

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

**nº 29**

Primer Trimestre. Año 2009

■ **Responsabilidad  
civil médica:  
¿Obligación de  
medios;  
Obligación de  
resultados?**

■ **Ideas para una  
nueva cultura  
valorativa**

■ **Prevención y  
reparación, las  
dos caras del  
Derecho de  
Daños**

Nueva tarjeta Visa exclusiva

# Disfrute de todo un mundo de nuevas ventajas

Oferta exclusiva para



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



Su tarjeta Visa **totalmente gratuita** con una imagen dinámica y moderna, con la que podrá disponer de muchas ventajas:

- Sin cuotas anuales
- Crédito mensual de **1.000 euros** ampliables
- Seguro de accidentes **gratuito** hasta 300.000 euros
- Magníficos regalos sólo por usarla en las compras, con el programa BS Puntos

Solicite ahora su Visa gratuita al 902 383 666

y llévase este fantástico **juego de relojes de regalo**<sup>(1)</sup>



Sólo hasta el 31 de agosto de 2009

Si lo prefiere, infórmese en la **oficina SabadellAtlántico** más cercana

SabadellAtlántico es una marca registrada de Banco de Sabadell, S.A.

<sup>(1)</sup> La concesión de la tarjeta Visa exclusiva de su colectivo está condicionada a las comprobaciones y al análisis de riesgo que el banco considere en cada momento. La tarjeta Visa estará siempre vinculada a una cuenta SabadellAtlántico, Banco Herrero o Solbank. En el caso de no disponer previamente de una cuenta en alguna de estas entidades, se abrirá en el momento de la concesión de la tarjeta.

<sup>(2)</sup> En el caso de agotarse el regalo, éste se sustituirá por otro de similares características y de igual o mayor valor. El regalo se entregará sólo en los casos en que la solicitud haya sido aceptada y en el plazo máximo de diez días una vez el titular haya recogido la tarjeta.

## SabadellAtlántico

El banco de los profesionales



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

**nº29**

Primer Trimestre. Año 2009

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

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



# CONTENIDOS

## EDITORIAL

- ◆ 25 años en la “brecha” de la RC. *Javier López y García de la Serrana* ..... 5

## DOCTRINA

- ◆ Responsabilidad Civil médica: ¿Obligación de medios; Obligación de resultados?  
*José Antonio Seijas Quintana*..... 9
- ◆ Ideas para una nueva cultura valorativa.  
*Ignacio Rodríguez Fernández* ..... 23
- ◆ Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de Daños.  
*Eugenio Llamas Pombo* ..... 35

## JURISPRUDENCIA

### Tribunal Supremo

#### RESPONSABILIDAD CIVIL

- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 19 febrero de 2009.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Deflagración de una bombona de butano. No existe responsabilidad de la compañía suministradora al no existir nexo causal entre su conducta y la producción del daño. El riesgo lo originó el hecho de su utilización de una forma distinta para la función prevista ..... 61
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 25 de febrero de 2009.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Accidente de circulación: indemnización. Aplicación de la doctrina jurisprudencial fijada por el Pleno de la Sala Primera: los daños derivados de accidente de tráfico quedan fijados de acuerdo con el sistema legal vigente en la fecha en que se produjo el accidente, hecho causante del daño ..... 67
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 4 de marzo de 2009.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Desbocamiento de un caballo en un recinto ferial durante las fiestas organizadas por un ayuntamiento. Riesgo y relación causal. Concorre, sin duda, causalidad física o material entre el daño y el atropello por el carruaje en el recinto ferial durante las fiestas organizadas por el Ayuntamiento ..... 79
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 25 de marzo de 2009.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: La exclusión de los daños derivados de la conducción ebria en el seguro de responsabilidad civil “voluntario”, es una cláusula limitativa, que debe ser expresamente firmada y aceptada por el asegurado en la póliza del seguro ..... 87



- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª), de 7 de enero de 2009.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Error judicial que obliga a una aseguradora al pago de una indemnización por responsabilidad civil tras la condena de un notario como cómplice de una estafa.....91
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª), de 11 Febrero de 2009.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Abogado que se aprovecha de su relación de confianza con un cliente para obtener de él un beneficio patrimonial. Hechos ajenos al ejercicio profesional. No responde la compañía aseguradora al no estar cubiertos por la póliza los hechos ajenos a la profesión de abogado ..... 95
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª), de 25 de febrero de 2009.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: No procede compensar la pensión por incapacidad permanente de la indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, cuando para la determinación cuantitativa de los daños se ha aplicado el Baremo del Texto Refundido de la LRCSCVM..... 109

#### **PERLAS CULTIVADAS**

- ◆ Pronunciamientos Relevantes. Por José Mª Hernández-Carrillo Fuentes ..... 117

#### **ENTREVISTA**

- ◆ *Javier Gómez Bermúdez.* Por María del Carmen Ruiz-Matas Roldán ..... 129

#### **NOTICIAS Y ACTIVIDADES**

- ◆ Jornada de Responsabilidad Civil. Burgos. Mayo 2009 ..... 133
- ◆ VI Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Ronda (Málaga). Mayo 2009 ..... 135
- ◆ X Congreso nacional de Responsabilidad Civil. Gijón. Junio 2009 ..... 136

#### **PUBLICACIONES RECOMENDADAS**

..... 137

**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, Andrés Garrido Álvarez, Isidro Tormos Martínez, Víctor Martín Álvarez, Celia Pitta Piñón, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez Santos, Pedro Torrecillas Jiménez, José Luis Nava Meana, Javier Muro Insausti y José Antonio Badillo Arias.*

**MIEMBROS DE HONOR:**

*Mariano Yzquierdo Tolsada, Miquel Martín Casals, Fernando Pantaleón Prieto, Jesús Fernández Entralgo, Eugenio Llamas Pombo, Ricardo de Ángel Yágüez, José Manuel de Paúl Velasco, Miguel Pasquau Liaño y Fernando Reglero Campos (†)*

**DISEÑO:**

*Aeroprint Producciones S.L.*

**IMPRIME:**

*Aeroprint Producciones S.L.*

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

**ISSN** 1887-701

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



## 25 años en la "brecha " de la RC

Javier López y García de la Serrana  
*Director*

Los pasados días 26 y 27 de marzo, se celebró en Madrid la **XXV edición del Congreso de Derecho de la Circulación (CDC)**, organizado por INESE y la revista RC (Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro). La presentación estuvo a cargo de **Susana Pérez**, directora de INESE, **José A. Badillo**, director de la revista RC, y **Pere Navarro**, director general de Tráfico, quién avanzó las principales novedades de la modificación de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial, que en estos momentos se está tramitando en el Congreso de los Diputados. El proyecto va dirigido a agilizar y simplificar el procedimiento sancionador.

Comenzó el congreso con la ponencia del presidente de nuestra Asociación, **Mariano Medina Crespo**, que hizo un repaso de la evolución del Derecho de la Circulación en los últimos 25 años, destacando las principales novedades legislativas habidas en estos años, señalando que le produce cierto desconcierto ver cómo ha evolucionado el derecho penal, administrativo, civil y mercantil, referido a la circulación.

**Jesús Fernández Entralgo**, presidente de la Audiencia Provincial de Huelva, habló sobre la pro-



blemática que plantean los conceptos de “vehículo a motor” y “hecho de la circulación”, establecidos en el nuevo Reglamento del Seguro Obligatorio de Autos. Criticó con vehemencia que la LRCSCVM relegase a la regulación reglamentaria estos dos conceptos, al ser los que constituyen la columna vertebral de la responsabilidad civil automovilística. Así mismo, dijo, con la nueva regulación se restringe el concepto de “vehículo a motor”, puesto que determinados “artefactos” como las minimotos o los patinetes eléctricos no se van a considerar con vehículos a motor, al no ser susceptibles de autorización administrativa.

**Víctor Fuentes Camacho**, profesor titular de Derecho Internacional Privado de la UCM, fue el encargado de acercar a los asistentes la responsabilidad civil transfronteriza, a raíz del nuevo Reglamento Roma II. Se refirió a la contemplación de los accidentes de circulación por carretera como hechos que dan lugar a una diversidad de responsabilidades y de problemas de Derecho internacional privado. Hizo especial mención al ejercicio de la acción directa del perjudicado, residente en otro país, contra la aseguradora del responsable del lugar en el que ocurre el accidente.

La sesión de la mañana terminó con la participación de **Manfred Tews**, chief technical de GEN RE EUROPE, que analizó, apoyándose en unas tablas comparativas de muy fácil comprensión, los distintos sistemas de valoración del daño corporal en los países de nuestro entorno. Señaló que existen importantes diferencias entre los Estados de nuestro entorno a la hora de indemnizar a un lesionado de un accidente de circulación. En concreto, estas divergencias se refieren al distinto tratamiento del daño moral, al resarcimiento del lucro cesante o al concepto y la forma de indemnizar la “ayuda de tercera persona” en los grandes lesionados. Como ejemplo puso el caso de las diferentes indemnizaciones que corresponderían a una víctima de 33 años que estuviera seis meses en el hospital y después quedara con tetraplejía, teniendo un salario anual bruto de 24.565 € y neto de 15.339 €. Con estas premisas en Alemania



percibiría 4.206.487 €, en Italia 3.204.239 €, en Francia 2.502.773 €, en Reino Unido 4.303.966 € y en España 1.142.846 €. Por tanto, somos uno de los países de Europa donde peor se indemniza a las víctimas de accidentes de circulación.

Ya en la sesión de tarde, **Miquel Martín Casals**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona, analizó las diferentes propuestas sobre la reforma del baremo de daños personales desde la perspectiva de civilista que mira los temas de la responsabilidad civil con ojos de comparatista. Indicó que el sistema de valoración de daños corporales español constituye una anomalía en el contexto europeo y que no existe ninguna razón para identificar la ausencia de un baremo legal como el actual con la reinstauración de la arbitrariedad indemnizatoria. Refiriéndose a la regulación de los países de nuestro entorno señaló que en algunos países (como por ejemplo Alemania o Gran Bretaña) la estandarización necesaria en esta materia se ha llevado a cabo mediante guías, elaboradas por juristas a título individual o por asociaciones, que han sistematizado y racionalizado las indemnizaciones anteriormente concedidas por los tribunales, según tipo de lesión y características de la víctima, para que puedan



servir de referencia para valorar casos futuros. En otros, como Bélgica, Luxemburgo, Francia e Italia, tribunales, organismos públicos o privados o grupos de juristas han refundido esa experiencia en tablas, con la introducción de importantes elementos objetivos como, por ejemplo, una mayor relevancia de la peritación de médicos expertos evaluadores. No obstante, añadió, y ahí está la gran diferencia, todas esas guías o tablas no tienen carácter legal ni valor vinculante sino sólo orientativo.

Por su parte, **Luis Bermúdez Odriozola**, director de Asesoría Jurídica de MUTUA MADRILEÑA, habló sobre “La oferta motivada y el régimen de intereses de demora”. Hizo una breve síntesis del régimen de oferta y respuesta motivada instaurado por la ley 21/2007, de 11 de julio. A continuación trató el régimen de intereses de demora antes de esta Ley y terminó aludiendo a los intereses de demora y el régimen de oferta y respuesta motivada, a raíz de la regulación citada.

Finalmente, para concluir la primera jornada del CDC, **Josep Castellá i García**, jefe del Servicio de Patología Forense del Institut de Medicina Legal de Cataluña, acercó el papel del médico fo-

rense en la evaluación e informes de los lesionados en accidentes de tráfico.

La jornada del día 27 se inició con la participación de **José Manuel de la Maza**, magistrado de la Sala II del Tribunal Supremo, con el tema de la “Jurisprudencia en torno al error judicial en materia de Tráfico en la Sala II del Tribunal Supremo”. De la Maza aludió, en primer lugar, a la regulación general de los distintos instrumentos para la subsanación o, en su caso, reparación de los perjuicios ocasionados con el “error judicial”, para después, analizar su concreta utilidad en el ámbito del seguro automovilístico. Señaló que no resulta, en modo alguno, ocioso, gratuito ni artificial el establecer la vinculación del error judicial con los procedimientos derivados de accidentes de circulación, toda vez que viene siendo cada vez más frecuente la apelación a estos mecanismos, en especial en lo relativo a la cuantificación indemnizatoria de los daños corporales derivados del accidente de circulación que, en la aplicación del sistema legal de baremación, se puedan producir. Esta materia, añadió, “viene siendo una de las más presentes, cuantitativamente, en la tramitación de los procedimientos por “error judicial”, al menos en lo que a la Sala II del TS compete y, lo que es más, figura igualmente entre las cuestiones que mayor número de Resoluciones estimatorias obtienen en este siempre tan difícil cauce procesal”

**María Medina Alcoz**, profesora de Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos, le siguió con su ponencia sobre “Los criterios de imputación en la Responsabilidad Civil Automovilística”. La profesora Medina trató de responder a las preguntas: ¿quién ha de responder de un daño y por qué? Dijo que de la experiencia normativa y judicial son dos los criterios básicamente utilizables para hacer a una persona responsable de un daño: uno es la culpa en sentido amplio (incluye también el dolo), el otro es el riesgo.

A continuación se refirió a la previsión concreta del riesgo como criterio de imputación de la res-



ponsabilidad civil por daños corporales derivados de accidentes de circulación. Respecto a los daños materiales, matizó que se atienen al régimen subjetivo del art. 1902 CC, pero la presencia del riesgo específico propio de la actividad que nos ocupa –art. 1.1. LRCSCVM– modula la aplicación del precepto mencionado e impone la inversión de la carga de la prueba de la culpa.

Finalmente, **Bartolomé Vargas**, fiscal especial para Delitos contra la Seguridad Vial, se refirió a la actualidad de los delitos relativos a la Seguridad Vial. Clausuró el Congreso, **Ricardo Lozano**, Director General de Seguros y Fondos de Pensiones, quien habló del el nuevo marco normativo del seguro de RC de autos. En concreto, se refirió a la adaptación de la V Directiva de automóviles por la Ley 21/2007, de 11 de julio y al Reglamento del SOA, aprobado por el RD 1507/2008, de 12 de Septiembre.

Al inicio de la primera jornada del CDC, se le dedicó un emotivo homenaje al profesor **Fernando Reglero Campos**, miembro de honor de nuestra Asociación, fallecido el pasado año (26 de abril de 2008), a quien, en presencia de su mujer y sus dos hijos, se le recordó, entre otras cosas, por su participación en este congreso en ediciones anteriores. El profesor Reglero era un valedor del CDC, no sólo como ponente, sino también como organizador. Con la sencillez que le caracterizaba, se señaló, ha sido un eficaz colaborador de INESE en los últimos años en la organización de este congreso: aportando ideas, sugiriendo temas, ponentes, etc.

También se hizo un análisis de su trayectoria profesional, destacando que, en poco más de 20 años dedicado a la docencia, nos ha dejado en libros, monografías, artículos, etc., un legado difícil de superar. Así mismo, se destacaron sus cualidades humanas: su sencillez, su discreción, su capacidad de trabajar. El homenaje concluyó con la entrega a su familia de una placa de reconocimiento por parte de la directora de INESE.

Hasta aquí me he limitado a reproducir, con algunas apreciaciones mías, parte del comentario sobre la XXV edición del Congreso de Derecho de la Circulación (CDC), que **José Antonio Badillo Arias** publicó en el nº 13/2009 de la revista *Actualidad Aseguradora (INESE)*, pero lo que no se decía en dicho comentario, es lo que este Congreso ha significado para todos los que nos dedicamos al mundo de la responsabilidad civil y el seguro. Ya en el nº 10 de la revista de nuestra Asociación (2º Trim. de 2004), cuando se celebró el XX Congreso de Derecho de la Circulación, hice una crónica de este Congreso diciendo del mismo que era una cita obligada de cada año, pues no se podía negar que había supuesto el germen y el referente de muchos de los distintos congresos que hoy en día se realizan en el resto de España.

Y es que no me duele en prendas reconocer que sin este congreso muchos de nosotros no hubiéramos tenido la oportunidad de conocer a grandes juristas de la talla de **Jaime Santos Briz**, **Francisco Soto Nieto**, **Eduardo Font Serra**, **Ricardo de Ángel Yagüez**, **Jesús Fernández Entralgo**, **Fernando Pantaleón Prieto**, **Mariano Yzquierdo Tolsada**, **Miquel Martín Casals**, **Ángel Illescas Rus**, **Fernando Reglero Campos**, **José Manuel de Paúl Velasco** y muchos otros que han pasado por el mismo a los largo de estos 25 años. Y por supuesto, sin este Congreso yo no hubiera tenido la oportunidad de conocer a **Mariano Medina Crespo** en el IV Congreso de Derecho de la Circulación, celebrado en Madrid los días 16 y 17 de junio de 1988, en el que dio una ponencia titulada “Regulación del seguro de suscripción obligatoria. La búsqueda de la necesaria e imposible certidumbre”. Por todo ello hoy no solo doy las felicidades a Susana Pérez y José Antonio Badillo por este magnífico XXV Congreso de Derecho de la Circulación que hemos podido disfrutar, sino que también digo “gracias INESE”, gracias por estos 25 años contribuyendo a la promoción y difusión del estudio de la Responsabilidad Civil y el Seguro.

doctrina

## **Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios; obligación de resultados?**

**José Antonio Seijas Quintana**  
*Magistrado del Tribunal Supremo*



### **Sumario**

**I.-Introducción.**

**II.- Medios y resultados en la jurisprudencia.**

**III.- Estado de la cuestión: ¿Obligación de medios; Obligación de resultados?.**

**IV.- Criterios de imputación y Consentimiento informado.**

**I.-Introducción.**



En terminología comúnmente aceptada se viene distinguiendo entre medicina curativa, necesaria o asistencial, y medicina voluntaria o satisfactiva. La primera actúa ante una determinada patología y se califica nítidamente como de arrendamiento de servicios. La segunda es aquella en la que el interesado va al médico, no para la curación de una dolencia patológica, puesto que se actúa sobre un cuerpo sano, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético, o lo que es lo mismo para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, por lo que la actividad médica se desarrolla en el ámbito de una relación contractual próxima al régimen jurídico del arrendamiento de obra o intermedia entre éste y el arrendamiento de servicios si a la finalidad curativa de la intervención se añade la satisfactiva, con la consecuencia de que la libertad de opción por parte del cliente es superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa, como precisa la Sentencia de 2 de Julio de 2002, y ello supone entre otras cosas una atenuación de la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima (STS 24 nov 2005).

Quien recibe el servicio tiene la consideración de paciente. El que reclama una obra adquiere la condición de cliente ya que lo hace de forma voluntaria y no necesaria como sucede con quien acude al médico por una dolencia que le aqueja. En ambos casos el acto médico está sujeto a la normativa propia de una relación de la que derivan derechos y obligaciones para todas las partes implicadas en la prestación de los servicios de salud.

Esta distinción se advierte con claridad en la vieja sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Marzo de 1.950, así como en la de 25 de abril de 1994, citadas en la de 22 de Julio de 2003, en la que se perfilan muy claramente las distintas obligaciones que comporta la actuación médica o médico quirúrgica, según se trate de curar o mejorar a un paciente.

En función de una y de otra, se establece a su vez otra clásica distinción. Me refiero a la obligación de medios y de resultado o de fines, que aparece en la Sentencia de 26 de mayo de 1.986, dictada al enjuiciar un problema derivado de una úlcera duodenal por la que el paciente llevaba sometido a tratamiento médico unos nueve años antes de ser operado. Dice lo siguiente: la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una «obligación de medios», es decir, se obliga no a curar al enfermo sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica; por ello su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revela un desconocimiento cierto de sus deberes, sin que se pueda exigir al facultativo el vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios desproporcionados o por otros motivos.

Esta doble y diferente obligación se reitera en numerosas sentencias del Tribunal Supremo. Entre las más recientes la de 24 noviembre 2005 referida a un caso de lesiones y secuelas sufridas por un enfermo afectado de un proceso conocido como Angina de Ludwig, derivado de una previa extracción de la pieza 47 (2º molar inferior derecha). Y se utiliza para exonerar a los médicos, dentista y otorrino, del resultado gravemente dañoso que su intervención tuvo para el paciente, con la siguiente declaración: *"Tampoco se aprecia ninguna deficiencia en el tratamiento dispensado al actor, en esa relación médico-enfermo de la que deriva una obligación de medios y no de resultados, que no garantiza la curación y sí el empleo de las técnicas adecuadas, como con reiteración ha declarado esta Sala (SSTS 26 de mayo de 1986; 7 de febrero de 1990; 24 de marzo 2005), ya que, diagnosticado con acierto, se le aplicaron de forma adecuada los fundamentos de la "lex artis ad hoc", es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la*



*actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle”.*

Resumidamente esta obligación de medios comprende, según la sentencia de 11 de febrero de 1.997, lo siguiente:

a) La utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el enfermo concreto. La sentencia de 24 de noviembre de 2005, en un caso en que era posible tanto la intervención neurológica como la radiológica, deja a cargo del médico la decisión de poner al alcance del paciente los recursos que le parezcan más eficaces siempre que sean aceptados por la ciencia médica o susceptibles de discusión científica.

b) La información en cuanto sea posible, al paciente o, en su caso, familiares del mismo del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones

quirúrgicas, en las enfermedades crónicas, con posibles recidivas o degeneraciones o evolutivas, se extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad; y

c) La continuidad del tratamiento hasta el alta y los riesgos de su abandono. Es razón por la que la Sentencia de 8 de febrero de 2006 (hipertensión severa) responsabiliza al médico que no controló la evolución ni los síntomas inequívocos manifestados por el medicamento suministrado a la paciente, conociendo su estado.

La obligación de medios se reitera, asimismo, en las llamadas pruebas diagnósticas. La *lex artis*, dice la sentencia de 15 de Febrero de 2006, supone que la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar ó descartar la



presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica por tanto un doble orden de cosas: en primer lugar, la obligación del médico de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (STS 23 Sep 2004). En segundo, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen.

## II.- Medios y resultados en la jurisprudencia.

Este planteamiento inicial adquiere especial importancia en función de la intervención que se lleve a cabo y, en particular, a la hora de incardinar en una o en otra el caso que se somete a la consideración de los facultativos cuando se trata de intervenciones plásticas, reconstructivas o reparadoras, dirigidas a la corrección de defectos congénitos o adquiridos con posterioridad, o en la cirugía estética, mediante la que se pretende el embellecimiento del individuo, su perfeccionamiento físico.

La separación de ambas modalidades no es muy clara en los hechos, sobre todo, como dice la doctrina mas autorizada, y reitera la sentencia de 29 de junio 2007, a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico, o de aquellas intervenciones preventivas en las que se actúa a partir de las indicaciones médicas dirigidas a evitar riesgos para la salud o integridad del paciente, que las consiente, con aproximación a una medicina de

medios en la que la posibilidad de elección está condicionada por una situación previa de riesgo, que permite mantener un criterio menos riguroso que el que se exige en la medicina satisfactiva, en la que, como ha dicho esta Sala, «*la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención*» (STS 21 de octubre 2005).

Es razón por la que se puede admitir que una intervención quirúrgica de estas características, como la estética, puede considerarse curativa del malestar psíquico inherente a ciertas deformidades y defectos de naturaleza física por cuanto no se puede obligar a una persona a convivir con un defecto habiendo recursos médicos para solucionarlo.

Pero lo cierto es que una y otra han conducido a soluciones jurídicas distintas, especialmente en esta suerte de cirugía, al tratarse de una especialidad que modifica la regla general desde la idea de que aun configurando la relación contractual de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, se viene a exigir la obtención del resultado perseguido por el paciente y asumido por el médico que realiza la operación.

Un caso singular se analiza en la Sentencia de 20 de Junio de 2006 en la que se condena al ISFAS. Se trata de una intervención quirúrgica consistente en “*dermolipsectomia abdominal*”, de la que la paciente resultó con secuelas de cierta entidad. Se discutía si la responsabilidad demandada era contractual o extracontractual, teniendo en cuenta que la intervención estética no estaba cubierta por el ISFAS y que los médicos, se dice, “*entraron de forma sorprendente y anómala a resolverla*”. Se entiende que hay un “*vinculo jurídico*” y que la prescripción no es la anual sino la quincenal, conforme al criterio ya sustentado por este Tribunal en sen-



tencias anteriores (26 Enero; 1 de marzo y 19 de junio de 1.984). La particularidad del caso estriba en la distinta consideración que para el ISFAS tenía la intervención plástica y la estética. Aquella cubierta. Esta no. De ahí la valoración que la Sala hace de los hechos para precisar la relación mantenida por la paciente con el Centro que llevó a cabo la intervención.

Dice la sentencia de 26 de julio de 2006: *“la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato -tratándose de un contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía-, como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad o de medios,*

*caracterización que recuerda la reciente Sentencia de 23 de marzo de 2006, con cita de abundantísima jurisprudencia. Como tal obligación de medios, se cumple con la realización de la actividad prometida, aunque no venga acompañada de la curación del lesionado, con tal de que se ejecute con la diligencia exigible en atención a la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1101 y 1104 del Código Civil”.*

Son varias las sentencias que se han ocupado de estas cuestiones, no sin precisar que algunas han encontrado un notable eco literal y acrítico en numerosas sentencias de Juzgados y Audiencias, teniendo en cuenta lo variable de las situaciones que se presentan y las distintas respuestas de las



ciencias de la salud a un determinado problema, junto con el giro dado a esta materia por la reciente jurisprudencia.

- STS 25 de abril 1994: (vasectomía) la obligación de medios se intensifica haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, sino también, y con mayor fuerza aún, la de informar al cliente -que no paciente-, tanto del posible riesgo que la intervención acarrea, especialmente si esta es quirúrgica, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisas para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención.

-STS 31 enero 1.996 (Vasectomía): se desestima el recurso de casación, confirmando la sentencia de la Audiencia, porque el propio recurrente mantuvo que se había producido *«el fracaso de la operación en cuanto al resultado, que era lo perseguido con la operación»*, y la sentencia de la Audiencia entendió que se ejercitaba en la demanda una acción de incumplimiento contractual ya que de la operación de vasectomía no se produjeron los resultados esperados.

-STS 11 febrero 1.997 (vasectomía): En el arrendamiento de obra, se afirma, no cabe duda que el resultado actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, asimismo, además, como tal resultado concreto para quien realiza la intervención, sin que, como ocurre, cuando hay desencadenado un proceso patológico que, por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que atajar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquel en la salud eleve a razón primera de la asistencia los medios o remedios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible.



-STS 28 de junio de 1999: refiere un caso de tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis. Para la el TS, la relación jurídica entre demandante y demandado deriva del contrato entre de paciente y médico, consistente en un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis; contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que, como define el artículo 1544, en relación con el 1583 del Código civil, es aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto.

Precisa la sentencia que, si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de contrato de pres-



tación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay casos en que se trata de obligación de resultado en que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía y odontología; este último supuesto lo recoge la sentencia de 7 de febrero de 1990, la cual, tras referirse al contrato habitual de prestación de servicios, añade: «...salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias...».

Corolario lógico es entender que la obligación del médico, propia de contrato de obra, era obtener el resultado de sanear («rehabilitar» decía el dictamen pericial) la boca del paciente. Y tal resultado entiendo no se obtuvo, “no cumplió la obligación -obligación del resultado-”.

-STS 11 diciembre 2001: se diagnosticó «*protusión del maxilar superior*» y se aconsejó al paciente la intervención quirúrgica, que se practicó efectivamente el día 23 de marzo de 1977; esta intervención no produjo el resultado pretendido. No estando conforme la paciente demandante con este resultado y de acuerdo con el médico, éste le practicó una nueva el día 3 de julio siguiente. Esta tampoco produjo resultado satisfactorio, al infectarse los injertos, dando lugar a que el maxilar volviese a la posición que ocupaba tras la primera intervención; tras lo cual siguió un tratamiento en los Estados Unidos de América que solventó su problema; éste terminó con tres intervenciones de cirugía plástica, en Barcelona, quedándole secuelas.

