

nº 37

Primer Trimestre. Año 2011



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

**Póliza colectiva y
póliza individual en
el seguro de caución
para la devolución
de cantidades
anticipadas en la
compra de viviendas**

**El arbitraje previsto
en el artículo 76 e)
de la Ley de
Contrato de Seguro**

**La valoración
médico legal de las
lesiones. Aportación
de la biomecánica**



asociacionabogadosrcs.org

11 RCS]

XIII CONGRESO DE
RESPONSABILIDAD CIVIL
Y SEGURO

Madrid, 20 y 21 de junio de 2011

Organizan:  Reed Business Information |  inese



ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

Patrocinan:



DAVIES ARNOLD COOPER ABOGADOS



INFORMACIÓN: INESE

C/Albarracín 34. 28037 Madrid. Tlf: 91 375 58 14/00. Fax: 91 535 29 55 ineseformacion@rbi.es www.inese.es



nº37

Primer Trimestre. Año 2011



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 37

EDITORIAL

Córdoba, ciudad de ensueño

Por *Javier López y García de la Serrana* 5

DOCTRINA

- Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compra de viviendas

Francisco Javier Maldonado Molina 9

- El arbitraje previsto en el artículo 76 e) de la Ley de Contrato de Seguro

Antonio Raventós Riera 25

- La valoración médico legal de las lesiones. Aportación de la biomecánica

Santiago Delgado Bueno 41

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 9 de febrero de 2011
RESPONSABILIDAD CIVIL: Accidente de un esquiador al impactar contra un cañón de nieve artificial señalado y protegido. No acreditada la culpa de la víctima, procede la responsabilidad por riesgo dada la falta de previsión y diligencia que supone por sí la existencia de un accidente en circunstancias de uso normal de las instalaciones. Indemnización: aplicación del sistema de valoración vigente en el momento del alta definitiva del perjudicado 53

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 11 de febrero de 2011
RESPONSABILIDAD CIVIL: Deficiente funcionamiento del servicio sanitario público. Competencia de la jurisdicción civil cuando se ejercita la acción directa contra la aseguradora de la Administración. Muerte del feto en el parto, indemnización ajustada al supuesto del Baremo de embarazada con pérdida de feto. Consentimiento informado por cambio de circunstancias, no se precisa pues el consentimiento iba encaminado a no tener más partos y no a no tener más hijos 63

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 14 de febrero de 2011
RESPONSABILIDAD CIVIL: Cláusula por la que la cobertura sólo afecta a los siniestros notificados al asegurador durante la vigencia de la misma. Ineficacia de dichas cláusulas de limitación temporal, que sólo son aceptadas cuando sean beneficiosas para los derechos del asegurado, debiendo estar al momento de la producción del daño 69

■ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 16 de febrero de 2011
RESPONSABILIDAD CIVIL: Acción de repetición de la aseguradora en supuestos de daños corporales ocasionados por accidente de circulación, encontrándose el conductor en estado de embriaguez. Diferencias entre el seguro voluntario y el obligatorio en relación a la autonomía de la voluntad de los contratantes. Cláusulas limitativas firmadas por el conductor y aplicabilidad respecto del tomador en caso de mandato expreso o con conocimiento de este..... 75

■ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 2 de marzo de 2011
RESPONSABILIDAD CIVIL: Falta de cobertura porque cuando se declaró la incapacidad permanente del asegurado la póliza ya no estaba vigente, aunque sí lo estuviera cuando contrajo la enfermedad, siendo de aplicación la doctrina de la Sala que señala como fecha determinante la declaración de la incapacidad o invalidez..... 83

AUDIENCIAS PROVINCIALES

■ Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, de 14 de marzo de 2011
RESPONSABILIDAD CIVIL: Límites en la investigación judicial en el delito contra la Seguridad del Tráfico. La protección de datos de carácter sanitario..... 91

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José Mª Hernández-Carrillo Fuentes..... 97

ENTREVISTA A...

José Pérez Tirado

Por Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán..... 107

NOTICIAS

➔ Una nueva imagen para nuestra Revista..... 111

➔ Cd Base de datos de Jurisprudencia de la Asociación..... 115

➔ Especial X Aniversario..... 119

EDITA:

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

PRESIDENTE:

Mariano Medina Crespo

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

María del Carmen Ruiz-Matas Roldán

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Javier López y García de la Serrana, Mariano Medina Crespo, Andrés Cid Luque, José María Hernández-Carrillo Fuentes, Andrés López Jiménez, Fernando Estrella Ruiz, José Félix Gullón Vara, María Fernanda Vidal Pérez, José Manuel Villar Calabuig, Josep Viella i Massegú, Carmelo Cascón Merino, Isidro Tormos Martínez, Víctor Martín Álvarez, Celia Pita Piñón, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino Merino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez González, Pedro Torrecillas Jiménez, José Luis Nava Meana, Javier Muro Insausti, Susana Sucunza Totoricagüena y José Antonio Badillo Arias.

MIEMBROS DE HONOR:

Mariano Yzquierdo Tolsada, Miquel Martín Casals, Fernando Pantaleón Prieto, Jesús Fernández Entralgo, Eugenio Llamas Pombo, Ricardo de Ángel Yágüez, José Manuel de Paül Velasco, Fernando Reglero Campos (), Miguel Pasquau Liaño, Juan Antonio Xiol Ríos y José Manuel López García de la Serrana.*

DISEÑO:

Aeroprint Producciones S.L.

IMPRIME:

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

D.L. GR-1228/02

ISSN 1887-7001



asociacionabogadosrcs.org



editorial

Córdoba, ciudad de ensueño

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

Nuestro Congreso Nacional, que cumple su Undécima Edición, tendrá lugar los próximos días 5, 6 y 7 de mayo de 2011, en la maravillosa ciudad de Córdoba, que constituye un marco privilegiado, pues muy pocas ciudades europeas pueden presumir de una historia tan intensa como Córdoba. Allá donde se mire, hay arte y sabiduría. Su memoria más lejana data de época romana, cuando fue fundada como urbe comercial, administrativa y cultural. De su entonces navegable río Guadalquivir partían los barcos cargados de aceite de oliva y minerales rumbo a la metrópoli. En la Córdoba romana nacieron el filósofo Séneca y su sobrino el poeta Lucano, cuyo recuerdo queda hoy en las calles y plazas del barrio viejo.

La historia de Córdoba es especialmente feliz en época de Al-Ándalus, siendo su Mezquita el gran monumento del Islam occidental. Cuentan que Medina Azahara fue la urbe más suntuosa jamás soñada, y que el alcázar, la medina y los baños árabes acogieron a poetas, artistas y mercaderes llegados de todos los rincones. La Córdoba secreta reside en los barrios populares, como San Lorenzo, Santa Marina o San Pedro, donde justo ahora, cuando la primavera está en

todo su esplendor, la ciudad de Córdoba y especialmente los patios de sus casas se engalanan con flores multicolores. Un espectáculo digno de ver que sus habitantes conocen bien, por eso lo comparten con todos los visitantes al dejar las puertas de sus patios abiertas para que todo el mundo admire la belleza de estos jardines interiores.

En este marco incomparable es donde se desarrollarán las ponencias de nuestro XI Congreso Nacional, motivo por el que se ha cuidado la selección de las materias a tratar, al objeto de que tanto el continente como el contenido del Congreso sean del mismo nivel, pero sin sobrecargar las jornadas de trabajo para poder también disfrutar del maravilloso entorno, contando por ello con solo siete ponencias, pero de las que podemos garantizar su calidad, al igual que la brillantez de sus ponentes, hasta extremos que sorprenderán de nuevo a muchos.

El congreso comienza este año con la ponencia sobre "*Selección de aspectos problemáticos acerca de las diferencias y últimos acercamientos entre las jurisprudencias civil y social en materia de accidentes laborales*", trabajo de nuestro miembro de honor **Mariano Yzquierdo Tolsada**, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, que analizará una selección de los aspectos más problemáticos entre las jurisdicciones civil y laboral, centrándose en aspectos como la jurisdicción competente, vertebración indemnizatoria, compensación de prestaciones, entre otros; basando su estudio en la jurisprudencia más reciente de nuestro Alto Tribunal, tanto de la Sala Primera

como de la Cuarta, que dotan a esta ponencia de máxima actualidad y que es una magnífica forma de comenzar.

La segunda de las ponencias será la desarrollada por **Pedro José Vela Torres**, magistrado de la Audiencia Provincial de Córdoba especialista en Mercantil y profesor asociado de Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba, quien abordará el tema de *“La culpa extracontractual en la Responsabilidad civil de los Administradores de Sociedades Mercantiles”*, centrando su estudio en cómo la reciente y novedosa Ley de Sociedades de Capital, de 2 de julio de 2010, incide sobre la responsabilidad de los mismos en los distintos ámbitos en que se ejercita dicha acción.

El tercer trabajo a exponer corresponderá a **Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**, magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que realizará un gran análisis de la *“Responsabilidad civil de los delitos dolosos”*, analizando su condicionamiento, y a su vez, independencia del procedimiento penal, así como otros aspectos como la relación de causalidad, la cuantía de los delitos dolosos, la cuantificación del daño moral, la problemática de los intereses procesales y moratorios, así como la moderación de la indemnización cuando la víctima interviene en la causación del daño, la reserva y renuncia de la acción civil, así como cuestiones relativas a la responsabilidad del asegurador y del Estado por subrogación en caso de ayudas a víctimas del delito, entre otros.

A continuación vendrá un estudio completo sobre *“La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil del abogado”*, que será desarrollado por **Juan Antonio Xiol Ríos**, presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, quien desgranará las particularidades de la responsabilidad civil de los profesionales, analizando las técnicas jurídicas para abordar supuestos de incertidumbre causal relativa, así como las diferencias entre el daño patrimonial y el daño moral derivado de la frustración de acciones judiciales, terminando con la justificación de la aplicación de criterios como el de proporcionalidad o el de umbral de seriedad.

La quinta de las ponencias tratará sobre *“La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”*, y estará a cargo de **Fernando Pantaleón Prieto**, catedrático de Derecho Civil. Sin embargo la ponencia escrita que forma parte del libro de ponencias, corresponde a un trabajo propio que he realizado, dada



En la Córdoba romana nacieron el filósofo Séneca y su sobrino el poeta Lucano, cuyo recuerdo queda hoy en las calles y plazas del barrio viejo

La historia de Córdoba es especialmente su Mezquita el gran monumento. Cuentan que Medina Azahara fue la urbe, el alcázar, la medina y los baños árabes, los mercaderes llegados de



La Córdoba secreta reside en los barrios populares, como San Lorenzo, Santa Marina o San Pedro, donde justo ahora, cuando la primavera está en todo su esplendor

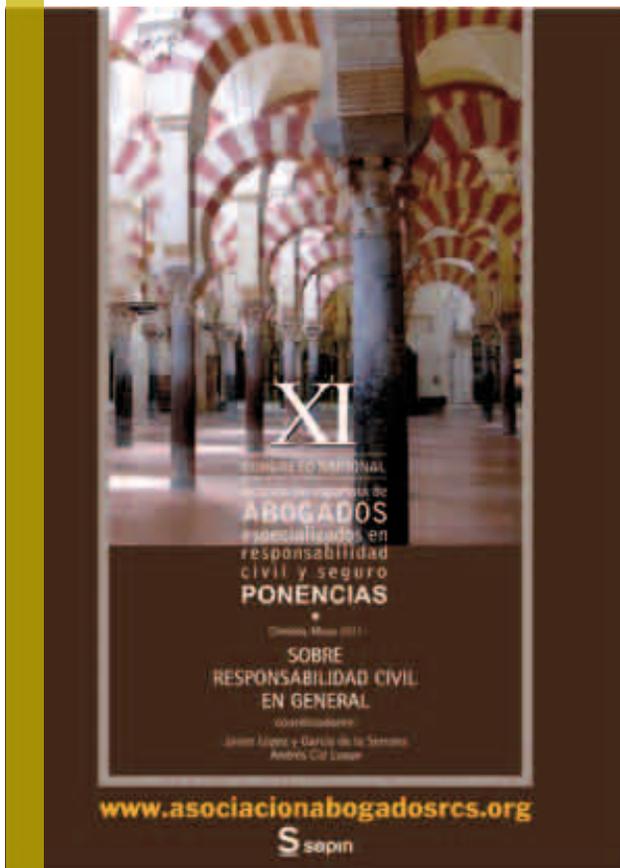
nte feliz en época de Al-Ándalus, siendo
mento del Islam occidental.
be más suntuosa jamás soñada, y que el
abes acogieron a poetas, artistas y
s de todos los rincones

la imposibilidad justificada de que lo hiciera el propio ponente, con cierta premura y que solo comparte el título con la ponencia oral, que seguro será bastante mejor; no obstante puede servir de telón de fondo a la misma, dado que parte de un breve recorrido de la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y hace un estudio de la jurisprudencia más actual en distintos ámbitos, como los accidentes de circulación, la responsabilidad civil médica, entre otros, donde se analiza la procedencia o no de la responsabilidad de la administración y su cuantificación, sin olvidarnos de la siempre controvertida “competencia” de la acción directa contra la aseguradora de la administración.

La penúltima ponencia que se nos presenta en este congreso se titula “*El lucro cesante causado por la lesión permanente en el sistema valorativo de la Ley 30/1995: un paso abierto, con enorme estrechez, para reparar solo una fracción del lucro cesante por venir. Análisis de la STS (Sala 1.ª) de 25 de marzo de 2010*”, y la desarrollará el presidente de nuestra Asociación **Mariano Medina Crespo**, abordando un amplio análisis de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010 y la gran trascendencia que la misma tendrá en la aplicación de la Tabla IV del sistema valorativo de la Ley 30/95 para el resarcimiento del lucro cesante causado por lesiones permanentes laboralmente impeditivas (amissio operarum).

La última de las ponencias trata sobre “*La responsabilidad del prestador de servicios en la legislación de consumidores y usuarios*”, estando realizada por **Manuel Rebollo Puig**, catedrático de Derecho Administrativo, quien, a lo largo de la misma, analizará dicha responsabilidad en el ámbito del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, realizando un estudio de los preceptos en los que la misma se recoge.

Como anexo del libro de ponencias que se distribuirá en el congreso, se acompaña el “Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro”, recibido el 8 de abril del 2011 por el Consejo de Ministros, cuyos aspectos más relevantes están en la regulación que el nuevo artículo 19 hace de la oferta motivada, que será un reflejo de la regulación ya en vigor, establecida por la Ley 21/2007, para el seguro de Autos. El anteproyecto incorpora como novedad el seguro de decesos y el de cobertura de las situaciones de dependencia y declara la nulidad de las cláusulas de cobertura de sanciones penales y administrativas como, por ejemplo, el pago de las multas en el seguro de cir-



culación. Por otro lado, tomando como ejemplo el seguro de incendios por ser el más garantista, el “seguro contra daños” se extiende a otras modalidades que se ajustan mejor al mercado, como los seguros multirriesgos o combinados.

Además de las ponencias reflejadas, tendrá lugar a final del congreso una importante y novedosa mesa redonda en cuanto a su planteamiento, pues en la misma participarán todos los ponentes intervinientes a lo largo del congreso, además de la magistrada del Tribunal Supremo, **Encarna Roca Trias**, sobre aquellas cuestiones planteadas por escrito por cualquiera de los participantes en el mismo, facilitándose a dichos efectos, al comienzo de las jornadas, un documento donde poder realizarlas, al objeto de que la mesa redonda se convierta en un foro de debate que enriquezca aún más el desarrollo de las ponencias, pudiéndose asimismo aprovechar la misma para plantear la oportunidad de cualquier alegación al “Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro”, que actualmente se encuentra en fase de audiencia a todas las partes interesadas antes de su aprobación como proyecto de ley y remisión a las Cortes Generales.

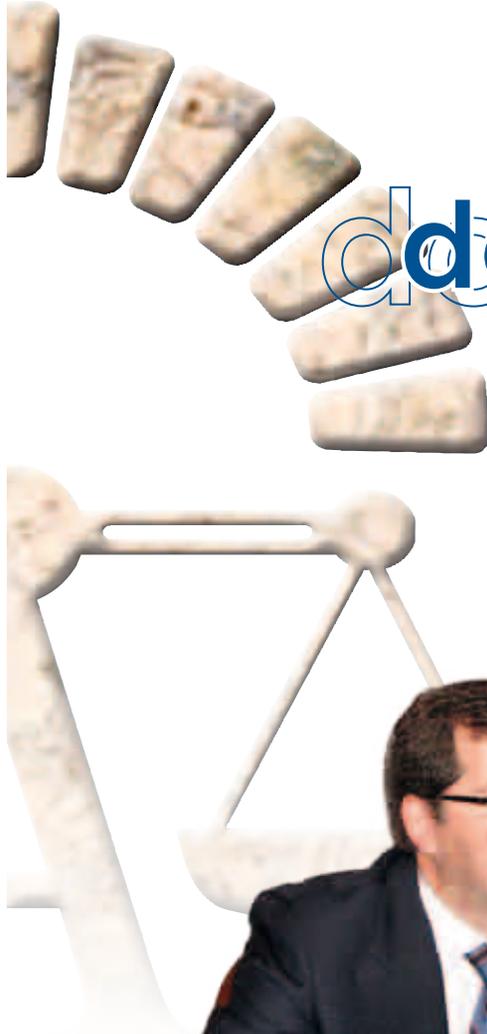
Antes de finalizar quiero hacer mención a que en el congreso, al igual que se acompaña

Sin duda, en este congreso de la Asociación aprenderemos, como en los diez anteriores, conviviendo y compartiendo nuestras experiencias profesionales de todo el año en un marco incomparable

con esta Revista, se distribuirá un Cd con la **Base de Datos de Jurisprudencia de la Asociación**, en el que se recogen unas 100.000 sentencias de Responsabilidad Civil y Seguro de los Órdenes Civil (más de 80.000 sentencias) y Penal (aproximadamente 20.000 sentencias), tanto de las Audiencias Provinciales (una amplia selección) como del Tribunal Supremo (todas). Este Cd, que edita Jurisoft, se corresponde con la Base de Datos de Jurisprudencia de nuestra Web, a la que pueden acceder con su clave todos los miembros de la Asociación, por lo que se recomienda acudir preferentemente a esta última, dado que siempre estará más actualizada que la incluida en el Cd, el cual se envía cada año solo para facilitar el acceso a la misma en aquellos casos en los que no se tenga conexión a Internet.

Sin duda, en este congreso de la Asociación aprenderemos, como en los diez anteriores, conviviendo y compartiendo nuestras experiencias profesionales de todo el año en un marco incomparable, gracias a la magnífica labor que han llevado a cabo los compañeros de Córdoba, **Andrés Cid Luque**, vicepresidente de nuestra Asociación, **José Luis Garrido Jiménez**, decano del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba, **José M.ª Sánchez Aroca**, **Ignacio Martín Sánchez-Palencia**, **Raquel del Moral Cejas**, **Enrique Montero Fuentes-Guerra**, **Alfonso Carbonell Porras**, **Lourdes Cano García**, **Mariano del Rey Alamillo** y **José Carlos de los Ríos Romero**, a quienes le agradecemos su esfuerzo y dedicación, felicitándoles por adelantado, pues seguro que Córdoba 2011 dejará en todos un magnífico recuerdo.

Abril 2011



doctrina

Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compra de viviendas



Francisco Javier Maldonado Molina
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad de Granada.

SUMARIO

1. El llamado sistema de doble póliza
2. Las pólizas colectivas de estos seguros como pólizas de abono
3. La declaración de abono del cedente-tomador
4. La omisión de la declaración de abono del cedente-tomador
5. La posible responsabilidad del asegurador en base a la póliza colectiva

1. El llamado sistema de doble póliza

La fuerte crisis que viene atravesando el sector inmobiliario está poniendo de relieve ciertas indefiniciones y carencias en varios aspectos del régimen aplicable a las adquisiciones de viviendas sobre plano. Así sucede, por ejemplo, respecto del incumplimiento del promotor anterior a la declaración del concurso y la posible resolu-

ción de los contratos tras dicha declaración, últimamente admitida por algunos tribunales; o en cuanto a las dudas generadas acerca de la posibilidad de ejecutar las garantías contratadas para caso de incumplimiento en los supuestos de declaración concursal, y que han sido resueltas mayoritariamente por la doctrina en el sentido de exigir la previa resolución del contrato por el Juez del Concurso¹.

Pero al margen de estas cuestiones concursales, objeto –según el caso– de controversia o crítica, y cuyas indefiniciones o carencias se explican en definitiva por lo novedoso de la regulación, también se está evidenciando la necesidad de mejorar el régimen contenido en una legislación veterana: la Ley 57/1968, de 27 de julio, por la que se regula percepción de cantidades anticipadas en su construcción y venta; y la Orden de 29 de noviembre 1968, sobre seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para su construcción. Disposiciones de larga pero nada pacífica vigencia (BENAVENTE SEGORB), sobre las que la doctrina ha venido haciendo consideraciones de lege ferenda y poniendo de relieve sus carencias², entre las que está el conocido como “sistema de doble póliza” (póliza colectiva y póliza individual)³. Ese sistema de doble póliza constituye el objeto de este artículo, en el que –adelantamos– exponemos cómo en nuestra opinión este seguro se configura como un seguro de grupo en el que la póliza colectiva es flotante (o global), mientras el certificado individual (llamado equívocamente “póliza individual”) se emitirá tras la declaración de abono del tomador-cedente, sin la que quepa generalmente imputar responsabilidad al asegurador,

¹ Al respecto, v. SANJUÁN y MUÑOZ, E., *Concurso de acreedores en el sector de la construcción. Promotoras y constructoras. Afectaciones y peculiaridades*, Valencia, 2008; SUÁREZ BILBAO, E., «Efectos sobre los contratos en el concurso inmobiliario y de construcción», en AA.VV., *Proceso concursal: crisis de las empresas promotoras y constructoras*, GONZÁLEZ NAVARRO, B. (Coord.), Valladolid, 2009; GARCÍA VICENTE, J. R., «Seguros de caución o avales por cantidades a cuenta y concurso del promotor», en *Crisis Inmobiliaria y Derecho Concursal*, GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dir.), Navarra, 2009; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «Crisis de constructoras e inmobiliarias y protección de los compradores», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 12, Sección Varia, Primer semestre de 2010

² V. gr. BENAVENTE SEGORB, R., “El seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura, establecido y regulado por la Ley 57/1968, de 27 de julio, tras la entrada en vigor de la LOE”, *Cuestiones actuales de Derecho de Seguros*, ANGULO RODRÍGUEZ/CAMACHO DE LOS RÍOS (coord.), ed. Atelier, Barcelona, 2002, pp. 290 y ss.; CARRASCO PERERA, A., *Régimen Jurídico de la Edificación, Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 535 y ss.

³ CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, pp. 535-537.



como sin embargo ha hecho recientemente algún Tribunal al culpar al asegurador de la no emisión de la póliza individual.

Conviene comenzar reconociendo cómo en algunos casos el régimen sobre este seguro se está demostrando singularmente nefasto para los compradores de viviendas sobre plano con entregas a cuenta, pese a tener precisamente como loable propósito el de su protección. En concreto, el hecho de que el inicio de la cobertura para cada asegurado se supedita a la previa actuación del tomador, unido al mencionado sistema de doble póliza, ha propiciado que algunos promotores hayan aparentado disponer de todas las garantías exigidas legalmente con tan sólo mostrar la póliza colectiva o contrato de seguro colectivo, pero sin luego realizar los trámites necesarios para que las entidades aseguradoras emitan los correspondientes certificados o pólizas individuales, como “títulos de la garantía” a favor los compradores que antici-



pan cantidades, utilizando la expresión que emplea la Orden de 29 de noviembre 1968. Y ello a pesar de que lo habitual es que en los propios contratos de seguro colectivo se advierta de manera destacada que éstos carecen de validez ante los compradores de viviendas hasta que no sean emitidas las correspondientes pólizas individuales.

En síntesis, el marco legal vigente es el siguiente: la Ley 57/1968, de 27 de julio, por la que se regula percepción de cantidades anticipadas en su construcción y venta, viene a exigir en el artículo 1 a los promotores incluidos en su ámbito de aplicación que pretendan obtener de los compradores entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, que cumplan dos mecanismos de garantía: que el ingreso de esas cantidades se practique en una cuenta bancaria especial, y que previamente suscriban bien un contrato de seguro de caución o bien un “aval” o fianza solidaria prestada por un banco

o una Caja de Ahorros. Y en su artículo 2º añade que en el contrato de la cesión de la vivienda debe hacerse referencia a ese aval o contrato de seguro, indicando la denominación de la Entidad avalista o aseguradora.

En ese mismo artículo 2, la Ley indica en su último párrafo que en el momento del otorgamiento del contrato el “cedente hará entrega al cesionario del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio”. Pero es evidente que la entrega de esa garantía individualizada justo en el mismo momento de celebrar el contrato de compraventa es difícil que se produzca -exigencia de imposible cumplimiento lo califica CARRASCO PERERA⁴- habida cuenta que el tomador (promotor, vendedor o cedente) primero deberá remitir al asegurador los datos relativos al contrato

⁴ Op. cit., p. 536.

(identidad del adquirente, fechas e importes de los anticipos, etc.), para que seguidamente éste emita la póliza o certificado individual, a medida que vayan quedando incorporados al contrato los asegurados, recogiendo en ella las fechas señaladas para el ingreso de las cantidades anticipadas, según establece la citada Orden de 29 de noviembre 1968. Por ello en este punto también cabe observar, como ha hecho BENAVENTE SEGORB⁵ para otros aspectos de esta regulación, que el proceso ideal pensado por la Ley 57/1968 resulta demasiado rígido, con lo que en muchas ocasiones la realidad lo sobrepasa.

Y es que aunque el artículo 2 citado obligue al cedente (promotor o vendedor) a entregar al cesionario el documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio, realmente el hecho de que el promotor no entregue al adquirente esa garantía individual al tiempo de firmar el contrato no es algo que pueda achacársele, pues –como ha señalado DOMÍNGUEZ ROMERO⁶– a pesar de que la Ley 57/1968 (art. 2) contenga esa exigencia, la entidad aseguradora sólo emitirá la póliza o certificado individual cuando se le acredite la firma del contrato entre el promotor y el adquirente; lo que sí resultaría reprochable, añade este autor, sería la actitud del promotor que, para ahorrarse el pago de las sobreprimas correspondientes a las pólizas o certificados individuales, ni siquiera solicitara su emisión. Algo que en verdad ha venido sucediendo.

Así es, a esta dificultad operativa de conseguir que la firma del contrato de compraventa y la entrega de la garantía individualizada se haga en “unidad de acto”, debe sumarse que, en cuanto a la entrega simultánea o posterior de la póliza o certificado individual por el asegurador, pueden constatarse otros obstáculos no ya legales sino meramente prácticos, que derivan en muchos casos del incumplimiento sin más de este régimen legal. Pone de relieve CARRASCO PERERA que es imposible que se pueda cumplir la norma cuando en los manuales operativos de las compañías aseguradoras se especifica que el seguro sólo será contratado cuando, entre otros requisitos, la promoción ya cuente con

⁵ BENAVENTE SEGORB, R., “Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura”, *Revista General de Derecho*, núm. 651, 1998, p. 14658.

⁶ La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.



al menos un 50 por 100 de ventas⁷. Asimismo se ha indicado que según estimaciones hechas por las compañías de seguros, en las viviendas libres sólo el 30 por 100 de las promociones cumplen con lo establecido en la Ley 57/1968, elevándose esta proporción al 70 por 100 en las VPO⁸, si bien existen quienes mantienen que el incumplimiento es muy superior, alcanzando al 97 por 100⁹. Sea como fuere, ahora interesa subrayar la dificultad práctica para conseguir que

⁷ CARRASCO PERERA, A., *op. cit.* p. 555.

⁸ CARRASCO PERERA, A., *op. cit.* p. 555; MONDÉJAR PEÑA, M.I., El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, *Revista Española de Seguros*, núm. 128, 2006, p. 730.

⁹ Según indica la Asociación Europea de Consumidores y Usuarios de Urbanismo en su página web (<http://www.aecu.net>), “más del 97 por cien de los promotores y vendedores que construyen y venden viviendas en construcción o sobre planos ignoran o violan sistemáticamente los derechos que esta ley otorga al comprador”.



la firma del contrato vaya acompañada de manera inmediata de la entrega de la póliza o certificado individual del seguro de afianzamiento o de caución.

La Orden de 29 de noviembre 1968, sobre seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas, diseñó lo que entonces llamó “seguro de afianzamiento” y hoy conocemos como seguro de caución, bajo la forma de seguro colectivo, en el que el grupo asegurado es el “conjunto constituido por los asegurados adquirentes de una determinada finca o de una unidad orgánica de viviendas” (art. 2 in fine OM 29-11-1968). Y lo que generalmente se conoce en los seguros colectivos o de grupo como certificado individual, la Orden de 1968 lo llamó de manera equívoca “póliza individual”, aunque en la práctica en algunos contratos de seguro de afianzamiento sí se utilizan las expresiones “Certificado Individual” y “Póliza Colectiva” o simplemente “Póliza”. De

ese modo, la Orden acoge un sistema que se ha dado en llamar “sistema de doble póliza”: “póliza colectiva” suscrita por el tomador (promotor, vendedor o cedente), y “póliza individual” suscrita por el asegurado (adquirente o cesionario).

En concreto, el artículo 2º de esta Orden contempla la existencia de un “Contrato de seguro colectivo entre asegurador y contratante para garantía de los adquirentes de viviendas con pagos anticipados” y una “Póliza individual de seguro entre asegurador y asegurado complementaria de la anterior, como título de la garantía a favor de éste último”. Y en adelante sigue distinguiendo el “contrato de seguro colectivo” de las “pólizas individuales”, describiendo al “seguro colectivo” como “el que se refiere al conjunto constituido por los asegurados adquirentes de una determinada finca o de una unidad orgánica de viviendas”, detallando cuál debe ser el contenido mínimo de sus condiciones generales (art. 4) y el contenido mínimo de las “pólizas individuales” (art. 5). Al determinar a quién corresponde el pago de la prima, de nuevo distingue entre el “seguro colectivo” y las “pólizas individuales”: el pago de la prima del seguro colectivo corresponde al contratante o tomador, mientras que las pólizas individuales serán liberadas sin pago alguno por parte de los asegurados, advirtiendo además que frente al asegurado tenedor de póliza individual el asegurador no podrá alegar falta de pago de la prima del seguro (art. 4), como es común en los seguros de caución de origen legal (cf. art. 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación, y la d.a.1ª LOSSP en cuanto al Seguro de caución a favor de Administraciones públicas). Finalmente, faculta al asegurador para dejar de emitir nuevas “pólizas individuales” cuando de modo fehaciente se compruebe cualquier incumplimiento de la Ley 57/1968 por parte del promotor contratante del seguro.

Este diferente régimen para las “pólizas individuales” y para las “colectivas”, así como la función atribuida a las individuales, ha sido destacado por el Tribunal Supremo en la única sentencia dictada en dicha sede sobre estas pólizas: la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 de abril de 1995 (RJ\1995\2816; Pte.: Excmo. Sr. Soto Nieto), que para CARRASCO PERERA es prueba del riesgo que los adquirentes corren en este sistema de póliza doble¹⁰:

F.D.5º. (...) Según las Condiciones Generales de tal Contrato Colectivo de Seguro se garantiza a los cesionarios de viviendas que anticipen

¹⁰ CARRASCO PERERA, A., op. cit. p. 536.

cantidades a cuenta –asegurados– a los que se emitirán Pólizas individuales complementarias de este seguro Colectivo, la devolución de dichas cantidades en los casos que se determinan (artículo 1.º). El objeto del contrato es el pago de una indemnización a cada uno de los asegurados por las pólizas individuales que forman parte de él para los casos especificados (artículo 3.º). El Promotor debe dar gradual cumplimiento a las obligaciones contraídas con cada uno de los asegurados así como las impuestas en la Ley 57, de 27 julio 1968 [artículo 5.º a)]. Merece destacarse especialmente que en el contrato de seguro colectivo se señala una prima provisional equivalente a una mensualidad sobre el total de los anticipos que se ha previsto percibir, incrementada en un 6 por 100 y calculada al tipo de prima indicado en las Condiciones Particulares (artículo 7.º). Independientemente, el contratante o Promotor pagará una prima por cada una de las Pólizas individuales emitidas, calculada aplicando el tipo de prima estipulado, sobre una base formada por el importe de cada anticipo más sus intereses al 6 por 100 anual, por el plazo de duración comprendido desde la fecha de percepción de cada anticipo hasta la fecha prevista para la entrega de las viviendas. La prima provisional mínima correspondiente al Contrato Colectivo será retenida por la Compañía hasta la finalización del seguro (artículo 7.º). Guardan correspondencia las mentadas Condiciones Generales con la normativa recogida en la Orden 29 noviembre 1968, cuyo artículo 2.º distingue entre el contrato de seguro colectivo y la póliza individual de seguro entre asegurador y asegurado complementaria de la anterior, como título de la garantía a favor de este último. Según su artículo 5.º, a medida que vayan quedando incorporados al contrato los asegurados se extenderán las respectivas pólizas individuales de seguro. Ya la Ley 57/1968, en el párrafo final de su artículo 2.º establece que en el momento del otorgamiento del contrato el cedente hará entrega al cesionario del contrato que acredite la garantía referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio.”

2. Las pólizas colectivas de estos seguros como pólizas de abono

La Orden de 29 de noviembre 1968 obliga a las entidades aseguradoras que practiquen este seguro de caución o afianzamiento a hacerlo en la modalidad de seguro colectivo o de grupo, y cuya cobertura –documentada en el correspondiente certificado individual– está supeditada a que el tomador del seguro colectivo comunique al asegurador la celebración del contrato y

las cantidades anticipadas. Dispone esta Orden (art. 5) que a medida que los asegurados vayan quedando incorporados al contrato, se deben extender las respectivas pólizas individuales de seguro, que han de reproducir las estipulaciones contenidas en el contrato de seguro colectivo, en tanto que hasta ese momento el comprador sólo conoce la identidad del asegurador y la existencia del contrato colectivo, pero no su contenido (cf. art. 2 Ley 57/1968). En cualquier caso, el deber de información contractual ha de respetar lo preceptuado para todos los seguros colectivos por el artículo 106 del Real Decreto 2486/1998, de 20 noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Aunque ni la Ley 57/1968 ni la Orden de desarrollo califican expresamente a estos “contratos de seguro colectivo” como contratos o pólizas de abono, a nuestro juicio, tal y como están configurados legalmente, sí participan de esa naturaleza, estando diseñados como seguros de grupo en los que la póliza (colectiva) es flotante (o global). Aunque en algunos seguros de grupo los asegurados están determinados en el momento de la conclusión del contrato, en este seguro de caución no es así, quedando por determinar a su conclusión no sólo la identidad del asegurado o titular del interés asegurado (algo que es común a muchos seguros de grupo), sino también otros aspectos del interés asegurado (por ejemplo, suma anticipada y momento en que se anticipa). De ahí que sea conveniente distinguir la figura del seguro de grupo de la figura de la póliza de abono¹¹, en la forma en que lo ha hecho SALINAS ADELANTADO¹² al señalar que el seguro de grupo y la póliza flotante son dos conceptos diferentes: el primero sirve para determinar un grupo de personas que son determinadas por alguna característica común extraña al propósito de asegurarse, mientras que la póliza flotante es una de las formas pero no la única para determinar los concretos sujetos asegurados en un seguro de grupo.

La manera en que la Orden articula las primas en estos seguros también es la propia de las pólizas globales o de abono, en particular muy similar al sistema de primas de los seguros de crédito (v. infra). No obstante, la descripción que hace la Orden de 1968 de la “Póliza individual de seguro entre asegurador y asegurado” como “comple-

¹¹ Sobre la distinción entre seguro de grupo y póliza de abono, v. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J., *Póliza flotante y seguro en abono*, Bolonia, 1984, pp. 198 y ss.

¹² En *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, coord. BOQUERA/BATALLER/OLAVARRÍA, Valencia, 2002, p. 144.



mentaria de la anterior” (del contrato de seguro colectivo), lleva a que en este seguro la distinción entre póliza “individual” y “colectiva” no coincida con la tradicional distinción entre “póliza individual” y “póliza global” que aparece en el seguro de crédito, referidas la primera a una “determinada y específica operación de crédito” y la segunda a “la que abarca un número indeterminado de operaciones, cuyo género haya sido comprendido en la póliza”, según la clasificación que recogía el Anteproyecto de la Ley de Contrato de Seguro de 1969 y que también se refleja en varias disposiciones reglamentarias de la época¹³, y sobre la que CORTÉS DOMÍNGUEZ advirtió que “pese a la denominación empleada (póliza global), la disciplina dictada era la correspondiente al contrato de seguro en abono o, cuanto menos, que le

¹³ V. gr. respecto al seguro de crédito a la exportación, la Orden de 16 de julio 1970, por la que se aprueban al Consorcio de Compensación de Seguros las pólizas del seguro de crédito a la exportación en sus modalidades “global” y “global especial” de riesgos comerciales; y la Orden de 16 de mayo 1983, sobre condiciones generales del seguro de garantías bancarias y de la póliza global.

sería aplicable sin dificultad alguna”¹⁴. Sea como fuere, ciertamente una de las características que se atribuyen a los seguros de crédito es que suelen formalizarse mediante pólizas globales o de abono¹⁵, rigiéndose por el principio de globalidad de los créditos asegurados¹⁶. Sin embargo, en los seguros de caución lo habitual es que se trate de seguros individuales, en los que se atiende a las características subjetivas de cada deudor, lo que

¹⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J., op. cit., p. 181.

¹⁵ V. MIRAMÓN DURÁ, R., Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, coord. BOQUERA/BATALLER/OLAVARRÍA, cit., p. 780.

¹⁶ MIRAMÓN DURÁ, R., op. cit., p. 781. Al carácter global de los seguros de crédito se ha referido el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en sentencia de 3 de junio de 2008 (RJ 2008\4171; Pte.: Excmo. Sr. Xiol Ríos), afirmando que “el que el objeto de la cobertura lo constituye la totalidad o globalidad de las ventas efectuadas a crédito a sus clientes y no determinadas operaciones a ciertos clientes, previamente seleccionados, que impedirían la explotación racional de un seguro de esta naturaleza. Es decir, se asegura, no un sólo y único riesgo individual, sino una pluralidad de riesgos de una misma clase: la totalidad de las operaciones a crédito que realiza el asegurado con sus clientes”.



no impide que también se practique el seguro colectivo en el seguro de caución en aquellos supuestos –como ocurre en este seguro de afianzamiento– en los que una pluralidad de acreedores están expuestos al riesgo de incumplimiento de un mismo deudor¹⁷.

Una vez que se individualiza el interés asegurado mediante la correspondiente declaración de abono, es posible cuantificar la prima que corresponde satisfacer por la cobertura del interés asegurado en cada caso. Como es usual en las pólizas globales o de abono, la Orden de 29 de noviembre 1968 contempla la existencia de dos primas diferentes: una para el seguro colectivo y otra para las pólizas individuales, se-

ñalando en cuanto a las primeras que “La prima puede ser provisional o en depósito y regularizable en los períodos que se convenga” (art. 4). Conviene recordar el funcionamiento práctico de las primas en estos seguros¹⁸:

1.- El tomador se suele obligar a pagar al asegurador una cantidad equivalente al precio de la cobertura del capital asegurado (el total de los anticipos previstos, incrementados con sus intereses legales) por período de un mes. Se trataría de la prima correspondiente al seguro colectivo, si bien a la vista de las condiciones generales manejadas, cabe observar cómo algunos aseguradores no utilizan la expresión “prima” para referirse a ese precio que paga el tomador por el seguro colectivo, pese a que la propia Orden sí la emplea; en cualquier caso, otros aseguradores sí se refieren a él como “prima provisional”.

¹⁷ Es clásica la cita a la observación del prof. OLIVENCIA sobre la no existencia de obstáculo legal alguno para la admisión de ambas modalidades (seguro simple y seguro colectivo) en el seguro de crédito y en el de caución, en su trabajo “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (Artículos 68 a 79)”, en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, Estudios Empresariales y Financieros dirigidos por EVELIO VERDERA Y TUELLS, Madrid, 1982, pp. 898 y 899.

¹⁸ Sobre el particular, vid. CARRASCO PERERA, A., op. cit. pp. 555 y ss.; PACHECO JIMÉNEZ, M.N., Los seguros en el proceso de edificación, Editorial LA LEY, Madrid, 2008; y MONDEJAR PEÑA, M.I., op. cit., pp. 727-728.

2.- Suele pactarse que el asegurador retendrá el importe o prima correspondiente al seguro colectivo hasta la cancelación final del seguro. Como dispone la Orden, esa prima puede ser provisional o en depósito, y regularizable en los períodos que se convenga. De ahí que MONDÉJAR PEÑA¹⁹ mantenga al respecto que la emisión de la póliza colectiva no genera prima de riesgo, sino tan sólo una prima de depósito equivalente a una mensualidad de prima de riesgo.

3.- En cuanto a la reintegración de esa prima al cancelarse el contrato, aunque se puede acordar una prima mínima, es habitual que se pacte que se reintegrará con tal de que el total de primas por las pólizas o certificados individuales sume un importe superior al de la prima provisional. Mientras que si no se alcanza esa cifra, el asegurador retendrá en concepto de gastos e indemnización un porcentaje determinado de la diferencia entre la prima provisional y la suma de las primas de las pólizas individuales (v. gr., el 50 por 100). En otros contratos se acuerda que sólo se reintegrará al tomador si el conjunto de pólizas individuales emitidas supera un determinado porcentaje (v. gr. el 60 por 100) de las viviendas que componen la promoción a la que corresponde la póliza colectiva.

4.- La emisión de cada póliza o certificado individual devenga una prima, calculada sobre una base formada por el importe de cada anticipo más el interés legal anual que corresponda según el plazo de duración comprendido desde la fecha de percepción de cada anticipo hasta la fecha prevista para la entrega de la vivienda.

5.- En el momento de la cancelación del contrato colectivo se procederá a la regularización final de las primas devengadas en función de la duración efectiva de la garantía, procediéndose al cálculo de la prima adicional o el extorno de prima que proceda.

Se trata, en definitiva, del sistema de primas usual en las pólizas de abono, como las utilizadas en la mayoría de los seguros de crédito, en las que igualmente se contempla la existencia de una prima provisional calculada sobre el importe de las ventas a crédito previstas, pactándose un reajuste anual en función de las ventas realizadas, que puede dar lugar a un reembolso o extorno por parte del asegurador, o a que el tomador deba abonar el exceso²⁰.

¹⁹ Op. cit., p. 727.

²⁰ Cf. MIRAMÓN DURÁ, R., op. cit., p. 812.

