por mor de lo dispuesto en las disposiciones generales del LCS en su Art 4 LCS, por el que se determina que el contrato de seguro será nulo si en el momento de su conclusión no existía riesgo o se ha producido el siniestro. Todo ello con el objeto de evitar posibles fraudes al seguro.

Sin embargo en el caso del seguro de vida, resulta complejo realizar ese fraude ya, si se trata de un seguro de vida o sobrevivencia, es difícil para cualquiera saber si a una determinada fecha vas a seguir con vida y para el caso de muerte, si se hiciera sobre persona gravemente enferma, sería entonces de aplicación el art 10 y 89 LCS por la declaración inexacta del riesgo (estado de salud) u ocultación de datos relevantes para el asegurador. Igualmente complejo veo el engaño al hacer seguro de muerte sobre persona ya fallecida, es decir cuando el siniestro ya ha acaecido, porque habría que suplantar la identidad del asegurado (fallecido)

II. 2- TRATAMIENTO ESPECIAL DEL MENOR Y LOS INCAPACITADOS

Entre la remisión a la normativa general en materia de capacidad contractual y la protección legal de incapaces a la hora de contratar un seguro de vida, existe un término medio que es el Art 83 LCS, el cual establece por un lado la necesaria autorización de padres/tutores/representantes legales y por otro prohíbe ciertas operaciones de interés sobre menores e incapaces.

Respecto a los menores de edad

En primer lugar hemos de determinar menor de edad, toda aquella persona menor de

⁴ El asegurador en este caso, está obligado a devolver las primas recibidas. Se trata de un principio ampliamente aceptado. A favor se pronuncia en *Comentarios a la ley del contrato de seguro* de J. BATALLER, OLAVARRIA págs. 988 y ss.

dieciocho años, salvo los menores mayores de dieciséis años emancipados

Así y dentro de esa doble vertiente mencionada del art 83 LCS por un lado se dispone: *“Si el asegurado es menor de edad, será necesaria, además, la autorización por escrito de sus representantes legales”*.

La interpretación más lógica de la palabra “además” incluida en el precepto nos determina que es necesario el consentimiento escrito del menor así como la autorización escrita de los representantes. No obstante hay que diferenciar los supuestos:

* en el caso de los seguros para el caso de vida/sobrevivencia, no existe el límite mínimo de los 14 años, sino que se aplica el régimen jurídico general, ya que en este caso, no existe riesgo sobre la persona del menor que exija protección legal.

* para el caso de seguros en caso de muerte o mixtos, se requerirá autorización que, de no existir, el contrato es anulable o impugnabile a instancias del representante o del propio menor cuando alcance la mayoría de edad.

En este sentido, redundando aun mas, el art 83.6 LCS y dentro de una prohibición con fin de protección a dichos menores ordena: *“no se podrá contratar un seguro para caso de muerte sobre la cabeza de menores de catorce años de edad o de incapacitados”*. Es decir, la prohibición atañe a aquellos supuestos en que sobre la cabeza del menor corra el riesgo de muerte.

El origen de esta prohibición para menores lo encontramos en el art 8 de la Ley de 14.5.1908 de control de actividad aseguradora donde se disponía ya la prohibición literal del Art 83, la cual pasó al Art 14 c) de la Ley de Ordenación del Seguro de 1954, incorporándose finalmente a diversos anteproyectos y proyectos de ley con redacción definitiva en la LCS 50/80 de 8 de Octubre⁵.

A los efectos de este estudio, resulta ilustrativa la Sentencia del Pleno nº 55/1994, de 24 de febrero de 1994 respecto a la cuestión de inconstitucionalidad relacionada con el art. 83.4 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro:

El proceso del que trae causa tal cuestión, un juicio declarativo ordinario de menor cuan-

⁵ según refiere F.J TIRADO SUÁREZ en *Ley del Contrato de Seguro* de SÁNCHEZ CALERO. 4ª Ed. Pág. 2194



No se trata de que los menores de edad, de menos de 14 años, no puedan ser partes contratantes de la póliza, sino de que no puedan ser partes contratantes de tal tipo de pólizas. Esto es, se impide que terceros puedan suscribir un contrato de seguro que produzca la producción del siniestro, sea la vi-



d, y en concreto los menores de catorce años o tener la condición de beneficiarios o objeto, en su condición de asegurados, impide que tanto sus padres como terceros puedan suscribir un contrato de seguro cuyo objeto, a efectos de la producción del siniestro, sea la vida de un menor de catorce años

tía, fue iniciado por dos particulares contra Aseguradora con la cual tenían concertada una póliza de seguro multi-riesgo de hogar. En las condiciones generales de dicha póliza se declara cubierto por la misma el riesgo de muerte del asegurado o sus familiares a consecuencia de accidentes ocurridos dentro de su propia vivienda, previéndose que, en caso de haber más de una víctima, la indemnización se repartiría por partes iguales entre el número de ellas, habida cuenta de la exclusión legal, para caso de muerte, de los menores de catorce años.

Con ocasión del incendio que tuvo lugar el 4 de julio de 1989 en el domicilio de los actores falleció su hija Aitana, de 10 años de edad. En el primer escrito de demanda se reconoce que, de acuerdo con lo expresado en las condiciones generales de la póliza y el último párrafo del art. 83 de la Ley 50/1980, no tienen derecho a percibir la indemnización correspondiente por tal fallecimiento, ya que su hija aún no había cumplido los 14 años que la Ley exige. Sin embargo, opinan que tal conclusión está en franca contradicción con lo dispuesto en nuestra Constitución, la cual no hace distinciones y da el mismo valor, ante la Ley, a la vida de un niño y a la de una persona adulta, sin limitaciones de edad ni sexo. Por El Auto en el cual se plantea la cuestión ofrece como fundamento que el art. 83 de la Ley de Contrato de Seguro, incardinado dentro de las normas relativas al seguro de vida, prevé en su apartado 4.: "no se podrá contratar un seguro para caso de muerte sobre la cabeza de menores de catorce años de edad".

No se trata de que los menores de edad, y en concreto los menores de catorce años, no puedan ser partes contratantes o tener la condición de beneficiarios de la póliza, sino de que no puedan ser objeto, en su condición de asegurados, de tal tipo de pólizas. Esto es, se impide que tanto sus padres como terceros puedan suscribir un contrato de seguro cuyo objeto, a efectos de la producción del siniestro, sea la vida de un menor de catorce años. Tal limitación no existe ni para los mayores de edad ni para los menores en edades comprendidas entre los catorce y los dieciocho años.

La justificación de esta limitación es que se desea proteger a los menores de catorce años y a los incapaces, que nadie pueda lucrarse como consecuencia de su fallecimiento. Se pretende que los mayores que tengan relación con aquellas personas extremen el cuidado en su custodia. La Ley entiende que, por sus especiales condiciones físicas y psíquicas, los menores citados y los incapaces son especialmente vulnerables,

no necesariamente por una acción dolosa de las personas bajo cuyo cuidado se encuentran, sino también por acciones u omisiones de éstas que no revelen la debida diligencia.

La justificación objetiva y razonable de la norma guarda proporción con el fin perseguido. El sacrificio que sufren quienes, pudiendo obtener una indemnización por la muerte de un niño menor de catorce años, son privados de ello por no poder ser beneficiarios en el contrato, se justifica por la voluntad de la Ley de proteger al niño, tanto en la Constitución (art. 39.4 C.E.) como en los Acuerdos internacionales lo que justifica la medida legislativa.

Como argumento contrario a lo manifestado por el Tribunal se defiende que dicha finalidad de protección perseguida podría cumplirse mediante la aplicación de los arts. 92 y 83, párrafo dos, de la propia Ley, pero el Tribunal también responde y aclara que: El art. 92 impide que quien cause dolosamente la muerte del asegurado (cualquiera que sea su edad) pueda cobrar como consecuencia de ello cualquier indemnización. Es evidente que el fin de la norma cuestionada de que se extreme el celo en la custodia de un menor de catorce años nada tiene que ver con la exclusión del pago de la indemnización en caso de muerte dolosa del asegurado causada por el beneficiario. La norma cuestionada otorga a los menores de catorce años una protección aún mayor que la que el art. 92 de la Ley dispensa al resto de los posibles asegurados.

El art. 83, párrafo dos, de la Ley exige, en caso de que el tomador del seguro y el asegurado sean personas distintas, el consentimiento de éste y, si fuera menor, la autorización de sus representantes legales. No resulta de aplicación al supuesto de aseguramiento para el caso de muerte, sobre la cabeza de menores de catorce años, que está prohibido por el párrafo cuarto del mismo artículo. Esta diferencia de trato entre los menores que hayan cumplido los catorce años y los que no hayan llegado a dicha edad está justificado. Respecto de los primeros la Ley considera que se les protege suficientemente haciendo intervenir a sus representantes legales en caso de ser asegurados. En cuanto a los segundos, por la consideración expuesta de la relevancia que en nuestro Derecho se otorga a la edad de catorce años, se entiende que por su impericia y por su mayor dificultad para cuidar de sí mismos han de ser excluidos como asegurados y su muerte no podrá generar lucro en beneficio de nadie. Hay, pues, un fundamento objetivo y razonable para la diferente consi-

deración que otorga la Ley a las personas que pretenden ser beneficiarios en un contrato de seguro para el caso de muerte de un menor de catorce años (a quienes se les impide ser asegurados) y al resto de los posibles beneficiarios, justificación proporcionada al fin que se desea conseguir: la salvaguarda de los intereses del niño.

Es objetivamente racional, atendida la naturaleza del seguro sobre la vida de tercera persona, el requisito de su consentimiento, porque entra en el contrato de seguro y constituye el eje o pivote de la real efectividad del contrato. El Derecho le permite al mayor de edad, reconociéndole una plena capacidad por tener pleno discernimiento, prestar ese consentimiento, e igualmente estima que el menor de edad pero mayor de catorce años tiene capacidad para prestarlo complementada por el representante legal, pero niega esa capacidad a los menores de catorce años e incapaces porque no tienen aptitud psíquica y mental para prestar un consentimiento válido. Esta limitación nace del hecho objetivo de no tener catorce años, al que el Derecho atribuye determinadas consecuencias jurídicas, fundado objetiva y razonablemente en criterios, juicios de valor y datos científicos, generalmente aceptados porque la finalidad y efectos del acto exigen una aptitud mental que la Ley estima que un menor de catorce años no tiene. Existe proporción entre la limitación de capacidad atendida la edad y la finalidad del consentimiento que tiene que prestarse sobre un hecho con conocimiento sobre el contenido y consecuencias del mismo.

La identificación a estos efectos entre el menor de catorce años y el incapaz abunda y mantiene el fundamento de la limitación en la imposibilidad de prestar consentimiento, porque el legislador estima razonablemente que a estas personas les falta el discernimiento necesario para consentir, requisito inexcusable de esa clase de seguro. Así, la exclusión legal de los menores de catorce años como posibles portadores del riesgo en los contratos de seguros sobre terceras personas por no poder prestar consentimiento, atendida su aptitud psíquica y mental, no supone discriminación alguna, sino el reconocimiento de las consecuencias jurídicas de un hecho objetivo como es el tener o no tener una determinada edad, a la que el Derecho atribuye por razones fundadas una determinada capacidad jurídica, y estas consecuencias se predicen de todas las personas que tienen esa edad. Los menores de catorce años, al tener una idéntica situación fáctica, reciben un mismo tratamiento jurídico, por lo que el pre-

cepto cuestionado no engendra discriminación respecto a los mayores de esa edad o los menores mayores de catorce años al no concurrir en éstos el mismo supuesto fáctico.

Esta finalidad protectora, no es sino la manifestación del mandato contenido en el art. 39.4 C.E, donde se proclama que los niños, es decir, los menores de catorce años si se ve desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, gozarán de la protección prevista en los Acuerdos internacionales que velan por sus derechos. En tal sentido adquiere dimensión constitucional la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990, cuyo art. 19 recomienda que los Estados adopten <todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio, ...descuido o trato negligente ...>.

En efecto, la prohibición legal encuentra su fundamento en la esencial debilidad o, quizá mejor, fragilidad de la infancia, inherente a su inmadurez, que hace precaria su seguridad. Es evidente sin mayor razonamiento que el niño carece del sentido del peligro o lo tiene disminuido, resulta más vulnerable en muchos aspectos, necesita por ello de cuidados especiales que la sociedad y las leyes encomiendan a los mayores y su confianza en éstos les convierte en presa fácil de agresiones por muy distintos motivos, incluidos el que podría constituir la apetencia de cobrar el seguro sobre su cabeza.

En definitiva, la prohibición legal enjuiciada, que puede encontrarse en otros ordenamientos jurídicos afines presenta una justificación tan objetiva como razonable.

Por ello y como no podía ser de otro modo el Pleno fallo, no haber lugar a declarar la inconstitucionalidad del art. 83, párrafo cuarto, de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en lo que respecta a los menores de catorce años.

Respecto a los incapacitados

El art 1263.2 CC señala que además de los menores no incapacitados, no pueden prestar consentimiento los incapacitados. En nuestro Derecho, rige el principio general de capacidad de obrar para las personas mayores de edad y que solamente puede ser desvirtuado por una declaración judicial de incapacitación. Según señala Díez-Picazo estos incapacitados son “los judicialmente incapacitados” es decir, los que

tengan decisión judicial sobre la situación jurídica de incapacidad.

Por ello celebrar un contrato de seguro de vida para caso de muerte sobre la persona de un incapaz declarado por sentencia judicial que le impida la realización de contratos mercantiles o específicamente le vete la contratación de seguros de vida o simplemente no le reconozca capacidad legal suficiente para contratar, sería declarado nulo.

También el Art 83.6 LCS introduce la extensión de prohibición de los menores también a los incapacitados, pero hemos de diferenciar la posibilidad de suscribir un seguro de vida para caso de muerte, según los distintos supuestos:

Menor de edad y mayor de 14 años, no tiene capacidad según el art 1263.1Cc, sin embargo, dado que no se asimila al resto de menores ni incapacitados, sería válido la contratación de un seguro de vida para el caso de muerte, si reúnen todos los requisitos legales y exigibles

Menor de 14 años o incapacitados, cualquier seguro de vida para el caso de muerte sería nulo⁶. Aquí habría que distinguir si el contrato se formalizó antes o después de la sentencia de incapacitación, considerando que el tercero que pudiera tener interés en el contrato habrá de demostrar que existía capacidad cuando lo contrató. Como ha mantenido la Doctrina del TS al respecto, no es de aplicación una incapacitación con efecto retroactivo, por lo que en tanto no sea determinada su incapacidad por Sentencia judicial, el afectado seguirá gozando de todas sus facultades y derechos, en tanto no quede demostrada su incapacidad, ya que está se presume.(por el principio general antes citado).

Sin embargo dicha incapacidad no se extiende ni aplica a los pródigos (ya que pueden contar con un curador que complete su capacidad para otorgar el debido consentimiento para perfeccionar el contrato) ni concursados (por la intervención de los administradores con capacidad para administrar y disponer del patrimonio) ni todos aquellos que tengan limitada su capacidad en determinados actos.

Mención aparte merecen los Discapacitados (distintos de los incapaces): La protección dirigida a menores e incapacitados no es de aplica-

⁶ Estupendo análisis de Perez de Ontiveros Baquero sobre la incapacitación en STS 11.11.2001 en revista Aranzadi Civil nº 1.2000 pag 1919-1954 y sobre STS 29.4.2009 en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil Nº 82, 2010, págs. 31- 350.

ción para los discapacitados que en la realidad se sienten discriminados al concertar seguros de vida, para estas personas poder garantizar la vida puede ser algo imposible, según denuncia en un informe el Comité Español de Representantes de Personas con discapacidad⁷ (CERMI), quien asegura que los más de tres millones y medio de discapacitados que viven en España, les es muy difícil contratar determinados tipos de seguros, situación que afectará cada vez a más personas, pues según los cálculos de Naciones Unidas, uno de cada ocho habitantes con una esperanza de vida de 70 años, le tocará sufrir de media algún tipo de discapacidad o minusvalía.

En un momento en el que incluso el sistema público de protección social desvía alguna de sus tradicionales funciones a los seguros privados, el acceso a estos servicios está más restringido para este colectivo. Y, según muchos, no hay razones que lo justifiquen.

Los efectos de esta imposibilidad o dificultad se extienden a otros ámbitos, por ejemplo es práctica habitual que los bancos te obliguen a suscribir un seguro de vida adscrito al préstamo hipotecario, por lo que afecta en la realidad a otros aspectos cotidianos de la vida de estas personas.

Dicho Comité afirma que quienes se enfrentan a una mayor discriminación son quienes sufren discapacidad visual, auditiva, física y mental y pretenden contratar seguros de vida o de asistencia sanitaria. La discriminación a la hora de contratar seguros de vida está prohibida por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Naciones Unidas prescribe que estos seguros «deberán ser proporcionados de un modo justo y razonable».

La Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (Unespa) se defiende manifestando que a las personas con discapacidad se las trata como a cualquier otra. La cuestión se reduce a valorar el riesgo de que se produzca el suceso cubierto y, el suyo, es un riesgo mayor. De este modo, las sobreprimas o la denegación de determinadas coberturas tendrían justificación.

Muy al contrario los informes señalan que no hay estadísticas serias sobre una supuesta

mayor siniestralidad en las personas que padecen alguna discapacidad. En Unespa aseguran que «las compañías tienen sus propias tablas. Cada una decide qué riesgo asume, dentro de sus propias posibilidades».

Lo que se produce por tanto es, sin datos, un rechazo o sobreprima de los seguros, haciendo recaer la causa en la disposición y voluntad de una parte de decidir si contrata o no un seguro.

En mi opinión, esa desprotección es competencia de las Administraciones Públicas, que en la esfera de sus respectivas competencias, deberían dictar normas y promover iniciativas, programas y acciones que garanticen los derechos y las singularidades de los consumidores con discapacidad, con el fin de minimizar su condición de consumidores especialmente vulnerables, al tiempo que fomenten su plena participación social.

Por último, señalar que existe una excepción en la ley recogida en el inciso final del Art 83 LCS que permite *“contrato de vida en que la cobertura de muerte resulte inferior o igual a la prima satisfecha por la póliza o al valor de rescate”*. Así, la prohibición absoluta de contratar un seguro de vida para caso de muerte sobre la persona de un menor contempla una excepción que cuando la prestación del asegurador sea equivalente o inferior a las primas percibidas por el dicho asegurador o al valor de rescate, cuyo concepto y alcance es analizado con mayor detalle por F.J Tirado Suarez⁸.

III. PECULIARIDADES DE LA ESTIMACIÓN DEL RIESGO EN EL SEGURO DE VIDA: EL RIESGO EN EL MOMENTO DE LA CONCLUSIÓN DEL CONTRATO

El deber precontractual de declaración del riesgo

Históricamente, el art 381 CCo resulta de aplicación para toda clase de modalidades aseguradoras incluido el seguro de vida, sin necesidad de crear una disciplina específica para estos seguros de vida, en cuanto al deber precontractual de declaración del riesgo.

Art 381 CCo: “Será nulo todo contrato de seguro: 1.º 2.º Por la inexacta declaración del asegurado, aun hecha de buena fe, siempre que

⁷ Interesante resulta el artículo publicado www.abcdesevilla/hemeroteca 20.9.2006 donde se analizan con estadísticas las limitaciones en la contratación según la minusvalía que sufran las personas (auditiva, visual, física, mental)

⁸ Ver consideraciones al respecto de F.J Tirado Suarez en Ley del Contrato de Seguro de Sanchez Calero. Págs. 2198 y 2199

pueda influir en la estimación de los riesgos. 3.^º Por la omisión u ocultación, por el asegurado, de hechos o circunstancias que hubieran podido influir en la celebración del contrato”. Aquí hemos de destacar dos circunstancias:

a) que el objeto de la declaración del deber impuesto al tomador se concibe de una forma general, abstracta y sin límites, extendiéndose a todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, debiendo ser cumplido espontáneamente por el tomador, sin ser requerido para ello por el asegurador.

b) La sanción prevista para el supuesto de incumplimiento por el tomador del seguro de su deber de declaración era la nulidad del contrato de seguro (frente a un sector minoritario que se pronunciaba a favor de la nulidad por la anulabilidad). En este punto nuestro Código, aplicaba la sanción de que cualquier inexactitud de ella implicaba la nulidad del contrato.

Sin embargo, junto a datos objetivos como la edad, la posible incertidumbre respecto al estado de salud real y su consiguiente evolución y por tanto los correspondientes resultados para el individuo, en función de diversos factores y circunstancias, hace que se plantee la necesidad de regular de forma más rigurosa ese deber de declaración precontractual del riesgo en los seguros de vida.

Así, la Ley 50/1980, de 8 octubre, del Contrato de Seguro derogó, en su Disposición final, el artículo 381 del Código de Comercio de 1885 y reguló el deber de declaración de las circunstancias del riesgo por el tomador del seguro en el artículo 10, modificando profundamente el régimen jurídico anterior, quedando como sigue:

“El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.”

Asimismo, la genérica regulación contenida en el artículo 10 se complementa con lo dispuesto, para el seguro sobre la vida, en los artículos 89 y 90 LCS

Con el Art 10 LCS y el deber de declaración del riesgo se pretende que el tomador infor-

me al asegurador antes de la concertación del contrato, de todas aquellas circunstancias que le permitan valorar el riesgo concreto que va a asegurar, y en su caso, sopesar las condiciones (sobre todo económicas) de tal aseguramiento⁹.

Según dicho precepto, será el tomador el que tiene obligación, no obstante, la jurisprudencia (ej: STS 8 Julio 1996) ha entendido que tiene también el deber el asegurado, cuando se trate de materias que, por su propia naturaleza, sean solo conocidas por él, lo que, por otro lado, resulta solo de aplicar la lógica, así como el Art 7 LCS, que señala que: “si el tomador y asegurado son personas distintas, las obligaciones y deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado”.

Este deber hace destacar el contrato como máxima de buena fe, *uberrimae bonae fidei*, en el sentido en que el asegurador debe confiar en la descripción del riesgo que hace la otra parte contratante para, en función de lo manifestado, configurar la póliza.

En los seguros de vida para el caso de muerte, es claro que el siniestro (fallecimiento) se va a producir, el riesgo para el asegurador es el momento en que éste pueda producirse, teniendo en cuenta el carácter progresivo del riesgo, es decir, obviamente el transcurso del tiempo juega en contra de su prestación, por lo que cuanto más se incremente el tiempo de vida, más riesgo existe de que se produzca el evento cubierto (la muerte del asegurado).

El tomador o persona que contrata una póliza de seguro o, en su caso, el asegurado, tiene una obligación de facilitar información, en los términos que establece la Ley y en la medida en que es requerida para ello, ya que el asegurador debe procurarse la información necesaria que le permita concretar y valorar el riesgo que asume y en qué condiciones económicas¹⁰.

Respecto a ese deber encontramos la regulación del art 89 LCS donde se le da importancia a las posibles inexactitudes en la declaración

⁹ En el comentario del art 10 LCS de F. Sanchez Calero precisa que el sujeto pasivo del deber de declaración es el tomador, también calificado como solicitante si no llega a celebrarse finalmente el contrato, pág. 167 de la 1ª edición de Ley de Contrato de Seguro.

¹⁰ Sin embargo, la práctica habitual bancaria de firmar cuestionario aparejado a hipoteca sin explicación equivale a su falta de presentación (SAP Cáceres Sección 1ª 20.1.2011 y 12.1.2012)



que pudieron influir en la estimación del riesgo real existente, aplicando así disposiciones generales de todo seguro (dejando a salvo la excepción de la declaración inexacta de edad que tiene un tratamiento especial en el artículo siguiente 90 LCS) pero limitando a su vez las acciones del asegurador frente a dicho incumplimiento del deber de información, por parte del tomador/asegurado, por razones de protección de éste último y de equidad entre partes¹¹.

Además, no solo podemos hacer recaer todo el deber sobre el asegurado sino que el alcance del art 10 LCS, señala como deber del asegurador procurar y cuidar la redacción del Cuestionario de Salud, como también manifiesta Sanchez Calero, incluyendo todas las cuestiones que considere relevantes para valorar el riesgo, pese a la dificultad de las aseguradoras de poder valorar el estado de salud de una persona.

Así, la declaración que ofrece el asegurador resulta de gran transcendencia, de cara a una posible sanción por inexactitud o reticencia en la misma, para lo que debemos examinar el contenido de dicha declaración, donde para el seguro en caso de muerte, se traduce en un Cuestionario de salud y las respuestas ofrecidas relativas a la salud física y mental del asegurado, son la cuestión debatida. En los seguros para caso de supervivencia parece claro que el citado cuestionario sobre la salud resulta irrelevante, cobrando toda su importancia en los seguros de vida para el caso de muerte, dada su relevancia en que el asegurador conozca el estado de salud del asegurado¹².

¹¹ Como señala MARCO ALCALÁ en *Seguros de Personas. Aspectos generales*. Navarra 2006 pág. 314

¹² Por tanto si no está firmado o no existe, no puede mediar dolo en ningún caso (SAP A Coruña Sección 3ª 19.1.2012 y SAP Valencia Sección 7ª de 18.5.2011)

En este cuestionario elaborado por el asegurador, se trata de conocer los datos básicos del asegurado: estado civil, domicilio y sus antecedentes familiares hereditarios, así como otros factores que aumentan el riesgo básico tales como: consumo de bebidas alcohólicas o tabaco (calificado de gran riesgo) enfermedades mentales, intervenciones quirúrgicas... etc., con redacciones muy diversas: por ejemplo, algunos de ellos se limitan a consultar si “¿ha sufrido alguna enfermedad grave?” otros concretan mucho más los supuestos con preguntas del siguiente tenor: “¿Ha sufrido o sufre usted alguna enfermedad o afección de carácter crónico? (Por ejemplo, afecciones de corazón, de riñón, de las vías respiratorias o del sistema circulatorio, hipertensión sanguínea, tumores, cáncer, accidentes cerebro vasculares, afecciones en los ojos [miopía con más de 8 dioptrías] o del oído, alteraciones mentales o nerviosas, diabetes, afecciones del hígado, alteraciones del colesterol, triglicéridos o enfermedades infecciosas)”¹³.

Como complemento a dicho cuestionario, el asegurador puede requerir determinadas pruebas o reconocimiento médico del asegurado (sobre todo en seguros donde se supera el límite habitual de suscripción) para poder contrastar el verdadero riesgo asegurado en determinados casos, como parte del deber precontractual de declaración del asegurado, siempre que la realización de las mismas no suponga peligro para la salud, sobre la cual existe cierta polémica¹⁴.