La sentencia de la Audiencia había calificado la relación de arrendamiento de servicio. Sin embargo, dice, “*en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte -el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra -médico- por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso*”. La sentencia recuerda que la de 28 de junio de 1999 contempla el caso de un tratamiento odontológico, similar al presente, rehabilitación de la boca que no logró el resultado y fue otro odontólogo el que la rehabilitó finalmente, por lo que se estimó la demanda.

- STS 22 de Julio de 2003 (mejora del aspecto físico y estético de los senos): la actividad



médica, señala el Tribunal Supremo, se desarrolla en el ámbito de una relación contractual, que participa en gran medida de la naturaleza de contrato de arrendamiento de obra que intensifica una mayor garantía en la obtención del resultado perseguido, ya que, si así no sucediera, es obvio que el cliente-paciente no acudiría al facultativo sino en la seguridad posible de obtener la finalidad buscada de mejoría estética. La sentencia condena por haberse infringido el deber de información. El resultado de la operación, nos dice, no se acomodó a las expectativas y confianza que la recurrente había depositado en el médico para la mejora y estética de sus senos, al acrecentarse las cicatrices que le afectaban y presentarse antiestéticas. Esta doctrina, ya se había expresado anteriormente en la de 28 Junio 1997, referida a un supuesto de operación de cirugía estética o «*lifting*» (estiramiento de la piel del rostro y eliminación de la papada).

- STS de 10 Febrero 2004: evita calificar de medicina satisfactiva una operación de corrección de miopía, dada su evidente incidencia curativa.

- STS 22 de junio 2004 (reducción de mamas principalmente orientada a remediar los dolores de espalda derivados de su hipertrofia mamaria así como una osteoporosis en fase inicial, intervención de la que se derivó una necrosis masiva del único pecho intervenido con la consecuencia final de pérdida total de la zona areola-pezón). La sentencia condena al médico, que tenía la cualificación profesional de catedrático numerario de Universidad, que a la razón desempeñaba la cátedra de Patología Quirúrgica, y que se jubiló poco después, y era, además, médico especialista en Cirugía General pero carente de la especialidad en Cirugía Plástica. Le condena porque acometió la intervención tras aconsejársela personalmente a la actora recurrente, y se comprueba que su experiencia quirúrgica se centraba muy especialmente en el cáncer de mama, es decir, en la extirpación de tumores y no

en la reconstrucción del pecho. Dice la sentencia que *“no es aceptable sin más que la finalidad primordialmente correctora de la reducción mamaria, disminuir el peso de la zona del pecho para aliviar los dolores de espalda de la paciente y frenar la osteoporosis que ésta padecía en fase inicial, disminuir, hasta casi eliminar su significación jurídica, la importancia que para la actora-recurrente tenía el resultado final de la intervención en el aspecto estético o plástico”*.

El juicio de reproche es múltiple: falta de información a la paciente del concreto riesgo de necrosis subsiguiente a la intervención; aplicación de una técnica de los años 60; intervino una sola mama cuando todo apuntaba a una única intervención para las dos; la intervención tuvo una duración de cuatro horas que tampoco se corresponde con la normalidad; la atención postoperatoria no fue la mejor de las posibles, puesto que diez días después de la intervención el demandado-recurrente autorizó a la actora-recurrente a regresar al pueblo de su residencia, citándola para diez días después, siendo entonces cuando detectó la necrosis.

- STS 21 de Octubre 2005: se enfrenta a unas secuelas padecidas por la demandante tras haberse sometido a una intervención quirúrgica con la finalidad de hacer desaparecer unas pequeñas cicatrices de la cara; secuelas consistentes en unas cicatrices queiloideas en el labio inferior y en el mentón, y un consiguiente trastorno psíquico. La sentencia considera que la intervención quirúrgica está bien realizada porque *“está prevista en el estado de conocimiento de la ciencia médica en el momento de su práctica como idónea para conseguir el resultado pretendido y fue practicada correctamente con arreglo a la técnica y práctica médica”*. Sin embargo condena al médico al apreciar la infracción del deber de información.

- Sentencia 23 de mayo 2007 (vasectomía): los actos de medicina voluntaria o satisfactiva

(categoría ya apuntada en las SSTs de 25 de abril de 1994 y 11 de febrero de 1997 en relación con las operaciones de vasectomía, como recuerda la STS de 7 de abril de 2004) no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida por consiguiente, *“partiendo del fracaso en la operación de vasectomía, por haberse producido una recanalización de los conductos seminales, la cuestión se concreta en determinar si se cumplió el deber de información establecido en el artículo 10-5 LGS, en el sentido de explicar el antedicho posible fracaso de dicha operación, dado que, según estima la referida sentencia, dicho fracaso puede producirse entre un 0,2 y un 1 por ciento de casos, y por ende, constituye un riesgo propio de la intervención”*.

- Sentencia de 29 de junio de 2007 (Ligadura de trompas). Se desestima el recurso de casación en un supuesto de reclamación de cantidad por las secuelas sufridas por la demandante quien, tras someterse a un proceso de esterilización después de un tercer parto por cesárea, tuvo un embarazo ectópico. La sentencia se sustenta sobre los hechos siguientes: 1º) La información facilitada fue en el sentido de que el método de esterilización mencionado era el más seguro para impedir embarazos. 2º) Quien no desea tener más hijos puede no querer ser sometido a una intervención quirúrgica y preferir otros métodos menos seguros pero no necesitados de dicha actuación. Pero la demandante no había de ser sometida a una intervención expresamente destinada a la práctica de la esterilización. Por el contrario, la solicitó para el caso de que su tercer parto hubiese de ser también mediante cesárea, en cuyo curso podía practicarse la intervención, sin necesidad, por tanto, de un sufrimiento adicional. 3º) Un nuevo embarazo normal habría sido ya arriesgado y habría preci-

sado, probablemente, una nueva cesárea. Con la esterilización tubárica, había un pequeño riesgo de embarazo, menos que con otros sistemas, de embarazo problemático y con seguridad precisado de intervención quirúrgica. Pero es que, de producirse un embarazo normal, por empleo y fracaso de otro método contraceptivo, también existiría un riesgo claro y, con mucha probabilidad, necesitado de intervención quirúrgica.

En el caso, afirma la sentencia, *“la ligadura de trompas, además de ser considerado un método de planificación familiar permanente, evita riesgos graves para la salud de la embarazada, como en este caso, después de tres embarazos, el segundo y el tercero culminados con parto mediante cesárea. Este riesgo permite deducir, conforme a lo que la sentencia de 30 de abril de 2007 califica de «orden natural de las cosas, presidido por la regla de la razonabilidad», que la actora habría elegido el mismo método de esterilización, incluso después de haberla advertido del riesgo de un nuevo embarazo”* y que no hay falta de información sino una información incompleta.

### **III.- Estado de la cuestión: ¿Obligación de medios; Obligación de resultados?**

Con todo, habrá que preguntarse si en la actualidad es posible sostener esta clásica distinción entre obligación de medios y de resultados (*“discutida obligación de medios y resultados”*, dice la STS 29 de junio 2007) y si el problema realmente está no tanto en la obtención del resultado perseguido, que engloba el necesario éxito de la operación realizada, como en poner los medios adecuados a disposición del paciente, y en especial en la información que se le debe ofrecer, teniendo en cuenta que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y que la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las dis-



tintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía: hemorragias, infecciones, cicatrización patológica o problemas con la anestesia, etc.

La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Lo contrario supone prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva, en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, toda vez que el daño se equipara al resultado no querido ni esperado, ni menos aun garantizado por esta intervención, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad, impidiéndole demostrar la existencia de una actitud médica perfectamente ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es tal cuando una persona se somete a una intervención de esta clase pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual. Las singularidades y particularidades de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso y de la responsabilidad consiguiente.

En este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2007 declara lo siguiente: *“Los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006 y 23 de mayo de 2007”*.

Es razón por la que no es posible establecer a priori una suerte de categorías o de especialidades médicas cuya actividad suponga considerar que asumen obligaciones de resultado. De hecho la Sentencia antes citada mantiene la de instancia sobre el estado de la titulación de especialista en cirugía plástica del médico que efectuó la operación, señalando que *“La sentencia no niega que dicho título no haya sido objeto de homologación en España, sino que declara que esta circunstancia es irrelevante, por sí misma, para construir una responsabilidad por negligencia médica, habida cuenta de que la posesión del expresado título no fue invocada por el médico demandado. La parte, al socaire de una valoración de la prueba que dice ser errónea, pretende, en realidad, que deduzcamos de la falta de homologación del título de especialista en cirugía plástica solicitada por el médico demandado, cuyo título lo habilita para la práctica de cirugía general, la existencia de una negligencia médica fundada en su falta de aptitud, dando además por supuesta la existencia de una relación de causalidad entre la actuación del médico y las secuelas producidas que la sentencia impugnada ha declarado inexistente”*.

La sentencia de 21 de octubre de 2005 es buena muestra de ello. Se trata de una operación en el ámbito de la medicina satisfactiva o voluntaria en la que una mujer se somete a una intervención consistente en tratamiento dermoabrasador por láser quirúrgico CO2 con la finalidad de hacer desaparecer unas pequeñas cicatrices puntiformes en la región peribucal y mentón provenientes de una depilación eléctrica realizada hacia algunos años, a resultas de la cual resultó con unas secuelas consistentes en unas cicatrices queloides en el labio inferior y el mentón, y un consiguiente trastorno psíquico calificado por los especialistas de *“neurosis de angustia”*.

El Juzgado de 1ª Instancia apreció la concurrencia de caso fortuito porque, al deberse la apa-



rición del queloide a una anormal o patológica cicatrización atribuible a la predisposición genética de la actora, sin que haya métodos analíticos ni exploraciones especiales que permitan sospechar tal desarrollo, sólo anticipable cuando existan unos antecedentes personales en tal sentido, el resultado lesivo producido era de todo punto imprevisible y científicamente inevitable, de modo que la única forma de haber salvado la aparición del queloide era no haber realizado ninguna operación, por lo que aplica el art. 1105 CC con la consecuencia procesal de sentencia desestimatoria.

La sentencia de la Audiencia mantiene la de instancia en cuanto al queloide y rechaza que hubiera una obligación de información previa, dada *“la naturaleza absolutamente extraordinaria e imprevisible del queloide”*.

El Tribunal Supremo resuelve el caso sin una mención directa a la obligación de medios y resultados y entiende que no hubo un *“aseguramiento*

*del resultado”* por el médico a la paciente, el cual no resulta de la narración fáctica de la resolución recurrida, ni cabe deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética -dado que la actora se prestó a la intervención facultativa para mejorar su aspecto estético-, y por consiguiente incardinable en lo que se denomina medicina voluntaria o satisfactiva, respecto de la que se entiende que hay una aproximación al régimen jurídico del arrendamiento de obra o que se trata de una figura intermedia entre éste y el arrendamiento de servicios, porque, en cualquier caso, habrá de valorarse la existencia de los elementos de la causalidad y culpabilidad.

Descarta, asimismo, que sea posible aplicar la doctrina del *“resultado desproporcionado o enorme”* porque ésta hace referencia al resultado *“clamoroso, inexplicado o inexplicable”* y en el caso hay una causa que explica la producción del resultado de hipertrofia o queloide de la cicatriz, que es la predisposición genética a tal efecto de la piel de la paciente.



Entiende, en definitiva, que la intervención quirúrgica del médico está prevista en el estado de conocimiento de la ciencia médica en el momento de su práctica como idónea para conseguir el resultado pretendido y que fue practicada correctamente con arreglo a la técnica y práctica médica, por lo que ningún juicio de reproche hace al facultativo en el ámbito de la culpabilidad.

Pero incluso, afirma, falta el elemento de la causalidad en su secuencia de causalidad jurídica -criterio de imputación objetiva o de atribuibilidad del resultado-, puesto que una cosa es que haya causalidad física o material -"questio facti" para la casación-, porque el queloide se generó como consecuencia de la intervención quirúrgica, y sin ésta no habría habido aquel, y otra causalidad jurídica -juicio perteneciente a la "questio iuris"-, bien porque se entienda aplicable la exclusión en virtud del criterio de imputación objetiva del "riesgo general de la vida", bien porque no ha sido la intervención la denominada causa próxima o inmediata, ni la causa adecuada, criterio éste (para unos, filtro de los restantes criterios de imputación; para otros, residual de cierre del sistema, y que, por ende, opera cuando no sea aplicable alguno de los previstos específicamente en la doctrina -riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, ámbito de protección de la norma, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza-) que descarta la causalidad cuando, como dice la doctrina, *"el daño aparece como extraordinariamente improbable para un observador experimentado que contara con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión en el momento inmediatamente anterior a la conducta"*.

Y en ello, dice, encaja el supuesto de autos y la apreciación de la resolución recurrida, pues aún cuando en la misma se alude a la imprevisibilidad, y no cabe estimar no previsible aquel tipo de complicaciones que en ocasiones se pueden producir, es obvio que no cabe cargar en la actuación del

agente las que tienen carácter excepcional, dependen de condiciones genéticas del sujeto concreto (paciente) y que no existe posibilidad normal de conocer o averiguar con anterioridad a la intervención. Por lo que hay una ausencia de causalidad jurídica (en cuya órbita se sitúa el caso fortuito del art. 1105, aparte también en todo caso de culpabilidad (reproche subjetivo).

Ahora bien, aunque la sentencia no advierte negligencia alguna en la actuación quirúrgica del médico, sí que aprecia la responsabilidad por la información dada a la paciente con el argumento de que en los casos de medicina satisfactiva se acrecienta el deber de información médica de los riesgos previsibles, con independencia de su probabilidad, quedando sólo excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención. Circunstancia, por otra parte, que es bastante frecuente en los casos sometidos a enjuiciamiento de los Juzgados y Tribunales.

La cicatriz queloidea -poros abiertos- consiste en un tumor formado por el tejido fibroso que aparece en personas predispuestas genéticamente a producir excesiva respuesta tisular ante un trauma cutáneo. La ciencia médica conoce tal posibilidad como consecuencia de una intervención, con independencia de la técnica quirúrgica utilizada, y el médico demandado no sólo, obviamente, conocía la misma, sino que incluso ya le había sucedido en un quehacer profesional con anterioridad, por lo que se añadía su propia experiencia personal.

Se trata por lo tanto de un riesgo previsible, que, aunque muy improbable, excluye la responsabilidad en la práctica de la intervención, pero no excusaba del deber de información, a cuyo efecto el médico podía, y debía haber hecho saber a la paciente la pequeña posibilidad de que ocurriera el suceso y su causa, para que, dentro de su autonomía, asumir o no el riesgo de las eventuales dificultades de cicatrización defectuosa.

#### IV.- Criterios de imputación y Consentimiento informado.

La sentencia ofrece dos aspectos de interés en la más reciente jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

El primero tiene que ver con el criterio de imputación. La sentencia aplica los criterios de la llamada imputación objetiva distinguiendo lo que es la relación física o material de la causalidad jurídica o imputación objetiva para atribuir o no el resultado dañoso al facultativo.

Las sentencias de 2 y 5 Enero, 9 de Marzo y 7 de junio de 2006, advierten que se trata de un presupuesto previo al de imputación subjetiva que implica un juicio de valoración mediante el cual debe determinarse si el resultado dañoso producido es objetivamente atribuible al demandado como consecuencia de su conducta o actividad en función de las obligaciones correspondientes a la misma, contractuales o extracontractuales, y de la previsibilidad del resultado dañoso con arreglo a las reglas de la experiencia, entre otros criterios de imputabilidad admitidos, como los relacionados con el riesgo permitido, riesgos de la vida, competencia de la víctima, ámbito de protección de la norma, causalidad adecuada, provocación y prohibición de regreso.

El segundo, se refiere a la información que se debe proporcionar al paciente antes de la intervención, y al correlativo consentimiento por parte de este, que ha transformado el modelo tradicional de la relación médico-paciente y que ha dado lugar, sin duda, a un considerable aumento de litigios desde la idea, expresada en distintas sentencias del Tribunal Supremo, de que la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* (SST 28 de noviembre 2007, por todas).

La Sentencia 4 de octubre 2006, sigue la línea marcada por la del queloide en un fallido implante capilar, con importantes secuelas. Sostiene que estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado, paciente o cliente, conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma. Y ello, sin duda, obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención.

La información es, por consiguiente, un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica, especialmente en estas intervenciones médicas no necesarias, como es la cirugía estética, en las que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma.

A través de la información es posible prometer o comprometer un resultado satisfactorio al término de la operación o lo que es igual, asegurar o garantizar el interés final perseguido por el paciente. Es el caso de la sentencia de 4 de Octubre en el que se capta la voluntad del cliente a través de la difusión de una campaña publicitaria *“capaz de inducir a error al consumidor o usuario (artículo 8 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios) en la que el escaso rigor lleva fácilmente a la conclusión de que el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible, aludiendo a la existencia de “especialistas» en cabello cuando ciertamente los médicos que asistían en el centro no tenían la consideración de tales”*.



Esta practica supone no solo un evidente desajuste entre la operación que se lleva a cabo y lo que se oferta al cliente mediante la publicidad, sino que viene en cierto modo a garantizar el resultado comprometido y deja al margen cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivar de la intervención médica para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no cumplimentado (que de otra forma no cabría deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética –STS 21 de octubre 2005–, y no los medios que se ponen a disposición del paciente, sería suficiente para responsabilizar al facultativo, al margen de los elementos propios y característicos de la misma.

Que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica no excluye la responsabilidad civil que resulta de la omisión de una correcta información del riesgo que la misma conlleva. Al paciente

o cliente se le debe informar de lo siguiente: a) de las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada, y que también debe abarcar la de preparación para la intervención. b) de las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y c) de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia.

Si así no fuera, el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de la infracción del deber de información, previo al consentimiento, y de la materialización del riesgo previsible, y es independiente de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. Pues es del todo evidente que esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista normativo (antes, Ley General de Sanidad –Ley 14/1986, de 25 de Abril–; ahora, 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-), tanto si existe un vínculo contractual –contrato de servicio sanitario, sea arrendamiento de servicio o de obra– como si no, operando entonces la relación entre quienes prestan la asistencia médica y el usuario en el campo extracontractual (STS 2 de julio 2002).

La falta de información implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses; información que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), como precisa la Sentencia de 2 de Julio de 2002.

# Ideas para una nueva cultura valorativa

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



## SUMARIO

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

# Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de Daños

**Eugenio Llamas Pombo**  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Universidad de Salamanca*



## SUMARIO

- 1.- Planteamiento
- 2.- Tesis: la prevención-evitación del daño, misión irrenunciable del Derecho civil.
- 3.- Antítesis: la discutida (y difícilmente sostenible) función preventiva de la responsabilidad civil.
  - 3.1.- La pretendida multifuncionalidad de la responsabilidad civil
  - 3.2.- Discusión
- 4.- Síntesis: tutela civil inhibitoria y responsabilidad civil, dos ámbitos distintos del Derecho de daños.
- 5.- Antecedentes históricos y comparados de la tutela inhibitoria atípica.
- 6.- Concepto, fundamento y configuración atípica, unitaria y autónoma de la tutela civil inhibitoria.
- 7.- Antecedentes legislativos de tutela inhibitoria típica.
- 8.- Requisitos de la tutela civil inhibitoria.



## 1.- Planteamiento

El presente trabajo constituye, en realidad, una segunda versión del que, bajo el título “La tutela inhibitoria del daño (la otra cara del Derecho de daños)”, redacté como contribución al Libro Homenaje dedicado al Prof. Dr. Luis Díez-Picazo. El punto de partida y la tesis que mantengo es la misma, aunque introduzco algunos cambios y adiciones significativos e, incluso, rectificaciones, unas veces fruto de la reflexión y otras propiciadas por los cambios legislativos, la más reciente experiencia jurisprudencial, y la última bibliografía sobre la materia, que ha sido particularmente abundante. Lo que demuestra el indudable interés que despierta el tema.

La hipótesis de arranque, o sea, la explicación razonable que se admite provisionalmente como punto de partida de toda investigación, puede resumirse en el siguiente razonamiento:

1º) Son numerosos y difícilmente rebatibles los argumentos lógicos, sociológicos y económicos que avalan la preferencia del “prevenir” sobre el “curar”, de evitar el daño antes que resarcirlo.

2º) Y además, no hay ninguna razón que impida cumplir tal misión preventiva al Derecho privado en general, y al civil en especial.

3º) Constataciones ambas que, unidas al desplazamiento hacia la protección de las víctimas de daños que en las últimas décadas ha conocido la responsabilidad civil, han llevado a una abundante y rigurosa doctrina a predicar para dicha institución una función preventiva del daño; y no ya como mero efecto inducido o secundario de la misma, sino como finalidad directa y primaria.

4º) Sin embargo, siguen existiendo graves escollos para seguir llamando “responsabilidad”

a algo distinto de la reparación-resarcimiento del daño. Responsabilidad es un *posterior*, la consecuencia jurídica de un daño, y la idea de prevención requiere un *prius* que encaja mal en aquel concepto, por mucho que queramos ampliarlo o deformarlo.

5º) Nada obliga a traducir el principio *alterum non laedere* en la regla “el que daña repara”. Al menos no exclusivamente. Del viejo principio cabe derivar *también* el deber de adoptar las precauciones razonables que eviten el daño. “No dañar” supone, obviamente, “reparar el daño causado”; pero sobre todo es eso, “no causar daños” o, lo que es igual, evitar que se produzcan. De manera que el moderno Derecho de daños, indudablemente todavía en construcción, ha de bifurcarse para comprender dos manifestaciones distintas:

a) La inhibición del daño amenazante, la prevención, a través de la llamada tutela civil inhibitoria.

b) La responsabilidad por el daño irrogado, la reparación, mediante la llamada tutela resarcitoria.

6º) Dicha tutela inhibitoria no es nada nuevo en nuestra tradición jurídica, al menos en determinados supuestos típicos (interdictos, acción negatoria, abuso del derecho, etc.). Sin embargo, es preciso reconstruirla en un tratamiento unitario, para aplicarla específicamente a la prevención del daño con carácter atípico y general.

## 2.- Tesis: la prevención-evitación del daño, misión irrenunciable del Derecho civil

El daño, como “menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”<sup>1</sup>, es algo esen-

<sup>1</sup> LARENZ, *Derecho de obligaciones*, trad. esp. y notas de SANTOS BRIZ, t. I, Ed. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1958, pág. 193.



cialmente indeseable. Y por ello, parece obvia la popular preferencia del “prevenir” sobre el “curar”. Es perfectamente aplicable al daño lo que, en relación con el acto ilícito<sup>2</sup>, escribía Trimarchi hace algún tiempo: “La reacción que el ordenamiento jurídico opone contra el acto ilícito mira preventivamente a impedirlo, y sucesivamente a eliminar sus consecuencias. Mejor prevenir que curar: es un obvio principio de economía. Por eso, aún antes de que el acto ilícito sea cometido, el Derecho opera no sólo con la amenaza de la sucesiva sanción..., sino también con medidas inmediatas dirigidas a impedir el comportamiento lesivo antes de que se

produzcan”<sup>3</sup>. Con toda la razón se ha afirmado que “bien está que se compensen ciertos daños, pero no alcanzamos a ver cómo no es mejor intentar además disminuir la frecuencia con que ocurren y su gravedad”<sup>4</sup>. Afirmaciones ya resultan obvias desde el más elemental sentido común, se justifican adicionalmente con otros argumentos técnicos que resumimos a continuación:

1º) El tremendo desplazamiento que se ha producido en el Derecho de daños de las últimas décadas, que ya no gira en torno al dañador, sino alrededor de la víctima, avala antes la prevención que

<sup>2</sup> Aunque no es el objeto de este trabajo, es bien conocido el esfuerzo que, desde mediados de la década de 1960, ha realizado la doctrina italiana para distinguir entre *ilícito* (conducta antijurídica) y *daño*, hecho histórico, material, que puede ser eventual consecuencia del ilícito o derivar de otras causas distintas. *Vid.*, por todos, MÖCCIOLA, “Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, pág. 367; PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Cedam, Padova, 1998, págs. 1 y ss. y 116 y ss.

<sup>3</sup> TRIMARCHI, voz “Illecito”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. 20, Giuffré, Milano, 1970, pág. 106. La traducción es mía.



la reparación. Como es sabido, puede afirmarse, plásticamente, que en la segunda mitad del siglo XX hemos asistido a un cambio de protagonista dentro del teatro de operaciones de la responsabilidad civil: el “primer actor” ya no es (como en el artículo 1902 del Código civil) “el que causa daño a otro”, ni tampoco (como en el artículo 1101) “los que incurrieran en dolo, negligencia o morosidad...”, sino precisamente ese “otro” que es víctima de un daño extracontractual o contractual, de manera que importa poco por quién o por qué motivo se va a afrontar la indemnización de ese daño, con tal de que dicha reparación se produzca. El protagonista es ahora la víctima, de manera que la formulación de los preceptos nucleares de nuestro sistema de responsabilidad civil podría ser muy distinta, para señalar que “todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado”, o algo parecido<sup>4</sup>. En suma, cabe hablar de un (relativamente nuevo) principio general de nuestro Derecho, formulado como el favor victimae o principio pro damnato. No es sino la concreta aplicación al dominio de la responsabilidad civil de otro más amplio, que erige a la defensa del débil (en sentido jurídico) en la preocupación esencial del Derecho

moderno, por decirlo en palabras de Josserand, en su conocido trabajo sobre “la protección de los débiles por el Derecho”<sup>5</sup>.

Pues bien, ¿Qué mejor para la eventual víctima de un daño que no llegar a serlo? El principio *alterum non laedere* no deja de mirar la realidad desde la óptica del dañador, destinatario de la prohibición de perjudicar. Frente a ello, si queremos ocupar la perspectiva de la víctima hemos de pensar más bien en un “derecho a la indemnidad”, oponible *erga omnes*.

2º) El Derecho civil siempre ha brindado mecanismos de protección preventiva de la posesión (interdictos), de la propiedad (acción negatoria) y de otros derechos subjetivos de carácter patrimonial<sup>6</sup>. Con mayor motivo habrá de hacerlo en relación con ese “derecho a la indemnidad” que tratamos de proteger mediante el Derecho de daños y que se trata de un derecho subjetivo a menudo implicado con bienes y derechos de la personalidad, elevados casi siempre a la categoría constitucional de derechos fundamentales. Sólo así podrá mantener

<sup>4</sup> SALVADOR CODERCH-CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar*, M. Pons, Madrid, 1997, pág. 10. En la pág. 107 continúan: “...la idea de que el Derecho civil de daños ha de renunciar a todo principio de preservación *ex ante* de bienes jurídicos, es decir, que ha de limitarse a *esperar y ver* cómo el riesgo se concreta y el daño se produce, resulta incluso intuitivamente contraria al buen sentido”. Por lo demás, tal finalidad preventiva ya fue reclamada por DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, pág. 572; y TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1981, págs. 133 y ss.

<sup>5</sup> El fenómeno es bien conocido y ha sido explicado hasta la saciedad. He resumido su alcance en LLAMAS POMBO, “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba” en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, dir. J.A. MORENO, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 299 y ss., de donde se reproducen algunos datos a continuación:

DE ANGEL señala que hay una “tendencia de la jurisprudencia a orientar la interpretación y aplicación de los principios jurídicos tradicionales -basados en la doctrina de la culpa- por caminos de máxima protección de las víctimas de sucesos dañosos” (*Tratado de responsabilidad civil*, Cívitas-U.D., Madrid, 1993, págs. 56 y 128 y ss. En dicho lugar, y concretamente a lo largo de la nota 21, el prestigioso profesor contempla un buen resumen de la bibliografía española a propósito del fenómeno al que nos referimos).

En la doctrina francesa, con agudeza y mayor profundidad ha señalado YVONNE LAMBERT-FAIVRE que el eje de la responsabilidad civil ya no es el “sujeto responsable”, sino el “objeto” de la responsabilidad, o sea, la reparación del daño. En otras palabras, el sistema evoluciona desde un Derecho de daños que giraba en torno a la deuda de responsabilidad, hacia otro que lo hace alrededor del crédito indemnizatorio (LAMBERT-FAIVRE, Y., “L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation”, en *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1987, págs. 1 y ss.).