3. La declaración de abono del cedente-tomador

Para que los asegurados vayan quedando incorporados al contrato, es necesaria la previa declaración de abono del cedente-tomador, como es propio en los contratos de seguro de abono, en los que al momento de celebrar el contrato de seguro existe algún elemento que debe ser determinado a posteriori, individualizando el interés asegurado y reflejando su exposición al riesgo, mediante una declaración de abono o alimento recepticia aunque no constitutiva²¹. Siguiendo a CORTÉS DOMÍNGUEZ²² cabe afirmar que con la exposición del interés al riesgo y su comunicación al asegurador mediante la declaración de alimento se alcanza una plena e íntegra determinación de un efecto (asegurativo) del contrato.

Ha quedado expuesto cómo en los seguros de caución o afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas, la declaración de abono del cedente o promotor permite concretar el objeto del contrato de seguro, identificando al titular del interés asegurado (la identidad del adquirente o asegurado), el valor del interés asegurado (las sumas anticipadas)²³, y la fecha de inicio de la cobertura, todo lo cual determinará el importe de la prima. Al respecto interesa recordar que el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª, sentencia núm. 547/2006, de 2 junio; RJ\2006\3064, Pte.: Excmo. Sr. González Poveda) ha declarado que “en la modalidad de póliza flotante, a que se refiere el art. 8 de la Ley de Contrato de Seguro, el concreto interés asegurado, ya pertenezca al tomador del seguro o a un tercero, se materializa a través de la llamada «declaración de abono», requisito de forma de esta clase de pólizas (...). No se está, por tanto, ante una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, sino que su función es la de determinar el interés asegurado, (...) declaración que además determina la prima a satisfacer por la cobertura del interés asegurado”.

Como decimos, el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas se configura como un seguro de grupo en el que la póliza (colectiva) es flotante (o global), y en el que el certificado individual

²¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J., op. cit., p. 129.

²² Op. cit., p. 159.

²³ Acerca de la posibilidad de que el valor del interés ya esté fijado en la póliza de estos seguros en algunos supuestos particulares, v. BARRÉS BENLLOCH, M.P., El seguro de caución en la construcción de viviendas. El problema de las pólizas estimadas, Revista Española de Seguros, núm. 84, 1995, pp. 68 y ss.



(“póliza individual”) se emitirá tras la declaración de abono del tomador-cedente. Sin embargo, la normativa especial sobre esta modalidad de seguro tampoco regula específicamente la forma en que debe hacerse esa declaración de abono, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en su caso en el contrato de seguro (cf. el art. 8 de la Ley de Contrato de Seguro). En tal sentido, aunque dentro del reparto de obligaciones entre las partes, la Orden de 29 de noviembre 1968 no recoja expresamente el deber del tomador de declarar o comunicar la exposición del interés al riesgo²⁴, cabe entenderlo implícito por ser presupuesto para que el asegurador pueda conocer tal exposición y, subsiguientemente, extender la póliza individual (art. 5º). En las con-

²⁴ Cf. BENAVENTE SEGORB, R., “El reparto de las cargas y de las obligaciones entre el tomador y los asegurados en el seguro de caución para devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de una vivienda futura y las distintas excepciones oponibles por el asegurador”, *Revista Española de Seguros*, núm. 95, 1998, pp. 465 y ss.

En los seguros de caución o afianzamiento en la construcción de viviendas, la declaración de abono permite concretar el objeto del contrato y el interés asegurado (la identidad del adquirente y el interés asegurado (las sumas anticipadas), y



amiento de cantidades anticipadas para la
ción de abono del cedente o promotor
ato de seguro, identificando al titular del
quirente o asegurado), el valor del interés
, y la fecha de inicio de la cobertura»

diciones generales de estos contratos sí es frecuente que el tomador asuma la obligación de declarar al asegurador las cesiones de viviendas que se realicen (comunicando o remitiendo los contratos de compraventa que sirven de base a los correlativos certificados individuales), así como la obligación de informar a los cesionarios de las viviendas sobre su derecho a obtener del asegurador la póliza individual.

4. La omisión de la declaración de abono del cedente-tomador

Dado que la declaración de abono del tomador-cedente es presupuesta para que el interés asegurado quede individualizado y se refleje su exposición al riesgo, su omisión impide que se ponga en funcionamiento la secuencia que debe culminar con la entrega a los adquirentes –y ya asegurados– por el asegurador del correspondiente certificado o póliza individual, sin que sea suficiente la emisión de la “póliza colectiva” para entender cubierto el riesgo. Siguiendo nuevamente lo mantenido por CORTÉS DOMÍNGUEZ²⁵ respecto a la póliza flotante en general, para este seguro de caución creemos clarificador recordar cómo la póliza flotante resulta ser un documento insuficiente para probar por sí misma la efectiva existencia de una pluralidad de coberturas específicas por concretas circunstancias, pues como se ha señalado gráficamente, la póliza flotante indica qué puede asegurarse, pero no lo que se ha asegurado.

A tal efecto, es pertinente repasar cuál es la secuencia práctica en estos seguros. Expone ESTRUCH²⁶ cómo el promotor-vendedor, conforme vaya procediendo a la celebración de los contratos privados de compraventa de viviendas en una determinada promoción con entrega de cantidades anticipadas por los compradores, deberá remitir estos contratos a la compañía aseguradora para que ésta, previo el pago de la prima correspondiente por el promotor-vendedor tomador del seguro, emita las pólizas o certificaciones individuales. Similar secuencia describe con detalle MONDÉJAR PEÑA²⁷, que se puede resumir que en que la primera etapa en el seguro de afianzamiento es el estudio del riesgo; si es resultado es favorable, se comunicará al solicitante la aprobación de la emisión de la póliza colectiva, junto a los

²⁵ Op. cit., p. 164.

²⁶ ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, ed. Civitas, Madrid, 2009.

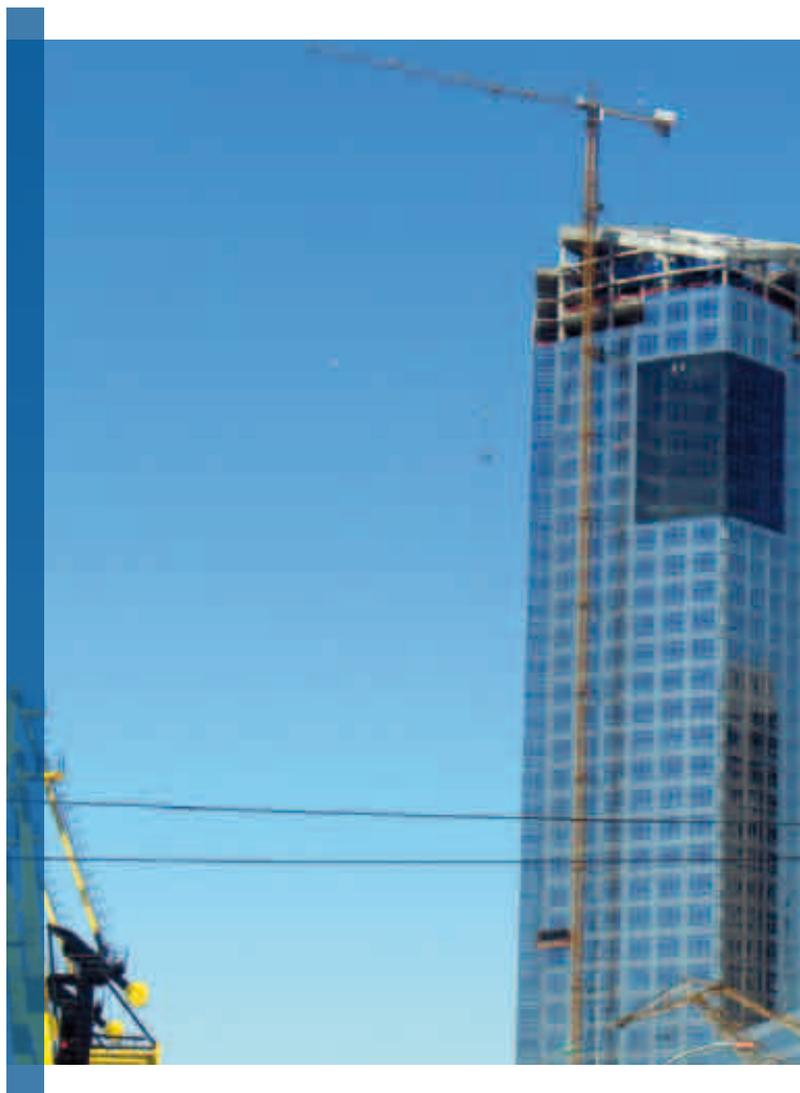
²⁷ MONDÉJAR PEÑA, M.I., op. cit., p. 727.

condicionantes cuya justificación será preciso acreditar previamente a la emisión de las pólizas individuales; una vez cumplidos esos condicionantes, “como paso previo a la emisión de las pólizas individuales, el promotor enviará a la Compañía copia de los contratos de compra-venta para proceder a la emisión de las citadas pólizas individuales, con las que nace el riesgo para la Compañía”.

Por consiguiente, es indudable que en la generalidad de los casos, sin la previa declaración de abono no existirá cobertura, pero no tanto porque no se haya emitido la póliza o certificado individual, sino sobre todo porque no se habrá producido el presupuesto para que se emita este documento de garantía individual: no se ha llegado a individualizar el interés asegurado ni se habrá advertido al asegurador de su exposición al riesgo. De ahí que la tesis predominante, utilizando éste u otros argumentos, consista en mantener que la póliza colectiva de estos seguros de caución no supone la concesión de cobertura para los adquirentes que han anticipado cantidades, sino que la cobertura no se produce hasta que no se expiden los certificados o pólizas individuales. Así, el Tribunal Supremo, en la citada sentencia de 5 de abril de 1995, subraya cómo las pólizas (o certificados) individuales tienen como objeto individualizar el interés asegurado y demás elementos de la relación aseguradora, señalando en su Fundamento de Derecho 6.º que “ha de reconocerse la importancia de las pólizas individuales para entender consolidado y definido en su alcance el seguro de afianzamiento que la ley prevé como auténtica garantía. Aquéllas reflejan la identidad del adquirente beneficiario, el «quantum» de las sumas anticipadas, la prima congruente con ellas y con el plazo de duración de la garantía, la efectividad de su abono, todo como justa contraprestación al riesgo asumido por la Aseguradora”.

En la doctrina cabe encontrar referencias a la falta de concurrencia de esos elementos propios de la relación aseguradora, en caso de que sólo se haya emitido la póliza colectiva. Advierte el prof. CAMACHO DE LOS RIOS²⁸ que en caso de no emisión de certificaciones individuales, “sería más difícil sostener que los cesionarios quedan cubiertos por la existencia de la póliza colectiva –previa siempre a los certificados individuales– pues tal posibilidad choca, además de con lo establecido en la legislación específica de este se-

²⁸ “Sentencia de 22 de septiembre de 1997, Ingreso de las cantidades anticipadas a cuenta para la adquisición de vivienda en la cuenta especial establecida por la Ley 57/1968”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 46, 1998, p. 73.



guro, con los elementos esenciales del contrato de seguro: bilateralidad, deber de comunicación del riesgo, importe de la prima, pago de la prima..., etc. En especial, con el hecho fundamental de que el asegurador no conoce la entidad del riesgo ni su importe económico”. Esta posición contraria a considerar que exista cobertura en los casos en los que sólo se haya emitido la póliza colectiva, es mayoritaria entre los autores, pudiendo citarse al prof. ESTRUCH, quien tras defender que “únicamente estará garantizada la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores cuando la compañía de seguros haya emitido la correspondiente póliza individual respecto de cada uno de ellos”, concluye que para que la aseguradora asuma esta obligación deberá haber emitido respecto de cada uno de los compradores una póliza individual en la que hará constar las particularidades relativas a la persona del asegurado o de los beneficiarios distintos de él, si los hubiere, las fechas señaladas de ingreso para las cantidades anticipadas y la fecha convenida



para la iniciación de la construcción y/o para la entrega de la vivienda²⁹.

También ha defendido recientemente esta posición LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA³⁰, quien añade que “difícilmente se puede admitir que dicha póliza colectiva pueda servir como título ejecutivo”, destacando cómo “si toda la interpretación doctrinal y jurisprudencial en torno a estas garantías considera que la contratación de pólizas colectivas por la promotora no implica ninguna asunción de garantías a favor de los posibles adquirentes de viviendas (...) más aún en un proceso ejecutivo, cuya propia singularidad hace que los títulos que en el mismo se aporten deban respetar de forma estricta las exigencias legales en relación con el título ejecutivo, impidiendo la desnaturalización del proceso de eje-

²⁹ ESTRUCH ESTRUCH, J., op. cit., pp. 187 y 188.

³⁰ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., “El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas y la posible ejecución directa de las pólizas colectivas”, Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, abril de 2011, p. 39.

cución, que de otro modo se convertiría en un puro proceso declarativo”. Igualmente considera que “el título ejecutivo lo constituirá la póliza individual” BENAVENTE SEGORB³¹, y TIRADO SUÁREZ, quien tras recordar que el primer requisito para aplicar el régimen específico del artículo 3 de la Ley 57/68 es “La póliza de seguro firmada por ambas partes”, aclara que “Se trata de la póliza individual de cada asegurado adquirente de la vivienda”³², añadiendo en otro lugar que el cedente debe entregar al cesionario “la póliza individual, que juega como certificado de seguro, con fuerza ejecutiva”³³.

El criterio seguido por el Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones también consiste en que la póliza individual es la única que cumple la función de asegurar las cantidades anticipadas, pudiendo encontrar en ese sentido en su Informe de 2009 cómo pone de relieve que “En la práctica algunos promotores consideran cumplida su obligación sólo con la constitución de la garantía colectiva y no abonan las cantidades correspondientes a la póliza individual, cuando es ésta la única que cumple la función de asegurar las cantidades anticipadas”. De ese modo, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones mantiene un criterio que ya quedó reflejado en los Fundamentos de Derecho de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995, en la que se cita –con el mismo criterio– a la Resolución DGS de 26 septiembre 1983.

5. La posible responsabilidad del asegurador en base a la póliza colectiva

Hemos expuesto cómo la declaración de abono del cedente o promotor permite concretar el objeto del contrato de seguro, identificando al titular del interés asegurado (la identidad del adquirente o asegurado), el valor del interés asegurado (las sumas anticipadas), y la fecha de inicio de la cobertura, todo lo cual determinará el importe de la prima. Por consiguiente, consideramos que a priori no se puede responsabilizar al asegurador en los casos en los que

³¹ “Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución...”, op. cit., p. 1465.

³² TIRADO SUÁREZ, F.J., “Estudio sobre el carácter ejecutivo de la póliza de seguros de caución de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas”, Revista General de Derecho, 1985, 504, p. 3885.

³³ TIRADO SUÁREZ, F.J., Comentario al artículo 68 LCS, en la obra colectiva Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones (Dir. SÁNCHEZ CALERO), ed. Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 2001, p. 1121.

En las condiciones generales de estos contratos sí es frecuente que el tomador asuma la obligación de declarar al asegurador las cesiones de viviendas que se realicen, comunicando o remitiendo los contratos de compraventa que sirven de base a los correlativos certificados individuales

el tomador no haya realizado la declaración de abono, en base a que sí se había emitido la póliza flotante (la póliza colectiva, que en este seguro es flotante, según hemos mantenido).

Sin embargo, en el reciente artículo de LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA (en el número de abril de 2011 de la Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro), ya citado, se da cuenta –y crítica– de varias resoluciones judiciales en las que se condena al asegurador con el argumento de que a él le corresponde emitir los certificados o pólizas individuales, pese a que parece que la no emisión de certificados o pólizas individuales tuvo lugar por no haber realizado el promotor la declaración de abono. Concretamente, la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), en sentencia de 30 de diciembre de 1999 (Actualidad Civil, núm. 32, 4 a 10 septiembre 2000, AP 720), en el marco de un procedimiento declarativo mantuvo que pese a no existir póliza individual, era suficiente la póliza colectiva porque “la obligación de expedir la póliza individual

La Orden de 29 de noviembre 1968 (4º, letra b) faculta al asegurador –pero ciertamente no le obliga– a «comprobar durante la vigencia del seguro, los documentos y datos a disposición del contratante que guarden relación con las obligaciones contraídas por él frente a los asegurados y particularmente con el movimiento de la cuenta especial»

le competía tan sólo a la aseguradora”³⁴. Y en esencia el mismo argumento utiliza la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª) en su Auto de 1 de junio de 2010, al afirmar que “no puede la aseguradora enarbolar la bandera de su propio incumplimiento en la emisión de las pólizas individuales para eludir su vinculación jurídica derivada de la póliza colectiva de afianzamiento”³⁵.

No se entiende cómo se puede reprochar al asegurador la no emisión de certificados o póliza individuales en aquellos casos en los que no exista la previa comunicación o declaración de abono del promotor-tomador, cuando esos certificados han de individualizar el interés asegurado, concretando el importe de las cantidades anticipadas, la identidad de los adquirentes que las anticipan, la fecha en que se hace y la cuantía de la prima. En definitiva, serían casos en los que el asegurador no conoce ni la existencia de anticipos ni la propia existencia de los contratos de compraventa.

A otra conclusión cabría llegar, en el seno de un procedimiento declarativo pero no en

³⁴ En particular, en su F.D.2º afirma que “opuso la recurrente a la pretensión demandante que el contrato concertado de compraventa no se ajustaba a los requisitos necesarios prevenidos en la Ley 57/1968, de 27 de julio, porque la condición de asegurado no la adquirían los compradores de la vivienda por el mero hecho de suscribir un contrato de compraventa, sino por la asunción expresa del riesgo por la Compañía de Seguros mediante la suscripción de póliza individual con el devengo de la prima correspondiente que era, en definitiva, lo que hacía nacer la responsabilidad indemnizatoria (...), circunstancia que al no cumplirse en el caso determinaba, a su modo de ver, la exoneración de responsabilidad en la aseguradora (...), consideraciones que deben obtener de la Sala de apelación respuesta adversa, por cuanto que consta que (...) la póliza colectiva de afianzamiento (...) garantizaba veinticuatro viviendas que se iban a construir (...), figurando cómo la vivienda adquirida por los demandantes quedaba incluida dentro de las garantizadas, (...) lo que unido al hecho incontrovertido de que la vivienda no fue entregada al paralizarse las obras y que la obligación de expedir la póliza individual le competía tan sólo a la aseguradora, determina claramente el procedente deber de indemnizar por la cuantía exigida en el procedimiento (...)”.

³⁵ Indica este Auto en su F.D. 2º que “se deniega el despacho de ejecución en base a las condiciones particulares de la póliza cuando dispone que el contrato colectivo carece de validez ante los compradores hasta que no sean emitidas las correspondientes pólizas individuales algo que en el supuesto de autos no se había producido. Tampoco puede compartirse tal razonamiento, y no solo porque la anterior normativa, no exige como título inexcusable la póliza individual que se refiere al contrato de seguro, aunque la Orden que la desarrolla vaya aparentemente mas allá en su artículo segundo, porque no tiene otro alcance que el de lograr el reconocimiento y registro como entidades aseguradoras, sino porque además no puede la aseguradora enarbolar la bandera de su propio incumplimiento en la emisión de las pólizas individuales para eludir su vinculación jurídica derivada de la póliza colectiva de afianzamiento”.

un ejecutivo, si efectivamente queda acreditado que el asegurador tuvo conocimiento de los datos necesarios para individualizar el interés asegurado y demás elementos del contrato de seguro, por cualquier circunstancia (v. gr. porque el propio adquirente haya comunicado al asegurador sus anticipos de manera suficientemente completa y fehaciente). En tales casos entendemos que sí debe darse por cumplida la comunicación, debiendo por tanto el asegurador expedir la certificación o póliza individual; y que de no hacerlo, pese a demostrarse que conocía esas circunstancias, sí debería responder, porque como se dijo, se considera que la declaración de abono o alimento es recepticia pero no constitutiva, de modo que los efectos asegurativos son independientes no ya de su recepción por el asegurador, sino incluso de su misma emisión³⁶. De manera análoga, pero en cuanto a la función del boletín de adhesión que deben suscribir conjuntamente el tomador del seguro y el asegurado en el seguro colectivo de vida (art. 76.4 Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1998), ha advertido SÁNCHEZ CALERO que no debe llegarse a la interpretación de estimar que el boletín de adhesión es presupuesto para la cobertura del asegurado³⁷.

Debe añadirse que la Orden de 29 de noviembre 1968 (4º, letra b) faculta al asegurador –pero ciertamente no le obliga– a «comprobar durante la vigencia del seguro, los documentos y datos a disposición del contratante que guarden relación con las obligaciones contraídas por él frente a los asegurados y particularmente con el movimiento de la cuenta especial». Si al amparo de esta facultad, igualmente el asegurador conoce de la existencia anticipos, cabría plantearse si puede surgir una culpa in omittendo para el asegurador, siendo de interés al respecto recordar que ya en sentencia de 7 de junio de 1983 (RJ\1983\3450; Pte.: Excmo. Sr. Beltrán de Heredia y Castaño), el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) declaró la responsabilidad del asegurador en un supuesto en el que la cuestión giraba acerca de la necesidad de que la cantidad anticipada por los compradores se ingresase en una cuenta especial, señalando que “se trata de proteger al cesionario-comprador, no teniendo otro significado la existencia de una cuenta de esta clase, aunque su cumplimiento que-

de en manos de la vendedora que manifestó que lo era, pero también de la aseguradora, cuyo representante suscribió la póliza en que se decía que era una cuenta especial; y además, estaba facultada por el art. 2.º de la Ley y por el 4 de la Orden Ministerial, ap. letra b), para «comprobar durante la vigencia del seguro, los documentos y datos a disposición del contratante (vendedor) que guarden relación con las obligaciones contraídas por él frente a los asegurados y particularmente con el movimiento de la cuenta especial». Es, por tanto, una obligación y consiguiente responsabilidad de la vendedora y de la aseguradora, a la que es ajena el asegurado que se limitó a realizar, estrictamente lo que le dijeron al respecto, ingresando el dinero en la cuenta especial figurada en la póliza”.

En esa sentencia cabe apreciar el reconocimiento, a juicio CAMACHO DE LOS RÍOS³⁸, de un deber in vigilando, cuya exigencia tampoco cabe descartar en algunos supuestos en los que se haya emitido la póliza colectiva pero no las pólizas individuales. Como indica CAMACHO DE LOS RÍOS³⁹ al comentar la STS de 22 de septiembre de 1997, aunque en dicha sentencia nada diga respecto a la emisión de pólizas individuales, ha de tenerse en cuenta que una de las finalidades de las mismas es permitir al asegurador llevar el cálculo de las cantidades que se van asegurando, por lo que –como declara esa sentencia– si el asegurador sabía de la existencia de los citados anticipos, no puede negarse a garantizarlos, correspondiéndole a él la obligación de instar al tomador a regularizar la situación de los mismos

Se trataría, por tanto, de situaciones en las que sí cabría defender la responsabilidad de asegurador en un procedimiento declarativo, por haber conocido o no poder desconocer la concurrencia de los hechos que desencadenan la garantía individual a su cargo, entre los que consideramos no es preciso que esté el pago de la prima correspondiente a esa cobertura individual, porque si bien la Orden de 1968 dispone que frente al asegurado tenedor de póliza individual el asegurador no podrá alegar falta de pago de la prima del seguro (art. 4), en nuestra opinión lo relevante no es tanto que el adquirente tenga formalmente la póliza o certificado individual en su poder, como que el asegurador tenga conocimiento de los elementos que individualizan el interés asegurado expuesto al ries-

³⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J., *op. cit.*, pág. 129.

³⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., Comentario al artículo 81 LCS, en la obra colectiva *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, cit., p. 1568.

³⁸ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *op. cit.*, p. 68.

³⁹ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *op. cit.*, p. 73.

go y que convierten al titular de dicho interés en asegurado, estando ya determinado el tercero asegurado por cuenta de quien el tomador ha suscrito el seguro de caución (cf. art. 7 LCS), ya sea bien por la declaración de abono del tomador o por otros cauces.

Pero fuera de estos casos, sin la previa declaración de abono del tomador-cedente, a nuestro juicio no procede imputar responsabilidad alguna a los aseguradores en base a la póliza colectiva, sin que desde luego ésta sirva como título ejecutivo a efectos del procedimiento previsto en el artículo 3 de la Ley 57/1968.

La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), en sentencia de 30 de diciembre de 1999, en el marco de un procedimiento declarativo, mantuvo que, pese a no existir póliza individual, era suficiente la póliza colectiva porque "la obligación de expedir la póliza individual le competía tan sólo a la aseguradora"

Bibliografía citada

- BENAVENTE SEGORB, R., "Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura", *Revista General de Derecho*, núm. 651, 1998
- "El reparto de las cargas y de las obligaciones entre el tomador y los asegurados en el seguro de caución para devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de una vivienda futura y las distintas excepciones oponibles por el asegurador", *Revista Española de Seguros*, núm. 95, 1998
 - "El seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura, establecido y regulado por la Ley 57/1968, de 27 de julio, tras la entrada en vigor de la LOE", *Cuestiones actuales de Derecho de Seguros*, ANGULO RODRÍGUEZ/CAMACHO DE LOS RÍOS (coord.), ed. Atelier, Barcelona, 2002
- BARRÉS BENLLOCH, M.P., *El seguro de caución en la construcción de viviendas. El problema de las pólizas estimadas*, *Revista Española de Seguros*, núm. 84, 1995
- CAMACHO DE LOS RÍOS, J., "Sentencia de 22 de septiembre de 1997, Ingreso de las cantidades anticipadas a cuenta para la adquisición de vivienda en la cuenta especial establecida por la Ley 57/1968", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 46, 1998
- CARRASCO PERERA, A., *Régimen Jurídico de la Edificación, Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2007
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J., *Póliza flotante y seguro en abono*, Bolonia, 1984
- DOMÍNGUEZ ROMERO, J., *La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., "Crisis de constructoras e inmobiliarias y protección de los compradores", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 12, Sección Varia, Primer semestre de 2010
- ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, ed. Civitas, Madrid, 2009
- GARCÍA VICENTE, J. R., "Seguros de caución o avales por cantidades a cuenta y concurso del promotor", en *Crisis Inmobiliaria y Derecho Concursal*, GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dir.), Navarra, 2009
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., "El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas y la posible ejecución directa de las pólizas colectivas", *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, abril de 2011
- MIRAMÓN DURÁ, R., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, coord. BOQUERA/BATALLER/OLAVARRÍA, Valencia, 2002
- MONDÉJAR PEÑA, M.I., *El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, *Revista Española de Seguros*, núm. 128, 2006
- OLIVENCIA RUIZ, M., *Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (Artículos 68 a 79)*, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, Estudios Empresariales y Financieros dirigidos por Evelio Verdera y Tuells*, Madrid, 1982
- PACHECO JIMÉNEZ, M.N., *Los seguros en el proceso de edificación*, Editorial LA LEY, Madrid, 2008
- SALINAS ADELANTADO, C., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, coord. BOQUERA/BATALLER/OLAVARRÍA, Valencia, 2002
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E., *Concurso de acreedores en el sector de la construcción. Promotoras y constructoras. Afectaciones y peculiaridades*, Valencia, 2008
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones (Dir. SÁNCHEZ CALERO)*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 2001
- SUÁREZ BILBAO, E., «Efectos sobre los contratos en el concurso inmobiliario y de construcción», en AA.VV., *Proceso concursal: crisis de las empresas promotoras y constructoras*, GONZÁLEZ NAVARRO, B. (Coord.), Valladolid, 2009
- TIRADO SUÁREZ, F.J., "Estudio sobre el carácter ejecutivo de la póliza de seguros de caución de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas", *Revista General de Derecho*, 1985, 504
- *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones (Dir. SÁNCHEZ CALERO)*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 2001



El arbitraje previsto en el artículo 76 e) de la Ley de Contrato de Seguro

Antonio Raventós Riera
Abogado

El otro día me vino a ver un cliente nuevo. Estaba preocupado. Llevaba días dándole vueltas al asunto. Resulta que hace unos meses tuvo un percance del que dio oportuna cuenta a su entidad aseguradora, quien aceptó el siniestro que se le facilitaba, procediendo a la apertura de expediente con la oportuna referencia.

El cliente rechazó la asistencia jurídica de los letrados de la aseguradora, y procedió a designar a otro abogado de su confianza para que procediera a la defensa jurídica de sus intereses, circunstancia prevenida por la póliza suscrita como “defensa jurídica”.

Se presentó la oportuna reclamación judicial, me explicaba, y al cabo de un tiempo, según me decía, del todo excesivo, el Juzgado resolvió plenamente favorable a los intereses del cliente.

Felicidades, le dije.

No, espere, contestó. Resulta que la parte contraria presentó recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la

sentencia de instancia, desestimando mi reclamación y condenándome al pago de las costas de primera instancia. Total, que ahora me toca pagar a mi abogado, mi procurador y las costas de la parte contraria de primera instancia.

Bueno, argumenté, no se preocupe, vd. tiene, por lo que me ha dicho, una póliza de defensa jurídica, y eso se traduce en que conforme a la citada póliza y el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, la aseguradora deberá hacerse cargo de los costes ocasionados por la reclamación judicial...

Sí, eso me lo dijo ya el abogado que designé. El problema es que la aseguradora se niega al pago de todo lo relacionado con ese juicio; ni mi abogado, ni mi procurador, ni las costas a las que he sido condenado.

Oiga, reclámelo a la aseguradora. Mande un buro-fax y luego proceda judicialmente.

Eso es lo que yo quería hacer, pero mi abogado dice que puede ser que la aseguradora tenga razón y que no teníamos que haber puesto el pleito, o que los costes que ahora hay que pagar son superiores a los que, según me ha dicho ya que yo no entiendo demasiado, constan en la póliza...en fin un lío. Estoy ahora sin Abogado y con un reclamación en ciernes.

Medité. Era uno de los asuntos que siempre había imaginado: la aseguradora que niega a su cliente hacerse cargo de los costes del procedimiento en base a las razones ciertas o no, que considera oportunas. Como es el asegurado el que resulta ser deudor tanto de su defensa y representación, como del beneficiario de la condena en costas, la aseguradora con el simple rechazo a hacerse cargo de los costes del procedimiento, tiene suficiente. Debe ser su asegurado quien accione para ver satisfecho su derecho, pero mientras tanto el asegurado tiene que hacer frente a los costes del procedimiento ya entablado.

¿Y no le ha insistido a su abogado para que reclamara a la aseguradora???

Sí, pero no ha habido suerte. Por eso le vengo a ver. ¿Qué puedo hacer???. No tengo ganas de ponerme en otro pleito con unos meses de primera instancia y con un año y pico más para la apelación.

Pues.. instemos un arbitraje

¿Qué...?

Un arbitraje. Miremos de solucionar este asunto a través de un procedimiento arbitral; tiene una ventaja infinitamente superior a la reclamación judicial: el tiempo. El Laudo, así se llama a la sentencia arbitral, se debe dictar en el plazo de tiempo que conste en el convenio o reglamento de la institución arbitral que administre el arbitraje, o en su caso, y en líneas generales, en el plazo de seis meses, conforme prevé la Ley de Arbitraje. Piense que si se dicta el Laudo fuera de plazo, deviene nulo y se tendría acción de responsabilidad tanto respecto al árbitro como respecto a la institución arbitral.

Cuenta, cuenta... Yo pensaba que para iniciar un arbitraje era necesario que las dos partes estuvieran conformes en el sometimiento a arbitraje.

Si, eso es cierto en líneas generales, pero no cuando se trata de una reclamación del asegurado al asegurador y dentro del ámbito de la defensa jurídica. Mire, cogí la Ley de Contrato de Seguro, lea el art. 76.e):

Artículo 76 e.

El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro.

La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada.

Ya, ya veo. Puedo someter a arbitraje, pero, ¿y si la Cía. no acepta???

No puede.

¿Cómo que no puede?

No, no puede. Vea el texto legal. Es un derecho de vd. Del asegurado. A diferencia de otros compromisos arbitrales en los que siempre se exige que las dos partes acuerden o pacten el sometimiento a arbitraje, este artículo es una excepción. Prevé que el asegurado "podrá" someter a arbitraje cualquier diferencia que surja con su aseguradora de defensa jurídica. No tiene porque ir al Juzgado otra vez. Puede reclamar vía arbitraje. Eso tiene la ventaja de que sabe el tiempo que tiene el árbitro para dictar el laudo, y además, puede calcular los costes del arbitraje con muy poco margen de error echando un vistazo al reglamento de la institución arbitral que vaya a administrar ese arbitraje.

Otra ventaja añadida es que, para el propio prestigio de la institución arbitral, la designa-

ción del árbitro es fundamental. Siempre será un Abogado en ejercicio experto en el ámbito que nos ocupa.

Tras un silencio, y como yo ya me espera, mi cliente, inició una serie de preguntas encaminadas a conocer a fondo el asunto que yo le planteaba.

A ver, que me haga la idea; según me dice, puedo evitar reclamar judicialmente, y reclamar a través de un arbitraje...

Sí, efectivamante.

¿Y cómo lo hacemos???

Como se haría una reclamación judicial pero con la diferencia de que nos dirigiremos a una institución arbitral.

¿A cuál???

Pués... a la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE), goza de prestigio y además ha suscrito un convenio de colaboración con la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros. Por ese convenio la AEADE se ha comprometido a nombrar como árbitro en el ámbito del seguro a Letrados miembros de la citada Asociación de Abogados. Eso nos da la garantía de la cualificación profesional y especialización del árbitro que se designe en seguros y para la resolución del asunto que nos ocupa.

¿Y la demanda, como se presenta?, ¿cómo se hace?

Como una demanda normal y corriente. Eso si, no es necesaria la figura del Procurador. Bastará que el abogado presente la petición arbitral en interés suyo. Esa reclamación deberá indicar si queremos que sea un árbitro solo el que resuelva el arbitraje. En que idioma deberá dictarse el Laudo, el plazo para su resolución, como se debe proceder para notificarnos las oportunas actuaciones arbitrales. También el pronunciamiento sobre costas y lo que incluyen, etc...

Vea, mire que pone el art. 37 de la Ley de Arbitraje:

Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán la controversia en un solo

laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios.

2. Si las partes no hubieren dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada.

La expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros. No obstante, no afectará a la eficacia del convenio arbitral, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros.

3. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior.

5. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 26. El laudo se considerará dictado en ese lugar.

6. Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral.



7. Los árbitros notificarán el laudo a las partes en la forma y en el plazo que éstas hayan acordado o, en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3, dentro del mismo plazo establecido en el apartado 2.
8. El laudo podrá ser protocolizado notarialmente.

Cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar de los árbitros, antes de la notificación, que el laudo sea protocolizado.

Lo ve, incluso se puede pedir que se protocolice notoriamente. Como ya le dije el Laudo es como una Sentencia. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional, y además, y como “equivalente jurisdiccional” es título ejecutivo, pudiéndose ejecutar judicialmente para exigir su cumplimiento, ante el Juez del lugar en donde se haya dictado.

Art. 8.4 Ley de Arbitraje:

4. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Ci-

vil y, en su caso, el previsto en el artículo 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Artículo 545. Tribunal competente. Forma de las resoluciones en la ejecución forzosa.

2. Cuando el título sea un laudo arbitral, será competente para denegar o autorizar la ejecución y el correspondiente despacho el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado dicho laudo

Lógicamente y conforme los artículos anteriores y para no chocar con el artículo 24 de la Ley de Contrato de Seguro, que determina la competencia territorial en cuestiones diamantes del contrato de seguro a favor del domicilio del asegurado, el árbitro considerará como lugar del arbitraje, el correspondiente al domicilio del asegurado.

Piense además que el sistema de notificaciones es sumamente más progresivo que el previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así el artículo 5 de la Ley de Arbitraje:

Artículo 5. Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos.

Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de



comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial, se aplicarán las disposiciones siguientes:

- a. Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.

O sea: primero, la entrega personal; segundo, la efectuada en el domicilio habitual del destinatario; tercero, la realizada por medios de telecomunicación electrónica, que dejen constancia de su remisión y recepción. Final-

mente, y ahí lo más importante, es que la Ley de Arbitraje prevé que se tenga por correctamente realizada, la efectuada o lo que se haya intentado, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio conocido del destinatario... Aunque en casos en los que el destinatario sea una aseguradora, es difícil no poder realizar la comunicación, no me negará vd. que es sumamente progresista el criterio de la Ley de Arbitraje en ese sentido. Piense en el desahucio en el que el inquilino desaparece...

Además tome nota que el propio artículo indica que ese criterio de notificación es propio de la Ley de Arbitraje, *“y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial”*

¿Y si la Cía se niega...?

No puede.

Pero, escuche... por lo que se a raíz de mi actividad dentro del mundo empresarial y del comercio, me consta que el arbitraje debe pactarse en un contrato, y por ambas partes. Ahora vd. me dice que en el caso que nos ocupa, esto no es así... No lo entiendo. Siempre me habían dicho lo contrario los abogados con los que había comentado la posibilidad de incluir el arbitraje en mis contratos. Comentaban que para que pudiera haber arbitraje debía de existir, con la anterior Ley, la de 1988, una voluntad inequívoca de sometimiento a arbitraje. Y que ahora, con la actual Ley de 2003, cabe el arbitraje, pero siempre a voluntad de ambas partes. Y vd me esta diciendo que podemos promover un arbitraje unilateralmente, lo que incluso no es posible en arbitraje de consumo, en el que, para ser efectivo y poderse realizar, debe ser aceptado por la empresa, tras la petición del consumidor; es decir, si la empresa no lo acepta, no hay arbitraje de consumo, pero, por lo que me esta diciendo, respecto la defensa jurídica, no es así, y como soy el asegurado, le puedo decir a mi aseguradora que quiero hacer un arbitraje, y la cia tiene que aceptarlo.

Cierto. Y eso es precisamente porque el art. 76.e) de la Ley de Contrato de Seguro así lo dispone. Léalo otra vez:

Artículo 76 e.

El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro.

La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada.

¿Lo ve?? la iniciativa es del asegurado. No necesita el consentimiento del asegurador. Como ya le he dicho, es una facultad del asegurado a la que la aseguradora no se puede negar. Además, la Ley de Contrato de Seguro obliga, siguiendo el mandato de la Directiva Comunitaria, 87/344/CEE, de 22 de junio de 1987 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica a que en las pólizas de seguro conste tanto esa facultad del asegurado como la de designar libremente Abogado y Procurador, así el art. 76 f) de la Ley de Contrato de Seguro.

Artículo 6 Directiva Comunitaria, 87/344/CEE, de 22 de junio de 1987

Los Estados miembros adoptarán todas las disposiciones útiles a fin de que, sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional, se prevea un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad, que permita decidir, en caso de divergencia de opiniones entre el asegurador de la defensa jurídica y su asegurado, respecto a la actitud que deba adoptarse para la solución del desacuerdo.

El contrato de seguro deberá mencionar el derecho del asegurado a recurrir a tal procedimiento.

¿A que nunca ha reparado en esa facultad y obligación legal al asegurador cuando ha leído (si es que lo ha hecho) la póliza en la que tiene contratada la defensa jurídica?????. Mire, la Ley obliga a que en las pólizas conste precisamente ese derecho del asegurado a someter a arbitraje las diferencias que pueda tener con su aseguradora.

Artículo 76 d.

El asegurado tendrá derecho a elegir libremente el Procurador y Abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento.

El asegurado tendrá, asimismo, derecho a la libre elección de Abogado y Procurador en los casos en que se presente conflicto de intereses entre las partes del contrato.

El Abogado y Procurador designados por el asegurado no estarán sujetos, en ningún caso, a las instrucciones del asegurador.

Artículo 76 e.

El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro.

La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada.

Artículo 76 f.

La póliza del contrato de seguro de defensa jurídica habrá de recoger expresamente los derechos reconocidos al asegurado por los dos artículos anteriores.

En caso de conflicto de intereses o de desavenencia sobre el modo de tratar una cuestión litigiosa, el asegurador deberá informar inmediatamente al asegurado de la facultad que le compete de ejercitar los derechos a que se refieren los dos artículos anteriores.

Piense que esta Directiva entró en vigor en nuestro país con la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el derecho español a la directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de Seguros Privados. Ley que no ha sido modificada ni derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, ya que la prohibición a la sumisión a arbitraje, queda excluida si se tiene en cuenta que la facultad de asegurado de someter a arbitraje las diferencias que tuviere con el asegurador respecto la defensa jurídica, se puede considerar que es una de las excepciones del artículo, ya que esa posibilidad de asegurado, nace por Ley y referido al supuesto específico cual la garantía de defensa jurídica. Es totalmente irrelevante cual sea el arbitraje; bien de consumo, bien privado.

Artículo 90. Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable.

Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan:

1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órga-

nos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.

La ventaja del arbitraje sobre el defensor del asegurado, la protección ante la DGS, y el art. 38 LCS es innegable. En éstos siempre cabe acudir al dJo. pidiendo la protección que se ha solicitado, mientras que con el arbitraje no cabe acudir luego al Juzgado para volver a pedir o impugnar el arbitraje. Solo cabe la Acción de anulación que luego le explicaré con más detalle. Déjeme que le exponga, lo que considero como decálogo del arbitraje con el fundamento legal.

Decálogo del arbitraje

Rápido en su desarrollo; el árbitro tiene un plazo para dictar el Laudo. El Juez también lo tiene para dictar Sentencia. El primero lo cumple siempre, so pena de responsabilidad. El segundo casi nunca lo cumple.

Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como es-tímen necesarios.
2. Si las partes no hubieren dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada.

La expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros. No obstante, no afectará a la eficacia del convenio arbitral, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros.

Artículo 21. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos.

1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados

a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.

Privado, sólo para las partes. El arbitraje prevé la confidencialidad de las actuaciones arbitrales. Las actuaciones judiciales, salvo excepciones, son públicas.

Artículo 24. Principios de igualdad, audiencia y contradicción.

1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.

Especialización del árbitro. El árbitro será un experto en la materia. El Juez sabe de todo, pero no necesariamente, a veces, sobre el tema determinado. El prestigio de la institución que administra el arbitraje viene dado por el prestigio del árbitro designado y del Laudo que dicte.

Previsión costes al conocerse con carácter previo el coste del arbitraje. Todas las instituciones arbitrales tienen determinado en su reglamento la escala de costes. No hay mucho margen para las sorpresas. Al contrario, en la jurisdicción ordinaria es sumamente difícil determinar cual será el coste final del proceso, con su apelación.