¹³ Según he comprobado en cuestionarios de distintas aseguradoras por internet: www.mutua-enginyers.com, www.economato.asisa.es

¹⁴ Como refiere F. PEREZ TIRADO sobre pruebas genéticas o declaración de SIDA en *Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro* 4ª ed. pág. 2392 y siguientes

Así, en orden a establecer una protección del asegurado-consumidor de seguros, jurisprudencialmente se admite que para el caso que no exista cuestionario o bien en él no se comprenden circunstancias que pueden influir en la valoración del riesgo, no viene obligado a un específico deber de declaración, sobre la base del principio de buena fe de las partes contratantes que debe presidir todo contrato de seguro¹⁵. Con ello, se obliga al asegurado a un deber de respuesta veraz y cierta, sin omitir ni ocultar información, a sabiendas que el asegurador basa la apreciación del riesgo en tales declaraciones¹⁶.

A esto añadido, que si la aseguradora conoce por otros medios las circunstancias que influyen en la valoración del riesgo por ser notarias o conocidas por otros medios, no podrá entonces liberarse de la prestación, ni siquiera reducirla, ya que tenía elementos de juicio suficientes para decidir si aseguraba el riesgo existente y, en su caso, bajo qué condiciones económicas

No obstante no resulta baladí la circunstancia, en mi opinión muy importante, del conocimiento que tiene el interesado de su salud en el momento de la declaración o incluso el modo en que la valora, es decir, qué percepción se deduce que puede tener el asegurado de su propia enfermedad, incluso pudiendo ser portador de enfermedades desconocidas para él en el momento de declarar el riesgo.

Además, tal y como analiza María Ángeles Calzada en "El deber precontractual de declaración del riesgo"¹⁷: "no se puede justificar que sea el asegurado quien determine cuales son las circunstancias relevantes a efectos de valorar el riesgo, porque quizás no es el más indicado para realizar una apreciación profesional sobre el riesgo y establecer cuáles son relevantes y cuáles no lo son".

Según jurisprudencia, no es exigible al asegurado que conociera que sus dolencias acabarían en una enfermedad incurable; en definitiva, que no se está obligado a declarar las dolencias anteriores si no existe una enfermedad diag-

nosticada. Este argumento contrasta vivamente con el de alguna Sentencia anterior, como el de la STS, 1ª, 15.10.2003 que no estima la demanda del asegurado por considerar que incurrió en dolo al no informar a la aseguradora de una prueba especial que se le había practicado con anterioridad y un ingreso hospitalario durante un período de tiempo relevante, lo que indica la falta de colaboración del asegurado con infracción de la buena fe.

Dicho criterio ha cambiado y el Tribunal Supremo considera que las omisiones no son relevantes para dar lugar a la nulidad de la póliza si la enfermedad fue diagnosticada después de rellenado el Cuestionario. Por ello, no constituye dolo la actuación del asegurado que omita la dolencia en el Cuestionario: no es preciso manifestar a la compañía aseguradora el riesgo de una futura enfermedad, sino sólo el padecimiento actual o anterior de una enfermedad médicamente diagnosticada.

Estos argumentos en cambio, no son de aplicación para el deber de declarar el aumento o agravación del riesgo, como más adelante detallo.

En definitiva, la jurisprudencia se pronuncia, entre otras la Audiencia Provincial de Barcelona de 20.9.2004, a favor de exigir que el dato omitido o la inexactitud en la que incurrió el asegurado sea calificada de dolosa y que suponga para el asegurador la frustración del contrato, tratándose de circunstancias que influyan de manera determinante en la delimitación del riesgo, tenido en cuenta a la hora de contratar.

Por ello parece fundamental determinar y acreditar que existió dolo o culpa grave del asegurado/tomador

Ello exige un examen riguroso de los tribunales de forma individualizada del caso, siendo habitual la inadmisión de dolo del asegurado (AP Barcelona 18.2.2005) ya que debe ser clara la intención del asegurado de engañar u ocultar dolosamente aquellos datos que influían de forma directa en el riesgo asegurado, lo que conllevaría, según la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, la liberación del asegurador

Cito Sentencias dependiendo de la prueba y del caso en cuestión:¹⁸

¹⁵ Como ejemplo Sentencias recientes favorables al asegurado: SAP Madrid Sección 11ª de 2.2.2012, SAP Álava Sección 1ª 12.5.2010, SAP Asturias Sección 6ª de 2.4.2012, SAP Cáceres Sección 1ª de 12.1.2012

¹⁶ Deber establecido de forma clara en sentencias como STS sala 1ª de 15.11.2077, SAP Madrid Sección 21ª de 26.1.2012, SAP Madrid Sección 19ª de 19.5.2008

¹⁷ Profesora Dª Mercantil UNED. Poder judicial 1989 nº 16 pág. 159 y siguientes

¹⁸ referencias de Sentencias de J. DOMINGO MONFORTE en Revista La Ley de marzo 2008. *Seguros de vida: dolo del asegurado* pág. 1750

Desidia del asegurador (SAP Las Palmas 24.7.2006, STS 19.2.2004, STS 1.6.2006, SAP Castellón 14.1.2005)

Dolo del asegurado (STS 24.6.1999; STS 12.7.1993, SAP Granada 27.10.2003, STS 15.10.2003, SAP Córdoba 14.4.2000)

Por último, otro factor a tener en cuenta y que ha sido respaldado por Doctrina de nuestro Alto Tribunal, sería la existencia de una omisión de una enfermedad previa, que podía influir en la valoración del riesgo. En estos casos es habitual el pronunciamiento de aplicar una reducción de la prestación a cargo de la aseguradora ya que "esas omisiones sí deberían tenerse en cuenta para que las patologías a que se refieren, fueran excluidas del seguro, y ofertar un importe distinto de la prima del mismo, así como en su caso, posiblemente el del capital asegurado.

Lo lógico sería tener en cuenta el cumplimiento del deber de declaración por el asegurado al rellenar un cuestionario donde se concreta de manera precisa aquellas enfermedades que puedan influir en la valoración del riesgo con arreglo a datos objetivos y siempre sin olvidar que la declaración se refiere a la apreciación del asegurado de sus propias circunstancias en ese momento de perfección del contrato, pese a que luego pueda existir un desfavorable desarrollo posterior de esa enfermedad, cuyo conocimiento o expectativa no es exigible al asegurado, siempre bajo criterios razonables y sin obviar la buena fe de las partes.

Sin embargo, resulta habitual la inclusión en pólizas de vida de cláusulas que excluyen el fallecimiento con causa en enfermedades anteriores a la celebración del contrato, las cuales ha generado polémica así como diversos criterios, ya que se modifica la posición protegida por Ley del asegurado, a más de poder discutir sobre si las mismas se califican como delimitadores del riesgo o limitativas de los derechos del asegurado.

Así, la importancia reside en que si el fallecimiento se produce como consecuencia de una enfermedad preexistente, resulta de aplicación la cláusula de exclusión y por ende el asegurador queda liberado del pago de la indemnización convenida (sin incluir el dolo o la inexistencia de riesgo, ya que es ello es causa clara e indiscutible de liberación para el asegurador), y que el asegurador -amparándose en dicho precepto legal- alegue la cláusula de exclusión y oponerse al pago absoluto por no cobertura,

al ser claramente un riesgo excluido y aceptado por el asegurado

Otra opción que se plantea es la reducción de prestación en proporción a la prima que pagó, respecto de la que existen diferentes criterios jurisprudenciales, entre los que destaco el siempre Voto Particular formulado por el Magistrado Xavier O'Callaghan Muñoz que considera, que no procede ni siquiera la reducción, puesto que la compañía no había probado que la ocultación de una circunstancia influyera en la evaluación del riesgo. (por ej: STS 12.4.2004 donde la ocultación de enfermedad previa del cuestionario no fue causa de la muerte)

Como ya he dicho, el criterio no es unánime y existen Sentencias en uno y otro sentido, por lo que habrá que analizar las circunstancias de cada caso, para poder aplicar una u otra solución, sin olvidar la protección del asegurado.

II. b) Incontestabilidad de la póliza

Como he mencionado en el punto anterior, la declaración de salud marca el estado en que se encuentra el asegurado en un momento cronológico determinado por lo que, a partir de dicha fecha y como riesgo asumido, la salud del sujeto asegurado puede mejorar o empeorar, como parte de la evolución de la vida y envejecimiento normal de una persona

Por ello y con una finalidad de dotar de certeza jurídica al tomador que la póliza de seguro no va a ser sometida a impugnación por motivo de una declaración inexacta o errónea en cualquier momento o tras el acaecimiento del siniestro, se propicia la cláusula de incontestabilidad o impugnabilidad. Con ello se acorta el plazo legal de acción de nulidad o rescisión del contrato por inexactitudes, en beneficio del asegurado-consumidor, transcurrido el cual el asegurador no queda liberado de su obligación de indemnizar por inexactitud de la declaración del que contrató.

Inicialmente se consideró el plazo de dos años que finalmente, en la Orden ministerial de 24 de enero de 1977 se recoge - por la práctica generada en este ámbito- la cláusula de indisputabilidad con efecto a partir del año, contado desde la perfección del contrato.

Así, la Ley del Contrato de Seguro, regula este plazo en su Artículo 89:

En caso de reticencia e inexactitud en las declaraciones del tomador, que influyan en la

estimación del riesgo, se estará a lo establecido en las disposiciones generales de esta Ley. Sin embargo, el asegurador no podrá impugnar el contrato una vez transcurrido el plazo de un año, a contar desde la fecha de su conclusión, a no ser que las partes hayan fijado un término más breve en la póliza y, en todo caso, salvo que el tomador del seguro haya actuado con dolo¹⁹.

En este caso, el plazo como bien señala el precepto podría ser inferior a un año (si las partes así lo convienen) pero nunca superior a un año, ya que dicha ampliación se declararía nula de pleno derecho, al igual que fijar el comienzo del cómputo del plazo posterior al de la perfección del contrato, todo ello con la finalidad de protección del asegurado/consumidor de seguros.

Además, añadir que el plazo de impugnabilidad es perfectamente compatible con la facultad de rescindir el contrato de seguro en el plazo de caducidad de un mes, a contar desde que el asegurador tiene conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro al contestar al cuestionario, durante el cual ha de dirigir al tomador del seguro una declaración rescisoria

Se exceptúa de esta norma tanto el dolo como la declaración inexacta relativa a la edad del asegurado. A esta última, como hemos visto con anterioridad, se le da un trato diferenciado en el seguro de vida para el caso de muerte, y que se regula en el Artículo 90 LCS:

“En el supuesto de indicación inexacta de la edad del asegurado, el asegurador sólo podrá impugnar el contrato si la verdadera edad del asegurado en el momento de la entrada en vigor del contrato excede de los límites de admisión establecidos por aquél.

En otro caso, si como consecuencia de una declaración inexacta de la edad, la prima pagada es inferior a la que correspondería pagar, la prestación del asegurador se reducirá en proporción a la prima percibida. Si, por el contrario, la prima pagada es superior a la que debería haberse abonado, el asegurador está obligado a restituir el exceso de las primas percibidas sin intereses.”

En los seguros sobre la vida se establece un límite de edad del asegurado mínimo por deba-

jo del cual no se admite el seguro y un límite de edad máximo por encima del cual tampoco se admite el seguro (este periodo suele oscilar entre los 14 años -conforme al último párrafo del Art 83 - y los 60-70 años de edad, el cual varía en función de cada asegurador o cada modalidad aseguradora), dejando a salvo la facultad unilateral del asegurador de hacerlo y exigir una sobreprima.(SAP Barcelona sección 13ª 14.3.2008)

Pero hemos de distinguir dos supuestos, según afecte a dichos límites de admisibilidad:

* Pues bien, si la indicación errónea o inexacta de la edad afecta a los límites de admisibilidad mínimo o máximo (en contra de lo declarado por el tomador del seguro la verdadera y real edad del asegurado, en el momento de la entrada en vigor del contrato, estaba por debajo del límite mínimo o por encima del límite máximo) el asegurador tiene las siguientes posibilidades:

Si es antes de ocurrir el siniestro: dispone de la acción de rescisión del contrato o puede optar con exigir una sobreprima para compensar el mayor riesgo asegurado. Puntualizar que para el caso de rescindir el contrato, nada regula la LCS, no obstante en mi opinión y de cara a no producir un enriquecimiento injusto de la aseguradora, el asegurado debería tener derecho a la devolución de las primas abonadas y percibidas por el asegurador

Si el asegurador viene en conocimiento del error o inexactitud de la declaración del tomador después de producido el siniestro quedará liberado de su obligación de pagar la suma asegurada.

* Por el contrario, si hubo errónea o inexacta declaración de la edad pero dentro de los límites de admisibilidad mínimo o máximo ni puede rescindirse el contrato ni queda el asegurador liberado de su obligación de pagar la suma asegurada, sino que se exige un ajuste del contrato de seguro inicial a la situación real, encontrándonos, según el caos con distintos supuestos:

*si las inexactitudes no tienen trascendencia tarifaria, no existe sanción de ningún tipo para el asegurado.

*en otros casos, si la prima pagada es inferior a la que correspondería pagar, la prestación del asegurador se reducirá en proporción a la prima percibida.

¹⁹ Ejemplo de aceptación jurisprudencial del plazo de un año para que el cuestionario se vuelve inatacable entre otras SAP Madrid Sección 12ª de 3.2.2009, SAP Barcelona Sección 16ª de 23.9.2010

*y si por el contrario, la prima pagada es superior a la que debería haberse abonado, el asegurador está obligado a restituir el exceso de las primas percibidas sin intereses.

Igualmente el escenario cambia, cuando existe dolo, como regula el Art 89 cuando cita la excepción: "salvo que el tomador del seguro haya actuado con dolo."

Así, cuando existe dolo o culpa grave, es decir, cuando el asegurado/tomador oculte de forma intencionada datos relevantes sobre el estado de salud o respuestas concretas del cuestionario, teniendo en cuenta que sus respuestas afectan de forma directa a la apreciación del verdadero riesgo existente por parte de la Cía. aseguradora, ésta podrá siempre ejercitar la acción por dolo, dejando inaplicable el plazo de incontestabilidad.

Numerosa jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal (ej. STS de 30 de septiembre de 1996) confirma que la oposición de una Aseguradora puede ser acogida incluso después de transcurrido un año, de haber mediado dolo de parte del tomador del seguro, señalando de forma expresa lo que se considera conducta dolosa o culposa grave:

"El dolo supone una actitud de insidia o engaño, en el sentido del art. 1269 del CC , consistente en la ocultación consciente o el engaño deliberado sobre hechos que se saben relevantes y de influencia determinante en la celebración del contrato, a diferencia de la culpa grave, a la que también se refiere el artículo 10 de la misma Ley pero no el artículo 89 , que equivale a la falta de diligencia inexcusable, o como sostiene la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2006 : el elemento intencional al que es tan sensible el contrato de seguro, ha querido extenderse en este caso del artículo 10 a esos dos supuestos; comprende así el caso de declaraciones inexactas o recientes para dolo, es decir, cuando esas declaraciones tienen como finalidad el engaño del asegurador, aunque no se tenga la voluntad de dañar a la otra parte (artículos 1260 y 1261 del Código Civil) y, también, aquellas declaraciones efectuadas por culpa grave, esto es, con una falta de diligencia inexcusable en la contestación del cuestionario. Y, atendiendo a que incumbe a la aseguradora demandada la carga probatoria sobre la alegada presencia de dolo en la declaración de estado de salud realizada por el asegurado, capaz de exonerarla del pago de la prestación exigida"

Si bien, en la práctica, el dolo -como en cualquier ámbito- resulta difícil de probar, por cuanto nos encontramos con la demostración de la voluntad de un sujeto, por lo que la mayoría de la jurisprudencia se dicta en el sentido de no admitir el dolo como animo de engañar (ej: STS Sala Primera Civil de 29.4.2008)²⁰.

Como hay que atender a la casuística, también encuentro sentencias, donde a sensu contrario, se considera que existió dolo al omitir en el cuestionario la posibilidad de enfermedad que le causó la muerte (STS Sala Primera Civil de 15.11.2007 y mas recientes AP Asturias Sección 4ª de 23.3.2011 y SAP Madrid Sección 21ª de 26.1.2012)²¹.

III. 2. EL RIESGO DURANTE LA VIDA DEL CONTRATO

Las variaciones que el riesgo puede sufrir desde que se perfecciona el contrato no han sido objeto de regulación especial en el ramo de vida, por lo que se recurre al deber general de declaración del Art 89 LCS así como al deber de declaración de alteraciones o modificaciones del riesgo del Art 10 LCS, así como al deber específico de comunicar aquellas cuestiones relevantes para la consideración del riesgo que agraven o disminuyan del Art 11 y 13 LCS.

Es claro que el riesgo básico del seguro de vida es el paso de los años y el empeoramiento progresivo de salud que resultan esenciales e inherentes a la naturaleza humana, sin que ello sea considerado agravatorio, ya que es obvio que el paso del tiempo incrementa el riesgo de fallecimiento.

Debe tenerse en cuenta que la liberación del asegurador es una sanción considerablemente grave para el asegurado. Recordemos que la Ley de Contrato de Seguro la aplica restrictivamente: a título de ejemplo, el art. 16 de la Ley de Contrato de Seguro, que prevé el deber del asegurado de facilitar al asegurador las informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro, también dispone que "en caso de violación de este deber, la pérdida del derecho a la indemnización sólo se producirá en

²⁰ En la que se aprecia desatención a la hora de contestar el cuestionario pero no dolo (con finalidad de engaño) ni culpa grave (falta de diligencia inexcusable). Asimismo se admite la carencia de prueba de dolo SAP Zaragoza sección 4ª 24.11.2010.

²¹ El asegurado ocultó dolosamente su intervención por tumores y tratamiento de radioterapia y por tanto exonera del pago al asegurador

el supuesto de que hubiese concurrido dolo o culpa grave”.

Con estos criterios nos damos cuenta que una vez más la concepción de salud es personal y particular que no resulta claro hasta donde se puede exigir la declaración de circunstancias y donde empieza la ocultación racional del asegurado de determinados hechos, salvo contestar al cuestionario del asegurador, por lo que dejamos en manos de la sana crítica de los jueces la valoración caso por caso de los hechos (en el difícil papel de discernir la voluntad que tuvo el asegurado)

No obstante no podemos olvidar la facilidad con la que se contratan los seguros de vida, la poca precisión o ambigüedad o generalidad de muchos de los cuestionarios, dejando recaer el peso de los datos y su declaración en el asegurado que lo hará de forma subjetiva, para luego tratar de objetivar cualquier estado de riesgo, ya que es la compañía la que obtiene un beneficio a través de la prima y por ende, es su deber comprobar el verdadero estado del riesgo que quiere asegurar, lo que impide la práctica habitual pero que ha de ir en su perjuicio y no en el del asegurado.

Por eso dicho precepto de declaración inicial debe estar relacionado con los deberes de información de las partes. Concretamente, con el art. 11 que prevé “el tomador del seguro o el asegurado deberán, durante el curso del contrato, comunicar al asegurador, tan pronto como les sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas”.

El problema que subyace en este precepto es la subjetiva delimitación o concepción de tales agravaciones, lo cual no resulta ser una cuestión pacífica ni unánime en la jurisprudencia, provocando absoluta inseguridad en los asegurados acerca de cuáles son los hechos que suponen un agravamiento y deben ser comunicados a la compañía de seguros, a fin de evitar el rechazo del siniestro amparándose en tal alegato.

Para ello y puesto que no existe un pronunciamiento legal expreso, debemos acudir a la jurisprudencia que determina que el empeoramiento del estado de salud no supone una agravación del riesgo, por tanto no existe obligación de comunicarlo, como así mantienen

importantes sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, entre ellas 11.5.2007 y 31.5.1997 (en este caso se trataba de un seguro de vida para el caso de muerte con cobertura de fallecimiento por cualquier causa y sin especificación de excepciones a enfermedades que pudieran causarlo, por lo que el diagnóstico posterior a la perfección del contrato de enfermedad letal no supone la infracción del Art 11 LCS, ya que la finalidad de este seguro era cubrir dicho evento por cualquier motivo y sin limitación y admitir lo contrario iría en perjuicio del asegurado y en contra de lo pactado)

Esta viene a ser la vertiente general admitida por esta Sala 1ª TS y seguida por numerosas Audiencias Provinciales²²

Sin embargo, la misma sala 1ª del TS dictó una sentencia de fecha 4.1.2008, que llama la atención por el giro interpretativo que da a ese deber de declaración de agravación, la cual ha sido comentada por numerosos autores expertos en la materia.

En dicha Sentencia, la diferencia con la arriba comentada es que el contrato no se formalizó hasta después de un diagnóstico de enfermedad (cáncer) que le supuso la muerte 9 meses más tarde, pero que desconocía cuando contrató con la Aseguradora y por lo tanto muy similar al caso citado de 1997.

Aquí, nuestro alto Tribunal consideró que no existió infracción del Art 10 LCS, ya que la alusión genérica a problemas de estómago del cuestionario y su respuesta negativa se han de entender conforme al canon de buena fe siempre presente, y puede concluirse que hubo inexactitud al contestar, pero motivado por el diagnóstico de normalidad de los resultados.

No obstante concluye que si hubo infracción del Art 11 en cuanto al deber de comunicar la agravación del riesgo, al haberse producido circunstancias relevantes y sobrevenidas que dejan sin contenido la declaración de salud formulada mediante cuestionario y que no habiendo transcurrido el plazo de un año, debió de poner en conocimiento del asegurador para valorar su decisión de asegurar o no dicho riesgo, presumiendo por tanto la intención del asegurado de omitir ese dato al asegurador, sabiendo de su importancia modificativa del riesgo teniendo en cuenta en el momento de contratar el seguro.

²² También para el caso de desconocer su enfermedad al suscribir SAP Barcelona sección 16ª de 14.1.2011, SAP Cádiz sección 5ª 29.11.2010

El argumento utilizado por el Tribunal de ampliar el deber de declaración inicial a circunstancias que podían haber sido conocidas u objetivamente conocidas o susceptibles de conocimiento, dejaría en mi opinión desamparados y sin cobertura a todos aquellos asegurados de buena fe que no declaren una enfermedad no diagnosticada, pero que tenga orígenes que podrían haber sido detectados en un momento anterior.

A mayores, la Sentencia interpreta el Art 89 LCS de una manera más que discutible, utilizando el plazo de un año como el plazo para declarar toda circunstancia relevante para la salud, incluida en el cuestionario y conocida posteriormente a la formalización del contrato. Por ende, con tal argumento lo que hace es extender el deber de declaración precontractual o inicial durante todo un año cuando parece claro que la finalidad del precepto es justo lo inverso, es decir, por seguridad jurídica se atribuye certeza a todo lo declarado en ese momento transcurrido un año, asegurando la posición del asegurado y no al contrario como hace la sentencia de 2008, donde deja en manos del asegurador la decisión de simplemente no cubrir el fallecimiento o modificar las condiciones del contrato, lo que resultaría fortalecer la posición más fuerte de este tipo de contrato y desequilibrar las prestaciones de un pacto que debiera ser bilateral.

Si -como marca la ley- no es posible probar la intención de ocultar (dolosa o culposa) del tomador/asegurado al contestar el cuestionario, resulta inadmisibles poder acudir al Art 11 LCS para liberar al asegurador del pago de la prestación convenida, puesto que la compañía cuenta con medios técnicos y económicos suficientes para poder examinar el riesgo, previendo la posibilidad de exclusión de cobertura de fallecimiento en caso de padecer enfermedades diagnosticadas en un plazo o con cualquier origen anterior a la celebración del contrato...etc.

Dado que no resulta criterio unánime, también existe una jurisprudencia menor con Sentencias que consideran la exclusión como delimitadora y por tanto correctamente incorporada, al tratarse de una clausula que concreta el objeto de cobertura (ej: SAP Pontevedra sección 3ª 15.12.2009).

Otros autores²³ consideran que el límite a las exigencias al asegurado respecto a su declaración de circunstancias está el art 4 LCS, es

decir, para que el contrato no sea nulo, y tenga validez es necesario que exista riesgo, y que este no se haya producido (aplicado a los casos de las sentencias comentadas: que la enfermedad preexistente no haya sido declarada por el tomador, si era objetivamente cognoscible -casi seguro acaecimiento-).

Cuestión distinta a lo comentado sería la inclusión en póliza de clausula que excluya la cobertura de siniestros debidos a enfermedades anteriores, lo que además, resulta usual en los seguros de personas, estableciendo la clausula de exclusión de siniestros relativa a enfermedades anteriores a suscribir el contrato, y que trata de limitar la cobertura de siniestros cuya causa sea posterior a la suscripción del contrato y que solo opera cuando existe nexo causal entre la enfermedad y el siniestro y que exista antes de la contratación, independientemente de si lo conocía o no.

Por ello y en protección del asegurado, el TS en numerosas sentencias (ej: 31.12.2003) estiman inadmisibles la interpretación de dicha clausula en cuanto a entender que cualquier síntoma anterior pueda ser considerado como enfermedad preexistente, puesto que la limitación de responsabilidad de la compañía en su prestación sería excesiva y contraria al asegurado. Con otros fundamentos reduciríamos completamente el contenido del seguro de vida únicamente a la muerte súbita sin origen en una enfermedad o padecimiento mínimo anterior, lo cual a su vez resulta difícilmente determinable (medicamente hablando, ¿tendría que haber síntomas anteriores, molestias...?).

Tal es su importancia, que la clausula en cuestión ha generado numerosa jurisprudencia tendente a determinar si se trata de una clausula limitativa o delimitadora, definiendo el TS en sentencia de 26.2.1997 y posteriores que se trata de una clausula limitativa por cuanto la intención de los contratantes es el riesgo de muerte y cualquier limitación reducción o exclusión ha de interpretarse como limitación, por lo que ha de reunir los requisitos del art 3 LCS, para que el asegurado conozca y sea consciente del riesgo realmente contratado y la limitación de la responsabilidad del asegurador²⁴.

Una vez mas y dado que tal interpretación no resulta unánime, también existe una jurisprudencia minoritaria que considera la exclusión

²³ Entre otros M .L. Muñoz Paredes y L .F. Reglero Campos defiende esta postura

²⁴ Confirmado por recientes Sentencias como SAP Barcelona (sección 13ª) de 27.10.2010 y por autores como Dña Mercedes Vergez Sanchez

como delimitadora y por tanto correctamente incorporada, al tratarse de una cláusula que concreta el objeto de cobertura (ej: SAP Pontvedra sección 3ª 15.12.2009).

IV.- DELIMITACIÓN DEL RIESGO EN EL SEGURO DE VIDA

En los seguros de vida, tal y como apunta el Art 91 LCS: “En el seguro para caso de muerte el asegurador sólo se libera de su obligación si el fallecimiento del asegurado tiene lugar por alguna de las circunstancias expresamente excluidas en la póliza”.

Sin embargo, nada se dice acerca del supuesto de seguro de vida para caso de supervivencia a una determinada fecha, donde, lejos de limitar la supervivencia o sus circunstancias, la única limitación es la muerte del asegurado.

1. EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL RIESGO EN EL SEGURO DE VIDA

Dicho principio viene consagrado en el Art 91 LCS, y así es manifestado por Dña Mercedes Vergez Sanchez en su trabajo sobre el Deber de declaración del riesgo del tomador o del asegurado en el seguro de vida²⁵, por el que entiende, en el caso de muerte, la asunción por parte del Asegurador del riesgo de fallecimiento cualquiera que sea la causa el tiempo o las circunstancias en que se haya producido y solo quedará liberado si dicho fallecimiento tiene lugar por alguna de las circunstancias expresamente excluidas en la póliza, estableciendo “un principio de universalidad del riesgo, lógico en relación con la pérdida de vida como riesgo cubierto en este contrato, y que hay que armonizar con lo dispuesto en el artículo 89 sobre el deber de declaración del riesgo, sea en el momento de la celebración del contrato sea durante la vigencia del mismo”.

De acuerdo con el principio de protección al asegurado, las causas taxativas de exclusión de riesgo que impiden la cobertura deben ser enumeradas con claridad y precisión en el contrato, bien en las condiciones generales o particulares y deben ser tratadas como cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, ya que limitan los derechos del beneficiario o tomador en su caso.

Siendo así, para que sean eficaces las cláusulas del contrato que, sin estar prohibidas por

la LCS, limitan de alguna manera los derechos del asegurado, se exige que se destaquen de modo especial y que hayan sido específicamente aceptadas por escrito. Con el requisito general de todas las condiciones generales o particulares de que se incluyan en la proposición de seguro, (si la hubiere) o en la póliza del contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y del que se le entregará copia; y con la obligación de que se redacten de forma clara y precisa, se intenta garantizar que el contenido de esas condiciones sea no sólo equitativo sino conocido por el asegurado; y que, por lo tanto, la adhesión sea algo más que una formalidad que da lugar a una relación contractual para llegar a aproximarse, simular, un verdadero consentimiento contractual: el asegurado ha de conocer exactamente qué cobertura le ofrece el asegurador para suscribirla en sus propios términos, evitando que se forme falsas expectativas.

Por ello, si no se destacan los riesgos excluidos y no son aceptados de forma expresa por el asegurado o tomador en el momento de perfección del contrato (art 3 LCS) podemos concluir que no existe riesgo excluido. Ambas exigencias se corresponden con los controles de contenido y de inclusión en el contrato que establecen la LCGC y la LDCU.

2.- RIESGOS EXCLUIDOS Y RIESGOS AGRAVADOS

Riesgo excluido es aquel hecho o evento que una vez producido no genera el deber de indemnización del asegurador. En la práctica, estos riesgos cada vez son menos (ej: navegación submarina, submarinismo, viajes de exploración, radiación nuclear, contaminación radioactiva...).

Por ello, si el siniestro acaece como consecuencia de un riesgo excluido, la aseguradora queda liberada del pago de la prestación (salvo pacto de pago de provisión matemática...o cualquier otro entre las partes), debiendo diferenciar la exclusión de riesgo con lo exclusión (o no inclusión) de determinadas personas o colectivos en la cobertura del seguro.

Riesgo agravado, aquel por el que, tras el acaecimiento de determinadas circunstancias, el riesgo cubierto por una póliza adquiere una peligrosidad superior a la inicialmente prevista, por lo que es posible la cobertura mediante el deber de información y el pago de una sobrepriima, concediendo al asegurador el derecho a modificar las condiciones del contrato ajust-

²⁵ Publicado en la Revista Española de Seguros 2010 nº 142 pág. 397 a 406

tándose a la realidad del riesgo existente tras la agravación o aumento del riesgo inicialmente asegurado

El deber de declaración posterior a la perfección del contrato hasta su extinción y que compete al asegurado, viene regulado por la aplicación genérica de los artículos 10, 11 y 12 LCS, para todos los seguros, lo que se complementa con la aplicación de los artículos 89 y 90 para los seguros de personas, y que conlleva un régimen más favorable para el asegurado en los seguros de vida, según algunos autores²⁶, que apoyan la tesis de que transcurrido el plazo de un año, la indisputabilidad impide tanto la resolución del contrato como la aplicación de la regla de equidad, salvo las excepciones ya citadas.

De las modificaciones del riesgo es sin duda la agravación la de mayor transcendencia práctica, que en los seguros de vida se presenta en forma de determinadas circunstancias o factores de riesgo, incluidas en el cuestionario y que son relevantes para tarifar el riesgo: como el cambio de profesión, hábitos de vida, la nueva práctica de deportes no realizados hasta entonces....etc.

En caso contrario se aplicaría igual el derecho del Artículo 13 LCS, esto es, para el caso de disminuir el riesgo (persona que cambia a una profesión de menor riesgo, o abandona la práctica de un deporte).

Así, en cuanto a la agravación el artículo 11 LCS dispone: “El tomador del seguro o el asegurado deberán durante el curso del contrato comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas”.

Algunas aseguradoras recogen a modo de ejemplo pero no de forma taxativa algunos de los posibles casos en los que habría que comunicar, sin excluir otros posibles, siendo lo más habitual encontrar la cláusula genérica de “obligación de comunicar todas las circunstancias que agraven el riesgo”, conforme al artículo 11, persistiendo, por ende, la duda de qué alteraciones del estado de salud habría que comunicar.

Sin embargo esa comunicación no se puede convertir en algo “diabólico” para el asegurado con el deber de comunicar cualquier cambio acaecido en su vida o costumbres, sino aquellas que según un criterio razonable y prudente puedan conllevar agravación del riesgo

Como así manifiesta y nos aclara Dña. Mercedes Vergez Sanchez²⁷ en cuanto a declarar el aumento de riesgo en los seguros de vida: “de lo que no se puede prescindir a la hora de aplicar las normas señaladas al seguro de vida es de la naturaleza especial del riesgo que se cubre, de manera que el agravamiento del riesgo para que funcione como tal, no debe entrar dentro de la cobertura normal del seguro y por consiguiente ser un agravamiento del estado de salud de manera que solo puede considerarse claramente como tal el relacionado con circunstancias objetivas relativas al ejercicio profesional o actividad que desarrolle el asegurado, si fueron tenidas en cuenta a la hora de contratar y desde luego es necesario que haya realmente agravamiento del riesgo”.

Según indicaba, parece claro que las pólizas no indican de forma expresa cual ha de ser la conducta del asegurado en cuanto a comunicar las “agravaciones” de su estado de salud, por lo que es necesario acotar el agravamiento a circunstancias objetivas y valoradas por el asegurador a la hora de contratar el seguro, puesto que lo contrario sería dejar muy reducida la cobertura del seguro, reduciendo asimismo al mínimo el riesgo de las aseguradoras.

3.- LA COBERTURA DEL SUICIDIO.

Se entiende por suicidio aquella acción de quitarse voluntariamente la vida, entendiéndose por tal la muerte causada consciente y voluntariamente por el propio asegurado. Una voluntad libre y consciente dirigida a quitarse la vida, lo que excluye claramente situación como enajenación mental (permanente o transitoria), depresión, inconsciencia del acto.

Lógicamente la cobertura o no del suicidio tendrá relevancia en los seguros de vida para el caso de muerte, ya que en los casos de supervivencia, el suicidio juega en contra del asegurado dada la causa extintiva del pago de prestaciones por no alcanzar la fecha fijada para supervivencia.

²⁶ Entre otros María Luisa Muñoz Paredes en *La agravación del riesgo en el seguro de vida* de la Revista Española de Seguros 2010 nº 141

²⁷ Catedrática de Derecho Mercantil de UNED en su trabajo sobre el deber de declaración en el seguro de vida publicado en la Revista Española de Seguros 2010 nº 142.

Hemos de partir de la protección constitucional del derecho a la vida, donde el suicidio se contempla como un hecho negativo. Sin embargo en el seguro de vida, se permite al asegurado acabar con su propia vida, lo que - en principio y por lo que paso a analizar a continuación- debe generar en la aseguradora el deber de pago de la prestación convenida.

Dada esta posibilidad y obligación de pago del asegurador, lo que se trata de evitar es que este tipo de conductas puedan estar remuneradas, es decir, que el asegurado que tenga intención de suicidarse (voluntad anterior a la perfección del contrato) trate de mejorar económicamente a los designados como beneficiarios, puesto que dicha conducta puede interpretarse como contraria al principio de buena fe, que ha de estar presente en todos los contratos, motivo por el que el asegurador, en este caso, quedaría liberado de cumplir con la prestación pactada.

El art 423.2 CCom. de 1885 establecía el suicidio como riesgo excluido y no asumido por el asegurador en el seguro de vida. No obstante, la práctica de este seguro a lo largo de los años hizo que se plantease la admisión de la clausula donde la prohibición resultase acorde a un carácter dispositivo, lo que finalmente se traduce en la redacción del art 93 LCS: "Salvo pacto en contrario, el riesgo de suicidio del asegurado quedará cubierto a partir del transcurso de un año del momento de la conclusión del contrato", buscando asimismo la aprobación de la Administración pública ante los condicionados de tales pólizas, como mecanismo de control.

Por ello, y atendiendo a ese principio dispositivo que se proclama, hemos de preguntarnos si sería válida y eficaz una clausula general que suponga un pacto contrario a lo dispuesto en el art 93, es decir, que o bien suprima el plazo de carencia lo que supone una condición más favorable para el asegurado y por ende, la calificamos de válida y eficaz o bien que excluya el suicidio en todo caso, lo que calificaríamos de desfavorable para el asegurado y por ello limitativa de sus derechos, por lo que se exige el cumplimiento de los requisitos del Art 3 LCS (aceptado expresamente por escrito) así como los requisitos establecidos por la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal (resaltado, letra de mayor tamaño o negrita...).

En este sentido, si se quiere excluir el suicidio en todo caso, habrá que hacerlo de manera expresa sin poder aludir a lo dispuesto en el art 19 LCS, para el caso de ser causado por dolo: "El asegurador estará obligado al pago de la pres-

tación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado"²⁸.

Sin embargo, muchos autores, entre los que destaca Sanchez Calero, pensaban que la verdadera cuestión era si las clausulas respetaban la moral y el orden público, por lo que el dilema finalmente fue puesto sobre la mesa del Tribunal Supremo que se pronunció al respecto en 1962 (STS 9.1.62) que resulta ser el antecedente directo del actual Art 93 LCS: "A estos efectos se entiende por suicidio la muerte causada consciente y voluntariamente por el propio asegurado".

En este caso concreto se analizaba el supuesto de un asegurado que se suicida en un ataque de enajenación mental durante el periodo de un año de carencia establecido en la póliza, estableciendo de forma clara la sentencia la diferencia entre suicidio voluntario -con la facultad de querer acabar con su vida- y el involuntario -donde el asegurado realiza un acto que no le es imputable por la inconsciencia del mismo-.

La casuística de la jurisprudencia nos enseña que hay que analizar cada caso en concreto para poder determinar si el sujeto tenía voluntad de querer su muerte o se encontraba en estado de enajenación mental o física, lo que dependerá de cada sujeto y sus circunstancias personales concretas y como no, también de la prueba que se realice sobre la existencia de voluntad o no en el sujeto en ese momento.

Respecto a la prueba de la voluntad, el principio establecido por nuestro art 217 LEC, recae todo el peso de probar el suicidio sobre el asegurador²⁹, como ha de probar cualquier otro riesgo excluido de la póliza, sin embargo, la jurisprudencia ha ido generando otro tipo de prueba en sentido contrario que recae sobre los beneficiarios que es probar la inconsciencia o involuntariedad del acto. Claramente esta carga de la prueba es desfavorable para el asegurador dada la dificultad de probar el suicidio y la voluntad de una persona en un momento concre-

²⁸ Algunos autores se han pronunciado en contra como Reglero Campos "comentario al art 93 LCS" Ley del Contrato de Seguro. Jurisprudencia comentada. Cizur Menor 2007 pág. 1299, donde manifiesta que si el suicidio se produce con el fin que los beneficiarios cobren una indemnización, el hecho estaría excluido, en cualquier tiempo que se realice, no por el art 93 sino por mor del art 19.

²⁹ SAP Las Palmas sección 4ª 25.1.2008, será la compañía de seguros la que ha de probar el suicidio para poder excluirlo de la cobertura del seguro. A sensu contrario, SAP Navarra sección 2ª 1.3.2004 queda probado el suicidio como causa de fallecimiento y por tanto excluido de cobertura de la póliza

to, lo que a su vez apoya el establecimiento de la cláusula de incontestabilidad o plazo de carencia para la eficacia de la cobertura del suicidio de un año desde la conclusión del contrato.

Como ya hemos mencionado, dicho plazo se puede modificar (siendo inferior lo que favorece al asegurado) o siendo superior o con exclusión total si cumple los requisitos jurisprudenciales y del art 3 LCS.

La imposición del Art 93 determina que si se produce el suicidio durante el periodo anual fijado tras la perfección del seguro de vida, el asegurador quedaría liberado de su obligación de indemnizar (salvo pacto de cobertura voluntario en contra). Sin embargo, una vez transcurrido dicho plazo de un año, salvo pacto en contrario, el asegurador debe asumir el suicidio por la incontestabilidad de la póliza.

A modo de ejemplo me permito transcribir literalmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 21/03/2007 que me parece ilustrativa en este delicado asunto del suicidio y su prueba:

“La desestimación de los tres motivos radica, en primer lugar, en que no se ha conculcado la doctrina sobre inversión de la carga de la prueba. Se olvida que esa doctrina sólo opera, así como la carga de probar los hechos alegados, cuando los hechos en cuestión no han sido probados, como así lo ha declarado profusa jurisprudencia, poniéndolo a cargo de la parte a la que correspondía haber proporcionado esta prueba. Pero esto no ocurre aquí. En la demanda se reclamaba el cumplimiento del contrato de seguro por haberse producido la muerte del asegurado de manera violenta, mientras que la recurrente invoca la hipótesis del suicidio como contrapuesta a accidente, y esto no se acredita por quien debía hacerlo como hecho impeditivo a través de cualquier medio de prueba, teniendo en cuenta la dificultad que supone acreditar las intenciones del fallecido, pero que la aseguradora asume desde el momento en que presta cobertura a situaciones en las que se contempla y se excluye el suicidio. La prueba del juicio y la suma coordinada de indicios es, por el contrario, la que lleva al convencimiento del juzgador a ofrecer una solución distinta”.

Como venimos poniendo de manifiesto, todo se reduce a una cuestión de prueba y a la valoración que pueda realizar el juzgador según la sana crítica de “questio facti” y en cada caso concreto. “La apreciación de la conciencia y voluntariedad constituye una “questio facti”, que pertenece al ámbito de la valoración probatoria, y constituye

función soberana del órgano jurisdiccional de la instancia” (STS 26 de abril de 2000).

V.- CONCLUSIONES

En el seguro de vida, nacido hace más de un siglo, el riesgo asegurado es el estado de salud y la probabilidad de morir o vivir a una determinada fecha.

Nos encontramos ante un contrato donde se presume el principio de la buena fe de las partes, en protección del asegurado.

Las aseguradoras, como en otros ámbitos, se han tenido que adaptar a factores como envejecimiento de la población, el aumento de esperanza de vida, la aplicación de nuevas técnicas de diagnóstico, la medicina preventiva y en general a los avances de la ciencia en este campo.

Considero que la Ley está aplicando la protección de los menores en este terreno, pero no así a las personas con discapacidad que son un grupo importante pero queda mucho camino por recorrer hasta que alcancen un nivel de igualdad y protección deseable para ellos, por lo que merece un cambio legal.

Se distinguen claramente dos momentos valorados del riesgo; antes de la formalización del contrato y una vez contratada la póliza:

*el primero como deber precontractual (y no como obligación) de declarar todas aquellas circunstancias conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo que se traduce en rellenar un Cuestionario de salud y que viene a ser una auténtica declaración de gran importancia en determinados casos (dependiendo de la dolencia que puedas padecer), analizando los factores de riesgo y otras circunstancias que influyen de forma decisiva en la contratación, que siempre se ha de hacer sobre el caso concreto, sin ánimo de generalizar.

*el segundo sería el posterior al contrato y prolongado en el tiempo, donde sobre todo para aquellos riesgos no comunicados (agravación del riesgo) que puedan suponer la exclusión de cobertura del siniestro, hecho en falta una lista taxativa o algún precepto más claro, sobre lo que serían circunstancias agravatorias del riesgo para mayor seguridad del asegurado sobre las coberturas de su póliza, ya que la comunicación de cualquier dolencia (importante para el asegurado) podría en la práctica, bloquear la operativa de las aseguradoras.



Jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Muerte del hijo de los demandantes por una descarga eléctrica mientras limpiaba la piscina de su parcela, porque el mástil del barredor de fondos que utilizaba produjo un arco voltaico con la línea de alta tensión que discurría por encima de la parcela. Responsabilidad de la compañía eléctrica distribuidora por tener el control de seguridad y los beneficios de la explotación

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 12 de abril de 2013.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Los dos recursos de casación que deben resolverse en este acto se interponen, uno, por la parte demandante y, el otro, por la compañía eléctrica demandada, habiendo otra parte litigante, la comunidad de propietarios codemandada, personada ante esta Sala como parte recurrida, que se ha opuesto únicamente al recurso de casación de la parte demandante. El objeto del proceso es la responsabilidad extracontractual por la muerte instantánea del hijo de los demandantes, a la edad de 24 años, el 17 de julio de 2004, por una descarga eléctrica mientras limpiaba la piscina de su parcela

porque el mástil del barredor de fondos que utilizaba produjo un arco voltaico con la línea de alta tensión que discurría por encima de la parcela. A partir del hecho probado de que la línea de alta tensión estaba a 4,80 metros del suelo y de la consideración de que no se ajustaba a la altura máxima establecida en el Reglamento de Líneas Eléctricas Aéreas de Alta Tensión de 28 de noviembre de 1968, cuestiones ambas que han quedado firmes porque no se discuten en ninguno de los dos recursos, el litigio subsiste únicamente en cuanto a quién debe responder de lo sucedido y, en su caso, a cuánto debe ascender la indemnización a favor de los demandantes. La sentencia de primera instancia, que condenó solidariamente a los dos demandados a indemnizar a los demandantes en la cantidad de 91.030,35 euros, justificó la responsabilidad de la comunidad de propietarios constituida por los adquirentes de las parcelas con base en su "formal titularidad de la línea causante del siniestro".

Se explicaba a este respecto que en 1996 se había firmado entre las dos demandadas un convenio o contrato de cesión de instalaciones eléctricas en virtud del cual la comunidad de propietarios transmitía la propiedad de la línea, los centros de transformación y las redes de baja tensión a la compañía eléctrica codemandada; que sin embargo la cesión nunca había llegado a ser aprobada por la Administración; que carecía de relevancia el hecho de que la línea apareciera en los registros administrativos a nombre de terceras personas (el propietario de la finca de la que se segregaron las parcelas), pues durante años la comunidad de propietarios había hecho valer sus derechos sobre la línea propugnando la validez de su cesión a la compañía eléctrica; que en virtud del contrato de compraventa de la finca matriz se había transmitido a la comunidad de propietarios no solamente el suelo sino también todas las instalaciones allí existentes; y en fin, que sobre la comunidad pesaba la obligación de mantener su propiedad en buen estado de conservación para evitar todo daño, máxime conociendo la situación antirreglamentaria de la línea eléctrica. En cuanto a la responsabilidad de la compañía eléctrica, se justificaba por servirse de la línea para prestar el servicio o suministro que le era propio obteniendo a cambio un beneficio económico, habiendo contratado directa y personalmente con algunos integrantes de la comunidad de propietarios y habiéndose encargado incluso de la reparación de algunos elementos de la instalación eléctrica de la comunidad, por lo que debía responder en virtud de lo dispuesto en el art. 9 g) de la Ley 54/1997 del Sector

Eléctrico y en su art. 51 en relación con la Ley 21/1992 de Industria. Por lo que se refiere a la cuantía de la indemnización, esta se determinaba aplicando por analogía el sistema de valoración anexo a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor por autorizarlo así la jurisprudencia (STS 10-2-06) y, dentro del sistema, la cantidad actualizada por Resolución de la Dirección General de Seguros de 9 de marzo de 2004 al ser la vigente en el momento de concretarse todas las consecuencias del siniestro (STS 17-4-07), resultando así una cantidad de 82.754,87 euros a la que procedía aplicar el factor de corrección del 10%, incrementándose así hasta 91.030,35 euros. Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por las tres partes litigantes, la sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de la comunidad de propietarios demandada y desestimando los otros dos, revocó la sentencia apelada únicamente para absolver de la demanda a dicha comunidad de propietarios. En lo que aquí interesa, la condena de la compañía eléctrica se confirmaba porque, como distribuidora de energía eléctrica, estaba obligada a mantener la línea en condiciones idóneas, conforme al art. 9 g) de la Ley del Sector Eléctrico de 1997, a lo que se unía la existencia de la línea antes de que se constituyera la comunidad de propietarios y el que suministrara energía eléctrica no solo a los parcelistas "sino también a terceros pues se trata de una red general de distribución, como lo acredita el transformador instalado", de modo que las acometidas a las viviendas de las parcelas se realizaban por la compañía eléctrica demandada, la cual había reparado averías, subsanado los problemas de suministro y realizado las operaciones de reforma en las instalaciones, siendo ella la que obtenía un beneficio económico por el suministro eléctrico. La absolución de la comunidad de propietarios codemandada se justificaba por no ser ella, conforme a lo razonado para desestimar el recurso de la compañía eléctrica, la titular del tendido eléctrico.

Finalmente, la desestimación del recurso de los demandantes se fundaba en que "el baremo de los accidentes de circulación" podía servir "como criterio justificativo y orientador".

SEGUNDO.- El recurso de casación de la compañía eléctrica demandada se compone de un solo motivo que, fundado en infracción de los arts. 1902 y 1903 CC en relación con el art. 9 g) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, pretende la exoneración de esta recurrente porque, aunque se admitiera que la comunidad de propietarios codemandada no es propietaria del tendido eléctrico, tampoco está



probado que lo sea la recurrente. A partir de lo anterior se aduce que esta no tenía ninguna obligación de mantenimiento de las instalaciones, por pertenecer a un tercero, y que el Reglamento sobre Condiciones Técnicas y Garantías de Seguridad en Líneas Eléctricas de Alta Tensión, aprobado por Real Decreto 223/2008, de 15 de febrero, que la recurrente cita a los solos efectos interpretativos de la Ley del Sector Eléctrico, solo impone a las empresas distribuidoras el mantenimiento de sus líneas eléctricas y de las que les sean cedidas, de modo que, en relación con las líneas pertenecientes a quienes no sean distribuidores, serán estos quienes deban contratar su instalación y mantenimiento con una empresa autorizada. Finalmente, se considera irrelevante la reparación de averías de

la línea en cuestión por la propia recurrente, alegando que tenía como única finalidad mantener la continuidad del suministro, y se niega que el beneficio económico que obtiene la recurrente por suministrar energía eléctrica a las parcelas justifique su responsabilidad, pues por ley viene obligada a ese suministro, citándose en apoyo de este último argumento la STS 12-9-2002. Así planteado, el motivo ha de ser desestimado, con la consecuencia de la total desestimación de este recurso, por las siguientes razones:

1ª) Cuando lo que se enjuicia es la responsabilidad por una muerte por electrocución a causa del incumplimiento de la distancia de seguridad entre el tendido eléctrico aéreo y el suelo, lo relevante no es la propiedad del tendi-

do eléctrico sino el control de sus condiciones de seguridad.

2ª) Lo que resulta de los hechos probados es que ciertamente había dificultades administrativas para que la comunidad de propietarios demandada cediera la titularidad del tendido eléctrico a la hoy recurrente con plenitud de efectos, dado que formalmente figuraba a nombre de un tercero (el propietario de la finca matriz de la que se segregaron las parcelas de los comuneros), pero tales dificultades administrativas no pueden ocultar la realidad material de que la compañía eléctrica recurrente explotaba el tendido eléctrico, se servía de este para suministrar energía más allá de las parcelas de la comunidad, suministraba a los parcelistas cobrándoles el servicio, reparaba las averías y se ocupaba de su mantenimiento, por lo que ella era la encargada del control de seguridad mediante personal especializado y conocimientos técnicos precisos al ser una empresa distribuidora de energía eléctrica.

3ª) La cita de la sentencia de esta Sala de 12 de septiembre de 2002 (n.º 825/2002, recurso n.º 720/97) no desvirtúa lo anteriormente razonado, porque versa sobre un caso muy diferente en el que RENFE propugnaba la responsabilidad objetiva de "Iberdrola" por el incendio declarado en una estación de ferrocarril al caer un cable de alta tensión por el impacto de una rama de pino desplazada por un fuerte viento racheado, fundándose entonces la exoneración de la compañía eléctrica en el caso fortuito por encontrarse el pino fuera de la zona que dicha compañía tenía obligación de desmontar, de modo que el razonamiento sobre la insuficiencia del beneficio económico como criterio de imputación se hacía en relación con la responsabilidad objetiva propugnada por quien, como la entonces demandante, también era una empresa que se aprovechaba de la energía eléctrica para su propia actividad de transporte ferroviario.

4ª) Por el contrario, es una constante en la jurisprudencia de esta Sala la afirmación de la responsabilidad de las compañías distribuidoras de gas o electricidad por los daños debidos a fallos en el control de seguridad que les incumbe (p. ej. SSTS 15-6-05 en rec. 4748/98, 2-12-04 en rec. 3297/98, 23-10-03 en rec. 4235/97 y 29-7-03 en rec. 3833/97 sobre compañías eléctricas, y SSTS 20-12-11 en rec. 533/08, 18-5-05 en rec. 4512/98, 29 -10-04 en rec. 2842/98 y 14-7-03 en rec. 3427/97 sobre empresas distribuidoras de gas).

5ª) El planteamiento general del motivo determinaría algo tan contrario al ordenamiento ju-



rídico como la obligación de los particulares de contratar el suministro de energía eléctrica con una empresa distribuidora, que también tendría en exclusiva el mantenimiento de las líneas y de los transformadores, pero sin un correlativo deber de velar por la seguridad de las instalaciones con los medios personales y materiales de los que los particulares carecen. Semejante planteamiento, en el presente caso, se traduciría, según el motivo, en que el control de seguridad incumbía a no se sabe quién, porque no se ajusta a ningún criterio racional que quien en tiempos vendió las parcelas deba ser el responsable de la seguridad del tendido eléctrico pese a no obtener beneficio alguno de su explotación ni tener ningún control real sobre sus instalaciones.