En Italia, recoge una buena síntesis del fenómeno al que nos referimos VIOLANTE, A., *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, Ed. Scient. It., Nápoles, 1999, especialmente todo su capítulo I.

Todo ello ha sido resumido agudamente en el pfo. nº 259 de la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil de la Argentina, de 1998, que por su claridad conceptual y semántica, transcribimos a continuación: “La responsabilidad civil está emplazada en un área móvil. Los viejos odres del Código civil resultaron insuficientes para contener las soluciones apropiadas a los tiempos cambiantes, tanto que en la Era Industrial, seguramente, la respuesta más singular resultó de la legislación laboral. Cuando se entró en los albores de la Era Tecnológica fueron repensadas ideas generalmente tenidas por válidas, y se procuró dar soluciones adecuadas a los nuevos requerimientos, muchas veces mediante una relectura de los antiguos textos legales. En Argentina, como en el Mundo, el concepto de responsabilidad civil evolucionó de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización (Lambert-Faivre); hoy importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora (López Olaciregui), porque el Derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor (Ripert)”.

<sup>6</sup> Ya entre las tres funciones primordiales de los jurisconsultos romanos -*respondere, agere, cavere*- ocupaba un lugar fundamental la tarea de prevención-evitación de litigios. En ese *cavere* está el origen de las *cautiones* en general, y de la *cautio damni infecti* en particular.

nuestra disciplina su secular papel defensor del deber general de respeto a la persona<sup>7</sup>.

Hace tiempo que conocemos la necesidad de someter la vieja *summa divissio* de ULPiano a meros “criterios de preponderancia” (según recomiendan BULLINGER y RAISER), de manera que Derecho Público y Derecho Privado ya no se contraponen axiológicamente, sino que se estructuran paralelamente y se complementan recíprocamente, estableciéndose campos de preponderancia o intensidad relativa de lo público y lo privado<sup>8</sup>. Campos que en el Derecho Privado se fundamentan en el valor de la autonomía, en las instituciones más íntimamente conectadas a la libre disposición e iniciativa de la persona, a través del derecho subjetivo y el negocio jurídico. Adicionalmente, también hay que someter la clásica identificación entre Derecho civil y Derecho Privado al *principio de solidaridad*, del que habló RODOTÀ, y que obliga a ceder autonomía privada para obtener bienestar colectivo. En suma, al civilista actual ya le interesa muy poco determinar si su Derecho es público o privado: es un *ius novum* que tiene de todo. Tanto el Derecho de la construcción, como el Derecho de daños, el de Persona, Familia o el Inmobiliario, por poner algunos ejemplos, concitan la interacción de normas públicas y privadas. El Estado social de Derecho impone un Derecho civil sensible a los *intereses generales y colectivos*, cuya protección ha de constituir un principio activo de toda relación jurídica, y por cuyo cumplimiento debe velar el Estado, que ya no ocupa una posición neutral en las relaciones

interindividuales. Por ello, cabe hablar de una verdadera “socialización” del Derecho civil, que no se ve ya en términos peyorativos, como un ataque al Derecho civil. Éste, en efecto, debe contemplar los intereses sociales o colectivos y adecuarse a la protección de los intereses de aquellos miembros de la sociedad más débiles (los consumidores, los usuarios, los menores, los incapaces, las víctimas de daños y perjuicios), y de los valores colectivos imperantes (igualdad, productividad de la riqueza, empleo racional del medio ambiente, etc.). El civilista moderno no pierde de vista el peso que adquieren los *fenómenos colectivos*, y la idea social que sustituye unas veces, y se superpone otras, a la idea individual<sup>9</sup>. Frente a un ordenamiento de actividades netamente individuales, el Derecho civil actual es el ordenamiento de las “formas asociativas”, de la “cooperación humana”, que caracterizan a toda la actividad económica moderna. Las ideas de solidaridad social y protección de los intereses generales y colectivos ya no son ajenas al Derecho civil, y presiden, por imperativo del Estado social y democrático de Derecho, las viejas y las nuevas instituciones que lo integran.

Por eso, ya no es admisible el viejo mito del monopolio preventivo del Estado y el Derecho administrativo<sup>10</sup>: El Derecho civil no puede conformarse con la mera respuesta reparadora frente al daño y renunciar a la prevención del mismo. Pretender que permanezca impasible ante la inminencia de un daño, de su agravación o de su repetición, es tanto como crear y justificar un “derecho a perjudicar”<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Es inevitable traer aquí las palabras, ya antiguas, del profesor D. Federico DE CASTRO: “aceptado el daño de algo que no es un derecho subjetivo, que es precisamente una cualidad de la misma persona, se acoge implícita, pero necesariamente, la figura de la situación protegida y el correspondiente deber general de respeto a la persona” (*Derecho Civil de España*, II, pág. 38). Cabe citar también ROCA JUAN, “Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho civil y medio ambiente)”, en *A.D.C.*, 1986, págs. 763 y ss.

<sup>8</sup> Me he ocupado extensamente de la cuestión en Llamas Pombo, *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, págs. 106 y ss.

<sup>9</sup> “Cada vez menos cuestiones privadas. Cada vez menos cierta la regla de oro del Derecho civil *res inter alios acta*. Este es el tapón mal encajado por donde se vacía el agua del Derecho civil”, escribía hace pocos años Carrasco Perera (*El Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid, 1988, pág. 134) en una visión un tanto pesimista de un fenómeno que a nosotros no nos parece necesariamente negativo.

<sup>10</sup> Agudamente observa Lorenzetti, R., a propósito de la tutela civil inhibitoria, que “actualmente, con el fenómeno de la difusión del poder, que supone la titularización individual y difusa como modo de actuación social, proporcionan un nuevo paradigma de análisis de estas nuevas herramientas” (“La tutela civil inhibitoria”, en *La Ley -Argentina-*, 1995, pág. 1218).

<sup>11</sup> Alterini-Ameal-López Cabana, *Derecho de obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 307. Seguí-Japaze-Amenábar, “Prevención y reparación de los daños ambientales en el proyecto de Código civil de 1998”, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, n° 4, 1999, pág. 20.



3º) Tal función preventiva poco o nada tiene que ver con la punición y, por ello, el Derecho civil puede perfectamente cumplir una finalidad preventiva de daños, sin necesidad de acudir para ello al castigo que, obviamente, sí queda fuera de su ámbito de actuación. De manera extensa e irrefutable han demostrado ya Salvador-Castiñeira que “prevenir y castigar no son expresiones sinónimas, pues si bien castigar implica prevenir, lo recíproco no es cierto, ya que no todas las normas y disposiciones jurídicas que tratan de prevenir... mandan castigar a quien las incumple”<sup>12</sup>. En este punto coincidimos con la primera tesis mantenida en su conocida y brillante obra ya mencionada, a la que me remito; por el contrario, discreparemos más adelante de algunas de las conclusiones que allí se alcanzan a partir de tal premisa.

En efecto, el establecimiento forzoso de medidas conducentes a la evitación de un daño amenazante, ya sea mediante la prohibición o la imposición de realizar determinadas conductas, no tiene absolutamente nada que ver con la punición o el castigo. O, al menos, no más que la condena a la obligación de indemnizar un daño ya causado.

4º) Esa función preventiva no es meramente un ideal humanista, sino que resulta también eficiente<sup>13</sup> desde el punto de vista económico<sup>14</sup>. Es bien

sabido que el objetivo central del análisis económico del Derecho de daños es la reducción al mínimo del “coste de los accidentes”<sup>15</sup>, o sea, la suma total de los recursos empleados en prevenir y resarcir los perjuicios. Un importante esbozo teórico en la búsqueda de un camino conducente a lograr ese objetivo ha venido siendo la definición de un concepto económico de negligencia, que permita optimizar el coste total de las indemnizaciones, a base de mantenerlo en un nivel no inferior a los costes de prevención (lo que sería un derroche de recursos preventivos) ni superior a éstos (en cuyo caso resulta más caro “curar que prevenir”). Si bien se mira, tal es el sentido último de la famosa fórmula Learned Hand<sup>16</sup>.

Pues bien, la aplicación de tales criterios económicos demuestran por sí mismos que todo lo que sea “no invertir lo suficiente en prevenir” acaba resultando más costoso a la larga.

Pero no hace falta acudir a tal argumentación indirecta para deducir la rentabilidad económica de la prevención de los daños futuros. Existe una segunda vía mucho más directa para la consecución de aquel objetivo económico de reducción del coste de los accidentes, y que radica en la idea central de Calabresi: asignar (previa su determinación) el coste de los accidentes al ejercicio de las actividades que los causan,

<sup>12</sup> SALVADOR CODERCH-CASTIÑEIRA PALOU, *op. cit.*, *passim*. El texto transcrito es de la pág. 10, y se desarrolla y argumenta especialmente en sus págs. 107, 110 y 113-115.

<sup>13</sup> Vid. PAZ-ARES, “Principio de eficiencia y Derecho privado”, *Estudios en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2843 y ss.

<sup>14</sup> Con su peculiar agudeza lo expresa Díez-PICAZO: “Al lado de la prevención como impulso psicológico aparece la prevención como actividad racional del *homo economicus*: si los costes de prevención de los accidentes se mantienen en cotas adecuadas y los paga quien razonablemente deba hacerlo, es muy probable que las decisiones económicas favorezcan la reducción de los costos de los accidentes” (*Derecho de Daños*, Cívitas, Madrid, 1999, pág. 48).

<sup>15</sup> Por utilizar la archiconocida expresión de CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la Responsabilidad Civil*, trad. esp. BISBAL MÉNDEZ, Ariel, Barcelona, 1984. Vid. también SCHÄFER-OTT, *Manual de Análisis Económico del Derecho*, trad. esp. VON CARSTEN-LICHTERFELDE, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 98 y ss.

<sup>16</sup> La archiconocida fórmula del juez Learned Hand aparece citada y explicada por doquier, por lo que basta aquí remitir a POSNER, *Economic Analysis of Law*, 4ª ed. Boston-Toronto-London, 1992, págs. 147 y ss.; SCHÄFER-OTT, *op. cit.*, págs. 109 y ss.; PAZ-ARES, “La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)”, en *A.D.C.*, 1981, págs. 654 y ss.; GÓMEZ Y PASTOR, “El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico”, en *A.D.C.*, 1990, págs. 495 y ss. SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 133 y ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, *op. cit.*, págs. 68 y ss.; Díez-PICAZO, *Derecho de Daños, cit.*, págs. 210 y ss. Junto a dicha regla, se manejan otras variantes como la del *cheapest cost avoider* o el *cheapest insurer*. El fracaso teórico de dicha fórmula, tan sugestiva a primera vista, se pone de relieve de forma aplastante cuando se demuestra que el sujeto dañador, tras realizar sus cálculos, ha decidido que es económicamente “más eficiente” causar determinado daño que gastar en prevenirlo. Sobre todo si dicho daño afecta a derechos esenciales. Baste recordar el célebre caso del Ford Pinto en los EEUU.



y por tanto, imputar el pago de dicho coste a quienes realizan tales actividades. Y es innegable que con ello se persigue y se consigue un efecto de “prevención general” de los daños, a través del mercado y el sistema de precios. La idea no es difícil de entender: el traslado (o reflejo) del coste del accidente (o sea, de la indemnización) al precio de una actividad, provoca un doble efecto. Por una parte, el mayor precio disuade a parte de los eventuales dañadores para que no realicen la actividad en cuestión. Y por otra, convierte en rentable la inversión en prevención<sup>17</sup>.

### **3.- Antítesis: la discutida (y difícilmente sostenible) función preventiva de la responsabilidad civil**

#### **3.1.- La pretendida multifuncionalidad de la responsabilidad civil**

La contundencia de los anteriores argumentos, difícilmente discutibles, ha llevado a un importante sector de la doctrina a reclamar una función preventiva de la responsabilidad civil<sup>18</sup>. La afirmación de tal finalidad se enmarca normalmente dentro de una teoría que podríamos denominar de la multifuncionalidad de la responsabilidad civil. Así, frente a quienes venimos defendiendo la exclusiva función reparadora de dicha institución<sup>19</sup>, por destacados autores se afirma que el Derecho de daños cumple una

<sup>17</sup> El tema se explica y desarrolla extensamente en SCHÄFER-OTT, *op. cit.*, págs. 98 y ss.; y en Díez-PICAZO, *Derecho de Daños*, págs. 212 y ss., con amplias citas de ATIYAH.

<sup>18</sup> Quienes con mayor rigor lo han hecho en España han sido SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit., passim*, a los que, por ello, seguimos en este punto. Puede verse también PINTOS AGER, *Baremos, seguros y Derecho de daños*, Barcelona, 2000, págs. 47 y ss.

<sup>19</sup> A esa línea de pensamiento me adscribo de manera clara y rotunda, como expuse en la anterior versión de este trabajo, y profusamente en LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Trivium, Madrid, 1999, págs. 85 y ss. Mucho antes, y seguramente con mejor fundamento, lo han hecho otros. Por todos, DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 60; PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al artículo 1902”, *Comentarios del Código civil* (dir. Paz-Ares./ Díez Picazo./ Bercovitz y Salvador Cordech), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991-II, pp. 1971 y ss.



múltiple función, que va más allá de la meramente indemnizatoria<sup>20</sup>:

a) Demarcatoria, en cuanto delimitación de las fronteras que separan los ámbitos de la libertad de actuación y los de protección a determinados bienes e intereses, que por esta razón entrañan límites a la libertad<sup>21</sup>.

b) Compensatoria, o sea, la genuína finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil.

c) Distributiva de la estimación económica del daño, sea *ex ante* (incentivando la contratación de un seguro de responsabilidad civil), sea *ex post* (forzando, mediante la indemnización, la

transferencia de recursos del dañador a la víctima)<sup>22</sup>.

d) Preventiva, dirigida a evitar o minimizar los costes de los accidentes incentivando comportamientos eficientemente precavidos<sup>23</sup>. Así, se dice que “deberá compensar quien no fue precavido” (o sea, una suerte de prevención general), y que “por ello, decidirá serlo en el futuro” (es decir, la prevención especial). Y que tal función preventiva no necesariamente ha de identificarse con la punición, pues la disuasión de los comportamientos dañosos no viene de la sanción o castigo, sino del establecimiento de una indemnización tal que a la víctima le hubiera resultado indiferente sufrir el daño y cobrar la indemnización, que no sufrir aquél ni cobrar

<sup>20</sup> Junto a los citados en la nota anterior, sobre la función de la responsabilidad puede verse TUNC, *La responsabilité civile*, cit., págs. 133-161; DIAS-MARKESINIS, *Tort Law*, 2ª ed., Oxford, 1989, *passim*; LARROUMET, *Réflexions sur la responsabilité civile (évolution et problèmes actuels en droit comparé)*, Montreal, 1993, págs. 12 y ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, cit., págs. 60 y ss.; *idem*, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 19 y ss.; DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., págs. 42 y ss.; PANTALEÓN, “Comentario al art. 1902 del CC”, en *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1971 y ss.; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, G., “Función actual de la responsabilidad civil”, en *Derecho de Daños, Homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, dir. Trigo Represas-Stiglitz, La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 37 y ss. Y muy recientemente, en nuestra doctrina, CASAS PLANES, M.D., “La función de la responsabilidad civil (referencia especial a su controvertida función penal: los *punitive damages* en el Derecho anglosajón)”, en *Revista Práctica Derecho de Daños*, julio-agosto 2005.

<sup>21</sup> CANARIS, en el capítulo de Derecho de daños de la última edición del *Lehrbuch des Schuldrechts* de LARENZ, afirma que “el problema fundamental de todo derecho delictual consiste en la relación de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad de actuación” (pág. 350). Conforme con esta función de demarcación se manifiesta DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., págs. 43-44.

<sup>22</sup> Sobre esta función distributiva, puede verse nuevamente SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 107 y ss. Y en contra de la misma, de manera contundente, PANTALEÓN, “Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas”, en *Documentación Jurídica*, nº 81, págs. 171 y ss., Mº Justicia, Madrid, 1995.

<sup>23</sup> Ya André TUNC incluyó entre las funciones de la responsabilidad civil la de “prevención de comportamientos antisociales” (*La responsabilité civile*, cit., págs. 135 y ss.).

ésta (compensación perfecta)<sup>24</sup>. Sin embargo, aun reconociendo que las condenas civiles conservan un efecto disuasivo real aunque estén garantizadas por un seguro, no podemos obviar que la disuasión de comportamientos antisociales cuando se realiza en el nivel individual tiene escasos resultados: la mayoría de los accidentes se producen por el uso de cosas peligrosas y los efectos son casi siempre imputables al azar o a la imperfección técnica de los objetos o a las dificultades del hombre para conocer sus mecanismos<sup>25</sup>.

e) Punitiva, dirigida a reprochar, reprimir o castigar los comportamientos dañosos una vez que éstos han tenido lugar. Resulta muy llamativo que la proclamación de esta función haya vuelto a abrirse camino entre una parte de la doctrina española, ya ciertamente algo numerosa, empeñada en resucitar aquellos punitive damages del Derecho inglés, que se suelen traducir a la lengua castellana como “daños punitivos”, aunque nadie podrá negar que lo que resulta “punitivo”, según tal teoría, es la indemnización y no los mismos daños<sup>26</sup>. La evidente (aunque algunos no lo vean, epatados por el supuesto exotismo de los punitive) falta de identificación entre prevención y punición lleva, sin embargo, a los autores más rigurosos a no mencionar esta función punitiva, pese a admitir la función preventiva<sup>27</sup>.

f) Satisfactiva, tendente a buscar la satisfacción de la víctima y, su contrafigura, la expiación por parte del dañador. En realidad, no deja de ser una variante atenuada de la mencionada función punitiva, y se ha formulado como la “teoría de la función de satisfacción o desagravio”, derivada de la doctrina alemana de la Genungtungfunktion<sup>28</sup>. Esta teoría se basa en el criterio de que la responsabilidad civil ha de operar como una reacción frente al daño “injusto”; y, por ello, debe valorar y reparar el daño no sólo desde un punto de vista estrictamente material, sino también desde un punto de vista jurídico<sup>29</sup>. A partir de dicha valoración jurídica, se admite que el alcance de la reparación puede superar la extensión del daño, al tomar en cuenta otros factores jurídicos como la gravedad de la lesión, la alteración del orden jurídico, e incluso el enriquecimiento obtenido por el agente del daño. Y, al mismo tiempo, se reconoce que la “cesación de la actividad” fuente del daño responde a una función satisfactiva de la “reparación” que supera la mera compensación, dirigiéndose a la completa restauración del orden jurídico perturbado. No dejan de alzarse voces críticas a esta versión atenuada de los punitive damages, que, como éstos, provoca un enriquecimiento injusto en la víctima por valor de la reparación que exceda del daño efectivamente producido<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 113 a 115.

<sup>25</sup> Así lo pone de relieve VINEY (*op. cit.*, págs. 51).

<sup>26</sup> Sobre el tema puede verse TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1981, pág. 85; PROSSER-KEETON, *On the Law of torts*, Saint Paul, Minnesota, 1984, págs. 9 y ss.; muy críticamente, VINEY-MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, Paris, 1985, págs. 57 y ss.; FLEMING, *The American Tort Process*, Clarendon Press, Oxford, 1988, págs. 213 y ss.; OWEN, “A punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform”, en *Punitive Damages (Symposium)*, 39 *Villanova Law Review* (1994), págs. 353 y ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, *cit.*, pág. 62; PIZARRO, “Detrás de las noticias (acerca de la prevención del daño derivado de la actividad de los medios masivos de comunicación)”, en *Responsabilidad por daños, homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Dir. Bueres, I, págs. 43 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Reus, Madrid, 1993, pág. 40; SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 163 y ss.; SALVADOR CODERCH, “Punitive Damages”, en *Indret*, 1/00 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), y la bibliografía allí citada. Existe un reciente y buen resumen de la cuestión en CASAS PLANES, M.D., “La función de la responsabilidad civil (referencia especial a su controvertida función penal: los *punitive damages* en el Derecho anglosajón)” *cit.*

<sup>27</sup> Es el caso de SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, *passim*.

<sup>28</sup> FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, trad y notas por ROCES, Madrid, 1927, pp. 255-267.

<sup>29</sup> La teoría ha sido brillantemente expuesta y defendida en España por Sáinz-Cantero Caparrós, M.B., *op. cit.*, págs. 26 y 134; y se ha seguido también por Casas Planes, *op. cit.*, pág. 14.

<sup>30</sup> MANNA, A., “Il risarcimento del danno fra Diritto civile e diritto penale”, *Indice Penales*, 1991, págs. 587-614; y SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, pág. 38.



### 3.2.- Discusión

Sin embargo, frente a todas esas pretendidas funciones que exceden a la meramente reparadora o resarcitoria en general, y particularmente en contra de la finalidad preventiva de la responsabilidad civil, se oponen serias objeciones, basadas en poderosos argumentos<sup>31</sup>, que excluyen con toda claridad la función preventivo-punitiva de la misma y, en el caso de la responsabilidad contractual, una supuesta función de reintegración, por equivalente, del derecho de crédito lesionado<sup>32</sup>, así como la función de evitar el enriquecimiento del deudor por efecto de su incumplimiento<sup>33</sup>.

De todos esos argumentos, el primero y fundamental estriba en la circunstancia de que la indemnización no se gradúa en función de la gravedad de la conducta dañadora ni, eventualmente, de la reprochabilidad de la misma, sino con arreglo a la entidad del daño. Lo que, a mi juicio, resulta absolutamente cierto, aun sabiendo que, al menos en el caso de la responsabilidad contractual, cuyos preceptos, por lo demás, se aplican siempre sin demasiado escrúpulo a la extracontractual, encuentra una grave objeción en los artículos 1103 in fine y

1107, si es que se interpretan los mismos de manera literal, en el sentido de admitir una graduación de la responsabilidad con arreglo a la “gravedad” de la conducta del deudor. Lo que sucede es que ciertamente, tal interpretación resulta hoy ya insostenible<sup>34</sup>: Si aceptamos que el “deudor de buena fe” incluye a todo deudor no doloso y, por tanto, también al deudor culposo o negligente<sup>35</sup>, la lectura a primera vista del artículo 1107, sugiere que aquél responde de los daños que cumplan dos requisitos, uno de causalidad (“consecuencia necesaria”) y otro de previsibilidad (“previstos o previsibles”), y además esa responsabilidad puede “moderarse” a tenor del artículo 1103; mientras tanto, el deudor doloso respondería de todos los daños causados (aun no previstos ni previsibles), sin posibilidad de moderación judicial. Sin embargo, la interpretación moderna del precepto razona con arreglo al siguiente silogismo: 1º) Si los daños previstos o previsibles (en sentido jurídico, no filosófico) no son otra cosa que las consecuencias necesarias del incumplimiento. 2º) Y el deudor doloso responde de todos los daños (en sentido jurídico), es decir, de las consecuencias necesarias del incumplimiento. 3º) Se concluye que el quantum indemnizatorio acaba siendo el mismo, sea el deudor de buena

<sup>31</sup> Argumentos que han sido expuestos convincentemente y con detenimiento por PANTALEÓN, “Comentario al art. 1902 del CC”, *cit.*, págs. 1971 y ss. Vuelve sobre ellos el mismo autor, con singular gracejo, profusión de argumentos críticos frente al análisis económico de la responsabilidad civil (y algunas inolvidables reflexiones sobre la responsabilidad de las Administraciones por daños fortuitos), en “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)”, en *Perfiles de la responsabilidad civil...*, *cit.*, págs. 439 y ss.

<sup>32</sup> Sobre ello, casi exclusivamente, acaba versando mi libro *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, *cit.*, al que no puedo dejar de remitirme en este punto. Esa función sustitutiva, tan necesaria para el significado del concepto de obligación y que magníficamente cumple la estimación (artículos 482, 861, 863, 886, 1062, 1136, 1147, 1150, 1185, etc. del CC), nunca puede ser satisfecha por la indemnización de daños y perjuicios. Ésta es inidónea para dicha función, y para la perpetuación obligatoria. Y ello, como se ha señalado agudamente, porque la subsistencia de la obligación supone: a) la permanencia del vínculo, con un único cambio del objeto (devenido imposible o inidóneo) por su valoración económica, b) la intangibilidad de la fuente obligatoria, y c) el mantenimiento del objeto; y la indemnización no cumple ninguno de ellos, pues tiene su fuente propia en los daños y en el factor de atribución, tampoco puede ocupar el lugar del objeto de la prestación, y además esa no es su función, sino la de compensar los daños que se han seguido del incumplimiento de la primitiva obligación (BADOSA, *La diligencia...*, *cit.*, págs. 864, 891 y 893).

<sup>33</sup> De hecho, creo acertada la opinión de CARRASCO PERERA, A. (Comentario al artículo 1101 del CC, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T.XV, vol. 1º, Edersa, 1989, págs. 374 y ss., pág. 668), y criticada por PANTALEÓN (“El sistema...”, *cit.*, pág. 1002), según la cual “no existe principio alguno en virtud del cual el deudor deba el beneficio que obtiene del incumplimiento”. Una cosa es sostener la posibilidad de aplicar el artículo 1186 tanto al *commodum ex re* como al *commodum ex negotiatione*, que comparto, y otra distinta facultar al acreedor para reclamar como *daño emergente* la cuantía del beneficio que haya podido reportar al deudor el incumplimiento de la obligación. La clave del daño está en la satisfacción-insatisfacción del derecho de crédito, o del interés que el acreedor tiene en el mismo, y no en la órbita de los intereses o el patrimonio del deudor. Preferimos, con DIEZ-PICAZO, “cargar el acento en la perspectiva de la satisfacción o de la violación del derecho de crédito, preguntándonos en qué medida el acreedor ha quedado o no satisfecho” (*Fundamentos...*, *cit.*, pág. 568). Paralelamente, existen lesiones del derecho de crédito, daños al acreedor, que no reportan beneficio alguno al deudor, y no por ello dejan de ser indemnizables.

<sup>34</sup> La cuestión ha sido objeto de un minucioso y brillante estudio de LEÓN GONZÁLEZ, J.M., lamentablemente aún inédito, titulado *Gravedad de la culpa y extensión del resarcimiento*. Y también se estudia con calma por el propio PANTALEÓN (“El sistema...”, *cit.* págs. 1023 y ss.).

<sup>35</sup> Tal es la opinión mayoritaria en toda la doctrina, con la notable excepción de DIEZ-PICAZO en sus *Fundamentos...*, *cit.*, *passim*.

fe o doloso. Y según esto, el artículo 1103 quedaría reservado para aquellos casos en que el daño, siendo previsible, ha resultado mucho mayor del previsto<sup>36</sup>.

Junto a dicho argumento, se alzan otros como la natural transmisibilidad de la acción civil a los herederos de la víctima, la asegurabilidad de la responsabilidad civil, la inaplicación a dicha responsabilidad de los principios de retroactividad de la ley más favorable, etc<sup>37</sup>. Todos ellos demuestran que cuando se traslada la indemnización a personas distintas del dañador y la víctima, obviamente no cabe hablar ni de punición, ni de prevención (especial, al menos), ni de reintegración del crédito lesionado, ni cosa parecida.

Pues bien, en otro lugar he razonado mi total coincidencia con esta noción funcional de la responsabilidad civil exclusivamente resarcitoria, reparadora del daño, predicable tanto de su vertiente contractual como de la extracontractual<sup>38</sup>. Comparto sin fisuras que la función de la responsabilidad no es ni punitiva y preventiva, sino puramente indemnizatoria. En general, parece tenerlo claro también nuestra jurisprudencia. Basten como ejemplo las palabras de la STS 28 abril 1955<sup>39</sup>: “la indemnización de los perjuicios no es una pena que se imponga a su causante y en cuya determinación influyan circunstancias personales ni objetivas, sino que es el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado, y por

ello, si el causante del perjuicio debe repararlo, tiene que hacerlo en su totalidad para que al restablecerse el derecho perturbado se restablezca también el equilibrio y situación económica anterior a la perturbación sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación”.