Dinámico por la intervención activa de las partes junto con el árbitro. Ahí la ventaja del arbitraje es extraordinaria. No transcribiré la totalidad del contenido de los artículos que incitan el procedimiento conforme la voluntad de las partes, ya que sería, a la postre, transcribir casi toda la Ley de Arbitraje, simplemente una breve reseña de algunos de los que hacen mención a la voluntad de las partes para decidir respecto el trámite arbitral. Por otro lado, ¿a alguien se le ocurre la posibilidad, excepto desistir, renunciar o allanarse, de que las partes procesales le digan al Juez como tiene que llevar el procedimiento???

Evidentemente y si las partes deciden encomendar a administración del arbitraje a una institución determinada, el procedimiento arbitral se regirá conforme el Reglamento de esa institución.

Artículo 4. Reglas de interpretación.

Cuando una disposición de esta Ley:

- a. Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión,...

Sin perjuicio de lo anterior, la voluntad de las partes, es la esencia del arbitraje, y así se refleja en los artículos siguientes:

Artículo 5. Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos.

Salvo acuerdo en contrario de las partes...

Artículo 12. Número de árbitros.

Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros,...

Artículo 14. Arbitraje institucional.

1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje...

Artículo 15. Nombramiento de los árbitros.

2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros,...

Artículo 16. Aceptación de los árbitros.

Salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa...

Artículo 18. Procedimiento de recusación.

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros,...

Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes...

Artículo 25. Determinación del procedimiento.

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones,...

Artículo 26. Lugar del arbitraje.

1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje,...

Artículo 27. Inicio del arbitraje.

Salvo que las partes hayan convenido otra cosa,...

Artículo 28. Idioma del arbitraje.

1. Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas del arbitraje,...

Artículo 29. Demanda y contestación.

1. Dentro del plazo convenido por las partes,...
2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales,...

Artículo 30. Forma de las actuaciones arbitrales.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes,...

Artículo 31. Falta de comparecencia de las partes.

Salvo acuerdo en contrario de las partes,...

Artículo 32. Nombramiento de peritos por los árbitros.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes,...

Artículo 34. Normas aplicables al fondo de la controversia.

1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello,...

Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes,...
2. Si las partes no hubieren dispuesto otra cosa
6. Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje,...

Inapelable. No cabe recurso contra la decisión del árbitro respecto el fondo del asunto. Únicamente cabe Acción de Anulación, pero ésta se fundamenta básicamente en cuestiones de fondo. Anulará el Laudo, no el convenio arbitral.

Flexible en su tramitación. Al contrario de lo que pasa en los procedimientos judiciales, la flexibilidad del procedimiento es uno de los principios del arbitraje: se pueden hacer tantas convocatorias cuando se considere necesario; se pueden dictar laudos parciales, practicar pruebas fuera el lugar del arbitraje, etc..

Ejecutable al ser el laudo título ejecutivo. Sólo cabe la Acción de Anulación y por causas tasadas. Pero ello no impide ni anula el convenio arbitral. Claro está que en nuestro caso, eso sería imposible ya que el convenio viene dado por Ley. Ninguna Audiencia Provincial podría anular un laudo arbitral argumentando que no hay convenio arbitral.

Vinculante para las partes. A diferencia de otras soluciones alternativas (defensor asegurado, art. 38 LCS...) el Laudo obliga a las partes a su resultado. El arbitraje es, según el Tribunal Constitucional, un equivalente jurisdiccional (TC 62/91; 288/1993):

“Equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada”.

[Otra del TC Sala Primera. Sentencia 9/2005, de 17 de enero de 2005](#)

2. Es necesario comenzar destacando que, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el Laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que “este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo” (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2). “Sólo en la medida... en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva” (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). El cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y de las demás garantías contenidas en el art. 24 CE puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo cuando la infracción alegada sea “imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles”

dichas garantías, pero trasladar éstas “con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del Laudo... es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción” (STC 13/1997, de 27 de enero, FJ 2).

El arbitraje es un “medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)” (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4); y “aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiende al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional” (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1) a través de un recurso de amparo en el que se invoquen las garantías del art. 24 CE, cuyas exigencias se dirigen, en principio, a la actividad jurisdiccional estatal (véanse, también, los AATC 701/1988, de 6 de junio, FJ 1; y 179/1991, de 17 de junio, FJ 2) y que, con respecto al arbitraje, sólo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje (en esta fase se situó el conflicto que dio lugar, por ejemplo, a la STC 233/1988, de 2 de diciembre), el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo”.

Oiga, y si todo lo que me esta diciendo es así, y me refiero no tanto a la la facultad del asegurado para pedir arbitraje, sino al arbitraje en si mismo, ¿por qué no hay más arbitrajes???

Dejando aparte la falta de cultura arbitral de nuestro país, y el desconocimiento existente respecto el arbitraje, por culpa de dos de los pilares básicos de la justicia. El arbitraje tiene, y esto es un símil, dos “enemigos”.

¿“Enemigos”???

Sí; los jueces y los abogados.

¿Cómo...?

Sí, repito, los enemigos del arbitraje son los jueces y los abogados. Da igual el orden en que se diga; unos desconfían y los otros no se fían.

Ahora bien, seguí, no todo es tan facil. A mi personalmente me ha dado mucho que pensar

la segunda parte del art. 76.e), concretamente, cuando pone: La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada. Le he dado muchas vueltas a esa frase. Se me han ocurrido varias ideas que he ido desechando hasta quedarme al final con una sola que es la que le encuentro más lógica; para mí, esa frase lo que pretende es impedir que la aseguradora como parte predisponente básicamente del contrato de seguro, ya hiciera constar en la póliza una forma de arbitraje, a administrar por y de una determinada manera o institución. En ese caso, es evidente que el “derecho” del asegurado a someter a arbitraje cualquier diferencia con el asegurador, quedaría cercenado por la previa disposición en la póliza, y a instancia unilateral del asegurador, de un arbitraje predispuesto por la aseguradora. Creo sinceramente que lo pretende el art.76 e), con esa prohibición de designa previa al conflicto de árbitros, es evitar que el derecho del asegurado pase a ser una imposición del asegurador. Si en la póliza consta, además de recoger como obliga el art. 76.f) de la LCS, la cita de los derechos reconocidos por Ley en los arts. 76.d) y 76.e), consta ya la presencia de un sistema de arbitraje, aunque fuera condicionado a que el asegurado lo promoviera, estaríamos ante una situación no deseada consistente en que la cia de seguros incluiría en la póliza un arbitraje unilateral, contrario a la Ley. Además, hay que tener en cuenta la prohibición de sometimiento a arbitrajes distintos de los de consumo, que se recoge en la legislación existente en la actualidad de protección a los consumidores y usuarios. No se puede incluir en el contrato de seguro con un consumidor, entendiendo como tal, conforme lo define la Ley protectora, “la persona física o jurídica, que contrata fuera de su actividad profesional o empresarial”, una cláusula arbitral distinta a la de consumo. Ahora bien, post-conflicto si que se puede ir al arbitraje. Pero, y en lo que nos ocupa, como quiera que la Ley concede al asegurado (usuario/consumidor del contrato de seguro) la posibilidad de ir al arbitraje, no existe problema legal alguno que impida acudir al arbitraje.

No crea que que no hay mas problemas, continué, de hecho, les he expuesto uno. Hay otro que también me ha dado que pensar. ¿Qué pasa si el asegurado solicita arbitraje y la cia se niega???? ¿Cómo debe procederse para llegar al arbitraje???? Dejado aparte de que creo sinceramente que la aseguradora no puede oponerse, y si lo hiciera, habría que ponerlo en conocimiento de la Dirección General de Seguros al estar ante una actuación que impide la practica de un derecho del asegurado reconocido por Ley (y que además consta en la póliza, por ponerlo la propia asegu-



radora). He efectuado esa consulta como una encuesta a varias personas que considero competentes para contestar, busqué entre mi escritorio, y le mostré, vea lo que me ha dicho, y quién/es es/son y qué hace/n la/s persona/s que me contesta/n.

La pregunta es:

El asegurado que, conforme el art. 76.e) LCS, somete a arbitraje las diferencias surgidas con el asegurador sobre el contrato de seguro

- ¿Debe necesariamente acudir al Juez par el nombramiento de árbitros????
- ¿Puede elegir adirectamente auna determinada institución arbitral para la administración del arbitraje??
- ¿Puede la aseguradora negarse al arbitraje que acciona el asegurado???
- Otra.

Y las respuestas:

D. IÑIGO COELLO DE PORTUGAL. Abogado del Estado



en excedencia. Socio Director de 'Coello de Portugal Abogados'

El artículo 76"e" de la LCS previene que el asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. "La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada".

En todo lo que aquí no figure debe aplicarse la LARB.

La LARB previene sobre el nombramiento de árbitros que si no hay acuerdo sobre el nombrado o sobre el procedimiento para nombrarlo, se aplica el 15.3 LARB y el Juez nombrará el árbitro y el juez es quien pueden elegir una determinada institución arbitral, no sólo para administración del arbitraje, sino para que sea ésta quien a su vez designe el árbitro.

La aseguradora no puede negarse al arbitraje que acciona el asegurado como dice la exposición de motivos de la LARB: "Por ello, el juez sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de

inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio".

D. JOSÉ ANTONIO GARCÍN. Abogado. Árbitro

A) La respuesta la encontramos en el artículo 8 de la Ley 60/2003, en relación con el artículo 15.2, y efectivamente para el caso de ser solo necesario un arbitro y no hay acuerdo sobre dicha designación, lógicamente habrá que acudir al tribunal competente para el nombramiento del mismo, así como si fueran tres, y en el plazo de 30 días desde el requerimiento una de las partes no lo hiciera se acudirá al nombramiento vía judicial.

B) Entiendo que sí, no veo ningún inconveniente.

C) Según el propio artículo 76 e) de LCS, la aseguradora no puede negarse al dicho cometido, dado que es una posibilidad que la propia ley del contrato de seguro le concede al asegurado, con lo que lógicamente tal negativa por parte de la compañía supone un incumplimiento de la propia legislación del contrato de seguro.

JAVIER ISCAR DE HOYOS, Abogado, Secretario General Asociación Europea Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE)

A la primera pregunta:

Efectivamente, el artículo 76.e) LCS, que seguirá con la misma redacción aunque en otro artículo tras la reforma de la LCS otorga al asegurado un derecho, que vincula al asegurador, de solucionar vía arbitraje las diferencias surgidas con éste.

Al no establecer ni señalar el artículo mencionado que sea un arbitraje institucional, salvo acuerdo en contra de las partes, entra en juego el artículo 8.1 de la Ley 60/2003 y acudir el asegurado al Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje que nombre el árbitro.

Tras la reforma de la Ley de Arbitraje el competente para el nombramiento del árbitro dejará de ser el Juez de instancia pasando a ser la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

A la segunda pregunta

El asegurado puede acudir, desde luego, a una institución arbitral para que sea la institución la que administre el arbitraje. Sin embargo la ins-

titución arbitral no puede suplantar ni la voluntad de las partes ni el espíritu de la Ley. Los reglamentos de las instituciones tienen previsto analizar el convenio arbitral de la siguiente manera.

1.- Las reglas de interpretación, es decir, cuando entiende la institución arbitral que las partes o el acuerdo arbitral encomiendan la administración del arbitraje a la misma. Estas reglas analizan la voluntad de las partes cuando el convenio arbitral se somete a una institución de denominación análoga o similar. Por ejemplo, en lugar de someterse a la Asociación Europea de Arbitraje, Aeade, se sometiesen a la Corte Europea de Arbitraje, Aeade.

2.- Revisión prima facie de la existencia de acuerdo arbitral. En el caso de que la parte demandada no contestase a la solicitud de arbitraje, se negase a someterse al arbitraje o formulara una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo arbitral, podrán darse las siguientes alternativas:

a) en el caso de que la Asociación estuviere convencida, prima facie, de la posible existencia de un acuerdo arbitral por el que se encomienda la solución del litigio a la institución, continuará con la tramitación del procedimiento arbitral (con las reservas sobre la provisión de fondos previstas en este Reglamento), sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de las excepciones que pudieran oponerse. En este caso, corresponderá al Árbitro tomar toda decisión sobre su propia competencia.

b) si la Asociación no estuviere convencida, prima facie, de la posible existencia de un acuerdo arbitral por el que se encomienda la solución del litigio, notificará a las partes que el arbitraje no puede proseguir.

En conclusión, con el redactado del artículo 76.e de la LCS, salvo que el asegurador conteste a la solicitud de arbitraje y no negase la existencia, validez o alcance del acuerdo arbitral, la institución debería notificar a las partes que el arbitraje, en su seno, no puede proseguir, debiendo el asegurado acudir al juez competente para el nombramiento de árbitro.

A la tercera pregunta

El asegurador no puede negarse al arbitraje en ningún caso. Puede negarse que sea un arbitraje institucional porque ni el legislador ni el propio asegurador autorizan al asegurado ni a decidir que sea un arbitraje institucional ni a decidir qué institución administre el arbitraje. Insis-



De izda. a dcha.: Javier López y Mariano Mariano, secretario general y presidente de AEADE.

El asegurador no puede negarse al arbitraje en ningún caso. Puede negarse que sea un arbitraje institucional porque ni el legislador ni el propio asegurador autorizan al asegurado ni a decidir que sea un arbitraje institucional ni a decidir qué institución administre el arbitraje»

JAVIER ISCAR DE HOYOS



...l y presidente de nuestra Asociación, Sergio Alvarez y Ricardo Lozano, subdirector y director general de la DGS, Juan Ignacio Barrero y

El asegurado puede elegir directamente una institución que se dedique a la administración de arbitrajes, aunque, en mi concepto, es muy posible que el asegurador pueda oponerse a la institución elegida. Pero si no hay oposición, quedan ambas partes sometidas al árbitro que designe dicha institución»

MARIANO MEDINA CRESPO

to en que una de las partes no puede suplantar la voluntad de la otra ni el espíritu de la Ley.

A la cuarta pregunta

La solución:

Para que el asegurado pueda acudir al arbitraje institucional y evitar la contradicción de acudir al Juez para nombrar un árbitro y que el conflicto se demore meses o años, el asegurador y el asegurado debería incluir en su clausulado un apartado que dijese: En los casos en los que el asegurado, haciendo uso de su derecho a acudir a arbitraje, previsto en el artículo 76.e de la LCS, o cualquier otro que lo sustituyese, podrá acudir tanto al juez competente para el nombramiento del árbitro o a una institución arbitral de entre las

siguientes: Asociación Europea de Arbitraje, Tribunal Arbitral de Barcelona, El asegurador estará obligado por la decisión del asegurado.

D. MARIANO MEDINA CRESPO. Abogado. Presidente Asociación Española Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguros.

A la primera pregunta: Sobre la base de que acudir al procedimiento arbitral es una facultad que legalmente se concede al asegurado, sin que el asegurador pueda negarse a su ejercicio, no tiene que ser el juez el que efectúe la designación del árbitro, sino que éste ha de ser designado de común acuerdo por las partes o someterse a la designación que efectúe la institución arbitral a la que seguidamente se hace referencia. Solamente en el caso de que haya una falta de acuerdo al respecto entre las partes, no pudiendo este desacuerdo dejar en el vacío la facultad legalmente concedida al asegurado, éste podrá acudir al juez para que efectúe la designación, sin que entonces pueda el asegurador negarse a ella.

A la segunda pregunta: El asegurado puede elegir directamente una institución que se dedique a la administración de arbitrajes, aunque, en mi concepto, es muy posible que el asegurador pueda oponerse a la institución elegida. Pero si no hay oposición de la aseguradora a la institución arbitral designada por el asegurado, quedan ambas partes sometidas al árbitro que designe dicha institución.

A la tercera pregunta: Queda contestada anteriormente en el sentido de que el asegurador no puede oponerse al procedimiento arbitral en el caso de que haya optado por él el asegurado, haciendo uso de la facultad que legalmente se le confiere al efecto, sin que el asegurador pueda forzar al asegurado a acudir a la jurisdicción.

D. JOAN M^º XIOL QUINGLES. Ex-vicepresidente Colegio Abogados de Barcelona. Abogado

El artículo 76 e) de la Ley de Contrato de Seguro otorga al asegurado el derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato, sin embargo la designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada, por lo que del redactado del artículo se desprende que la designación del árbitro que deba dirimir las diferencias puede hacerse convencionalmente y, en caso de desacuerdo entre las partes sobre el árbitro a designar, y solo en este caso, procederá acudir al Juez para que nombre al árbitro que deba dirimir el conflicto, tal como dispone el

artículo 15.2 de la Ley de Arbitraje.

Por tanto, la respuesta a la primera cuestión es que no necesariamente el asegurado debe acudir al juez para el nombramiento de árbitros, puesto que el nombramiento puede realizarse de común acuerdo entre el asegurado y el asegurador y solo en defecto de acuerdo deberá aquel acudir al juez para que nombre al árbitro.

De la respuesta a la primera cuestión se deduce la respuesta a esta segunda. Efectivamente el asegurado puede proponer al asegurador un procedimiento convencional para el nombramiento del árbitro y, por tanto, puede proponer a determinada institución arbitral para que administre el arbitraje y nombre el correspondiente árbitro. Pero tal opción solo será efectiva si el asegurador está de acuerdo y, si no lo está, deberá ser el juez quien nombre definitivamente al árbitro.

Por tanto la respuesta a la cuestión segunda, según mi opinión, es que el asegurado puede proponer, pero no elegir, que sea determinada institución arbitral la que nombre al árbitro y administre el arbitraje.

Estando previsto en la Ley y en el contrato que el asegurado "tendrá derecho" a someter a arbitraje cualquier diferencia sobre el contrato de seguro, entiendo que, si el asegurado ejercita el derecho que le confiere el artículo 76 e) de la Ley de Contrato de Seguro el asegurador NO PUEDE negarse al arbitraje. Podrá oponerse a que el árbitro sea designado o elegido por el asegurado pero, en ningún caso, podría oponerse a que las cuestiones suscitadas por el asegurado en relación con el contrato sean dirimidas mediante el arbitraje. Pensar lo contrario sería vaciar de contenido la previsión de la ley y el derecho que ésta otorga al asegurado.

Los problemas derivados de la regulación legal del arbitraje en el Seguro de Defensa deberían resolverse mediante la reforma que se está preparando de la Ley de Contrato de Seguro, permitiendo que el árbitro pueda ser designado por un tercero, sin que, en tal caso, el asegurador pudiera oponerse al nombramiento del árbitro elegido por esta vía.

La actual previsión legal hace prácticamente inevitable la intervención del juez para la designación del árbitro, desvirtuando una de las más preciadas virtudes del arbitraje que es la rapidez en la resolución del conflicto.

En el Anteproyecto de Ley del Contrato

de Seguro que preparan el Ministerio de Economía y Hacienda y el Ministerio de Justicia (versión de Junio 2010) al regular el Seguro de Defensa (artículos del 71 al 74) se reproduce exactamente el artículo 76 e) de la vigente Ley por lo que sería deseable hacer llegar a los redactores del anteproyecto las inquietudes que plantea la actual regulación con el fin de que el arbitraje en seguros sea objeto de una regulación que facilite la resolución de conflictos por vía arbitral.

Está bien. Veo que hay de todo.

Sí, contesté. Es muy difícil que exista unanimidad de criterios en cuestiones planteadas a distintos profesionales del derecho.

Bueno, ya me he hecho una idea. Creo que sí que es oportuno instar el arbitraje. De hecho lo voy a incorporar en mis contratos...pero, ¿y lo que me ha dicho antes de la Acción de Anulación???, ¿qué es???, ¿cómo funciona???

Es verdad, se lo he comentado de pasada. El Laudo, como ya se le dicho, es, por Ley (art. 45 de la Ley de Arbitraje) ejecutable aunque contra él se hubiere ejercitado Acción de Anulación. La Acción de Anulación no es propiamente un "recurso" entendiendo como tal lo que se conoce en la jurisdicción ordinaria como la facultad de nueva valoración del contenido de un Sentencia por parte de la Audiencia Poviencial. La Acción de Anulación tiene como objetivo la "anulación" del Laudo pero siempre por cuestiones de forma, no de fondo, de tal suerte que el Laudo anulado no afecta al convenio/cláusula arbitral que subsiste a menos de que se huyere interpuesto la Acción de Anulación por inexistencia de convenio arbitral, o que éste no es válido.

Todo esto me suena a nuevo... me esta diciendo que la Audiencia no hace funciones de apelación en la anulación del Laudo???

Efectivamente. Mire, las causas de anulación del Laudo están tasadas, no caben más de las que constan en el art. 41 de la Ley de Arbitraje -cogí la Ley- se las voy a citar una a una:

Artículo 41. Motivos.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
 - a. Que el convenio arbitral no existe o no es válido.

Logicamente si no hay convenio arbitral o no es válido, no puede haber arbitraje ni Laudo. No se da en el caso que nos ocupa del art. 76.e) de la Ley de Contrato de Seguro; el convenio arbitral/cláusula arbitral viene dado por Ley. Existe y además es válido. Ese motivo podría darse en contratos suscritos con consumidores como ya le he expuesto con anterioridad. En ese caso estaríamos ante un convenio nulo de pleno derecho.

- b. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

Es una cuestión de forma. Se infringe el principio de audiencia y contradicción que debe presidir el procedimiento arbitral. En ese caso se anula el Laudo, y se deberá iniciar otra vez el procedimiento arbitral.

- c. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.

Otro motivo de forma; no pueden los árbitros decidir sobre cuestiones que las partes no han sometido a su valoración/decisión. El Laudo será nulo, y deberá de hacerse un nuevo arbitraje en el que el árbitro resuelva sobre las concretas peticiones de las partes. De ahí la importancia de que la demanda arbitral sea efectuada por un profesional del derecho, que incluya sus honorarios en la reclamación arbitral a efectos de costas.

- d. Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley.

No deja de ser una reiteración de lo comentado ya con anterioridad. Lo principios del arbitraje son los de audiencia, igualdad y contradicción. Consecuencia de ello es que todo el procedimiento arbitral debe ser de una claridad absoluta. Además, si las partes han llegado a un acuerdo respecto el arbitraje, el árbitro queda vinculado a ese acuerdo sin que pueda apartarse de él.

- e. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Evidentemente los árbitros resuelven sobre lo que ha sido el objeto del arbitraje. Y hay alguna materias que no pueden ser objeto de ar-



bitraje. Son las que constan en el art. 1 de la Ley reguladora. El resto, todas las que se refieran a controversias sobre materias de libre disposición de las partes, son arbitrales. Por eso, si los árbitros han resuelto sobre materias no susceptibles de arbitraje, el Laudo es nulo, y deberá hacerse otro arbitraje relacionado con materias arbitrables.

f. Que el laudo es contrario al orden público.

Cajón de sastre. En la gran mayoría de acciones de anulación en las que he intervenido, se ha esgrimido, junto con otros, este motivo., aunque, también es cierto, no ha prosperado nunca. Para que se de el motivo debe de haberse cometido infracción a los principios reguladores del procedimiento y la prueba. En palabras del TC, el orden público es la infracción a las normas reguladoras del proceso y su prueba.

Queda claro, y ¿cómo es el procedimiento de la Acción de Anulación???

Es un procedimiento propio del arbitraje; se interpone en el plazo de dos meses desde la notificación del Laudo (o de su Aclaración) ante la Audiencia Provincial del lugar en don-

de se ha dictado. El trámite es el propio del juicio verbal pero con la salvedad que la parte demandada tendrá el plazo de 20 días, como si fuera un procedimiento ordinario, para contestar la demanda y proponer prueba. Seguidamente la Audiencia señala día y hora para celebración de Vista, momento en el que la parte accionante de la Anulación podrá proponer la prueba que le interese a la vista de la contestación de la demandada. Como es un juicio verbal, toda la prueba se practica al instante, y queda el asunto visto para Sentencia. Si el laudo se anula, se puede volver a promover otro arbitraje a menos de que la Audiencia considere que no existe convenio arbitral o que no es válido, lo que, como ya le he dicho antes, es imposible al estar el convenio/cláusula arbitral, dispuesto por Ley.

Ah. ¿Pues sabe qué le digo...???. Vamos al arbitraje.

Nota: Todo lo anterior es plenamente aplicable al proyecto de Ley de la Ley de Contrato de Seguro (proyecto de Junio de 2010), ya que el art. 76.e de la actual Ley de Contrato de Seguro pasa a ser el art. 74.2 con idéntica redacción.

La valoración médico legal de las lesiones. Aportación de la biomecánica



Santiago Delgado Bueno

Doctor en medicina. Médico forense en excedencia.
Especialista en Medicina Legal. Baays I+D+i

1. Introducción

En el ámbito de la valoración médico legal de las lesiones se produce una situación de confusión entre las partes implicadas, cuyos factores principales, trataremos de explicar en esta introducción.

Según el Informe de la Fiscalía General del Estado del año 2009 el porcentaje de delitos que se han calificado por procedimientos abreviados (donde la valoración del daño corporal es importante), alcanza un 11% (seguridad Vial), el 13% (vida e integridad física), y 16% violencia doméstica y género, dando un resultado del 40% de los delitos tramitados por procedimientos abreviados. La suma de los datos por procedimientos, evidencia la importancia de una adecuada valoración del daño corporal (físico y psíquico), y lo relevante que resulta para todos unos informes médico legales bien fundamentados en exploraciones clínicas y pruebas con rigor. Estos porcentajes varían, hasta un 75% cuando se trata de diligencias por delitos urgentes con 54% (seguridad Vial), el 18% (vida

e integridad física), y 3% violencia doméstica y género.

En todos ellos, una adecuada valoración del daño producido, de modo objetivo, cuantificable, reproducible así como riguroso, es imprescindible para poder dar respuesta ágil a los presentes procesos judiciales en el marco del Estado Español.

Es la valoración del daño en todos sus ámbitos de aplicación, hacemos referencia a delitos y situaciones que se producen habitualmente en escenarios cotidianos de la vida (trabajo, tráfico y circulación, incapacidades temporales), o ya mucho más específicas pero lamentablemente también habituales (violencia de género, agresiones, lesiones...). También es importante la situación existente actualmente en las entidades de seguro, interesadas en mejorar tanto la valoración del riesgo en el ámbito de la medicina del seguro, como la inclusión de instrumentos de valoración en los reconocimientos médicos en las diferentes opciones aseguradoras y, cuanto más, en el seguimiento de lesionados de tráfico, campo en el cual, tan importante es la evaluación de las lesiones como el seguimiento de pacientes durante la rehabilitación y, finalmente el establecimiento de las secuelas. Una correcta valoración será también un instrumento imprescindible en el cálculo actuarial en las entidades de seguros.

Un asunto importante puesto de manifiesto en las memorias estudiadas (www.icea.es), será poder minimizar el fraude que se produce en España ya que desde el 2004 al 2008 en 20 comunidades Españolas se superó el 5% de crecimiento del fraude y en 11 supuso un crecimiento del más del 10%, no bajando en ninguna de ellas. Una valoración objetiva de las lesiones, permitirá una disminución de las conductas de simulación/disimulación de las lesiones. En suma, el rigor en la valoración será el único instrumento médico en el descenso del fraude.

Vista la situación de fraude que sufren las compañías, debemos describir también la situación de queja de las víctimas de accidentes claramente reproducidas en la Memoria de la Fiscalía General del Estado (2009), donde se reseñan ejemplos demostrativos de estas situaciones de desinformación y/o de queja. Así, La Fiscalía de Almería propone en casos de gravedad o desamparo comunicar por escrito a las víctimas las funciones que el Ministerio Fiscal tiene asignadas. La Fiscalía de León resalta que, en las causas prolongadas en el tiempo, suelen transigir con las compañías aceptando cantida-

des muy inferiores al Baremo por la falta total de asesoramiento. La Fiscalía de Badajoz ha realizado un seguimiento y control de las renunciaciones de los perjudicados una vez cobradas las cantidades, constatándose que las cantidades satisfechas suelen ser muy inferiores. La Fiscalía de Albacete ha creado un mecanismo de coordinación entre el Fiscal Delegado de Seguridad Vial y de Víctimas con el fin de fomentar previsiones en las oficinas de Ayuda a las víctimas de delitos. La Fiscalía de Murcia en la misma línea y estando integrado en la Sección el Delegado para la protección de víctimas ha elaborado un documento de relaciones de la Fiscalía con las citadas Oficinas...etc. *“Queda pendiente como dijimos la modificación del Baremo que ha quedado desfasado en el ámbito europeo en los rígidos conceptos médicos y valorativos utilizados que dan lugar a indemnizaciones de todo punto insuficiente para los casos de fallecimiento y grandes lesionado, medulares y cerebrales”* Memoria 2008 FGE (pie de pág. 149 en pág. 715).

Por otra parte, la Fiscal de Seguridad Vial y la representante de la Asociación de Víctimas Stop-Accidentes llegaron a la conclusión de que la raíz del problema de las víctimas que aceptan acuerdos perjudiciales radica en su falta de información, conducente a transigir sin conocimiento de causa. Por ello, han elaborado una guía de carácter jurídico. En ella se recogen brevemente los derechos que les asisten y las direcciones de las Asociaciones de Víctimas y de la propia Fiscalía, a fin de que reciban una información adecuada. La guía, de recomendable lectura, se va a distribuir en los Juzgados y se les va a facilitar en el momento del ofrecimiento de acciones y de reconocimiento en la Cínica Médico-Forense.

Tal instrumento será de gran utilidad para todos, incluyendo los médicos forenses que valoran a todos y cada uno de los lesionados en nuestro país con una clara insuficiencia de medios. Gran dificultad o imposibilidad en la solicitud de pruebas complementarias, tendencia a ajustarse a un único baremo, basado en una sistemática rígida que olvida la máxima de que el peritaje es ante todo explicar para poder comprender con todo el rigor posible, las lesiones y secuelas que el lesionado ha sufrido y su repercusión en la vida diaria (actividades cotidianas, trabajo, ocio,...etc).

Por último, en este contexto vienen apareciendo en todo el país iniciativas del tipo *“reclame ahora”*, *“el lesionado siempre tiene derecho a una indemnización”*, *“solo cobramos si usted*

cobra"...etc., que frivolan un tema ya de por sí complejo y, como hemos explicado, sujeto a confusión/desinformación/queja/fraude.

Este círculo vicioso en torno a la valoración médico legal de las lesiones, solamente puede verse paliado con el único instrumento médico posible en la lucha contra el fraude: el rigor en la valoración, como intentaremos explicar en el siguiente epígrafe.

2. La Valoración médico legal de las lesiones. Hacia un Protocolo Integrado

La valoración médico legal (en adelante VML), debe seguir un protocolo de actuación mínimo que debe estudiar en todos los casos que sea posible, aspectos tan importantes como la aproximación biográfica del sujeto (es decir, el registro de antecedentes personales y familiares tan importantes más tarde en el establecimiento del estado anterior), la valoración y exploración médica (física y psíquica), donde las exploraciones complementarias (radiológicas, biomecánicas, analíticas y psicológicas), ocupan un lugar esencial en el objetivo de valoración en lesionados en general y de tráfico en particular, para de esta forma emitir unas consideraciones que sean sustento de unas conclusiones médico legales claras y rigurosas, donde fundamentarse un Tribunal.

Siguiendo a Cobo (2010), para casos de lesiones únicas podemos utilizar la Abreviated Injury Scale (AIS) o Escala Abreviada de Lesiones, (ver la página web de la Association for Advancement of Automotive Medicine (AAAM) en <http://www.carcrash.org>), se caracteriza porque es un sistema para describir la gravedad de las lesiones, que utiliza la idea de la gravedad de una lesión como un complejo concepto que suma el riesgo vital, a otros factores de gravedad, está asegurada su control y puesta al día por el International Injury Scaling Committee (IISC) y su contenido vinculado con la Organ Injury Scales de la AAST y el Fracture Classification System de la OTA. Sus valoraciones en los llamados "código postpunto" indica la gravedad de la lesión a partir de las seis categorías siguientes:

- Normal o sin lesiones valorables
- Grado 1 o grado menor de gravedad
- Grado 2 o grado moderado de gravedad
- Grado 3 o grado importante de gravedad

- Grado 4 o grado severo de gravedad
- Grado 5 o grado crítica de gravedad
- Grado 6 o grado mortal

Como muchos de los casos de las personas lesionadas en accidentes de tráfico se refieren a múltiples lesiones, contamos con la posibilidad de utilizar la Injury Severity Score (ISS) o la New Injury Severity Score (NISS), cuyos resultados entre 0 y 75, permitiría una mayor precisión en la medida y que son el resultado de la suma de los cuadrados de los niveles de gravedad de las tres lesiones más importantes de cada zona anatómica (ISS) o, bien en los casos de lesiones múltiples que afectan a la misma zona anatómica, la suma de los cuadrados de las tres lesiones más graves de cualquier parte del cuerpo aunque sean de la misma zona anatómica (NISS).

En ambos casos su aplicación supone la aplicación como daño básico o similar a todos los lesionados el criterio de mayor valor por secuelas concurrentes (que aparece tanto en la tabla III y fórmula de Balthazard en el caso de los daños permanentes).

No cabe duda que la valoración completa nos va a permitir unas consideraciones médico legales que deberán establecer, lesiones y secuelas, determinando los tiempos de curación y el mayor o menor impedimento para las ocupaciones habituales (trabajo, ocio, habilidades y cuidado,...etc), y resolviendo la cuestión de la causalidad en el sentido de Cobo (2010).

Una valoración completa nos permitirá estudiar cuestiones muy importantes para correlacionarlas con la intensidad de las lesiones descritas en el accidente, como el Delta-V, factor esencial en la valoración médico legal y que debe ser tenido muy en cuenta (Arregui y cols., 2007a, 2007b y 2011).

De esta manera, valorando con rigor las lesiones y secuelas, estableciendo las correlaciones entre el estudio biomecánico del accidente (Delta-V,..etc), y el daño real, nos podremos aproximar con mayor precisión a la realidad del daño, detectando en lo posible los comportamientos encaminados al fraude que apuntábamos en la introducción de este trabajo y diagnosticando el "estilo de respuesta no fidedigno" (ERNOF), propuesto por Rogers, que hacemos nuestro con Aso, 2005, para decir que, más que de simulación, se debiera hablar de que el paciente presente ante el médico un estilo de respuesta caracterizado por una escasa verosi-

PROTOCOLO MEDICO LEGAL INTEGRADO

1. Anamnesis y valoración documentos

- Estudio del accidente (El delta-V o la variación de velocidad)

2. Exploración del paciente

2.1. Exploración Física

- Estudio de las lesiones físicas
- Exploraciones Complementarias

- Exploración Biomecánica

- Radiológica

RM las LNC y los WAD
ECO

- Laboratorio (General y de Biomarcadores)

2.2. Exploración Psicopatológica

- Exploraciones complementarias

3. Consideraciones Médico Legales

3.1. Establecimiento de lesiones y secuelas

Tiempo de curación
Días

3.2. Estado anterior

3.3. Criterios medico legales de causalidad. La "conditio sine qua non" el "but for causation"

- 1 Cronológico
- 2 De "compatibilidad biomecánica" (intensidad suficiente y mecanismo de producción de lesión adecuado)
- 3 De Exclusión

3.4. Simulación

3.5. Secuelas. Baremación:

BRAEMO TRAFICO -Ley 30/95 -LEY 34/2003 -RD-L 8/2004	B. EUROPEO Alteración de la Integridad Psico-Física AIPP	A.M.A. Deficiencia Corporal Total	RD 1971/1999 Munusvalia	B. INT. INVAL. MELENNEC Incapacidad fisiológica permanente (IFP) o incapacidad funcional o invalidez personal
Puntos	%	%	%	%

4.- Conclusiones Médico Legales

militud o fiabilidad. Sitúan el ERNOF en un segundo nivel entre el "estilo de respuesta anormal o distorsionada" (sospecha del profesional sanitario), y la simulación verdadera.

Por último en el contexto jurídico resulta evidente que habrá que establecer y baremar las secuelas que, nosotros creemos debería hacerse al menos por el baremo de tráfico vigente (pendientes de la última versión actualmente en estudio y que se puede consultar en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/>), en relación con el propuesto en el RD 1971/1999 de porcentaje, ya que dicha asociación aporta rigor en el establecimiento y baremación de las secuelas, y, un solo baremo de puntos resulta claramente insuficiente en el momento actual, como la propia FGE (2008), ponía de manifiesto de forma textual y, de forma especial en lesionados graves.

No cabe duda que en medicina legal unas conclusiones claras deben apoyarse en unas consideraciones suficientemente claras y rigurosas y ambas cosas constituyen la esencia del informe pericial en materia de lesiones, como se ha dicho anteriormente.

Proponemos a continuación un protocolo integrado en la valoración médico legal de las lesiones, que resume lo que venimos diciendo.

En este trabajo, nosotros nos centraremos en la aportación de la evaluación a través de la instrumentación biomecánica, dejando para trabajos posteriores el desarrollo completo del Protocolo Integrado de Valoración Médico Legal de las lesiones, ya que su estudio detallado desbordaría ampliamente los objetivos de este artículo.

3. La biomecánica en la valoración médico legal de las lesiones. Biomecánica Legal y Forense

La biomecánica es el conjunto de conocimientos interdisciplinares generados a partir de utilizar, con el apoyo de otras ciencias biomédicas, los conocimientos de la mecánica y distintas tecnologías en, primero, el estudio del comportamiento de los sistemas biológicos y en particular del cuerpo humano, y, segundo, en resolver los problemas que le provocan las dis-

tintas condiciones a las que puede verse sometido” (IBV, 2005).

La incorporación de la mecánica y sus sistemas de medida a las ciencias medicas en la valoración y seguimiento de deportistas (deporte), de lesionados (legal y forense), de trabajadores (laboral) y/o pacientes (clínica) es el objeto de la Biomecánica.

La Biomecánica Legal y Forense, tiene su aplicación en la valoración del daño corporal en los lesionados tras agresiones, accidentes de tráfico, violencia domestica, incapacidades laborales, daño cerebral, graduación de la discapacidad..etc., o cualquier valoración del daño ante los Tribunales de Justicia (Penal, Civil (RC), Laboral, Contencioso...), incorporando rigor y objetividad, superando la subjetividad de muchos síntomas y afinando lo más posible en la detección de simuladores/disimuladores y en el descenso del fraude, lo cual debe redundar en una más precisa evaluación e indemnización de los enfermos.

Como escriben Vicente y cols., (2011b), la evaluación funcional consiste en la medición de las características dinámicas del individuo, incluyendo las actividades, habilidades, actuaciones prácticas, condiciones ambientales y necesidades de dicho individuo. Así pues, se puede definir la capacidad funcional, como el conjunto de métodos que evalúan la capacidad del individuo para procurarse y realizar los propios cuidados personales, para desarrollar las actividades físicas necesarias para atender su salud física y mental, atender el control emocional y acometer los roles sociales.

En el ámbito laboral, señalan estos mismos autores en una publicación posterior (Vicente y cols., 2011c): *“La función sería la capacidad que un trabajador tiene para ejecutar autónomamente las acciones y tareas que comportan su actividad laboral diaria. Poder objetivar esta capacidad funcional se ha buscado en los últimos años el apoyo de las pruebas biomecánicas, basadas en disciplinas como las matemáticas o la ingeniería y mediante la obtención final de registros cuya complejidad varía en función de las necesidades individuales en cada trabajador evaluado. Los datos obtenidos son reproducibles y no falseables por los pacientes, lo que los hace idóneos a la hora de tomar decisiones de trascendencia médico-legal en el ámbito laboral”*.

Los protocolos biomecánicos pretenden valorar la funcionalidad a través de la exploración detallada de todos y cada uno de los movimien-

tos, lo cual tiene una repercusión evidente en la valoración del daño corporal ante los tribunales de justicia. Para ello, tras una exploración medica detallada, se recomienda un protocolo que integre diferentes pruebas y nos permita un informe detallado y congruente con el estado del paciente. En este punto donde la exploración biomecánica integrando las pruebas resulta imprescindible.

Las pruebas biomecánicas están validadas como tales por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales INSS/AMAT (Convenio: 29 DE ENERO DE 2007 y posteriormente en 2010 con las diferentes Mutuas y con prórroga de efectos), y aparecen en los baremos del Institut de Evaluaciones Médicas de la Consejería de Salud. Generalitat y, aunque de forma todavía escasa, se argumentan ante los diferentes Tribunales de Justicia en general aportando rigor a la prueba. (Buenos ejemplos de la importancia dirimente de las pruebas biomecánicas en los Tribunales de Justicia pueden verse, entre otras, en las siguientes Sentencias: S. 598/2008 Sala de lo Social del TSJ Asturias de 15 de Febrero de 2008; Ss de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad de Valencia de fechas nº 2132/2007 de 7 de Junio; nº 772/2009 de 5 de Marzo y la S. 1586/2010 de 25 de Mayo).

A continuación describiremos muy brevemente los diferentes sistemas de valoración biomecánica de lesionados, explicando los elementos de cada uno de ellos y sus utilidades, subrayando desde este momento, que la integración de pruebas y la congruencia en los resultados es un dato muy importante en la consideración médico legal del caso, pero también, a partir de los resultados obtenidos en la evaluación podemos desarrollar un programa de rehabilitación individualizado, asistido por el equipo, de varias sesiones de no más de 30 minutos cada una. Posteriormente podremos reevaluar al paciente para cuantificar la progresión en el tratamiento, lo que también tendría importancia en el ámbito de la medicina del trabajo, en el ámbito de la biomecánica clínica y supondría un importante beneficio para el paciente y para el sistema de justicia.

3.1. SISTEMAS DE EVALUACION BIOMECAÁNICA

3.1.1 Electromiografía de Superficie EMGS

Elementos de sistemas de registro:

La Electromiografía de superficie (Sistema de EMGS, www.baasys.com), objetiva la actividad de los grupos musculares a estudio mediante electrodos de superficie que se adhieren

a la piel. Registra la señal eléctrica que se origina por la diferencia de potencial durante la despolarización de las membranas musculares. Muestra el tono muscular, la fatigabilidad y el reclutamiento de fibras durante la realización de los ejercicios.

UTILIDAD DEL EQUIPO

1. Estudia la actividad muscular en reposo (patológica o voluntaria).
2. Permite analizar la actividad del músculo durante el ejercicio (inicio y fin de movimiento, reclutamiento, detección de magnificadores...).
3. Compara la actividad registrada en un grupo muscular con la de la extremidad contralateral.
4. Relaciona la musculatura agonista-antagonista, como se relacionan y contraen (recuperaciones musculares, aparición del dolor, impotencias funcionales de origen muscular o tope articular, magnificadores...).
5. Detecta la fatiga muscular tras múltiples ejercicios o contracciones mantenidas.