TERCERO.- El único motivo admitido del recurso de casación de los demandantes, fundado en infracción de los arts. 1902 y 1903 CC, comprende en realidad dos motivos diferentes, a cada uno de los cuales se dedica un apartado distinto. En el primer apartado los referidos artículos del Código Civil se ponen en relación con los arts. 25.1 del Reglamento de Líneas Eléctricas Aéreas y 12 y 13 del Real Decreto 3275/82 para sostener que la comunidad de propietarios demandada también es responsable, junto con la compañía eléctrica codemandada y solidaria-



mente, de la muerte del hijo de los demandantes-recurrentes. Y en el segundo apartado, en cambio, lo que se plantea es, poniendo los arts. 1902 y 1903 CC en relación con "los baremos de valoración del daño corporal de la DA 8ª de la Ley 50/95 de Seguro", que la cuantía de la indemnización no debe quedar sujeta al límite establecido en dichos "baremos". Dada la suficiencia de la distinción entre ambos motivos se examinará cada uno de ellos por separado.

CUARTO.- El motivo referido a la responsabilidad de la comunidad de propietarios demandada debe ser desestimado porque la mayor parte de su desarrollo argumental se dedica a justificar que dicha comunidad llegó a adquirir efectivamente la propiedad del tendido eléctrico a la entidad propietaria de la finca matriz de la que fueron segregándose las parcelas sucesivamente transmitidas, al ser el tendido eléctrico un elemento común que no estaba necesitado de mención expresa en los títulos de transmisión del dominio, a lo que se uniría la "creencia" de la comunidad de ser propietaria de la línea, pero no trata apenas de la cuestión primordial para el juicio de imputación que exige el art. 1902 CC, es decir, a quién incumbía el control de las condiciones de seguridad del tendido eléctrico. Solamente al final del alegato del motivo se aduce

que en el procedimiento contencioso-administrativo sobre la cesión de las instalaciones a la compañía eléctrica por parte de la comunidad de propietarios "se puso de manifiesto hasta la saciedad por ambas partes el peligroso estado de la línea de alta tensión", pero esto no desvirtúa lo ya razonado en el fundamento jurídico segundo de la presente sentencia acerca del control de seguridad y la explotación del tendido eléctrico como criterios de imputación aplicables en este caso sino que, si acaso, introduce un factor, como el de la desidia de la Administración, que no puede aplicarse en contra de la comunidad de propietarios demandada al constar como probado que la seguridad, el mantenimiento y la explotación del tendido eléctrico corrían exclusivamente a cargo y en beneficio de la compañía eléctrica codemandada.

QUINTO.- Finalmente, el motivo referido a la cuantía de la indemnización también ha de ser desestimado porque, pretendiendo con carácter principal que no se aplique el sistema de valoración anexo a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y pidiendo subsidiariamente que, si se mantuviera su aplicación, el "baremo" procedente sea el vigente en la fecha del pago de la indemnización y no el vigente en la fecha de la muerte del hijo de los demandantes, ambas pretensiones contradicen la jurisprudencia de esta Sala: la primera, porque si bien es cierto que la sentencia de 2 de marzo de 2006 (rec. 2194/99) citada en el motivo mantuvo, como otras anteriores, que el criterio de valoración no era aplicable en ámbitos de la responsabilidad civil ajenos a la circulación de vehículos a motor, no lo es menos que posteriormente, y hasta ahora, la jurisprudencia considera que el carácter no vinculante de sistema para esos otros ámbitos no impide, sin embargo, que pueda aplicarse como criterio para fijar la cuantía de las indemnizaciones (SSTS 27-11-06 en rec. 5382/99, 17-5-07 en rec. 2591/00, 20- 2-08 en rec. 5274/00 y 13-4-11 en rec. 1864/07, entre otras muchas), por lo que no podrá incurrir en infracción de los arts. 1902 y 1093 CC la sentencia que así lo haga; y la segunda, porque la doctrina de esta Sala sobre las concretas cuantías aplicables, ya dentro del sistema, quedó fijada por la sentencia del Pleno nº 430/2007 de 17 de abril (rec. 559/02) en el sentido aplicado por la sentencia de primera instancia y confirmado por la sentencia recurrida, ya que en los casos de muerte instantánea el daño queda fijado en el mismo momento que los hechos que lo producen y, por tanto, es este momento o fecha el que determina la cuantía de la indemnización según la actualización entonces vigente.



SEXTO.- Desestimados los dos recursos procede, conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas causadas por los recursos a las respectivas partes recurrentes, que conforme al apdo 9 de la D. Adicional 15ª LOPJ perderán los depósitos constituidos.

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

FALLAMOS

1º.- DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por los demandantes D. Fermín y Dª Camila contra la sentencia dictada el 25 de marzo de 2010 por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación nº 8910/08 .

2º.- DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto contra la misma sentencia por la compañía mercantil demandada ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U.

3º.- Confirmar la sentencia recurrida.

4º.- E imponer las costas causadas por cada recurso a la parte que lo interpuso, perdiendo ambas partes los depósitos respectivamente constituidos. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Román García Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz. FIRMADA Y RUBRICADA. PUBLICACIÓN leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marín Castán, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El Tribunal Supremo confirma la indemnización recibida por unos padres por la muerte de su hijo, que falleció electrocutado cuando limpiaba una piscina y el barrendero de fondos formó un arco voltaico con una línea de alta tensión que discurría por encima de la finca. La línea de alta tensión estaba a 4,80 metros del suelo y no se ajustaba al reglamento de líneas aéreas de alta tensión.

La entidad Endesa pretendió eludir su responsabilidad en base a que la “titularidad formal” de la línea eléctrica que discurría por la finca donde se produjo el siniestro, era de la Comunidad de Propietarios de la urbanización en la cual estaba ubicada la piscina

Por parte de la entidad Endesa, pretendió eludir su responsabilidad en base a que la “titularidad formal” de la línea eléctrica que discurría por la finca donde se produjo el siniestro, era de la Comunidad de propietarios de la urbanización en la cual estaba ubicada la piscina.

El TS confirma la sentencia del AP de Sevilla, con una fundamentación totalmente racional y lógica, donde exime de responsabilidad a la Comunidad de Propietarios, incluso con las dudas existentes sobre su titularidad de la línea eléctrica, habida cuenta que en este tipo de siniestros lo que debe de primar para aplicar la responsabilidad extracontractual contemplada y regulada en el art. 1.902 del CC, es quién tiene la obligación de velar por el mantenimiento de dicha línea, quién tiene el control de seguridad sobre la misma y dispone de personal especializado y conocimientos precisos para manipularla, y en cualquier caso, quién es la entidad que se lucra con el suministro de energía eléctrica.

Resultó acreditado que, aunque el tendido eléctrico pasaba por encima de la parcela propiedad de la Comunidad de Propietarios, y era “titular formal” de la misma, lo cierto es que la entidad Endesa, finalmente condenada, era la responsable del mantenimiento de la misma, e

El TS confirma la sentencia del AP de Sevilla, con una fundamentación totalmente racional y lógica, donde exime de responsabilidad a la Comunidad de Propietarios, incluso con las dudas existentes sobre su titularidad de la línea eléctrica, habida cuenta que en este tipo de siniestros lo que debe de primar para aplicar la responsabilidad extracontractual contemplada y regulada en el art. 1.902 del CC, es quién tiene la obligación de velar por el mantenimiento de dicha línea, quién tiene el control de seguridad sobre la misma y dispone de personal especializado y conocimientos precisos para manipularla, y en cualquier caso, quién es la entidad que se lucra con el suministro de energía eléctrica

COMENTARIO

incluso la había reparado en varias ocasiones previas, y mayor abundamiento, dicha línea no solo suministraba electricidad a los miembros de la Comunidad de propietarios, sino a otras urbanizaciones colindantes.

Al contrario que el criterio mantenido por algunas Audiencias Provinciales, que son partidarias de condenar de forma solidaria tanto a la entidad responsable del suministro eléctrico

junto con la propietaria del mismo o de los terrenos donde está ubicada, y ello sin perjuicio de que, con posterioridad, en otro procedimiento judicial se vean obligadas a ejercitar las correspondientes acciones de repetición; el T.S. con independencia de que su pronunciamiento supone un claro ejemplo de economía procesal, con sentido común pone fin a la controversia existente y no deja la depuración total de responsabilidad a un segundo procedimiento judicial, máxime cuando ha quedado acreditado que la Comunidad de Propietarios no es la entidad responsable del mantenimiento de la línea ni de velar por su seguridad, al margen de que no obtiene ningún beneficio económico por su explotación.

Otra cuestión debatida y sobre la que se pronuncia dicha resolución judicial, es la idoneidad o no de aplicar el sistema de valoración anexo a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, para determinar la indemnización a las víctimas de este tipo de siniestros, El TS, reiterando el contenido y pronunciamientos de anteriores sentencias, considera que, obviamente, dicho sistema de valoración no es vinculante en este tipo de reclamaciones pero no impide que pueda aplicarse como criterio para fijar la cuantía de las indemnizaciones, y termina la sentencia, y finalmente, en cuanto a si debe ser el baremo vigente en el momento de ocurrencia del siniestro o del pago, afirma, sin ningún tipo de dudas, recordando la sentencia del Pleno nº 430/2007 de 17 de abril, que en los casos de muerte instantánea el daño queda fijado en el mismo momento que los hecho que lo producen, y, por tanto, es este momento o fecha el que determina la cuantía de la indemnización.

Otra cuestión debatida y sobre la que se pronuncia dicha resolución judicial, es la idoneidad o no de aplicar el sistema de valoración anexo a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, para determinar la indemnización a las víctimas de este tipo de siniestros

La Comunidad de Propietarios no es la entidad responsable del mantenimiento de la línea ni de velar por su seguridad, al margen de que no obtiene ningún beneficio económico por su explotación

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Reclamación a una abogada por la supuesta pérdida de oportunidad ocasionada al interponer una demanda sin solicitar la medida cautelar de anotación preventiva de la misma. Inexistencia de responsabilidad profesional ante la falta de la diligencia exigible en el desempeño de su cometido profesional, pues aplicó los medios que estaban a su alcance, sin que pueda acreditarse una vulneración de la lex artis. Doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad de los abogados por frustración de las acciones judiciales

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 22 de abril de 2013.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. La representación procesal del presidente de una comunidad de propietarios y D.ª Estibaliz (propietaria de una vivienda unifamiliar) interpusieron demanda el 22 de septiembre de 2000, asistidos por el abogado D. Luis Antonio y, a continuación, otras demandas que fueron acumuladas a la anterior, en nombre de los ocupantes de los locales comerciales contra Fernando García Tie, S.L., Caser, D. Alfredo, Asemas, y Construcciones F. Souto Fernández, S.L., por los daños que sufrió el inmueble sito en la PLAZA000 n.º NUM000 - NUM001 de Sada y consiguientemen-

te los daños y perjuicios que sufrieron sus moradores -propietarios e inquilinos-, por las obras de excavación para la construcción de un inmueble en el solar colindante que motivaron que el 14 de julio de 2000 tuviesen que desalojar precipitadamente y con toda urgencia sus domicilios al producirse un corrimiento de tierra que puso en grave riesgo la estabilidad de la estructura del edificio.

2. La sentencia de 4 de mayo de 2002 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Betanzos (MC n.º 272/2000 y acumulados), estimó parcialmente la demanda y condenó a Fernando García Tie, S.L., Caser, D. Alfredo y Asemas a realizar las obras de reparación necesarias para reponer los inmuebles en el estado que tenían con anterioridad a la producción del siniestro, reconoció determinadas indemnizaciones para los arrendatarios de los locales comerciales y por la depreciación sufrida por los inmuebles. Y desestimó la demanda por lo que respecta a la indemnización del daño moral sufrido por los ocupantes del inmueble y el pago de los gastos correspondientes al alquiler de una nueva vivienda al tener que desalojar las que ocupaban.

3. Contra esta sentencia los demandantes interpusieron recurso de apelación asistidos por el abogado D. Luis Antonio y la SAP de A Coruña de 26 de febrero de 2004, estimó parcialmente el recurso de apelación de los demandantes y condenó a los demandados al pago de los gastos notariales y de los informes técnicos, pero desestimó el recurso de apelación respecto a los gastos de alquiler y a la indemnización por los daños morales.

4. D.ª María Inmaculada y otros, interpusieron demanda de responsabilidad civil profesional contra D. Luis Antonio, abogado y la compañía de seguros Caser, fundándose, en síntesis, en que: (i) el abogado no actuó conforme a la *lex artis* [reglas del oficio] en la reclamación de los daños morales por el desalojo; (ii) no acreditó el importe de los gastos de alquiler; y, (iii) y las medidas cautelares que solicitó fueron desestimadas en ambas instancias y los demandantes tuvieron que abonar las costas por importe de 38.087,9 euros. Y solicitaron se condene a los demandados a abonar solidariamente las cantidades que se detallan respecto a cada uno de los demandantes en el suplico de la demanda, desglosadas en los siguientes conceptos: daño moral, gastos de alquiler y costas. Y, por último, solicitaron, se condene a la compañía Caser al abonó de los intereses del artículo 20 LCS desde que le fue notificada, extraprocesalmente, la existencia del siniestro y se condene a D. Luis





Antonio al pago de los intereses legales desde la celebración del acto de conciliación.

5. El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de A Coruña desestimó la demanda fundándose, en síntesis, en que: (a) La desestimación de las pretensiones ejercitadas en un procedimiento no implica, en principio, que el abogado que dirigió el procedimiento haya actuado de forma inadecuada o con la falta de diligencia que le es exigible. (b) El abogado demandado tras el estudio de los hechos, presentó la demanda y solicitó medidas cautelares que fueron desestimadas con imposición de costas en ambas instancias, pero ello no implica una mala praxis del abogado, a lo sumo un excesivo celo en proteger los intereses de sus defendidos para que no tuvieran que asumir los gastos inherentes al desalojo del edificio por las dificultades que entrañaría. (c) La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Betanzos estimó la demanda del abogado y acordó la reparación del edificio y la AP de A Coruña tras el recurso de apelación, condenó a los demandados al abono de los gastos notariales y de los informes técnicos y en relación a la indemnización de los daños morales, los demandantes solo ostentaban expectativas a obtener un resarcimiento que sería incierto en el quantum [cuantía] y en este procedimiento por responsabilidad profesional hubieran podido solicitar el resarcimiento del daño moral por las expectativas frustradas, pero no la cuantía reclamada o que previsiblemente hubieran obtenido, si hubiera sido estimada dicha pretensión. (d) Este criterio también es aplicable a la reclamación de alquileres, pues aunque en este procedimiento por responsabilidad profesional se han presentado los recibos de los alquileres que pagaron los demandantes, ello no implica que de haberse aportado al procedimiento inicial hubieran sido estimados.

6. Los demandantes interpusieron recurso de apelación fundándose, en síntesis, en que: (a) la sentencia del Juzgado incurrió en incongruencia omisiva, pues no analizó la cuestión de fondo; (b) error en la valoración de la prueba e indebida aplicación del artículo 1544 CC; (c) los demandados en su contestación a la demanda alegaron la falta de legitimación activa del presidente de la comunidad para reclamar por daños morales y el abogado no trató, a pesar de que podía hacerlo, de subsanar este defecto procesal aunque las resoluciones dictadas reconocieron el daño moral, desestimaron la petición, al apreciar la falta de legitimación activa y los demandantes se vieron privados de una indemnización que les hubiese sido reconocida, si el abogado hubiese accionado en nombre propio; (d) el abogado debe indemnizar igualmente a los demandan-

tes por haber sido desestimada la reclamación de los gastos de alquiler como consecuencia del desalojo, pues no acreditó la realidad de dichos astos; y, (e) el abogado debe abonar el importe de las costas por la denegación de las medidas cautelares debido a su mal planteamiento.

7. La SAP de A Coruña desestimó el recurso de apelación de los demandantes fundándose, en síntesis, en que: (a) La sentencia de instancia no es incongruente, pues el juzgador de instancia resolvió de conformidad con el petitum [petición] de la demanda. (b) Los recurrentes están obligados a probar que la actividad desarrollada por el abogado no fue ejecutada con la diligencia exigible, el cual, en principio goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional. (c) Alegan los recurrentes un supuesto quebrantamiento de forma, pues en la comparecencia del menor cuantía no se subsanó o no se les concedió la posibilidad de subsanar el defecto de falta de legitimación activa del presidente de la comunidad denunciado por los demandados en cuanto a la indemnización por daños morales y la AP desestima este motivo, pues no existe quebrantamiento de forma ya que la posibilidad de subsanación del artículo 693.3 LEC se refiere exclusivamente a los defectos que pudieran adolecer los correspondientes escritos expositivos o a la falta de algún presupuesto o requisito del proceso (como la falta de legitimación activa ad processum [para el proceso]), pero no los que pertenecen al fondo de la cuestión como la falta de legitimación ad causam [para el pleito] que no son susceptibles de subsanación sino que han de ser resueltos en la sentencia como así se hizo. Y si hubiera existido quebrantamiento de forma en la primera instancia era requisito ineludible haber pedido su subsanación en ambas instancias y no se hizo (artículo 1693 LEC). (d) La obligación esencial del abogado es una obligación de actividad o medios, no de resultado, pues no se obliga a que la acción ejercitada tenga éxito sino a ejercitarla de una forma correcta y según los recurrentes como el abogado demandado no aportó prueba de los gastos de alquiler, privó a sus clientes de una pretensión que hubiera sido estimada, sin embargo, la actuación del abogado demandado no se revela como claramente negligente o que haya incurrido en una palmaria vulneración de la *lex artis* [reglas del oficio], pues interpuso la demanda y propuso prueba y la no aportación de la documental -contratos y recibos alquileres- no se muestra como decisiva y no justifica su responsabilidad. (e) No se aprecia nexo de conexión entre la actuación de defensa llevada a cabo por el abogado demandado y los sucesivos pronunciamientos judiciales y no puede calificarse como negligente su intervención en

el trámite de aportación y proposición de prueba y en el planteamiento de las medidas cautelares. (f) Aunque la prueba omitida sea importante, la desestimación de las pretensiones de la demanda no puede llevar a la AP a una revisión de lo allí resuelto, ni se puede derivar necesariamente una responsabilidad del abogado, pues no es contrario a la lógica, considerar que podía entrar dentro del criterio de actuación procesal del abogado sopesar la mejor idoneidad de una prueba frente a otra u otras pruebas, si a su juicio, podían contener ambigüedades o no ser lo suficientemente claras para la pretensión ejercitada. (g) No cabe exigir responsabilidad al abogado por la denegación de las medidas cautelares, pues se debió al juicio de conveniencia.

8. Contra esta sentencia interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación D.^a María Inmaculada y otros, que ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.2.º LEC, por razón de la cuantía.

SEGUNDO.- Acumulación de cuantías.

A) Alega en primer término la representación procesal de Caser S.A., que la sentencia impugnada no es susceptible de recurso de casación (artículo 477.2.2.º LEC), pues en la demanda se fijó la cuantía en 174.520,81 euros, pero era un error aritmético, pues la suma de las partidas ascendía a 167.479,20 euros y dos de los demandantes no recurrieron en casación, concretamente, D. Cosme que reclamaba 17.432,74 euros y D. Estanislao que reclamaba 2.240,46 euros. En consecuencia, la cuantía pasó de 167.479,20 euros a 147.806 euros con lo que no llega a la mínima exigible para cumplir el requisito legal. Por otra parte, la cuantía de la demanda es la suma de las cuantías de las 26 acciones subjetivas acumuladas.

B) Esta causa de inadmisibilidad no puede ser estimada. Aunque efectivamente dos de los inicialmente demandantes no han recurrido en casación, no es obstáculo para que el recurso sea admisible, pues la cuantía establecida en primera instancia no fue impugnada por Caser y, por otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala cuando en el proceso exista pluralidad de objetos o de partes, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas en aquellos casos en los cuales exista identidad de título o de causa de pedir (artículo 252.2.º LEC). El concepto de título no debe ser interpretado en sentido estricto, sino que debe entenderse que se incluye también la causa de pedir, pues el artículo 252.2.º LEC, aplicando criterios sistemáticos, debe ser

interpretado en relación con lo dispuesto en el artículo 72 LEC, en el cual se establece que podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. n suma, para la acumulación de cuantías en el supuesto que estamos considerando es exigible que sea el mismo el negocio jurídico (título) o sean los mismos los hechos en que se fundamentan sustancialmente las diversas pretensiones acumuladas (causa de pedir). Y en el supuesto que nos ocupa se cumplen estos requisitos, pues, aunque existen diferencias en las distintas reclamaciones sobre la intensidad y circunstancias de los daños sufridos, los hechos en que se fundan son susceptibles de una consideración jurídica unitaria por constituir el objeto de reclamaciones acumuladas (STS de 9 de diciembre de 2010, RC n.º 1433/2006).

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL TERCERO.- Enunciación de los motivos de casación.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula: «Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia por violación de lo dispuesto en los artículos 209 y 218 LEC». Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la ausencia absoluta de razonamientos jurídicos aplicables al caso, no permiten comprender el porqué de la desestimación de la demanda, lo que provoca indefensión y dificulta el control jurisdiccional sobre lo ajustado a derecho o no de la sentencia recurrida más allá del pronunciamiento desestimatorio. «Por infracción de los artículos 216, 217 y 218 LEC por error en la valoración de la prueba y por incongruencia de la sentencia dictada». Dicho motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente: (a) la sentencia recurrida incurre en incongruencia y valora erróneamente la prueba documental, concretamente, las sentencias dictadas en el MC n.º 272/2000 y acumulados, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Betanzos y por la Sección 2.ª de la AP de A Coruña que denegaron la indemnización del daño moral por falta de legitimación activa del presidente de la Comunidad y los gastos de alquiler por falta de prueba, al tergiversar los argumentos desestimatorios de las sentencias dictadas en el MC; (b) la AP ignorando los fundamentos de los autos que denegaron las medidas cautelares, estima que fueron desestimadas por un juicio de conveniencia o de oportunidad, lo cual choca flagrantemente con los razonamientos de los autos: (i) la medida cautelar solicitada consistente en el pago mensual por los demandados del alquiler de las nue-

vas viviendas mientras durasen las reparaciones del inmueble, fue denegada por falta de carácter instrumental, pues esa petición al coincidir con el suplico de la demanda, suponía una condena anticipada; (ii) la medida cautelar de paralización de las obras en tanto no reparasen el edificio carecía del requisito del periculum in mora [peligro por la mora procesal] y era desorbitada por las gravosas consecuencias que conllevaba para los demandados. Ambos motivos están relacionados entre sí y serán estudiados conjuntamente. Los motivos deben ser desestimados.

CUARTO.- La motivación e incongruencia de las sentencias. P lanteamiento en el recurso extraordinario por infracción procesal de cuestiones relativas a la valoración de la prueba. A) La motivación de las sentencias tiene como finalidad exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permitir su eventual control jurisdiccional -SSTS de 1 de junio de 1999 y de 22 de junio de 2000-, así como la crítica de la decisión y su asimilación por quienes integran el sistema jurídico interno y externo, garantizando el cumplimiento del principio de proscripción de la arbitrariedad que se proyecta sobre todos los poderes públicos y también sobre el poder judicial (SSTS 4 de diciembre de 2007, RC n.º 4051/2000, 13 de noviembre de 2008, RC n.º 680/2003 y 30 de julio de 2008, RC n.º 1771/2001). Concorre motivación suficiente para satisfacer estas finalidades siempre que la argumentación de la sentencia sea racional y no arbitraria y no incurra en un error patente (pues entonces no cabe decir que se halla fundada en Derecho -STC de 20 de diciembre de 2005-), aun cuando la fundamentación jurídica pueda calificarse de discutible -SSTS de 20 de diciembre de 2000 y de 12 de febrero de 2001-.

La exigencia de motivación no impone el deber de realizar una argumentación extensa ni de dar una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que basta que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y ofrezca un enlace lógico con los extremos sometidos a debate (SSTS 4 de diciembre de 2007, RC n.º 4051/2000, 13 de noviembre de 2008, RC n.º 680/2003 y 30 de julio de 2008, RC n.º 1771/2001). Si la motivación supone la exigencia de expresar los criterios esenciales de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi [razón decisoria] (SSTC, entre otras, 119/2003, de 16 de junio; 75/2005, de 4 de abril; 60/2008, de 26 de mayo), se produce infracción cuando no hay motivación -carencia total-, o cuando es completamente insuficiente, y también cuando la motivación está desconectada con la realidad de lo actuado o da lugar a un resultado desproporcionado o paradójico.

La exteriorización de las razones en las que se basa la decisión judicial, además de coherente, ha de ser adecuada y suficiente a la naturaleza del caso y circunstancias concurrentes. El juicio de suficiencia hay que realizarlo (SSTC, entre otras, 66/2009, de 9 de marzo y 114/2009, de 14 de mayo) atendiendo no solo al contenido de la resolución judicial considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso, atendiendo al conjunto de actuaciones y decisiones que, precediéndola, han conformado el debate procesal; es decir, valorando las circunstancias concurrentes que singularicen el caso concreto, tanto las que estén presentes, explícita o implícitamente en la resolución recurrida, como las que no estándolo, constan en el proceso (STS 9 de marzo de 2010, RC n.º 2460/2005). La motivación de la sentencia no tiene como finalidad ineludible la de persuadir a la parte condenada de la falta de fundamento de su oposición, por lo que no debe confundirse la discrepancia con los razonamientos de la sentencia con la falta de expresión de los mismos (STS de 31 de enero de 2007, RC n.º 937/2000). B) El principio de congruencia recogido en el artículo 218 LEC (que, en su modalidad de omisión, tiene trascendencia constitucional, por entrañar una infracción del artículo 120.3 CE y también una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 CE) exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas una respuesta suficientemente razonada.

Solo cabe tildar la respuesta judicial de incongruente por falta de argumentación acerca de una cuestión cuando «no cabe entender que hay una desestimación implícita derivada claramente de lo razonado en el cuerpo de la resolución» (SSTS de 12 de junio de 2007, 1 de abril de 2008, RC n.º 222/2001 y 22 de diciembre de 2010, RC n.º 524/2008).

La congruencia que se exige de la sentencia se refiere a la correlación entre las pretensiones de las partes y el fallo, aunque no excluye las omisiones cometidas en la fundamentación de la sentencia si tienen trascendencia en el fallo. Es menester que la sentencia omita examinar o resolver sobre alguna pretensión, o incurra en la preterición de algún aspecto del petitum [petición] o de la causa petendi [causa de pedir] -es decir, los presupuestos en que se funda la petición-, pero no sobre los diversos argumentos expuestos para defender una pretensión. Basta, por consiguiente, para alejar el vicio de incongruencia que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas y sobre los distintos elementos que integran la causa petendi.