Sin embargo, también he considerado aconsejable no sostener tal criterio con excesivo radicalismo, sobre todo si se desea ser fiel a la realidad y se observa el funcionamiento de la responsabilidad a la luz de la historia y de la jurisprudencia. El peso de la tradición, impregnada de las sanciones de la Lex Aquilia y la *condemnatio pecuniaria*, por una parte, e incluso de la prisión por deudas en nuestro Derecho histórico<sup>40</sup>, hace que siempre planee sobre nuestra responsabilidad civil un cierto paralelismo entre el “delito civil” y el delito penal. Y también una cierta remembranza entre la “compensación” que conlleva el primero, y la pena del segundo, en orden a sus funciones retributiva, reinsertadora y preventiva en su doble vertiente general y especial. No olvidemos que, en su origen romano, tanto la *actio legis Aquiliae* como la *actio in factum accomodata legi Aquiliae*, se dirigían a que el culpable abonase el máximo valor que la cosa tuviese en el año anterior o en el mes precedente, sin demasiada atención al verdadero daño. Y que fueron, ya en el *lus Commune*, las aportaciones de los doctores de Derecho canónico las que tiñeron la indemnización de esa función exclusivamente reparadora<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Para los precedentes y Derecho comparado, en relación con el artículo 1107, es ineludible la consulta del comentario al mismo en CARRASCO, *Comentarios*, cit., págs. 710 y ss.

<sup>37</sup> El tema, con referencia extensa al pensamiento de Pantaleón, lo trato con detenimiento en Llamas Pombo, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, loc. cit.

<sup>38</sup> DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, cit., II, pág. 568) rechaza que se pueda englobar el incumplimiento de la obligación dentro de la noción del ilícito civil, para ponerlo en paralelo con los supuestos de la llamada responsabilidad aquiliana. Y argumenta tal criterio en que tal noción de ilícito exige buscar la existencia de antijuricidad y de culpabilidad como elementos del ilícito. Sin embargo, no creemos que difieran tanto los elementos materiales que generan una y otra vertiente de la responsabilidad. Para afirmar la existencia de un incumplimiento obligacional, no es necesario preguntarse por la antijuricidad de la conducta; como tampoco lo es para que un acto u omisión genere responsabilidad aquiliana, pues la antijuricidad en realidad se predica como requisito del daño, no de la conducta. Y por otra parte, si efectivamente la culpabilidad no es necesaria (ni siquiera útil) para definir aquel incumplimiento, tampoco se requiere forzosamente para que un acto u omisión dañoso determine una obligación de resarcimiento en el ámbito extracontractual. En suma, si para definir el concepto de “ilícito civil” requerimos antijuricidad y culpabilidad de la conducta, tendremos que concluir que ni el incumplimiento contractual ni el acto u omisión dañoso encajan en ese concepto de “ilícito”. Y si obviamos tales requisitos, habremos de convenir en que tanto el incumplimiento como dicho acto u omisión constituyen tales ilícitos civiles.

<sup>39</sup> RJ Aranzadi 1555.

<sup>40</sup> Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F., “La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés”, en *A.H.D.E.*, 1960, págs. 249 y ss.

<sup>41</sup> Esa evolución se estudia detenidamente en DE CUPIS, A., *Il danno*, cit., págs. 750 y ss.



En todo caso, es preciso reconocer que ese regusto punitivo se compadece poco con un moderno concepto de responsabilidad civil, que tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual mira esencialmente al resarcimiento y satisfacción de los derechos del acreedor o de la víctima, y se preocupa poco de la figura del deudor o dañador. Y no parece tener mucho sentido iniciar un camino de regreso, en sentido inverso al de la mencionada evolución. Sin embargo, parece como si, de manera muy secundaria o especular<sup>42</sup>, como mero reflejo de la responsabilidad penal, el deudor debiera sufrir las consecuencias de su incumplimiento, no sólo para resarcir del daño al acreedor (como la pena compensa a la sociedad, en cierto modo la resarce), en su primordial finalidad, sino también para evitar ejemplarmente que siga cometiendo en el futuro actos de insolvencia (como la pena previene a la sociedad del delincuente a buen resguardo -prevención especial- y de nuevas y distintas agresiones, salvaguardando el bien común -prevención general-), y también para ser sancionado o retribuido, pues conviene que no proliferen las conductas que, con dolo o culpa, incurran en mora, contravengan el tenor de las obligaciones, con daño al acreedor, a la economía y al crédito. Si observamos hoy la proliferación de condenas por responsabilidad civil, el imparable auge de la responsabilidad objetiva, y la elevada cuantía de aquéllas, tenemos que admitir que, como efecto secundario o inducido, la responsabilidad civil no sólo repara o indemniza, sino que día a día adquiere cierto carácter retributivo, disuasorio, de prevención de conductas antisociales y dañosas. Por otra parte, como la tendencia criminalística apunta a la suavización de las penas, a veces resulta más

conminatoria una suerte de “pena civil” (“rascarse bien el bolsillo”), que una condena estrictamente penal. No obstante, habrá siempre una distinción fundamental: la denominada pena civil, por principio, no reinserta o redime al infractor.

Llegados a este punto, resulta inevitable una reflexión, por breve que sea, acerca de la ya mencionada figura de los *punitive damages*, que ha sido acertadamente calificada como “uno de los factores que demuestran las invasiones recíprocas que se están produciendo entre los dos órdenes de responsabilidad, civil y penal”<sup>43</sup>. Como es bien sabido, viene a consistir en una indemnización que llega más lejos de la mera finalidad reparadora (o sea, paradójicamente una indemnización que no indemniza), sino que persigue un objetivo afflictivo muy similar a la pena; y se utiliza sobre todo en aquellos casos en que el beneficio o provecho obtenido por el dañador como consecuencia de la conducta lesiva, supera con mucho el mero importe en que se cifra la reparación del daño sufrido por la víctima. Por ejemplo, la lesión del derecho a la intimidad de un ciudadano por una revista sensacionalista, que con motivo del reportaje o artículo obtiene unos beneficios adicionales sensiblemente superiores a la mayor de las indemnizaciones que, por lesión del derecho a la intimidad, pueda acordar un tribunal. Rancia institución del Common Law, y fuertemente criticada durante años tanto en Inglaterra (donde prácticamente han sido suprimidos desde el caso *Rookes v. Barnard*<sup>44</sup>) como en EEUU, parece que en los últimos tiempos vuelve a cobrar cierto vigor, como se ha puesto de manifiesto tanto en la protección de ciertos derechos fundamentales en el Reino Unido, como en los famosísimos pleitos

<sup>42</sup> Admite ese efecto secundario el propio PANTALEÓN, en su comentario al artículo 1902, en *Comentario del Código Civil*, T.II, cit., págs. 1971 y ss. Y también DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª ed., Madrid, 1993, pág. 60.

<sup>43</sup> YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pág. 40. En la anterior nota 27 menciono alguna bibliografía básica sobre el tema.

<sup>44</sup> Según recuerda DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, cit., pág. 63. En efecto, en Inglaterra los *punitive damages* conocieron cierta expansión hasta que una decisión de la Cámara de los Lores de 1964 (*Rookes v. Barnard* 1964 –AC 1129–) redujo su ámbito de aplicación a tres hipótesis que se interpretan de modo restrictivo: a) cuando así lo dispusiera una ley; b) respecto a los actos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de un funcionario; y, c) en el caso en que el demandado hubiera calculado que el beneficio sacado de su conducta sería superior a la reparación a la que podría ser condenado.



seguidos en EEUU por los afectados del cáncer de pulmón contra las compañías tabaqueras, en algunas reclamaciones derivadas de intromisiones en los derechos al honor y a la intimidad, y también en algunos supuestos de daños al medio ambiente<sup>45</sup>. Así, en el Derecho americano se prevé explícitamente, la concesión de los daños punitivos, por ejemplo, en los supuestos de inmisiones vecinales siempre que la molestia haya sido causada “intentionally, willfully or maliciously”, penando así la conducta del dañador que actuó con una negligencia muy cualificada o intencionadamente<sup>46</sup>; si bien, hay que mencionar que las legislaciones estatales americanas han adoptado, sobre todo, tres tipos de técnicas para limitar los punitives damages: a) los baremos en el sentido de no poder superar el triple de la indemnización compensatoria o que han

de mantener una relación razonable con la indemnización compensatoria; b) la atribución de parte, usualmente entre el 50% y el 75%, de su importe a una agencia estatal o a un fondo especial; y c) la bifurcación de las resoluciones sobre compensación y sanción, a solicitud del demandado y en distintas fases del proceso<sup>47</sup>.

Pues bien, pese a las numerosas, autorizadas y bien documentadas opiniones que vienen propugnando la importación a nuestro ordenamiento de tan exótica figura, no dejo de seguir encontrando serias objeciones para admitir con un mínimo rigor tales “daños punitivos” (según la denominación que a menudo se da en lengua castellana a esos punitive damages, fruto de una apresurada traducción) en nuestro Derecho. Quienes propug-

<sup>45</sup> Explican SALVADOR CODERCH, (*Punitive Damages*, cit., pág. 6) y CASAS PLANES, (*op. cit.*, pág. 20) cómo a partir de los años sesenta se ha producido una nueva expansión en el ámbito de aplicación de los daños punitivos por el Derecho inglés, interpretándose los criterios de excepción laxamente por los Tribunales; e, incluso, en tiempo reciente, un informe de una *Law Comisión* sobre indemnizaciones por daños y perjuicios ejemplares y graves ha recomendado la recuperación de los *punitive damages*, a imponer por un Juez nunca por el jurado, con el objeto de colmar las lagunas que deja el Derecho penal en muchos ámbitos. En dirección parecida, explica la última autora mencionada, la jurisprudencia americana aplica los *punitive damages*, sobre todo, a quien daña a la competencia leal, ya que el legislador americano no ha dudado en aumentar notablemente su carácter disuasivo decidiendo que todo agente condenado debería pagar a la víctima el triple del daño sufrido por el mismo. Así, de los estudios empíricos realizados en USA para analizar la praxis de los Punitive damages se desprende, entre otros datos, que, si bien la proporción y el importe de los veredictos condenatorios de tales daños son bajos (2% en responsabilidad del fabricante; 3% en negligencias médicas; 19% en difamación; 30% fraude; 21% derecho laboral; 27% derecho de contratos) y varía según la jurisdicción, los mayores incrementos en los veredictos condenatorios tienen lugar en pleitos contra empresas por pérdidas puramente económicas causadas dolosamente, y no en casos de litigación por daños corporales. Además, en los casos en los que existe la amenaza de ser condenado a estos daños la probabilidad de transacción es mayor.

<sup>46</sup> Vid. MACÍAS CASTILLO, A., *El daño causado por las inmisiones*, La ley, Madrid, 2004, pág. 325.

<sup>47</sup> SALVADOR CODERCH, P., “Punitive damages”, cit, pág. 8.



nan aquella teoría continúan atribuyendo explícitamente a la indemnización una triple misión: 1) sancionar al dañador; 2) prevenir sucesos lesivos similares; y 3) eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa<sup>48</sup>. Pues bien, hay que señalar que la segunda no es propiamente una finalidad punitiva, sino más bien preventiva; y la tercera bien pudiera encuadrarse dentro de la teoría del enriquecimiento sin causa. Esas objeciones las he planteado en otro lugar bajo la forma de preguntas, para las que no acierto a encontrar respuesta satisfactoria, pues lo cierto es que, antes de incorporar la institución a nuestro Derecho, sería bueno recordar “diez enigmas sin resolver”<sup>49</sup>:

1º) ¿De verdad el pago de la *indemnización* sirve para prevenir un suceso lesivo que ya ha tenido lugar?

2º) En términos de prevención general (al estilo de la sanción penal) ¿realmente sirve de algo una indemnización cuyo importe no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta dañosa sino del daño mismo, cuya obligación es transmisible a terceros (ya por vía sucesoria, ya en virtud del extendido seguro de responsabilidad civil)?

3º) Si de verdad queremos sancionar al dañador, ¿no deberíamos prohibir el seguro de responsabilidad civil?

4º) Dicho con otras palabras, ¿no resulta evidente que la responsabilidad civil *previene* muy mal y *castiga* peor?

5º) ¿No estaba ya demostrado en nuestra doctrina civil que prevenir y castigar son funciones diferentes?

6º) ¿Existe alguna razón, salvo nuestra pasión por lo exótico (casi obsesiva si, además, viene del mundo jurídico inglés), para denominar *punitive damages* lo que no constituye otra cosa que la justa reparación del daño moral?

7º) El beneficio obtenido por el dañador a costa del perjuicio padecido por la víctima ¿no es, en la mayor parte de los casos, constitutivo de un daño moral en sí mismo? Baste recordar las intromisiones ilegítimas en la intimidad, por parte de medios de comunicación que obtienen, por ello, pingües beneficios.

8º) ¿No hace ya suficientes siglos que se viene atribuyendo la función punitiva a una rama del ordenamiento jurídico especializada en castigar, que por eso se llama Derecho Penal, y que viene sometida a unos principios que en ningún caso puede aplicar el Derecho Civil?

9º) Dicho de otro modo, ¿se puede imponer una *multa* (no otra cosa es la indemnización punitiva) sin cumplir los requisitos y precauciones que impone un sistema penal especialmente garantista, dentro del Estado de Derecho?

10º) Y sobre todo, la pregunta del millón, que sigue sin respuesta: ¿qué hacemos con la indemnización punitiva pagada por el dañador? Si se la entregamos a la víctima, admitimos abiertamente legitimar un acto de enriquecimiento injusto pues, por definición, le estamos pagando por encima de lo que supuso el daño. Si se la queda el Estado, alguien debería explicarnos entonces en qué difiere esa multa de la sanción penal. Y si estamos pensando en financiar por esta vía a determinadas ONG's, asociaciones de víctimas o ideas luminosas parecidas, no parece esa la mejor manera de desincentivar los daños.

No se puede negar que, de forma inducida o secundaria, la responsabilidad genera un cierto

<sup>48</sup> Vid. CASAS PLANES, *op. cit.*, pág. 23 y la bibliografía allí citada.

<sup>49</sup> LLAMAS POMBO, “De nuevo sobre la función de la responsabilidad civil”, editorial nº 20 *Revista Práctica Derecho de Daños*.

efecto preventivo o disuasorio; incluso un sentido de reproche o punición en el condenado como responsable; ni siquiera que, en algunos casos, pueda conseguir un efecto redistribuidor de riqueza (en otros sucede justamente lo contrario; basta que el perjudicado sea “rico por su casa”). Pero eso no son más que efectos secundarios del principal objetivo resarcitorio de la responsabilidad civil.

Ciertamente, tales argumentos sirven más para combatir la pretendida finalidad punitiva (o sea, para demostrar que la responsabilidad civil no es responsabilidad penal), que para negar la función preventiva<sup>50</sup>. De manera que si se separa el principio de prevención de la idea de castigo, pierden parte de su vigor. Pero no totalmente. Todo lo que sea prevenir conductas a basa de una actuación ex post facto, como es la indemnización, no deja de parecernos un tortuoso camino para la prevención. ¿Hasta qué punto puede hablarse de “prevención general” cuando la amenaza indemnizatoria no se misura en función de la conducta dañadora, sino de la entidad del daño? Si de lo que se trata es de prevenir verdaderamente, ¿no será mejor hacerlo antes de producirse ninguna suerte de daño, que esperar a que éste se produzca para operar a través del mecanismo indemnizatorio? ¿No es preferible prevenir directamente, prohibiendo o inhibiendo las conductas dañadoras que hacerlo de manera indirecta amenazando con la indemnización?

Económicamente, el camino resarcitorio tampoco parece el más eficiente para conseguir el objeti-

vo preventivo del Derecho de daños expresado en el epígrafe anterior. De hecho, por más que persigan una finalidad (económica) preventiva, las dos vías utilizadas por el análisis económico del Derecho de daños mencionadas más arriba acaban buscando la optimización económica tomando en consideración la variable “indemnización”. Y resulta que también desde el punto de vista económico puede llegar a resultar ineficaz un sistema preventivo basado en los costes de reparación. Con agudeza lo explica Lorenzetti: “Las indemnizaciones no hacen justicia por sí solas, y pueden contribuir a aumentar los daños. La existencia del seguro, el efecto cascada en los mecanismos de precios, hacen que (el coste de) las indemnizaciones se traslade, y si se mantienen en un límite razonable, son un buen negocio. De este modo, (el sistema de responsabilidad civil) se transforma en un incentivo para mantener el daño en niveles de rentabilidad”<sup>51</sup>. También lo ha puesto de relieve Díez-Picazo: “si el costo de ser precavido es muy alto y es alto el beneficio que se obtiene de no serlo, porque las indemnizaciones se van a mantener en márgenes aceptables, la idea de que quien no fue precavido y por ello fue condenado, decidirá serlo en el futuro, es una idea que en términos generales es de difícil aceptación”<sup>52</sup>.

#### **4.- Síntesis: tutela civil inhibitoria y responsabilidad civil, dos ámbitos distintos del Derecho de daños.**

Lo que vengo proponiendo desde la anterior versión de este trabajo<sup>53</sup> es un intento dialéctico de superar el debate planteado en los dos anteriores

<sup>50</sup> Como argumentan, con razón, SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 152 y ss.

<sup>51</sup> LORENZETTI, “La tutela civil inhibitoria”, *cit.*, pág. 1217.

<sup>52</sup> DIEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, *cit.*, pág. 48.

<sup>53</sup> La idea, obviamente, no me pertenece, pues ya ha sido insinuada por voces mucho más autorizadas. Algo parecido a lo que aquí propongo ha sido ya apuntado también en nuestro país por R. DE ANGEL YAGÜEZ, en términos que vale la pena transcribir: “En efecto, creo que si por responsabilidad civil entendemos lo que siempre hemos interpretado, su función no puede ser otra que la de reparación del daño causado, sin perjuicio de que de forma indirecta despliegue otras, como pueden ser la sancionadora o la de prevención. Lo que sucede es que no podemos, a mi juicio, seguir planteándonos la pregunta a la luz de un concepto, por así decirlo, clásico de la responsabilidad civil. Parece más adecuado formularse la cuestión en un ámbito más amplio, como podría ser el de la reparación de los daños. Es aquí donde a mi entender se manifiesta la mayor corrección, en el aspecto terminológico, de la expresión *Derecho de daños*... Si se desgaja del fenómeno de los *daños*, como hoy parece inexcusable, la idea de responsabilidad en su acepción clásica..., no hay ningún inconveniente en admitir que la función indemnizatoria, la punitiva, y la de prevención o disuasión son perfectamente compatibles, sin que quepa atribuir a ninguna de ellas superioridad sobre las otras” (*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, *cit.*), págs. 230-231.



epígrafes. Admitida la necesidad de un instrumento preventivo de los daños dentro del ordenamiento jurídico privado, y rechazada la bondad del (indirecto y amenazante) mecanismo indemnizatorio para conseguirlo, es preciso establecer un camino que, de manera directa, permita impedir las conductas dañosas y promover los comportamientos minoradores de los efectos del daño. Y esa vía no puede ser otra que la llamada tutela civil inhibitoria aplicada al daño. Camino, por tanto, distinto de la responsabilidad civil, para la que reservamos su genuina finalidad reparadora, pero que puede ser incardinado perfectamente dentro del moderno Derecho de daños, el cual viene a asentarse así sobre dos pilares: 1º) La inhibición del daño amenazante, la prevención, a través de la llamada tutela civil inhibitoria. 2º) La responsabilidad por el daño irrogado, la reparación, mediante la llamada tutela resarcitoria<sup>54</sup>. El principio *alterum non laedere* preside el Derecho de daños; pero no debe traducirse sólo como “el que causa un daño debe repararlo” sino también como “el que teme un daño tiene derecho a exigir la adopción de medidas que lo eviten”<sup>55</sup>.

Ello supone, sin duda, una ampliación de la órbita de actuación del Derecho de daños hacia planteamientos preventivos, pero sin necesidad de forzar la indemnización con finalidades disuasorias ni sancionatorias. ¿Qué objeto tiene seguir llamando “responsabilidad” a lo que no es más que prevención o inhibición? ¿Por qué empeñarnos en conseguir, *ex ante*, tal efecto preventivo a través de un instrumento *ex post*, como es la indemnización, que además no se gradúa en función de las

medidas preventivas adoptadas o dejadas de adoptar, sino de la extensión del daño producido? Nada se opone a separar dos categorías de daños, y brindarles tratamientos diferenciados: uno, el daño amenazante, y otro, el daño irrogado<sup>56</sup>.

Esa tutela civil inhibitoria ha existido siempre en nuestra tradición jurídica, bien que caracterizada por dos particularidades que ahora deberíamos superar:

a) Por una parte, siempre ha venido establecida para unos cuantos supuestos típicos e inconexos. La tutela interdictal de la posesión, la acción negatoria, el artículo 590 del Código civil, el artículo 9.2 de la L.O. de 5 mayo 1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen o, incluso, la imposición de medidas cautelares que impidan la repetición o agravamiento del daño, son efectivamente supuestos de tutela civil inhibitoria. Pero falta (en España) una doctrina general de dicha tutela que permita su actuación atípica frente a cualquier tipo de daño amenazante.

Se trata de algo parecido a lo sucedido históricamente con la responsabilidad civil, que evolucionó desde la inexistencia de un principio general de responsabilidad en Derecho romano, que sólo conoció acción contra particulares daños<sup>57</sup>, hacia la generalización que supuso alcanzar la atipicidad del ilícito y la proclamación de que “todo daño debe resarcirse” en los códigos civiles de la órbita napoleónica, por influencia del pensamiento de Grocio y las enseñanzas del

<sup>54</sup> Aunque exento de los graves problemas que atenazan a la doctrina italiana en torno al concepto de “ilícito” y antijuricidad, el esquema es similar al planteado por PIETROBON: “In sostanza, l'illecito sarebbe sempre il medesimo, consisterebbe essenzialmente in una violazione o trasgressione della legge che provocherebbe la sanzione consistente nell'azione inhibitoria, alla quale si aggiungerebbe, in presenza di un danno, di una imputabilità del soggetto e di una sua colpa, l'obbligo di risarcimento” (*op. cit.*, pág. 7).

<sup>55</sup> Si bien se mira, de los tres pilares que sustentaban la convivencia romana (y, en realidad, también la contemporánea), la responsabilidad civil deriva más del “dar a cada uno lo suyo” (*sum cuique tribuere*) que del “no causar daño a otro” (*alterum non laedere*), que viene a justificar más bien esta tutela inhibitoria.

<sup>56</sup> Si con el resarcimiento del daño no se elimina una lesión consumada, ni se impide una nueva lesión, sino que se persigue una finalidad reparadora, se trata de crear una nueva situación que reequilibre el orden jurídico turbado por el daño (ROTONDI, “Dalla *lex Aquilia* all'art. 1151 cod.civ. Ricerche storico-dogmatiche”, en *Riv.Dir.Comm.*, 1916, pág. 956), con la tutela inhibitoria se trata de conservar y proteger una situación jurídica. *Vid.* PIETROBON, *op. cit.*, pág. 12.

<sup>57</sup> Con claridad meridiana lo expone VINEY, *Introduction à la responsabilité*, en *Traité de Droit Civil*, dir. GUESTIN, 2ª ed., Paris, 1995, págs. 8 y ss.

iusnaturalismo<sup>58</sup>. En un proceso paralelo y semejante, se trata ahora de alcanzar un principio de tutela inhibitoria atípica contra toda clase de daño amenazante<sup>59</sup>.

b) Por otro lado, tales supuestos de tutela inhibitoria iban dirigidos a la protección de derechos subjetivos de muy diversa naturaleza (a menudo la posesión y la propiedad, aunque también en ocasiones el derecho de crédito, etc.). Por el contrario, de lo que hablamos ahora es de tutela inhibitoria *contra daños*, contra el específico interés de indemnidad. Y aquí radica la (relativa) novedad de la materia: prevenir el daño futuro en forma atípica, a través de un instrumento genérico.

## 5.- Antecedentes históricos y comparados de la tutela civil inhibitoria atípica.

Ese proceso de generalización hacia una doctrina atípica de la tutela civil inhibitoria se inicia en Alemania ya desde principios del siglo XX, al constatar que la acción inhibitoria (*Unterlassungsklage*) constituye el instrumento idóneo para alcanzar los objetivos preven-

tivos del ordenamiento<sup>60</sup>. Y se ha elaborado por vía jurisprudencial a partir del párrafo 1004 del BGB, que contempla la acción negatoria del propietario, para extenderse a toda amenaza de daño<sup>61</sup>.

Sin embargo, es el ordenamiento inglés hacia el que han mirado todos los intentos de construcción de una tutela inhibitoria atípica. Y especialmente al “remedio” o institución de la *injunction*. En *common law*, y como en nuestra responsabilidad civil, el *tort* también gira fundamentalmente en torno al daño y su resarcimiento. Sin embargo, tempranamente<sup>62</sup> se pone de manifiesto la insuficiencia de tal remedio para dar plena satisfacción a las exigencias del perjudicado, y comienza a abrirse camino la *injunction*, un remedio en *equity*, pronunciado por una *court of equity*<sup>63</sup>, que goza de amplio margen discrecional. Frente a la *liability rule*, tendente al resarcimiento del daño ya irrogado, la *injunction* toma como punto de partida (igual sucede con la inhibitoria en nuestro Derecho) la *property rule*, que ya no protege preventivamente sólo la propiedad y los “bienes materiales”<sup>64</sup>, sino que se extiende a la tutela de cualesquiera intereses y derechos<sup>65</sup>.

<sup>58</sup> En efecto, en materia de responsabilidad civil la codificación abre una clara escisión entre el modelo francés, que incorpora al *Code* un genérico artículo 1382 basado en la atipicidad del ilícito (o, si se prefiere, del acto lesivo), y el modelo alemán elaborado por la pandectística e incorporado al párrafo 823.1 del BGB, que consagra según la mayoría de la doctrina la tipicidad del ilícito, conforme a la tradición romana. En los países de *common law* se produce una evolución parecida, desde el sistema originario carente de un principio general de responsabilidad y basado en una pluralidad de remedios (*trespass, nuisance, conversion, deceit, assault*, etc.), hasta la expansión del genérico *tort of negligence* a partir de finales del siglo XIX. Sobre el tema, y a propósito de la “tipicidad y atipicidad del hecho ilícito”, puede verse FERRARI, “La contraposición entre los modelos francés y alemán”, y GALLO, “Tipicidad y atipicidad del ilícito civil en *Common Law*”, en GALGANO (Coord.), *Atlas de Derecho Privado Comparado*, trad. esp. GONZÁLEZ CAMPOS-VERDERA SERVER, Fund. Cultural del Notariado, Madrid, 2000, págs. 243 y ss. y 262 y ss.

<sup>59</sup> Sobre atipicidad de la tutela civil inhibitoria y, como veremos, en otros muchos aspectos de la misma, es clave la obra de RAPISARDA, *Profili della tutela civile inhibitoria*, Cedam, Padova, 1987. *Vid.* págs. 96 y ss.

<sup>60</sup> ELTZBACHER, *Die Unterlassungsklage. Ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes*, Vahlen, Berlin, 1906, pág. 1. *Vid.* también HEINZE, *Rechtsnachfolge in Unterlassen*, Mohr, Tübingen, 1974, págs. 11 y ss. y la amplia bibliografía allí citada.

<sup>61</sup> Ese recorrido jurisprudencial y doctrinal ha sido estudiado en profundidad por RAPISARDA, *op. cit.*, págs. 98 y ss. También se refiere al mismo PIETROBON, *op. cit.*, págs. 19-21.

<sup>62</sup> Es viejo el dictado de COKE, según el cual *preventive justice excelleth punishing justice*. Y resulta conocida la crítica al “formalismo, tecnicismo y arbitrariedad” del *common law*, y la exigencia de un nuevo procedimiento basado en la *equity*, que a propósito de la implantación de un nuevo Código de procedimiento en el Estado de Nueva York, formulara el procesalista americano POMEROY, *Remedies and remedial rights*, Boston, 1876. Para conocer en profundidad el nacimiento y desarrollo histórico de la *injunction* como manifestación paradigmática de la *property rule*, *vid.* MATTEI, U., *Tutela inhibitoria e tutela risarcitoria*, Giuffrè, Milano, 1987, págs. 139 y ss.