3.1.2 Captura de Movimiento 3-D. Fotogrametría.

Elementos de sistemas de registro:

Los equipos de captura de movimiento (Cinemática) en 3 dimensiones (Sistema de Captura de Movimiento, www.baasys.com) recogen el movimiento de una o múltiples articulaciones, así como sus características (velocidad, aceleración, repetibilidad durante la ejecución del mo-



vimiento) mediante un sistema de cámaras que captan unos marcadores que se colocan sobre el paciente. Los parámetros biomecánicos obtenidos se procesan informáticamente y permiten emitir un informe en el que se cuantifica de modo objetivo la movilidad del paciente. Existen múltiples sistemas de captura de movimiento.

UTILIDAD DEL EQUIPO

1. Estudio de movimientos complejos (marcha, deporte, técnica, ergonomía...).
2. Permite analizar la amplitud de movimiento, aceleración y velocidad de ejecución.
3. Expresa gráficamente el arco de movimiento y velocidad de ejecución. La irregularidad en dichas gráficas sugiere escasa colaboración del paciente durante la ejecución de los ejercicios.
4. Facilita la relación de musculatura agonista-antagonista con las variables de movimiento: velocidad, aceleración y resistencia de tejidos blandos.
5. Estudia la coordinación de los movimientos y su sistema articular.

3.1.3 Plataformas Dinamométricas

Elementos de sistemas de registro:

Se trata de unas "baldosas" (Sistema del Plataformas dinamométricas www.baasys.com), que se disponen en el suelo, bajo las cuales se encuentran receptores de fuerza en los tres planos del espacio que analizan las fuerzas de acción (del organismo) contra las de reacción (del suelo) cuando el paciente se dispone sobre la plataforma. Permite valorar desde un análisis de la marcha hasta una actividad compleja y sincronizada con la captura en 3D.

De este modo las plataformas dinamométricas analizan las variables que mejor discriminan entre una marcha normal y patológica, respecto a un patrón de normalidad, valorando objetivamente la capacidad funcional de la marcha y en caso de alteración orienta sobre la posible patología que la provoca.

Estos equipos disponen de una aplicación que combina pruebas de posturografía estática (equilibrio en bipedestación-Romberg) y dinámica (análisis de la marcha, límites de estabilidad y control rítmico y direccional) para el estudio de la capacidad de mantenimiento del



equilibrio del paciente. Permite valorar a aquellos pacientes que refieren inestabilidad, vértigo, mareos... y objetivar la existencia de un patrón compatible con alteración del equilibrio, respecto a una base de datos de normalidad, y orientar sobre su posible etiología.

UTILIDAD DEL EQUIPO

1. Análisis de las fuerzas y su morfología durante el ciclo de la marcha (choque de talón, oscilación, despegue).
2. Asociar patrón de marcha y patología.
3. Estudiar la velocidad y asimetrías en las fuerzas durante los distintos pasos de la marcha.
4. Ayuda a planificar el tratamiento rehabilitador y a controlar la eficacia del mismo, tanto en las alteraciones de la marcha como del equilibrio.
5. Permite valorar la capacidad de mantenimiento del equilibrio del paciente mediante comparación con patrones de normalidad.
6. Evidencia exageración de la sintomatología o no colaboración por parte de un pa-

ciente por incoherencia de los resultados con el resto de la historia clínica del paciente.

3.1.4 Equipos de Isocinéticos, Isotónicos e Isométricos

Elementos de sistemas de registro:

Son equipos que a través de un dinamómetro registran aspectos de la fuerza (velocidad, potencia, trabajo y ROM), realizada por un grupo muscular durante el desarrollo de un movimiento isocinético (mantiene constante la velocidad, la cual se predetermina previamente independientemente de la fuerza), isotónicos/anisométricos (mantiene constante la carga extensa y la velocidad es variable en relación al momento de fuerza de la articulación), e isométrico (no hay movimiento).

Especialmente importante en la valoración de las lesiones musculares y en su aplicación legal y laboral.(evaluación del paciente, rehabilitación, incapacidad laboral,... etc).

UTILIDAD DEL EQUIPO

1. Determinar la capacidad muscular para realizar una función determinada que debe realizarse de un modo habitual, ligada a las



Actividades Vida Diaria (ver escalas sobre AVD) y laborales (o deportivas).

- a. Esta pérdida de función puede ser causada por una enfermedad. Tras un accidente de tráfico, tras un accidente laboral...
2. Conocer el esfuerzo máximo al cual se puede disponer a un sujeto y el límite del riesgo de lesión.
3. Conocer si se ha cronificado la recuperación o bien se ha perdido capacidad contráctil del grupo muscular.
4. Realizar un entrenamiento y recuperación muscular de la disfunción osteomuscular que posee el paciente.
5. Admitir una solicitud de puesto laboral, así como conocer si el sujeto se está sobrecargando por la actividad laboral o bien por otras.
6. Estudios seriados sobre la rehabilitación del paciente y fijación de secuelas.

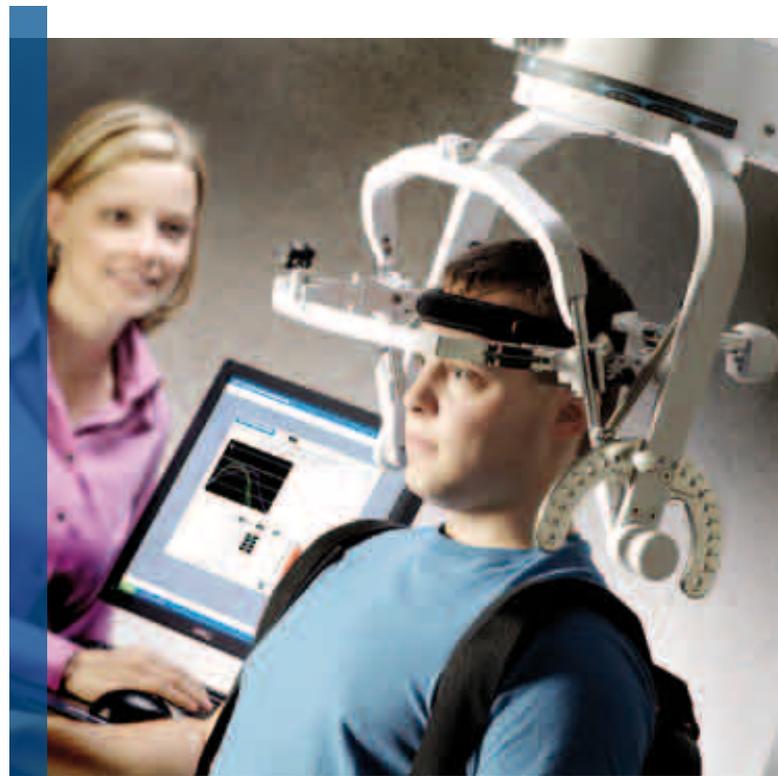
3.1.5 Sistemas Específicos de Valoración Cervical

Elementos de sistemas de registro:

Es el sistema de valoración multicervical MCU (disponible en www.baasys.com), único modelo que actualmente se fabrica específicamente para la estructura cervical con todos los sistemas de calidad y garantías de seguridad en donde se combina la valoración de la amplitud articular, junto con la evaluación de la fuerza cervical en los tres planos de amplitud de movimiento a través de isométricos.

Este equipo permite con datos de fuerza y amplitud presentar un mapa de la situación cervical y sus afectaciones. (ver mas adelante a manera de ejemplo).

No cabe duda que las unidades MCU, requieren una exploración médica previa y una explicación al paciente del procedimiento (con consentimiento informado). Un instrumento basado en goniometría, sencillo (que debe utilizar personal debidamente acreditado y estando el aparato debidamente calibrado), no invasivo, reproducible, de una duración entre 45'-1h, que nos evalúa toda la funcionalidad del cuello y nos permitirá extrapolar sus resultados en clave de los baremos al uso (ver tabla de Protocolo Integrado, anteriormente), que nos ayudará también en la determinación de lesiones, en la evolución de la rehabilitación de los pacientes y, en su tratamiento.



Las unidades multicervicales (MCU), son instrumentos que nos permiten valorar la funcionalidad cervical y nos aportan una evaluación objetiva de los movimientos del cuello, recomendable en muchos de los casos de traumatismos cervicales en accidentes de tráfico, tanto para la valoración de las lesiones como para el establecimiento de las secuelas.

UTILIDAD DEL EQUIPO

1. Informes de valoración médico legal de cervicalgia y/o traumas cervicales
2. Informes periciales de simulación.
3. Recorrido Osteomuscular cervical
4. Pérdidas de Fuerza y asimetrías en la musculatura cervical.
5. Aparición de puntos de dolor
6. Estudios seriados sobre la rehabilitación del paciente y fijación de secuelas

3.2. CERVICALGIA Y SIMULACIÓN. A MANERA DE EJEMPLO

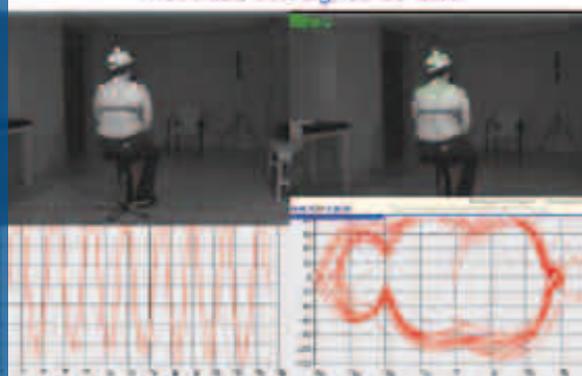
Los trabajos del grupo de Quebec, han analizado la patología cervical y sus trastornos asociados de manera exhaustiva en publicaciones de referencia (Hogg-Johnson, et al., Holm, et al., Nordin et al., 2008), donde remitimos al lector interesado para un análisis profundo de este importante tema. Bannister, G & Amirfeyz (2010), nos recuerdan que “determinar el nivel de movimiento cervical mediante un dispositivo externo es más fiable o informativo que la exploración clínica o el autoinforme del paciente”.

Los protocolos biomecánicos pretenden valorar la funcionalidad cervical a través de la exploración detallada de todos y cada uno de los movimientos. Para ello, tras una exploración médica detallada, se recomienda un protocolo que integre diferentes pruebas y nos permita un informe detallado y congruente con el estado del paciente.

En efecto, las pruebas de captura de movimiento por fotogrametría en 3D, la posturografía y la evaluación del equilibrio (estudiando los patrones vestibular, visual, somato-sensorial... etc.), asociado a Electromiografía de superficie...etc y pruebas isocinéticas suponen un abordaje imprescindible en la valoración médico legal de las lesiones (Delgado Bueno y cols, 2011a,b y c).

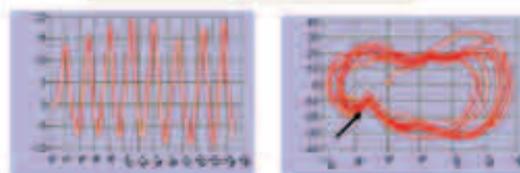
Análisis del movimiento de la columna cervical

movilidad con signos de dolor



Lumbalgia con asimetría inflexiones y contractura muscular

FLEXION LATERAL	Derecho	Izquierda
283	111	92



La correlación resultados MCU con datos de RMN será necesaria en algunas ocasiones (determinación previa de lesiones no contiguas u otras alteraciones de la columna vertebral, perfectamente estudiadas por otros autores donde nos remitimos en este trabajo (Aso, 2011a 2011b entre otros).

Uno de los signos importantes en la valoración del dolor cervical mediante biomecánica son las melladuras en los registros, difícilmente repetibles en diferentes pruebas o en diferentes momentos de la prueba. La incongruencia de signos, junto con la congruencia entre la exploración clínica y la biomecánica son indicadores de rigor en la evaluación y, desde luego, dificultan las conductas dirigidas al fraude. Incuestionablemente, nos permite constatar el grado de colaboración del paciente durante la ejecución de las pruebas.

A manera de ejemplo de congruencia en los resultados de las pruebas, el análisis del movimiento de la columna cervical objetiva una movilidad en extensión de 32º, lo que supone un

Data Summary	Flexion	Extension
Average Maximum Angle	65.5°	32°
Coefficient of Variation (%)	2%	3%
% of Normal	109%	53%
Pain Rating	0	0
Flexion & Extension % Difference	51.1%	

53% del valor de normalidad, según las tablas AMA.

El resultado del análisis del test isométrico objetiva una fuerza (kg), por debajo de los parámetros de la normalidad, según la base de datos recogida en el MCU. Gráficamente, corresponde a la inflexión que aparece en la zona posteroizquierda de la curva azul, que representa los valores objetivados durante la evaluación

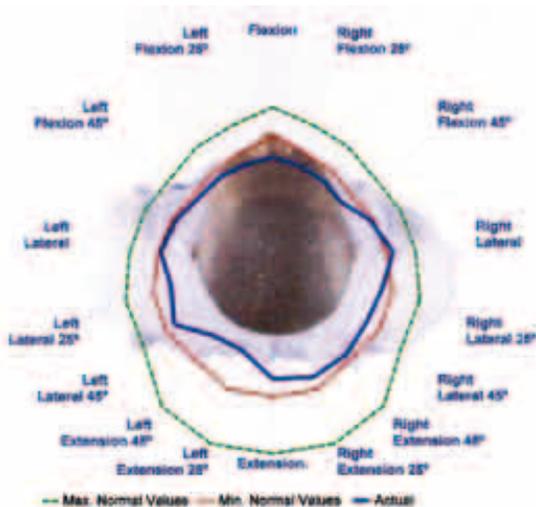
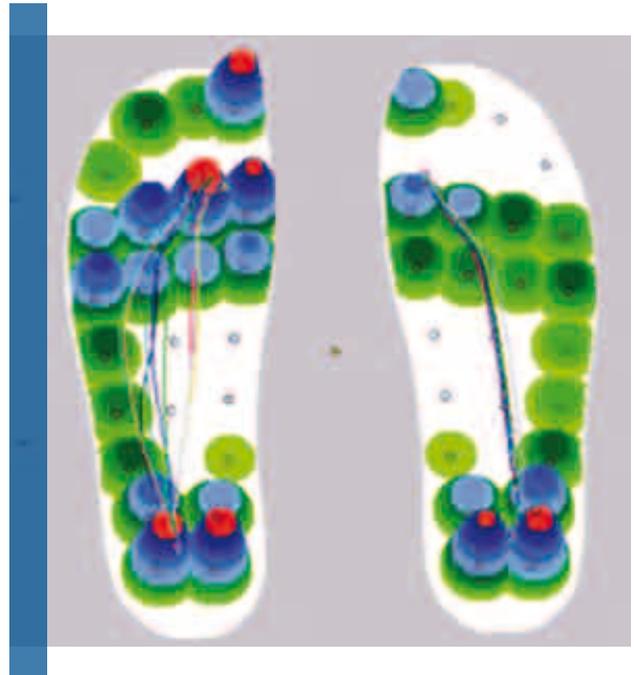
El resultado puede llevarse a una imagen muy gráfica, como la que se muestra a la izquierda. El paciente en la exploración previa a la prueba, manifestaba dolor a la palpación en la musculatura deficitaria y tensión muscular. El resultado de la exploración física es congruente con la restricción de movimiento y déficit de fuerza cervical objetivado en el MCU.

La congruencia en los resultados es un dato muy importante en la consideración médico legal del caso, pero también, a partir de los resultados obtenidos en la evaluación podemos desarrollar un programa de rehabilitación individualizado, asistido por el equipo, de varias sesiones de no más de 30 minutos cada una. Posteriormente podremos reevaluar al paciente para cuantificar la progresión en el tratamiento, lo que también tendría importancia en el ámbi-

to de la medicina del trabajo, en el ámbito de la biomecánica clínica y supondría un importante beneficio para el paciente.

3.2.1 Otros Sistemas Menores De Valoración Biomecánica

Los equipos descritos hasta el momento, son los que más datos aportan a un informe biomecánico objetivo. Ahora bien, existen otros sistemas de valoración objetiva de unas prestaciones menores y que económicamente son más asequibles que describimos brevemente pero que igualmente aportan datos relevantes:



- Plantillas o Superficies de presión instrumentadas: son sistemas planos similares a una manta en cuyo interior posee (desde unas decenas a miles), sensores de presión. Adoptan distintas formas y tamaños, los más habituales son los que se adaptan a una huella plantar humana, la superficie de un asiento o un pasillo de marcha. Nos indican datos acerca de las presiones que se producen cuando el sujeto de estudio incide sobre la superficie una fuerza. No aportan datos de la dirección tridimensio-

nal de la distribución de fuerzas, pero si de la variación de las presiones a la hora de la realización de una.

- Acelerómetros; sistemas de escasas dimensionales (pocos cm cuadrados), que se adaptan a las estructuras corporales de modo similar a los EMGS y que algunos de estos equipos llevan incorporados. Aportan datos sobre las vibraciones que se producen en la extremidad a valorar así como las oscilaciones que estas poseen. Aportan datos sobre posibilidad de lesiones en aspectos deportivos o la ergonomía laboral y pacientes neurológicos.
- Dinamómetros manuales; son dispositivos que poseen un pequeño dinamómetro mecánico para valorar estructuras normalmente de la mano o presión interdigital (pinzómetros). Tiene la ventaja de ser muy económicos.
- Algómetros: son dispositivos que presentan un pequeño dinamómetro que termina en un aplicador puntual. Sirven para recoger a que presiones aparece dolor en puntos determinados en los pacientes (músculos, tendones, ligamentos, fascias...), y de este modo saber las presiones a ejercer en la valoración del dolor y en su tratamiento.

4. Conclusiones

Los protocolos biomecánicos pretenden valorar la funcionalidad a través de la exploración detallada de todos y cada uno de los movimientos, lo cual tiene una repercusión evidente en la valoración del daño corporal ante los tribunales de justicia. Para ello, tras una exploración médica detallada, se recomienda un protocolo que integre diferentes pruebas y nos permita un informe detallado y congruente con el estado del paciente. En este punto donde la exploración biomecánica integrando las pruebas resulta imprescindible.

La incorporación de la mecánica y sus sistemas de medida a las ciencias médicas en la valoración y seguimiento de deportistas (deporte), de lesionados (legal y forense), de trabajadores (laboral) y/o pacientes (clínica) es el objeto de la Biomecánica.

La Biomecánica Legal y Forense, tiene su aplicación en la valoración del daño corporal en los lesionados tras agresiones, accidentes de tráfico, violencia doméstica, incapacidades laborales, daño cerebral, graduación de la dis-

capacidad..etc., o cualquier valoración del daño ante los Tribunales de Justicia (Penal, Civil (RC), Laboral, Contencioso...), incorporando rigor y objetividad, superando la subjetividad de muchos síntomas y afinando lo más posible en la detección de simuladores/disimuladores y en el descenso del fraude, lo cual debe redundar en una más precisa evaluación e indemnización de los enfermos.

Como se ha expuesto anteriormente las pruebas biomecánicas están validadas como tales por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales INSS/AMAT (Convenio: 29 de Enero de 2007, posteriormente en 2010 con las diferentes Mutuas y con prórroga de efectos), y aparecen en los baremos del Institut de Evaluaciones Médicas de la Consejería de Salud de la Generalitat y, aunque de forma todavía escasa, se argumentan de forma dirimente ante los diferentes Tribunales de Justicia (S. 598/2008 Sala de lo Social del TSJ Asturias de 15 de Febrero de 2008; Ss de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad de Valencia de fechas nº 2132/2007 de 7 de Junio; nº 772/2009 de 5 de Marzo y la S. 1586/2010 de 25 de Mayo).

La exploración biomecánica es una exploración complementaria esencial en el protocolo Integrado en la valoración médico legal de las lesiones, conjuntamente con las pruebas analíticas, psicológicas y radiológicas, siendo la más importante de todas la exploración médica detallada del lesionado donde habrán de tenerse presentes los antecedentes, estado anterior, correlación entre las lesiones y la variación de la velocidad en el impacto, para poder emitir unas consideraciones médico legales que expliquen con claridad lo sucedido y hagan entender a las partes la importancia de las lesiones y la repercusión de las mismas en la vida del sujeto, en todas sus manifestaciones (personal, laboral, ocio, ...).

Hecho esto, habrá que extrapolar los resultados de las lesiones y secuelas de acuerdo a un protocolo establecido y para ello habrá que tener presente que la baremación debe hacerse por uno o más baremos. Como opción planteamos el baremo de tráfico (puntos), y uno de porcentaje, como el baremo discapacidad (%), contrastados entre sí, cuando sea necesario. En cualquier caso el Informe médico legal debe ser explicativo como desarrollaremos en un trabajo posterior donde se estudiará todo el protocolo integrado en la valoración médico legal de las lesiones. Concluimos con el estudio de Cubí y



cols., 2008 sobre Evaluación de los riesgos y del impacto de los AT sobre la salud de la población española, donde se muestran las diez primeras causas en 1990 y la previsión para 2020, donde como se puede ver, las lesiones por accidente de tráfico habrá de ocupar el tercer puesto en el ranking, lo cual nos obliga a un esfuerzo continuado de todas las partes para un abordaje riguroso del problema.

lesiones tras accidentes de tráfico, agresiones, etc... Dentro de este protocolo la integración de pruebas biomecánicas es imprescindible en una más exacta evaluación de lesiones y establecimiento de secuelas, lo cual empieza a tener su traducción ante los Tribunales de Justicia y, desde luego es absolutamente rentable en la relación coste-beneficio. La extrapolación de sus resultados a los baremos vigentes (en nuestra

1990		2020	
Ranking	Enf/Daño (Lesión)	Ranking	Enf/Daño (Lesión)
1	Infecciones Respiratorias Bajas	1	Cardiopatías Isquémicas
2	Enfermedades Gastrointestinales	2	Trastornos Depresivos Unipolares
3	Trastornos periodo perinatal	3	Lesiones por accidente de Tráfico
4	Trastornos Depresivos Unipolares	4	Enfermedades Cerebrovasculares
5	Cardiopatías Isquémicas	5	EPOC
6	Enfermedades Cerebrovasculares	6	Infecciones Respiratorias Bajas
7	Tuberculosis	7	Tuberculosis
8	Sarampión	8	Guerra
9	Lesiones por accidente de Tráfico	9	Enfermedades Gastrointestinales
10	Anomalías congénitas	10	VIH/SIDA

Como se ha desarrollado a lo largo de este capítulo, un protocolo integrado para la valoración médico-legal de lesionados es importante y aporta un rigor necesario en la valoración de las

opinión, siempre uno de puntos en combinación con uno de porcentajes), ha de aportar claridad y seriedad en la valoración médico legal de lesionados, algo hoy, muy necesario.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Accidente de un esquiador al impactar contra un cañón de nieve artificial señalado y protegido. No acreditada la culpa de la víctima, procede la responsabilidad por riesgo dada la falta de previsión y diligencia que supone por sí la existencia de un accidente en circunstancias de uso normal de las instalaciones. Indemnización: aplicación del sistema de valoración vigente en el momento del alta definitiva del perjudicado.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 9 de febrero de 2011.

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

Fundamentos de Derecho

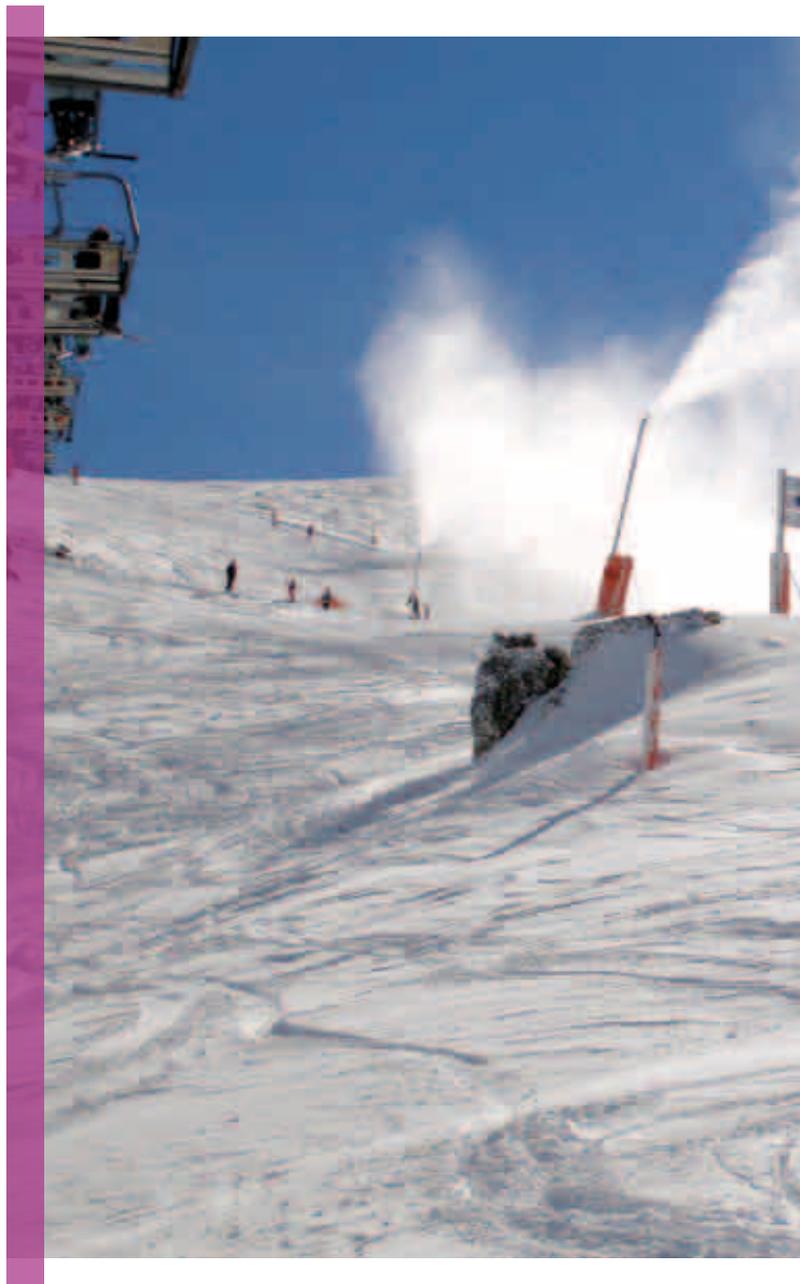
PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. A raíz de las graves lesiones sufridas el día 3 de marzo de 2001, al impactar directamente contra un cañón de nieve artificial, tras caída y deslizamiento por la nieve mientras esquiaba junto a su familia en la estación de La Molina, propiedad de la empresa Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya, la víctima del accidente, su esposa y sus tres hijas menores, dedujeron demanda contra dicha entidad y su aseguradora, en reclamación la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, más intereses (de demora del artículo 20 LCS en el caso de la segunda) y costas.

2. El Juzgado estimó parcialmente la demanda. Fijó la indemnización acudiendo ana-

lógicamente al sistema legal de valoración del daño corporal previsto en materia de tráfico en la LRCSCVM, amparándose en el vigente cuando se produjo el accidente tanto para la determinación del daño como para su valoración económica. La sentencia declara probado que el accidentado tardó 300 días en sanar de sus lesiones.

3. Recurrída la anterior sentencia en apelación tanto por la parte actora como por las codemandadas, la AP decidió estimar en parte únicamente el formulado por los demandantes, con el resultado de incrementar la indemnización concedida a los perjudicados, manteniendo el resto de pronunciamientos de primera instancia. La sentencia confirma la responsabilidad de la titular de la estación señalando, al respecto y de manera resumida, lo siguiente: a) que las lesiones sufridas por el esquiador fueron consecuencia directa del impacto contra el cañón de nieve artificial, tras la caída y deslizamiento por la nieve, sin que tuvieran su causa en un impacto directo contra la nieve ni en volteos, contusiones o vuelcos derivados de la dicha caída; b) que el esquiador no iba a velocidad excesiva por lo que la única causa del resultado lesivo fue la culpa o negligencia de la estación, al incrementar el riesgo inherente a la práctica del deporte del esquí mediante la instalación de un cañón de nieve artificial en un lugar de la pista -extremo lateral izquierdo, en sentido bajada- al que previsiblemente podían acceder los esquiadores en caso de las habituales caídas y consiguientes deslizamientos, sin adoptar las medidas de seguridad requeridas por ese elemento de agravación o incremento del riesgo -por ejemplo una red de contención o malla como la existente en el lado derecho de la pista-, que hubieran permitido proteger a la víctima de las lesiones que se ocasionasen con el impacto. Además, c), la sentencia calcula la indemnización sirviéndose, por analogía, del sistema legal de valoración del daño corporal vigente en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, si bien, a diferencia del Juzgado, aplica las cuantías correspondientes al año de enjuiciamiento (2004) con fundamento en la consideración de la indemnización derivada del siniestro como deuda de valor. 4. Recurre en casación la titular de la estación de esquí, articulando su recurso a través de dos motivos formulados al amparo del ordinal 2.º del artículo 477.2 LEC, por tratarse de asunto seguido por razón de la cuantía, siendo ésta superior al límite legal. 5. En fase de oposición al recurso la parte recurrida ha solicitado con carácter principal la no admisión de dichos motivos.



SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso Vistas las cuestiones planteadas, deben ser rechazadas las alegaciones de la parte recurrida sobre el carácter no admisible de los motivos formulados. En cuanto al primero, porque contrariamente a lo que se sostiene, sí se funda en la infracción de preceptos sustantivos aplicables a la cuestión debatida, más allá de que sea objeto del recurso precisamente determinar si tal vulneración existió, ya que el planteamiento de la recurrente no se limita a cuestionar la aplicación de las reglas sobre carga de la prueba, por radicar, en esencia, su discrepancia, en la apreciación del elemento de la culpa, cuestión jurídica sí susceptible de revisión en casación. En cuanto al segundo, porque, con independencia del valor orientativo que se atribuye al sistema legal de valoración del daño corporal previsto en la LRCSCVM en



supuestos distintos a los accidentes de tráfico (admitido por esta Sala en STS de 9 de diciembre de 2008, RC n.º 1577/2002, con cita de las de noviembre de 2005, RC n.º 1575/99, 10 de febrero de 2006, 19 de mayo de 2006, 22 de julio de 2008, RC n.º 553/2002, 2 de julio de 2008, RC n.º 1563/2001 y), lo incuestionable es que ha sido objeto de aplicación por la AP, estando abierta entonces la posibilidad de revisar ahora si tal decisión fue o no conforme a derecho, como también ha reconocido esta Sala en la citada STS de 9 de diciembre de 2008, RC n.º 1577/2002.

TERCERO.- Enunciación del primer motivo de casación. El motivo primero se introduce con la fórmula: «Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso

al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fallo de la sentencia recurrida infringe, por violación del artículo 1902 del Código Civil, que dispone: “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, esta obligado a reparar el daño causado”. Dicho precepto debe relacionarse con el artículo 1104 del Código Civil que dispone: “la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”, ya que la sentencia recurrida aprecia la existencia de negligencia en la actuación de mi mandante haciendo para ello una aplicación excesiva de la denominada responsabilidad por riesgo». Aunque admite que la doctrina de la responsabilidad por riesgo es aplicable a los ca-

sos de accidentes en pistas de esquí, la entidad recurrente entiende que, valorando las circunstancias del caso la AP, se ha hecho una aplicación excesiva de dicha doctrina, pues, a su juicio, la colchoneta de color naranja que fue colocada en el cañón de nieve artificial contra el que impactó el actor tras deslizarse varios metros después de sufrir una caída, servía tanto de elemento de señalización, al objeto de advertir de la ubicación del citado cañón, como de elemento de seguridad, a fin de evitar lesiones en caso de impacto, sin que, en atención a lo expuesto, pueda afirmarse, como hace la sentencia, que la actuación de la recurrente fue negligente, dado que empleó toda la diligencia necesaria para prever lo razonablemente previsible. El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Responsabilidad de la estación de esquí. A) Con relación a la aplicación de la doctrina del riesgo y sus consecuencias es preciso recordar (STS de 5 de abril de 2010, RC n.º 449/2005 con cita de otras de 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, de 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006), que la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. Por estas razones la aplicación de la doctrina del riesgo, además de que solo es posible en supuestos de riesgos extraordinarios –riesgo considerablemente anormal en relación a los parámetros medios (SSTS de 18 de julio de 2002, RC n.º 238/1997)–, no implica una responsabilidad objetiva fundada en el resultado o en el propio riesgo creado (que no tiene encaje en el artículo 1902 CC, como declaran, entre otras, las SSTS de 25 de marzo de 2010, RC n.º 1018/2006), sino que, sin prescindir del elemento esencial de la culpa, a lo más que llega es aceptar la aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia a daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole. De esto se sigue que, al margen de cómo se distribuya la carga de la prueba, la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culpable a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio, eso sí, de que, en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba de

tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta.

Asimismo, también desde la perspectiva de la imputación objetiva del daño al comportamiento negligente del agente, se puede alcanzar la misma conclusión de que la existencia de un riesgo superior al normal, conlleva un mayor esfuerzo de previsión, adoptando las medidas necesarias, de tal manera que no hacerlo permite atribuir el resultado producido a dicho agente, y tener por existente el nexo causal tanto desde el punto de vista físico como desde el jurídico. En efecto, tiene dicho esta Sala que la imputación objetiva, entendida como una *quaestio iuris* [cuestión jurídica] susceptible por ende de ser revisada en casación (SSTS 30 de abril de 1998, 2 de marzo de 2001, 29 de abril y 22 de julio de 2003, 17 de abril de 2007, RC n.º 1007/2007 y 21 de abril de 2008, RC n.º 442/2001), comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias. Y en aplicación de esa doctrina, entre otras, la STS de 9 de abril de 2010, RC n.º 580/2006 –dictada en un caso de lesiones por caída de un ciclista durante la práctica deportiva–, declara que corresponde a quien conoce el riesgo derivado de una actividad (en el supuesto analizado por la sentencia, el organizador de la carrera, en el del asunto que nos ocupa, la empresa que explota las pistas, en ambos casos conocedores del riesgo de la práctica deportiva) tomar todas las medidas de seguridad que la prudencia impone para salvaguardar la integridad de los participantes, evitando en el recorrido, lugares o situaciones que presenten un riesgo particular para la seguridad de las personas, de manera que si el accidente se produce, no por la existencia de obstáculos no previstos sino por algo que era perfectamente previsible, constituye una obligación de la organizadora controlar este riesgo mediante la adopción de las medidas más beneficiosas para todos, de lo que cabe concluir en la existencia tanto de causalidad física o material como de causalidad jurídica, puesto que el daño se ha materializado a consecuencia de las condiciones en que tenía lugar la actividad, sin que hubiera interferencia de un tercero ajeno o del propio accidentado, y hay también una conducta única y negligente de la organización



que ha creado un riesgo previsible que pudo ser eliminado mediante una conducta diligente, pues falta de previsión y diligencia hay en quien no pone los medios adecuados para evitar el daño teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que se estaba llevando a cabo.

B) En aplicación de esta doctrina y respetando el planteamiento de la recurrente ha de descartarse la vulneración que se denuncia. La sentencia no pone a cargo de la recurrente una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto no se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado, sino una responsabilidad de tipo subjetivo, que es el sistema común de responsabilidad de nuestro CC, la cual declara tras considerar probado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 1902 del CC, de daño, culpa y relación de causalidad, actuando en la apreciación de todos ellos con arreglo a la doctrina antes expuesta, incluyendo la posibilidad de imputar objetiva-

mente el resultado a la conducta imprudente constatada y consistente en la omisión de las medidas de seguridad necesarias para prever un riesgo previsible, creado por la propia demandada y distinto al que era inherente a la práctica deportiva. De la fundamentación del motivo resulta que la empresa titular de la estación de esquí no discute si, como consecuencia de la doctrina del riesgo, se aplicaron correcta o incorrectamente las reglas que disciplinan la carga de la prueba de la culpa, sino que se centra únicamente en negar, contra lo afirmado en la sentencia recurrida, que se le pueda imputar un comportamiento negligente causalmente determinante del resultado lesivo. Sin embargo, atendiendo a los hechos que la propia sentencia declara probados y que no cabe cuestionar en casación, la decisión de la AP a ese respecto fue la correcta. Es un hecho acreditado que instaló un cañón de nieve en un lugar próximo a la pista, lo que, indudablemente, incrementaba el riesgo inherente a la propia

práctica del esquí. Y de igual forma es acertado concluir que resultaba previsible que contra dicho elemento colisionaran los esquiadores en caso de las también previsible, por habituales, caídas durante la práctica de este deporte, aún sin mediar culpa alguna del deportista, como fue el caso. Con esos datos, debe juzgarse como razonable la decisión de calificar como no diligente la conducta de la empresa titular de la estación pues, como en el caso mencionado del organizador de una carrera ciclista, el dueño de una estación de esquí se encuentra obligado a poner los medios adecuados para evitar el daño teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que gestiona, y con mayor motivo, cuando contribuyó a incrementar el riesgo propio de la actividad deportiva colocando en un lugar próximo a la pista un elemento artificial, rígido y duro, como un cañón artificial, que generaba riesgo evidente de lesiones en caso de colisión, incluso si esta se producía por consecuencia de un deslizamiento subsiguiente a una caída. Y siendo todo ello previsible, las caídas, las colisiones y el daño, no podía limitarse a señalar el elemento sino que le incumbía adoptar medidas de seguridad encaminadas a evitar o a disminuir el riesgo de lesiones, lo que no hizo (el colchón naranja, por sus características -grosor insuficiente- no servía para preservar la integridad de los esquiadores en caso de impacto).

QUINTO.- Enunciación del segundo motivo de casación. El segundo motivo se introduce con la fórmula «Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fallo de la sentencia recurrida infringe, por violación, la disposición adicional octava de la Ley 30/95 y la doctrina jurisprudencial o de las Audiencias Provinciales aplicable al caso».

En este motivo, que se formula de con carácter subsidiario, se pide que la indemnización se calcule con arreglo a las cuantías vigentes en el año en que se produjo el accidente. El motivo debe ser estimado en parte.

SEXTO.- Consideración de la indemnización por daños corporales como deuda de valor con arreglo al valor del punto en el momento del alta definitiva.

A) Conforme a la doctrina fijada en SSTS de 17 de abril de 2007 y 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala (SSTS 429/2007), el momento del accidente determina el régimen legal aplicable a la determinación del daño, pero su



Debe juzgarse como razonable la decisión de la conducta de la empresa titular de la estación de esquí mencionado del organizador de una carrera ciclista, el dueño de una estación de esquí se encuentra obligado a poner los medios adecuados para evitar el daño teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que gestiona, y con mayor motivo, cuando contribuyó a incrementar el riesgo propio de la actividad deportiva colocando en un lugar próximo a la pista un elemento artificial, rígido y duro, como un cañón artificial, que generaba riesgo evidente de lesiones en caso de colisión, incluso si esta se producía por consecuencia de un deslizamiento subsiguiente a una caída. Y siendo todo ello previsible, las caídas, las colisiones y el daño, no podía limitarse a señalar el elemento sino que le incumbía adoptar medidas de seguridad encaminadas a evitar o a disminuir el riesgo de lesiones, lo que no hizo (el colchón naranja, por sus características -grosor insuficiente- no servía para preservar la integridad de los esquiadores en caso de impacto).



decisión de calificar como no diligente de la estación pues, como en el caso carrera ciclista, el dueño de una estación poner los medios adecuados para evitar leza de la actividad que gestiona, y con incrementar el riesgo propio de la actividad óximo a la pista un elemento artificial, o un cañón artificial»

cuantificación ha de llevarse a cabo con arreglo a los importes publicados para el año en que se produzca el alta definitiva. La doctrina sentada por estas sentencias ha sido aplicada posteriormente, entre otras, por las 430/2007; SSTs 9 de julio de 2008, RC n.º 1927/02; 10 de julio de 2008, RC n.º 1634/02; 10 de julio de 2008 RC n.º 2541/03; 23 de julio de 2008, RC n.º 1793/04; 18 de septiembre de 2008, RC n.º 838/04; 30 de octubre de 2008, RC n.º 296/04; 18 de junio de 2009, RC n.º 2775/2004; 9 de marzo de 2010, RC n.º 456/2006; 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1222/2006; 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1393/2005 y 1 de octubre de 2010, RC n.º 657/2006.

B) La aplicación de la doctrina que acaba de exponerse al caso examinado conduce a acoger la impugnación articulada a través de este segundo motivo pues resulta contraria a dicha jurisprudencia la decisión de la AP de fijar el importe de la indemnización según las cuantías del año 2004, en que se dictó sentencia por más que tal doctrina no se compadezca tampoco plenamente con la pretensión de la parte recurrente de estar a las cuantías vigentes al tiempo del accidente, dado, como ha quedado dicho, que a esta fecha debe acudir-se para conocer el régimen legal aplicable a la determinación del daño y no en orden a cuantificarlo económicamente, para lo que ha de estarse al momento en que tiene lugar el alta definitiva. Pero no puede obviarse que esa disonancia entre la pretensión deducida y la doctrina aplicable carece de relevancia en el caso enjuiciado desde el momento que, según los hechos probados, las lesiones quedaron estabilizadas a los 300 días del accidente (informe forense), esto es, a finales del año 2001 y, por tanto, dentro del mismo año en que aquel se produjo. En consecuencia, los diferentes conceptos a indemnizar recogidos en la sentencia de apelación deben cuantificarse, en fase de ejecución de sentencia, con arreglo a los importes publicados para el año 2001 por resolución de la DGS de fecha 30 de enero de 2001 (BOE de 9 de febrero), pero no por ser cuando se produjo el accidente sino por ser el año en que tuvo lugar el alta definitiva.

SÉPTIMO.- Estimación parcial y costas. La estimación del segundo motivo del recurso conduce a la estimación parcial de éste, y del recurso mismo, lo que determina la revocación de la sentencia impugnada en el único punto relativo a la valoración económica de los daños corporales, que ha de hacerse atendiendo a las actualizaciones vigentes al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado (año 2001), sin hacer expresa condena en cuanto a las costas del mismo, por aplicación del artículo 398.2 LEC, en relación con el artículo 394, de la LEC. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya, contra la 1 de octubre de 2010, RC n.º 2284/2007, dimanante del sentencia de 20 de septiembre de 2006, dictada en grado de apelación, rollo n.º 202/05, por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, cuyo fallo

La aplicación de la doctrina existente al caso examinado conduce a acoger la impugnación articulada pues resulta contraria a dicha jurisprudencia la decisión de la AP de fijar el importe de la indemnización según las cuantías del año 2004»

dice: «Fallamos:». El Tribunal acuerda: Se desestiman los recursos de apelación interpuestos por la entidad Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros y por la entidad Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya contra la juicio ordinario nº 14/04, del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Barcelona, con expresa imposición de las costas respectivamente causadas por estos recursos a dichas apelantes». Asimismo se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución por D. Isaac y Doña Africa, en su propio nombre y en representación de sus hijas menores de edad, Maite, Melisa y Noemi, y, en consecuencia y revocando parcialmente la misma, se acuerda fijar en setecientos noventa mil doscientos veinte euros y sesenta céntimos (790.220,60 euros) la indemnización a satisfacer a D. Isaac y en ciento diez mil euros (110.000 euros) la indemnización a satisfacer a Doña Africa y a las hijas comunes de ambos». Se mantiene el resto de la resolución recurrida y no se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas por el recurso de apelación interpuesto por la parte actora».