C) Las razones expuestas determinan que la motivación contenida en la sentencia deba considerarse suficiente, pues no deja de resolver pretensión alguna y resolvió el recurso de apelación interpuesto por los demandantes dando respuesta motivada a las cuestiones planteadas. La motivación contenida en la sentencia recurrida es suficiente, pues de su argumentación, que en algunos aspectos acoge implícitamente la argumentación de la sentencia de primera instancia, se razona suficientemente acerca de los motivos por los cuales se estima que no concurre responsabilidad profesional en la actuación del abogado demandado. De acuerdo con la doctrina que acaba de resumirse, no puede aceptarse, como pretende la parte recurrente, que la motivación consista en una respuesta exhaustiva a toda las argumentaciones contenidas en la demanda y en el escrito de apelación mediante un análisis pormenorizado de todos los errores que se imputan al abogado demandado, pues basta con un examen de aquellos aspectos que la Sala considera relevantes para determinar si existió responsabilidad.

D) No puede considerarse incongruente la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, pues resuelve adecuadamente el conflicto planteado para concluir que no existió responsabilidad profesional en la actuación del abogado. No puede apreciarse incongruencia en la sentencia recurrida, pues esta resuelve negativamente las distintas cuestiones sobre la responsabilidad civil del abogado demandado, pero la parte recurrente pretende que se conteste exhaustiva y detalladamente a todos los argumentos que expuso al formular el recurso de apelación, en contra del alcance que según la jurisprudencia tiene el principio de congruencia, tal como se ha resumido. En efecto, la contestación formal a los distintos motivos del recurso constituye una particularidad exigible únicamente en los recursos especiales y extraordinarios, como el de casación, pero no en el recurso de apelación, el cual, como recurso de pleno conocimiento, se rige por las normas generales sobre congruencia, sin otros límites que los que impone el efecto devolutivo del recurso.

E) El recurso extraordinario por infracción que se analiza, se preparó e interpuso al amparo del artículo 469.1.2.º LEC y los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2.º LEC. Este motivo de infracción procesal está reservado al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia». Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos in-

ternos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, que constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado (SSTS 28 de noviembre de 2008, RC n.º 1789/03 y 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006).

La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba al amparo del artículo 469.1.4.º LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008, RC n.º 1789/03, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006, 6 de noviembre de 2009, RCIP n.º 1051/2005). En otro caso la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a las potestades de casación (SSTS 27 de mayo de 2007, RC n.º 2613/2000, 15 de abril de 2008, RC n.º 424/2001). La parte no puede pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional (SSTS de 17 de diciembre de 1994, RC n.º 1618/1992, 16 de mayo de 1995, RC n.º 696/1992, 31 de mayo de 1994, RC n.º 2840/1991, 22 de julio de 2003, RC n.º 32845/1997, 25 de noviembre de 2005, RC n.º 1560/1999). El hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba relevantes a juicio de la parte recurrente carece de trascendencia y no significa que no hayan sido debidamente valorados por la sentencia impugnada o se haya incurrido en error en su valoración.

F) Aun prescindiendo de este obstáculo el motivo no puede ser estimado por las siguientes razones: (i) La denuncia de vulneración del artículo 217 LEC resulta improcedente, ya que no contiene normas sobre valoración de prueba, por lo que su cita no puede amparar la revisión de la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial. (ii) Los documentos públicos solo hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documentan, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella (artículo 319.1 LEC). La sentencia recurrida no desconoce los datos que resultan de las sentencias y autos dictados en el MC n.º 272 /2000, y lo que se pretende en el recurso

por infracción procesal es discutir sobre la eficacia de su contenido para acreditar el hecho que fundamenta su pretensión. La expresión «prueba plena» del artículo 319 LEC no significa que el tribunal no deba valorar el contenido de los documentos de acuerdo con las reglas de la sana crítica, ni su contenido se impone sin posibilidad de interpretación, sino que deben ser valorados en el conjunto de las pruebas aportadas (STS de 15 de junio de 2009, RC n.º 2317/2004). En el caso examinado no se advierte que se haya infringido este precepto, puesto que la sentencia recurrida valorando las sentencias y autos dictados en el MC n.º 272 /2000, fija las circunstancias del caso y llega a la conclusión de la irrelevancia de la conducta del abogado respecto de la frustración de la acción judicial entablada en relación al daño moral, los gastos de alquiler y la denegación de las medidas cautelares. (iii) Cuando la sentencia recurrida ha establecido los hechos mediante una apreciación conjunta de la prueba -como es el caso de la sentencia impugnada- no es lícito articular un motivo para desarticularla, a fin de que prevalezca un elemento probatorio sobre otros (SSTS 22 de julio de 2003, RC n.º 2845/1997 y 25 de noviembre de 2005, RC n.º 1560/1999), ni plantear cuestiones que implican la total revisión de la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial, lo que es impropio de la naturaleza y función del recurso extraordinario por infracción procesal, pues se convertiría en una tercera instancia (SSTS de 29 de septiembre de 2009, RC n.º 1417/2005, 26 de octubre de 2010, RC n.º 2215/2006 y 12 de julio de 2011, RC n.º 254/2008). (iv) En el caso examinado, la sentencia de apelación realiza una valoración de la prueba tomando en consideración aquellos elementos que juzga relevantes para obtener sus conclusiones y apoyándose implícitamente en la valoración efectuada en la sentencia de primera instancia. En consecuencia, no puede considerarse que la valoración de la prueba sea ilógica, arbitraria o irracional por el hecho de que no haya tomado en consideración todos los elementos probatorios que la parte recurrente juzga favorables a su interpretación de los hechos o por el hecho de que no haya llegado a las conclusiones que la parte recurrente juzga más acertadas. (v) En conclusión, en el caso examinado no se aprecia un error en la valoración de la prueba, pues la sentencia recurrida razona con arreglo a la lógica, después de examinar las circunstancias del proceso por razón del cual se exige responsabilidad al abogado de la parte demandante, que la estimación de la demanda fue sustancial en cuanto a la petición de reparación de los elementos comunes y privativos del inmueble y por lo que respecta a la indemnización del daño moral por el desalojo, al reintegro de los gastos de alquiler mientras durasen las obras de reparación del in-

mueble y la desestimación de las medidas cautelares no se debió a la conducta del abogado, sino a otras circunstancias, que serán analizadas en el recurso de casación.

QUINTO.- Desestimación del recurso, costas y pérdida del depósito. No considerándose procedentes los motivos en que se funda el recurso extraordinario por infracción procesal, procede entrar en el examen del recurso de casación, con arreglo a la DF 16.^a, LEC y sin imposición de costas a la parte recurrente por concurrir a juicio de esta Sala el supuesto del último inciso del artículo 394.1 LEC. Procede la pérdida del depósito constituido de conformidad con lo establecido en la DA 15.^a, apartado 9, de la LO 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, introducida por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

RECURSO DE CASACION. SEXTO.- Enunciación del motivo primero. Se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del artículo 477.1 de la LEC por infracción de lo dispuesto en el artículo 1101, 1104, 1258 y 1544 del Código Civil en relación con los artículos 42, 43 y 78 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, y la doctrina jurisprudencial que los interpreta». Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la negligencia del abogado demandado en lo que respecta a la reclamación de los daños morales sufridos por los ocupantes del inmueble, los gastos de alquiler por el desalojo de sus viviendas y por el planteamiento de las medidas cautelares es evidente, pues las pretensiones resultaron desestimadas por su mala praxis profesional, por un defectuoso planteamiento de la demanda en lo que respecta a la legitimación activa, por no aportar la documental acreditativa de los gastos que se reclamaban y por solicitar unas medidas cautelares que no eran las pertinentes. Dicho motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- Responsabilidad de los abogados por frustración de las acciones judiciales. A) El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* [reglas del oficio], esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir

con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos (STS de 14 de julio de 2005). La jurisprudencia ha precisado que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 de julio de 2005, RC n.º 971/1999, 21 de junio de 2007, RC n.º 4486/2000).

El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006, RC n.º 2001/1999, 26 de febrero de 2007 RC n.º 715/2000, entre otras). Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido -siempre que no concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación judicial- una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC (STS 23 de julio de 2008, RC n.º 98/2002). La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha

tenido buen éxito en sus pretensiones (STS de 30 de noviembre de 2005).

Este criterio no exige que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado. Comporta, sin embargo, la inexistencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción.

B) En el caso examinado la sentencia recurrida deja establecido que la actuación del abogado demandado no se revela como claramente negligente o que haya incurrido en una palmaria vulneración de la *lex artis* [reglas del oficio], pues interpuso la demanda y propuso prueba y obtuvo éxito por lo que respecta a la pretensión principal, pues como ha quedado expuesto en el FJ 1 de esta resolución, el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Betanzos condenó a los demandados a realizar las obras de reparación necesarias para reponer los inmuebles en el estado que tenían con anterioridad a la producción del siniestro, reconoció determinadas indemnizaciones para los arrendatarios de los locales comerciales y por la depreciación sufrida por el inmueble. Por otra parte, no puede calificarse como negligente la intervención del abogado en el trámite de aportación y proposición de prueba y en el planteamiento de las medidas cautelares y, en todo caso, no se han desvirtuado los argumentos de la AP ya que la parte no ha demostrado que la no aportación de los recibos por el abogado se deba a olvido o negligencia, o a un criterio claramente erróneo apto para ser juzgado como tal en sí mismo, sino que, a posteriori, se funda en el resultado del proceso para afirmar que fue incorrecta la actuación procesal del abogado por no presentar determinadas pruebas.

C) Esta Sala en aplicación de la doctrina que acaba de exponerse, considera que en el caso examinado la conducta del abogado demandado no es susceptible de ser calificada como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional. (i) En efecto, la parte recurrente imputa al abogado haber interpuesto la demanda a nombre del presidente de la comunidad de propietarios lo que originó que tanto la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia

n.º 1 de Betanzos como la SAP de A Coruña apreciaran la falta de legitimación activa del presidente de la comunidad de propietarios para reclamar los daños morales que correspondían a los ocupantes del inmueble como consecuencia del desalojo y que el abogado al formularse esta excepción en la contestación a la demanda no intentó su subsanación en la comparecencia del menor cuantía prevista en el artículo 693 LEC 1881, pues pudo subsanar este defecto y no lo hizo, es decir, que la frustración de la petición tiene como causa ese proceder equivocado del abogado. Este planteamiento no es por sí suficiente para demostrar la existencia de una negligencia profesional, pues debe tenerse en cuenta que el artículo 693 LEC de 1881 facultaba a los demandantes para que, en la comparecencia que previene el artículo 691 LEC 1881, sin alterar lo sustentado en su demanda con carácter sustancial, concretaran los hechos, fijaran aquellos en que no exista conformidad y aclararan y rectificaran cuanto sea preciso para delimitar los términos del debate.

Por otra parte, tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala han establecido la diferenciación existente entre la legitimación *ad processum* [para el proceso] y la legitimación *ad causam* [para el pleito]. La legitimación *ad processum* [para el proceso] se suele hacer coincidir con los conceptos de capacidad procesal, mientras que la segunda consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto que demanda, en términos que, al menos en abstracto, justifican preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo que se formula, no porque conlleve que se le va a otorgar lo pedido, sino simplemente, porque el juez competente, cumplidos los requisitos procesales está obligado a examinar dicho fondo y resolver sobre el mismo por imperativo del ordenamiento jurídico material. Según la STS de 15 de octubre de 2002 una extensa relación de resoluciones de esta Sala (de 30 de julio de 1999, 24 de enero de 1998 y 6 de mayo de 1997) establecen la diferencia entre la legitimación *ad processum* [para el proceso] y la legitimación *ad causam* [para el pleito] y la falta de esta última para promover un proceso, en cuanto afecta al orden público procesal, debe ser examinada de oficio, aun cuando no haya sido planteada en el periodo expositivo, ya que los efectos de las normas jurídicas no pueden quedar a voluntad de los particulares de modo que llegarán a ser aplicadas no dándose los supuestos queridos y previstos por el legislador para ello (SSTS 12 de diciembre de 2006, RC n.º 415/2000 y 13 de diciembre de 2006,

RC n.º 257/2000). Dicha dualidad del concepto de legitimación ha desaparecido en la actualidad tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, pues la misma distingue entre capacidad procesal y legitimación, refiriendo esta última solo a la tradicionalmente denominada legitimación ad causam (artículo 10 LEC) (STS de 20 de febrero de 2006, RC n.º 2348/1999). Según el acta de la comparencia que consta en autos no se apreció la falta de legitimación activa del presidente de la comunidad de propietarios « [...] en tanto que actúa como representante de la comunidad de los comuneros para la reclamación de daños ocasionados en elementos comunes y daños que pudieran haberse ocasionado en elementos privativos una vez que consta que con el consentimiento y autorización de los propietarios».

En consecuencia, no cabía la subsanación de la falta de legitimación ad causam [para el pleito] alegada por los demandados y, en consecuencia, no puede admitirse que existiera quebrantamiento de forma, pues el Juzgado no tenía que otorgar ningún plazo de subsanación al desestimar la excepción procesal. Y, por otra parte, la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Betanzos desestimó la demanda interpuesta por el abogado por lo que se refería al daño moral padecido por los recurrentes por la apreciación de la falta de legitimación ad causam [para el pleito] criterio confirmado por la SAP de A Coruña y debe tenerse en cuenta que la falta de legitimación activa ad causam [para el pleito] no es una cuestión procesal que hubiera podido resolverse en la comparencia del menor cuantía n.º 272/2000 seguido ante el Juzgado de 1.ª Instancia n.º de Betanzos, pues era una cuestión de fondo de manera que se impedía su resolución preliminar, pues la legitimación ad causam [para el pleito], es la cualidad de un determinado sujeto jurídico consistente en hallarse dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta según el derecho el reconocimiento a su favor de la pretensión que se ejercita y al tratarse de la reclamación del daño moral sufrido por cada uno de los ocupantes del inmueble que se vieron obligados al desalojo su reclamación correspondía a cada uno de ellos y, en todo caso, para que proceda el resarcimiento de los daños morales han de ser probados en el juicio correspondiente. (ii) El otro motivo por el que se exige responsabilidad profesional al abogado se refiere a la falta de prueba de la existencia de los alquileres y de su importe.

En relación a este punto debe tomarse en consideración de que al profesional intervi-

niente le corresponde la utilización de todos aquellos medios de prueba que considere más convenientes para la defensa de los intereses de sus clientes, según su leal saber y entender, es decir, que atendidas las circunstancias del caso, formaba parte de las facultades de dirección técnica por parte de aquel para elegir los medios de prueba y, por consiguiente, el haber seguido una u otra posición no puede ser considerada determinante de responsabilidad, pues correspondía a los recurrentes demostrar que la no aportación de los recibos de los alquileres se debiera a un olvido o negligencia del abogado, o a un criterio claramente erróneo apto para ser juzgado como tal en sí mismo sino que a posteriori se funda en el resultado del proceso para afirmar que fue equivocado no presentar determinadas pruebas. (iii) Y, por último, debe examinar esta Sala si la denegación de las medidas cautelares propuestas por el abogado conlleva la existencia de responsabilidad profesional.

Del examen de los autos resulta que el abogado demandado solicitó al amparo del artículo 1428 LEC 1881 que los demandados abonaran solidariamente a los demandantes la cantidad 845 000 ptas para afrontar la renta para un alquiler medio en Sada 45 000 ptas/mes y los gastos fijos de luz, agua, teléfono, 12 000 ptas x 13 familias, hasta que no se ejecutaran definitivamente las obras de reparación del inmueble dañado y la suspensión de las obras en el solar anexo a las viviendas afectadas hasta que no se reparasen estas. Porauto de 23 de febrero de 2001 el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Betanzos denegó las medidas cautelares e interpuesto recurso de apelación por auto de la AP de A Coruña de 1 de febrero de 2002 es desestimado. La finalidad de las medidas cautelares es remover los obstáculos que puedan oponerse a la eficacia de un proceso principal. En este sentido, el proceso cautelar se puede definir como aquel que tiene por objeto facilitar otro proceso principal garantizando la eficacia de sus resultados. Por ello, las medidas cautelares desempeñan una función meramente instrumental, esto es, se dan porque están en función de un proceso principal ya iniciado o por iniciar, y sólo tienen sentido y razón de ser en aras a ese proceso. Acorde con esta naturaleza jurídica, las medidas cautelares se caracterizan por las notas de instrumentalidad, es decir, que la medida cautelar existe, si existe, a su vez, un proceso que la llene de sentido; y de idoneidad referido a obedecer exclusivamente a la finalidad de garantizar la efectividad de una sentencia estimatoria de la demanda.

Según el auto de 3 de febrero de 2001 dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Betanzos en la pieza separada de medidas cautelares, la primera medida solicitada consistente en el pago de una renta mensual no fue atendida, pues la petición coincidía con una las peticiones formuladas en el suplico de la demanda y suponía una condena anticipada y la segunda medida cautelar solicitada en relación a la suspensión de las obras que se realizaban en el solar colindante también resultó denegada por la falta de prueba de los perjuicios irreparables que se derivaban de la continuación de las obras. El hecho de que se denegaran las medidas cautelares no significa que el profesional no desplegara una diligente actuación, pues las medidas cautelares se conceden o se deniegan por razones de *fumus bonis iuris* [apariencia de buen derecho] y *periculum in mora* [peligro por la mora procesal] que envuelven un grado notable de apreciación por el juzgado o tribunal ante el que se solicitan y los razonamientos por el que se denegaron demuestran que su denegación fue debida a criterios de apreciación. En definitiva, pretenden los recurrentes dividir la actuación profesional desarrollada por el abogado que debe ser considerada en su conjunto, por lo que esta Sala comparte el criterio de la sentencia recurrida de que el abogado actuó conforme a la *lex artis* [reglas del oficio] sin que la desestimación de algunas pretensiones suponga la exigencia de responsabilidad profesional.

OCTAVO.- Enunciación del motivo segundo. Se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del artículo 477.2. 3º y 3 por presentar el asunto interés casacional, por oponerse la sentencia dictada a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo aplicable a la resolución de las cuestiones objeto de debate, en concreto, los preceptos citados infringidos en los motivos anteriores. A modo de ejemplo las SSTs de 12-12-2003, RC n.º 1157/2003; de 21 de marzo de 2006; 27 de julio de 2006, rec. 4466/1999; de 17 de noviembre de 1995, de 28 de enero y 3 de octubre de 1998; manifestándose dicha contradicción en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia recurrida». Este motivo debe ser desestimado, pues en él se plantean, bajo la perspectiva del interés casacional, cuestiones ya resueltas al examinar el primer motivo de casación.

NOVENO.- Desestimación del recurso, costas y pérdida del depósito. La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y sin imposición de costas

a la parte recurrente por concurrir a juicio de esta Sala el supuesto del último inciso del artículo 394.1 LEC. Procede la pérdida del depósito constituido de conformidad con lo establecido en la DA 15.ª, apartado 9, de la LO 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, introducida por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

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

FALLAMOS

1. Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª María Inmaculada, D. Manuel, D.ª Amalia, D. Miguel, D.ª Ascension, D.ª Berta, D.ª Celsa; D.ª Covadonga, D. Sebastián, D.ª Enma, D. Valentín, D. José Luis, D. José Ramón, D.ª Gema, D.ª Irene, D. Jesús María, D.ª Lorenza, D. Juan Francisco, D.ª Mariol, D.ª Milagrosa, D.ª Noelia, D. Alejo, D.ª Piedad y D. Apolonio, contra la sentencia de 30 de junio de 2009, dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, en rollo de apelación n.º 689/2008, cuyo fallo dice: «Fallo. Que debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de A Coruña, en fecha 19 de junio de 2008, en los autos de juicio ordinario núm. 978/2007, con imposición de las costas causadas en la alzada a la parte apelante». 2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance. 3. No ha lugar a la imposición de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación por concurrir a juicio de esta Sala el supuesto del último inciso del artículo 394.1 LEC. Y procede la pérdida de los depósitos constituidos.

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 Ferrándiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Ignacio Sancho Gargallo. Rafael Saraza Jimena. Sebastián Sastre Papiol. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, 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.

La presente sentencia acoge un supuesto en el que se reclama por los daños y perjuicios ocasionados ante una supuesta negligencia del abogado encargado de la tramitación de un procedimiento, el cual tenía como objeto el resarcimiento por los daños causados a unas viviendas con ocasión de las obras que se venían realizando en el solar colindante.

Tanto la Sentencia de primera instancia como la dictada por la Audiencia Provincial que conoce del asunto, desestiman la pretensión ejercitada, declarando que no ha existido falta de diligencia por parte del letrado codemandado en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales

Tanto la Sentencia de primera instancia como la dictada por la Audiencia Provincial que conoce del asunto, desestiman la pretensión ejercitada, declarando que no ha existido falta de diligencia por parte del letrado codemandado en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales, así como declarar inexistente la preceptiva y necesaria relación de causalidad entre la actuación que se le imputa y el daño por el que se reclama.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, acoge también este criterio desestimando tanto el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal como el Recurso de Casación formulado.

Los motivos en los que la Sala fundamenta su resolución caben especial atención, así el primero de ellos viene a recordar que en las demandas por indemnización de daños y perjuicios fundadas en negligencia profesional del letrado, corresponde al demandante de forma única y exclusiva la carga de la prueba sobre los tres elementos esenciales de tal acción, es decir, la prueba sobre la falta de diligencia del letrado, la inexistencia de una relación de causalidad directa entre la actuación que se le imputa y el daño que se reclama y la entidad y valoración del daño reclamado. Pues solo si se prueba cada uno de ellos podrá estimarse la reclamación planteada.

Entre los motivos en los que la Sala fundamenta su resolución cabe llamar especialmente la atención sobre el primero de ellos, que viene a recordar que en las demandas por indemnización de daños y perjuicios fundadas en negligencia profesional del letrado, corresponde al demandante de forma única y exclusiva la carga de la prueba sobre los tres elementos esenciales de tal acción

COMENTARIO

Asimismo acoge esta Sentencia la doctrina sobre la diferencia entre obligación de medios y resultados, calificando sin duda alguna la obligación del letrado como una obligación de medios y no de resultados, lo que conlleva la imposibilidad de que al mismo se le pueda exigir responsabilidad alguna ante la desestimación de las pretensiones de sus clientes, puesto que lo que aquel compromete ante el encargo profesional es el buen hacer a la hora de emplear todos sus conocimientos y técnicas jurídicas para la defensa del asunto, pero en modo alguno podrá comprometer un resultado sobre el que el mismo no puede decidir. En este sentido, la Sala establece la inexistencia de responsabilidad del letrado cuando la desestimación de las pretensiones del cliente es un resultado razonable en atención a las circunstancias y dificultades del encargo realizado. Con ello se hace indispensable para determinar la existencia de responsabilidad por negligencia profesional del letrado, el acreditar que la disminución de probabilidades de éxito en la acción que le fue encomendada por su cliente le es imputable a su actuación, pues de lo contrario no podemos hablar de vulneración de la *lex artis* por parte de aquel.

En el supuesto que analiza la Sentencia la imputación que se hace al letrado en cuanto a la falta de aportación de las pruebas necesarias para acreditar el derecho de los demandantes a cobrar por los costes de alquiler de unas viviendas mientras que se reparaban las suyas, no se estima negligencia del letrado. Y ello por cuanto con buen acierto la Sala reconoce que es el letrado director de la defensa del asunto a quien corresponde analizar y seleccionar los medios de prueba que estime más oportunos para los intereses de sus clientes, y que dado que los demandantes no han probado que a priori esa falta de aportación de los citados documentos fuera imprescindible, no cabe una vez resuelto el procedimiento reprochar falta de diligencia al letrado por no haber aportado tales pruebas.

Con este criterio el Tribunal Supremo da un paso más en el análisis de los asuntos por negligencia profesional del letrado, dejando claro que la desestimación de una acción o de parte de las pretensiones ejercitadas en una demanda, por falta de aportación de prueba, no debe ni puede conllevar de forma automática la responsabilidad del letrado por falta de diligencia profesional, sino que habrá que “considerar la labor del letrado en su conjunto” y no parcialmente.

Es de suma importancia poder defender la falta de responsabilidad del letrado cuando la defensa del asunto se ha realizado previo análisis y estudio de las mejores técnicas jurídicas apropiadas para el mismo, las cuales quedan reflejadas en el discurrir del procedimiento, sin que el resultado final del aquel pueda erigirse en el único instrumento para la resolución de este tipo de demandas por negligencia, por lo que hemos de compartir el criterio que afortunadamente acoge esta Sentencia.

El Tribunal Supremo da un paso más en el análisis de los asuntos por negligencia profesional del letrado, dejando claro que la desestimación de una acción o de parte de las pretensiones ejercitadas en una demanda, por falta de aportación de prueba, no debe ni puede conllevar de forma automática la responsabilidad del letrado por falta de diligencia profesional, sino que habrá que “considerar la labor del letrado en su conjunto” y no parcialmente

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Intromisión ilegítima al honor por la publicación en una revista de fotografías del demandante en compañía de sus hijos menores de edad. Revisión del Tribunal Supremo de la cuantía de la indemnización, elevándola a la cantidad de 5.000 € respecto al demandante y en 34.500 € respecto a sus hijos, y ello, teniendo en cuenta el enriquecimiento del demandado como consecuencia de dicha actuación ilegítima

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 22 de abril de 2013.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. Se interpuso demanda de protección del derecho a la intimidad personal e imagen por D. Ambrosio en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad Juana y Eutimio contra la entidad Hachette Filipacchi, S.L., al estimar que las fotografías y textos publicados en la revista Diez Minutos en el n.º 2845 en el que se muestra al Sr. Ambrosio en compañía de D.ª Begoña y las fotografías publicadas en compañía de sus hijos menores de edad, implican al carecer de consentimiento una vulneración de sus derechos fundamentales causán-

dole un perjuicio que cifra en la cantidad de 300.000 euros.

2. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y declaró una vulneración del derecho a la intimidad del demandante y del derecho a la imagen e intimidad de los menores, con base en: (a) en relación a las fotografías publicadas en el n.º 2845 de 3 de marzo de 2006, no se aprecia una vulneración del derecho a la imagen, pero el texto que acompaña a dichas fotografías implica una vulneración del derecho a la intimidad al dar a conocer una presunta relación sentimental mantenida por el demandante con D.ª Begoña, que implican una vulneración de su derecho a la intimidad, al dar a conocer una información que afecta a su vida privada. La misma vulneración se aprecia en los comentarios o textos que aparecen en las páginas 12 y 13 del mismo número de la revista Diez Minutos; (b) se aprecia una intromisión ilegítima en los derechos a la propia imagen e intimidad de los menores de edad demandantes, con la publicación de su imagen en las fotografías publicadas en el n.º 2871 de Diez Minutos de 30 de agosto de 2006, al ser plenamente identificables y no gozar de consentimiento expreso al respecto; (c) en cuanto a la indemnización procedente, no consta en autos datos sobre la difusión del medio, ni del beneficio obtenido, por lo que atendiendo a las circunstancias del caso, la lesión efectivamente producida y no pudiendo decirse que la misma haya sido grave, ni que haya tenido gran trascendencia o repercusión, más allá del sentimiento subjetivo de ofensa que invade a todo perjudicado, procede fijar la indemnización en la cantidad de 5.000 euros.