<sup>63</sup> STANTON, *The Modern Law of Tort*, London, 1994, págs. 144 y ss.; STREET, *On Torts*, 8ª ed. London, 1988, pág. 475; PIETROBON, *op. cit.*, págs. 13 y ss. Obsérvese cómo sucede lo mismo en el ámbito de la responsabilidad contractual, donde el *common law* era incapaz de obtener la ejecución forzosa o cumplimiento específico de la obligación incumplida, y es en *equity* donde se abre paso la *specific performance*, como explicaba detenidamente y con abundante bibliografía monográfica en LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente...*, *cit.*, págs. 83, 216 y 247.

<sup>64</sup> La *nuisance* y el *trespass*, como formas de daños contra la propiedad, son conceptos paulatinamente extendidos a toda otras especies de perjuicios, y acaban protegiéndose mediante la *injunction*. *Vid.* FLEMING, J.G., *An introduction to the Law of Torts*, Clarendon Press, Oxford, 1985, págs. 184-185 y 190. En efecto, frente a la *nuisance*, el demandante puede elegir entre tres remedios: *damages, injunction* y *abatement* (una especie de “autosatisfacción”), pero es la *injunction* la única que permite evitar el daño. *Vid.* DIAS-MARKESINS, *Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, 1984, págs. 247 y ss.; DOBBYN, J., *Injunctions*, St. Paul, Min., 1974, *passim*.

<sup>65</sup> FISS, O., *Injunctions*, New York, 1973, pág. 2; MATTEI, U., *op. cit.*, pág. 118.



Consiste la *injunction* en una orden, dirigida a un sujeto, capaz de evitar la consumación de un daño amenazante, ya mediante un “abstenerse”, un “no hacer” (*prohibitory injunction*), ya mediante un “hacer” (*mandatory injunction*), según las exigencias del caso<sup>66</sup>. Tanto su contenido concreto como su misma procedencia están al alcance de un amplísimo arbitrio judicial, de forma que su atipicidad resulta máxima por venir aplicándose a los supuestos más diversos, a diferencia de lo que sucede con la tutela inhibitoria en los ordenamientos continentales, donde se circunscribe a unas cuantas hipótesis típicas<sup>67</sup>. Buena prueba de su pura finalidad preventiva, absolutamente ajena a toda idea de resarcimiento, es que el demandado puede evitar la *injunction*, si presta un *undertaking*, es decir, el compromiso de abstenerse de los actos temidos por el actor, e incluso de dar noticia a éste de los actos necesarios para la evitación del daño amenazante<sup>68</sup>. Por lo demás, su característica más específica y diferencial respecto de la tutela inhibitoria, es su fundamento en un poder sustancial del juez, en el sentido de que éste puede “crear” una regla jurídica mediante la *injunction*, a partir de la costumbre o de la razón<sup>69</sup>.

En Francia, la *injunction* también ha sido objeto de una amplia aplicación a numerosos supuestos, que la doctrina ha venido configurando más como “reparación del daño futuro” que como prevención-evitación del daño amenazante<sup>70</sup>, lo que tiene más justificación en casos como la demolición de un muro o la destrucción de ejemplares

de un libro, que en otros claramente preventivos, como la obligación de adoptar silenciadores, instalar depuradoras de humos o la prohibición a un comunero de que los clientes del restaurante pasen por el patio común. Su fundamento no puede, naturalmente, justificarse ya en el poder discrecional del juez, como en el Derecho angloamericano. Se deduce, por ello, de diversas justificaciones: los principios generales del Derecho, la exigencia de justicia, argumentos de orden procesal, el instituto consuetudinario de las *astreintes*<sup>71</sup>, etc. Pero sobre todo, es el sentido práctico (o común, si se prefiere) el que imbrica la *injunction* en la propia prerrogativa judicial de condenar al resarcimiento, como magníficamente expresan Mazeaud-Chabas: “Le législateur l’a chargé (al juez, se entiende) de la réparation des dommages et pour cette mission il lui a laissé les mains libres. Singulière conceptions que celle qui veut faire du juge une machine à chiffrer les dommages, sans lui laisser le droit de réparer autrement qu’en faisant payer!”<sup>72</sup>.

En Italia, sobre tales antecedentes comparados y la base que proporcionan los numerosos supuestos de tutela inhibitoria típica, tremendamente semejantes a los del ordenamiento español (tutela de aspectos concretos de la esfera personal del individuo, formas de propiedad estática, posición de la empresa en el mercado, etc.)<sup>73</sup>, se ha formulado hace años ya una doctrina de la tutela inhibitoria atípica. Se afirma que no existen obstáculos para su admisión, una vez verificada la existencia de una noción de antijuricidad independiente del daño, a la

<sup>66</sup> STANTON, *op. cit.*, pág. 154; BAKER-LANGAN, *Snell’s principles of equity*, Sweet&Maxwell, London, 1982, pág. 625: “an injunction restraining the doing or continuance of some wrongful act is called prohibitory or restrictive. An injunction to restrain the continuance of some wrongful omission is called mandatory”.

<sup>67</sup> FRIGNANI, A., *L’injunction nella common law e l’inibitoria nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1974, pág. 241; MATTEI, *op. cit.*, pág. 257.

<sup>68</sup> BAKER-LANGAN: “If the defendant gives an undertaking to the court to abstain from de acts of which the plaintiff complains, or even to give sufficient notice before attempting to act, an injunction may be refused. Such an undertaking is equivalent to an injunction, and a breach may be punished in the same ways as a breach of an injunction” (*op. cit.*, pág. 633).

<sup>69</sup> PIETROBON, *op. cit.*, págs. 16-17.

<sup>70</sup> MAZEAUD-CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil*, III, 6ª ed., Paris, 1978, págs. 273 y ss.

<sup>71</sup> CHABAS, F., *La réforme de l’astreinte*, Paris, 1972.

<sup>72</sup> CHABAS, F., *La réforme de l’astreinte*, Paris, 1972.

<sup>73</sup> RAPISARDA, *op. cit.*, págs. 82 y ss.



luz de los principios inspiradores de la tutela jurisdiccional de los derechos<sup>74</sup>.

Por lo demás, también existe una incipiente pero rigurosa doctrina de la tutela inhibitoria atípica en Brasil<sup>75</sup> y en Argentina<sup>76</sup>. Hasta el punto de que, en el último país mencionado, el Proyecto de Código civil de 1998, actualmente en fase de tramitación parlamentaria, prevé específicamente la

facultad jurisdiccional de disponer, conforme a las circunstancias, las medidas tendentes a evitar la producción de daño futuro<sup>77</sup>.

En términos históricos, es ineludible recordar aquí la *cautio damni infecti*, conocida menos rigurosamente como *stipulatio damni non facti*, cuyo rastro en realidad se pierde en los Códigos civiles, volcados en las ideas de culpa y resarcimiento<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Para la materia, es clave la obra que venimos citando de RAPISARDA, especialmente sus págs. 236 y ss. Sin olvidar las de DI MAJO, A., *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1982, págs. 8, 9, 60 y ss.; MATTEI, *op. cit.*, *passim* (con extensa referencia al análisis económico y al ordenamiento de EEUU); LIBERTINI, M., "La tutela civile inhibitoria", en *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 1989, págs. 315 y ss.; MONTESANO, L., "Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inhibitorie, normali e urgenti", en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1995, págs. 775 y ss.; PIETROBON, *op. cit.*, *passim*; MONTESANO, L., "Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inhibitorie, normali e urgenti", en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1995, págs. 775 y ss.

<sup>75</sup> La obra de referencia es una amplia y fundamentada monografía de MARIONI, L.G., *Tutela Inibitoria (Individual e Coletiva)*, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1998, con numerosas citas de la bibliografía italiana que venimos citando.

<sup>76</sup> Además del trabajo de LORENZETTI, "La tutela civil inhibitoria" ya citado, puede verse STIGLITZ, R.A., *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, Platense, La Plata, 1986; ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., "La tutela inhibitoria contra daños", *Responsabilidad civil y seguros*, 1999, págs. 1 y ss.; NICOLAU, N.L., "La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional", *La Ley (arg.)*, 1996, págs. 1245 y ss.; SEGUI, A., *Prevención de los daños. El proyecto de código civil de 1998*, en [www.alterini.org](http://www.alterini.org).

<sup>77</sup> La Exposición de Motivos (nº 262) se pronuncia en los siguientes términos, después de defender la bonanza de los mecanismos preventivos frente a los resarcitorios: "En el Proyecto, la prevención tiene lugar relevante, desde tres puntos de vista: la asignación de virtualidades a las medidas técnicas para la evitación del daño, los mecanismos tendentes a instalarla y la tutela inhibitoria. Se prevé, por lo pronto, que toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella, de evitar causar un daño no justificado; de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; y de no agravar el daño, si ya se ha producido".

<sup>78</sup> Los artículos 698 y 699 del primitivo Código italiano mencionaban una "caución de daño temido" que carecía de correspondencia en el resto de los códigos, y se criticaba por su antinomia con los preceptos que establecían la responsabilidad por ruina. *Vid.* BONFANTE, *op. cit.*, pág. 97, y la extensa nota 39.



Consiste en una promesa que el pretor obligaba a prestar al propietario de un inmueble, a instancia de un vecino que tiene fundadas razones para temer que se va a producir un daño, imponiéndole el deber de repararlo en caso de que llegue a producirse<sup>79</sup>. Temor que no se reduce a la ruina del edificio (*vitio aedium*), sino que se extiende a toda actividad del vecino en ejercicio legítimo de su derecho (*vitio operis*), tanto sobre su fundo (*facere in suo*), como sobre el del reclamante, por ejemplo a título de servidumbre (*facere in alieno*), o sobre suelo público (*facere in publico*)<sup>80</sup>.

A primera vista, por tanto, en la *cautio damni infecti* la prevención del daño se realiza mediante la “amenaza de la indemnización”, dando lugar a la función preventiva de la tutela resarcitoria que acabamos de criticar. Pero si se profundiza en la figura y sus consecuencias, la conclusión es bien distinta<sup>81</sup>: En efecto, ante una primera negativa a prestar la caución, se producía la *missio in possessionem* para poner al demandante en posesión de la finca o casa amenazante, con facultad de realizar las reparaciones u obras tendentes a la evitación del daño, lo que nada tiene que ver con el resarcimiento; y si la negativa persiste, ex *secundo decreto* se acababa otorgando la propiedad al demandante. Es más, en los supuestos de *vitium operis*, en los que era imposible recurrir a la *missio in possessionem*, pues no van referidos necesariamente a un fundo, sino a un *facere* o un *immittere in alieno*, la opción que se otorgaba al que teme verse perjudicado por la realización

de tal actividad, es ejercer el *ius prohibendi*, es decir, impedir que tal actividad se lleve a cabo<sup>82</sup>. Pura y dura tutela inhibitoria, donde el resarcimiento no aparece por ninguna parte.

## 6.- Concepto, fundamento y configuración atípica, unitaria y autónoma de la tutela civil inhibitoria.

A partir de las anteriores bases, podemos definir la inhibitoria como una orden o mandato dictado por la autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir un daño, o de que se produzca la repetición, continuación o agravamiento de un daño ya sufrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generatriz de tal resultado.

Dicho de otro modo, se trata de una acción dirigida a hacer cesar un estado actual de cosas que necesariamente ha de conducir a una futura lesión; acción que pretende, sobre todo, obtener que una persona desista de un determinado comportamiento, o lo modifique<sup>83</sup>. Y ello de manera atípica, sin necesidad de acudir a ninguno de los instrumentos legalmente tipificados, a menudo dirigidos sólo a proteger la posesión o la propiedad, mediante un proceso de generalización basado en una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico<sup>84</sup>. Y a través de una figura unitaria, configurada por unos requisitos, efectos y límites generales y comunes a todos los supuestos de hecho mencionados.

<sup>80</sup> BONFANTE, P., *Las relaciones de vecindad*, trad. y concord. GARCÍA VALDECASAS, Reus, Madrid, 1932, págs. 85 y ss.

<sup>81</sup> Acerca de la naturaleza jurídica de la *cautio damni infecti* existen opiniones encontradas entre los romanistas. Mientras BURCKHARD (*Commentario alle Pandette de Gluck*, IX, Milano, 1906, págs. 70 y ss.) la identifica con el reconocimiento de un derecho del vecino temeroso del daño a reparar el mismo la obra amenazante, con derecho a reembolso, SCIALOJA (*Teoria della proprietà nel Diritto Romano*, I, Roma, 1928, págs. 389 y ss.) se inclina por un *ius retentionis* de los materiales ruinosos caídos sobre el fundo del demandante. Sin embargo, BRANCA entiende que se trata de un medio preventivo dirigido a evitar el daño y a garantizar la responsabilidad derivada del mismo antes de que se verificase (*Danno temuto...*, cit., págs. 5 y ss.). Vid. JIMÉNEZ SALCEDO, op. cit., pág. 217.

<sup>82</sup> JIMÉNEZ SALCEDO, op. cit., págs. 224-225.

<sup>83</sup> BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Giuffrè, Milano, 1964, pág. 429.

<sup>84</sup> RAPISARDA, op. cit., pág. 78.

Esa finalidad preventiva encaminada a frenar o detener el curso causal de unos acontecimientos abocados a la generación del daño, puede conseguirse, según los casos, como sucede con la *injunction*, mediante un mandato de hacer o de no hacer<sup>85</sup> (*mandatory o prohibitory injunction*), lo que permite hablar de una tutela inhibitoria positiva o negativa. Lo que supone, por una parte, que la orden no necesariamente siempre consiste en un “abstenerse de un comportamiento ilícito” o una orden de no hacer, como la configuró cierta doctrina italiana<sup>86</sup>. Y por otra, que en estricta teoría general de obligaciones, lo que se pide al juez con la inhibitoria es la imposición de una obligación de hacer o de no hacer, con todas las consecuencias que ello conlleva en orden al cumplimiento (forzoso, por equivalente, etc.) e incumplimiento de una y otra categoría<sup>87</sup>.

Así, mientras la tutela resarcitoria consiste, casi siempre, en la sustitución del derecho o bien jurídico lesionado por un derecho de crédito indemnizatorio (obligación de dar, en definitiva), la inhibitoria carece de ese carácter subrogatorio y se destina a garantizar la integridad del derecho mismo<sup>88</sup>, mediante obligaciones de hacer o no hacer. Mientras la primera mira al pasado, la segunda se proyecta hacia el futuro, independientemente de que, entre sus presupuestos de probabilidad, se requiera o no una violación ya irrogada, o se haya iniciado ya el daño continuado<sup>89</sup>.

Tal obligación de hacer o no hacer puede perfectamente existir con anterioridad a la petición del demandante, en virtud de una fuente legal o contractual<sup>90</sup>, o ser creada *ad hoc* por el juez. En este segundo caso, es preciso fundamentar su nacimiento en una de las fuentes del artículo 1089 CC, que desde luego no contempla las resoluciones judiciales como fuente obligatoria. Sin embargo, ello no parece un grave escollo, existiendo dos posibilidades:

- A menudo cabe acudir a la base típica de alguno de los supuestos legalmente previstos a los que seguidamente aludimos.

- De forma atípica, el razonamiento de los epígrafes anteriores permite entender que “los actos y omisiones en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia” no sólo fundamentan el nacimiento de la obligación de resarcir, sino también de la obligación de impedir la causación del daño. Interpretación que, además, cuenta con el importante apoyo hermenéutico del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.

Frecuentemente han sido procesalistas quienes se han ocupado de la tutela inhibitoria<sup>91</sup>. Quizá por este motivo se suele confundir tutela inhibitoria con tutela cautelar, confiriendo a la institución un carácter exclusivamente procesal<sup>92</sup>, lo que es un grave error. Ciertamente, es posible poner en marcha la tutela inhibitoria a través de las medidas cautelares,

<sup>85</sup> Mandatos de “no innovar” y “de innovar”, los denomina LORENZETTI, “La tutela civil inhibitoria”, *cit.*, pág. 1224.

<sup>86</sup> Por ejemplo, BIANCA, C.M., *Diritto Civile*, t.5, Giuffrè, Milano, 1994, pág. 781. Sin embargo, en su estudio comparativo entre la *injunction* angloamericana y la inhibitoria italiana, FRIGNANI se muestra favorable a identificar ésta tanto con un no hacer como con un hacer (*op. cit.*, pág. 459). En efecto, no vemos la razón para inadmitir la inhibitoria de contenido positivo, como señala MARIONI, *op. cit.*, pág. 101.

<sup>87</sup> Para el tema puede verse LLAMAS POMBO, “Comentario a los artículos 1098 y 1099 del CC”, en *Jurisprudencia civil comentada*, coord. M. PASQUAU, Comares, Granada, 2000, págs. 1796 y ss.; y también todo el capítulo 6º de mi *Cumplimiento por equivalente...*, *cit.*, págs. 211 a 281.

<sup>88</sup> MARIONI, *op. cit.*, pág. 28.

<sup>89</sup> RAPISARDA, *op. cit.*, pág. 140.

<sup>90</sup> LORENZETTI., *loc. ult. cit.*

<sup>91</sup> Las monografías que venimos citando de RAPISARDA y MARIONI están concebidas desde planteamientos estrictamente procesales, incluso reclamando la estructuración de un procedimiento autónomo a tal efecto. Y en Argentina, ha sido sobre todo la perspectiva procesalista la que predominado en el estudio de la materia: v.gr., ANDORNO, L.O., “El denominado proceso urgente (no cautelar) en el Derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del Derecho italiano”, en *Jurisprudencia Argentina*, II, 1995, págs. 887 y ss.; DE LAZZARI, E.N., “La cautela material”, en *Jurisprudencia Argentina*, IV-1996, págs. 651 y ss.; PEYRANO, J.W., *Medida cautelar innovativa*, Depalma, Buenos Aires, 1981; *idem*, “El mandato preventivo”, *La Ley* (Arg.), 1991, págs. 1276 y ss.; *idem*, “Vademécum de las medidas autosatisfactivas”, *La Ley* (Arg.), II, 1996, págs. 709 y ss.

<sup>92</sup> Así lo observa agudamente LORENZETTI, “La tutela...”, *cit.*, pág. 1223.



que con tan amplio ámbito de incidencia contemplan los artículos 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, cuando la amenaza del daño sea de tal naturaleza que exija una actuación urgente. Inhibición que encuentra su específica aplicación en la medida que contempla el ordinal 7º del artículo 727 de citada Ley: “la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo”. Es la que podría denominarse “tutela inhibitoria cautelar”.

Pero ello no impide la existencia de una “tutela inhibitoria definitiva”, tramitada en juicio declarativo, y basada no tanto en el *periculum in mora* y la urgencia de la situación, como en la realidad de la amenaza del daño. En suma, quien teme fundadamente el perjuicio instará en juicio ordinario la tutela inhibitoria definitiva; y cuando además el daño futuro sea inminente, solicitará por vía cautelar la adopción de las medidas urgentes precisas para evitar que la sentencia definitiva llegue demasiado tarde.

## 7.- Antecedentes legislativos de tutela inhibitoria típica.

Como venimos repitiendo, en nuestro ordenamiento jurídico abundan las disposiciones legales que facultan a los tribunales para conceder la tutela inhibitoria a quien teme fundadamente la irrogación de un daño. No es el estudio de estos supuestos sobre el que radica el presente trabajo, centrado justamente en la formulación de una tutela inhibitoria atípica, susceptible de aplicación genérica a

la amenaza de todo tipo de daños, siempre que se cumplan ciertos requisitos. Sin embargo, contemplados en conjunto demuestran que la figura está presente en nuestro ordenamiento y no es una propuesta insólita o extraña a su tradición jurídica. Baste recordar algunos a título de ejemplo<sup>93</sup>:

**a)** La *tutela interdictal de la posesión*, tan arraigada en nuestro Derecho, y hoy diluida entre los supuestos sometidos al procedimiento de juicio verbal por razón de la materia en el artículo 250.1.3º, 4º, 5º y 6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene con frecuencia carácter inhibitorio. Tutela que tiene carácter positivo, por ejemplo, en el viejo interdicto de obra ruinoso que contempla el citado ordinal 6º: demoler o derribar una obra, edificio, árbol, columna u otro objeto en estado de ruina “que amenace causar daños a quien demande”. Y que, en el caso del interdicto de retener, perfectamente puede dirigirse a la evitación de daños, no sólo sobre los bienes mismos, sino sobre “el disfrute de un derecho” (artículo 430 CC), como hace tiempo ha reclamado la doctrina y cierta jurisprudencia<sup>94</sup>. Obsérvese que se trata de una tutela “sumaria”, según el precepto, pero no “cautelar”, en la medida en que se obtiene a través de un juicio declarativo (el juicio verbal), con independencia de que la demanda pueda venir acompañada por una solicitud de medidas cautelares.

**b)** La *acción negatoria* es, sin duda, la forma más genérica y atípica de tutela inhibitoria que conoce el ordenamiento. Es hoy bien sabido<sup>95</sup> que la acción negatoria nunca estuvo circunscrita sólo a la protección del propietario frente a quien alegara, sin derecho a ello, que la propiedad en cuestión estaba gravada con un derecho real del que sería

<sup>93</sup> A los expresamente mencionados, todos ellos de carácter general, cabría añadir un sinfín de supuestos puntuales dispersos: desde el secuestro de publicaciones acordado por resolución judicial que permite el artículo 20.5 de la Constitución, hasta la legislación de patentes y marcas, propiedad intelectual, etc.

<sup>94</sup> Vid. ALONSO PÉREZ, M., “La tutela del Derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Cívitas, Madrid, 1996, págs. 4802 y ss. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 7ª ed., Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 797.

<sup>95</sup> Así se ha encargado de demostrarlo sabiamente, con amplias citas de IHERING y BONFANTE, ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, págs. 4797 y ss. Vid. también MATTEI, *op. cit.*, pág. 249.

titular el demandado. La negatoria puede utilizarse también, en palabras de ALONSO PÉREZ “para alejar o rechazar cualquier perturbación ilegítima...e inmisiones molestas y nocivas más allá de lo permitido por el criterio de la tolerancia normal”<sup>96</sup>, es decir, para evitar la irrogación de un daño, y no sólo en el derecho de propiedad. Acción que, en este caso, tiene una triple función: *conminatoria*, para cesar la perturbación o poner fin a la inmisión (pura tutela inhibitoria, por tanto); *cautelar*, para adoptar medidas precautorias que eviten la reaparición de nuevas inmisiones en el futuro (o sea, tutela inhibitoria otra vez); y *reparatoria*, consistente en la tutela resarcitoria propia de la responsabilidad civil. Funciones que operan a través de una doble acción “de abstención” y “de cesación”<sup>97</sup>. Tan importante utilidad de la acción negatoria ha provocado en el último decenio una atención extraordinaria en la doctrina civilista<sup>98</sup> y ha llegado a tener importantes reflejos legislativos recientes<sup>99</sup>, que extienden dicha acción a lesiones que exceden ya no sólo a la mera *negatoria servitutis*, sino incluso a la defensa contra inmisiones, para aproximarla a la protección de los derechos de la personalidad, marcas, etc.

**c)** La protección contra *el abuso del derecho* que contempla el artículo 7.2 CC tiene también, junto al inevitable aspecto resarcitorio (“dará lugar a la correspondiente indemnización”), un marcado carácter inhibitorio, cuando conlleva la adopción de “las medidas judiciales que impidan la persistencia en el abuso”.

**d)** En ausencia de un precepto genérico que consagre la tutela inhibitoria atípica, la jurisprudencia acostumbra a imponer la adopción de *medidas preventivas del daño, como consecuencia de la responsabilidad civil*, lo que aproxima tal tutela a una suerte de forma de resarcimiento, que a menudo consiste en la paralización de la actividad causante de los perjuicios<sup>100</sup>.

Es lo que en ocasiones se ha denominado “*el enmascaramiento de la acción negatoria* bajo los postulados de la responsabilidad extracontractual”<sup>101</sup>, una constante en las inmisiones vecinales, y que el Tribunal Supremo justifica apoyándose en el carácter antijurídico del fenómeno inmisorio que, como tal, obliga al juez a no permanecer impasible ante un ilícito que amenaza con perdurar en el tiempo y que se presenta como actual en el momento

<sup>96</sup> ALONSO PÉREZ, *loc. cit.*, a quien seguimos en este apartado.

<sup>97</sup> Vid. AMAT LLARI, “La regulación de las inmisiones en el CC”, en *Centenario del Código Civil*, vol.I, Madrid, 1990, págs. 85 y ss.; SALVADOR CODERCH-SANTIUMENGE FARRÉ, “La acción negatoria”, en *Poder Judicial*, nº10, 1988, pág. 123.

<sup>98</sup> Así, monográficamente, SALVADOR CODERCH-SANTIUMENGE FARRÉ, *op. cit.*, págs. 117 y ss.; AMAT LLARI, *op. cit.*, págs. 74 y ss.; MARTÍN-BALLESTERO, L., *La acción negatoria*, Tecnos, Madrid, 1993; PARRA LUCÁN, “La defensa civil frente a las inmisiones: la acción negatoria de los artículos 590 del CC y 305 de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana”, en *Aranzadi Civil*, mayo 1993, págs. 9 y ss.; EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Pons, Madrid, 1994; NIETO ALONSO, A., “La acción negatoria como posible cauce civil para la tutela del medio ambiente”, en *Actualidad Civil*, 2001, págs. 1591 y ss.

<sup>99</sup> Así, junto al artículo 590 CC, que desde siempre ha permitido tomar “las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos”, en una clara tutela preventiva (*vid.* ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 4788; PARRA LUCÁN, *op. cit.*, págs. 31 y ss., con profusa cita de jurisprudencia), y otras disposiciones que menciona AMAT LLARI, como la Ley 367.1 Compilación Navarra, Ley de Aguas, Ley del Suelo de 1992, etc., (*op. cit.*, págs. 85 y ss.), aparece la acción negatoria en la Ley Catalana 13/1990, de 9 julio, “de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad”, que introduce una acción negatoria de contenido sumamente amplio. Sobre la misma, puede verse, además de la aguda crítica en el mencionado trabajo de ALONSO PÉREZ, págs. 4800 y ss., la obra ya citada de EGEA FERNÁNDEZ, *passim*; y GARRIDO MELERO, “Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña”, en *R.C.D.I.*, 1992, págs. 1551 y ss. Junto a tales leyes, también aparece una suerte de acción negatoria en la acción de cesación que contempla el artículo 7.2º de la Ley de Propiedad Horizontal tras su reforma por Ley 8/1999, sobre el que puede verse el minucioso y documentado trabajo de MACÍAS CASTILLO, “La acción de cesación en la Ley de Propiedad Horizontal”, en *El Consultor Inmobiliario*, Enero 2001, págs. 16 y ss. Y no puede olvidarse el artículo 9.2 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Honor, la Intimidad personal y familiar y la Propia imagen, donde igualmente se faculta al juez para “la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores”, como medidas absolutamente diferenciadas de la “condena a indemnizar los daños y perjuicios causados”.

<sup>100</sup> AMAT LLARI considera que sólo en dos supuestos puntuales el juez civil debe abstenerse de decretar la paralización de la actividad inmisora, a saber: a) cuando exista la posibilidad de aplicar medidas correctoras que eviten el daño, y b) cuando, pese a no existir medidas que puedan impedir el daño, la actividad sea considerada de una importancia vital para la sociedad (“Comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1.989”, en *CCJC*, 1.989, pág. 456). Sobre el tema, y a propósito de la utilización de la “acción de daños como acción dominical” en caso de inmisiones, puede verse también PARRA LUCÁN, *op. cit.*, págs. 23 y ss.; y con expresa referencia a la famosísima STS 3 diciembre 1987, SALVADOR CODERCH-SANTIUMENGE FARRÉ, *op. cit.*, *passim*, y ALONSO PÉREZ, M., “Comentario a la STS 3 diciembre 1987”, en *CCJC*, nº 15, págs. 5255 y ss.