2. Casamos y anulamos en parte la referida sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en el único punto relativo a la cuantificación de la indemnización correspondiente a los daños probados, manteniendo subsistentes los restantes pronunciamientos.

3. En su lugar, estimamos en parte el recurso de apelación en el particular relativo a la valoración económica de los daños concretados en la sentencia de la AP, que deberá hacerse en fase de ejecución de sentencia de acuerdo con las cuantías publicadas para el año 2001 por la Resolución de la Dirección General de Seguros de 30 de enero de 2001 (BOE de 9 de febrero).

4. No ha lugar a imponer las costas de este recurso.

Son tres los extremos que, en relación con esta sentencia, me interesa destacar: la razón de la imputación de la responsabilidad civil a la entidad demandada, titular explotadora de una Estación de Esquí; la aplicación de la doctrina seudovalorista sentada por la Sala en las sentencias plenarios de 17 de abril de 2007; y el reconocimiento de una indemnización “iure proprio” a la esposa e hijas del lesionado, por los perjuicios morales padecidos como consecuencia de la gran invalidez causada por el menoscabo medular sufrido por aquél. Los dos primeros corresponden a los dos motivos del recurso. El tercero corresponde a una materia ajena al recurso resuelto, pero es pertinente hacer cierta referencia a él.

El demandante sufrió sus gravísimas lesiones cuando, al sufrir una caída en el momento en que estaba esquiando, impactó con un cañón de nieve artificial, rígido y duro, que la explotadora de la Estación había colocado en zona de descenso, produciéndose las lesiones, no por la caída y posterior arrastre, sino como consecuencia de dicho choque, sin que el colchón naranja colocado a la altura del cañón sirviera, por su grosor insuficiente, para preservar la integridad física de los esquiadores en caso de impacto.

La sentencia de primera instancia acogió la demanda y fijó una indemnización de 646.803,97 euros para el lesionado y otra de 90.000 euros, por perjuicios morales, para la esposa e hijas comunes, condenándose en solidaridad con ella a la aseguradora de su responsabilidad civil, pero hasta el importe de 300.005,99 euros, por constituir el límite cuantitativo de la cobertura concertada (previa consideración de la franquicia igualmente pactada), con imposición de los intereses legales del art. 20 LCS. El JPI se atuvo, para fijar la indemnización, a la utilización analógica del sistema valorativo de la Ley 30/1995, fijando las cantidades vigentes en la fecha del siniestro, acaecido el 3 de marzo de 2001. Tramitado recurso de apelación, la AP elevó las cuantías indemnizatorias al atenerse a las cantidades del sistema vigentes en la fecha del enjuiciamiento en primera instancia (2004), conforme al que ha sido tradicional criterio valorista, imprescindible para cuantificar los créditos de valor como son los resarcitorios.

Consentida la sentencia por la aseguradora, la demandada, titular de la Estación de Esquí, recurrió en casación, articulando dos motivos en que denunció la improcedencia de su condena al no haber incurrido en culpa alguna y, con carácter subsidiario, impugnó el criterio valorista adoptado por la AP, interesando que la indemnización por los daños y perjuicios se fijara de acuerdo con las cuantías vigentes en la fecha del siniestro; criterio nominal propio de los créditos dinerarios simples, pero ajeno a los de valor.

El primer motivo es desestimado porque la AP había aplicado correctamente el art. 1902 C.c., pues la demandada tenía que haber adoptado las medidas de seguridad precisas para salvaguardar la integridad física de los esquiadores, evitando en el recorrido situaciones de peligro particular, sin la existencia de obstáculos no previstos, realizando así un incremento culpable del riesgo inherente a la práctica del esquí. Partiendo naturalmente de los hechos declarados probados por la Sala sentenciadora, resultaba inequívoca la desestimación de este motivo. Es claro que el esquiador asume el riesgo de caerse y sufrir lesiones, pero no asume el riesgo anormal creado por la colocación de aquel cañón de nieve artificial. Sobre la figura de la asunción del riesgo, que no se menciona en esta sentencia, por ser ciertamente innecesario, me remito a la monografía de María Medina Alcoz, “La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos” (Dykinson, Madrid, 2004).

A su vez, el segundo motivo es acogido parcialmente por cuanto se rechaza que, al haberse manejado el sistema legal valorativo, se fijen las cuantías vigentes en el año en que se produjo el enjuiciamiento en primera instancia (2004), habiéndose de aplicar la doctrina plenaria a la que he hecho referencia, que lleva a que, atendiendo al régimen valorativo

COMENTARIO

vigente en la fecha del siniestro, se actualicen las cuantías a la fecha en que se produce la sanidad del lesionado, dándose la circunstancia de que, en este caso, tanto el accidente como el alta de sanidad del lesionado se produjeron en 2001, por lo que se casa la sentencia recurrida y, con su revocación parcial, dispone que la indemnización se fije en ejecución de sentencia con arreglo a los importes publicados para el año 2001 por la Resolución de la DGS de 30 de enero de 2001, pero no por ser este año el del siniestro, sino por haberse producido en él el alta definitiva del lesionado. Resulta llamativo que se acuerde fijar la cuantía de las indemnizaciones en ejecución de sentencia, cuando hay que entender que las sumas pertinentes son las que reconoció la sentencia de primera instancia, dado que se atuvo a las cuantías vigentes en la fecha del siniestro, que son las mismas que las vigentes en la fecha de la sanidad.

El efecto de la solución adoptada es que se produjo la congelación parcial de la indemnización por el período comprendido entre el año de la sanidad –coincidente con el del siniestro– (2001) y el 15 de diciembre de 2004 en que se supone ha de operar la mora procesal (por la subcuota de actualización monetaria que incorpora el tipo del interés legal del dinero), aunque nada dice al respecto la Sala, pese a que tendría que haberse pronunciado sobre tal particular de acuerdo con lo ordenado por el art. 576.2 L.e.c. El hecho de que el efecto de la revocación parcial de la sentencia recurrida consista en fijar las indemnizaciones que había reconocido la sentencia de primer grado avala el criterio de que la mora procesal debe operar desde el día en que se dictó esta resolución. Téngase en cuenta que la aseguradora fue condenada a abonar los intereses moratorios especiales devengados por la suma debida por ella, de acuerdo con el art. 20 LCS, lo que implica que, dada la función valorista que cumple cualesquiera intereses moratorios (por la subcuota de corrección monetaria a que se ha hecho referencia), la suma impuesta a la aseguradora es objeto de la adecuada actualización valorista sin que, por tanto, la congelación del crédito de los actores afecte a la suma de 300.005,99 euros, pero sí a la diferencia existente entre el total de la indemnización reconocida, ascendente a 736.803,97 euros y esa otra cantidad, es decir, que, desde la fecha del accidente, coincidente en su año con el de la sanidad, esa diferencia (436.797,98 euros) quedó congelada hasta el momento en que opera la mora procesal, es decir, hasta el día 15 de diciembre de 2004, quedando por tanto los demandantes privados de su actualización valorista durante un período de tres años. Esta actualización podría haberse producido, con variable extensión, si se hubieran reconocido a los demandantes los intereses moratorios ordinarios, desde la fecha del siniestro, desde la de la sanidad o desde la de la presentación de la demanda. Pero, en este caso, no hay reconocimiento de intereses moratorios ordinarios, al no haberlos solicitado la parte actora. Sobre estas cuestiones me remito a mi monografía “Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil” (Bosch, Barcelona, 2010).

El tercer extremo que quiero destacar es el relativo al reconocimiento de 90.000 euros a la esposa e hijas del lesionado, en concepto de perjuicios morales de familiares, por aplicación del subfactor de corrección que, inserto en la gran invalidez, contiene la tabla IV del sistema legal valorativo. Sobre ello, debe resaltarse que, de haber impugnado la demandante el reconocimiento de esta cantidad a la esposa e hijas del lesionado, por contar sólo el lesionado con legitimación para tal pretensión, dada la aplicación del sistema legal valorativo, se habría acogido el motivo de recurso y se habría suprimido tal partida, en la medida en que la Sala 1ª del Tribunal Supremo mantuviera la doctrina sentada en la sentencia plenaria de 20 de abril de 2009, reiterada en la de 7 de mayo de 2009. Sobre esta doctrina, consonante con el criterio marcado por la STC 15/2004, de 23 de febrero, dictada en interpretación de la legalidad ordinaria y, por lo tanto, no vinculante para la jurisdicción, me remito al comentario que dediqué a aquella sentencia plenaria en el volumen 3º de “Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)”, dirigidos por Mariano Yzquierdo Tolsada (Dykinson, Madrid, 2010).

Deficiente funcionamiento del servicio sanitario público. Competencia de la jurisdicción civil cuando se ejercita la acción directa contra la aseguradora de la Administración. Muerte del feto en el parto, indemnización ajustada al supuesto del Baremo de embarazada con pérdida de feto. Consentimiento informado por cambio de circunstancias, no se precisa pues el consentimiento iba encaminado a no tener más partos y no a no tener más hijos.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 11 de febrero de 2011.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Doña Estrella y Don Genaro, que actúan en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad, Martín y Noelia, ejercitaron acción de reclamación de daños y perjuicios por el fallecimiento de su hija y hermana en el momento del parto, en base a la acción directa derivada del contrato de seguro, frente a la Aseguradora ZURICH ESPAÑA S.A., a partir de una doble imputación: 1ª) Deficiente funcionamiento del servicio sanitario en lo relativo al fallecimiento de uno de los fetos. 2ª) falta del consentimiento informado, respecto de la ligadura de trompas al haber fallecido uno de los fetos, alterando las circunstancias para el que se prestó. La Sentencia de Primera Instancia desestimó la demanda. Rechaza la primera imputación porque se produjo un supuesto de “muerte súbita intrauterina”, de la que se ignoran los motivos de la misma, sin que exista culpa, negligencia o

infracción de la “lex artis” por parte del personal sanitario. También la segunda porque existe consentimiento informado suscrito por la parte actora y prueba de que la ligadura era porque no quería tener más embarazos, rechazando el argumento sostenido en la demanda de que ella dio el consentimiento informado porque iba a tener ya tres hijos y que por lo tanto la Médico se tendría que haber planteado que como una había muerto en el parto, las condiciones habían variado y por lo tanto no debería haber realizado esa intervención. La sentencia dice lo siguiente: En primer lugar en ningún caso se dice que la actora pretende la ligadura porque no quiera tener más de tres hijos. Esa manifestación no aparece en ningún documento. Ni tan siquiera se ha probado que se hiciera. Lo único que existe es, por un lado, el consentimiento informado suscrito por la actora y, por otro, las manifestaciones de la Médico que efectuó la ligadura en el sentido que fue antes a ver a la paciente y para asegurarse que era su voluntad le preguntó por dicho extremo diciendole la Sra. Estrella que no quería tener más embarazos. Esto último es lógico por cuanto independientemente del número de hijos en cada parto, lo cierto es que en cada embarazo, y este era el segundo, se le tenía que practicar una cesárea, con los riesgos que conllevaría la practica de otra.

En segundo lugar la facultativa reconoce que cuando saca al niño, que resultó fallecido, es cierto que ella notó la falta de respuesta y que se lo da a los neonatólogos que son los que se dedican a las prácticas de reanimación en otras dependencias y que cuando a ella le comunican el fallecimiento ya había realizado la ligadura de trompas, que es precisamente lo que había solicitado la Sra. Estrella que se le hiciese, primero por escrito y después verbalmente a la propia médico, consentimiento este que en momento alguno fue revocado en los términos a los que se refiere la Ley 41/2002

La Audiencia Provincial de Murcia estimó en parte el recurso de apelación interpuesto, y en consecuencia, revocó la Sentencia de Primera Instancia, estimando en parte la demanda y condenó a la Aseguradora Zurich España S.A. a que indemnizara a los actores en la cantidad de 15.527,82. La sentencia constata, de un lado, la existencia de un deficiente del servicio sanitario y ratifica, de otro, el pronunciamiento de la sentencia respecto a la información. Se interpone recurso de casación por los demandantes, al que, entre otras razones, opone la recurrida el carácter de orden público de la jurisdicción para conocer del asunto por discutirse la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, problema que ha sido resuelto reiteradamente



por esta sala atribuyendo competencia a la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige en el ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS, contra el asegurador de la Administración (SSTS 30 de mayo 2007; 21 de mayo 2008).

La Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, reconoce expresamente el derecho que tiene toda persona a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud»



SEGUNDO.- Se articula en tres motivos. En el primero denuncia la infracción del art. 1101 del Código Civil, en relación con los art. 1106 y 30 del mismo texto legal. Alegan los recurrentes que no se cuestiona a través de este motivo el quantum indemnizatorio sino que, lo que plantean a la Sala es la revisión de las bases sobre las que se ha obtenido la indemnización. Así la Sentencia de la audiencia entiende que la indemnización debe ajustarse a la tabla II contenida en la resolución de la Dirección General de Seguros, de 7 de febrero de 2005, y en concreto en el presente caso en el apartado de víctima embarazada con pérdida de feto. Sin embargo los recurrentes entienden que es indebida la aplicación al presente caso del art. 30 del Código Civil, ya que la pérdida sufrida es la de una hija y una hermana, y no un feto. Se cita la Sentencia del Tribunal Constitucional n° 53/1985, que declaró que el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma

en persona lo que antes era feto. Por ello y teniendo en cuenta además que la muerte de la niña no se certificó hasta 20 minutos después del nacimiento, debería haberse indemnizado por la pérdida de un ser humano, razón por la que se infringe lo dispuesto en el art. 1101 del Código Civil, en relación con el art. 1106 del mismo texto legal, al no haberse indemnizado la totalidad del daño causado. Se desestima. El motivo no solo está mal formulado en cuando se impugna el concepto o bases sobre las que se ha establecido la indemnización sin cuestionar el “quantum”, sino que tampoco se sostienen los argumentos que lo sustentan. En efecto, no está en discusión el derecho que tiene el feto a su existencia y a su integridad física. La vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección, pero de esta premisa no se sigue, en modo alguno, que una persona que ha muerto antes de estar completamente separada del seno materno, sea considerada

como si hubiera existido. Lo que se discute es si la frustración de ese derecho puede generar consecuencias económicas y con que alcance a favor de aquellos que eventualmente hubieran resultado parientes directos del fallecido teniendo en cuenta que la causa del fallecimiento del feto fue la hipoxia o anoxia, esto es, falta de oxígeno en el feto, que nació muerto, lo que significa que el beneficio de la indemnización se debe reconocer exclusivamente en relación con la pérdida de la vida del feto y no con la muerte de un ser humano que nunca ha existido. Lo que justifica la aplicación de forma orientativa del Baremo contenido en la Resolución de la de la Dirección General de Seguros de 7 de febrero de 2005 y en concreto de la Tabla II para "víctima embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente", como hizo la sentencia recurrida.

TERCERO.- El segundo y el tercero se van a analizar conjuntamente por referirse ambos al consentimiento informado. En el segundo denuncian los recurrentes la infracción del art. 1104 del Código Civil, en cuanto se produce una nueva situación por el fallecimiento de una de las gemelas, de manera que el consentimiento informado y firmado por la paciente para la práctica de la ligadura de trompas con anterioridad, carecía de valor, y se debió solicitar un nuevo consentimiento informado a la parturienta, y si ello no era posible en el momento de la cesárea no se debió realizar la ligadura de trompas, ya que la nueva situación requería un nuevo consentimiento informado, de manera que hay un incumplimiento en las obligaciones de la médico que le exigían prudencia en su actuación y el deber de información adecuada y continuada. Se denuncia por tanto la infracción del art. 1104 del Código Civil, en cuanto la sentencia de apelación ha considerado que la profesional médico no necesitaba adecuar su actuación a las nuevas circunstancias concretas del caso, una vez que ya había obtenido el consentimiento de su paciente, pese a que éstas cambien. En el tercero, se alega la misma infracción del art. 1104 del Código Civil, en relación con los arts. 4, 8 y 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, al producirse una infracción de los deberes de información asistencial, ya que ante un hecho novedoso en la práctica de la cesárea, como es el nacimiento sin respuesta de una de las niñas, que exigía que fuese puesto en conocimiento de la paciente, no se le proporcionó toda la información disponible, entendiendo los recurrentes que el deber de informar nose agota con la ob-

tención del consentimiento informado sino que la información asistencial ha de ser continuada. Hubo por ello infracción del deber de información como obligación del médico y, por tanto, del art. 1104 del Código Civil. Además tampoco se hizo uso de la posibilidad de haber intentado comunicar dichas circunstancias y recabar la autorización del marido de la Sra. Estrella. Se desestima. Hubo información médica y consentimiento suscrito por la actora autorizando la ligadura de trompas porque "no quería tener más embarazos" y no porque no quisiera tener más de tres hijos, lo cual es lógico, como dice la sentencia, por cuanto independientemente del número de hijos en cada parto, en cada embarazo, y este era el segundo, se le tenía que practicar una cesárea, con los riesgos que conlleva la practica de otro. Y lo que no es posible es convertir ambos presupuestos, información y consentimiento, en una especie de trampa para quienes estaban obligados a adecuarlos a la nueva situación originada por el fallecimiento de una de las gemelas desde el momento en que la paciente, al otorgar el consentimiento, no hizo constar en modo alguno que era condicionado y que cuando la facultativa saca al niño y lo pone en manos de los neonatólogos, ante la falta de respuesta, desconocía su fallecimiento, de tal forma que cuando le comunican el fallecimiento ya había practicado la ligadura de trompas, que es precisamente lo que había solicitado la Sra. Estrella que se le hiciese, primero por escrito y después verbalmente por la propia Médico, consentimiento este que en momento alguno fue revocado en los términos a los que se refiere la Ley 41/2002.

CUARTO.- La desestimación del recurso produce los preceptivos efectos determinados en el artículo 398, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a las costas. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la procuradora Doña Olga Navas Carrillo, en la representación que acredita de Doña Estrella y Don Genaro, que actúan en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad Martín y Noelia, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 7 de junio de 2007; con expresa condena a la parte recurrente de las costas causadas. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Interesa esta Sentencia entre otros aspectos, en el concerniente a la discusión sobre la competencia jurisdiccional para conocer del asunto, por cuanto se ejercita una acción por negligencia médica de la administración en vía civil. En este sentido, es sobradamente conocida la atribución de los temas sobre responsabilidad patrimonial de la Administración a la vía contencioso-administrativa, y ello aun en el supuesto en el que se demande de forma conjunta a un ente privado junto al ente administrativo, incluyéndose también las reclamaciones formuladas frente a la compañía aseguradora de la Administración.

Pero el supuesto que nos ocupa se separa de los previstos expresamente en la Ley para la atribución de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, aún después de las reformas introducidas en dicha materia, Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, en la modificación que introduce del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto se trata de una demanda formulada al amparo de la opción que prevé el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, la llamada acción directa contra la aseguradora, en virtud de la cual el perjudicado puede elegir demandar tan sólo a la aseguradora del agente que ha causado el daño. Pues bien, en este supuesto, y solo en éste, cuando se decide demandar de forma exclusiva a la aseguradora del ente administrativo causante del daño, son competentes los juzgados y tribunales del orden civil.

En este sentido debemos señalar que nos encontramos ante una Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual cobra vital importancia dado que hasta el momento tan sólo contábamos con Autos dictados por la Sala de Conflictos, entre ellos el reciente de fecha 18 de octubre de 2010, los cuales, a pesar de que compartían los fundamentos jurídicos de ésta, como ya sabemos, no crean jurisprudencia; pudiendo ser este el motivo por el cual muchas Audiencias Provinciales seguían considerando que la acción dirigida contra la aseguradora de un ente administrativo debía ser planteada ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por tanto, esperemos que ya sí podamos empezar a hablar de la existencia de una línea jurisprudencial clara sobre este asunto, la cual establece sin ningún género de duda que en el supuesto en el que se opte por ejercitar la acción directa frente a la aseguradora de un ente administrativo, conocerán de ella los órganos de la jurisdicción civil.

En cuanto al fondo del asunto, la Sentencia analiza delimita los requisitos de la obligación de consentimiento informado que incumbe a los profesionales médicos, estimando inexistente la vulneración de la misma en este supuesto, por cuanto no se considera necesario que el médico tuviera que solicitar un nuevo consentimiento a la hora de realizar la ligadura de trompas a la paciente, aun a pesar de que ésta perdiera en el parto, uno de los dos hijos que esperaba.

La Sentencia analizada delimita los requisitos de la obligación de consentimiento informado que incumbe a los profesionales médicos, estimando inexistente la vulneración de la misma en este supuesto»

En este sentido pueden surgirnos dudas sobre la lógica de dicha interpretación, por cuanto es evidente que el consentimiento informado prestado por la paciente en este supuesto se hace a la vista de unas previsibles circunstancias, concretamente aquí el nacimiento de los dos hijos que se esperaban, totalmente diferente a las que finalmente concurren. Por tanto, el presupuesto de hecho tenido en cuenta en el momento de presentar el consentimiento

COMENTARIO

por la paciente, cambia completamente cuando uno de sus hijos muere antes de nacer. Así, y máxime cuando el hecho es imputable a una negligencia de los profesionales que asisten a la paciente, podríamos plantearnos que el consentimiento prestado en su momento para la ligadura de trompas, la cual por mucho que se discuta va orientada a impedir un nuevo embarazo, fue prestado para un supuesto totalmente distinto al que resulta finalmente y de ahí podría plantearse la nulidad del mismo.

Y ello por cuanto es evidente que uno de los requisitos esenciales para la validez del consentimiento informado prestado por un paciente, debe ser, precisamente, el conocimiento pleno por parte de éste de cuál es concretamente el supuesto para el que presta dicho consentimiento, es decir, debe conocer todos y cada uno de los elementos y condicionantes que intervienen en el mismo, y es evidente, que si con posterioridad éstos cambian aquel consentimiento deja de reunir los requisitos necesarios para su validez. Y ello por cuanto en dicho supuesto ya no podremos hablar de un consentimiento informado, al carecer el paciente de la información necesaria sobre las nuevas circunstancias sobrevenidas, las cuales inevitablemente cambian el supuesto de hecho tenido en cuenta en un principio para prestar dicho consentimiento. Así, compartimos con el recurrente, el convencimiento de que si la paciente hubiera conocido el hecho de que uno de sus hijos no iba a llegar a nacer, muy probablemente se habría vuelto a plantear el optar en este momento por la ligadura de trompas.

Con todo esto cabe hacernos una reflexión sobre hacia donde nos conducen sentencias como esta que comentamos, en la que se resta importancia a la necesidad de obtención de un nuevo consentimiento al variar las circunstancias que se tuvieron en cuenta para otorgar el anterior, y aquellas otras donde se indemniza el daño moral causado por falta de consentimiento informado de una forma totalmente simbólica, y es que pudiéramos estar presenciando un retroceso en materia de consentimiento informado. Y ello por cuanto se resta importancia a la existencia o no del mismo, así como al cumplimiento de los requisitos esenciales para su validez, volviéndolo a considerar como un mero trámite formal. En este sentido, nos alejamos de aquella corriente jurisprudencial de la Sala Primera (STS de 21 de Octubre de 2005) que calificaba la falta de consentimiento informado como una vulneración de la *lex artis*, dándole el mismo protagonismo que a aquellos supuestos donde dicha vulneración la constituía un error médico y cuantificando la indemnización procedente en el 100% del daño causado, que es lo que actualmente propugna la Sala Tercera (STS de 9 de Marzo de 2010). Por tanto, desde aquí, llamemos la atención

sobre la necesidad de dar al cumplimiento del consentimiento informado el sitio que le corresponde en materia de responsabilidad por negligencia médica, pues de lo contrario puede salir demasiado “barato” violar la dignidad del ser humano, que es lo que se hace cuando se prescinde del consentimiento informado.

En esta Sentencia se resta importancia a la necesidad de obtención de un nuevo consentimiento al variar las circunstancias que se tuvieron en cuenta para otorgar el anterior

Uno de los requisitos esenciales para la validez del consentimiento informado prestado por un paciente, debe ser, precisamente, el conocimiento pleno por parte de éste de cuál es concretamente el supuesto para el que presta dicho consentimiento

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Cláusula por la que la cobertura sólo afecta a los siniestros notificados al asegurador durante la vigencia de la misma. Ineficacia de dichas cláusulas de limitación temporal, que sólo son aceptadas cuando sean beneficiosas para los derechos del asegurado, debiendo estar al momento de la producción del daño.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 14 de febrero de 2011.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. El Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Valencia, como tomador y asegurado, suscribió con Groupama Plus Ultra, Seguros y Reaseguros, la póliza número 005008655, con el fin de asegurar la responsabilidad civil profesional de los ingenieros técnicos industriales colegiados durante el periodo de vigencia comprendido entre el 1 de marzo de 1995 y el 28 de febrero de 1998.

2. En dicha póliza se incluyó, como condición especial 1.1, denominada «Alcance del seguro», la cláusula cuyo tenor se reproduce en el antecedente de hecho octavo.

3. El 6 de marzo de 1998, el Colegio suscribió con Banco Vitalicio de España, S.A., de Seguros

y Reaseguros una nueva póliza, número 31-1-600500909, con fecha de entrada en vigor 1 de marzo de 1998, que, además de cubrir el mismo riesgo, incluía una condición especial del mismo tenor que la contenida en la póliza precedente. 4. El 12 de noviembre de 1996, durante la vigencia de la póliza suscrita con Groupama, tuvo lugar un accidente laboral al precipitarse al vacío un trabajador en unas obras cuyo proyecto y ejecución estaban encomendados a un ingeniero técnico industrial perteneciente al referido Colegio.

5. Por estos hechos se siguieron actuaciones penales contra el ingeniero. Al prestar declaración ante el órgano instructor el 5 de febrero de 1999, aportó copia de la póliza suscrita con Groupama. La entidad se personó en las actuaciones y, tras ser requerida, prestó fianza para garantizar la responsabilidad civil de su asegurado. En dicho procedimiento penal recayó sentencia condenatoria contra el asegurado como autor de una falta de lesiones por imprudencia.

6. El 23 de julio de 2004 Groupama demandó a Banco Vitalicio en ejercicio de acción meramente declarativa por la que, en consideración a que la reclamación del tercero perjudicado se produjo el 5 de febrero de 1999, durante el periodo de vigencia de la póliza de Seguros Vitalicio, y a que son válidas y eficaces las cláusulas «claims made» [de delimitación temporal], se declare que la póliza que debe asumir la indemnización es la suscrita con la demandada.

7. El Juzgado desestimó la demanda con sustento en el argumento básico de que la actora se personó en sede penal, prestó fianza e indemnizó al perjudicado, por lo que fue en todo momento consciente de su obligación frente a éste. Estos aspectos le impedían plantear de nuevo en esta jurisdicción los argumentos esgrimidos ante la jurisdicción penal y alterar en sede civil el criterio de interpretación que llevó a los órganos judiciales penales a tenerla por parte como responsable civil directo de las indemnizaciones a cargo de su asegurado, entonces imputado.

8. La AP rechazó el recurso de la actora y confirmó la sentencia apelada. Según declara, al entrar en vigor la póliza de Groupama antes de que lo hiciera la reforma introducida por la LOSSP 1995, la controversia debe resolverse aplicando el artículo 73 LCS en su redacción anterior a dicha reforma, precepto en virtud del cual la obligación de indemnizar del asegurador nace con la producción del hecho causante del daño y no con la reclamación del asegurado o perjudicado. Afirma también, que en la hipótesis de que fuera aplicable el párrafo 2º del artículo 73 LCS



introducido con la reforma del 95, tampoco ampararía la pretensión de la demandante por no ajustarse la cláusula a las exigencias del precepto y, además, y en todo caso, porque tratándose de una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, carecía de eficacia por incumplir los requisitos formales del artículo 3 LCS.

9. Recurre en casación la aseguradora demandante al amparo del ordinal 2º del artículo 477.2 LEC, articulando su recurso en dos motivos estrechamente relacionados entre sí.

SEGUNDO.- Enunciación de los motivos primero y segundo de casación. El motivo primero se introduce con la fórmula: «Primero. Al amparo del n.º 2 del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia conforme al art. 479.3 la infracción de los artículos: 73 Ley de Contrato de Seguro». La recurrente reproduce los argumentos expuestos a lo largo del procedimiento sobre la validez de la cláusula de delimitación temporal incorporada a su póliza, de idéntico tenor al de la incorporada a la póliza suscrita por la demandada, que extiende temporalmente la cobertura únicamente a los si-



niestros cuya reclamación se notificara al asegurador durante la vigencia de la misma. Esta tesis, que apunta a que lo decisivo no es el hecho causante de la obligación, ni el nacimiento de la obligación misma sino la reclamación del perjudicado, dice tener cobertura legal en el segundo párrafo del artículo 73 LCS, introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley 30/95 de 8 de noviembre LOSSP, cuya aplicación al caso determina, según la aseguradora recurrente, que deba ser la demandada la que se haga cargo de las consecuencias económicas del siniestro no obstante haber sucedido estando vigente la póliza de la actora, ya que lo relevante es la fecha de la primera reclamación, que no tuvo lugar hasta el 5 de febrero de 1999, ya vigente la póliza de Seguros Vitalicio. El segundo motivo se introduce con la fórmula: «Segundo. Al amparo del n.º 2 del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia conforme al art. 479.3 la infracción de los artículos: 3 Ley de Contrato de Seguro».

En este motivo se combate el razonamiento de la AP por el que se califica la cláusula litigiosa como limitativa de derechos y no como deli-

mitadora del riesgo, que es la naturaleza que le atribuye la recurrente para sostener su eficacia aun cuando no conste especialmente destacada ni la expresa aceptación por escrito del asegurado. Los motivos deben ser desestimados.

TERCERO.- Ineficacia de la cláusula de delimitación temporal por incumplir los requisitos del artículo 3 LCS. A) Definido el seguro de responsabilidad civil por el artículo 73 LCS como aquel por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a Derecho, es bien conocido el debate doctrinal sobre si lo decisivo es el hecho causante de la obligación, el nacimiento de la obligación misma o la reclamación del perjudicado. Esta Sala, en línea con la postura mantenida por una destacada doctrina científica, ha declarado (STS de 3 de julio de 2009, RC n.º 2688/2004) que la deuda de indemnización nace de manera inmediata cuando se verifica el hecho dañoso del que deriva, y que es la causa del siniestro que se encuentra en el origen de la obligación derivada de la responsabilidad civil. Como a partir del momento en que se produce el hecho dañoso, el patrimonio del asegurado se ve gravado por el adeudo generado por aquel y surge el débito de responsabilidad, ha de concluirse que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil coincide con el nacimiento de la deuda generada por el hecho dañoso. La sentencia de 14 de junio de 2002 (RC n.º 3847/96), en relación con la redacción originaria del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, declaró que la jurisprudencia de esta Sala interpretaba dicho artículo identificando siniestro con hecho causante y no con reclamación del perjudicado, lo que implica en que el deber de indemnizar nazca desde que se originan los daños y como reacción frente a ellos. Con arreglo a este criterio, las cláusulas de delimitación temporal o “claims made” que buscan desplazar la deuda de responsabilidad al momento en que se produce la reclamación, al margen del seguro vigente al producirse el siniestro, han sido aceptadas por la jurisprudencia únicamente en tanto fueran en beneficio y no perjudicaran los derechos del asegurado o perjudicado, reputándose como lesivas en caso contrario (SSTS de 20 de marzo de 1991 y 23 de abril de 1992, la cual declara que una interpretación contraria llegaría al absurdo de excluir de la cobertura daños causados en fecha próxima a la expiración de la póliza pero que los asegurados no hubieran podido comunicar a la aseguradora porque nada se les habría reprochado ni reclamado todavía). Como declara la STS de 14 de julio de

2003, RC n.º 3482/1997, aunque la de 8 de septiembre de 1998, RC n.º 1326/94 (citada por la recurrente), atendió a la cobertura por reclamación durante la vigencia de la póliza con independencia del momento en que se hubiera producido el hecho causante, lo hizo en beneficio del asegurado, respecto de una póliza que no añadía delimitación temporal alguna del hecho causante y descartando que la comunicación de la reclamación a la aseguradora fuera del plazo de vigencia de la póliza pudiera menoscabar la acción directa del tercero perjudicado. En parecidos términos se pronuncia la STS de 28 de enero de 1998, RC n.º 3279/1993 que también invoca la recurrente. Y la STS de 10 de noviembre de 1995, RC n.º 1726/92, declaró con carácter general la preferencia de lo pactado en una póliza que atendía primordialmente al conocimiento por el arquitecto asegurado de las consecuencias del daño, pero lo hacía igualmente en beneficio de este y en consideración a una amplia cobertura más allá del plazo de garantía de diez años del art. 1591 CC.

Esa consideración no ha variado tras la reforma introducida por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, pues, según declara la STS de 14 de julio de 2003, antes citada, la adición de un segundo párrafo al artículo 73 LCS por la D. Ad. 6ª.5 de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados solo demuestra que para la ley las cláusulas en cuestión tienen hoy el carácter de «limitativas de los derechos de los asegurados» (la norma misma les atribuye expresamente esa naturaleza) y por tanto «admisibles» conforme al art. 3 de la misma ley, esto es, con el requisito de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y tener que ser específicamente aceptadas por escrito. B) En aplicación de este criterio jurisprudencial, la decisión de la AP fue correcta, pues las cláusulas que tienen por objeto prescindir del hecho causante y circunscribir la cobertura del seguro de responsabilidad civil a los supuestos en que la reclamación del perjudicado se hace y notifica a la compañía aseguradora dentro del periodo de vigencia del contrato, lejos de delimitar el riesgo cubierto lo que implican es una restricción de los derechos del asegurado y del perjudicado, razón por la que su validez, tanto bajo la vigencia del artículo 73 LCS anterior a la reforma operada por la LOSSP de 1995 “aplicable por razones temporales-, como a partir de la entrada en vigor de esta, se encuentre condicionada al cumplimiento de los requisitos que contempla el artículo 3 LCS referentes a aparecer destacadas de forma especial y haber sido expresamente aceptadas por escrito, que son ambas unas exigencias que no se han respetado en el supuesto de autos, según se desprende de los hechos declarados probados. Además, que el pleito se haya ventilado

entre dos aseguradoras y no entre la actora y el asegurado o el perjudicado, sin que haya operado propiamente una subrogación de la actora en los derechos de su asegurado para reclamar lo pagado del tercero responsable en la medida que el único declarado como tal fue el asegurado en ambas, careciendo de la consideración de tercero Seguros Vitalicio (así lo apreció la STS de 26 de febrero de 2010), no es razón para no reputar acertada la decisión desestimatoria de la AP, en la medida que la pretensión deducida en la demanda, meramente declarativa pero preparatoria de una posterior reclamación de la indemnización satisfecha por Groupama, se funda en el propio contrato y en la posible oposición al asegurado de una cláusula, la condición especial 1.1., que, en contra de lo sostenido, se ha reputado no oponible, por ineficaz, de tal manera que lo relevante es que la actora no podía según la póliza en vigor cuando se produjo el siniestro determinante de su responsabilidad ni rechazar ésta ni eludir su deber de indemnizar.

CUARTO.- Desestimación y costas. La desestimación de los dos motivos determina también la del recurso con expresa condena en cuanto a las costas del mismo a la parte recurrente, por aplicación del artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394, de la LEC. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Groupama Plus Ultra Seguros y Reaseguros, S.A., contra la sentencia de 31 de mayo de 2006, dictada en grado de apelación, rollo n.º 589/2005, por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante del juicio ordinario n.º 814/2004, del Juzgado de Primera Instancia 5 de Madrid, cuyo fallo dice: «Fallamos:» Que debemos desestimar, y desestimamos, el recurso de apelación interpuesto por Groupama Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros contra la sentencia dictada el treinta y uno de marzo de 2005 por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de los de Madrid en los autos de juicio ordinario n.º 814/04, seguidos a su instancia contra Banco Vitalicio de España, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros; resolución que se confirma imponiendo a la apelante las costas procesales causadas por el recurso». 2. No ha lugar a casar la sentencia por ninguno de los motivos formulados. 3. Las costas de este recurso se imponen a la parte recurrente.

Se plantea en esta resolución cuáles son los requisitos para la validez de las cláusulas llamadas "Claims made". En este caso, se da la particularidad de que no estamos ante una acción ejercitada por el perjudicado, sino ante una acción declarativa de una aseguradora que paga la indemnización correspondiente al perjudicado e inicia posteriormente una acción de recobro contra otra entidad, al considerar que es ésta la que debe asumir el siniestro en virtud de las cláusulas "claims made", que contenían la póliza que tenía suscrita con el asegurado.

La entidad actora, Groupama, había suscrito un contrato de seguro de responsabilidad civil profesional con el Colegio de Ingenieros Técnicos de Valencia, desde el 1 de marzo de 1995 hasta el 28 de febrero de 1998. A partir del 1 de marzo de 1998, el citado Colegio se aseguró con la entidad Banco Vitalicio.

Los hechos que dieron lugar a la responsabilidad civil del asegurado y, por tanto, a la cobertura de la aseguradora, ocurrieron el 12 de diciembre de 1996, cuando estaba en vigor la póliza con la entidad actora, pero la reclamación se produjo el 5 de febrero de 1999, cuando la entidad que cubría el riesgo era la demandado, Banco Vitalicio.

Groupama, a la vista de que el Ministerio Fiscal, en su escrito de conclusiones, solicitó su responsabilidad civil directa y que el Juzgado le exigió una fianza de 437.555 euros, asumió el siniestro e inició una acción declarativa de reclamación contra la entidad Banco Vitalicio. Para la actora, en síntesis, la póliza en vigor en el momento de producirse la reclamación contra el Inge-

ñero Técnico de Valencia, señor Bartolomé, quien fue citado judicialmente ante el correspondiente Juzgado de Instrucción que conocía de la causa contra él seguida, con fecha cinco de febrero de 1999, era la suscrita con la entidad demandada en autos, la cual, conforme a su condición especial 1 del clausulado pactado, tenía por objeto "garantizar al asegurado, dentro de los límites estipulados, el pago de las indemnizaciones por las que pueda resultar civilmente responsable por cualquier reclamación o reclamaciones realizadas por primera vez contra el asegurado y notificadas durante el período de seguro estipulado..."

El juzgado de primera instancia desestimó la demanda, por entender que no había argumentos nuevos que desvirtuasen lo que se había decidido en el proceso previo

Se plantea en esta resolución cuáles son los requisitos para la validez de las cláusulas llamadas "Claims made". En este caso, se da la particularidad de que no estamos ante una acción ejercitada por el perjudicado, sino ante una acción declarativa de una aseguradora

El juzgado de primera instancia desestimó la demanda, por entender que no había argumentos nuevos que desvirtuasen lo que se había decidido en el procedimiento penal previo, sin entrar a valorar las cláusulas "claims made".

Ante el recurso de apelación por parte de la actora, la Audiencia Provincial de

Madrid lo desestimó, puesto que la póliza suscrita con la actora era anterior a la modifica-

COMENTARIO

ción que la Ley 30/1995 hizo del art. 73 LCS y, por tanto, el asegurador ha de hacer frente, en principio, a todos los hechos previstos en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado que se hayan producido durante la vigencia material del contrato de seguro, quedando al margen los hechos acaecidos antes y cubiertos los que originaron el nacimiento de la deuda resarcitoria cuando se producen durante esa vigencia aunque la reclamación sea posterior. No olvidemos, además, que la jurisprudencia del TS, en sentencias de 20 de marzo de 1991 y 23 de abril de 1992, había declarado nulas las cláusulas “claims made”.

La actora fundamenta su recurso de casación, entre otros motivos, en que la demandada había incluido en su condicionado las llamadas cláusulas “claims made”. Así, para la recurrente, en el caso de autos, el hecho causante se produjo el 20-3-95, durante la vigencia del seguro de Groupama, el daño el 12-11-1996, durante la vigencia del seguro de Groupama, y la reclamación (notificación de demanda judicial) el 5-2-99, durante la vigencia del seguro de Vitalicio. Por eso es necesario, ante la existencia de varias pólizas, determinar cuál de ellas debe indemnizar, si la que estaba en vigor cuando se produjo la causa, el daño o la reclamación.

De otro lado, para la actora, el que la citada cláusula no estuviera firmada no es impedimento para su aplicación, pues aquí no están en juego los derechos del asegurado, ya que la controversia surge entre dos aseguradoras. No se puede invocar el principio in dubio pro asegurado, pues tanto con una como con otra póliza sus derechos están asegurados.

El TS no analiza si estos argumentos, aplicables cuando quien reclama es el perjudicado o asegurado, se pueden o no esgrimir cuando, como en este caso, demanda una entidad aseguradora contra otra

El TS no analiza si estos argumentos, aplicables cuando quien reclama es el perjudicado o asegurado, se pueden o no esgrimir cuando, como en este caso, demanda una entidad aseguradora contra otra. Parece dar a entender que este hecho es irrelevante. Tal vez hubiera sido más correcto pensar que estamos ante una concurrencia de seguros y que las dos entidades aseguradoras cubrían el mismo riesgo.

La actora fundamenta su recurso de casación, entre otros motivos, en que la demandada había incluido en su condicionado las llamadas cláusulas “claims made”. Así, para la recurrente, en el caso de autos, el hecho causante se produjo el 20-3-95, durante la vigencia del seguro de Groupama, el daño el 12-11-1996, durante la vigencia del seguro de Groupama, y la reclamación (notificación de demanda judicial) el 5-2-99, durante la vigencia del seguro de Vitalicio

El alto tribunal, que vuelve a desestimar las pretensiones de la actora, analiza este tipo de cláusulas para concluir que tras la reforma del art. 73 LCS por la Ley 30/1995, estamos ante cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y, por tanto, deben reunir los requisitos del art. 3 LCS, cuestión que no ocurría en el caso de autos.

Acción de repetición de la aseguradora en supuestos de daños corporales ocasionados por accidente de circulación, encontrándose el conductor en estado de embriaguez. Diferencias entre el seguro voluntario y el obligatorio en relación a la autonomía de la voluntad de los contratantes. Cláusulas limitativas firmadas por el conductor y aplicabilidad respecto del tomador en caso de mandato expreso o con conocimiento de este.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 16 de febrero de 2011.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. El 7 de agosto de 1999 tuvo lugar un accidente de tráfico con resultado de daños personales y materiales, que fueron indemnizados por la entidad que aseguraba la responsabilidad civil del vehículo causante en virtud de póliza de aseguramiento obligatorio y voluntario en vigor, suscrita el 29 de abril de 1999.