3. La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por la parte demandada y el de la parte demandante que solicitó un incremento en la cantidad concedida en concepto de indemnización y confirmó íntegramente la sentencia dictada en primera instancia.

En cuanto interesa al recurso de casación formulado declara que: (a) se confirma la sentencia de primera instancia sobre los mismos argumentos en relación al derecho a la intimidad personal del demandante y de sus hijos menores de edad y su derecho a la imagen; (b) se confirma la cantidad otorgada en concepto de indemnización y si bien no hay datos concretos en orden a la efectiva difusión de la revista sí consta que la demandada obtuvo 39 500 euros por las informaciones difundidas, teniendo dicha revista un carácter relevante en el ámbito de la prensa rosa; (c) las imágenes de los menores son utilizadas con carácter instrumental

DIEZ MINUTOS

www.diezminutos.es

1,80€
Cobranza 1,10€
Spain

30-agosto-2006 • Núm. 2.871



**MAR FLORES
Y SU MARIDO**
PELEA DE ENAMORADOS
EN FORMENTERA



Primeras declaraciones tras
la adopción de sus hermanas



HA
POR PRIMERA
DE SU NO



y de forma colateral en la descripción de las situaciones personales y valoraciones realizadas sobre la vida personal del demandante; y (d) no se aprecia error en la valoración de la prueba alegada por la parte demandante en cuanto a la cantidad otorgada. 4. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de D. Ambrosio, admitido a trámite al amparo del artículo 447.2.1.º LEC, por versar el proceso sobre la protección de derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo único del recurso de casación.

Se interpone recurso de casación por la representación procesal de la parte demandante, articulando su recurso en un único motivo que se introduce bajo la siguiente fórmula: «Deficiente aplicación del artículo 9.3 de la LO 1/1982 de 5 de mayo de 1982, con respecto a la indemnización concedida a esta parte». El motivo se funda, en síntesis, en que, a juicio de la parte recurrente, no existe equilibrio lógico entre la lesión producida, la indemnización concedida y el beneficio obtenido por la apelada a costa de la intromisión ilícita en los derechos de la personalidad del recurrente y de sus hijos menores de edad, pues se estima evidente que existe una grave desproporción entre el lucro obtenido cifrado en 39 500 euros y la cantidad de 5.000 euros concedida en concepto de indemnización, que provoca una notable desproporción y permite que quien se está lucrando ilegítimamente a costa de sucesivas intromisiones ilícitas además se beneficie por ello ya que viene a incentivarse con semejante ínfima indemnización que ni resulta ejemplarizante y mucho menos reparadora del daño causado.

El motivo debe ser estimado.

TERCERO.- Cuantía de la indemnización.

A) Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba (SSTS de 19 de octubre de 1990, 18 de julio de 1996, 14 de julio de 2000, 15 de marzo de 2001), solo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción (SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 24 de marzo de 1998, 23 de noviembre de 1999, 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001, 25 de ene-

ro de 2002, 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28 de marzo de 2005, 9 de junio de 2005, 21 de abril de 2005, 17 de enero de 2006, 27 de febrero de 2006, 5 de abril de 2006, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006, 16 de noviembre de 2006) o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación del quantum [cuantía] (SSTS de 15 de febrero de 1994, 18 de mayo de 1994, 21 de diciembre de 2006). El recurrente pretende la modificación de la cuantía de la indemnización concedida, pues alega que existe una desproporción entre los beneficios cifrados por la parte demandada a consecuencia de la publicación de las fotografías controvertidas y la cantidad otorgada en concepto de indemnización.

B) Según la sentencia recurrida a la vista de reconocida como ingresada por la demandada de 39.500 euros, por las informaciones difundidas, la indemnización de 5.000 euros otorgada por la sentencia de primera instancia, se considera debidamente ponderada y debe tenerse en cuenta la no gravedad ni trascendencia de la publicación sin perjuicio de la reconocida vulneración de los derechos que no debe confundirse con la cuantía, pues se entiende que esa no es la finalidad perseguida por el demandante sino el resarcimiento moral.

C) Esta Sala, atendiendo a las circunstancias del caso, no comparte los razonamientos de la sentencia recurrida y estima insuficiente la cantidad fijada en concepto de indemnización por el daño moral y, en consecuencia, procede su revisión en casación. Por ello teniendo en cuenta: (i) la falta de fundamentación jurídica en la demanda en cuanto a la solicitud de 300.000 euros; (ii) que se ha reconocido una intromisión en la intimidad del demandante y en el derecho a la intimidad y a la imagen de sus hijos menores de edad; (iii) la especial protección de menores que debe llevar a otorgar una indemnización superior a las normalmente concedidas en este tipo de casos. Y la ponderación de estas circunstancias, llevan a esta Sala a considerar que la cuantía de la indemnización debe ascender a 5.000 euros por la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del recurrente y la diferencia hasta 39.500 euros, es decir, 34.500 euros por la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen de sus hijos menores de edad.

CUARTO.- Estimación del recurso.

Según el artículo 487.2.º LEC, si se tratare de los recursos de casación previstos en los números 1.º y 2.º del apartado 2 del art. 477, la

sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida.

Estimándose fundado el único motivo del recurso de casación, procede, en consecuencia, casar en parte la sentencia recurrida.

De conformidad con el artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, no ha lugar a imponer las costas del recurso de casación.

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

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Ambrosio contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 84/2010, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11ª, de fecha 31 de marzo de 2011, cuyo fallo dice:

«Fallamos. Que debemos desestimar los recursos interpuestos las representaciones procesales de D. Ambrosio y Hachette Filipacchi S.A. contra la sentencia de fecha 23 de junio de 2009 dictada por el Ilmo. Sr. D. José María Pareda Laredo, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de esta capital. Sin imposición de las costas causadas en esta alzada a ninguna de las partes».

2. Casamos la sentencia recurrida tan solo en cuanto a la indemnización al demandante que debe ascender a 5.000 euros por la intromisión en el derecho a la intimidad del demandante y a 34.500 euros por la intromisión en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de sus hijos menores de edad. Y mantenemos los restantes pronunciamientos.

3. Sin imposición de las costas correspondientes al recurso de casación.

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

Xiol Ríos, como es habitual en él, dicta una sentencia coherente y ajustada a derecho. Y, como acostumbra, hace gala de una generosidad meditada y nada pródiga o excesiva.

La lectura de sus sentencias evidencia que ha efectuado un estudio pormenorizado de todos los antecedentes. Para el jurista motivado que acude a la jurisprudencia como lugar donde aprender Derecho -Derecho es lo que dicen los jueces, mantenía Álvaro d'Ors- y captar los matices, Xiol Ríos es el maestro. Puede uno no compartir su criterio aplicado al caso. Pero, aún así, respetas y valoras su finura argumental.

El supuesto de hecho es vulgar y frecuente. Un famoso periodista, divorciado y padre de dos hijos menores de edad, es fotografiado a distancia por un periodista depredador y buscador de recompensas. El lugar: una playa frecuentada. Se le capta junto a una supuesta nueva novia o amiga. En el lugar no se encuentran los dos hijos. Pero en el reportaje fotográfico vendido a la revista Cinco Minutos se incluyen -se supone que en instantánea distinta- a los dos hijos. A las imágenes se les acompaña un texto en el que se hace referencia a la ruptura matrimonial del famoso, a la situación de los dos hijos y al nuevo romance amoroso.

El juez de primera instancia estima parcialmente la demanda del periodista sorprendido (?) (quien solicitaba una indemnización de 300.000 euros nada menos); admite que hubo intromisión ilegítima en la intimidad y lesión de la propia imagen tanto del actor como de sus dos hijos; y condena a la sociedad titular de la revista al pago de cinco mil euros (5.000€) como indemnización resarcitoria del daño moral. La Audiencia rechaza el recurso de apelación y confirma la resolución de instancia. (Sentencia 31 marzo 2011, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11; AC\2011\1826).

El Tribunal Supremo (Sentencia de 22 abril de 2013, Tribunal Supremo, Sección primera; RJ\2013\3691) estima en parte el recurso de casación interpuesto por el periodista famoso. (La titular de la revista se limitó a defender el criterio sustentado por el juez de instancia y ratificado por la Audiencia).

¿En qué disiente el TS? ¿Dónde cree que la resolución recurrida adolece de sustento jurídico?

Parte el TS de la doctrina conocida que mantiene la prohibición de cuestionar en casación el quantum indemnizatorio. Añadiendo a renglón seguido que la regla general admite tres excepciones. Y encuentra apoyatura en una de ellas para incrementar el monto resarcitorio. En su opinión (las sentencias judiciales no son otra cosa que opiniones judiciales razonadas), la indemnización concedida por el juez de instancia -y ratificada por la Audiencia- no guarda la adecuada proporción con la ganancia obtenida por la titular de la revista gracias al reportaje. Trae a colación varias anteriores sentencias dictadas en este sentido por el Alto Tribunal. Le parece razonable la indemnización de 5.000 euros concedida en consideración al periodista. Pero considera que el daño moral irrogado a los dos menores de edad merece una recompensa mayor (LO 1/1996, de 15 de abril, de protección del menor). Y encuentra una solución sencilla: condena al pago de 39.500 euros, en consideración a los dos menores de edad. Importe idéntico al que obtuvo la revista por el reportaje (hecho probado y que no pudo ser impugnado en casación). Sin excesos ni exageraciones, el TS hace justicia.

La protección integral de los hijos que predica la Carta Magna en su artículo 39.2, sirve de justificación al TS para otorgar una indemnización superior a las normalmente concedidas en este tipo de casos.

Al socaire de la tan loada sentencia, tenemos el atrevimiento de efectuar las siguientes glosas.

1º El daño -en nuestro supuesto moral- es el elemento nuclear de la responsabilidad. Su existencia es requisito esencial. Y su alcance o gravedad es determinante del quantum satisfactorio. En el caso judicializado, no nos parece que haya quedado clara la repercusión o incidencia personal y familiar del reportaje. El juez a quo califica como leve el daño causado. La ausencia de gravedad, no se cohonestaba con la elevada indemnización solicitada, y en parte obtenida. Además, el juez de instancia tiene en cuenta que el reportaje era neutral. La STC 54/2004, de 15 de abril -FJ 7-, que remite a la STC 76/2002, de 8 de abril -FJ 4-, mantiene que, para que pueda hablarse de reportaje neutral, han de concurrir los siguientes requisitos: a) el objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputa hechos lesivos al honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia; b) El medio informativo ha de ser mero transmisor. Los supuestos contemplados en estas dos sentencias se referían al honor. Pero ello

COMENTARIO

no es obstáculo para que la referida doctrina sea extensible a nuestro caso, objeto de este breve comentario. Es más; algunos autores (Carrillo, M. "El derecho a la propia Imagen del art. 18.1 de la C. E.", en Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos De Derecho Judicial, XXXV, Madrid, 1993, pág. 72) entienden que la imagen es parte del derecho al honor. En el mismo sentido el Código Civil francés (artículo 9) y, lógicamente, la doctrina francesa. También la anglosajona. Y nuestro Tribunal Constitucional, en su STC 170/87, de 30 de octubre, parece diluir la propia imagen en la intimidad personal. (Nos resulta chocante esta tesis, pues posiblemente la imagen sea lo más alejado de la intimidad). Pues bien; si subsumimos el reportaje objeto de nuestro caso en la expresada doctrina, parece obvio que no se cumple el primer requisito (letra a)). Resulta difícil calificar los hechos -los contenidos en el reportaje- como lesivos para el periodista. El reportaje se limita a narrar la vida y milagros del famoso personaje. No compartimos la idea de que fuera vejatorio. Todo lo contrario. Afamado personaje de la farándula y del lígüe ostensible, estamos seguros de que su fama se acrecentó. Tal vez no estuviera falto de sentido el que, a la inversa, fuera la revista la que intentara cobrar una indemnización del periodista y actor, apoyando su pretensión en que había contribuido con el reportaje a incrementar su "prestigio".

2º Uno de los obstáculos con que se enfrenta el legislador lo constituye el vehículo, instrumento o cauce que tiene que utilizar para formular las normas: el lenguaje. Las palabras son al mismo tiempo medio para expresar ideas y elemento que dificulta y, en ocasiones, distorsiona su sentido. Viene esta reflexión a cuento de la materia objeto de la sentencia comentada. La pluralidad de sustantivos y expresiones que conforman los derechos de la personalidad son el más claro exponente. Honor, intimidad, imagen, fama, buen nombre, dignidad, reputación y decoro son algunos. (Recordemos cómo dedicaron su ingenio nuestros clásicos Calderón y Lope al honor y la fama). Y ninguno de ellos ha sido objeto de definición normativa. El TC, en múltiples sentencias, se ha esforzado por delimitar los contornos de cada uno de ellos. Por todas, la famosa y antigua STC 231/1988, de 2 de diciembre (caso Francisco Rivera).

3º Todas las anteriores expresiones y palabras referidas al ámbito de la personalidad son conceptos jurídicos indeterminados. Su aplicación concreta queda en manos de la discrecionalidad judicial. Discrecionalidad que se extiende también al momento clave de determinar la cuantía de la indemnización. Ello explica la disparidad de criterios. Los jueces son personas con sensibilidades diversas. Son ellos el resultado de las múltiples circunstancias vitales que han conformado sus personas. Afortunada es la persona cuya demanda por molestias causadas por ruidos de un negocio existente en los bajos de su vivienda, cae en manos de un juez que también sufre el alto volumen de la música de una discoteca próxima a su domicilio.

4º En la actualidad es una utopía conseguir pasar desapercibido. Por un lado, los medios telemáticos secuestran nuestra personalidad. Por otro, si no estás en los "medios", no existes socialmente hablando. Aún hay más: es frecuente la obsesión por salir en los "medios". Es importante que se hable de uno -aunque sea mal- si se pretende alcanzar una posición privilegiada en la sociedad. (Si todos hablan bien, ¡ies que ya te has muerto!). En nuestro supuesto, quizás pudo haberse sostenido que el actor buscaba a propósito publicidad gratuita. Le salvó la presunción de existencia de perjuicio establecida en el artículo 9.3 de la LO 1/1982. Claro que el perjuicio irrogado a los hijos era patente. Aunque la indemnización benefició al padre, por lo menos en una mitad.

5º El artículo 10.1 de la CE -hay que vincularlo con el artículo 18- dice con rotundidad que los derechos inherentes a la dignidad de la persona son inviolables. Nos preguntamos ¿son también irrenunciables?

6º Los derechos fundamentales, en alguno de los cuales se sustenta la sentencia comentada ¿son aplicables a las relaciones entre particulares? ¿tienen la función de constituir un límite a la autonomía privada?

La eficacia y virtualidad horizontal directa de los derechos fundamentales, sin necesidad de mediar una norma interpuesta, se contraponen con quienes consideran que estos derechos informan los conceptos generales del Derecho privado. Nos inclinamos por esta segunda postura. Buena fe, moral, buenas costumbres u orden público (artículos 7.1, 1255 y 1258 CC) son conceptos jurídicos abiertos e indeterminados, que hacen posible que aquel Derecho pueda adaptarse a los continuos cambios de nuestra sociedad actual.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Muerte del asegurado en accidente de circulación habiendo quedado acreditado que en el momento del siniestro superaba la tasa legal de alcoholemia. Reclamación de los perjudicados de la indemnización pactada en la póliza de seguro de accidentes. Se estima la demanda por importe de 120.500 euros, al entender que el exceso de alcoholemia no demuestra una intencionalidad del asegurado en la producción del siniestro

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 24 de mayo de 2013.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Es un hecho admitido por ambas partes que D. Eulogio concertó con la aseguradora, en fecha 1 de mayo de 2001, un contrato de seguro, que contenía un seguro de accidentes personales, en virtud del cual, en el supuesto de que el conductor del vehículo Volkswagen Golf K-....-KW sufriese un accidente con resultado de muerte, sus herederos legales tendrían derecho a una indemnización de 120.500 euros, figurando como conductor habitual del indicado vehículo D. Serafina. También es un hecho probado, por no ser objeto de discusión entre las partes, que el día 21 de diciembre de 2002, D. Serafina falleció a consecuencia de un accidente de tráfico, ocurrido cuando conducía

el vehículo antes citado. También ha quedado probado, de acuerdo con el informe médico forense de fecha 3 de febrero de 2003, aportado por la demandada con la contestación y no impugnado por la contraria, que, en el momento del accidente, la concentración de alcohol etílico en sangre del conductor asegurado era de 2,23 gramos por litro. La aseguradora, mediante carta de fecha 10 de marzo de 2003 (aportada con la demanda, y no impugnada de contrario), denegó el pago de la indemnización fijada en la póliza contractual, a la vista de los resultados toxicológicos indicados, sobre la base del artículo 4-c de las condiciones generales de la póliza. La sentencia del Juzgado estimó la demanda en la que se reclamaba el importe del contrato de seguro. En la sentencia de la Audiencia Provincial, se estimó el recurso de apelación de la parte demandada, desestimando la demanda al concurrir mala fe a los efectos el art. 19 de la LCS.

SEGUNDO.- Motivo primero. Infracción del art. 19 de la LCS y jurisprudencia que lo desarrolla. Se estima el motivo. Alegó el recurrente que a los efectos del art. 19 de la LCS no puede considerarse dolo o intencionalidad el hecho de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, lo que ya ha fijado la jurisprudencia (SSTS de 13 de noviembre y 22 de diciembre de 2008) y que las figuras delictivas de riesgo no pueden asimilarse a las dolosas. A ello opone la aseguradora recurrida que estamos ante una verdadera exclusión de responsabilidad por inasegurabilidad del riesgo. Que el riesgo provocado es incompatible con el elemento de aleatoriedad consustancial a toda relación de seguro. Añadió que no es lícito, por tanto, asegurar las consecuencias derivada del dolo y máxime cuando el mismo conforma un ilícito criminal con respecto al cual no jugaría la libre autonomía de la libertad de las partes por impedirlo el art. 1255 del C. Civil y sería un contrato nulo por ilicitud de la causa de acuerdo con el art. 1275 del C. Civil. Opuso que el reclamante es el tomador del seguro por lo que no estaríamos ante un tercero ajeno a la contratación, supuesto que difiere de la citada sentencia del TS de 7 de julio de 2006, en la que se basa el recurrente y la sentencia del Juzgado. Todas estas cuestiones han tenido cumplida respuesta en la sentencia de esta Sala de 22 de diciembre de 2008, rec. 1555 de 2003, que versaba sobre seguro de accidentes, que viene a ratificar lo ya declarado en la sentencia de 7 de julio de 2006, antes citada. La de 22 de diciembre de 2008 declara: Una persona suscribió una póliza de seguros de accidente y falleció como consecuencia de accidente de circulación el día 1 de septiembre de



1999. El asegurado era el conductor del vehículo y quedó acreditado mediante el informe del Instituto Nacional de Toxicología que su tasa de alcoholemia en el momento del accidente era de 2,16 g de etanol por litro de sangre. En el seguro de accidentes, el sentido limitativo o no de las cláusulas introducidas en el contrato es susceptible de ser examinado, entre otros criterios, en contraste con el concepto que contiene el art. 100 LCS sobre el accidente como riesgo asegurado, definido como «la lesión corporal que deriva de una causa súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte» (vid., entre otras muchas, STS de 20 de junio de 2002, recurso de casación núm. 2218/1995). Por ello la STS de 7 de julio de 2006, rec.núm. 4218/1999, ha considerado que la cláusula que excluye en la póliza litigiosa los accidentes producidos en situación de embriaguez manifies-



ta debe considerarse, así, como limitativa, por cuanto la situación de embriaguez, aunque sea manifiesta, no constituye ni demuestra por sí misma la concurrencia de intencionalidad del asegurado en la producción del accidente. En el caso examinado debe aplicarse la misma conclusión sobre la causa que excluye de la cobertura los accidentes producidos en situación de embriaguez habitual. Siendo inaplicable, tal como se ha razonado, la cláusula limitativa que se toma en consideración por la sentencia recurrida, procede examinar el motivo de oposición formulado por la parte recurrente en el escrito de contestación a la demanda, en el que se alega que se trata de un supuesto excluido del concepto de accidente que determina el artículo 100 LCS, no susceptible de aseguramiento conforme al artículo 19 LCS, por haber sido causado el siniestro por mala fe del asegurado mediante un acto delictivo contra la seguridad

del tráfico imputado al asegurado cuya responsabilidad penal se declaró extinguida por muerte y, en relación con el artículo 100 LCS, por haber sido originado el siniestro por una causa no ajena a la intencionalidad del asegurado, a la que debe equipararse la imprudencia extrema o temeraria, circunstancia que determina la liberación del asegurador de acuerdo con el artículo 102 LCS, dada la demostración de una elevada tasa de alcoholemia en el conductor fallecido. En la STS de 7 de julio de 2006, rec. núm. 4218/1999, se resuelve una cuestión similar a la aquí planteada en los términos que figuran a continuación.

En relación con diversas modalidades de seguros de accidentes y de daños, se ha planteado ante los tribunales la extensión de la cobertura del seguro a los accidentes de circulación sufridos por conductores que superan la tasa de alcoholemia establecida como límite para la conducción. 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. A la vista de esta doctrina se debe excluir la inasegurabilidad de la conducción en estado de embriaguez, y no sería de aplicación el art. 19 de la LCS, dado que no consta intencionalidad en la causación del siniestro. En el mismo sentido la STS de 16-2-2011, rec. 1299 de 2006 y de 15-12-2011, rec. 1196 de 2009.

TERCERO.- Motivo segundo. Infracción de los arts. 3 y 7 de la LCS y jurisprudencia que los desarrolla. Se estima el motivo. Alega el recurrente que se trataría de una cláusula limitativa, y que al no estar expresamente aceptada conforme al art. 3 de la LCS, sería inoperante. Opone la aseguradora recurrida que no se trataría de una cláusula limitativa sino de un hecho delimitador del riesgo. Sobre la presente cuestión ya se pronunciaron las sentencias antes referidas, al entender que era una cláusula limitativa y en el presente caso no consta aceptada de manera alguna en el condicionado aportado, por lo que no cabe entender excluida la cobertura del seguro en este caso.

CUARTO.- Motivo tercero. Infracción del art. 20 de la LCS y jurisprudencia que lo desarrolla. Se estima el motivo.

Alega el recurrente que no concurre causa justificada para no imponer a la aseguradora los intereses del art. 20 de la LCS. En el presente caso consta que la demanda se interpone el 8 de noviembre de 2007 y se contesta por la aseguradora el 17 de enero de 2008, es decir, con mucha posterioridad a la sentencia de esta Sala de 7 de julio de 2006, antes citada, que marcó la línea a seguir en esta materia. Por tanto, cuando la aseguradora contesta a la demanda conocía perfectamente la línea doctrinal de esta Sala y la altísima probabilidad de que fueran rechazadas sus alegaciones. Recientemente ha declarado la Sala: Según el artículo 20.8 de la LCS, el recargo de los intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada o imputable a la aseguradora. En su interpretación, tanto en su primitiva redacción, como en el texto vigente dado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones que la indemnización establecida en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado. La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial, nada de lo cual se da en el caso (SSTS 13 de junio de 2007; 26 de mayo y 20 de septiembre 2011). STS, Civil sección 1 del 25 de Enero del 2012. Recurso: 455/2008. Sobre la incertidumbre también ha declarado la Sala, que no la integra la mera discrepancia en las cuantías reclamadas STS 17 de mayo de 2012, rec. 1427/2009. Por lo expuesto, cabe concluir que no concurre causa justificada para no imponer los intereses del art. 20 de la LCS, dado que la pretendida ausencia de cobertura que se invoca por la conducción en estado de embriaguez, estaba excluida por la interpretación que de supuestos similares había dado esta Sala, y que invocó la parte demandante. Estimando el recurso y asumiendo la instancia, debemos decla-





rar que parcialmente de acuerdo con la sentencia del Juzgado debemos condenar a MAPFRE AUTOMÓVILES DE SEGUROS Y REASEGUROS, hoy MAPFRE FAMILIAR S.A. al pago a los actores de 120.500 # (ciento veinte mil quinientos euros) más los intereses fijados en el Art. 20 de la Ley de Contratos de Seguro (LCS), desde la fecha del siniestro (21 de diciembre de 2002).

QUINTO.- Estimado el recurso de casación no procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000). Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia (art. 394 LEC). No se efectúa expresa imposición en las costas de los recursos de apelación. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Eulogio y D.^a Serafina representados por el Procurador S. Vázquez contra sentencia de 5 de febrero de 2010 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña.

2. CASAR la sentencia recurrida en todos sus términos.

3. Asumimos la instancia y estimamos íntegramente la demanda condenando a MAPFRE AUTOMÓVILES DE SEGUROS Y REASEGUROS, hoy MAPFRE FAMILIAR S.A. al pago a los actores de 120.500 euros (ciento veinte mil quinientos euros) más los intereses fijados en el Art. 20 de la Ley de Contratos de Seguro (LCS), desde la fecha del siniestro (21 de diciembre de 2002). 4. Estimado el recurso de casación no procede la imposición de costas al recurrente. 5. Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia. 6 6. No se efectúa expresa imposición en las costas de los recursos de apelación. 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 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.

COMENTARIO

Por **Mariano Medina Crespo**
Abogado. Doctor en Derecho

La muy escueta pero precisa sentencia de referencia dispone la condena de la aseguradora demandada a que cumpla la obligación de cobertura de un seguro de accidentes con vehículo de motor, pese a que el fallecido conductor asegurado pilotaba en estado de embriaguez el vehículo reseñado en la póliza.

Tras haberse estimado la demanda, la AP de La Coruña (Sección 3ª) acogió el recurso de la aseguradora y desestimó la pretensión de la parte actora. El TS acoge el recurso de casación y, anulada la sentencia recurrida, confirma la de primera instancia. Ello es consecuencia de haberse acogido los tres motivos del recurso.

El TS estima que la AP infringió el art. 19 LCS por aplicación indebida, dado que la conducción del vehículo asegurado bajo la influencia de bebidas alcohólicas no encaja en la exclusión legal de la asegurabilidad del dolo porque no se está ante un siniestro realizado con mala fe ni con dolo causativo.

El TS estima que la AP infringió el art. 3 LCS por falta de aplicación, dado que la cláusula que excluía de la cobertura la conducción en estado de embriaguez no es una cláusula delimitadora del riesgo amparado, sino limitativa de su cobertura y no consta que hubiera sido específicamente aceptada por el tomador, por lo que queda privada de operatividad.