<sup>101</sup> LLAMAS POMBO-MACÍAS CASTILLO, “Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido”, en *Actualidad Civil*, 1998, págs. 1061 y ss.



en que conoce del mismo<sup>102</sup>. Lo que sucede es que tal absorción de la acción de cesación o inhibitoria por la de resarcimiento de daños, tan útil en la práctica, no deja de ser una evidente incorrección teórica<sup>103</sup>, según venimos defendiendo. Y además, en aras de la finalidad preventiva que aquí nos preocupa, entraña una importante limitación: sólo puede operar cuando ya ha existido un daño (que amenaza con continuar o repetirse), nunca frente a un daño amenazante no consumado.

e) La LEC 1/2000 también ha venido a introducir numerosos supuestos de verdadera tutela inhibitoria. Muy especialmente en el caso de las acciones de cesación frente a las cláusulas abusivas, que ya inauguró la Ley de Condiciones Generales de la Contratación; y sobre todo a partir de la Ley 39/2002, que introdujo significativos cambios en aquella LEC a propósito de las acciones colectivas de cesación. La acción de cesación va dirigida a obtener la condena del predisponente a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas, y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Se trata, por tanto, en realidad de una acción de naturaleza mixta, donde se obtiene, primero, la declaración de nulidad de la cláusula (acción declarativa) basada en el control de contenido de la misma, y seguidamente, el mandato judicial inhibitorio, para que se elimine del clausulado y no se siga utilizando en lo sucesivo (acción de condena).

La acción de cesación, aunque con carácter individual y no colectivo, también se contempla expresamente en el artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal<sup>104</sup>, como dirigida a obtener el cese de los actos constitutivos de competencia desleal. Pero a su lado, se menciona una “acción de prohibición” si ese acto “todavía no se ha puesto en práctica”. Constituye éste un evidente supuesto de tutela inhibitoria del daño potencialmente derivado de los comportamientos y prácticas constitutivos de deslealtad comercial. Es muy destacable la perfección técnica de este precepto, donde se contemplan un total de seis posibles acciones (declarativa, de cesación, de remoción de efectos, de rectificación de informaciones, de resarcimiento de daños y perjuicios y, por último, de enriquecimiento injusto), entre las que se diferencian con toda claridad: a) las mencionadas acciones de cesación y prohibición: o sea, pura tutela inhibitoria del daño; b) la acción de resarcimiento de daños y perjuicios: la típica acción de responsabilidad civil absolutamente resarcitoria; y c) la acción de enriquecimiento injusto, que nada tiene que ver con una supuesta indemnización punitiva o algo parecido.

En aras de la celeridad ejecutiva de la sentencia, el artículo 711 LEC, a partir de la reciente Ley 39/2002, establece que la sentencia estimatoria de la acción de cesación impondrá una

<sup>102</sup> La mayoría de supuestos de inmisiones ilícitas que han llegado al T.S. han abundado en este criterio. Así, por ejemplo, SSTs 23 junio 1.913 (CL 1913\136), 23 diciembre 1.952 (RJ 1952\2673): “(...) al condenar a la demandada a que ponga término inmediato a las causas productoras de esos daños, porque esto es una consecuencia lógica y legal de la reclamación contra un acto antijurídico(...) una vez que se ha reclamado contra él ante los Tribunales no pueden éstos permitir que tal perjuicio siga produciéndose, (...)”, 5 abril 1.960 (RJ 1960\1670), 14 mayo 1.963 (RJ 1963\2699), 12 diciembre 1.980 (RJ 1980\4747), 17 marzo 1.981 (RJ 1981\1009), 23 septiembre 1.988 (RJ 1988\6853), 16 enero 1.989 (RJ 1989\101), 15 marzo 1.993 (RJ 1993\2284), 14 noviembre 1.996 (AC 1.997 @209).

<sup>103</sup> FERNÁNDEZ URQUIANIZI enumera las notas que caracterizan esta confusión o enmascaramiento: a) la ordinaria vinculación de las medidas precautorias o correctoras de inmisiones al resarcimiento en forma específica más que a la genérica tutela vecinal, b) la imposición judicial de medidas correctoras como efecto de la responsabilidad civil extracontractual en procesos en que se demandaba únicamente su adopción, sin pretensión indemnizatoria alguna, al amparo del art. 1.902 C.C., c) la desestimación conjunta de la demanda dirigida a la indemnización de daños y al cierre de la instalación que los genera ante la improcedencia de la acción aquiliana (“Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho Civil común y foral” en *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. IX, Madrid, 1.994, pág. 163).

<sup>104</sup> Puede encontrarse también en el artículo 63 de la Ley 11/1986, de Patentes y en el artículo 41 de la Ley 17/2001, de Marcas, ambas con el mismo carácter individual, y absolutamente independientes y diferentes de la acción indemnizatoria de daños y perjuicios. Es verdad que en ambas disposiciones se toma como uno de los posibles criterios para valorar el lucro cesante del perjudicado el importe de los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la violación, pero en este caso no existe confusión entre acción indemnizatoria y acción de enriquecimiento injusto, como en ocasiones ha criticado cierta doctrina (SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B, *op.cit.*, pág. 139). Lo que existe en estos supuestos es más bien una presunción legal *iuris et de iure* según la cual todos los beneficios obtenidos por el infractor se han generado precisamente a costa del lucro cesante del titular del derecho infringido. En otras palabras, todo lo que ha ganado el infractor lo ha dejado de ganar el perjudicado; y eso sí es, indudablemente, daño, por la vía del lucro cesante.

multa coercitiva que oscilará entre 600 y 60.000 euros, por cada día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Indudablemente, esta acción de cesación es de extraordinaria complejidad, pero de una eficacia e importancia inusitada en nuestro Derecho. Constituye, nada menos, la posibilidad de combatir los efectos perjudiciales de las cláusulas abusivas antes de que los mismos se produzcan. Así, frente a los remedios tradicionales que el Ordenamiento brindaba para la lucha contra la mala fe contractual y contra las estipulaciones oscuras o inicuas (declaración de nulidad ex post facto, interpretación contra proferentem, etc.), que siempre actuaban una vez puesta en marcha la eficacia del contrato, y a menudo, implicadas en un litigio relativo al cumplimiento-incumplimiento del mismo, se establece ahora la posibilidad de entablar una acción dirigida justamente a impedir que arranque dicha eficacia. Se trata, por ello, de un remedio preventivo que evita o impide la lesión de los intereses del consumidor, de indudables ventajas respecto de todos los remedios satisfactorios que a posteriori puedan establecerse para reparar la lesión ya producida<sup>105</sup>.

**f)** Aparecen también llenos de supuestos de tutela inhibitoria contra daños los artículos 139, y 141 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (R.D.Legislativo 1/1996, de 12 abril), que además han sufrido una importante modificación por obra de dos recientes normas: la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios; y la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se reforma dicho Texto Refundido.

Así, el “cese de la actividad ilícita” a que se refiere el artículo 139, comprende, entre otras, las siguientes medidas perfectamente encuadrables en el campo de la tutela inhibitoria típica: La prohibición al infractor de reanudar la explotación o actividad infractora; la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, incluyendo aquellos en los que haya sido suprimida o alterada sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos o cuya protección tecnológica haya sido eludida; la retirada de los circuitos comerciales, la inutilización, y, en caso necesario, la destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos materiales, equipos o instrumentos destinados principalmente a la reproducción, a la creación o fabricación de ejemplares ilícitos; la remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones, así como de aquellas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos, o a las que se haya accedido eludiendo su protección tecnológica; el comiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos, con cargo al infractor, cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador; la remoción o el precinto de los instrumentos utilizados para facilitar la supresión o la neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger obras o prestaciones aunque aquella no fuera su único uso.

Y las medidas cautelares del artículo 141 también están plagadas de instrumentos inhibitorios cuyo único objetivo es prevenir y evitar daños futuros derivados de una infracción de la propiedad intelectual, y que, desde luego, nada tienen que ver con la indemnización de daños y perjuicios.

<sup>105</sup> He estudiado con más detenimiento estas acciones colectivas en mi comentario al artículo 10.ter de la LGDCU, en *Comentarios a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, diez años después*, coord. LLAMAS POMBO, La Ley-INC, Madrid, 2005, págs. 145 y ss.



## 8.- Requisitos de la tutela civil inhibitoria.

Es muy importante dejar bien claro que los requisitos o presupuestos de la tutela inhibitoria son absolutamente distintos de la tutela resarcitoria. Para empezar, como quiera que la inhibitoria no se dirige a la reparación del daño (o sea, la designación de quién y por qué ha de soportar las consecuencias del daño), sino a impedir la generación, continuación, agravamiento o repetición del daño, no es preciso plantearse los problemas de imputabilidad que desde siempre han rodeado a la responsabilidad civil<sup>106</sup>. Y naturalmente, no es preciso que se haya producido un daño efectivo, pues su irrogación es precisamente lo que se trata de evitar con la tutela inhibitoria. Sin embargo, sí son imprescindibles los siguientes elementos:

**a) Un daño amenazante**, o sea, la previsión razonable de que va a lesionarse un determinado interés del demandante digno de protección, sea individual o difuso<sup>107</sup>. Ello resultará de más fácil demostración cuando ya exista un primer daño irrogado, con probabilidad de agravamiento, repetición o continuación. Pero no necesariamente ha de ser así, y perfectamente podrá probarse también cuando no haya comenzado a producirse daño alguno<sup>108</sup>.

**b) Un comportamiento antijurídico**, en la medida en que sólo esa antijuricidad permite restringir la libertad del demandado en beneficio de la protección del interés del demandante<sup>109</sup>. Antijuricidad que se basa en la injusticia del daño amenazado, y que ha de valorarse de manera sustancial y no meramente formal, de manera que no puede con-

trarrestarse con una mera autorización administrativa, por ejemplo<sup>110</sup>.

**c) Una relación de causalidad** entre ambos elementos. Es decir, ha de existir un “perjuicio causalmente previsible”<sup>111</sup>, de acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada. El demandante ha de acreditar la existencia de una vinculación razonable entre la actividad (o inactividad) del demandado y un daño que, causalmente, ha de derivar como consecuencia mediata o inmediata de aquélla.

**d) Posibilidad material de evitar la causación del daño**<sup>112</sup>. Por obvio no deja de ser importante: es preciso que cumpliendo la obligación de hacer o no hacer en que consiste la inhibitoria, efectivamente sea posible frustrar ese curso causal que inicialmente conduciría a la generación del perjuicio. Si el daño ya se causó, sólo queda acudir a la tutela resarcitoria. Y si resulta ya inevitable su causación, ningún sentido tiene paralizar el comportamiento lesivo. En similar orden de ideas, también parece razonable excluir la viabilidad de la tutela inhibitoria cuando el cumplimiento de la obligación (de hacer o de no hacer) que tiene por objeto comporte gastos económicamente desproporcionados<sup>113</sup>. Y no se trata de comparar el valor del daño que se trata de evitar con el de los gastos derivados de las medidas preventivas, como se desprendería de la mera aplicación economicista de la fórmula Learned-Hand: nada impide ordenar una inhibitoria basada en medidas de coste superior al de los daños previsibles. Lo procedente es, más bien, valorar esas medidas en relación con la situación económica de la actividad amenazante, o en otras palabras, la viabilidad económica de tal actividad si se adoptasen tales medidas<sup>114</sup>.

<sup>106</sup> MARIONI, *op. cit.*, pág. 26.

<sup>107</sup> En efecto, hoy cabe incluir tanto los intereses simples como los difusos. Por todos, NIGRO, M., “Interessi di fatto, interessi semplici, interessi diffusi”, en *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna, 1977, pág. 73; LOZANO-HIGUERO Y PINTO, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983.

<sup>108</sup> Así, BARASSI rechazó la inhibitoria pura, o sea, la “puramente preventiva” que opera sin que previamente se haya producido ilícito alguno, por considerarla una excesiva limitación de la libertad humana (*op. cit.*, pág. 428). Más recientemente, sin embargo, RAPSARDA y la mayor parte de la doctrina que venimos citando admite tal inhibitoria en estado puro, no necesariamente basada en la previa existencia de un daño. Así se contempla también en el par. 1004 BGB y en el Derecho inglés, en este caso, bajo el nombre de *quia timet injunctio*. Sobre el particular, puede verse MARIONI, *op. cit.*, págs. 41 y ss.; PIETROBON, *op. cit.*, pág. 146.

<sup>109</sup> Con claridad lo explica DE CUPIS: “actuar contra una persona a la que hay que imputar la lesión de un interés, por la mera circunstancia de que exista un peligro... y dirigirse contra un individuo para prevenir la causación de un daño temido, exige una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien puede imputarse el peligro” (*El daño*, trad. de la 2ª ed. italiana, Bosch, Barcelona, 1975, pág. 575).

<sup>110</sup> ZAVALA, *op. cit.*, pág. 4.

## Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Tribunal  
Supremo

**Deflagración de una bombona de butano. No existe responsabilidad de la compañía suministradora al no existir nexo causal entre su conducta y la producción del daño. El riesgo lo originó el hecho de su utilización de una forma distinta para la función prevista**

---

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 19 febrero de 2009.  
Ponente. Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Repsol Butano formula recurso de casación contra la sentencia que le condena a abonar 369.227,66 Euros como consecuencia de la deflagración de una bombona de butano de reserva que tenía el actor, Don Cosme, en un trastero de su vivienda, en la localidad del Burgo de Osma (Soria). La condena se produce en aplicación de la Ley General de Defensa de



Consumidores y Usuarios, tras descartar que hubiera datos que permitan apreciar la culpa extracontractual. Dice la sentencia que "las pruebas no han acreditado un defecto de la bombona de butano, pero sí que existió una concentración de butano en el habitáculo donde se hallaba la botella que causa la deflagración y los consiguientes daños podemos entender como concausa del accidente, aparte de las ya especificadas de previo foco de calor y manipulación de la botella, la deficiente ubicación de la misma" y añade, como fundamento de la condena, que aun siendo "difícil comprobar la situación inicial del lugar y de la botella daños los daños producidos, pero hubiera sido lógico que la misma se hubiera ubicado en lugar suficientemente ventilado para evitar concentraciones de gas, con huecos de ventilación o al menos rejillas y conforme al sentido común alejada no solo de posibles focos del incendio, como podía ser la chimenea, sino incluso de cuadros eléctricos y de la propia caldera de la calefacción. No vale que la demandada pretenda excusarse diciendo que no es de su responsabilidad el hecho de la determinación del lugar donde se colocó la botella, pero es que la empresa suministradora no cumple con entregar las bombonas sino que previamente a la suscripción del contrato debe comprobar el adecuado estado de la instalación en su conjunto, advertir de las deficiencias, controlar que las mismas se eliminan antes del alta, y ante todo y sobre todo informar al usuario sobre la manipulación de los envases dado el elevado riesgo que la misma conlleva y las graves consecuencias que una manipulación incorrecta puede producir, y en este punto debemos advertir que dicho uso tiene por destinatario, generalmente, a personas sin cualificación técnica para ello o especialmente preparadas, es el público en general quien consume este tipo de gas y simplemente el uso ordinario y la buena fe obligan a prever las circunstancias o forma con que el usuario medio puede o suele colocarse en una situación de riesgo".



La sentencia es recurrida exclusivamente por Repsol SA, a la que atribuye un 60% de la cuantía indemnizatoria.

SEGUNDO.- El primer motivo se basa en la infracción de los artículos 25 a 28, ambos inclusive, de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, mientras que el segundo, complementario del anterior, en la de los artículos 1101, 1103 y 1104, todos ellos del Código Civil, para negar que exista riesgo, ni que la deflagración sea consecuencia del bien o servicio, sino del uso indebido por parte del actor del producto o servicio adquirido y que, en definitiva,



los hechos de la sentencia, impiden establecer un adecuado nexo de causalidad.

Se estiman. La sentencia, después de no advertir defecto alguno en la bombona de gas que sea causa de la deflagración y de tomar en consideración la existencia de un foco de calor anterior, acude a unos criterios de responsabilidad más allá de lo estrictamente subjetivo para llegar a criterios de responsabilidad por riesgo que resultan de una inadecuada ubicación de la bombona y de una falta de control del estado de la instalación en su conjunto, fundamentando la condena en una acción distinta de la extracontractual, como es la que resulta de la

normativa de los consumidores y usuarios en cuyo artículo 26 establece la responsabilidad de quienes suministran o facilitan servicios a los consumidores o usuarios cuando no se acredite que han cumplido las exigencias reglamentarias y los cuidados exigidos por la naturaleza del servicio, concretando el artículo 28 la responsabilidad por los daños originados por el uso de servicios que por su propia naturaleza o por disposición reglamentaria incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad. Ambos preceptos refuerzan la responsabilidad por el uso y consumo de aquellos bienes y servicios, entre los que se mencionan expresamente los del gas, a cuyo régimen, y no al de la 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, la sentencia considera sometido el producto; responsabilidad que es ajena a la cuestión de la culpa y a la que es esencial el del nexo causal, con prueba a cargo del demandante del daño, al constituir uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad, lo que no hizo.

Constituye doctrina de esta Sala que para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño (SSTS 11 febrero 1998; 3 de junio de 2000; 19 octubre 2007), el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba (SSTS 17 diciembre 1988; 21 de marzo de 2006; 30 de mayo 2008), añadiendo que la prueba del nexo causal, requisito al que no alcanza la presunción insita en la doctrina denominada de la inversión de la carga de la prueba, incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado (SSTS 14



de febrero 1994; 3 de junio 2000, entre otras muchas). Y es evidente que aun pudiendo derivar del mismo hecho acciones distintas –extracontractual, contractual y consumidores– (en un exceso normativo, que más que dotar de seguridad al sistema, lo confunde), el efecto dañoso y la causa que lo produce tienen un origen común para el que no es posible ofrecer soluciones no solo distintas sino contradictorias. Es cierto que la recurrente proporcionó al actor la bombona de butano de la que salió el gas, que se concentró en el habitáculo en la que se guardaba como de reserva, pero no fue esta la causa de la deflagración, y así lo declara probado la sentencia, dado que no se apreció en la misma ningún defecto, antes al contrario, la deflagración se produjo porque la propia bombona accionó el sistema de seguridad ante una fuente de calor producida por el propio demandante. Dice la sentencia respecto a la actuación del demandante que "reconoce que salía humo de la puerta de ese lugar, que no apreció olor a gas en el mismo cuando la abre, lo que resulta extraño si pretende mantener la tesis de un previo escape de gas, y que cuando cogió la botella por las asas la misma se encontraba fría, con lo cual ese foco de calor inicial, incendio, no pudo provenir de la botella. Si siguiéramos la tesis del actor nos encontraríamos con que la botella expulsó gas anómalamente y que aparentemente tuvo que arder sólo, puesto que aunque en demanda se habla de un pequeño conato de incendio en la chimenea en confesión el actor manifiesta que no hubo fuego alguno, lo que es imposible y además pone en evidencia sus propios actos puesto que si no existió una situación de riesgo anterior no se entiende porque se procedió a evacuar la botella. Además es curioso que se niegue la posibilidad de un cortocircuito cuando se está reconociendo que el automático, como ya se ha expuesto, había saltado dos ó tres veces". Lo cierto es, y así lo dice también la sentencia, que "si efectivamente hubiera existido una fuga antes del fuego se hubiera producido una explosión y no una deflagración, que fue lo que en realidad sucedió".



En cuanto al juicio de imputación objetiva, el realizado por la Audiencia Provincial aparece como inadecuado, puesto que no se aprecia la creación de un riesgo relevante atribuible a la demandada. La bombona en la que se produjo la deflagración era una bombona de reserva, que no realizaba el servicio ordinario de suministro de gas, por lo que no estaba ubicada en el lugar ordinario para ello y, además, "el actor se dedicaba habitualmente con su empresa entre otras cosas a la instalación de gas".



El riesgo –en el caso– no lo origina la posesión de bombonas autorizadas, revisadas y suministradas en las debidas condiciones de seguridad, sino el hecho de su utilización de una forma distinta para la función prevista, por lo que en ningún caso puede vincularse el daño al servicio de gas prestado a una persona que, aunque formal y jurídicamente revestido de la consideración de usuario, actúa en el ramo del producto que se le suministra porque una cosa es que carezca de los conocimientos téc-

nicos necesarios sobre la composición o manipulación de los envases y otra distinta que desconozca precisamente aquello que la sentencia imputa a la recurrente sobre las posibles deficiencias de la instalación.

TERCERO.- La estimación de los motivos hace innecesario el análisis y resolución de los demás y determina la casación y anulación parcial de la sentencia recurrida. Supone, además, asumir la instancia para resolver lo que proceda en orden al problema planteado, de lo que resulta la desestimación íntegra de la demanda, dejando sin efecto las sentencias dictadas por el Juzgado y Audiencia, por las razones que han quedado expuestas, salvo el pronunciamiento referente a la absolución del code mandado, D. Don Juan Enrique, que se mantiene; todo ello con expresa condena al actor de las costas causadas en ambas instancias, por lo que respecta a intervención como demandado y recurrido de Repsol, confirmándolas en lo demás; sin hacer especial declaración de las de este recurso de casación.

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

## FALLAMOS

1º. Declarar haber lugar al recurso de casación de Repsol Butano SA, contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Soria, de veintitrés de mayo de dos mil dos.

2º. Casar la sentencia recurrida para, en su lugar, absolver de la demanda a dicho recurrente, manteniendo los demás pronunciamientos de la misma.

3º. Imponer al actor, Don Cosme, las costas causadas en ambas instancias por lo que se refiere a la intervención como demandado y recurrido, respectivamente, de Repsol Butano SA, y no hacer especial declaración de las de este recurso de casación.



## Comentario:

Andrés Cid Luque

La sentencia en cuestión trata de la explosión de una bombona de butano de reserva, que el usuario tenía en un trastero de su vivienda.

En las dos primeras instancias se había condenado a Repsol Butano a indemnizar al perjudicado.

El Tribunal Supremo analiza esta condena e indemnización del 60% de la cuantía y responsabilidad solicitada, de la Empresa suministradora.

Según el Alto Tribunal, dice, que la Audiencia Provincial en su sentencia, recoge, que no se advirtió defecto alguno en la bombona, y que después de tomar en consideración la existencia de un foco de calor anterior, acude a criterios de responsabilidad más allá de lo estrictamente subjetivo, para llegar a criterios de responsabilidad por riesgo que resultan de un inadecuada ubicación de la bombona y de un falta de control del estado de la instalación en su conjunto, fundamentando su condena en los artículos 26 y 28 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Sin embargo, considera que la Audiencia Provincial se

equivoca en el juicio de imputación objetivo, puesto que no se aprecia un riesgo relevante atribuible a la demandada.

La bombona –concluye el Tribunal Supremo– en la que se produjo la deflagración era una bombona de reserva, por lo que no estaba ubicada en el lugar ordinario para ello, y además, el actor se dedicaba habitualmente con su empresa entre otras cosas a la instalación de gas. El riesgo –en este caso– no lo origina la posesión de bombonas autorizadas, revisadas y suministradas en las debidas condiciones de seguridad, sino el hecho de su utilización de una forma distinta de la función prevista, por lo que en ningún caso puede vincularse el daño al servicio de gas prestado.

Como comprobamos, el Supremo, utiliza una sutileza adecuada al análisis del riesgo de la actividad, diferenciando del riesgo de la vida normal y cotidiana del usuario, lo que no siempre ha sido bien delimitado por nuestros Tribunales, y prueba evidente de ello, eran las condenas de las primeras instancias, en las que no hacen una determinación correcta del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño.

# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

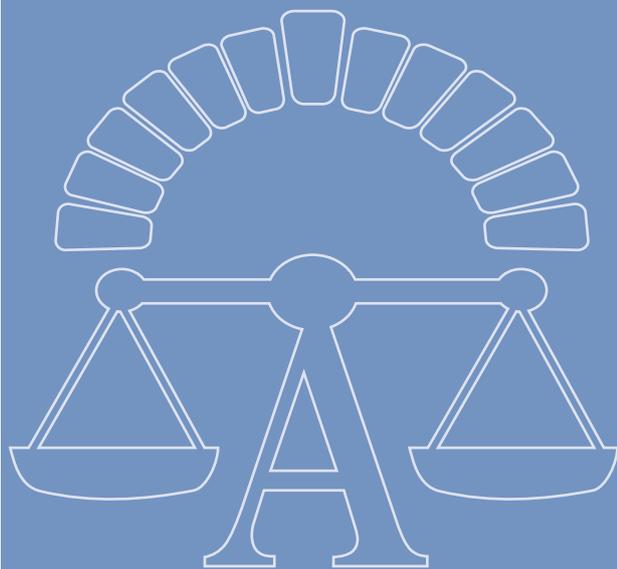
**Accidente de circulación: indemnización. Aplicación de la doctrina jurisprudencial fijada por el Pleno de la Sala Primera: los daños derivados de accidente de tráfico quedan fijados de acuerdo con el sistema legal vigente en la fecha en que se produjo el accidente, hecho causante del daño**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 25 de febrero de 2009.  
Ponente: Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se inicia el procedimiento juicio verbal nº 443/2000 del Juzgado de 1ª Instancia de Lugo, del que dimana el presente recurso de casación, mediante demanda interpuesta por Don Guillermo, conductor del vehículo ciclomotor matrícula YE-, y Doña Carolina, esposa del anterior, contra Don Emilio, conductor de la ambulancia matrícula LU-1713-T, la propietaria de ésta "Funeraria Fernández, S.A.", y su compañía aseguradora "AEGON, S.A." (aquí recurrente), demanda en la que se reclamó la condena solidaria de los demandados al abono al Sr.

Tribunal  
Supremo





Guillermo de 71.841.173 pesetas, y a la Sra. Carolina de la suma de 16.474.963 pesetas, con los intereses legales correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda, salvo para la aseguradora AEGON, respecto de la cual serían del 20 por ciento desde la fecha del siniestro, todo ello con base en la responsabilidad extracontractual por los daños, lesiones e incapacidad sufridos por el actor, y por los perjuicios morales sufridos por su esposa, a consecuencia del accidente de circulación ocurrido el 18 de junio de 1998, sobre las 22.30 horas, en la localidad de Lugo, confluencia de las calles Av. de la Coruña y García Abad, consistente en la colisión de la ambulancia y ciclomotor citados.

El Juzgado de 1ª Instancia dictó sentencia el 26 de febrero de 2003, estimando parcialmente la demanda y condenando a los demandados a que en forma solidaria abonaran al actor la cantidad de 44.911,385 euros, más los intereses del art. 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro a cargo de la aseguradora AEGON, o los del art. 576 de la LEC, para el particular, a contar desde la sentencia, sin expresa condena en costas. Tal suma indemnizatoria representa el 50 % del importe de 289.823,67 euros, consecuencia de la estimación de concurrencia de culpas en tal porcentaje de sendos conductores en la causación del accidente. El Juzgado aplicó para el cálculo de la indemnización el "baremo" establecido para la indemnización de daños sufridos en accidentes de circulación (Anexo a la Ley 30/1995), actualizado en las cuantías recogidas en la Resolución de la Dirección General de Seguros de 20 de enero de 2003, correspondiente a la fecha en que se dictó sentencia (26-2-2003).

Mediante Auto de fecha 21 de marzo de 2003, el Juzgado procedió a la aclaración de la sentencia y del fallo, en el que se elevó la indemnización al Sr. Guillermo a 155.337,465 euros. En cuanto a los intereses a satisfacer por la aseguradora se aclaró la sentencia en los siguientes términos: "Intereses... la

cantidad por la que se estima la demanda devengará en cuanto responsabilidad de la entidad aseguradora Aegon el interés del art. 20.4 de la Ley de Contratos de Seguro desde la fecha del accidente".

Interpuesto recurso de apelación por los demandados AEGON y Don Emilio, así como por el actor Don Guillermo, la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª, dictó sentencia en el rollo de apelación nº 86/04 en fecha 14 de abril de 2004, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la citada aseguradora y el Sr. Emilio, con imposición de las costas de este recurso, y rechazó en lo sustancial el del Sr. Guillermo, con la única modificación de fijar en 40 en vez de 38 los puntos por la secuela de síndrome orgánico de la personalidad, manteniéndose en lo demás la sentencia de primera instancia, sin que se hiciera especial condena en cuanto a las costas del recurso de apelación.