2. El conductor del vehículo, D. Gabriel, fue condenado como autor responsable de un delito contra la seguridad del tráfico en concurso con dos faltas de lesiones por imprudencia graves tras declararse penalmente probado que conducía el vehículo con conocimiento y autorización de su padre, propietario, y bajo los efectos de una ingestión alcohólica precedente



que le mermaba su aptitud para el manejo del mismo.

3. En la póliza del seguro de responsabilidad civil aparecía mencionado el propietario del vehículo, Fulgencio, como tomador y asegurado, y el hijo, Gabriel, como conductor, siendo la firma de este último la única que aparecía recogida en el contrato en el apartado dedicado al tomador. Asimismo y dentro del apartado dedicado a las “cláusulas limitativas específicamente aceptadas” por el asegurado, constaba la exclusión de cobertura, en la modalidad de seguro de suscripción voluntaria, de los daños materiales y corporales causados a terceros por conductor que condujese el vehículo “[...] c) bajo alcoholemia en grado superior al límite establecido por las disposiciones legales vigentes”.

4. Una vez satisfechas las indemnizaciones pertinentes la aseguradora del automóvil formuló demanda contra padre e hijo, en ejercicio de la acción de repetición prevista en el artículo 7 LRCSCVM, con base en exclusión de cobertura antes citada.

5. El Juzgado estimó íntegramente las pretensiones deducidas frente al hijo-conductor como consecuencia de su allanamiento pero rechazó las formuladas contra el padre-propietario al considerar, en síntesis, que la cláusula por la que se excluía de cobertura la embriaguez del conductor no podía surtir efectos en el ámbito del aseguramiento voluntario por faltar la aceptación del tomador en la forma contemplada en el art. 3 LCS. 6. La AP estimó el recurso de la aseguradora demandante y por ende la demanda, al considerar, en síntesis, a) que en el seguro voluntario, complementario del obligatorio, la conducción en estado de embriaguez puede ser objeto de aseguramiento en la medida que los daños ocasionados se deben a una actuación no dolosa sino imprudente; b) que para excluir ese riesgo es necesario que conste expresamente tal circunstancia en la póliza por medio de una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, que por ende solo será válida y podrá liberar a la compañía de respetarse las exigencias del artículo 3 LCS; c) que tal cosa fue lo que ocurrió en el presente caso toda vez que de la prueba practicada cabe concluir que, aunque el seguro se firmó por el conductor, el tomador era el pa-



dre, propietario del automóvil, quien pudo conocer y consentir su inclusión en el contrato. 7. Recurre en casación el demandado condenado al amparo del ordinal 2º del artículo 477.2 LEC, articulando su recurso a través de dos motivos vinculados entre sí, razón que determina su examen y resolución conjunta.

SEGUNDO.- Enunciación de los motivos primero y segundo de casación. El primer motivo del recurso se introduce con la fórmula: «Primer motivo. Con el presente recurso se denuncia la infracción de lo previsto en el artículo 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que establece “las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere, y, necesariamente, en la póliza de contrato o en un documento complementario que se suscribirá por el asegurado, y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente

aceptadas por escrito...”». El segundo motivo se introduce con la fórmula: «Segundo motivo. En la misma línea, el artículo 2 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que establece “...se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo...». En resumen se defiende que la cláusula por la que quedaban excluidos de cobertura los daños ocasionados por conductor ebrio, en la que se apoya la aseguradora para repetir lo pagado, no puede serle opuesta al recurrente al tratarse de una cláusula limitativa de sus derechos que fue incorporada unilateralmente al contrato por quien se encargó de su redacción, pero que no fue aceptada por dicho recurrente con los requisitos del artículo 3 LCS, norma además de carácter imperativo que la AP habría conculcado al permitir la exoneración de la citada compañía de seguros. Por tanto y en atención a su planteamiento, la cuestión jurídica a que se contrae el recurso no atañe a la discusión sobre si cabe o no excluir de cobertura la conducción en estado de embriaguez sino a si, estando permitida tal posibilidad, debe no obstante considerarse ineficaz la cláusula incorporada a la póliza con ese fin, habida cuenta de las circunstancias acreditadas por la sentencia –prescindiendo en todo caso de los argumentos de la parte en que se cuestiona la valoración probatoria o se parte de hechos distintos a los probados–, en particular, el hecho de que el seguro fuera suscrito por el hijo conductor, cuya firma es la única que aparece en la póliza, y no por el padre-propietario del vehículo. Los motivos deben ser desestimados.

TERCERO.- Acción de repetición de la aseguradora en supuestos de daños causados por conducción bajo influencia de alcohol o drogas. A) Como se desprende de las SSTS de 12 de febrero de 2009, RC n.º 1137/2004, 25 de marzo de 2009, RC n.º 173/2004, y 5/11/2010, RC n.º 817/2006, esta Sala, partiendo del sometimiento del seguro voluntario de responsabilidad civil a la autonomía de la voluntad de los contratantes, viene siguiendo un criterio favorable al aseguramiento del riesgo de producción de daños en caso de conducción en estado de embriaguez, de tal manera que su exclusión, aunque posible igualmente en el ámbito de lo libremente pactado, solo puede tener el efecto pretendido de liberar al asegurador y, en su caso, de posibilitar que pueda repetir lo pagado, si la cláusula, limitativa de los derechos del asegurado, se incorpora a la póliza con los requisitos aludidos en el artículo 3 LCS. En efecto, tiene declarado esta Sala que en los supuestos en que se contrata un seguro voluntario de responsabilidad civil, dado que las relaciones asegurador-asegurado

se rigen por la autonomía de la voluntad, es preciso analizar si el riesgo está o no cubierto por dicho seguro, sin que sea dable considerar que la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas no puede ser objeto de aseguramiento (SSTS de 7 de julio de 2006 y 13 de noviembre de 2008) ni correcto circunscribir el conflicto al ámbito del seguro obligatorio, ni mucho menos imputar a este las cantidades pagadas por la aseguradora, ya que no cabe desconocer la existencia de un acuerdo entre las partes que cubriría el evento acaecido, mientras que no conste su expresa exclusión. Esta doctrina resalta que el seguro voluntario se configura como un complemento para todo aquello que el obligatorio no cubra, de conformidad con el artículo 2.3 LRCSCVM, que establece que “además, la póliza en que se formalice el contrato de seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria podrá incluir, con carácter potestativo, las coberturas que libremente se pacten entre el tomador y la entidad aseguradora con arreglo a la legislación vigente”, debiéndose entender esta ampliación de cobertura no solo desde el punto de vista cuantitativo, sino también desde el punto de vista cualitativo, tal y como expresa más claramente el actual artículo 2.5 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 octubre 2004 que aprueba el texto refundido de la LRCSCVM, que deroga el anterior al establecer que: “Además de la cobertura indicada en el apartado 1, la póliza en que se formalice el contrato de seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria podrá incluir, con carácter potestativo, las coberturas que libremente se pacten entre el tomador y la entidad aseguradora con arreglo a la legislación vigente”, haciendo referencia el apartado 1 a la cobertura de los riesgos cubiertos por la responsabilidad civil y hasta los límites cuantitativos fijados por el anexo de la Ley. La solución, por tanto, no está en el seguro obligatorio, en el que la aseguradora tendría facultad de repetición en supuestos de daños ocasionados por embriaguez o influencia de drogas, sino en el análisis del seguro voluntario concertado que complementa el anterior, de tal forma que, si las partes no pactaron su exclusión, la aseguradora no tendrá facultad de repetición contra el asegurado, pues no habría pago indebido de la primera y, por tanto, enriquecimiento injusto del asegurado, sino pago justificado en virtud del principio de autonomía de la voluntad que rige el seguro voluntario. Entender otra cosa haría de la misma condición al asegurado que se limita a contratar el seguro obligatorio y al asegurado que de forma previa y pagando por ello su correspondiente prima, contrata por encima del seguro obligatorio uno voluntario,



Confiando en la creencia de haber contratado todo tipo de riesgos salvo los expresamente excluidos. Situado pues el conflicto en el ámbito del aseguramiento voluntario, lo verdaderamente relevante a la hora de dilucidar si la conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas otorga a la aseguradora el derecho a repetir lo pagado es si se pactó expresamente esta facultad como cláusula limitativa de los derechos del asegurado, para lo que ha de estarse a la doctrina fijada por esta Sala en SSTS de 7 de julio de 2006, 26 de diciembre de 2006, 18 de octubre de 2007 y 13 de noviembre de 2008, que, en aplicación de la Sentencia de Pleno de 11 de septiembre de 2006, considera limitativas –por oposición a las



cláusulas delimitadoras del riesgo- aquellas estipulaciones del contrato que actúan “para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido”, tratándose de un tipo de cláusulas cuya eficacia y oposición al asegurado depende del requisito de la doble firma del artículo 3 LCS. Pero para dilucidar si la cláusula le puede ser aplicada al padre, la citada doctrina ha de completarse necesariamente, dadas las particulares circunstancias que concurren en este caso, con la que, en relación al contrato de seguro, permite su celebración por una persona en nombre de otra, pero recayendo en todo caso el contenido obligacional del contrato

en quien en el mismo aparece como tomador, y también, con la recaída en torno a la institución de la gestión de negocios ajenos sin contrato, aludida, como especie de cuasicontrato, en el artículo 1888 CC y que se ha venido entendiendo como el hecho de encargarse una persona de asuntos o intereses de otra, sin haber recibido mandato de esta y sin la obligación legal de intervenir en ello. En lo que ahora interesa, de darse el requisito de que el gestor asuma la gestión con utilidad, tal y como resulta del artículo 1893 CC, su efecto es el nacimiento a cargo del dueño del negocio de las obligaciones contraídas por el gestor, aunque no haya mediado la ratificación expresa de aquel (que de haberla le obligaría como si fuera un mandante, ex artículo 1892 CC «produce los efectos de un mandato expreso. Así, el artículo 1893 CC establece que cuando el dueño del negocio no ratifica la gestión, sólo queda obligado por esta si se aprovecha de las ventajas de la misma (artículo 1.893.1 CC), o si, aun sin sacar de ella provecho alguno, hubiese tenido la gestión por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto (artículo 1.893.2 CC). Además, la aceptación específica del tomador que exige el artículo 3 LCS puede ser que conste de forma indubitada por otros medios, aunque no conste su firma, por lo que la falta de firma del tomador determina de forma automática su exclusión del contrato y su desentendimiento respecto de las obligaciones que lo integran. Ciertamente, la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, expresó una especial preocupación por garantizar que el tomador del seguro formara su voluntad de una manera plenamente informada, con un conocimiento completo del alcance de las coberturas que contrataba con cada riesgo. No es sólo que en el artículo 5 de la mencionada Ley, y en esa línea, se exigiera que el contrato de seguro, y cualesquiera modificaciones o adiciones se formalizasen por escrito, sino que exigirá una redacción clara y precisa (artículo 3). Pero además, y para alcanzar, tanto la certeza de la aceptación como esta misma, se impone la exigencia legal de suscripción expresa, no sólo de las condiciones particulares, sino incluso de las condiciones generales. Y extremando en este sentido el legislador sus cautelas, exige una aceptación específica y una redacción destacada de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. Sin perjuicio de lo anterior y como ha quedado dicho, esta Sala en alguna sentencia ha abierto la posibilidad de que el tomador pueda quedar vinculado por la específica aceptación por escrito de quien no era el tomador y obró en su beneficio, siempre que quede constancia de que el tomador tuvo conocimiento de dicha gestión. En concreto, la STS de 27 de noviembre de 2003, que literalmente señala «ni



consta de forma indubitada haya sido conocida y aceptada por el asegurado ni que haya sido firmada» da a entender que la firma del tomador no es indispensable si de forma indubitada puede acreditarse el conocimiento y aceptación del tomador. B) La sentencia recurrida no infringe la doctrina expuesta pues reconoce que el riesgo de daños causados por conductor ebrio puede ser objeto de aseguramiento voluntario. No resulta correcto circunscribir el conflicto al ámbito del seguro obligatorio, ni imputar a este las cantidades pagadas por la aseguradora, ya que no cabe desconocer la existencia de un acuerdo entre las partes que cubriría el evento acaecido, mientras que no conste su expresa exclusión,

La sentencia recurrida no infringe la doctrina expuesta pues reconoce que el riesgo de daños causados por conductor ebrio puede ser objeto de aseguramiento voluntario. No resulta correcto circunscribir el conflicto al ámbito del seguro obligatorio»



que fue precisamente lo que aconteció en el presente caso en atención a los hechos que declara probados. En efecto, la AP, tras valorar en conjunto al prueba fija como datos fácticos sustentadores de su razonamiento jurídico, de manera incontrovertible en casación, que el tomador y asegurado era el hoy recurrente, en su condición de dueño del vehículo, que su conductor habitual y también en el momento del siniestro era su hijo, quien lo hacía con su conocimiento y autorización, y fundamentalmente, que aunque fue el hijo el que firmó la póliza, ha de considerarse acreditado que lo hizo por cuenta del padre, ya como mandatario expreso o, en todo caso y aún sin mandato, conocimiento del progenitor y en

su beneficio. De esta manera, lo hecho por el hijo vincula al padre, que a través del primero fue en todo momento conocedor de la cláusula incorporada al contrato por la que se excluía el riesgo de conducción bajo la influencia del alcohol, y ninguna controversia suscitó al respecto antes de suceder el siniestro, no siendo razonable que si se aprovechó de las ventajas de tener asegurado un vehículo de su propiedad más allá de los límites del seguro obligatorio pueda después negarse a soportar las consecuencias de lo que no es sino obligaciones derivadas del contenido de la póliza y del propio aseguramiento voluntario.

CUARTO.- Desestimación del recurso y costas. La desestimación del recurso determina que la imposición de las costas del mismo al recurrente, por aplicación del artículo 398.2 LEC, en relación con el artículo 394 LEC. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de contra la sentencia de 23 de marzo de 2006, dictada en grado de apelación, rollo n.º 137/05, por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, dimanante del juicio ordinario n.º 524/02, del Juzgado de Primera Instancia 1 de Baracaldo, cuyo fallo dice:» Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Fuente Lavín, en nombre y representación de Aegon Unión Aseguradora, S.A., representada en esta alzada por el procurador Sr. Apalategui Carasa, contra la sentencia dictada el día 16 de Marzo de 2004 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Baracaldo, en los autos de Juicio Ordinario n.º 524/02 a que este rollo se refiere; debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su lugar dictar otra por la que estimando la demanda deducida por el procurador Sr. Fuente Lavín, en nombre y representación de Aegon Unión Aseguradora, S.A., contra Fulgencio, representado por la procuradora Sra. Ulibarrena Bellido, debemos condenar y condenamos al demandado a que abone a la actora la cantidad 252.444.23 euros, la cual devengará intereses legales desde la interpelación judicial, siendo de aplicación los intereses del art. 576 LECn desde la fecha de la presente resolución, con imposición al mismo de las costas de la instancia y sin expresa imposición de las de esta alzada, debiendo cada parte soportar las suyas». 2. No procede casar la sentencia recurrida por ninguno de los motivos formulados. 3. Se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente.

COMENTARIO

Por **Andrés Cid Luque**
Abogado

El asunto se refiere al consabido tema del derecho de repetición, que tiene la aseguradora, sobre el conductor, propietario y asegurado, según la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, por la conducción en estado de embriaguez, y que lógicamente tiene su particular problemática en los apartados que a continuación analizaremos.

I.- COMPLEMENTO DEL SEGURO VOLUNTARIO SOBRE EL SEGURO OBLIGATORIO.

El primer punto que desarrolla la sentencia es, si el Seguro Obligatorio al cubrir las cantidades que ha pagado la Aseguradora por el siniestro solapa al Seguro Voluntario y este no empieza su virtualidad de cobertura. O si por el contrario, el Seguro Voluntario como complementario del Obligatorio, cubre todas aquellas circunstancias (no por dolo directo) que no están amparadas por éste.

Siguiendo ya una Jurisprudencia consolidada y últimamente uniforme, al Alto Tribunal se decanta por considerar al Seguro Voluntario, como complementario del Obligatorio, y por tanto, al haberse contratado y pactado libremente cubre todo aquello que necesita complementar del Seguro Obligatorio. De ese modo, si se pactó un seguro Voluntario este cubre la conducción bajo la influencias de bebidas alcohólicas, y por ello, no podría repetir la aseguradora contra su asegurado.

II.- CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN POR CONDUCIR EN ESTADO DE EMBRIAGUEZ.

En el siguiente apartado se plantea el dilema constante de las cláusulas limitativas o delimitativas del riesgo.

Y ahora lo que hay que resaltar es, si ésta condición general de la póliza del Seguro Voluntario, por ser, es suficiente para que con el amparo legal se pueda excluir la conducción bajo influencias de bebidas alcohólicas, o si necesita los requisitos del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro.

Después de un análisis detallado por parte del Tribunal, llega a la conclusión de que se trata de una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, y que por tanto va a necesitar los requisitos, de claridad en su redacción, que esté destacada del resto del clausulado y de la doble firma o perfecto conocimiento de ella por parte del tomador del seguro.

Y en el resumen final que efectúa el Tribunal Supremo, y que a continuación detallaremos, nos sorprende por su finura jurídica y su audacia a la hora de compaginar el derecho común con las normas especiales preferentes.

III.- CONCLUSIONES.

“Curiosa sentencia de nuestro Alto Tribunal en la que trata un supuesto de repetición de la aseguradora contra el tomador y asegurado de una póliza, por conducir el vehículo su hijo en estado de alcoholemia.

Lo novedoso del asunto es, que pese a no estar firmadas las cláusulas limitativas de la póliza por el propietario y tomador del seguro voluntario, se le acepta a la Aseguradora que pueda repetir contra él.

Y su justificación la establece en que a pesar de no haber firmado el padre, si lo había hecho el hijo, que a su vez era el conductor habitual en la póliza, y consideró la Audiencia Provincial, y dio por bueno el Tribunal Supremo, que quedó acreditado que éste lo hizo por cuenta del padre, ya como mandatario expreso, en todo caso y aún sin mandato, con conocimiento pleno del progenitor y en su beneficio. Para ello se basaba en la sentencia de 27 de noviembre de 2.003 y en los artículos 1.888, 1.892 y 1.893 del Código Civil, sobre la gestión de negocios ajenos sin contrato.

Peligrosa tesis que puede abrir una espita a la consolidada jurisprudencia sobre la obligatoriedad de la exigencia legal de suscripción expresa de las cláusulas limitativas.....”.

Falta de cobertura porque cuando se declaró la incapacidad permanente del asegurado la póliza ya no estaba vigente, aunque sí lo estuviera cuando contrajo la enfermedad, siendo de aplicación la doctrina de la Sala que señala como fecha determinante la declaración de la incapacidad o invalidez.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 2 de marzo de 2011.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Fundamentos de Derecho

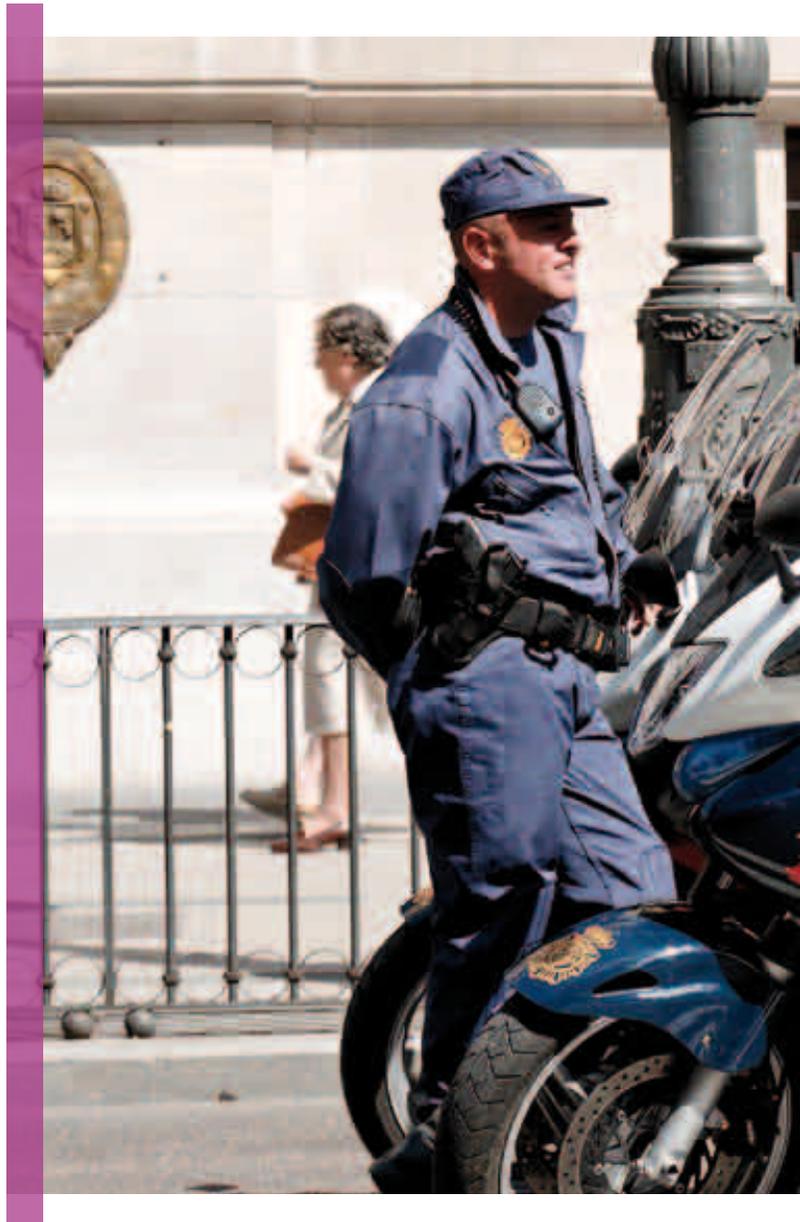
PRIMERO.- El presente recurso de casación, compuesto de un solo motivo, plantea en realidad dos cuestiones jurídicas diferentes, pues mediante el mismo el demandante pretende que su incapacidad permanente e irreversible para el desempeño de la función policial, la cual determinó su jubilación por incapacidad permanente psicofísica con efectos de 20 de febrero de 2003, a la edad de cuarenta y siete años, esté cubierta tanto por un seguro de accidentes como por un seguro de vida que además del fallecimiento incluía como una de sus garantías complementarias la invalidez profesional y permanente del asegurado. Ambos seguros eran colectivos o de grupo, contratados por el Cuerpo Nacional de Policía al que pertenecía el recurrente, y no se ha discutido en el litigio que este tuviera la condición de asegurado respecto de la compañía de seguros hoy

recurrida, en cuanto cesionaria de la cartera de la aseguradora que contrató ambos seguros, pero sí, de un lado, que la situación del hoy recurrente tuviera un origen accidental incardinable en el seguro de accidentes y, de otro, que esa misma situación estuviera cubierta por el seguro de vida por razones temporales, pues al ser declarada su incapacidad ya no estaba vigente el seguro asumido por la compañía hoy recurrida. La sentencia de primera instancia estimó totalmente la demanda y condenó a la aseguradora hoy recurrida a pagar al demandante hoy recurrente la cantidad de 129.718'62 euros más los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la interposición judicial, correspondiendo, de la referida cantidad, 96.762'95 euros al capital garantizado por el seguro de accidentes y 33.055'67 euros al garantizado por el seguro de vida. Fundamentos de este fallo son, en esencia, los siguientes: 1º) El momento a considerar a efectos de la cobertura de los seguros no era el de la declaración de invalidez, en el que ciertamente las pólizas litigiosas ya se habían extinguido, sino el de la aparición de la enfermedad o accidente determinante de aquella invalidez, situado en el año 2000, cuando sí estaban en vigor ambas pólizas.

2º) el demandante causó baja laboral el 13 de diciembre de 2000 con un genérico diagnóstico de tuberculosis pulmonar, fue tratado desde febrero de 2001 por un médico psiquiatra y en noviembre del mismo año este médico le diagnosticó un trastorno paranoide de base ansioso-depresiva y con un intenso componente agresivo, secundario y reactivo a un progreso orgánico da tuberculosis pulmonar.

3º) desde junio de 2001 el demandante acudía al centro de salud mental de su lugar de residencia, uno de cuyos médicos certificó en noviembre de 2002 que aquel presentaba un cuadro psicopatológico ansioso depresivo reactivo a su situación personal (enfermedad laboral), con la consiguiente repercusión en su entorno laboral, constando también la informe psiquiátrico de otro médico cuya conclusión era que el demandante padecía un trastorno paranoide de la personalidad, trastorno mixto ansioso-depresivo, claustrofobia y estrés, todos ellos permanentes e irreversibles y con factor desencadenante en la infección tuberculosa.

4º) de lo antedicho se desprendía que el demandante, tras contagiarse de tuberculosis en acto de servicio en el año 2000, no llegó a recuperar la salud y le quedaron unas secuelas "que tienen su causa y origen en aquella enfermedad inicial".



5º) conforme a la jurisprudencia representada por las sentencias de 14 de junio y 23 de diciembre de 1999 el momento determinante de la cobertura del seguro de accidentes es el del accidente y no el de la incapacidad originada por este.

6º) el seguro de vida cubría la situación del demandante porque garantizaba, como invalidez profesional y permanente, la situación física irreversible provocada por accidente o enfermedad.

7º) el seguro de accidentes también cubría la situación del demandante porque la tuberculosis que este contrajo era equiparable a un accidente corporal, ya que se debió a una causa no congénita sino sobrevenida, con origen en una causa externa. La sentencia de apelación, en cambio, estimó el recurso de la aseguradora hoy recurrida y, revocando la sentencia de pri-



mera instancia, absolvió de la demanda a dicha demandada-apelante.

Razones de su fallo son, en síntesis, las siguientes:

1ª) El demandante, “policía que ejercía sus funciones, en la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía de la ciudad de Tudela, se contagió por un bacilo de la tuberculosis, cuando prestaba esta actividad profesional, en diciembre del año 2000”.

2º) el tribunal médico de la Dirección General de la Policía, que hizo ese diagnóstico en dictamen de 12 de diciembre de 2002, también diagnosticó que el demandante padecía un “trastorno paranoide de la personalidad con matices querellantes y reivindicativos” y “un trastorno ansioso-depresivo” con conflicto laboral, desaconsejando

su permanencia en la situación de segunda actividad y proponiendo su jubilación por incapacidad psicofísica al apreciar imposibilidad para el desempeño de las funciones propias del Cuerpo Nacional de Policía, si bien no le consideraba inhabilitado por completo para toda profesión u oficio.

3ª) la jubilación del demandante por incapacidad permanente se dispuso por acuerdo del Director General de la Policía de 20 de febrero de 2003.

4ª) la aseguradora cuya cartera asumió la compañía apelante dejó de asegurar al Cuerpo Nacional de Policía en el mes de junio del año 2001

5ª) la tuberculosis contraída por el demandante en el año 2000 no era incardinable en el concepto de accidente del art. 100 de la Ley de

Contrato de Seguro, reproducido en el art. 1 de las condiciones generales de la póliza de seguro de accidentes, ni siquiera atendiendo al apartado. 2 de este art. 1, según el cual también se consideraban accidente “[l]as infecciones originadas a consecuencia de mordeduras, picaduras o de cualquier lesión accidental asegurada”, pues el contagio por tuberculosis “no constituye ni una lesión corporal derivada de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, ni una infección originada a consecuencia de mordeduras, picaduras o de cualquier lesión accidental asegurada”.

6ª) ciertamente el contagio provocó una infección pero esta no se había originado a consecuencia de una mordedura, de una picadura o de cualquier otro tipo de lesión accidental asegurada, como sí habría sucedido, en cambio, si el contagio se hubiera debido a la actuación agresiva de alguna persona.

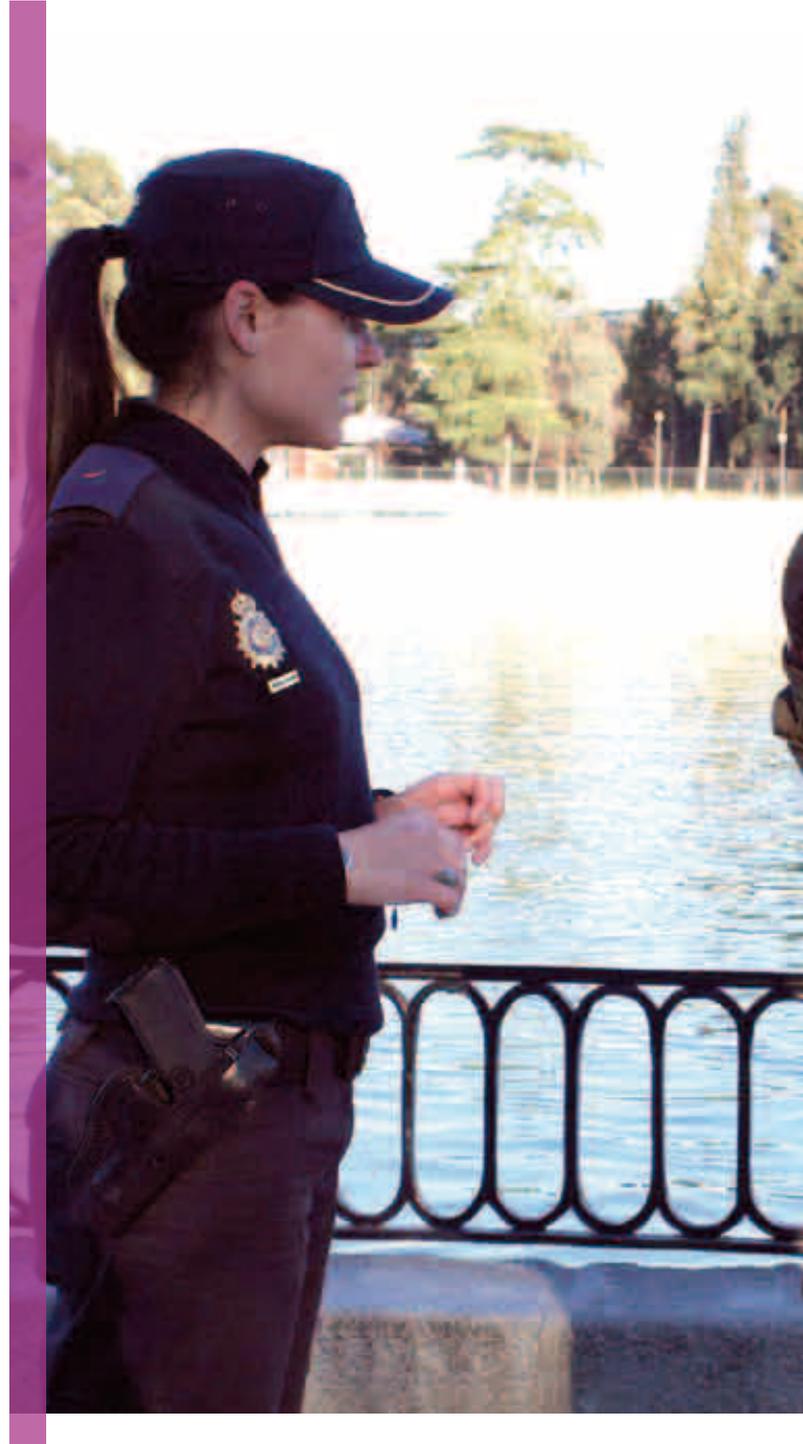
7ª) además, el padecimiento de tuberculosis no había sido la única causa generadora de la incapacidad del demandante.

8ª) por tanto su situación no estaba cubierta por el seguro de accidentes.

9ª) en cuanto al seguro de vida, tampoco daba cobertura a tal situación, pues la jubilación del demandante se había acordado el 20 de febrero de 2003, vencida ya la vigencia de la póliza, y según la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1996 el riesgo asegurado ha de producirse dentro del periodo de vigencia del contrato de seguro, siendo el riesgo en este caso, como en el de la referida sentencia, el de invalidez o incapacidad absoluta y permanente, por más que la enfermedad determinante de esta situación se iniciara durante el periodo de vigencia de la póliza, pues el riesgo asegurado es la incapacidad o invalidez y no la enfermedad.

9ª) por tanto, aun cuando la situación del demandante sí estuviera comprendida en las garantías complementarias del seguro de vida, sin embargo no quedaba cubierta por el seguro litigioso al haberse producido mucho después del periodo de vigencia de la póliza.

SEGUNDO.- El único motivo del recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de apelación se funda en infracción de los arts. 1089, 1091, 1100, 1101, 1103, 1104 y 1106 del Código Civil, como normas generales en relación con los contratos, y de los arts. 1, 3, 7 in fine, 18, 19, 20, 80, 81, 83, 88 y 100 de la Ley de



Contrato de Seguro, como normas de concreta aplicación de seguro. En su desarrollo argumental la parte recurrente alega que la cobertura era plena porque el riesgo se produjo en el año 2000, y en tal sentido sería aplicable la doctrina contenida en las SSTS 14-6 y 23-12-99 que aplicó la sentencia de primera instancia. Y a esta alegación tan solo se añade que la sentencia impugnada contraviene los criterios establecidos en esas dos sentencias y en las de 25-6-87, 15-11-91, 28-2-90, 28-7-97 y 23-6-86, todo ello después de haber dado por sentado que “el contagio se produjo dentro del desempeño de



la función policial precisamente por el contacto diario y cotidiano con los grupos de riesgo”.

TERCERO.- La parte recurrida, en su escrito de oposición al recurso, ha alegado que este no es admisible porque su único motivo prescinde de un razonamiento separado sobre las infracciones (hasta un total de diecisiete) que denuncia, faltando así a las exigencias de claridad propias del recurso de casación según la doctrina de esta Sala. En cuanto a lo que materialmente plantea el motivo, la parte recurrida opone que este hace supuesto de la cuestión al

ignorar que la tuberculosis no fue la única causa de la incapacidad del recurrente, como también al dar por sentado que este se contagió por su contacto diario con los grupos de riesgo. Señala además que aun cuando el contagio se hubiera producido por un bacilo existente en la comisaría, y pudiera ser considerado enfermedad profesional, no quedaría cubierto por el seguro de accidentes, según se desprende de la sentencia de esta Sala de 16 de enero de 2008. Finalmente la parte recurrida destaca cómo, frente a los extensos razonamientos de la sentencia impugnada, el recurso se limita a exponer las características de las pólizas y su vigencia para acabar dando por sentado, pura y simplemente, que dicha sentencia no ha respetado el contenido contractual, sin añadir argumento alguno destinado a rebatir los fundamentos de la propia sentencia sobre la falta de cobertura del seguro de vida por razones temporales.

CUARTO.- El óbice de admisibilidad alegado por la parte recurrida no se acoge porque, aun cuando iertamente el único motivo del recurso cita de forma indiscriminada no diecisiete sino hasta diecinueve normas como infringidas, prescindiendo el recurrente de exponer la relación entre todas ellas pese a su distinto contenido, del mismo modo que también prescinde de razonar la contravención de la jurisprudencia que asimismo reprocha a la sentencia impugnada, ya que ni tan siquiera indica someramente cuál sería la doctrina común de todas las sentencias que cita, el motivo en su conjunto permite entender que lo planteado por el recurrente es la infracción de los arts. 100 y 83 de la Ley de Contrato de Seguro sobre el seguro de accidentes y de vida, respectivamente, según su interpretación por la jurisprudencia de esta Sala, especialmente la contenida en las sentencias de 14 de junio y 23 de diciembre de 1999 que aplicó la sentencia de primera instancia.

QUINTO.- Examinado el único motivo del recurso desde la antedicha perspectiva, se desestima por las siguientes razones:

1ª) La jurisprudencia representada por las referidas sentencias de 14 de junio y 23 de diciembre de 1999 (recursos nº 3545/94 y 1365/95 respectivamente) no ha podido ser infringida por la sentencia impugnada ya que ambas trataron del momento atendible para determinar la cobertura de un seguro de accidentes, situándolo en el del accidente mismo y no en el de la posterior declaración de invalidez permanente, pero siempre desde la consideración previa de que esta invalidez había sido consecuencia de un hecho calificado como accidente (caída en

el caso de la sentencia de 14 de junio y golpe en la cabeza en el caso de la sentencia de 23 de diciembre). Por el contrario la sentencia aquí impugnada no desestima la demanda, en cuanto al seguro de accidentes, porque la incapacidad del demandante se declarase después del período de vigencia de la póliza sino, muy claramente, porque el hecho determinante de dicha incapacidad no era incardinable en el concepto de accidente del art. 100 de la Ley de Contrato de Seguro ni en las ampliaciones de este mismo concepto en la póliza litigiosa.

2ª) La tesis del motivo de que el contagio del recurrente fue debido a su contacto diario con los grupos de riesgo en el desempeño de sus funciones como policía no se corresponde con los hechos que la sentencia recurrida declara probados, incurriendo así el motivo en el defecto casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión.

3ª) Incluso si el contagio se hubiera debido a esa causa, no por ello la enfermedad del recurrente, aun mereciendo la consideración de enfermedad profesional, habría tenido su origen en un hecho calificable de accidente según el art. 100 de la Ley de Contrato de Seguro o según la póliza litigiosa, pues como bien razona la sentencia recurrida no consta que el contagio tuviera una causa violenta súbita ni que la infección tuviera su origen en una mordedura, picadura o lesión accidental, ampliación o aclaración esta última del concepto legal de accidente contenida en el artículo 1.2 de las condiciones generales de la póliza litigiosa de seguro de accidentes.

4ª) La interpretación del contrato de seguro de accidentes y la aplicación del Derecho por la sentencia recurrida aparece refrendada por la posterior sentencia de esta Sala de 16 de enero de 2008 (rec. 5843/00), citada por la parte recurrida en su escrito de oposición y que, sobre un caso de enfermedad profesional por inhalación continuada de polvo con ferodos en el lugar de trabajo, descartó su origen accidental por haber sido resultado de un proceso paulatino y no desprenderse de las condiciones generales de la póliza entonces en cuestión que se hubiera querido corregir el concepto de accidente del art. 100 de la Ley de Contrato de Seguro, sino que la intoxicación se consideraba accidente solo si los gérmenes penetraban en el cuerpo con motivo de una caída involuntaria y las infecciones tenían la misma consideración si, de modo similar a lo previsto en la póliza aquí litigiosa, hubieran penetrado por lesiones sufridas en accidente.

5ª) En cuanto al seguro de vida, el motivo prescinde prácticamente por completo de rebatir los fundamentos de la sentencia impugnada sobre la falta de cobertura de la póliza litigiosa no por razón de la situación del recurrente y su causa sino por razones temporales de vigencia de la póliza en relación con el riesgo garantizado, que para la sentencia era la incapacidad o invalidez en sí misma y no la enfermedad que dio lugar a tal situación.

6ª) En consecuencia, no se aprecia que la sentencia recurrida haya infringido ninguna de las normas citadas en el motivo, pues lo cierto es que sus fundamentos se ajustan al criterio de la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 1996 (rec. 3314/92), expresamente aplicado por el tribunal sentenciador, según el cual en caso de incapacidad causada por enfermedad la fecha determinante de la cobertura del seguro de vida con garantía complementaria de incapacidad o invalidez es el de la declaración de estas situaciones, no el de la enfermedad que las originó. Cuestión distinta es que, mediante un motivo específico centrado en la interpretación de la póliza del seguro de vida, se hubiera profundizado en determinadas cláusulas que, puestas a su vez en relación con la póliza que sustituyó a la litigiosa, concertada con otra aseguradora que no ha sido parte en este litigio, condujeran a una solución diferente, pero no ha sido este el planteamiento del recurso y por ello esta Sala no puede abordar tal cuestión sin una base probatoria suficiente y corriendo el riesgo de causar indefensión a la parte recurrida.

SEXTO.- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la parte recurrente. 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 el demandante D. Desiderio, representado ante esta Sala por el Procurador D. Manuel Infante Sánchez, contra la sentencia dictada con fecha 29 de julio de 2005 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra en el recurso de apelación nº 120/05.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- E imponer las costas a la parte recurrente.

Nos encontramos ante una Sentencia de gran relevancia, al tratar dos asuntos que generan diversidad de opiniones en la Doctrina y Jurisprudencia actual. En primer lugar analiza el significado y amplitud del concepto “accidente” contenido en el artículo 100 de la Ley de Contrato de Seguro, que tantas veces es confundido y mal interpretado por la jurisprudencia de los tribunales menores. Recordamos la expresión literal del citado artículo para sentar las bases del presente comentario: “se entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte”. Hecha esta puntualización, descubrimos con la lectura de esta resolución, que la interpretación de la Sala del concepto “accidente” es una interpretación literal del término, puesto que limita los casos en los que podemos hablar de accidente en el ámbito de la Ley de Contrato de Seguro. Así, a pesar de tratarse de un supuesto de hecho en el que la enfermedad fue contraída en el desempeño de la actividad laboral del recurrente de forma fortuita, no se considera accidente por no haber sido adquirida como consecuencia de una mordedura, picadura o lesión accidental.

Traemos a colación solo a título ilustrativo, la discusión jurisprudencial existente en considerar o no, enfermedades como un “infarto” accidente a los efectos de la Ley de Contrato de Seguro. Esta discusión, que parece haber concluido, llega a su término entendiendo en primer lugar, que en dichos supuestos la muerte está causada por una acción lesiva, violenta y rápida, por lo que la jurisprudencia ha declarado que, además de poder ser consideradas accidentes acciones con una causa violenta y súbita, también se puede, considerar aquellas que son violentas, por su eficacia lesiva, como la asfixia o el infarto agudo de miocardio (que tiene síntomas como episodios bruscos de dolor en el centro del tórax y disnea). En segundo lugar, la definición de accidente, dice también que la lesión ha de ser externa, es decir, la lesión corporal debe tener su origen en una causa diferente a un padecimiento orgánico creado por una enfermedad, cosa que se cumple en el caso de que el infarto esté causado por stress. Y, por último, la lesión corporal es ajena a la intencionalidad (conducta dolosa) del asegurado. Por todo ello, habrá ocasiones en las que se cumplan los presupuestos expuestos y tengamos que considerar patologías como los infartos “accidentes” a los efectos de la Ley de Contrato de Seguro.