Finalmente, el TS acoge el tercer motivo, consistente en la falta de aplicación del art. 20 LCS y esgrime que no concurre causa justificativa del impago de la aseguradora dado que ésta tenía que conocer la línea jurisprudencial que se trazó desde la sentencia de 7 de julio de 2006 y por ello tenía que haber cumplido, tempestivamente, su obligación de cobertura.

El TS acoge el tercer motivo, consistente en la falta de aplicación del art. 20 LCS y esgrime que no concurre causa justificativa del impago de la aseguradora dado que ésta tenía que conocer la línea jurisprudencial que se trazó desde la sentencia de 7 de julio de 2006

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Se condena a la aseguradora al abono de los intereses moratorios del artículo 20 de la LCS, a pesar de existir incertidumbre sobre la cobertura de la póliza, al entender que la misma había sido creada por la propia aseguradora por la falta de claridad en la redacción de la póliza

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 7 de junio de 2013.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Por JAVIER DOMINGO S.L. se interpuso demanda contra GARRIGA BARCELÓ S.A., CATALANA OCCIDENTE y Luis Miguel basada en incumplimiento contractual, fundada en el defecto de la piel suministrada por GARRIGA para la confección de los zapatos que fabricó Luis Miguel y que comercializaba JAVIER DOMINGO S.L..

Por su parte CATALANA OCCIDENTE aseguraba a GARRIGA el riesgo de responsabilidad civil de producto/post-trabajos. Tanto en primera como en segunda instancia se determinó que el defecto de que adolecían los zapatos provenía de la piel proporcionada por "Garriga Barceló". El Juzgado estimó parcialmente la demanda

contra Garriga y no impuso a la aseguradora el interés del art. 20 de la LCS.

La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, en el único sentido de imponer a la aseguradora los intereses del art. 20 de la LCS, al no considerar que existiese causa justificada que la exonerase.

En la póliza contratada por Garriga con Catalana Occidente, se incluía la cobertura de responsabilidad civil de producto/post-trabajos. En su apartado II.1 "Objeto y alcance de la cobertura", figura: Como ampliación de la cobertura básica de Responsabilidad Civil de Explotación queda cubierta con la presente póliza, la responsabilidad civil que sea imputada al Asegurado, de acuerdo con la legislación vigente, por los daños causados, por los productos que hubiese fabricado, entregado o suministrado, después de su entrega a los clientes o a otras terceras personas, así como por los trabajos que hubiese prestado, y debidos a:

- un error en la fabricación.
- un vicio en la materia prima.
- una insuficiencia de control, en el curso de la fabricación o antes de la entrega.
 - las condiciones de almacenaje, errores de etiquetado e información".

Igualmente en la póliza se establece como exclusión de la cobertura:

Los daños a bienes ajenos fabricados mediante mezcla de productos del asegurado con otros productos.

SEGUNDO.- Motivo único. Infracción por interpretación errónea del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro en su vigente redacción. Se desestima el motivo.

Alega la aseguradora recurrente que concurre causa justificada para no imponer los intereses del art. 20 de la LCS, dado que estamos ante un problema de falta de cobertura, como lo evidencia la discordancia entre las sentencias de primera y segunda instancia. Añade que los intereses del art. 20 de la LCS deberían aplicarse desde la sentencia de segunda instancia.

Esta Sala ha declarado que: Según el artículo 20.8 de la LCS, el recargo de los intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada o imputable a la aseguradora. En



su interpretación, tanto en su primitiva redacción, como en el texto vigente dado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones que la indemnización establecida en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado. La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o



del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial, nada de lo cual se da en el caso (SSTS 13 de junio de 2007; 26 de mayo y 20 de septiembre 2011).

STS, Civil sección 1 del 25 de Enero del 2012. Recurso: 455/2008. A la vista de esta doctrina hemos de declarar, al igual que en la sentencia recurrida, que no nos encontramos ante un problema de interpretación de la cobertura, sino ante una defectuosa redacción de la póliza que contiene cláusulas oscuras introducidas por la

propia aseguradora en el contrato de adhesión que es la póliza.

Así como objeto de la cobertura incluye los daños producidos por los productos fabricados, como es la piel; para luego, en las exclusiones desnaturalizar prácticamente la cobertura y deja sin efecto el objeto del riesgo, para excluir los daños producidos a bienes ajenos fabricados mediante mezcla de productos del asegurado con otros productos. En cualquier caso, como se declara en la sentencia recurrida nada se ha mezclado, sino que se ha utilizado la piel para la confección de calzado, pues no estamos ante un supuesto de confusión sino de agregación de materiales, fenómeno que tampoco determina el siniestro, pues es la defectuosa piel suministrada por GARRIGA la única causa de los daños. En suma, no podemos considerar causa justificada la duda que pudiera surgir de una interpretación de la póliza, deficientemente redactada por quien la impone, y su grave error o manifiesta falta de diligencia no puede perjudicar al asegurado o perjudicado.

TERCERO.- Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

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 CATALANA OCCIDENTE S.A. representada por la Procuradora D.^a Katiuska Marín Martín contra sentencia de 30 de septiembre de 2010 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona. 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 Jose 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.

COMENTARIO

Por **Sara Dorado Martrat**
Abogada

La Sentencia desestima los recursos de infracción procesal y casación que interpone la representación del ginecólogo que, pese a realizar ecografías periódicas, no detectó –ni consiguientemente informó– la existencia de malformaciones (ausencia de manos y antebrazos) en el feto.

En la presente Sentencia nos encontramos ante un supuesto de interpretación del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro en su vigente redacción, para los supuestos en los que existan dudas sobre la cobertura de la póliza, siendo de aplicación en dichos casos el artículo 20.8 de dicho cuerpo legal y, por tanto, estando exonerada la aseguradora del abono de dichos intereses moratorios.

En el caso que nos ocupa, argumenta la aseguradora recurrente que una aplicación automática de dicho precepto supone una interpretación errónea del citado artículo de la Ley de Contrato de Seguro.

La Sentencia de primera instancia así como la de segunda instancia determinaron la responsabilidad de la aseguradora. La discordancia se planteó respecto de los intereses a aplicar, ya que mientras la de primera instancia no impuso a la aseguradora el interés del artículo 20 de la LCS, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, en el único sentido de imponer a la aseguradora los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, al no considerar que existiera causa justificada que la exonerase de aplicación.

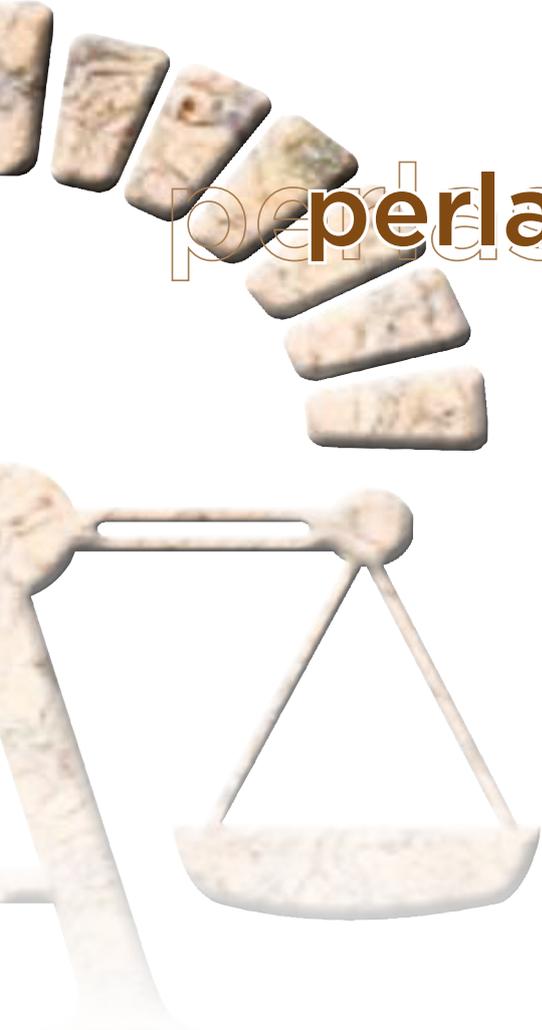
Nuestro Alto Tribunal, acoge también este criterio desestimando el Recurso de Casación formulado por la compañía aseguradora, pero no sin antes fijar una línea argumental y doctrinal de especial relevancia.

La fundamentación de la aseguradora es la siguiente: alega ésta que concurre causa justificada para no imponer los intereses del artículo 20 de la LCS, dado que la mora de la aseguradora desaparece cuando del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional para la determinación de responsabilidad, aplicándose el apartado 8 del citado precepto de la LCS.

El argumento que acoge la Sala para desestimar el recurso es el ya recogido en Sentencias anteriores, recientes y de especial relevancia por la doble vertiente de aplicación del artículo 20 LCS. Se plantea lo siguiente: el artículo 20.8 de la LCS establece que los intereses por mora del asegurador tienen lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada o imputable a la aseguradora. Así, la mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto. Y por el contrario, no se considerará causa justificada de exoneración cuando la duda que pudiera surgir sobre la interpretación sea únicamente como consecuencia de una deficiente y oscura redacción de la póliza.

De esta forma, siguiendo el criterio planteado, hay que acudir a la póliza de seguro para determinar si la confusión sobre la interpretación de la misma nace de los hechos fortuitamente acaecidos, o si por el contrario, el origen recae en la existencia de cláusulas oscuras y, por tanto, de una defectuosa redacción de la póliza. Dicho de otro modo, para la aplicación o no de los intereses moratorios del artículo 20 de la LCS habrá que determinar si nos encontramos ante un problema de interpretación de la cobertura o bien, si estamos ante una dolosa redacción de la póliza que contiene cláusulas oscuras predeterminadas por la propia aseguradora, resultando de aplicación, en este último supuesto el artículo 20.8 de la LCS y, en definitiva, encontrando justificada la no automatización de dichos intereses.

Con este criterio la Sala establece una doble protección. Por un lado, para la aseguradora y, por otro, para el perjudicado. Respecto de la compañía aseguradora puesto que se garantiza una no imposición automática del artículo 20 de la LCS por el mero retraso en el cumplimiento de su obligación de resarcimiento al perjudicado, sino que ante una duda sobre la realidad de la póliza éste puede dar lugar a una justa causa para su exoneración. Asimismo, respecto del perjudicado, se garantiza que en el supuesto caso de incertidumbre en la existencia o no de cobertura de la póliza por una redacción defectuosa consecuencia de la inclusión de cláusulas oscuras en la misma por parte de la aseguradora, ésta deberá responder por los intereses moratorios, dado el carácter sancionador de dicho artículo y la finalidad preventiva.



perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes

Excepcionalmente clarificadora resulta la sentencia nº 471/13, de 5 de julio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo -ponente Sr. Salas Carceller- llevando a sus últimas consecuencias la doctrina plenaria contenida en las sentencias de 17 de abril de 2007, y definiendo los intereses. El hecho de tráfico acaece el 30 de noviembre de 1984, siendo indemnizado el perjudicado -ocupante- por la compañía aseguradora del vehículo, tras el dictado de título ejecutivo, posteriormente, proveniente de aquel, le es declarada una Incapacidad Permanente Absoluta que confirma el TSJA en 2003. Demandada por ello la aseguradora -285.528 euros-, se entendió prescrita la acción en primera y segunda instancias; no así en casación consecuencia de lo cual, la Audiencia ha de dictar nueva sentencia, y lo hace concediendo 9.521,42 euros, por considerar inaplicable el Sistema de valoración, el sistema introducido por la Ley 30/95, sino el RD 2690/83, de 13 de octubre. Es adecuado contextualizar este fallo además, toda vez que presidiendo la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Huelva en esa sentencia nº 176/10, de 4 de octubre (que es confirmada) se hallaba el sólido jurista Jesús Fernández Entralgo. La irretroactividad, es previamente recogida por la sentencia de 12/12/98, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, y fue la valoración de la Audiencia Provincial de Granada, cuyas (entonces) cuatro secciones -sin que se consensuase previamente una solución en lo que, ya de por sí, dicta la razón jurídica- coincidieron en el unívoco entendimiento del Art. 2.3 del Código Civil. La sentencia de origen destaca que no hallándose contemplada en la normativa aplicable indemnización separada por invalidez permanente total o absoluta, se ajusta la fijación del quantum respecto de las secuelas a una de las 12 categorías en ella descritas. Recurrido nuevamente en casación, el Tribunal Supremo se pronuncia, confirmando:

“...no puede ser aceptada por las razones que acertadamente dio la Audiencia al respecto ya que no puede ser de aplicación un régimen vinculante para la fijación del importe de la indemnización a un hecho acaecido cuando

tal sistema no existía y, sobre todo, hay que tener en cuenta que, basada la reclamación -acción directa frente a compañía aseguradora- en la existencia del seguro obligatorio de automóviles, son las cuantías máximas referidas al

mismo en la fecha del accidente las que está obligada a satisfacer la aseguradora por razón del mismo pues son las cubiertas por el contrato de seguro y sobre las que proporcionalmente se calculaban las primas exigibles”.

“... la regla general determina que el régimen legal aplicable a un accidente ocasionado con motivo de la circulación de vehículos es siempre el vigente en el momento en que el siniestro se produce, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley de Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, a lo que añade que el daño, es decir, las consecuencias del accidente, se determina en el momento en que éste se produce, de modo que, por aplicación del principio de irretroactividad, cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado”.

“Para ello la jurisprudencia ha entendido que la obligación de indemnizar en estos casos integra una verdadera deuda de valor (por todas, la sentencia núm. 275/2010, de 5 mayo) y que resulta necesario adecuar las cuantías al momento de la efectiva percepción por el perjudicado de la indemnización correspondiente”.

“En este sentido, al dejar de aplicar una razonable actualización, la Audiencia ha infringido el artículo 1902 del Código Civil y, en consecuencia, procede casar la sentencia para llevar a cabo dicha actualización que no ha de significar elevar la indemnización más allá de lo cubierto por el seguro obligatorio en la fecha del accidente -30 de noviembre de 2004- sino hacer un

cálculo acerca de cuál sería en el momento de interposición de la demanda la cantidad equivalente a la fijada por el Real Decreto 2690/1983, de 13 de octubre, que era de la que efectivamente tenía que responder en aquella fecha la aseguradora por razón del seguro obligatorio. Para ello ha de aplicarse el incremento correspondiente al índice de precios al consumo entre los años 1984, en que ocurrió el accidente, y el 2004, en que se interpuso la demanda, que da un resultado total del 143,9%, lo que determina que la cantidad fijada en la instancia de 9.521,42 euros haya de elevarse a la de 23.222,74 euros.

Por lo que se refiere a los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Segu-

ro, a que alude el segundo de los motivos del recurso, no se estima infracción alguna en cuanto a su inaplicación por la sentencia impugnada y no resulta acogible la tesis de la parte recurrente en orden a aplicar dicha norma según la redacción vigente en la fecha en que aún no había surgido el daño indemnizable, solicitando -como interesa el recurrente- que dichos intereses se devenguen desde la fecha del accidente pues en tal momento no existía el daño actual y la aseguradora no estaba obligada más que a satisfacer lo que efectivamente pagó en atención al contenido del auto de cuantía máxima dictado con motivo del archivo de las diligencias penales abierto con ocasión del accidente”.



Destacar la sentencia nº 138/2013, de 19 de abril, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada, conforme a lo cual “lo cierto es que el art. 10 LCS no prevé la exoneración del deber de indemnizar por la ocultación de la dolencia (esta circunstancia podría dar lugar a la oposición al pago por existir ya el riesgo al celebrar el contrato de seguro), sino porque con tal omisión se induce a contratar o a hacerlo de una determinada manera. En este sentido, la STS de 31-5-04, dice que lo que sanciona la Ley es la omisión voluntaria, en cuanto al conocimiento de la enfermedad puede trascender a las condiciones contractuales, o la propia concertación de la póliza (STS 30-9-96, 31-12-98, 24-6-99). Obviamente, ha de existir una relación, siquiera de conexidad, porque no tendría sentido que la aseguradora dejara de pagar la incapacidad temporal por una rotura de menisco, por haberse omitido la preexistencia de un infarto de miocardio. Y es que actúa con mala fe o culpa grave quien completa el formulario ocultando o deformando datos para ofrecer una apariencia de mínimo riesgo y conseguir una oferta de seguro que no habría recibido, o recibido limitada en cobertura, así como quién lo firma a sabiendas de su falta de veracidad, o quien no lee aquello que firma sabiendo que existen circunstancias relevantes para la contratación”:



“La Sentencia rechaza la pretensión sobre la base de las contradicciones del actor, y el incumplimiento del mismo, al ocultar sus antecedentes quirúrgicos en el cuestionario de salud. De tal manera que, al margen de que fuera en una u otra rodilla, lo cierto es que el actor, tomador del seguro, actuó con mala fe, o culpa gra-

ve, al ocultar sus antecedentes con la finalidad, obvio resulta así deducirlo, de ofrecer una apariencia de mínimo riesgo, y conseguir así una oferta de seguro que no habría recibido, o habría recibido limitada en cobertura, máxime en un caso como éste, en que el seguro suscrito es de enfermedad con cobertura por I.T., que es la

contingencia asegurada, por lo que la preexistencia de periodos significativos de incapacidad temporal, es sumamente relevante.

Si a ello se agrega el argumento de la apelada sentencia del principio de facilidad probatoria por parte del actor, que no usó...”.

De lamentable actualidad, por los hechos que decide, es la sentencia dictada el 22 de julio de 2013 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, Rollo de Tribunal de Jurado 1/2013 condenatoria de José Bretón Gómez, en ella, se impone la pena en su extensión máxima, atendiendo a “el carácter despiadado que revela la ejecución de los delitos, puesto que al calcinar e intentar hacer desaparecer totalmente los restos de los niños, el acusado pretendía multiplicar el dolor de la madre de los mismos, contra la que estaba dirigida indirectamente su acción, que quedaría toda la vida con la incertidumbre de qué había pasado con sus hijos”, pero en el aspecto civil, no sigue, el reciente criterio de Mariano Medina Crespo, en su artículo “Reflexiones Críticas sobre la aplicación del Sistema fuera del Tránsito motorizado (I) y (II), en los números 4 y 5 de abril y mayo de 2012, de la Revista RC, de Inese: “Pese a la plena identidad de cualquier daño corporal como supuesto de hecho que hay que valorar y cuantificar, el circulatorio está sometido a un principio de reparación parcial, mientras que el extracirculatorio sigue sometido al principio de integridad reparatoria”:

“Es sabido que una de las mayores dificultades que encuentra la atribución de indemnizaciones en este tipo de casos es la imposibilidad efectiva de valoración econó-

mica de la vida humana. Por ello, a fin de evitar disparidades, arbitrios o soluciones injustificadas, se viene recurriendo desde hace tiempo al uso orientativo de baremos

oficiales, como es el de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, dada su objetividad y su adecuación a la realidad socioeconómica de nuestro país. Como dice la jurisprudencia, aunque el baremo no es de aplicación directa a los delitos dolosos, si que tiene un valor indudable como referente y criterio para objetivar el señalamiento de la responsabilidad civil (Sentencias de la Sala 2º del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005, 22 de febrero de 2007 o 25 de marzo de 2010). Y aplicando analógicamente dicho baremo, sin rigideces, teniendo en cuenta sus factores de corrección, la corta edad de los menores, que convivían con la perjudicada y eran sus únicos hijos, se estima adecuada una indemnización de 500.000 euros (a razón de 250.000 euros por víctima)”.

Interesante sin duda el modo en que la citada sentencia resuelve la necesidad de inscripción en el Registro Civil del fallecimiento de ambos niños, Ruth y José:

“Habida cuenta que se ha declarado probada la muerte de los niños Ruth y José Bretón Ortiz a manos de su padre, una vez que sea firme esta sentencia procederá la inscripción de su defunción en el Registro Civil, haciendo entrega a su madre, Dña. Ruth Ortiz Ramos, para su inhumación, de los restos humanos custodiados en este tribunal; de conformidad con lo previsto en los artículos 81,83 y 86 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, en relación con los artículos 277, 278, 281 y 282 de su Reglamento. Exigencia de firmeza en la resolución que declare el fallecimiento que viene expresamente determinada por

el mencionado artículo 86 de la Ley del Registro Civil (“Será necesaria sentencia firme... que afirme sin duda alguna el fallecimiento, para inscribir éste cuando el cadáver hubiere desaparecido...”) y que no puede ser obviada, por más que se comprendan las razones y la angustiosa situación anímica de la madre de los menores, puesto que el tribunal está sujeto imperativamente al principio de legalidad, conforme a los artículos 117.1 de la Constitución y 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Como dice muy literariamente la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de septiembre de 2012 (citando

otra de 10 de mayo de 1967), la certeza a que se refiere el artículo 278 del Reglamento del Registro Civil “no puede ser una certeza absoluta, metafísica o física, apoyada, respectivamente, en las leyes ontológicas del ser o en las leyes generales de la naturaleza sensible, en la cual toda posible duda sobre la verdad del hecho y la inexistencia del hecho contrario está totalmente excluida, pues tal clase de certeza nunca podría formarse en el ánimo del juzgador. Por tanto, ha de tratarse de la llamada certeza moral, caracterizada en su lado positivo por la exclusión de toda duda racional y en el negativo en no cenar en términos absolutos la posibilidad

dad contraria y, además, basada en motivos objetivos y no en el sentimiento o en la opinión meramente subjetiva del juzgador". Ya se ha dicho que en este procedimiento no se ha juzgado un asesinato físicamente constatado, en que lo únicamente discutido hubiera sido la autoría y sus circunstancias, sino que como materias previas se han enjuiciado también si ha habido tal acto homicida y cuál es la identidad de las víctimas; por lo que en sucesivas instancias se podrán seguir planteando tales cuestiones, no siendo hasta que haya sentencia firme cuando quede definitivamente determinada la personalidad de los fallecidos. En este caso, tanto el jurado como el magistrado que firma esta resolución tienen la certeza moral (y jurí-



dica, cabría añadir respecto de esta sentencia) de que los restos humanos corresponden a los desdichados menores Ruth y José Bretón Ortiz; pero dicha convicción es revisable y even-

tualmente revocable a través de los recursos previstos en la ley; por lo que, exigiendo el artículo 86 de la Ley del Registro Civil la firmeza de la resolución, a ello habrá que estar."

Sigue habiendo opiniones dispares en torno a la aplicación del factor corrector del 10% en el Sistema de Valoración, sobre las lesiones temporales -no acreditados por la víctima los ingresos por RNTP-, sirva de muestra la sentencia nº 180/2013 de 3 de Junio, de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid:



"Por ello, debe entenderse que lo que se pretende es que el perjudicado pueda acreditar unos daños superiores a los previstos legalmente. Pero en caso de no efectuarlo, ello no obsta para que discrecionalmente pueda ser aplicado por el Tribunal sentenciador cuando no aparezca de lo actuado que las pérdidas patrimoniales producidas al perjudicado como consecuencia de la lesión de los daños corporales, sean superiores a las fijadas en el citado baremo".

Varios perjudicados por los daños sufridos por sus vehículos a consecuencia del incendio ocurrido en un aparcamiento causado por un cortocircuito en la instalación que suministraba energía eléctrica al habitáculo de una autocaravana, demandan a la dueña de ésta, a la entidad propietaria del aparcamiento y a su aseguradora. Absueltos en la primera instancia, resultan condenados en la apelación, siendo objeto de la sentencia nº 415/2013, de 14 de junio de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo -ya hay quien ve similitudes con la popular serie televisiva “con el c.. al aire”:

“... no se ha podido determinar con exactitud la causa del siniestro y que para establecer la responsabilidad de Rocfor S.L. se acude a otras consideraciones ya que al respecto dice la sentencia que «el empleado del aparcamiento Sr. José Ramón se encontraba en el interior del módulo prefabricado cuando comenzó el incendio, no habiendo advertido, su existencia de inicio, por no disponer el aparcamiento de detectores de incendios, ni tampoco de rociadores de agua; y que, al advertir el incendio el empleado de la demandada, se limitó a avisar a los bomberos, por no disponer en las instalaciones de medios para sofocar el incendio, a pesar del elevado riesgo de incendio, por haber estacionados en el recinto más de los cincuenta y siete vehículos que resultaron afectados en el siniestro, y que, como vehículos de motor, disponían de depósito de combustible, además de otros elementos altamente combustibles, como equipos autógenos de gasolina o, en el interior de las caravanas, bombonas de butano o propano, no habiendo clara constancia de que en el aparcamiento hubiera bocas de incendios, hidrantes, o extintores»”.

“Tales circunstancias se consideran suficientes para determinar la existencia de responsabilidad. Como afirma la sentencia de esta Sala núm. 48/2000 de 31 enero, cuya doctrina hace suya la nº 654/2003, de 26 junio, cuando el incendio se ha producido dentro del cir-

culo de actividad empresarial sometido a control y vigilancia del demandado, y ajeno al daño, aquél debe responder. También la jurisprudencia viene reiterando (entre otras, las sentencias de 13 junio 1998, 12 febrero 2001, 4 marzo 2004, y las que citan) que no todo incendio es debido a caso fortuito y no basta para llegar a tal conclusión que el siniestro se hubiera producido por causas desconocidas”.

“Esta Sala tiene declarado, entre otras, en sentencia núm. 210/2003, de 27 febrero, que en tales casos la doctrina jurisprudencial exige la prueba del incendio causante del daño, no la prueba “normalmente imposible” de la causa concreta que causó el incendio; el nexo causal es, pues, entre el incendio y el daño, no respecto a la causa eficiente, ni mucho menos, la culpa del incendio causante

del daño. Así, la sentencia de 22 de mayo de 1999, expresa: «aquellos trabajos se desarrollaban en el ámbito empresarial de la recurrente (que era la empresa donde se produjo el incendio) por lo que a ella, y no obviamente a la adora, le hubiera correspondido la prueba de un suceso extraño a su empresa como causa del siniestro». Y la de 31 de enero de 2000 dice: «ha ocurrido (el incendio) dentro del círculo de su actividad empresarial sometido a su control y vigilancia y ajeno por supuesto al daño y por ello debe responder». Y añade, para el caso concreto, luego aplicable a cualquier otro: «los actores, en suma, han de probar, y así lo han hecho, que su chalet se ha incendiado por la propagación del fuego iniciado dentro del centro de transformación, no lo que ha ocurrido en él para que se produzca»”.