En relación al Baremo aplicable, la Audiencia considera aplicable el de la fecha de la sentencia, esto es, el correspondiente al año 2003. Por lo que se refiere a los intereses moratorios especiales del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, la Sala de apelación se pronuncia en el fundamento de derecho quinto en los siguientes términos: «En cuanto a los intereses sin desconocer las dudas del caso lo cierto es que ninguna consignación se produjo siquiera sea parcial por lo que habrá de estarse igualmente al tenor de la Ley interpretada asimismo según el criterio de las dos Secciones de esta Audiencia, es decir, computándolos al 20% desde la fecha del siniestro y hasta los dos años y otro desde esta fecha».

Contra dicha Sentencia se prepara e interpone por la compañía "AEGON UNIÓN ASEGURADORA, S.A." (en lo sucesivo AEGON), recurso de casación basado en la presencia de interés casacional en la resolución del recurso, articulándose el recurso de casación en un motivo único, en el que se plantean tres distintos aspectos sobre los que se afirma la

existencia de interés casacional, aspectos o cuestiones a las que se dedican tres respectivos apartados, enunciados del siguiente modo: "Apartado Primero. Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se cita como infringido el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor al inaplicar las cuantías resultantes en la fecha del siniestro; Apartado Segundo. Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se cita como infringido por inaplicación el artículo 20.8 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor;

Apartado Tercero.- Con carácter subsidiario para el supuesto de no estimación del motivo anterior- Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se cita como infringido por inaplicación el artículo 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro en relación a la Disposición Adicional de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor".

SEGUNDO.- En el primer apartado del motivo, en el que se cita como infringido el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor al inaplicar las cuantías resultantes en la fecha del siniestro, se alega la existencia de interés casacional, por existir doctrina contradictoria entre Audiencias Provinciales sobre qué Baremo ha de aplicarse para cuantificar los daños personales derivados de un siniestro de automóvil, si las cuantías vigentes a la fecha del siniestro, o si las vigentes a la fecha de dictarse sentencia en la primera instancia.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Sala en las Sentencias del Pleno de la misma de 17 de

abril de 2007, resolviendo los recursos de casación 2908/2001 y 2598/2002, aplicadas, entre otras, en las recientes sentencias de 10 de julio de 2008 (rec. nº 2541/2003), 23 de julio de 2008 (rec. nº 1793/2004), y 30 de octubre de 2008 (rec. nº 296/2004). En la última de las sentencias citadas se expone la doctrina sobre la cuestión controvertida en los siguientes términos:

«El estado de la cuestión anterior a las sentencias del Pleno, (panorama existente cuando se dictó la sentencia objeto del presente recurso), muestra que la controversia encontró soluciones dispares en la doctrina menor, siendo precisamente esta situación la que llevó a esta Sala primera a fijar un criterio uniforme. En síntesis, la situación anterior tomaba como punto de partida que el artículo 1.1 de la LRCSVM, hace responsable al conductor de vehículos a motor, en virtud del riesgo creado, de los daños causados a personas y bienes con motivo de la circulación, –responsabilidad que también incumbe al asegurador y al propietario del vehículo en aplicación del 1903 del Código Civil, responsabilidad por hecho ajeno– y que el apartado 2 del mismo precepto, al concretar los conceptos indemnizables por los daños y perjuicios causados a las personas, además de extender la indemnización al daño emergente, al lucro cesante e incluso al daño moral, remite expresamente para su cuantificación "en todo caso" a los "criterios y límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente ley", que se convierte así en un instrumento de aplicación imperativa cuando se trata de indemnizar daños personales causados por culpa, como aquí acontece. Pero, mientras el apartado 3 del párrafo Primero del Anexo, establece textualmente que "a los efectos de la aplicación de las tablas la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la referida a la fecha del accidente", sin embargo, el punto 10 del mismo párrafo establece que "anualmente, con efectos de primero de enero de cada año y a partir del año siguiente a la entrada en vigor de la presente Ley, deberán actualizarse



las cuantías indemnizatorias fijadas en el presente Anexo y, en su defecto, quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje del Índice General de Precios al Consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior. En este último caso y para facilitar su conocimiento y aplicación, por resolución de la Dirección General de Seguros se harán públicas dichas actualizaciones". Es esta aparente contradicción la que dio lugar a que las Audiencias, al interpretar como debían valorarse los daños personales, mantuvieran fundamentalmente las dos siguientes posturas:

1ª. Favorable a valorar los daños en atención al momento en que se produjo el daño, según las cuantías resultantes del Baremo vigente en la fecha en que acaeció el siniestro, seguida entre otras por las secciones civiles y penales de la Audiencia Provincial de Madrid y por la secciones 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, 1ª de la de Vizcaya, 8ª de la de Valencia, 3ª de la de Granada, 6ª de la de Málaga y 1ª de la Audiencia Provincial de Toledo. Esta interpretación, coherente con la regla general vigente en materia de daños que apunta a que la obligación de indemnizar nace cuando se llevó a cabo la conducta que hace a su autor responsable (artículo 1089 Código Civil), se apoya tanto en el principio de seguridad jurídica, por la posibilidad de conocer con anterioridad al inicio del pleito cuales son las cantidades exactas que se reclaman y la necesidad de que las víctimas sean tratadas por igual con independencia de la suerte que puede correr el pleito y las eventuales dilaciones injustificadas en el dictado de la sentencia, como en el principio de irretroactividad de las normas establecido en el artículo 9.3 de la Constitución y 2.3 del Código Civil, que impide aplicar un sistema posterior, sin que tampoco este criterio cause perjuicio alguno a las víctimas pues los retrasos se compensan con el sistema de intereses moratorios al amparo del art. 20 LCS, los cuales posibilitarían compensar al perjudicado por la pérdida de poder adquisitivo, conciliándose perfectamente con el carácter de deuda

de valor que se atribuye a estas. Principalmente supone este criterio que la norma jurídica aplicable en el momento de producción del daño habría de determinar tanto el sistema de valoración de los daños, (y por ende los puntos por lesiones permanentes o secuelas), como la regla aplicable para fijar su valoración, (es decir, el valor concreto del punto) solución que presenta claros inconvenientes cuando se trata de resarcir los daños que tardan mucho en curar o que no se manifestaron desde el primer momento.

2ª. Favorable a entender que los daños deben cuantificarse según la tabla vigente en el momento de dictar sentencia (Audiencias de Barcelona, Córdoba, Sección 2ª, y Guipúzcoa, Sección 1ª), opción que se pretende justificar en la Jurisprudencia de esta Sala, que ha calificado la indemnización de los daños personales como deuda de valor, para evitar que la víctima sufriera los efectos negativos de la inflación y paralelamente se beneficiara injustificadamente al responsable de aquellos (entre las más recientes, Sentencias de 9 de junio, 12 de julio y 20 de diciembre de 2006). Se argumenta por sus defensores que este es el único sistema que, por respetar el carácter de deuda de valor, asegura la efectiva y plena reparación del perjudicado, lo que no cabe esperar a través de los intereses del artículo 20 LCS en la medida que no siempre resultan impuestos, al preverse expresamente en la norma la exoneración del asegurador que cumpla lo establecido en el artículo 18.1 en los tres meses siguientes a la fecha de producción del siniestro. Se argumenta que es el sistema más respetuoso con la previsión contenida en el apartado 10 del párrafo Primero de la Disposición Adicional Octava de la LRCSCVM, que prevé la actualización anual de la cuantía de las indemnizaciones. Sin embargo, varios son los inconvenientes que presenta esta opción, comenzando por la inseguridad jurídica que deriva de dejar en manos de la víctima la determinación del momento en que se tenga que fijar la cuantía, al poder demorar la presentación

de la demanda interrumpiendo cuantas veces le sea posible el plazo de prescripción, o retrasar el curso del proceso, alargando la fecha de la sentencia que se toma como referente. Igualmente se le reprocha que no distingue entre el sistema de valoración aplicable a los daños, de acuerdo con lo dispuesto en el citado párrafo tercero del Anexo de la Ley 30/1995 y la cuantía de los puntos que resulten de aplicar el sistema de cuantificación a la concreta lesión sufrida por el perjudicado; y que la demora no compensa de todos los perjuicios a la víctima sino tan sólo de la pérdida derivada del valor adquisitivo, que es la que se compensa con la actualización de las tablas según el IPC.

Estas diferencias interpretativas fueron abordadas por las citadas Sentencias dictadas por el Pleno con fecha 17 de abril de 2007, fijando una doctrina que necesariamente ha de servir para resolver el actual recurso. Remitiéndonos expresamente a los razonamientos jurídicos de ambas sentencias resulta que el nudo gordiano de la cuestión iuris, no resuelto satisfactoriamente y de una forma definitiva por ninguna de las interpretaciones sostenidas por las Audiencias hasta este momento, radica, según la Sala, en el hecho de confundir régimen legal aplicable, en atención a artículo 1.2 y el apartado Primero del Anexo, y cuantificación de los daños, según apartado 10 del mismo precepto, –citado como infringido por el recurrente– señalando sobre tal aspecto la primera de las sentencias en su Fundamento jurídico sexto: "La discusión que se ha reproducido sobre la incompatibilidad entre irretroactividad y deuda de valor parte de una interpretación fragmentaria de las normas establecidas en el artículo 1.2 y el apartado primero del Anexo de la Ley 30/1995, puesto que se deja de lado lo establecido en los mismos cuando se establece que "a los efectos de la aplicación de las tablas la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la referida a la fecha del accidente", para fijarse únicamente en la valoración de los denominados "puntos", que son el resultado de la apli-

cación de las reglas de cuantificación introducidas por la ley 30/95 en las diferentes tablas, según el tipo de daños sufridos y las circunstancias de cada perjudicado. Por tanto, debe distinguirse entre ambos momentos:

1º. La regla general determina que el régimen legal aplicable a un accidente ocasionado con motivo de la circulación de vehículos es siempre el vigente en el momento en que el siniestro se produce, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y el tantas veces aludido punto 3º del párrafo primero del anexo de la Ley 30/1995, que o fija la cuantía de la indemnización, porque no liga al momento del accidente el valor del punto que generará la aplicación del sistema. El daño, es decir, las consecuencias del accidente, se determina en el momento en que este se produce y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión padecida y a los criterios valorativos (edad, trabajo, circunstancias personales y familiares, incapacidad, beneficiarios en los casos de muerte, etc.), que serán los del momento del accidente. En consecuencia y por aplicación del principio de irretroactividad, cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado.

2º. Sin embargo, puede ocurrir y de hecho ocurre con demasiada frecuencia, que la determinación definitiva de las lesiones o el número de días de baja del accidentado se tengan que determinar en un momento posterior. El artículo 1.2 y el número 3 del párrafo primero del anexo de la Ley 30/1995 no cambia la naturaleza de deuda de valor que esta Sala ha atribuido a la obligación de indemnizar los daños personales, según reiterada jurisprudencia. En consecuencia, la cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente debe efectuarse en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado determinadas, que es



el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 8 julio 1987, 16 julio 1991, 3 septiembre 1996, 22 abril 1997, 20 noviembre 2000, 14 y 22 junio 2001, 23 diciembre 2004 y 3 octubre 2006, entre muchas otras). Y ello con independencia de que la reclamación sea o no judicial.

De este modo, el principio de irretroactividad queda salvado porque el régimen jurídico se determina en el momento de producirse el daño, aunque su cuantificación pueda tener lugar en un momento posterior y de este modo se salvan también las finalidades perseguidas por la Ley 30/1995, puesto que ambos momentos son seguros.

No pueden recaer sobre los perjudicados las consecuencias de la inflación cuando sus lesiones tardan mucho tiempo en curar o en consolidarse y es por ello que, al valorarse el punto de acuerdo con las variaciones del IPC, se evita este perjuicio. Y todo ello sin perjuicio de que los daños sobrevenidos deban ser valorados de acuerdo con lo establecido en el punto 9 del párrafo primero del anexo de la Ley 50/1995, que establece que "la indemnización o renta vitalicia sólo podrán ser modificadas por alteraciones sustanciales en las circunstancias que determinaron la fijación de las mismas o por la aparición de daños sobrevenidos"».

En el caso de autos, la Audiencia aplica el baremo correspondiente a la fecha de la sentencia de primera instancia, a la sazón el aprobado por Resolución de la Dirección General de Seguros de enero de 2003, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, que resultarán de aplicar durante el año 2003 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Pero esta forma de aplicar el baremo no puede, por lo que se ha dicho

anteriormente, mantenerse en esta sede. Así, según informe médico forense obrante en autos (fol. 127), la estabilidad lesional se estableció transcurridos trescientos días (100 días de hospitalización más 200 sin estancia hospitalaria, como, por otra parte, se recoge en la sentencia de primera instancia), por lo que, teniendo en cuenta que el siniestro tuvo lugar el 18 de junio de 1998, deben ser aplicadas las cuantías correspondientes al año 1999, de acuerdo con los importes establecidos en la Resolución de la Dirección General de Seguros de fecha 22 de febrero de 1999 (B.O.E de 5 de marzo), cuya determinación





se hará en el periodo de ejecución de sentencia. En consecuencia, se ha de proceder a fijar el importe de la indemnización mediante la aplicación del sistema de valoración de los daños comprendido en el Anexo establecido por la Disposición Adicional 8ª de la Ley de 8 de noviembre de 1995, según redacción original, por ser la vigente al momento del accidente, 18 de junio de 1998, pero calculando las cantidades por los diferentes conceptos indemnizatorios concretados en la sentencia de 1ª Instancia, con la modificación acordada en apelación de fijar en 40 en vez de 38 los puntos por la secuela de síndrome orgánico

de la personalidad, pero manteniéndola en lo demás, y con las cuantías correspondientes al año 1999. La cantidad resultante devengará los intereses procesales previstos en el artículo 576.2 LEC desde la fecha de la sentencia de primera instancia, dado que no existe importante diferencia en relación al global de la suma indemnizatoria.

Por consiguiente, el motivo se estima en parte, al no ser procedente el Baremo aplicado por la Audiencia, pero tampoco el propugnado por la aseguradora (el de la fecha del siniestro), pues en definitiva la nueva doctrina es incompatible con el criterio seguido por la Sala de apelación, siendo evidente el interés casacional que concurría en el momento de la preparación e interposición del recurso, en que esta Sala no se había todavía pronunciado sobre la cuestión suscitada, por lo que la sentencia impugnada se casa, al menos en parte, declarándose aplicable el baremo correspondiente al año 1999, correspondiente al alta definitiva del lesionado, y no el del año 2003, relativo a la fecha de la sentencia, debiendo procederse en el periodo de ejecución de sentencia a la revisión de la indemnización acordada.

TERCERO.- En el segundo apartado del motivo se cita como infringido por inaplicación el artículo 20.8 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, alegándose vulneración de la doctrina contenida en las Sentencias de esta Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1996 y 5 de diciembre de 1996.

La justificación del interés casacional es artificiosa, por cuanto en ambas sentencias no se expone una doctrina común en relación al precepto pretendidamente infringido, siendo preciso para que pueda hablarse de oposición a la doctrina de esta Sala que existan al menos dos sentencias sosteniendo el mismo criterio jurídico, pues de otro modo no cabe hablar de doctrina reiterada (art. 1.6



CC), que constituya jurisprudencia. Es más, en la segunda sentencia citada, la de 5 de diciembre de 1996, ni siquiera se aborda la cuestión de la existencia de causa justificada para la no imposición de intereses moratorios especiales. Consecuentemente, se rechaza el motivo en cuanto a la infracción del art. 20.8 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980.

CUARTO.- En el apartado tercero del motivo, que se somete a conocimiento de la Sala con carácter subsidiario, para el caso de que no se estimara la infracción denunciada en el anterior apartado, como así sucede, se cita como infringido por inaplicación el artículo 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro en relación a la Disposición Adicional de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Se expone que existe doctrina contradictoria entre en las Audiencias Provinciales sobre el cómputo del interés de demora una vez transcurridos dos años desde la fecha del siniestro.

Tal cuestión ha sido resuelta por esta Sala en la Sentencia de Pleno de 1 de marzo de 2007 (rec. nº 2302/2001), aplicada en posteriores resoluciones de esta Sala (como en Sentencia de 26 de noviembre de 2008, rec. nº 1459/2002), en la que se razona lo siguiente:

«El recurso de casación somete a la consideración de la Sala la interpretación de la regla 4ª del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, en su redacción dada por Ley 30/1995, de 8 de noviembre, conforme a la cual: "La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 %; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.- No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20%".

El problema surge al determinar si el interés moratorio del 20% se aplica automáticamente, una vez transcurrido el segundo año desde la fecha del siniestro, o si este interés será el legal del dinero incrementado en un 50% hasta el segundo año, atendiendo a su cómputo por días, y a partir de este segundo año al tipo del 20%, si aquel resulta inferior.

Es lo que en la doctrina, y en distintas y contradictorias sentencias de las Audiencias Provinciales, se conoce como la teoría del tramo único o de los dos tramos de interés. La primera se justifica en razón a la finalidad sancionadora y disuasoria que el legislador quiso atribuir al interés por mora y a su fin último, dirigido a obtener una rápida y eficaz reparación de los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor, para lo cual entiende que se impuso a las entidades aseguradoras un deber especial de diligencia en el pago de las indemnizaciones, con la consecuencia de que si no lo hace o consigna en el plazo de tres meses, se devengarán los intereses legales incrementados en un 50%, y de que si transcurren dos años desde la fecha del siniestro sin haberlo realizado, los intereses de demora serán al menos del 20% desde la fecha del accidente y no a partir de los dos años. Lo contrario, además, supondría considerar una nueva fecha para el cálculo de intereses -la del tercer año- y la norma no establece cómputo de intereses distinto que no sea el señalado en l nº 6 del artículo 20.

La segunda tiene en cuenta que los intereses se computan por días desde la fecha del siniestro, de manera que fijado un devengo diario conforme al tipo vigente (el correspondiente a la anualidad incrementado en el 50%), lo único que establece el párrafo segundo, cuando la aseguradora se demora más de dos años, es fijar un tipo mínimo más alto, como superior sanción, pero sin alterar la regla de cálculo diario; interpretación que atiende a la modificación operada por ley 30/95 que

supuso, como se desprende de su Exposición de Motivos y de los debates parlamentarios previos a su promulgación, que los intereses pasaran a devengarse por días cualquiera que fuera el tipo aplicable, lo que impide su aplicación retroactiva por cuando ello supondría modificar los ya devengados en los dos años anteriores, aplicando el que fuera más gravoso únicamente a partir del tercer año. Este criterio tiene también en cuenta el carácter restrictivo con que ha de interpretarse toda norma sancionadora y la literalidad de su párrafo segundo que utiliza el término "transcurridos" en conexión con una expresión de futuro no "podrá ser", indicativa de que solo entonces, cumplidos los dos primeros años y a partir del primer día del tercero, es cuando se produce el agravamiento del interés.

La sentencia que se recurre en casación acoge la postura del tramo único disponiendo que el tipo será, desde el primer día, el del 20%, al no haber pagado la aseguradora dentro de los dos años desde la producción del siniestro.....

Estas contradicciones, y la falta de jurisprudencia sobre el devengo y cuantía de los intereses moratorios previstos en el artículo 20 LCS, exige que se fije definitivamente la doctrina de esta Sala, que, se adelanta, no es otra que la siguiente: Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50 %. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, i no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento.

Esta interpretación favorable a la existencia de tramos y tipos diferenciados, es conforme con la intención del legislador, expresada en la Exposición

de Motivos de la Ley 30/1995, en cuyo apartado 6º justifica la reforma relativa al artículo 20 de la LCS en la necesidad de evitar las muy diversas interpretaciones a que había dado lugar, señalando que "se cuantifica el interés de demora, moderando la fórmula de un interés absoluto para hacerlo durante los dos primeros años, referencial al interés legal del dinero". Este posicionamiento legal no supone la concesión de un plazo de gracia mayor a las compañías de seguros, puesto que nada se dice al respecto. Supone establecer dos periodos con dos tipos de interés aplicables perfectamente diferenciados, que se fijarán sin alterar el cálculo diario, con el mínimo del 20% si a partir del segundo año del siniestro no supera dicho porcentaje. Es además coherente con su tenor gramatical y con su devengo diario, pues ello resulta incompatible con la posibilidad de que haya que esperar dos años para conocer, caso de que la aseguradora incumpla, el tipo de interés que resulta aplicable para modificar retroactivamente los ya devengados día a día, conforme al interés vigente en cada momento, en los dos años anteriores.

El carácter disuasorio de los intereses que se impone en la conclusión contraria puede ser aceptado con reservas desde la idea de evitar la pasividad de las aseguradoras en el cumplimiento de sus obligaciones indemnizatorias, no desde la clara y evidente intención del legislador de dar un nuevo tratamiento a la norma y de contemplar la conducta del obligado al pago de una forma distinta tanto más cuanto que, al tiempo, se decreta de oficio el devengo del interés y este se produce por días. Si el legislador pretendía reforzar la situación de los perjudicados, difícilmente habría modificado la norma anterior pues le bastaba mantener vigente el tipo único de interés anual del 20%. Pretender, además, que esta fórmula es más gravosa, y como tal disuasoria, es algo defendible en la actualidad en razón a unos tipos bajos del interés legal, no desde una situación distinta de futuro en la que la suma del 50% al interés legal del dinero puede



proporcionar un interés muy superior al del 20%, que actúa como subsidiario de no alcanzarse este valor. Finalmente, la norma 6ª del artículo 20, no queda alterada con esta interpretación, por cuanto viene referida al momento concreto en que empiezan a devengarse los intereses moratorios, siendo en el apartado 4º en el que se determina el tipo de interés para uno y otro periodo a partir del siniestro.>> Así pues, el criterio procedente es el reflejado en la citada Sentencia del Pleno de la Sala como doctrina sobre tal cuestión, es decir, que durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento.

Sin embargo, la Audiencia aplica el criterio contrario, pues establece el cómputo de los intereses al 20 % desde la fecha del siniestro, y no distinguiendo dos tipos de intereses, uno desde el siniestro y hasta los dos años, y otro desde esta fecha. Consiguientemente, se estima este apartado del motivo, siendo preciso casar la Sentencia impugnada en cuanto al modo en que se ordena el cómputo de los intereses del art. 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 198.

QUINTO.- Estimándose parcialmente el recurso, no procede hacer especial imposición de las costas de esta casación, como tampoco de las de primera instancia. En cuanto a las costas de la apelación, puesto que la interpuesta por AEGON y Don Emilio debió estimarse parcialmente, tampoco procede hacer especial imposición de las costas relativas a dicho recurso. Se mantiene la sentencia de apelación en cuanto a la no imposi-

ción de costas por el recurso interpuesto por el demandante Don Guillermo. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Que debemos acordar lo siguiente:

1º.- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por la entidad "AEGON UNIÓN ASEGURADORA, S.A." contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª, de 14 de abril de 2004, recaída en el recurso de apelación nº 86/2004, y revocamos y casamos dicha Sentencia, en el sentido de proceder el cálculo de la indemnización a satisfacer a Don Guillermo conforme a las cuantías contenidas en la Resolución de la Dirección General de Seguros de fecha 22 de febrero de 1999 (B.O.E de 5 de marzo), cuya determinación se hará en el periodo de ejecución de sentencia, y de imponerse a la entidad AEGON los intereses moratorios del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 conforme a lo razonado en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia, esto es, atendiendo a que durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50 %, y a partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20% si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento.

2º.- No se hace especial imposición de costas del recurso de casación, ni de la de primera instancia y recursos de apelación interpuestos. Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

## Comentario:

Mariano Medina Crespo

Aparentemente, esta sentencia carece de un particular interés, puesto que se limita a aplicar la doctrina plenaria sentada por las sentencias de 17 de julio de 2007, respecto de la cuestión valorista, y 1 de marzo de 2007, respecto a la cuestión del doble tramo de los intereses moratorios especiales del asegurador de la responsabilidad civil cuando han transcurrido dos años desde la fecha del siniestro. No obstante, tiene el mérito de no limitarse a aplicar decretalmente el criterio doctrinal de las indicadas sentencias, sino que expone cumplidamente los argumentos justificativos de las soluciones adoptadas. En cuanto a la primera cuestión, reproduce la argumentación que recoge la sentencia de 30 de octubre de 2008, la cual, enlazando con las de 10 de julio, 18 de septiembre (que no se cita) y 23 de julio de 2008, acoge la doctrina señalada. En cuanto a la segunda, se expone en sus razonamientos, completando los contenidos en la sentencia plenaria a la que se atiene. Pero, aparte lo anterior, la sentencia merece un análisis de mayor calado.

Al igual que la de 30 de octubre de 2008, la sentencia declara realizar una rigurosa aplicación de la doctrina plenaria relativa a la cuestión del valorismo, de tal manera que censura el criterio de fijar las cuantías vigentes en 2003 en que se dictó la sentencia de primera instancia, pero sin aceptar llevarlas a 1998 en que se produjo el siniestro, llevándose la actualización del crédito resarcitorio a 1999 en que tuvo lugar la sanidad del lesionado. La sentencia distingue perfectamente entre la regulación aplicable y la cuantificación definitiva de la indemnización, ateniéndose, de conformidad con la doctrina plenaria señalada, a que el sistema aplicable es el que corresponde a su redacción originaria, vigente en la fecha del siniestro, y que, aplicadas las reglas pertinentes, la cuantía resultante debe ser objeto de actuali-

zación valorista para comprender el año en que se alcanzó la sanidad. Por eso dice que el importe de la indemnización se ha de fijar de acuerdo con la actualización prevista en la Resolución que menciona de 1999, posterior a la fecha del siniestro. Y, al hacer esa doble declaración, le pasa desapercibida la contradicción en que incurre, pues deja de tener en cuenta que la estructura de la Resolución mencionada, con las cuantías vigentes para 1999, se ajusta a la modificación de que fue objeto el sistema, concretamente el apartado A) de la Tabla V, en virtud de la disposición adicional 15ª de la Ley 50/1998, con entrada en vigor desde el día 1 de enero de 1999.

En principio, si el régimen de valoración es el correspondiente al sistema vigente en la fecha del siniestro (1998), no se puede tener en cuenta la modificación introducida en la tabla V, pues ello supone una aplicación retroactiva, que aparece expresamente desautorizada por la doctrina plenaria que dice aplicarse; y ello implica que no se pueden fijar las cuantías previstas para las lesiones temporales en la Resolución de 22 de febrero de 1999, pues ésta se atiene a la estructura tripartita de conceptos perjudiciales que se había introducido previamente, pero después de haber tenido lugar el siniestro de autos.

Ello obligaba a la Sala a haber abordado la cuestión de si la reforma a la que me refero constituyó una verdadera modificación del apartado A de la tabla V o era, fundamentalmente, la expresión de una ley interpretativa que servía para un entendimiento cabal de la regulación originaria; distingo importante pues, de tratarse de una verdadera modificación legal, tendría la Sala que haberse atenido, por razón de la estimación del motivo casacional, a la estructura y cuantías vigentes en 1998, para, seguidamente, aplicarles el IPC de 1997 para 1998 y el de 1998 para 1999. A su vez, si se sostuviera, como es mi criterio,



## Comentario:



Mariano Medina Crespo

de que se trataba de una interpretación auténtica (proporcionada por el Legislador), la solución adoptada habría sido fundamentalmente acertada, por negarse el sustancial carácter novedoso de la reforma, en cuanto a la diferenciación entre los días improductivos y los no improductivos, pero con ponderación excluidora de la ligera elevación de los módulos de estos tres conceptos perjudiciales que no podía ser objeto de aplicación retroactiva. Veamos su expresión numérica.