No podemos dejar pasar la ocasión, para comentar las diferencias existentes entre la Sentencia objeto de este comentario con las dictadas por esta misma Sala el 14 de junio y 23 de diciembre de 1999, que fueron alegadas por la parte recurrente, de manera desafortunada, y que a pesar de parecer totalmente coincidentes con la “questio facti” relatada,

Se entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal, permanente o muerte

Son del todo diferentes. A pesar de la conclusión a la que llegan (“Esta era la aseguradora cuyo contrato estaba vigente al tiempo de producirse la caída que fue origen de la incapacidad, es decir, el hecho generador de la misma, el evento que constituyó el riesgo objeto de cobertura, como dice el artículo 1 de la Ley citada del seguro y que cuando se produjo, provocó la incapacidad o baja laboral del asegurado que, sin solución de continuidad, terminó con la declaración de incapacidad total permanente del asegurado, declaración, no constitución, de la incapacidad”), lo cierto es que no tienen nada que ver con lo ocurrido al recurrente, y ello, porque en este caso se desestima el recurso por el propio contenido de la póliza objeto de debate, cuya cobertura se fijaba en el momento de la declaración de incapacidad o invalidez y no en el momento del accidente, como ocurría en los supuestos de hecho de las Sentencias alegadas.

COMENTARIO

La resolución que nos ocupa, no la podemos catalogar como pionera ni novedosa en la materia, puesto que nuestro Tribunal Supremo ya ha tenido en varias ocasiones la oportunidad de pronunciarse sobre el concepto de "accidente". Lo dejó claro en la Sentencia de 16 de enero de 2008, que en un caso muy similar, también desestima el recurso por entender que el origen de la enfermedad no era consecuencia de un accidente, estableciendo: "no parece razonable la interpretación que asimila la "enfermedad profesional", al accidente descrito en el artículo 100.1, en cuanto que éste exige, además del carácter externo de la lesión corporal, que derive de una causa violenta y súbita. El artículo 100 comienza diciendo que "sin perjuicio de la delimitación del riesgo que las partes efectúen en el contrato", queriendo hacer referencia en este caso, como en general en otras modalidades del contrato de seguro, que la delimitación del riesgo no es simplemente obra de la Ley, sino de la voluntad de las partes, que efectúan esa delimitación tanto casual, espacial, como temporalmente. Delimitación que, por supuesto, ha de estar contenida dentro de los términos de la propia Ley".

El segundo de los argumentos alegados por la parte recurrente también fue desestimado por la Sala, que como bien dice, no puede tenerse en cuenta para considerar el momento de la cobertura de la póliza, el momento del contagio de la enfermedad, sino el momento de la declaración de incapacidad o invalidez por la autoridad competente, y todo ello porque el riesgo garantizado en la póliza era la declaración de esas situaciones y no el nacimiento de la enfermedad que dio lugar a tal situación. Sin embargo, la Sala, al finalizar su tesis deja abierta una puerta que no debió sentar nada bien a la parte recurrente, al declarar que si el recurso se hubiera planteado de manera diferente, si podría haber prosperado, ya que al parecer hubo otra póliza que sustituyó la que ocupa el procedimiento y si se hubieran puesto en conexión tal vez el resultado hubiera sido diferente.

Esta Sentencia constituye una herramienta clave para el estudio y trabajo de asuntos similares, ya que los dos motivos en los que se funda la misma para la desestimación del recurso tienen gran relevancia práctica

Esta Sentencia no la podemos catalogar como pionera ni novedosa en la materia, ya que nuestro Tribunal Supremo ya había tenido la ocasión de declarar su opinión sobre el concepto de "accidente", así lo dejó claro en la Sentencia de 16 de enero de 2008, que en un caso muy parecido también desestima el recurso por entender que no era consecuencia de un accidente el nacimiento de una enfermedad

La Sentencia de 2 de marzo de 2011 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituye una herramienta clave para el estudio y trabajo de asuntos similares, puesto que los dos motivos en los que se funda para la desestimación del recurso tienen gran relevancia práctica, por lo que a partir de este momento no se debe plantear la duda de qué es un accidente a efectos del seguro

de accidentes. De igual manera, debemos interpretar cuidadosamente el clausulado de la póliza de este tipo de seguros, para no confundir el momento a tener en cuenta para fijar su cobertura.

Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Límites en la investigación judicial en el delito contra la Seguridad del Tráfico. La protección de datos de carácter sanitario.

Auto de la Audiencia Provincial de Málaga,
de 14 de marzo de 2011.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando González Zubieta

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El recurrente que ejerce la acción penal, habiéndose reservado sus acciones civiles, pretende que el reconocimiento médico-forense del mismo se limite a los aspectos que se deducen de los arts. 149 y 150 del C. P. para permitir una calificación jurídica de los hechos denunciados, solicitando que el Sr, Médico-Forense no informe sobre los aspectos a los que se refiere la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor,

Procede analizar la pertinencia de ta solicitud.

Respecto al reconocimiento de José Jimenez por el Sr. Médico-Forense, en los casos de lesiones, conforme al artículo 350 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, le corresponde al médi-

co forense la asistencia facultativa del paciente, e incluso tendrá “la inspección o vigilancia que le incumben” cuando la asistencia facultativa la lleve a cabo otro facultativo designado por el interesado.

Por otro lado, no se alega por el recurrente una posible vulneración del derecho a su intimidad por la práctica del reconocimiento médico que, además, se presenta como inexistente, puesto que no consta que el reconocimiento deba efectuarse sobre partes del cuerpo que puedan afectar al pudor o recato de la persona y tampoco el acceso a datos privados ajenos a las propias lesiones, no advirtiéndose por último que pueda constituir el reconocimiento una injerencia desproporcionada para garantizar los fines del proceso.

Por lo tanto, dicho reconocimiento médico es procedente, máxime cuando una parte acusadora lo solicita para evacuar su calificación.

No obstante lo anterior, en el caso de que José Jimenez se negara a ser reconocido es evidente que no puede ser obligado a ello, pero también lo es que en ese caso esa negativa podrá y deberá ser tomada en consideración a la hora de valorarse las pruebas sobre sus lesiones y secuelas al haberse privado injustificadamente a las partes procesales de poder someter a contradicción las pruebas en las que se sustenta la acción penal que ejercita. Y todo ello, sin perjuicio, claro está, de que el informe que se precisa del Sr. Médico-Forense se realice por este en base a la documental médica que obra en la causa, o, de no obrar, que la misma -la historia clínica- se reclame a dicho fin.

Es indudable que los datos contenidos en una historia clínica comprometen la intimidad de la persona a la que se refiere, razón por la cual la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, reconoce expresamente el derecho que tiene toda persona a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a los mismos sin previa autorización debiendo precisamente los centros sanitarios ser quienes garanticen esa confidencialidad, una confidencialidad que no puede ceder más que en aquellos casos en los que está debida y legalmente justificado.

El apartado 3 del artículo 16 de la Ley 41/2002 establece que “... [el] acceso a la historia clínica con fines judiciales... se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Pro-



La Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, reconoce expresamente el derecho que tiene toda persona a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud



Los datos de carácter personal objeto del 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 interesado

tección de Datos de Carácter Personal”. Esta Ley en su artículo 11,1 establece que “los datos de carácter personal objeto del 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 interesado”. Ese consentimiento, sin embargo, no será preciso, entre otros supuestos “cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas...” (artículo 11.2.d).

El derecho a la reserva de los datos contenidos en la historia clínica no es, pues, absoluto e ilimitado, sino que cabe su revelación en aras de un interés preferente, como puede ser el de la resolución de un conflicto judicial si requiere el conocimiento de aquéllos y sólo respecto de la información precisa para la decisión del caso.

Permitir el acceso al Médico-Forense de datos de la historia clínica del lesionado, a fin de poder comprobar las limitaciones físicas y funcionales de una persona en las que se sustenta la acción penal y poder someter esa información a la valoración de las partes procesales, constituye una exigencia del principio de contradicción, y negar tal acceso al dicho profesional supone desconfiar caprichosamente de la profesionalidad y honradez del médico forense, pues tal acceso se limita a aquellos datos relacionados con el objeto del enjuiciamiento y que sean necesarios para el estudio de la cuestión controvertida.

Procede por tanto estimar procedente la práctica de la prueba cuestionada por el recurrente, ahora bien partiendo de que en el procedimiento penal no se resuelve la responsabilidad civil respecto del mismo, no sólo respecto a su existencia sino también a su extensión y cuantía, el informe a emitir por el Sr. Médico-Forense no debe abordar aspecto alguno relacionado con la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, absteniéndose de valorar o puntuar las limitaciones físicas y funcionales -conforme a dicha Ley- que aprecie en el paciente.

Vistos, además de los citados, los preceptos legales de general aplicación

LA SALA ACUERDA

DISPONEMOS: Que debíamos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación, que se detalla en los hechos de esta resolución



Interpuesto en contra de la Providencia dictada en la Diligencias Previas nº 1695/08 del Juzgado de Instrucción nº. 3 de Torremolinos el día 11 Agosto de 2.010, y en contra del auto resolutorio del recurso de reforma de fecha 13 de Diciembre de 2010, CONFIRMÁNDOLO, debiendo excluirse del informe a emitir por el Sr. Médico Forense toda valoración o puntuación de las limitaciones físicas y funcionales que de conformidad con la

Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor apreciaré en el paciente, declarando las cosas de este recurso.

Notifíquese esta resolución al recurrente y al Ministerio Fiscal, y remítase testimonio de la misma al Juzgado de Instrucción nº 3 de Torremolinos, para su ejecución y cumplimiento, ya que no es susceptible de más recursos

Conseguir armonizar el Derecho de Protección de Datos de Carácter Personal con la obligación de investigación judicial es en ocasiones complicado. Sobre todo si como norma general se permite de manera ilimitada al Órgano jurisdiccional la posibilidad de acceder a los antecedentes médicos personales de la víctima de un accidente de tráfico.

Como norma general el artículo 7 de 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 indica:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes”.

Norma que se entronca con la finalidad perseguida en la custodia del material sanitario y en especial del Historial Médico del paciente, cuyo objeto viene definido en el apartado 1º del mismo articulado cuando indica expresamente que dichos datos servirán únicamente para obtener la máxima integración de la documentación clínica de cada paciente, finalidad evidentemente médica y no judicial.

Tanto la ley de Protección de Datos como la de Protección del paciente tienen su amparo en el artículo 18.1 de la Constitución Española, y no solo garantizan la restricción de acceso ilimitado al Historial Clínico del paciente, sino que circunscriben el objeto de estudio a lo estrictamente necesario en relación al supuesto que se trate de enjuiciar, de tal manera que se pueda conjugar el derecho a la intimidad con el deber de investigación de los órganos jurisdiccionales.

Así la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal establece en su artículo 11.1 que “Los datos de carácter personal objeto del tratamiento solo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones del cedente y del cesionario y con el previo consentimiento del interesado”. Ese consentimiento, sin embargo, no será preciso, entre otros supuestos “cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, al Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas” (art. 11.2 d).

Por su parte y de manera mas precisa, el apartado 3 del artículo 16 de la Ley de la ley 41/2002 del Derecho del paciente indica expresamente:

Artículo 16. Usos de la historia clínica. 3. El acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Penal) y al hilo de lo anteriormente manifestado, ha dictado este Auto que comentamos, que de alguna manera satisface una vieja aspiración de algunos abogados especialistas en esta nuestra materia, y en supuestos en el que concurre junto al siniestro la propia responsabilidad Civil del accidente con la de la investigación del delito, centrado éste en los supuestos de enjuiciamiento de los delitos contra la Seguridad del Tráfico y en concreto en la Alcoholemia.

COMENTARIO

Resultaba paradójico desde el punto de vista procesal y, en algunos casos contrario a los intereses del cliente, que cuando el Ministerio Forense recibe el encargo por parte del Juzgado Instructor de realizar una investigación sobre el alcance lesional del paciente accidentado en asuntos de alcoholemia, ciñera su Informe única y exclusivamente al baremo del RD 8/2004, aplicando el mismo tal y como si de un accidente al uso se tratara, estableciendo en dicho Informe los días improductivos, los puntos de secuelas y la incapacidad (si esta existiera).

Y es que en estos casos, lo relevante no es la determinación de las circunstancias antes mencionadas, sino que es únicamente el determinar el tipo de lesión, precisamente para encuadrarla dentro de los subtipos delictivos que se recogen en los artículos 149 y 150 del Código Penal.

Efectivamente el Artículo 382 del Código Penal indica que:

“Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado”.

Esto quiere decir que, para determinar el tipo delictivo en los supuestos en que junto al siniestro con lesiones concurre la alcoholemia, es preciso analizar si las lesiones producidas por el siniestro:

- Suponen una pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, de un sentido, la impotencia, esterilidad, una grave deformidad o una grave enfermedad somática (art. 149 del Código Penal).
- O bien supone únicamente la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal o una deformidad (artículo 150 del mismo Cuerpo Legal).

Precisamente para concretar el subtipo con el que basar la acusación penal y encuadrarlo en una u otra pena, por lo que la determinación de la puntuación lesional, la determinación de los días de curación y por último la determinación de las posibles incapacidades establecidas en el ámbito de la ley de Responsabilidad Civil, supondría una extralimitación del deber investigador que faculta a los investigadores de causas criminales al amparo del artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infringiendo abiertamente el derecho y respeto a la intimidad del paciente que en este caso se ha visto perjudicado por accidente con alcoholemia.

El supuesto planteado en el recurso se trataba de un accidente en el que fallecieron cinco pasajeros de un autobús y en el que se investigaba la influencia de la impregnación alcohólica descubierta al causante del siniestro. El recurrente era precisamente el conductor del autobús siniestrado, quien resultó gravemente herido.

Tras su personación en los autos penales, la víctima se reservó expresamente la acción civil, entablándola toda vez fue dado de alta contra la Compañía de Seguros que aseguraba el vehículo causante del siniestro. El accidentado, que seguía ejercitando la penal, supeditó su examen forense a que se determinase exclusivamente el tipo delictivo sin alusiones a la ley de Responsabilidad Civil, siendo desestimada su petición por el Juzgado Instructor de la causa.

En un escueto párrafo último, la resolución antes aludida emitida por la Sala de Málaga estima el recurso planteado por el recurrente y, amparándose precisamente en los preceptos antes aludidos, ordena que en el “informe a emitir por el facultativo forense, no se aborde aspecto alguno relacionado con la Ley sobre Responsabilidad Civil Y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, absteniéndose de valorar o puntuar las limitaciones físicas y funcionales que -conforme a dicha ley- apreciase en el paciente”, por lo que de manera loable armoniza el deber de investigación con el derecho de protección de datos a los que antes nos hemos referido.

De esta manera además, el lesionado no tiene por que encontrarse supeditado a la valoración del Ministerio Forense para la determinación de su indemnización en vía civil posterior, con lo que su derecho a defensa se verá engrandecido en esta vía con la aportación, como punto de partida, de un informe pericial emitido por perito de su confianza.

perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes

“... ambas partes coinciden en que la demandante abonó la cantidad reclamada a La Almoraima S.A, indemnizando según contrato de seguro los daños sufridos en su finca de Castellar de la Frontera (Cádiz), dedicada a la fabricación de corcho, por un incendio ocurrido el 11 de agosto de 2002, originado junto a la valla de la finca, en el pk. 80.300 de la Carretera A-369 perteneciente a la Junta de Andalucía. El incendio se produjo... por una colilla arrojada a la cuneta por un conductor, que incendió el matorral de la cuneta, y desde donde el fuego se comunicó al matorral contiguo de la finca a través de la valla de tela metálica, afectando a las instalaciones, maquinaria y corcho almacenado. Considera la demandante que, si bien el causante del incendio fue un tercero que arrojó la colilla, el incendio se produjo porque la cuneta no había sido conve-

Sirva el presente como “aviso a navegantes” de que soplan malos vientos para quienes desoigan la advertencia contenida en el Art. 45.2 d de la LJC-A obligando a las personas jurídicas a acreditar el pertinente acuerdo en el que se revele la voluntad societaria de accionar. La consecuencia puede ser tan grave como que una conocida aseguradora que había conseguido que la Sala Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía condenase a indemnizarle en 2.000.000 euros, vea “volatilizarse” esta indemnización al anularse la sentencia que se la concedió, por la falta de acreditación, e inadmitiendo el recurso en el que se había dictado. Es la Sentencia de 16 de marzo de 2011 de la Sección 3ª de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo

nientemente limpiada de hojarasca y matorrales secos por la Consejería”.

“... la sociedad recurrente no aportó junto a lo anterior “el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado” tal y como

dispone el Art. 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción. Ese acuerdo no se acompañó con el escrito de interposición y no se había incorporado al poder que acreditaba la representación con que comparecía. “... el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo”.

Diríase que con el buen tiempo llegan las prácticas marítimas -de la navegación y el submarinismo- y con estas el riesgo; y para encauzar unas y otro, hacia el actual retorno a la culpa como elemento inexcusable de la responsabilidad, surge la sentencia número 139/2011, de 14 de marzo, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuyo ponente es el Excelentísimo Sr. Xiol Ríos:

“Responsabilidad del piloto de la embarcación por omitir la diligencia exigida por las circunstancias.

De esto se sigue que, al margen de cómo se distribuya la carga de la prueba, la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culpable a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio, eso sí, de que, en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta.

En esta línea se enmarca la STS de 21 de mayo de 2009, RC n.º 2005/2004. En ella se afirma que ni siquiera la obligatoriedad del aseguramiento determina la presencia de un sistema de responsabilidad civil objetivo puro que permita fundarla exclusivamente en el resultado o en el riesgo creado al margen del elemento culpabilístico, siendo necesario la acreditación de la culpa o negligencia del asegurado...

También desde la perspectiva causal, de la imputación objetiva del daño al comportamiento negligente del agente, la existencia de un riesgo superior al normal se traduce en un mayor esfuerzo de previsión, en una diligencia extrema adecuada a las circunstancias, y por ende, en la necesidad de que se adopten las medidas necesarias, de tal manera que no hacerlo permite atribuir el



resultado producido a dicho agente, y tener por existente el nexo causal tanto desde el punto de vista físico como desde el jurídico

... Ciertamente, quien conduce una embarcación, habida cuenta del específico y extraordinario riesgo creado por su conducción - mayor que el propio de la práctica del submarinismo desde el momento que el deportista asume su propia puesta en peligro mientras que de la conducción de un barco se deriva un peligro para bienes ajenos-, debe agotar la diligencia que le marcan las circunstancias en aras a evitar un accidente con otras embarcaciones o con bañistas.

Por el principio de facilidad probatoria, el cumplimiento de ese deber de diligencia corresponde acreditarlo a quien patronea la embarcación.

... la embarcación circulaba a una velocidad elevada (no menos de diez nudos) y por una zona que, aún fuera de la acotada, seguía encontrándose relativamente próxima a la costa (a una distancia de 100 a 150 metros), donde había calas y playas cercanas, era posible el submarinismo, y en la que, atendiendo al día, hora y época del año (mediodía de un domingo del mes de agosto, época vacacional), resultaba, asimismo, presumible, una notoria afluencia de bañistas.”

Si en su momento, hubimos de ponderar la trascendencia del Auto de 2 de Noviembre de 2010 dictado por la Sala Primera del Tribunal Supremo –ponente Excmo. Sr. Xiol Ríos- resolviendo recurso de queja afirmando la subsanabilidad de la falta de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional 15ª de la L.O 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, apartado 7º de la LO 1/2009, de 3 de noviembre, –sentencia cuya lectura y utilización recomendamos vivamente- no deja de complementarla el Auto número 197/2010, de 21 de Diciembre, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, acordando elevar al Pleno del Tribunal Constitucional cuestión interna de inconstitucionalidad respecto del Art. 35, apartado 72, de la Ley 53/2002 de medidas fiscales, administrativas y de orden social, igualmente relativo a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que significa no permitir la subsanación del requerimiento del pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

“Esta segunda perspectiva de la cuestión, esto es, la que sitúa la lesión en el la misma ley como consecuencia de la configuración del pago del tributo

como un presupuesto necesario para la admisibilidad del acto procesal gravado con el mismo, es la que se contempla en las cuestiones de inconsti-

tucionalidad núms. 647-2004, 1389-2005 y 1584-2005, todas ellas admitidas a trámite por este Tribunal por considerar que la duda de constitucionalidad planteada por los órganos judiciales correspondientes no resulta manifiestamente infundada. En consonancia con ello la Sala estima que procedería la estimación de la demanda de amparo por colisión del Art. 35, apartado 7.2, de la Ley 53/2002, de medidas fiscales administrativas y de orden social, con el art. 241 CE, en cuanto el pago del tributo configurado en ella se torna en un obstáculo insalvable y desproporcionado para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva. De ahí que resulte procedente elevar al Pleno del Tribunal cuestión de inconstitucionalidad sobre el indicado precepto legal”.

Hallándose, como se halla, en el punto de mira no solo informativo, sino de la preocupación de múltiples familias y entidades, el Grupo Nueva Rumasa, no deja de ser significativo, el contenido de la sentencia N° 145/2009, de 1 de Diciembre, de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid –Ponente Don Miguel Hidalgo Habia- con condena por insolvencia punible:

“El 13-11-1998 Nueva Comarcal de Reus, S.L., adquiere todo el patrimonio de la Cooperativa Comarcal de A de Reus por un precio de 240.000.000 de pesetas, quien la vendía en la creencia de que la compradora continuaría su actividad empresarial, haciéndose cargo tanto de su activo como de su pasivo. Propósito que no respondía a la realidad perseguida por Nueva Comarcal de R, S.L., integrada en el holding o grupo Nueva Rumasa, también conocido por grupo Ruiz Mateos, que no era otra que, de un lado, enajenar el patrimonio inmobiliario, pasando los inmuebles a otras empresas del referido grupo y, de otro, vendiendo otros, en concreto los que se relacionaban direc-



tamente con la actividad de explotación que había llevado a cabo la cooperativa de avicultura antes expresada, a terceros interesados en continuar dicha explotación.

Se trata, pura y simplemente, de una enajenación efectuada en fraude de acreedores, tal como explicitó en juicio el Comisario de la quiebra. Precizando que, por ello, se inició por la Sindicatura de la quiebra acciones de nulidad para obtener la reintegración de las fincas enajenadas a la masa de la quiebra, cuya retroacción se fijaba a fecha 4-9-1999.

Es más, se trata de una acción de expolio de la Cooperativa Comarcal de A de Reus por parte del Grupo Nueva Rumasa, quien, aprovechando la situación de crisis de aquella, efectuó los actos que se dejan descritos en el relato de hechos probados de esta sentencia y que responden a una mecánica de actuación de tal grupo empresarial que, en síntesis, es la siguiente:

- Aproximación y contacto de miembros del grupo con responsables de una sociedad o entidad en dificultades económicas (Cooperativa Comarcal de A de Reus).

- Bajo la apariencia y rótulo de "compraventa de negocio y actividad", se hace creer a la entidad en crisis que "los salvadores" asumirían la gestión del activo y del pasivo, en este caso la cooperativa referenciada, y el compromiso de hacerse cargo de todos los trabajadores de la plantilla.

- Se prepara la compra de la entidad en crisis, para ello se saca el grupo "del armario" una de tantas sociedades creadas tiempo antes, inactivas y a la espera de usarlas para la expoliación pretendida (Comercial C, S.A.).

- Como la sociedad escogida (Comercial, S.A.), tiene un capital social de 3.000.000 de pesetas y que le impide formalmente afrontar la compra pretendida, se modifica su capital social que pasa a ser de 300.000.000 de pesetas, se la transforma en S.L. y se la pone una denominación que sugiera la continuación de la que se va a adquirir, en este caso Nueva Comarcal de R frente a la cooperativa Comarcal de A de Reus.

- Se efectúa la compra del activo y pasivo de la entidad en crisis por 240.000.0000 de pesetas y poco después se venden sus activos principales por 1.251.549.702 de pesetas a una nueva sociedad del grupo (A P, S.L.), quien a veces conserva lo adquirido, otras veces procede a otra pronta venta a otra sociedad del grupo (L B,S.L.) y otras vende a terceros de buena fe.

- La sociedad ya descapitalizada (Nueva Comarcal de R, S.L.) insta la suspensión de pagos a fin de que no pueda atribuirse a su administrador que no pone en conocimiento de la Autoridad Judicial la situación de crisis en que se encuentra.

- Se busca a continuación, e incluso a veces antes de la solicitud de procedimiento concursal, un personaje que aparezca como nuevo administrador dentro de dicho procedimiento (O), generalmente bien curtido en papeles semejantes (hoja penal folios 128 y 129).

- Con la peculiaridad en el caso de autos de que, poco después de simplemente admitirse a trámite la suspensión de pagos (8-10-1999), A P, S.L., vende el matadero y la fábrica de piensos a don M, quien los adquiere a través de sus sociedades E, S.A., y B, S.L. Arrendándolas éstas a Nueva

Comarcal de R, S.L., a fin de crear la apariencia de que es ésta la que continúa la explotación empresarial, cuando en realidad quien lo hace es el señor Maximino, el cual confía en reflotarla, pero escaso tiempo después, pese a su experiencia en el sector cárnico, dueño como era de "L C C, S.A., fracasa en su intento dada la carencia de recursos financieros y falta de crédito de Nueva Comarcal de R, S.L., a la que se la descapitalizó y vació patrimonialmente, dejándola abandonada a su suerte en el procedimiento primero de suspensión y luego de quiebra.

Relación del grupo Nueva Rumasa que explicitó en juicio el comisario de la quiebra, significando que cuando la sindicatura y él buscaban acuerdos transaccionales... tuvieron que entrevistarse con dos responsables del grupo Nueva Rumasa. Y tan evidente es esa vinculación que el acusado E., ..., indica que "fue removido por los accionistas de Nueva Rumasa".

...no sabe concretar si fue él, o no, el que instó la suspensión de pagos, ni a quien se vendió antes los inmuebles de Nueva Comarcal de R, S.L. Añadiendo que "lo único que hizo era firmar".

No se nos oculta el carácter de testaferro u hombre de paja del acusado en manos de la maquinaria "Nueva Rumasa", pero no empece su responsabilidad criminal como autor, pues, sin perjuicio de la que puedan tener otros, participó en la comisión de los hechos de manera material, voluntaria y directa, ejecutándolos con conocimiento (se declara empresario) de su alcance, significación y transcendencia, aún cuando sirviera a los intereses del grupo y con ello a su interés directo".

Es interesante la Sentencia Nº 212/2010 de 13 de Octubre del Juzgado de Primera Instancia Nº 12 de Valencia, decidiendo una actuación de Popular Banca Privada, –respecto de Lehman Brothers– y la protección del actor, un inversor con nivel de protección máxima como “cliente minorista”.

“Se ejercita por los actores acción de indemnización de los daños sufridos por el incumplimiento por parte del Banco demandado de los deberes que le obligaban en la relación contractual que le unía con aquellos, y en concreto los deberes de información, asesoramiento diligente y lealtad (art.1101 Cc).

Se comparte por esta Juzgadora la reciente Sentencia dictada Juzgado de Primera Instancia nº 1, Madrid, S 2-9-2009, nº autos 3/2009. Pte: O’Connor Oliveros, Mª Elena, que diferencia dos momentos distintos, uno en el momento de la compra de los bonos y otro a causa de los rumores generalizados acerca de los problemas financieros de la entidad Lehman Brothers durante el verano de 2008.

Por lo que la calificación jurídica de la relación contractual le resultaría perfectamente aplicable la denominación apuntada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo dentro de lo que denomina “gestión asesorada de carteras de inversión” conforme SSTS 11.06.98 y 30.01.2003, y no una simple intermediación y depósito de productos como sostiene la demandada.

... se ha acreditado la negligencia o la mala praxis profesional de PBP, puesto que no informó correctamente quién era la entidad emisora ni que bonos compraba en concreto ni que riesgos entrañaba. Ello obviamente ha producido unos daños y perjuicios en la parte actora no profesional del mundo financiero, que de



haberlo conocido no los hubiera comprado por cuanto quería rentabilidad pero no riesgo

... tienen una clasificación de clientes minoristas lo que les otorga un nivel de protección máximo.

Conforme a esa normativa se define esa actividad de asesoramiento como la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, ya sea a ini-

ciativa de éste o de la empresa de inversión, y puede consistir en una recomendación no solo para comprar un producto sino también para mantenerlo o venderlo. Ese consejo personalizado que supone el asesoramiento financiero es lo que hace que las normas de conducta y lealtad que se exigen las entidades que lo prestan, sean mucho más estrictas que en caso de servicios accesorios (que es lo pretendido y defendido por la demandada).

Con frecuencia, por distancia, o desconocimiento se mantiene la creencia de que en el entorno militar, en esa jurisdicción, o en la contencioso administrativa a aquel referente, de un lado, no es reconocido el acoso laboral, y de otro, no es resarcido en términos de reparación integral; para demostrar lo contrario, sirva la sentencia N° 1348/2011, de quince de Marzo, de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso, del Tribunal Supremo:

“De un lado, porque aquellas notas específicas que acabamos de referir, así como el carácter o naturaleza jurídica de causa de exclusión de una indemnización en principio debida que tiene el componente del enriquecimiento injusto, requieren la demostración de que la exigencia de reparación integral quedó cumplida o satisfecha con el devengo de la pensión extraordinaria reconocida. Lo cual es algo distinto, algo más, en cuanto afirmación positiva, que la de sentido negativo con la que se conforma aquella Sala al decir que no se ha probado la insuficiencia de la repetida pensión. Siendo también lógica consecuencia de lo anterior la de imponer a la Administración demandada la carga de probar el hecho positivo de que sí se produce con la pretensión deducida aquel enriquecimiento, y no al perjudicado la carga de acreditar el hecho negativo inverso.

Y de otro y sobre todo, porque al fijarse sólo, y con el limitado alcance con que lo hace, en aquellos cuatro aspectos, omite dicha Sala la toma en consideración de otros, y en particular de tres, cuya valoración lógica impedía tener por acreditado que la pensión extraordinaria reconocida cubra la totalidad de los daños causados al actor.

Uno es el dilatado espacio de tiempo en que hubo de soportar aquel acoso laboral que la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 no duda en calificar como un supues-



to de mobbing, que cabe entender que se remonta como poco, a la vista de ella y de la documentación obrante en el expediente administrativo, al año 2002, en cuyo mes de junio ya le es diagnosticado “trastorno de ansiedad”; con el consiguiente sufrimiento prolongado, de no escasa entidad dada la enfermedad en que desembocó. Espacio temporal de daños psíquicos que no cabe tener por reparados con la pensión extraordinaria que le es abonada con efectos desde el día primero del mes de mayo de 2005.

Otro es el informe médico emitido en el año 2004 para evaluación de condiciones psicofísicas, que habla de que se mantiene una sintomatología ansioso-depresiva, “con evolución negativa y no previsible recuperabilidad”; dato, este último, que priva de sustento a buena parte de lo que relata la sentencia de instancia cuando se refiere al cuarto de aquellos aspectos.

Y un tercero, que consiste en la percepción de lo que comporta la patología diagnosticada (trastorno de adap-

tación mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo, crónico, reactivo a situación de conflicto en medio laboral), pues la ciencia psiquiátrica suele asociar a esa patología un estado de gran tristeza, hasta el punto de ser esos los términos que buena parte de aquélla utiliza para definir la enfermedad de la depresión, lo cual se ve confirmado también en el informe médico-pericial obrante en autos, en el que, entre otros extremos, se lee que el actor manifiesta tristeza, restricción de su vida afectiva, apatía, reducción acusada del interés en realizar

actividades que antes le resultaban placenteras, abandono de sus tareas habituales y su cuidado personal, aislamiento social, sensación de despego frente a los demás y búsqueda de soledad. Descripción que también deja sin sustento lo que dice dicha sentencia en el inciso final del cuarto de aquellos aspectos.

Estimado por ello este recurso de casación... entendemos que la repetida pensión extraordinaria de clases pasivas no cubre o repara la totalidad del daño antijurídico causado al actor, debemos fijar

la indemnización que por el título jurídico de la responsabilidad patrimonial ha de percibir para satisfacer aquel principio o exigencia de la reparación integral.

En este punto, teniendo muy en cuenta lo que hemos dicho en el último párrafo del fundamento de derecho anterior, y sin dejar de ser conscientes del inevitable componente subjetivo que tiene la decisión que hemos de tomar, estimamos que una indemnización inferior a la suma de 130.000 euros dejaría de satisfacer aquel principio o exigencia”.

La Sentencia Número 121/2011, de 3 de marzo, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo establece -pese al “meritorio esfuerzo dialéctico del recurrente”- la responsabilidad civil subsidiaria el Art. 120.4 del C.P, descartando que una empresa de trabajo temporal, que no presta servicios, sino que cede trabajadores:

“Siendo suficiente a los efectos de declarar la responsabilidad civil subsidiaria que “exista una cierta dependencia, de modo que la actuación del primero esté potencialmente sometida a una posible intervención del segundo”. Así, se ha señalado (STS nº 51/2008, de 6 de febrero), que se admite “que en la configuración del primer requisito, la dependencia, se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito”

... no se exige que haya habido por parte del empresario culpa o negligencia... hoy ya es general y pacífica la tesis de que el fundamento del nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria encuentra en la teoría de la creación del riesgo, de manera que quien se beneficia de las actividades de otra persona, que de alguna manera puedan provocar un riesgo para terceras personas, también debe so-

portar las consecuencias negativas de las consecuencias lesivas de ese riesgo creado, y ello, incluso se ha declarado cuando la actividad desarrollada por el infractor no le reporte ningún beneficio al principia”.

... Es decir, la situación en la que uno encuentra una ventaja, justifica también que deba de hacer frente a los perjuicios que



se derivan de aquélla. En definitiva, se trata de una responsabilidad vicaria en la que se prescinde de toda referencia a la negligencia del principal en la elección de sus dependientes, bastando solo la realidad de la situación de dependencia”.

Se trata, en efecto, de dar prevalencia a la nota de dependencia del trabajador respecto de la empresa que le contrata y que se beneficia de su actividad laboral. Y en este sentido es claro que las empresas de trabajo temporal serán las responsables de los trabajadores que cedan temporalmente a otras empresas en una triple faceta. En primer lugar, porque el trabajador está vinculado laboral y contractualmente con la empresa de trabajo temporal. En segundo lugar, porque dicha empresa es la obligada a abonar el salario y las cuotas de la Seguridad Social del trabajador. Y en tercer lugar, porque la empresa de trabajo temporal es la única que tiene capacidad para sancionar y/o despedir al trabajador cedido en caso de comportamiento irregular del mismo (véanse arts. 11.1, 12, 15.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las Empresas de Trabajo temporal)”.

Sí, perplejos –porque, según titulares de prensa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, condena a España por lesión injustificada del Derecho a la Libertad de Expresión al Sr. Otegui Mondragón al pago de 20.000 euros en concepto de daño moral y 3.000 euros de costas y gastos– acudimos al texto de la Sentencia del TEDH, de 15 de marzo de 2011, se despeja toda duda, y, es que, “... en un debate público de interés general... el demandante... sí le está permitido recurrir a ciertas dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, ser algo inmoderado en sus declaraciones”, y el delito de injurias graves al Rey (Art. 490.3 Código Penal vigente) en que se basó la condena”. en principio no es conforme al convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”:

“... Durante una conferencia de prensa..., como portavoz del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak, expuso la valoración política que hacía su grupo de la situación del periódico Egunkaria.... Se expresó con estas palabras:

¿Cómo es posible que se fotografíen hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del ejército español, es decir, el responsable de torturadores y que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?”

Enjuiciada la cuestión por el TSJ^a del País Vasco fue absuelto, posteriormente condenado por el tribunal Supremo –con el beneplácito del Tribunal Constitucional– a la pena de un año de prisión, a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas, como autor criminalmente responsable de un delito de injurias graves al Rey; el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ordenó suspender la pena impuesta al demandante por el plazo de tres años. Según el Gobierno, el 16 de julio de 2009, la pena fue condonada.

“..., si bien es cierto que toda persona que participa en un debate público de interés general, como el demandante en este caso, está obligada a

no sobrepasar ciertos límites en relación, concretamente, con el respeto de la reputación

y los derechos ajenos, sí le está permitido recurrir a cierta dosis de exageración, incluso de



provocación, es decir, ser algo inmoderada en sus declaraciones...

... se trataba de declaraciones orales realizadas durante una rueda de prensa, lo que no dio al demandante la posibilidad de reformularlas, perfeccionarlas o retirarlas antes de que se hicieran públicas...

... El Tribunal constata además que, para condenar al demandante, los tribunales inter-

nos se basaron en el artículo 490.3 del Código Penal, precepto que concede al Jefe del Estado un mayor nivel de protección que a otras personas (protegidas por el régimen común de la injuria) o instituciones (tales como el Gobierno y el Parlamento) con respecto a la divulgación de informaciones u opiniones que les afecten.

... el Tribunal ya ha declarado que una protección ampliada en materia de ofensas mediante una ley especial no

es conforme, en principio, con el espíritu del Convenio.

... en lo que respecta al interés de un Estado de proteger la reputación de su propio jefe de Estado: tal interés no justificaba conferir a este último un privilegio o una protección especial frente al derecho a informar y expresar opiniones sobre él..."

Las expresiones empleadas por el demandante se referían únicamente a la responsabilidad institucional del Rey como jefe y símbolo del aparato del Estado y de las fuerzas que, según las declaraciones del demandante, habían torturado a los responsables del periódico Egunkaria.

... en las que las declaraciones en litigio se realizaron en el ámbito de un debate sobre una cuestión que presentaba un interés público legítimo, no consta justificación de la imposición de una pena de prisión. Por su propia naturaleza, tal sanción produce inevitablemente un efecto disuasorio, pese al hecho de que se suspendiera la pena del demandante. Si bien dicha medida pudo aliviar la situación del interesado, no eliminó su condena ni las consecuencias duraderas de cualquier inscripción de antecedentes penales.

B. Daño moral. El demandante reclama 30.000 euros por el daño moral sufrido.

71. El Tribunal estima que, en razón de la violación constatada, el demandante ha sufrido un daño moral que no puede reparar la mera constatación de violación que formula. Resolviendo en equidad, como exige el artículo 41 del Convenio, concede al demandante 20.000 euros en concepto de daño moral."



“... Que estos dos acusados han participado en la acción homicida realizando actos anteriores y simultáneos a la ejecución del hecho, como exige el art.29 del CP que ha favorecido la actuación del autor material. Así lo estiman los Jurados porque David y David están junto al autor material del homicidio desde el momento en que todos ellos son insultados por Álvaro Ussía al ser expulsado de la discoteca, los insultos de Álvaro son dirigidos a estos acusados también, quienes siguen a Antonio cuando éste empuja a Álvaro escaleras arriba y cuando llegan allí, se sitúan junto al agresor cuando éste tira al suelo a su víctima de una zancadilla, encontrándose allí David y David, e impiden que otras personas, como los testigos citados en el veredicto, acudan en ayuda de Álvaro Ussía, de este modo Antonio puede agredir a Álvaro y saltar con todo su peso sobre él con mucha más facilidad, porque los otros acusados están evitándole cualquier perturbación de quienes quisieran ayudar a la víctima, finalmente los tres juntos abandonan el lugar de los hechos”.

“... Es relevante y facilitador del ilícito la no evitación de la situación desencadenante del mismo y su presencia junto al autor principal, reforzadora

Sin duda, es demoledor el relato que se contiene en la Sentencia Nº 30/2011, de 28 de marzo de la Sección vigésimo tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, respecto del homicidio de Álvaro Ussía:



de La acción de aquél, dada la disponibilidad del recurrente a intervenir si fuera necesario. El aumento de la capacidad agresiva (superioridad personal) e incluso instrumental, sugería a la víctima la inutilidad de cualquier reacción defensiva. Así pues, la creación de la situación de conflicto y su mante-

nimiento en vista de las actitudes agresivas del grupo y los ánimos exaltados del mismo, así como el refuerzo material y moral a la acción ejecutiva del autor principal, permiten responsabilizar al recurrente en concepto de cómplice. Su contribución al hecho del otro fue eficaz...”.

Importante, en su firmeza, la Sentencia Número 183/2011, de 15 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, afirmando, la legitimación del tomador para reclamar la compañía aseguradora aún habiendo designado beneficiarios:

“En el sinalagma contractual la figura del tomador, en este caso, tomador-asegurado, tiene condición principal, en orden a la necesaria bilateralidad negocial, como titular del inte-

rés, objeto del seguro de daños concertado, sin perjuicio de la cesión que procede llevar a cabo del derecho a la indemnización, que sólo se presenta nítidamente como prestación

autónoma, adquirida por terceros, en los seguros de vida, conforme al artículo 88 de la Ley especial de Seguros (Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre 1994).”

entrevista a...



JOSÉ PÉREZ TIRADO

por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

En este número de nuestra Revista contamos con la colaboración de Don José Pérez Tirado, Abogado y Portavoz de las Asociaciones de Víctimas de Accidentes de Tráfico, las cuales comparten con nuestra Asociación muchos de los intereses y objetivos en relación a la regulación de la Responsabilidad derivada de Accidentes de Circulación, así como sobre la Valoración del Daño causado a las Víctimas de dichos accidentes.



¿Puede explicarnos en qué consiste ese Grupo de Asociaciones de Víctimas de Accidentes de Tráfico, de las cuales usted es el portavoz?

Desde hace muchos años, un grupo de Asociaciones de Víctimas de Accidentes de Tráfico han mantenido una lucha constante por la prevención de los accidentes de circulación y la reducción de la siniestralidad en nuestras carreteras y nuestras ciudades, y por ello, en esa constante lucha para mejorar la seguridad vial, han merecido estas Asociaciones el respeto y el agradecimiento de múltiples Organismos oficiales (Ministerio de Interior, Ministerio de Sanidad, Ministerio de Educación, Ministerio de Justicia, Fiscalía de Seguridad Vial, Dirección General de Tráfico, Ayuntamientos y Comunidades Autónomas), y también hemos mantenido una muy buena relación con el Sector Asegurador para conseguir entre todos que pudiéramos mejorar la seguridad en la conducción y pudiéramos reducir las víctimas que se producen cada año en nuestro país. Estas Asociaciones de Víctimas que más se han implicado en esta

preocupación social son AESLEME, APANEFA, ASPAYM, DIA, FEDACE, PAT-APAT, PREDIF, STOP ACCIDENTES y TRACE.

¿Cuáles son sus objetivos principales?

Hasta la fecha, han sido principalmente la prevención para evitar accidentes de tráfico, la concienciación a toda la sociedad de la importancia de luchar por la seguridad vial, y la ayuda a las víctimas de los accidentes de tráfico, pero en estos momentos, consideramos que habiendo conseguido una siniestralidad con niveles europeos, es decir, habiendo colaborado para reducir de forma muy importante las tasas de siniestralidad, ha llegado la hora de preocuparnos también por las futuras víctimas de los accidentes de tráfico para que tengan los mismos derechos y las mismas indemnizaciones que tienen las víctimas de los accidentes de tráfico en los países más avanzados de Europa, y para ello, estamos movilizándonos y participando activamente para poder influir y dar nuestra opinión en todas las reformas legislativas que puedan afectar a las víctimas de los accidentes de tráfico, ya sean reformas en materia penal, procesal, sanitaria o indemnizatoria, pues ha llegado el momento de que en España se oiga la “voz” de las Asociaciones de Víctimas y las futuras leyes cuenten también con la opinión de la parte más débil y perjudicada.