La sentencia nº 45/2013, de 12 de abril, del Juzgado de Menores nº 2 de Bilbao recoge la interesantísima cuestión de la aplicación en el proceso penal de menores del Art. 132 C.P. (reforma LO 5/2010) -por remisión del Art. 15 de la LORPM, para el cómputo de los plazos que describe- ya que en este instruye el Ministerio Fiscal, y el Art. del C.P. entiende que solo interrumpa la prescripción cuando el procedimiento se dirige contra la persona indiciariamente responsable, lo cual solo acaece cuando “se dicte resolución judicial motivada en el que se le atribuya su presunta participación ...” -véase sentencia nº 30/2005 del T.C.- (la sentencia 45/13 hubo de absolver por prescripción):

“De todo lo expuesto se desprende la necesidad de que la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores regule de forma expre-

sa la prescripción, sin remitirse a lo dispuesto en el Código Penal, toda vez que, una aplicación coherente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hace en

Es curioso, cuando menos, el pronunciamiento del auto 505/2013, de 19 de junio, de la Sección 30 de la Audiencia Provincial de Madrid, que retrotrae las actuaciones al sobreseimiento provisional previo a la reapertura de las actuaciones que llevasen a prisión a Don Gerardo Díaz Ferrán:

“Y es que, en modo alguno, ni la crisis en los Estados Unidos de América del Norte (con las “subprime” a las que se refiere el instructor), ni la que desde principios del año 2010 indica que vienen padeciendo los Estados de la Eurozona, ni tampoco una gestión bancaria que el instructor califica de “nefasta”, pueden servir de base a la reapertura de una causa en la que se denuncia la concesión de un crédito por parte de la entidad Caja Madrid por importe de 26,5 millones de euros.

La desproporción y desconexión entre lo que es objeto del proceso y lo argumentado como propio por el Instructor (siendo en gran medida copia de la página web Wikipedia, que la representación procesal de Miguel Blesa de la Parra ha localizado a través del

link: http://es.wikipedia.org/wiki/Crisis_econ%G3SB3mica_espaa%C3%Blola_de_2008-2012), que, en sus palabras, “constituye un cambio de condiciones periféricas manifiesto que ha provocado la necesidad de reaperturar las presentes diligencias”, es de tal naturaleza y magnitud y constituye tan desacertado proceder, que ha dado lugar a una causa en la que lo menos relevante es el concreto hecho denunciado que dio lugar, en enero de 2010 a la incoación de las diligencias previas.”

“Ahora, tras las dos reaperturas acordadas, sin otro fundamento que una causa seguida supuestamente por el Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid, parece ser que el objeto del proceso so ha convertido en una causa “general” en busca de los responsables

gran parte inaplicable al proceso de menores la regulación de la prescripción contenida en el Código Penal vigente, produciéndose una situación de vacío normativo que comporta consecuencias indeseadas, tanto para el legislador como para los operadores jurídicos, por lo que entendemos que es necesaria una reforma urgente de dicha Ley Orgánica que colme dicha laguna legal.”



-al parecer Miguel Blesa de la Parra y Gerardo Díaz Ferrán de la crisis económica que atravesamos y su castigo; eso sí, por una serie de delitos aún en fase de investigación”.

De innegable vigencia real, la “Transmisión hereditaria del crédito resarcitorio por daños corporales” –no en vano, título del excelente último libro de M. Medina Crespo–, de hecho, en las interesantes “Jornadas sobre responsabilidad Patrimonial”, celebradas el 15-16 de marzo de 2012 por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Mariano afirmaba que “dicho consejo tiene un hecho diferencial jurídico, que es tener tendencia a creer que los créditos resarcitorios no se transmiten por herencia, al menos en cuanto a los componentes personales de dicho crédito, cosa que no coincide con la jurisprudencia de ninguno de los órdenes jurisdiccionales del país”. Pues bien, pese a ello el 25/4/12 el Consejo emite el dictamen nº 250/12 –desestimando por falta de legitimación activa– acerca de la solicitud indemnizatoria por defectuosa asistencia sanitaria prestada a la madre del reclamante, de resultas de la cual le sería amputada la pierna. (El presidente del Consejo firma un voto particular discrepante, fundado –entre otras–, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 10/11/2009, recordando que la Consejería de Sanidad no había cuestionado la legitimación, e incluso propuso una cifra en estimación parcial). “No puede reconocerse legitimación a terceras personas para reclamar los perjuicios irrogados al paciente, cuando éste haya fallecido antes de interponer la reclamación”. El voto particular, opuso: “Naturalmente, los derechos de la personalidad no son transmisibles a los herederos, pero el crédito resarcitorio nacido de un daño a la integridad física y moral constituye un derecho subjetivo de carácter patrimonial que se trasmite, como otros muchos, a los herederos”. En la línea de la negligencia facultativa desarrollada en torno al parto, cabe ponderar la sentencia Nº: 403/2013, de 18 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil:

“El principio de facilidad probatoria hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que se halla en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente. Consagrado en la LEC, ya venía siendo acogido por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 8 de marzo, 28 de noviembre de 1996, 28 de febrero de 1997, 30 de julio de 1999, 29 de mayo de 2000, 8 de febrero de 2001, 18 de febrero y 17 de julio de 2003)”.

“Lo que ocurrió en este caso es que se intentó el parto vaginal tras uno anterior culminado con cesárea, lo que le convertía en un parto de riesgo que los

ginecólogos deben conocer e identificar para evitar los problemas que pudieran derivarse, pues ello forma parte de su actividad. La complicación más grave es la que se materializó en este caso, de rotura uterina, y los factores de su incremento, la no existencia de otro parto vaginal previo, la inducción al mismo y los intervalos entre partos inferiores a 18 meses. Sin duda es posible intentar esta forma de parto, pero siempre que exista una monitorización bien controlada, con vigilancia fetal continua, y lo cierto es que, no solo, no obra en autos registro cardiotocográfico para la evaluación fetal ni que tuviera lugar fuera del partograma soportado entre las 13 y las 15 horas, siendo en la última gráfica que este describe cuando tuvo lugar la advertencia de que existía bradicardia y una hipertensión uterina, sino que la decisión se adoptó se hizo sin informar a la actora de todos los riesgos descritos, como declara probado la sentencia.”



entrevista a...



M^a DEL CARMEN GARCÍA GARNICA

por **M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán**

Aprovechando su participación en nuestro próximo Congreso Nacional hemos querido dedicar esta Entrevista a doña M^a del Carmen García Garnica, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Granada, quien además ha ostentado cargos en la Universidad de Granada como los de directora del Centro de Formación Continua y directora adjunta de la Escuela de Posgrado, siendo en la actualidad directora del Secretariado de Innovación Docente de la Universidad de Granada y subdirectora del Comité de Dirección de la Fundación de Estudios y Prácticas jurídicas, y quien asimismo tiene un conocimiento amplio sobre la responsabilidad civil.

En primer lugar quiero aprovechar para felicitarle por la obtención de su Cátedra, pues sabemos lo difícil que resulta el acceso a la misma, sobre todo teniendo en cuenta lo joven que es usted.

Muchas gracias. La verdad es que siempre es una satisfacción que se reconozca el esfuerzo y la dedicación que uno pone en su quehacer diario, y más aún en momentos en que la promoción universitaria no es fácil. En primer lugar, es preciso que una agencia nacional acredite positivamente nuestra labor docente, investigadora y de gestión, y posteriormente superar una oposición. Pero, en cualquier caso, debo reconocer que me siento afortunada, más allá de reconocimientos y de mi categoría administrativa, por poder desempeñar un trabajo absolutamente vocacional, que está en permanente evolución, ofreciendo siempre nuevos retos y una motivación constante. Y, en especial, por poder contar con el apoyo incondicional de mi marido, también profesor de universidad, y mis dos hijas, a quienes a veces les toca padecer mi vocación universitaria.



En cuanto al resarcimiento de los daños morales, sobre el que versa la ponencia a su cargo y de la que podremos disfrutar en nuestro próximo Congreso Nacional a celebrar en Valencia, ¿Contamos con criterios que aporten cierta seguridad jurídica a este tipo de reclamaciones? ¿Cree necesario establecer normativamente los criterios o parámetros que deben dirigir tales indemnizaciones?

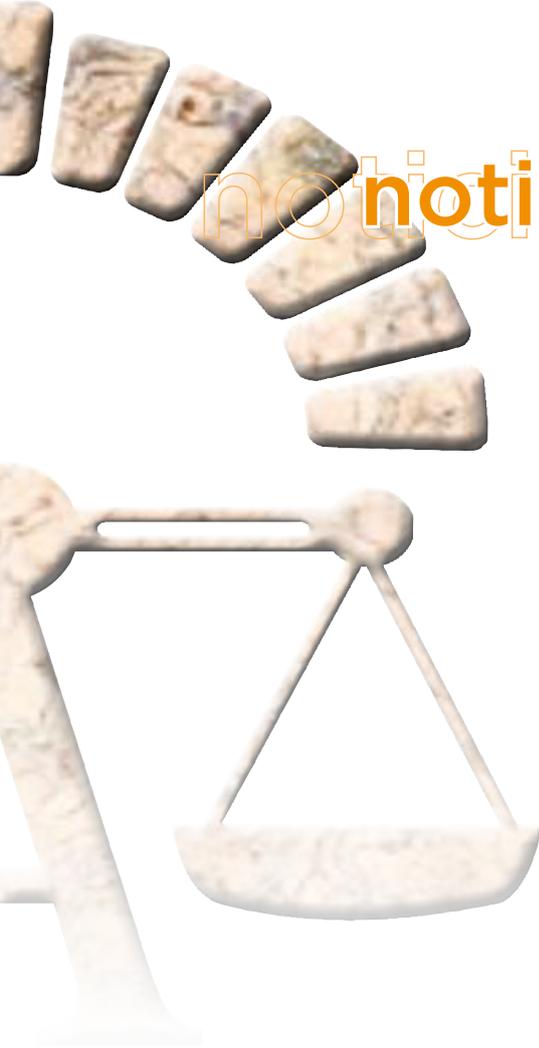
Hasta el momento apenas contamos con parámetros legales que ofrezcan seguridad en cuanto a la valoración de los daños morales. Algo más de luz nos arroja la jurisprudencia en cuanto a cuando puede ser estimada la pretensión de que se reparen los daños morales, pero sin certeza tampoco en cuanto a cuál será su valoración. Esto supone en ocasiones una ventaja, ya a menudo ha permitido utilizar los daños morales al juzgador a modo de válvula de escape a través de la cual se ha procurado ajustar la reparación de los daños y perjuicios a las circunstancias particulares del caso concreto, y que no podían encontrar satisfacción a través de los cauces más objetivos de los daños patrimoniales ni de los corporales. Pero, evidentemente, tiene una connotación negativa, en términos de seguridad jurídica. De modo que, al igual que en su día ocurriera con la valoración de los daños corporales, antes de la regulación del baremo, en ocasiones encontramos una llamativa variabilidad de las indemnizaciones en supuestos sustancialmente análogos. Por ello, creo que sería conveniente, sin menoscabar la necesaria

flexibilidad y discrecionalidad del juzgador en la valoración de esta clase de daños, que por su propia naturaleza no son objetivables, disponer de algunos parámetros que incrementaran la seguridad jurídica de víctimas y perjudicados. De entrada, resultaría de gran utilidad que los pronunciamientos jurisprudenciales expresaran separadamente la parte correspondiente al daño moral, con respecto al resto de conceptos indemnizatorios, y que se identificaran los factores más relevantes para fijar el importe de la indemnización (tales como edad y circunstancias de la víctima y de los perjudicados, tipo y gravedad de la lesión, secuelas, etc.).

En cuanto a la responsabilidad por productos y servicios defectuosos ¿cree acertado que se establezca un criterio mayoritario que defienda la solidaridad de los posibles responsables?

La respuesta a esta cuestión es más compleja de lo que pudiera parecer en una primera aproximación, y exige tomar una opción, en su caso, de política legislativa, teniendo en cuenta que, evidentemente, desde el punto de vista de protección de la víctima la solidaridad de los posibles responsables es la solución más sencilla y ventajosa. Pero, sin olvidar que esa solución tendrá consecuencias posiblemente excesivamente gravosas para el pequeño y mediano empresario, así como para el coste del aseguramiento de la responsabilidad de los posibles responsables, que no deben pasarse por alto a la hora de adoptar una u otra opción.

noticias y actividades



→ LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ASOCIACIÓN CONCEDE A JUAN ANTONIO XIOL RÍOS SU GRAN MEDALLA DE ORO

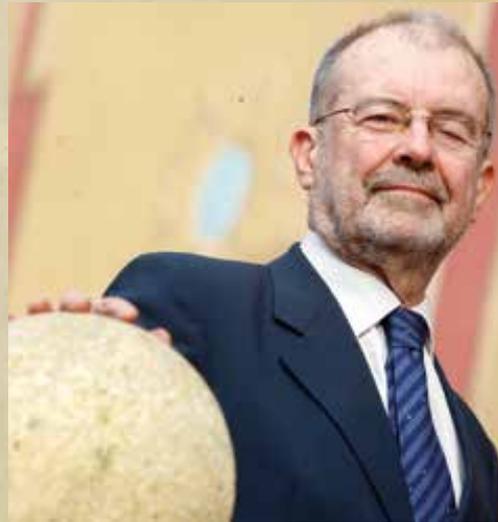
El pasado mes de junio la Junta Directiva de la Asociación mediante una reunión extraordinaria decidió conceder a **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS** la Gran Medalla de Oro de la Asociación, condecoración que se otorga por primera vez y que reconoce la enorme aportación en materia de Responsabilidad Civil que ha llevado a cabo durante sus años como Presidente de la Sala I del Tribunal Supremo.



CURRICULUM VITAE

Ingresó por oposición en la Carrera judicial en 1971. Desempeñó el cargo de Juez de Primera Instancia e Instrucción, sucesivamente, en Cervera (Lérida), en Terrassa y en Sant Feliu de Llobregat (Barcelona). En 1976, por oposición, obtuvo el título de Magistrado especialista en lo Contencioso-administrativo, cargo que ejerció en las Salas de Bilbao y de Barcelona.

- En 1978 fue designado Magistrado adjunto al Presidente del Tribunal Supremo.
- En 1982, también por oposición, obtuvo plaza como Letrado del Tribunal Constitucional, sin perder sus derechos en la Carrera judicial.
- Fue Secretario General del Tribunal Constitucional desde 1982 hasta al año 1986.
- En 1986 fue nombrado Director General de Relaciones con la Administración de Justicia (Ministerio de Justicia).
- En 1987 fue nombrado Magistrado del Tribunal Supremo, como Magistrado especialista de la Sala de lo Contencioso-administrativo.
- En 1990 fue designado por el Senado Vocal del Consejo General del Poder Judicial. Fue Presidente de la Comisión de Estudios e Informes.
- En 1996, por renuncia al cargo de Vocal del Consejo General del Poder Judicial, se reincorporó al Tribunal Supremo, desempeñando la función de Magistrado de su Sala Tercera.
- miembro de la Comisión General de Codificación. Está en posesión de la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort.
- Premio Pelayo para Juristas de reconocido prestigio XV edición, año 2009.
- Gran Cruz de la Orden de Isabel La Católica.
- Ha participado en numerosas conferencias sobre temas jurídicos, así como en la elaboración de artículos y libros diversos.
- Ha sido Presidente de la Junta Electoral Central.
- En julio de 2005 fue nombrado Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cargo que ha ejercido hasta junio del presente año en el que ha sido nombrado por el Consejo General del Poder Judicial nuevo magistrado del Tribunal Constitucional.



→ **PEOPIL, CONGRESO ANUAL. 12, 13 Y 14 DE SEPTIEMBRE 2013, MÁLAGA**



**PEOPIL
CONGRESO ANUAL
EN COLABORACIÓN CON**



LOS DAÑOS PERSONALES EN TIEMPOS DE CAMBIO

JUEVES - SÁBADO, 12, 13 & 14 DE SEPTIEMBRE 2013

EN

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MÁLAGA
PASEO DE LA FAROLA, NO. 13, 29016, MÁLAGA

PATROCINADO POR

irwinmitchell^(IM)
solicitors

**IDIOMAS DE TRABAJO:
INGLÉS & ESPAÑOL**

LOS SIGUIENTES MIEMBROS DE PEOPIL HAN COLABORADO CON EL MATERIAL QUE SE DETALLA:

BOLSAS DEL CONGRESO:

FREDRIC N. HALSTRÖM
HALSTRÖM LAW OFFICES, P.C.
P.O. Box 12103
BOSTON
MA 02112-1203
USA
EMAIL: FRED@HALSTROM.COM

USB-STICKS:

GERARD McDERMOTT QC
OUTER TEMPLE CHAMBERS
222 STRAND
LONDON WC2R 1BA
GERARD.MCDERMOTTQC@OUTERTEMPLE.COM

JUEVES, 12 DE SEPTIEMBRE

7.30 P.M. COCKTAIL DE BIENVENIDA OFRECIDO POR [irwinmitchell](http://irwinmitchell.com)
AT THE OFFICES OF IRWIN MITCHELL, CALLE PUERTA DEL MAR 15, MÁLAGA.

VIERNES, 13 DE SEPTIEMBRE

9:00 A.M. – 9:30 A.M. REGISTRO DE PARTICIPANTES Y ENTREGA DE DOCUMENTACIÓN

9:30 A.M.– 9.45 A.M. BIENVENIDA A CARGO DE:

PRESIDENTE DE PEOPIL ANTOINETTE COLLIGNON
DECANO DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MÁLAGA FRANCISCO JAVIER LARA

9.45 A.M.- 11 A.M. MESA REDONDA SOBRE NORMATIVA APLICABLE A VIAJES
COMBINADOS

MODERADOR: CLIVE GARNER, INGLATERRA

PONENTES: ROBERT MATHIAK, COMISIÓN EUROPEA, BRUSELAS, (PENDIENTE)
MATT GATENBY, TRAVLAW LLP, INGLATERRA
PHILIP MEAD, OLD SQUARE CHAMBERS, INGLATERRA

11.00 A.M.– 11:30 A.M. PAUSA CAFÉ

- 11.30 A.M. - 12:15 P.M.** **ACTUALIZACIÓN SOBRE ROMA II – CONVENIO DE LA HAYA
CUESTIONES DE DESARROLLO SIN RESOLVER**
- PONENTE:** **ANTOINETTE COLLIGNON, HOLANDA**
- 12.15 P.M.– 1.00 P.M.** **NOVEDADES RELATIVAS A LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA
PRÁCTICA DE DEPORTES DE INVIERNO
NORMATIVA SUIZA DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA CON EL
MARCO JURÍDICO EN AUSTRIA, ITALIA, ALEMANIA, FRANCIA Y ESPAÑA**
- SPEAKER:** **MARTIN HABLUETZEL, SUIZA, Y OTROS (PENDIENTES DE CONFIRMACIÓN)**
- 1.00 P.M. – 2:00 P.M.** **ALMUERZO**
- MODERADOR:** **SOREN VAGNER NIELSEN, DINAMARCA**
- 2.00 P.M. – 3.30 P.M.** **RECLAMACIONES TRANSFRONTERIZAS: RESPONSABILIDAD POR
PRODUCTOS DEFECTUOSOS (LEY APLICABLE, POSIBLES DEMANDADOS,
FINANCIACIÓN DE LA RECLAMACIÓN, ETC):**
- MODERADOR:** **DAVID BODY, INGLATERRA**
- PONENTES:** **JOHN BEER, HOLANDA
MARCO BONA, ITALIA
JEAN PIERRE BELLECAVE, FRANCIA
CHRISTOPHER JOHNSTON QC, INGLATERRA
JESÚS PEREZ, ESPAÑA**
- 3.30 P.M. – 4.00 P.M.** **PAUSA CAFÉ**
- 4.00 P.M. – 4.45 P.M.** **RECOBRO DE COSTAS EN RECLAMACIONES TRANSFRONTERIZAS**
- PONENTE:** **AVV. DR. MARCO BONA, ITALIA**
- 4:45 P.M. – 5.00 P.M.** **PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN – ACTUALIZACIÓN SOBRE LA CONSULTA
REALIZADA A LA COMISIÓN EUROPEA TRAS LA PROPUESTA DE PEOPIL**
- PONENTE:** **PHILIP MEAD, INGLATERRA**
- 5:15 P.M – 5: 45 P.M** **ASAMBLEA GENERAL: SOLO PARA MIEMBROS DE PEOPIL**

7:00 P.M.-8:00 P.M. COCKTAIL
RESTAURANTE LIMONAR40 : PASEO DEL LIMONAR NO 40, MÁLAGA

8:00 P.M. CENA DE GALA & BAILE & ENTREGA DEL GALARDÓN PEOPIL
RESTAURANTE LIMONAR40 : PASEO DEL LIMONAR NO 40, MÁLAGA

SÁBADO, 14 DE SEPTIEMBRE

MODERADOR: PAUL KUHN, ALEMANIA

9.30 A.M. -10.15 .A.M. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADA DE ACCIDENTES DURANTE
CRUCEROS

**PONENTES: SILINA PAVLAKIS, GRECIA
BRET RIVKIND, U.S.A.**

10.15 A.M. – 11.00 A.M. LA REFORMA DEL BAREMO EN ESPAÑA: MIRANDO HACIA EUROPA

**PONENTES: PROF. DR. MIQUEL MARTIN-CASALS, ESPAÑA
ELENA AGÜERO, FISCAL ADSCRITA AL FISCAL DE SALA DE SEGURIDAD VIAL,
ESPAÑA**

11:00 A.M. – 11:30 A.M. PAUSA CAFÉ

11:30 A.M. – 12:15 P.M. LA COMPENSACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES EN LAS
INDEMNIZACIONES POR ACCIDENTES LABORALES Y SU EXTRAPOLACIÓN
A LAS INDEMNIZACIONES POR ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN.
RECUPERACIÓN DE LAS MISMAS POR LOS ORGANISMOS
INTERNACIONALES SIMILARES A LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA

**PONENTE: JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, SECRETARIO GENERAL DE LA
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RC Y SEGURO,
ESPAÑA**

12:15 P.M. – 1:00 P.M. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS A PERSONAS A CARGO DE
CENTROS E INSTITUCIONES RESIDENCIALES

**PONENTES: ANA ROMERO, ESPAÑA
LARRY SHAW, INGLATERRA**

1:00 P.M. CONCLUSIONES

1:15 P.M. CIERRE DEL CONGRESO



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

SegurCaixa Adeslas

Protección a medida para tu actividad profesional.

En SegurCaixa Adeslas estamos cerca de ti para ofrecerte toda la protección que necesitas para tu actividad profesional, un seguro a medida de tus necesidades.

Infórmate en
suscripcionempresas@segurcaixaadeslas.es



 **SegurCaixa Adeslas**

XIII CONGRESO NACIONAL

de Abogados Especializados
en Responsabilidad Civil y Seguro



Del 14 al 16 de Noviembre 2013
Ciudad de la Justicia de Valencia
VALENCIA

14 noviembre

- 13:00h **Asamblea General de la Asociación**
Ciudad de la Justicia de Valencia.
- 16:00h Entrega de acreditaciones y documentación.
- 16:15h **INAUGURACIÓN DEL CONGRESO**
D. Mariano Durán Lalaguna, Decano del Ilustre colegio de Abogados de Valencia.
- 16:30h **1ª Ponencia**
Supuestos de responsabilidad civil objetiva en el Código Civil: Daños causados por animales, humos, árboles y objetos caídos o arrojados
D. Mariano Medina Crespo, Presidente Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro.
- 17:30h **2ª Ponencia**
El elemento extranjero en los accidentes de circulación: supuestos de conflicto entre Consorcio de Compensación de Seguros y Ofesauto
D. José Antonio Badillo Arias, Director Regional de Madrid en Consorcio de Compensación de Seguros.
- 18:30h **3ª Ponencia**
El seguro de defensa jurídica con particular referencia al límite de la cobertura en supuestos de libre designación.
D. Alberto Tapia Hermida, Catedrático (Acreditado) de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.
- 19:30h **4ª Ponencia**
La responsabilidad civil en la Ley de propiedad horizontal y en las relaciones de vecindad
D. José Alfonso Arolas Romero, Presidente de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia.
- 21:00h **Recepción por parte de la Excmo. Alcaldesa de Valencia. Coctel de Bienvenida en el Palacio de la Exposición (Carrer de Galicia nº1).**

15 noviembre

- 09:30h. **5ª Ponencia**
Resarcimiento de daños morales en la responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos
Dª Maria del Carmen García Garnica, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Granada.
- 10:30h. Pausa - Café
- 11:00h. **6ª Ponencia**
Responsabilidad de las agencias de "rating" o empresas de calificación comercial: daños causados por negación de solvencia que frustra operaciones comerciales o de financiación empresarial
D. Mariano Yzquierdo Tolsada, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.
- 12:00h. **7ª Ponencia**
La propuesta del Comité de Expertos para la reforma del 'Baremo' para accidentes de circulación: un verdadero sistema valorativo en armonía con la cultura europea del daño corporal
D. Miquel Martín Casals, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona.
- 13:00h. **Mesa Redonda**
El nexo causal en las lesiones leves por accidentes de circulación
Miguel Ángel Larrosa Amante, Magistrado de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Murcia.
Julio Irigoyen Alba, Jefe del Servicio de Clínica del Instituto de Medicina Legal de La Rioja.
Cándido Hernández Martínez, Director de Daños Personales de seguros Pelayo.

Almuerzo de trabajo
Restaurante Submarino
Parque Oceanográfico de Valencia

- 16:30h. **8ª Ponencia**
Aplicación del sistema valorativo de daños personales y su interpretación jurisprudencial fuera del tránsito motorizado: ¿Qué pasa con la reparación íntegra del lucro cesante?
D. Rafael Martín del Peso, Presidente de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias.
- 17:30h. **9ª Ponencia**
Responsabilidad sanitaria: Identificación y cuantificación del daño, con especial referencia a la pérdida de oportunidad
D. Jose Antonio Seijas Quintana, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
- 18:30h. **10ª Ponencia**
Los daños intrafamiliares
Dª Encarnación Roca Trias, Magistrada del Tribunal Constitucional.
- 19:30h. **Conferencia de Clausura**
La responsabilidad de los abogados
D. Juan Antonio Xiol Rios, Magistrado del Tribunal Constitucional y ex Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
Imposición de la Gran Medalla de Oro de la Asociación.
- 20:15h. **CLAUSURA DEL CONGRESO**
Pilar de la Oliva Marrades, Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
- 21:00h. **Recogida en Hoteles por los Autobuses para traslado a la Cena de Gala**
- 22:00h. **CENA DE GALA CON BAILE Y BARRA LIBRE**
Hotel Las Arenas Baleario Resort ***** GL
- 05:00h. Regreso de autobuses a Hoteles

16 noviembre

- 11:00h. Recogida en Hoteles por los Autobuses.
- 12:00h. Paseo en barca por la Albufera con visita a una barraca de El Palmar, incluye guía local.
- 14:00h. Almuerzo con degustación de paellas en Restaurante Nou Racó.
- 17:00h. Regreso a Hoteles.

MÁS INFORMACIÓN EN:

Asociación Española de Abogados
Especializados en Responsabilidad
Civil y Seguro

902 361 350

www.asociacionabogadosrcs.org