¿Puede resumirnos los aspectos más importantes de la propuesta presentada por ustedes en la Reforma al Sistema de Valoración de Daños que actualmente se está tramitando?

Debemos de expresar en primer lugar, nuestro agradecimiento, el de todas las Asociaciones de Víctimas, a la gran oportunidad que nos ha brindado la Dirección General de Seguros y el Ministerio de Justicia, para que pudiéramos participar en el Grupo de Expertos para la Reforma del Sistema de Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que normalmente denominamos “Baremo”, y poder aportar nuestra visión y todas las problemáticas que miles de familias y miles de víctimas nos han ido expresando a lo largo de los años sobre los cambios que son necesarios para tener una Ley que sea justa y razonable con los derechos de las víctimas.

Nuestros 10 principios fundamentales de esta Reforma son los siguientes:

1.- Potenciar la función social del Seguro Obligatorio que debe tener como fin primordial la protección y resarcimiento de las vícti-



mas, con un trato especial para los menores de 16 años, mayores de 70 años, incapaces y discapacitados, y colectivos vulnerables como peatones y ciclistas.

- 2.- Apoyar un Sistema de Valoración vinculante pero con tablas claras, sencillas y fáciles de interpretar, pero que se adecúen al caso concreto y que cumplan con el principio de la restitución íntegra.
- 3.- Separar claramente en las tablas la cuantificación del daño moral del daño patrimonial, y debiéndose incluir nuevos conceptos como los gastos de profesionales que requiere la víctima y que deben ser abonados complementariamente para no ver reducida su indemnización.



- 4.- Necesaria actualización de las cuantías indemnizatorias, que han quedado obsoletas, y que son totalmente insuficientes y devolver los IPC que fueron “olvidados” en los años 1995 y 1996, y ajustar el valor de los puntos y de muchos factores a la realidad social actual.
- 5.- Dar prioridad en la Reforma a los grandes lesionados y fallecidos con cargas familiares, pero sin olvidar a los demás lesionados, pues cualquier persona que sufre una lesión es víctima de un accidente.
- 6.- Considerar a las familias de fallecidos y de grandes lesionados como víctimas secundarias del accidente con derecho a ser indemnizados por gastos y perjuicios y a recibir tratamiento médico y psicológico si lo precisan.
- 7.- Potenciar la rehabilitación integral, que permita cubrir los gastos de asistencia en los Centros más especializados para la mejor recuperación y tener las más adecuadas ayudas técnicas (prótesis, sillas de ruedas, etc...) y evitar que muchas de las necesidades asistenciales tengan que ser soportadas por la Sanidad Pública.
- 8.- Mejorar la regulación sobre las denominadas secuelas temporales y la agravación de secuelas.
- 9.- Especial tratamiento para los supuestos de daño cerebral para garantizar los tratamien-

tos de neuro-rehabilitación y su adecuada valoración por Especialistas.

- 10.- Potenciar el sistema de indemnización mixta, con rentas vitalicias para mayor protección de personas con discapacidad, minoría de edad, daño cerebral y para los conceptos “futuros” de ayuda de tercera persona, gastos asistenciales y ayudas técnicas.

¿Cómo valora su participación en dicha comisión de trabajo?

Es un honor para mí poder participar en el Grupo de Expertos, donde existen personas de una valía profesional inmensa, como Don Mariano Medina Crespo, el “maestro” y que representa la doctrina más autorizada sobre esta materia, el Catedrático Don Miquel Martín Casals que aporta todo su conocimiento sobre Derecho Comparado Europeo, la Fiscal Doña Elena Agüero que está realizando una labor impresionante sobre estudios de sistemas de valoración en otros países europeos, y también Don Manuel Mascaraque que representando a UNESPA aporta toda la visión del Sector Asegurador pero de una forma muy respetable, buscando líneas de acuerdo y de consenso para tener una ley que sea un ejemplo a nivel europeo.

Recientemente, con la incorporación en este Grupo de Don Alejandro Izuzquiza, Director de Operaciones del Consorcio de Compensación de Seguros, y del Magistrado Don Agustín Gómez Salcedo, como Asesor del Gabinete del Ministro de Justicia, se ha constituido un equipo que permite tener todas las visiones y buscar todas las fórmulas que permitan la configuración de un nuevo sistema de valoración que sea un gran avance en relación al actual.

Sabemos que conoce perfectamente la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, y en relación a la misma le pregunto si ¿cree que ambas Asociaciones pueden desarrollar juntas proyectos destinados al logro de objetivos comunes?

Soy miembro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro desde el mismo año de su fundación, y he podido asistir a todos sus Congresos, siendo fundamental el trabajo que se ha realizado en esta Asociación para mejorar el conocimiento sobre la responsabilidad civil y seguro y sobre todas las cuestiones relacio-

nadas con la valoración del daño corporal, y estoy convencido que pueden surgir proyectos conjuntos que permitan garantizar a todas las víctimas de los accidentes de tráfico el recibir una información y una asistencia jurídica que sea de gran calidad y de gran especialidad.

¿Qué otras modificaciones legislativas considera actualmente necesarias para la protección de las víctimas en accidentes de circulación?

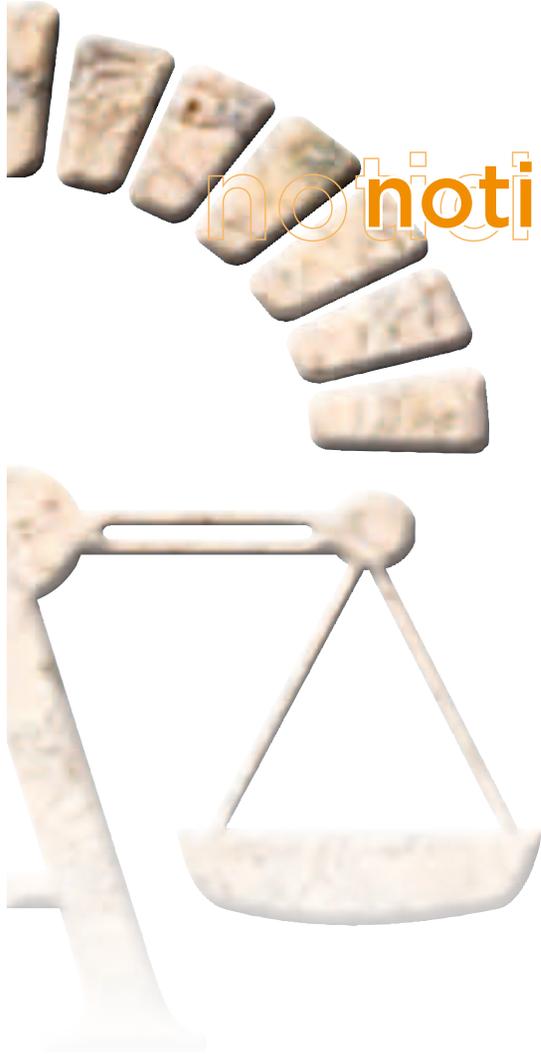
En estos momentos, estamos totalmente centrados en la Reforma del Sistema de Valoración de los Daños Corporales, y también, muy especialmente, en la necesidad de una reforma de la Tabla VI, pues los cambios que se efectuaron en el año 2003 fueron realmente perjudiciales para las víctimas de los accidentes de tráfico, y sin causas justificadas, y quizás aprovechando que en aquellos momentos las Asociaciones de Víctimas estábamos luchando por otros temas muy esenciales como la reducción de la siniestralidad, se hicieron desaparecer secuelas y se redujeron puntuaciones de otras secuelas, que no tienen, en nuestra modesta opinión, una justificación lógica y que vamos a intentar en esta reforma que se repare el daño causado y se realice una nueva Tabla VI con la participación de grandes especialistas en medicina que permitan una justa y adecuada valoración de cada una de las secuelas.

Por último, ¿cree que el movimiento social de las Asociaciones de Víctimas podrá conseguir esas mejoras para las víctimas de los accidentes de circulación?

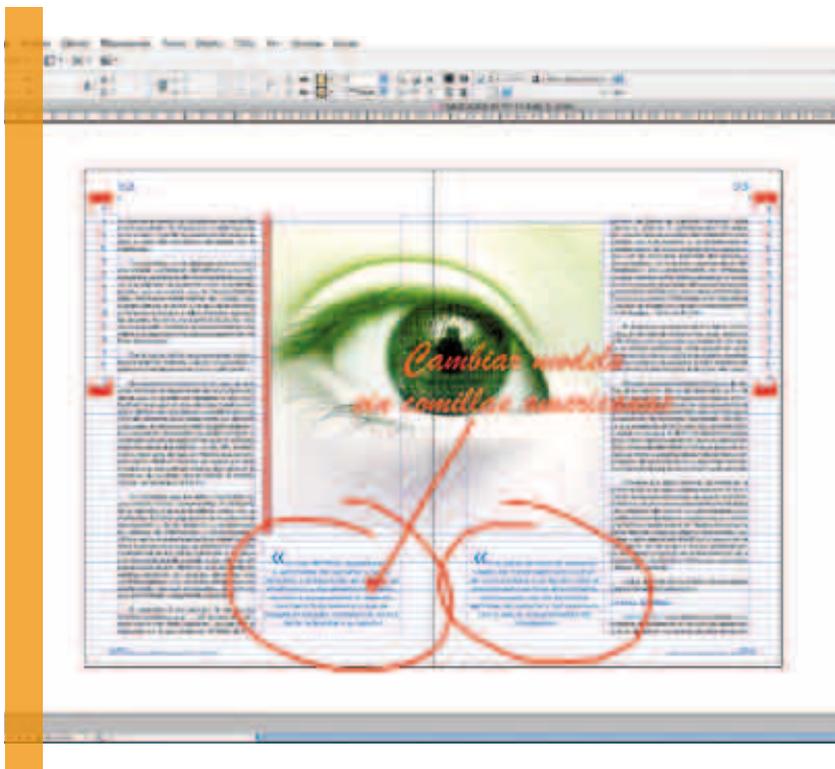
Lo vamos a intentar, y como dijo un personaje muy importante “Todo parece imposible hasta que se hace”.

Debemos conseguir una nueva Ley que además de ser legal, sea también JUSTA, y eso solo lo conseguiremos cuando al aplicarla no esté alejada de las necesidades que la Sociedad demanda al mundo del Derecho y al Sector Asegurador, y queremos ser las Asociaciones de Víctimas los pioneros en plantear múltiples cuestiones que seguro que padecerán bastantes resistencias, lo entendemos, pero alguien tiene que hacerlo, alguien tiene que abrir camino, y en ocasiones, nos llegan casos que son verdaderas injusticias, y solemos decir que una injusticia hecha a uno solo, es una amenaza hecha a todos, y estamos convencidos que también entre todos podremos conseguir un buen sistema de valoración y de derechos para las víctimas de los accidentes de tráfico.

noticias y actividades



→ UNA NUEVA IMAGEN PARA NUESTRA REVISTA

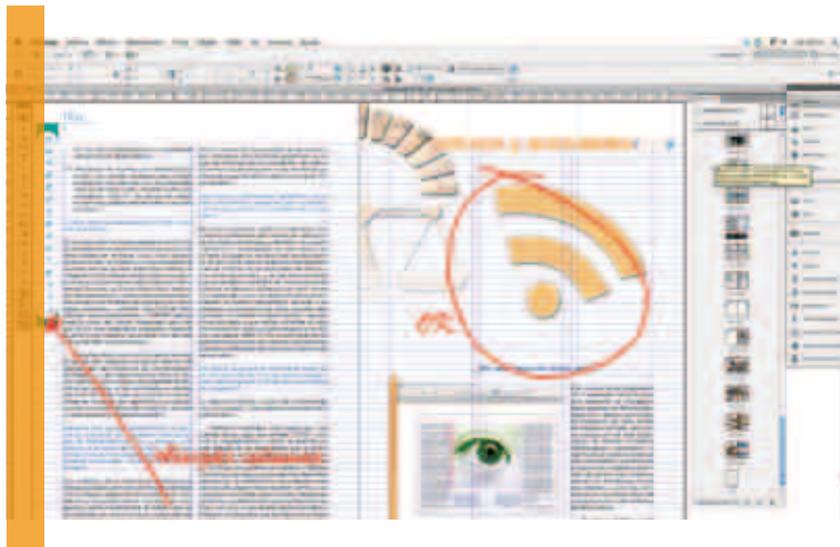


Con motivo de la celebración del X aniversario de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, el Consejo de Redacción de esta revista ha decidido formular una nueva concepción de esta publicación de carácter trimestral, introduciendo numerosos y significativos cambios relativos a la maquetación y edición de la misma con el objetivo prioritario de hacerla más moderna, acorde con los tiempos en los que estamos y, a la vez, convertirla en un instrumento de consulta mucho más ameno y de fácil acceso.

El primero de ellos, y más notorio, es la introducción de color en todas sus páginas,

frente al duotono (azul corporativo y negro) que se había mantenido hasta el momento, con lo que nuestra revista adquiere una mayor consistencia editorial. Asimismo, se abandona la amalgama de logotipos que inundaba las páginas con anterioridad, para concentrar el valor de nuestra marca en su forma marmórea, fijada de forma permanente en las cabeceras de apertura de las diferentes secciones, con lo que se consigue dar a la revista un nuevo aire, predominando los blancos, algo que va más acorde con las tendencias de maquetación actuales, que tienden a convertir los espacios de lectura en algo ameno y sencillo de manejar en cualquiera de los soportes en que se edite, bien sea el tradicional papel o las epublicaciones (destinadas a su inclusión en internet y formatos digitales), tan de moda desde la aparición de los lectores de formatos pdf, como el iPad o los eReaders.

Las cabeceras de cada una de las secciones que confor-



man la publicación se han visto modificadas en cuanto a la ordenación de las mismas. Si antes la numeración de página era un tanto farragosa, ahora es clara y precisa, pasando la numeración (con una tipografía de mayor tamaño) a la parte superior de la página, justo encima de nombre de cada sección, y se deja para el pie de página un espacio más reducido que sirve para recordar el nombre de la revista y la página web de la asociación, con lo que se logra aumentar el valor corporativo de este espacio, antes desaprovechado.

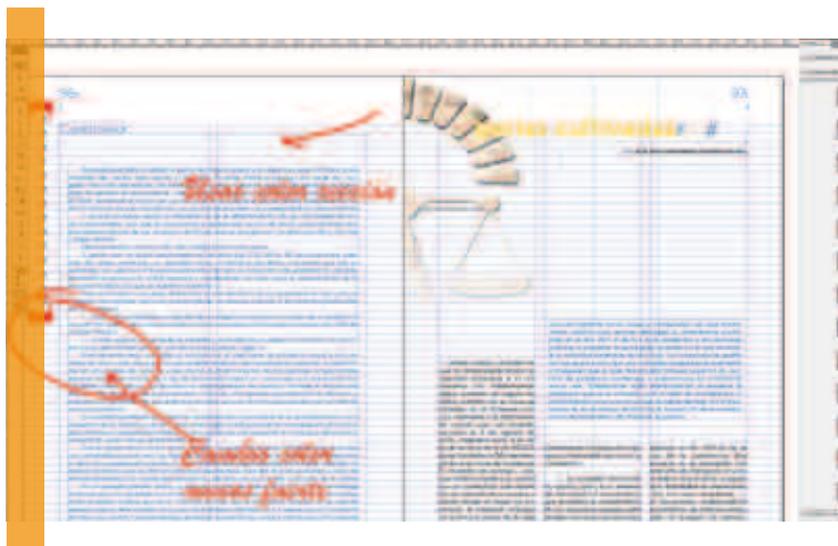
Cada una de estas secciones está marcada con un color característico, por lo que se convierten en compartimentos estancos, aunque, sin embargo, no pierden su capacidad de integración en el conjunto de la revista y, a la vez, mantienen la identidad corporativa de la Asociación. De igual forma, todos



los artículos que aparecen en cada una de las secciones ven reforzado su interés con la introducción de fotos de mayor tamaño, de mucha más calidad y en color, que ilustran mejor los contenidos expuestos por articulistas.

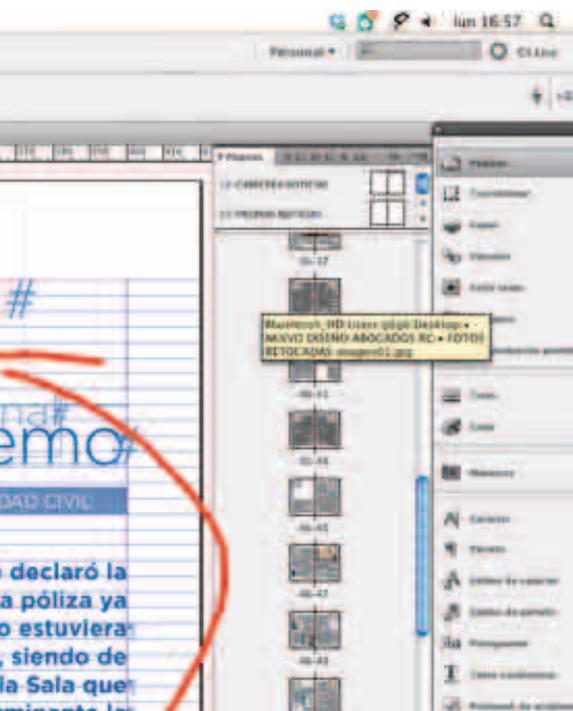
Este intento de renovar el aspecto visual de nuestra revista se refuerza con un cambio tipográfico de gran magnitud, adoptando ahora una familia de fuentes única en toda la edición perteneciente a las denominadas 'sans serif' o de palo seco –que no tienen remates que decoran el carácter–, evitando la proliferación de caracteres de fuentes muy diferentes, que servían con anterioridad para la diferenciación de las secciones y que conducían al empalago y la distracción del lector ante tal variedad de tipografías.

Dentro de la maquetación de nuestra revista se mantiene el uso de las dos columnas, aunque hay secciones que cambian su aspecto como



'Perlas cultivadas', que pasa ahora a tener tres columnas de textos, con lo que se dota a la sección de un mayor dinamismo en su diseño y hace mucho más ameno su contenido. Otra de las secciones que cambia notablemente su aspecto es esta misma de 'Noticias y actividades', que alterna la triple columna con la columna sencilla de doble tamaño, adaptándose a la existencia o no de fotografías en su contenido.

Asimismo, dentro del apartado de la nueva maquetación de esta revista para conseguir hacerla mucho más diáfana y clara, se han introducido 'destacados' que tienen como objetivo resaltar algunos aspectos de los contenidos y dar aire a las páginas, para que queden claras, con lo que el lector, haciendo uso de ellos, puede quedar plenamente informado del contenido del artículo en las páginas en las que se lo encuentra.

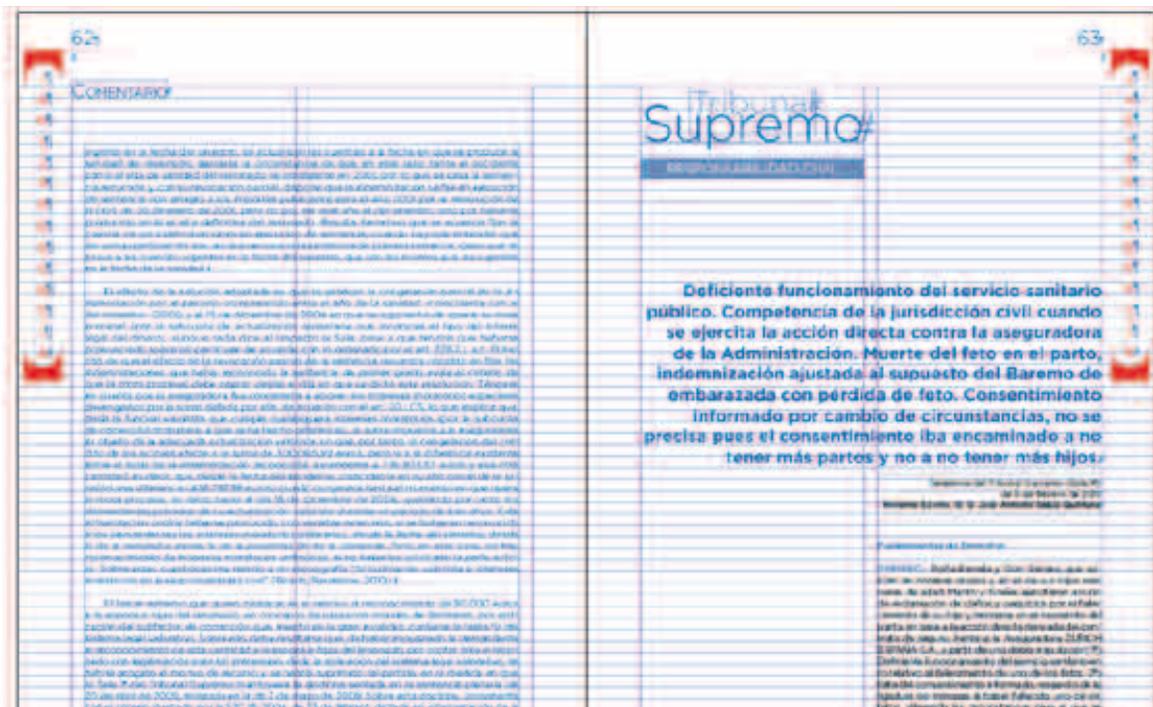


En lo que a los contenidos de la revista se refiere, éstos no cambian sustancialmente respecto al concepto primario de su origen, aunque algunas de las secciones se verán potenciadas de forma especial, como es el caso de 'Jurisprudencia', apartado en el que, si bien es fácil la obtención de las sentencias dictadas tanto por el Tribunal Supremo, como por las Audiencias Provinciales, no lo es tanto tener a disposición un comentario realizado por un especialista en la materia, en el que se desgana de manera más exhaustiva el contenido de cada una de ellas, aumentando su espacio e importancia de manera significativa, extendiéndose ahora a dos páginas. El resto de secciones mantiene los contenidos, abiertos en todo momento a la colaboración de especialistas en la materia, ya sea desde el ámbito jurídico, como de otros ámbitos.

En cuanto a la portada, ésta también ha experimentado considerables cambios ya



que se ha unificado la tipografía presente en ella, lo mismo que en el interior, a la vez que ha modernizado su aspecto, resaltando la presencia del logotipo en mármol de la Asociación y dando un mayor protagonismo a los contenidos doctrinales de la publicación, sin perder por ello un ápice de la identidad corporativa de la Asociación que, con todos estos cambios realizados, gana en solidez, a la vez que ofrece a todos sus asociados un espacio de consulta eficaz, acompañado de un aspecto visual moderno y actual.



→ CD BASE DE DATOS DE JURISPRUDENCIA DE LA ASOCIACIÓN

Con la revista de este trimestre se entrega un cd de Jurisoft, que cuenta con una más que amplia base de datos en la que se puede consultar la jurisprudencia más importante sobre responsabilidad civil y seguro dictada por las Audiencias Provinciales, así como por el Tribunal Supremo, sin la necesidad de tener una conexión a internet y tras realizar una instalación completa del contenido del disco en el ordenador.

Asimismo, esta herramienta de trabajo permite a los profesionales realizar cálculos de indemnizaciones por accidentes e, incluso, los intereses que corresponden en cada caso, teniendo en cuenta las diferentes modificaciones que se han ido produciendo en la legislación, además de un buen número de aplicaciones que ahora desgranamos.



Contenido del CD que acompaña a la Revista

- Jurisprudencia RCS
- Cálculo de Intereses
- Cálculo Indemnización accidentes (Baremolex)
- Infoplex Gestión Jurídica



1. DESCRIPCIÓN DE LA APLICACIÓN

Base de Datos de Jurisprudencia de Responsabilidad Civil y del Seguro, formada por una Selección de las Sentencias más importantes dictadas por las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo en los órdenes Civil y Penal (100.000 Resoluciones aproximadamente).

2. SISTEMAS DE BÚSQUEDA

* Campos generales de búsqueda

- Tribunal que dictó la Sentencia.
- Número de Sentencia.
- Número de Recurso.
- Fecha en que se dictó la Sentencia.
- Ponente que dictó la Sentencia.

* Campos fundamentales de búsqueda

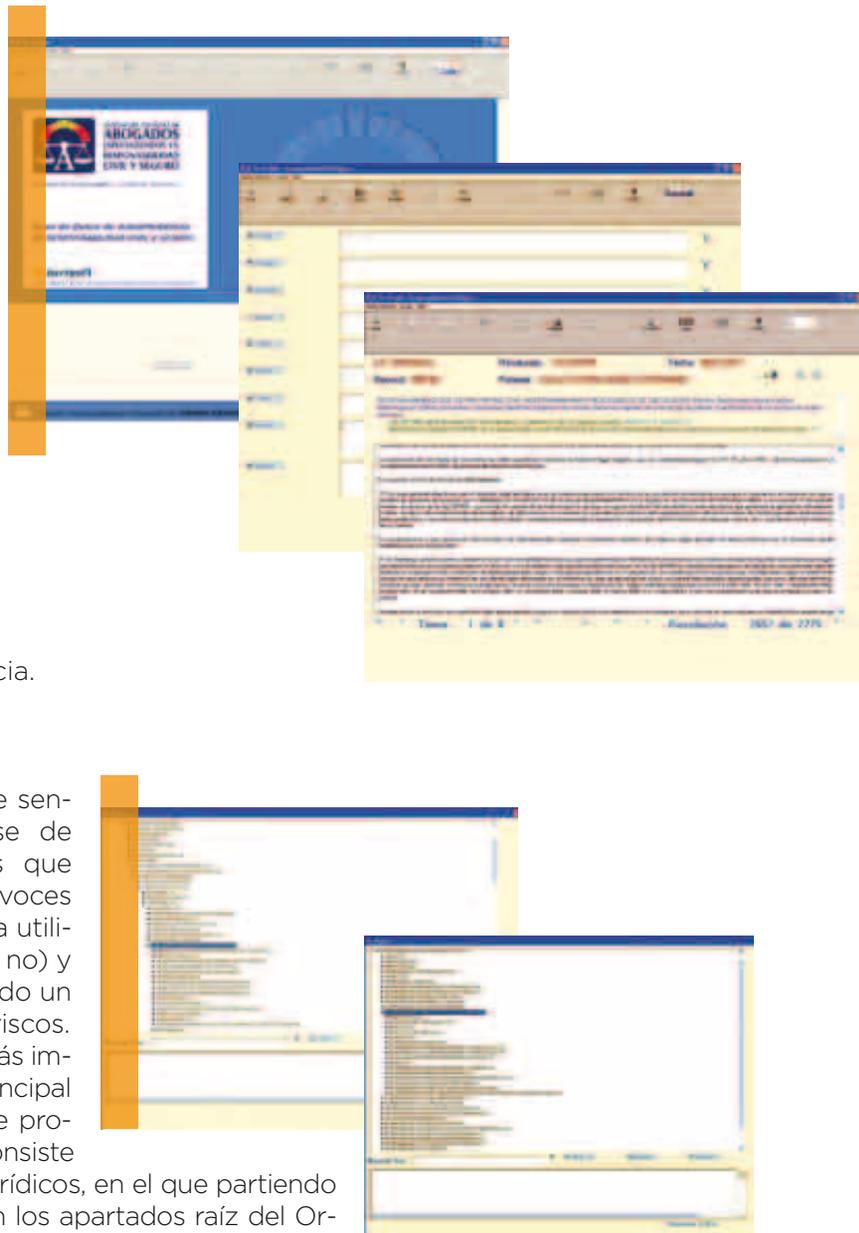
- Texto libre: posibilita la localización de sentencias introduciendo cualquier clase de términos, mostrando todas aquellas que contengan en su Texto Completo las voces introducidas. Asimismo contemplará la utilización de los operadores lógicos (y, o, no) y las búsquedas por proximidad utilizando un conjunto de caracteres entre dos asteriscos.
- Tesauro: Sin duda el valor añadido más importante de la Base de Datos y el principal elemento diferenciador con el resto de productos existentes en el mercado. Consiste en un Árbol jerárquico de conceptos jurídicos, en el que partiendo de un nivel inicial donde se encuentran los apartados raíz del Orden Jurisdiccional consultado, se puede ir concretando la consulta adentrándose por sus diferentes ramas o subdivisiones hasta llegar al caso concreto que nos ocupa, de donde cuelgan las sentencias de nuestro interés.
- Normativa: La Base de Datos también permite la localización de Jurisprudencia a través de la normativa aplicada en los Fundamentos Jurídicos. Asimismo será posible la intersección de los Campos de Búsqueda Generales y Fundamentales.

3. SOPORTES DE LA BD

Al margen del CD-ROM que acompaña la Revista, gracias al acuerdo suscrito con la Editorial Jurisoft, toda la información se encuentra puntualmente actualizada en la Base de Datos Online accesible desde el Portal Web de la Asociación. Por ello, al margen de la utilidad que pueda tener el disponer de un soporte físico como el CD-ROM (para el supuesto de no disponer de acceso a la red), se recomienda su consulta en modo Online desde el Portal Web, dado que en este Soporte la información se encuentra actualizada al día.

4. TIPO DE LICENCIA INCLUIDO EN EL CD QUE SE ENTREGA

CD-ROM con Licencia de uso indefinido para los miembros de la Asociación. Para la instalación no requiere de claves de activación. Accesible también a través de Portal Web de la Asociación previa identificación.

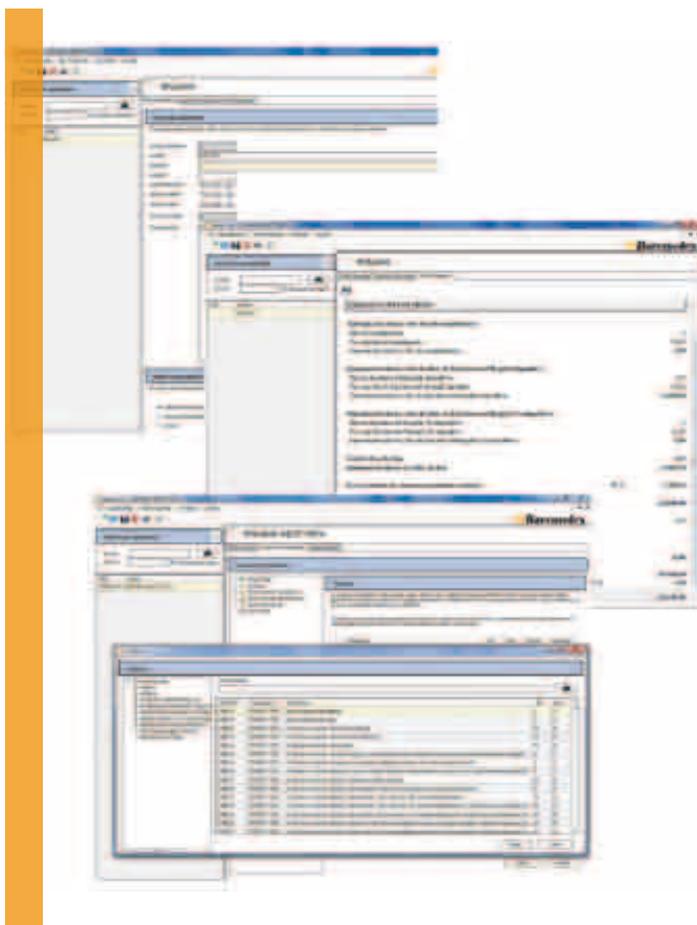




1. DESCRIPCIÓN DE LA APLICACIÓN

Jurisoft ofrece con Baremolex una nueva aplicación informática orientada a la valoración de las indemnizaciones por accidentes que, conforme a lo dispuesto por la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, calcula los daños y perjuicios establecidos según Baremo para lesiones permanentes, para la incapacidad temporal y para muerte. El desarrollo jurídico de esta herramienta ha sido realizado con la colaboración de **Mariano Medina Crespo** y **Javier López y García de la Serrana**, presidente y secretario general, respectivamente, de esta Asociación.

2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES



tallados con los cálculos efectuados, exportables a cualquier procesador de textos y aptos para su impresión directa.

- Continuo desarrollo y perfeccionamiento del programa en atención a las necesidades de nuestros clientes.

3. TIPO DE LICENCIA INCLUIDO EN EL CD QUE SE ENTREGA

Jurisoft incluye una versión con el 100% de las funcionalidades disponibles para los Asociados durante un periodo de prueba de un mes. Tras un sencillo proceso de instalación y una vez se visualice la pantalla donde se solicitan las claves de activación, se debe contactar con el Servicio de Atención al Cliente de Jurisoft (902 090 001) para que se comuniquen las claves a incorporar.

En caso de estar interesados en la contratación de la aplicación, los asociados cuentan con un 20% de descuento.

- Actualización anual en el cálculo de las indemnizaciones derivadas de accidentes según lo establecido por la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

- Acceso y consulta directa de las Resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones por las que se da publicidad anual a la actualización de las cuantías indemnizatorias recogidas en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

- Diseño sencillo e intuitivo para facilitar la introducción de los datos del implicado y los daños derivados del accidente.

- Guía completa, sistemática y procesada de las indemnizaciones básicas y sus correspondientes factores de corrección.

- Identificación rápida de cada secuela con tan sólo introducir su nombre o una parte del mismo.

- Obtención automática de informes de-



1. DESCRIPCIÓN DE LA APLICACIÓN

Herramienta para el Cálculo Automático de los siguientes tipos de intereses:

- Interés Legal (desde 1889).

- Interés Judicial. Art. 921 LEC. Art. 576 Nueva L.E.C. (Interés legal + 2 puntos).

- Interés especial del Art. 20 de la Ley de Contratos de Seguro. (Interés legal + 50 %).

- Interés de demora de la Administración por retraso en el pago del precio al contratista del art. 99.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. (Interés legal + 1,5 puntos).

- Interés especial del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro. (Pasados 2 años desde la fecha del accidente) (20%).

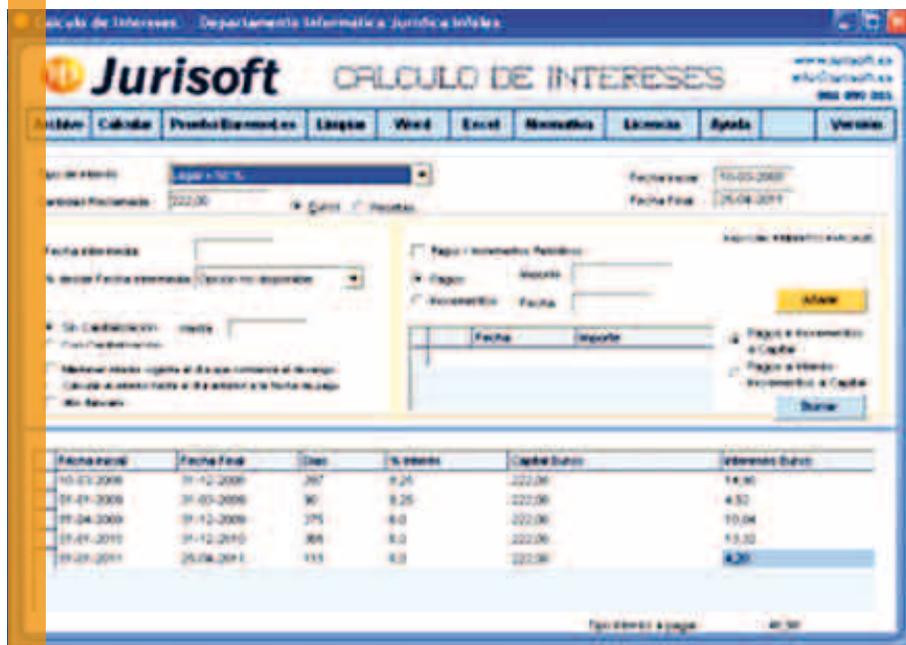
- Interés especial del art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores. (10%).

- Interés de Demora. Art. 58.2 de la Ley General Tributaria (desde 1963).

- Interés pactado. (Podrá incluir cualquier porcentaje de interés que desee).

- Interés de Demora en Operaciones Comerciales. Art. 7 de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (desde 2005).

- Interés efectivo anual aplicado sobre los anticipos en descubiertos (Art. 19.4 de la Ley 7/1995 de 23 de marzo, de Crédito al Consumo).



2. TIPO DE LICENCIA INCLUIDO EN EL CD QUE SE ENTREGA

Este Cd incluye una versión básica para cuya instalación no es necesaria clave alguna. La misma permite efectuar cálculos simples (de fecha a fecha) de los tipos anteriormente relacionados y visualizarlos en pantalla sin opciones de exportación.

Existe una versión profesional que permite, entre otras muchas opciones, introducir fechas intermedias, capitalizar o no los intereses, introducir pagos e incrementos parciales, exportar a Word y a Excel...etc. Puede contratarse en el 902 090 001, contando todos los asociados con un 10% de descuento.

→ ESPECIAL X ANIVERSARIO

Tras diez años de existencia, la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro regresa a Granada, cuna de su nacimiento el 21 de marzo de 2001, para celebrar tan importante onomástica.

Mucho tiempo ha pasado desde que en 2001 se celebrara en la Ciudad de la Alhambra el primer Congreso Nacional y muchas las ciudades que han luchado por organizarlo, aunque sólo han tendido la oportunidad de seguir el camino: Salamanca, Pontevedra, Pamplona, Cáceres, Úbeda, Santander, Almería y Alcudía. Los que lean esto echarán en falta una sede, pero deben recordar que Granada ha repetido. La próxima cita tendrá lugar en Córdoba, ciudad de gran tradición cultural y cruce de culturas a lo largo de su historia, desde la época romana hasta la actual, pasando por su trascendental periodo islámico.

A lo largo de este tiempo, en el que nos han dejado ilustres amigos como Fernando Reglero Campos -que sintió como nadie su pertenencia a esta Asociación-, un gran número de eventos y actividades han jalonado el camino, que no vienen nada más que a justificar la necesidad de la existencia de una organización como la nuestra, que se ha convertido en un foro sin parangón para la especialidad de la responsabilidad civil y el seguro.

Ahora, una vez consolidados y con más asociados cada día, el trabajo no debe cesar. Es necesario seguir el camino marcado, el del trabajo y la constancia, única forma de mejorar lo mejorable y de mantener la situación de credibilidad que en la actualidad tiene esta Asociación en el espectro

jurídico, a todos los niveles, desde jueces a abogados. La prueba más evidente ha sido el último de los actos desarrollados en Granada, el pasado 1 de abril de 2011, dentro de las actividades previstas para la celebración de tan importante aniversario: la imposición de la Cruz de San Raimundo al secretario general de la Asociación, Javier López y García de la Serrana, con el que se viene a reconocer el trabajo realizado por todos, aunque, en esta ocasión sea de una forma personal.



En el año 2001 se celebró en Granada el Congreso Constituyente de la Asociación, que fue inaugurado por el entonces decano del Colegio de Abogados de Granada, José María Rosales de Angulo (foto de arriba), siendo la primera ponencia a cargo del magistrado y miembro de Honor de nuestra Asociación, Jesús Fernández Entralgo (foto de abajo), que versó sobre "La aplicación del Sistema de Valoración de la Ley 30/95 tras la doctrina del Tribunal Constitucional"



Granada 2001/2002



Salamanca 2003/Pontevedra 2004



Pamplona 2005/Cáceres 2006



Úbeda 2007/Santander 2008



Almería 2009/Alcudia 2010



Especial X Aniversario



El Secretario de Estado de Justicia, Juan Carlos Campo, el decano del Colegio de Abogados de Granada, Eduardo Torres, y el presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, Juan Antonio Xiol, expusieron la gran contribución realizada por la Asociación en estos diez años.



El salón de actos del Colegio de Abogados de Granada se quedó pequeño el pasado 1 de abril con motivo de la celebración del X Aniversario de la Asociación y la imposición de la Cruz de San Raimundo de Peñafort al secretario general de la misma.



El presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo impone la Cruz de San Raimundo de Peñafort a nuestro compañero y secretario general Javier López y García de la Serrana, que recibe la felicitación del Secretario de Estado de Justicia





Más de un centenar de compañeros de toda España quisieron estar presentes en este acto conmemorativo.



Cena-Homenaje con motivo de la imposición de la Cruz de San Raimundo de Peñafort a nuestro secretario general, con la que concluyeron los actos del X Aniversario de la Asociación.

Al acto asistió el Secretario de Estado de Justicia, Juan Carlos Campo Moreno, el presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Juan Antonio Xiol Ríos, los vocales del Consejo General del Poder Judicial, Pío Aguirre e Inmaculada Montalbán; el magistrado del Tribunal Supremo, José Manuel López García de la Serrana, los presidentes de la Sala de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del TSJA, Rafael Toledano Cantero y José Manuel González Viñas, el presidente de la AP de Granada, José Requena Paredes, así como numerosos magistrados, fiscales y otras personalidades.





ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

¿Por qué la base de datos elite
es tu media naranja?

elite base de datos **GENERAL**



SERVICIOS:	MATERIAS:	TEXTO:	ayuda referencia
Jurisprudencia y mucho +	GENERAL: Todas las materias	<input type="text"/>	buscar

INCLUYE 19 ESPECIALIDADES

jurisprudencia y mucho +
en **TIEMPO RÉCORD**

[www.sepin.es]

S
editorial jurídica
sepin

El valor de la prueba

BIOMECÁNICA LEGAL Y FORENSE

La herramienta para confeccionar informes médico legales apoyados en registros objetivos con los que documentar las lesiones



IMPARCIALES

En el informe sólo se reflejan los datos registrados, no son interpretados subjetivamente por el médico especialista

PRECISOS

La fiabilidad de los sistemas con los que trabaja Baasys está en continuo proceso de actualización y renovación, somos autocríticos con nuestro trabajo y podemos asegurar que actualmente nuestra fiabilidad es superior al 95%

RECONOCIDOS Y ACEPTADOS

Nuestras pruebas, estudios e informes son ampliamente aceptados por compañías de seguros, mutuas de accidentes de trabajo, EVI, ICAM, Juzgados, etc.

EXPERIENCIA

Baasys ha acumulado una amplia experiencia, con 16.000 pacientes y realizando más de 21.500 pruebas hasta la actualidad



BAASYS

CENTROS MÉDICOS
DE BIOMECÁNICA APLICADA

t. 91 400 87 90
cliente@baasys.es
www.baasys.com

MADRID

Capitán Haya 19 bis
28020 Madrid
t. 91 400 87 90

BARCELONA

Diputació 95 local bajo
08015 Barcelona
t. 93 476 65 68

VALENCIA

Profesor Beltrán Báguena
4 bis local 202, 46009 Valencia
t. 96 348 64 67

CANARIAS

León y Castillo 375
35006 Las Palmas de G. C.
t. 902 29 63 00