De acuerdo con la técnica actualizadora del IPC, la suma básica que por día hospitalario correspondía a 1999, de acuerdo con la redacción originaria del sistema, ascendería a 7.471,15 Ptas., resultante de aplicar a las 7.368 de la Resolución de 25 de marzo de 1998 el IPC de 1998 para 1999 (1,4%), añadiéndole, pues, 103,15 Ptas. Al utilizarse en el caso el nuevo módulo de las 8.000,- Ptas., se aplicó retroactivamente, en contra de lo sentado por la doctrina plenaria de la Sala. Respecto de los días improductivos, sentado que, por vía integrativa, se valoraban con un módulo originario de 6.000,- Ptas. que en 1998 había pasado a ser de 6.315,- Ptas. (IPC acumulado del 5,25%, de los años 1996 y 1997, de conformidad con el criterio al que respondía la Resolución actualizadora), la suma que correspondía en 1999 ascendería a 6.379,55 Ptas., resultado de aplicar el IPC de 1998 para 1999 (1,4%), al aumentarsele 64,55 Ptas. Al hacerse uso en el caso del nuevo módulo de las 6.500 Ptas., se aplicó retroactivamente, en contra de lo sentado por la doctrina plenaria de la Sala. En lo que concierne a los días no improductivos, habiéndose de considerar que correspondían al segundo concepto de la tabla originaria, la suma que correspondía en 1999 ascendía a 3.202,21 Ptas., resultantes de aplicar a las 3.158,- Ptas.

de la Resolución mencionada el IPC de 1998 para 1999 (1,4%), añadiéndosele, pues, 44,25 Ptas. Al manejarse en el caso el nuevo módulo de las 3.500,- Ptas., se aplicó retroactivamente, en contra de lo sentado por la doctrina plenaria de la Sala.

Por otra parte, producido el siniestro en 1998 y alcanzada la sanidad del lesionado en 1999, la Sala llevó la actualización valorista del crédito resarcitorio a este segundo año, con lo que, en principio, quedaba al descubierto la actualización valorista por el período comprendido entre el año de la sanidad y la fecha de la sentencia de primera instancia, desde la que empezaban a operar los intereses moratorios procesales, cuyo tipo incorpora, naturalmente, la pertinente subcuota de signo indexatorio. Pero, teniendo en cuenta que se impusieron al asegurador demandado los intereses moratorios especiales desde la fecha del siniestro, tal descubierto no se produjo, pues, desde el año de la sanidad, operó la actualización valorista del crédito a virtud de la subcuota valorista que incorporan tales intereses. Pero se produjo una superposición valorista durante el período comprendido entre la fecha del siniestro y la fecha de la sanidad, al actualizarse hasta ella el principal indemnizatorio y compatibilizarse su importe con el de la actualización valorista que incorporan durante ese período los intereses moratorios especiales.

Por todo ello, estimo que esta sentencia infringió el principio normativo de la reparación íntegra, de un lado, porque adjudicó a las lesiones temporales el valor actual del daño (valor de 2009) y no se atuvo a su valor histórico actualizado (valor de 2008, actualizado a 2009); y porque hubo un año durante el que la indemnización fue objeto de una actualización valorista solapada

# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

**Desbocamiento de un caballo en un recinto ferial durante las fiestas organizadas por un ayuntamiento. Riesgo y relación causal. Concorre, sin duda, causalidad física o material entre el daño y el atropello por el carruaje en el recinto ferial durante las fiestas organizadas por el Ayuntamiento.**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)  
de 4 de marzo de 2009.*

*Ponente. Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de varias demandas acumuladas, los actores reclamaron frente a los que consideraban responsables por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las lesiones, y la muerte en algún caso, debidas a la embestida que sufrieron por parte de un coche de caballos conducido por un menor en el interior del recinto ferial y en horario abierto al público, durante las fiestas patronales organizadas por el Excmo. Ayuntamiento de Utrera. "Se indica", dice la sentencia de primera instancia (ningún relato de hechos contiene la recurrida), que "durante la tarde en que se produjo el accidente, el carro del que tiraba el caballo era

Tribunal  
Supremo





conducido por el hermano del propietario, el menor Juan y un amigo de éste, Jose Antonio, también menor. Que al parecer, los ocupantes se detuvieron a la altura de la Casetas Amigos del Caballo, en la calle Soleá, instante que fue aprovechado por Juan para apearse, quedando en el pescante José Antonio. Por circunstancias no determinadas, el caballo, se alzó de manos, emprendiendo una veloz huida en dirección a la calle Fandango, que recorrió en su totalidad, entrando en la calle Seguiriya y pudiendo ser detenido a la altura de la caseta "Los Amigos del Aire". Durante gran parte del recorrido, el menor José Antonio intentó hacerse con el control de las riendas, cosa que no consiguió, cayendo durante el recorrido".

La sentencia de 1ª Instancia estimó parcialmente las demandas, condenando a Don Evaristo propietario del caballo, al citado Ayuntamiento y a su aseguradora, Previsión Española, en la proporción de un 75% y de un 25%. La sentencia fue apelada ante la Audiencia Provincial de Sevilla, por el Excmo. Ayuntamiento de Utrera, Previsión Española y dos de las perjudicadas, Doña Soledad y Doña Maite. En lo que aquí interesa, mantuvo la condena del Ayuntamiento, extendiéndola a Don Lucas, padre del menor Don Juan Ignacio, así como a Don Juan Francisco y Doña Mariana, padres de Don Juan, en la forma consta en el auto aclaratorio. La condena del Ayuntamiento se produce con base en dos argumentos: Por un lado, por el riesgo que supone la organización del festejo en medio de una importante aglomeración de personas a pie, "y está en su mano, porque tiene plenas facultades para ello, la adopción de todo tipo de medidas en evitación de daños tanto materiales como personales que puedan causarse y fácilmente son previsibles que ocurran en un acontecimiento que se sabe, dada su periodicidad anual, que convoca grandes aglomeraciones de personas", y, de otro, por la "auténtica omisión de la diligencia debida, pues aparece de lo actuado la escasa presencia policial en las calles del recinto ferial en aquel fatídico momento que hubiera podido impedir la presencia de





los menores al frente del carruaje, o bien limitando los efectos de la acción de aquellos".

La extensión de la condena a los padres se argumenta de la siguiente forma: "centrándonos en el menor que se encontraba en el carruaje cuando el animal se desbocó, es claro que los padres de aquél menor han de responder: por una parte por el art. 1905 del código civil que habla de poseedor del animal o del que se sirva de él, pero también por el art. 1902 y 1903 de idéntico cuerpo legal, pues la responsabilidad nace de la falta de diligencia en la custodia de un menor hijo al no prever las consecuencias que podría todo tipo de circunstancias, como la que se produjo, al encontrarse solo al frente de un carruaje para cuya conducción no acredita tener la preparación, aprendizaje ni cualificación suficiente, como se vio y quedo patentizado al no haber conseguido controlar al caballo desbocado, de ahí que la responsabilidad de los padres del menor no ofrezca duda alguna y hayan de ser incluidos en la condena solidaria; esa culpa in vigilando que se acentúa cuando tales padres desconocen o no controlan ni la actividad de su hijo menor ni la compañía con la que la lleva a cabo, produciéndose situaciones como las descritas en las cuales se acumula la imprudencia del otro menor, hermano del propietario del animal, del que tampoco consta su preparación ni cualificación, al bajarse del carruaje y permitió la permanencia en el mismo del otro, imprudencia pues también del que acaba de descender, por la que debe responder sus padres ex art. 1903 del código civil "

Contra dicha resolución interpusieron recurso de casación el Excmo. Ayuntamiento de Utrera y su aseguradora, Previsión Española SA, y, Don Lucas y Doña Sandra.

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos del recurso formalizado por el Ayuntamiento y su aseguradora, alegan infracción del artículo 1902 del Código Civil, así como de la jurisprudencia que lo interpreta

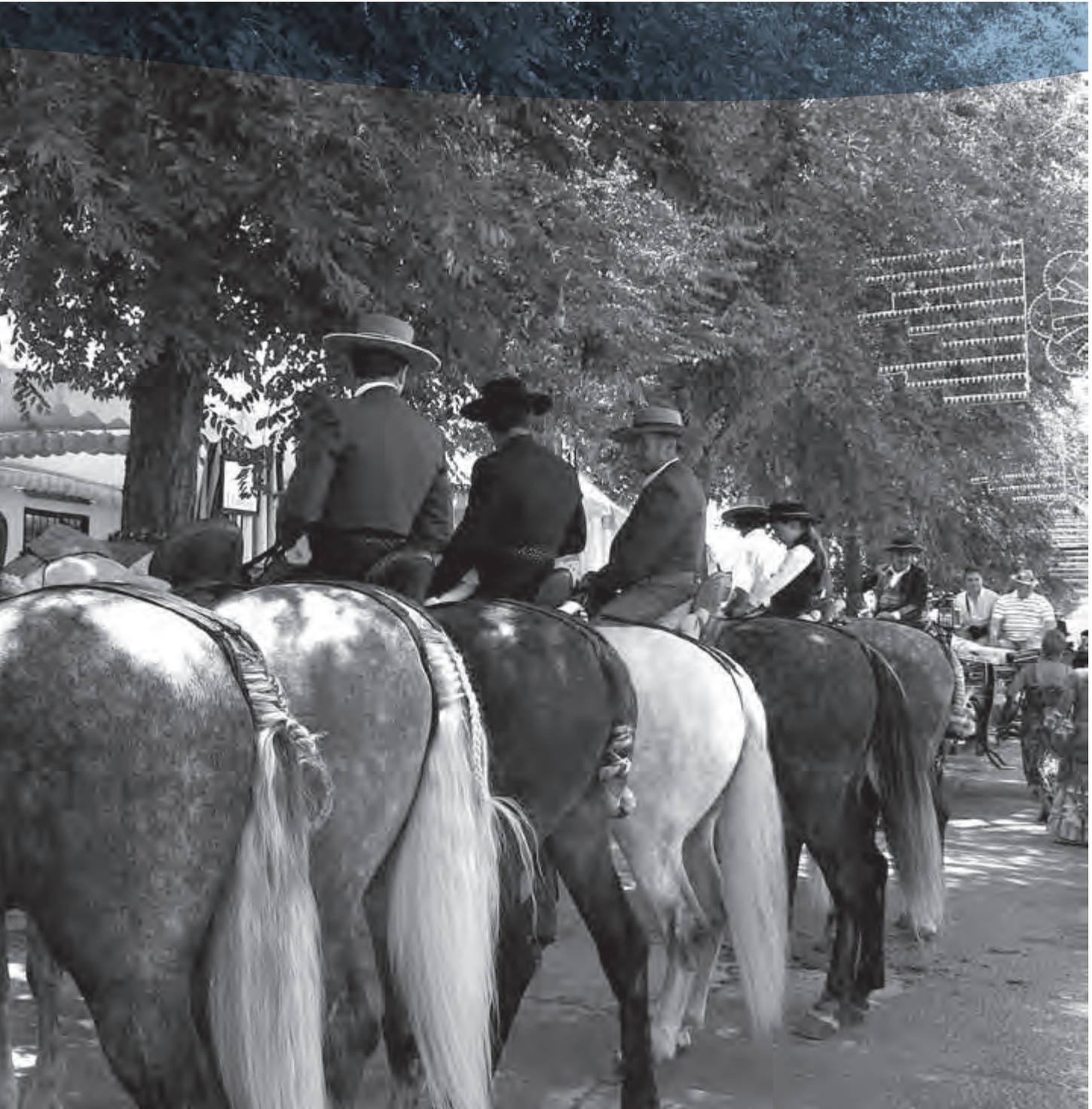


relativa al nexo causal y responsabilidad por riesgo, por cuanto la presencia policial en las calles no hubiera podido impedir o aminorar los efectos del accidente, no siendo tal circunstancia causal determinante del mismo, siendo la habilidad y no la edad el hecho fundamental a la hora de controlar a un caballo desbocado, habiéndose realizado una interpretación extensiva de la responsabilidad por riesgo, al erigir su fundamento en una supuesta asunción anticipada en justificación de que el Ayuntamiento haya de ser responsable de cuanto ocurra en la feria, al margen de la causalidad. Se estiman.

La sentencia que se recurre en casación llega a la condena del Ayuntamiento a partir de la consideración de que determinadas omisiones derivadas de la organización de un evento festivo, en una actividad de riesgo por la aglomeración de personas y desboque de caballos, fueron determinantes del daño. Se dice que la vigilancia era escasa y que la presencia policial en las calles del recinto ferial hubiera podido impedir la presencia de los menores al frente del carruaje y, sin embargo, ni la afirmación que relaciona la estancia de los menores en el pescante con que el caballo se desbocase ni la que una mayor presencia policial hubiera evitado los efectos del desbocamiento, tienen adecuada concreción para establecer un vínculo causal que sirva para imputar el resultado al Ayuntamiento en una sentencia que más parece dictada desde la abstracción o desde un aspecto meramente especulativo o teórico que desde una concreta situación fáctica que haya sido puesta de manifiesto por la propia sentencia para establecer un criterio seguro y razonable de imputación. Concorre, sin duda, causalidad física o material entre el daño y el atropello por el carruaje en el recinto ferial durante las fiestas organizadas por el Ayuntamiento, sin embargo no hay base alguna, en un juicio de causalidad jurídica, para atribuirle participación o contribución causal de ningún tipo, de acuerdo con criterios como el del riesgo o adecuación, puesto que ninguna de las omisiones que se le atribuyen tienen la caracterís-



tica de ser suficientemente adecuadas para imputarle causalmente el resultado. En primer lugar, no se infringe ninguna norma por el hecho de conducir un carro por el recinto ferial siendo menores, ni el hecho de que lo fuera quien lo hacía implica por sí mismo una insuficiente pericia, no habiendo dato alguno que permita deducir que una persona de mayor edad hubiera determinado un curso causal diferente o que una mayor presencia policial hubiese



aminorado las consecuencias del desbocamiento de un caballo cuya razón última se desconoce. En segundo lugar, la jurisprudencia de esta Sala, como recuerda la sentencia de 16 de febrero de 2009, ha venido repitiendo que el riesgo, por si solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 CC, a no ser que se trate de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de

colaboración del causante del daño cuando está obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole, y es evidente que la organización por una administración local de una feria o similar no puede convertirla sin más en responsable de todo cuanto acaezca en su interior si esta se desarrolla en un marco adecuado y previsible en cuanto a los riesgos que el recinto genera para el conjunto de las personas que ac-



ceden al mismo junto a caballos y carros, y no se incrementan estos de tal forma que permitiera desplazar la responsabilidad sobre quien, aun de forma lícita y permitida, ha permitido crearlos, justificando la existencia de una causalidad jurídica. El daño no fue debido a una dejación de competencias de la administración que le eran propias en cumplimiento de un servicio público, ni es la feria quien lo causa, sino un caballo desbocado que participaba en ella conducido y manejado por un particular sobre el que la Administración no tenía ningún motivo ni posibilidad legítima alguna para impedirle el acceso; acción esta, por lo demás, que tiene en el orden civil unas consecuencias jurídicas diferentes para los que se sirvieron del caballo creando un riesgo y causando el daño.

TERCERO.- La estimación de los anteriores motivos hace innecesario el análisis de los demás también formulados, y permite entrar en la resolución del recurso de casación de Don Lucas y Doña Sandra, que se articula en dos motivos. En el primero se alega la infracción del artículo 1905 del Código Civil. Basa el recurrente tal motivo en que el menor, Don José Antonio, carece de la condición de poseedor del animal desbocado o que se sirviera de él, ya que tal condición la tenía Don Juan, quien hacía uso del caballo con la debida autorización de su propietario, su hermano don Evaristo, no siendo posible una interpretación extensiva de dicho artículo para aplicarlo a un mero ocupante del carruaje.

Se estima. Dice el artículo 1905 del Código Civil que "El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese exigido". La jurisprudencia ha destacado el carácter objetivo de esta responsabilidad, basada en el riesgo consustancial a la tenencia o a la utilización en propio provecho de los animales, la cual

exige tan sólo una casualidad material, estableciendo la presunción de culpabilidad del poseedor del animal o de quien se sirve del mismo por su mera tenencia o utilización, con la única exoneración de los casos de fuerza mayor o de culpa del perjudicado (STS 20 de diciembre de 2007, y las que se citan en ella). En el sentido de la norma, no tiene la condición de poseedor del animal quien no tiene el poder de hecho ni se sirve de él quien carece del dominio o el control efectivo y real del mismo que le permita desplegar alguna acción o ejercer algún mando en el momento en que ocurren los hechos.

En el caso presente, el relato de hechos de la sentencia se limita a decir que el menor "no acredita tener la preparación, aprendizaje ni cualificación suficiente, como se vio y quedó patentizado al no haber conseguido controlar el caballo desbocado" y que "se encontraba en el carruaje cuando el animal se desbocó" y sin más hechos que los relatados la sentencia deduce la responsabilidad de sus padres en una doble sede: del artículo 1905 y de los artículos 1902 y 1903, todos ellos del Código Civil. El caballo se desbocó y ningún dato de la sentencia permite sostener que fuera el quien estuviera al mando o al frente del animal con las riendas tomadas, o el que provocó la acción determinante del daño, pues nadie le imputa, por más de que se encontrara en el carruaje cuando ello se produce, una vez que se baja quien lo conducía y al que acompañaba; de lo cual se desprende que no se daban las condiciones necesarias para exigirle responsabilidad al amparo del artículo 1905 del Código Civil, pues ni poseía el animal, ni tenía interés alguno en su utilización, ni pudo, en suma, haber conseguido controlarlo una vez que se desboca inopinadamente, por más de que lo intentara.

CUARTO.- El segundo motivo denuncia infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. Alega la parte recurrente que no existe una dejación de sus deberes respecto de su hijo sin que el

hecho de que el carruaje fuera conducido por un menor suponga infracción de norma alguna, ni implique una menor pericia en tal manejo. Se estima puesto que si no se ha acreditado con respecto a su hijo la existencia de un comportamiento irregular o culposo con incidencia en la relación de causalidad, no cabe deducir responsabilidad alguna de sus padres en su vigilancia, tanto porque no encaja en el artículo 1905, como porque en modo alguno es posible deducirla del hecho de ser un simple acompañante de otro menor sin ninguna responsabilidad en la conducción del carruaje.

QUINTO.- La estimación de los recursos de casación comporta la desestimación de las demandas formuladas contra los recurrentes, con absolución de los mismos, y la consiguiente declaración en cuanto a las costas con imposición de las de la primera instancia a quienes les demandaron y sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas por los recursos de apelación y casación. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Declarar haber lugar a los recursos de casación formulados por los Procuradores Don José María Romero Días y Don Ignacio Núñez Ollero, en la representación que acreditan del Excmo. Ayuntamiento de Utrera y Previsión Española SA de Seguros y Reaseguros, de un lado, y de Don Lucas y de Doña Sandra, de otro, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en fecha 30 de septiembre de 2003, que casamos y anulamos, para en su lugar absolver a los citados recurrentes de las demandas formuladas contra los mismos, manteniéndola en lo demás; con expresa condena en las costas de la 1ª instancia a quienes les demandaron y sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas por los recursos de apelación y casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.





## Comentario:

Andrés López

¿Quién responde de los caballos desbocados? En el recinto ferial de Utrera un caballo, arrastrando un carruaje, es manejado por un menor hermano del propietario, que va acompañado por otro menor. Se detienen delante de una caseta, se baja el conductor, y en ese momento, por motivos que se ignoran, el caballo se desboca, corriendo por varias calles, atropellando a las muchas personas que allí se encontraban, pese a que el menor que ocupaba el pescante intentó sin éxito detenerlo, cayendo durante el recorrido. Los muy numerosos perjudicados demandaron al propietario del caballo, a los padres del menor acompañante y al Ayuntamiento. El juzgado de instancia condenó al propietario y al Ayuntamiento de forma solidaria. La Audiencia, además, declaró la responsabilidad de los padres del menor que ocupaba el coche de caballos.

La condena del Ayuntamiento se hizo por un doble motivo: por el riesgo que supone la organización del festejo y consiguiente omisión de medidas que eviten daños previsibles; y por la escasa presencia de policía que hubiera impedido que los menores condujeran el carruaje. Los padres de éstos fueron condenados con base en los artículos 1905 y 1902 y 1903 CC.

Interpusieron recurso de casación el Ayuntamiento (y su aseguradora) y los padres del menor acompañante. Fueron estimados.

Ayuntamiento. Por un lado, porque no hay causalidad jurídica entre la organización de un festejo y el daño causado por un animal que se desboca, y, por otro, porque afirma que el riesgo no es per se “fuente de responsabilidad”, salvo riesgos extraordinarios o daños desproporcionados. El daño lo causa un particular a quien la Administración no podía impedir el acceso.

En cuanto al menor acompañante, se hace una lectura del 1905 CC, que no es aplicable a quien ninguna relación tiene con el animal, y era mero acompañante. Tampoco habría responsabilidad de los padres, de los que no se ha acreditado comportamiento culposo alguno.

La respuesta del Tribunal Supremo a la pregunta del título es sencilla: responden quienes el artículo 1905 dice que responden, poseedores o quienes se sirven de los animales. Y no responden las administraciones públicas con relación próxima o lejana al marco geográfico donde se produce el siniestro, ni aquellas personas con cercanía temporal o espacial, pero sin los requisitos legales para su imputación.

Es notable el contraste entre la justicia material que parece inspirar la sentencia de la audiencia provincial, y el intento de depuración conceptual y formal de la sentencia comentada.

# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

### **La exclusión de los daños derivados de la conducción ebria en el seguro de responsabilidad civil “voluntario”, es una cláusula limitativa, que debe ser expresamente firmada y aceptada por el asegurado en la póliza del seguro**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 25 de marzo de 2009.*

*Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como datos a utilizar en la resolución del actual recurso de casación hay que tener en cuenta lo siguiente. La compañía aseguradora "Aseguradora Universal S.A." inició procedimiento de reclamación de cantidad en ejercicio, según aclaración efectuada en la audiencia previa, de la acción de repetición prevista en el artículo 7 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSVM), acción que ejercita contra su asegurado Pedro Francisco en reclamación de las cantidades pagadas, a las dos personas que resultaron heridas graves y a los herederos de la mujer que resultó fallecida, como consecuencia del accidente ocurrido con fecha 31 de mayo de 1998, en el que resultó implicado el

Tribunal  
Supremo





vehículo de su asegurado. Es hecho indiscutido la existencia de póliza de seguro voluntario, con número NUM000 (folio 30 de las actuaciones de primera instancia) que incluye la responsabilidad civil suplementaria con carácter ilimitado. La Sentencia de Primera instancia desestimó la demanda considerando que, ante la cuestión jurídica planteada por la parte demandante sobre la aplicabilidad del artículo 7 de la LRCSVM en el ámbito de los seguros voluntarios, la posibilidad de repetición en supuestos de conducción dolosa o bajo los efectos de alcohol u otras sustancias en los seguros voluntarios sólo era posible si esta cláusula, considerada limitativa, había sido incluida y aceptada en los términos del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. Circunstancias éstas que no eran aplicables al supuesto litigioso al resultar, de la pericial caligráfica, que la cláusula A de la póliza concertada, que excluía la cobertura en los supuestos de embriaguez o bajo la influencia de drogas, no había sido firmada por el asegurado, sino por otra persona. La Audiencia Provincial confirma este pro-

nunciamento partiendo de la falsedad de la firma de la póliza de seguro, y por tanto, del desconocimiento de la cláusula de exclusión y, así, en su Fundamento de Derecho Tercero, realiza el siguiente razonamiento en relación con la cuestión jurídica planteada: «causa ilícita (art. 1275 CC art. 19 de la LC Ley (art. 2.3 STS de 15 Jul. 1993 cláusula ilícita, su virtualidad interpartes, una vez inmune el tercero artículo 3 de la ley de Contrato de Seguros sentencia de 26 de septiembre de 2000 artículo 3 de la ley de Contrato de Seguro, en cuyo párrafo primero.

SEGUNDO.- El único motivo del recurso de casación lo es por infracción del artículo 7 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que, dice la recurrente, "La parte recurrente, con cita de diversas sentencias de Audiencias Provinciales en apoyo de su tesis, plantea que el art. 7 LRCSVM debe interpretarse en el sentido de que la posibilidad de repetición de la aseguradora respecto del asegurado de aquellas cantidades que hayan sido pagadas por los daños ocasionados por el asegurado cuando éste hubiera conducido el vehículo en estado de embriaguez o similar, es una facultad de carácter legal aunque exista concertado un seguro voluntario que cubra este Centro de Documentación Judicial 2 evento, considerando que este acuerdo sería nulo por causa ilícita según el artículo 1.275 del Código Civil al ser inasegurables las acciones dolosas o, en todo caso, por ser motivo de exoneración para la Aseguradora por aplicación del artículo 19 de la Ley del Contrato del Seguro.

El motivo ha de ser desestimado. La sentencia recurrida, en el Fundamento transcrito con anterioridad, pone de relieve la existencia de dos líneas jurisprudencias en las Audiencias Provinciales en relación con el aseguramiento de daños cometidos en estado de embriaguez o bajo la influencia de sustancias tóxicas o similares, considerando la línea defendida por la parte re-

currente que al ser éste un riesgo inasegurable incurriría en causa ilícita por ser una conducta dolosa según el artículo 1.275 del Código Civil o exoneradora, en los términos del artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro, razones que permitirían extender la facultad de repetición de las aseguradoras prevista en el artículo 7 LRC-SVM a aquellos supuestos en los que existiera aseguramiento voluntario de esta conducta, siendo innecesario, por ello, analizar si la cláusula en cuestión cumple los requisitos del artículo 3 Ley de Contrato de Seguro. Pero esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre esta misma cuestión (así, sentencias de 7 de julio de 2006, y de 13 de noviembre de 2008, entre otras), proclamando que la cláusula que excluye en la póliza litigiosa los accidentes producidos en situación de embriaguez manifiesta debe considerarse como limitativa, por cuanto la situación de embriaguez, aunque sea manifiesta, no constituye ni demuestra por sí misma la concurrencia de intencionalidad del asegurado en la producción del accidente.

Así, siguiendo esta línea argumental, la sentencia de 12 de febrero de 2009, en el que se planteó la misma cuestión jurídica aquí debatida, estimó el recurso del asegurado con los siguientes argumentos, aplicables al del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de marzo Sentencia de 7 de julio de 2006 Sentencia de 13 de noviembre de 2.008 (art. 10.a De la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor y 9.4 sentencias del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de marzo de 1996 artículo 2.3 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil artículo 2.5 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 octubre 2004 Por todo ello, ha de considerarse que la interpretación efectuada por la Audiencia Provincial es acorde con el criterio seguido por esta Sala y, en consecuencia, existiendo seguro voluntario, ha de examinarse, como así se hizo, dado el carácter

limitativo de las cláusulas que excluyen el riesgo en supuestos de embriaguez, el cumplimiento de los requisitos del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, a los efectos de considerar aplicable la exclusión del riesgo cuanto éste era conocido y aceptado por el asegurado, lo que en el caso aquí debatido no ocurrió por las razones argumentadas en ambas instancias.

TERCERO.- Conforme al artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Que debemos declarar lo siguiente:

1º.- No haber lugar al recurso de casación formulado por "Universal S.A.", contra la sentencia dictada con fecha 21 de octubre de 2.003 por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. 2º.- Imponer el pago de las costas causadas en este recurso a dicha parte recurrente. Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Ríos.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Vicente Luis Montés Penadés.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Firmado.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO.

Centro de Documentación Judicial 3 SR. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



## Comentario:

Guillermo Muzás Rota

**E**n esta sentencia se trata de un supuesto de hecho en el que la aseguradora, previo pago al perjudicado, presenta demanda en la que ejerce la acción de repetición contra el conductor responsable que conducía ebrio, con base en el art. 7 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Vehículos de motor. El supuesto es idéntico al conocido por la STS de 12-02-2009, aunque la forma de llegar a la casación fue distinta:

En la STS, Sala 1ª, de fecha 12-02-2009 (procedencia A.P. Asturias). El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de repetición. La Audiencia Provincial de Asturias revoca y estima la demanda. El conductor presenta Recurso de Casación con base en la infracción del art. 3 LCS, al considerar cláusula limitativa, que debe ser específicamente aceptada por escrito, la exclusión de los daños derivados de la conducción ebria. El Tribunal Supremo casa la Sentencia de la Audiencia Provincial, y confirma la Sentencia del Juzgado desestimando la demanda de la aseguradora. Se imponen a la demandante las costas de la primera instancia y de la apelación, no de la casación.

En la STS, Sala 1ª, de fecha 25-03-2009 (procedencia A.P. Baleares). El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de repetición. La Audiencia Provincial de Baleares confirma y desestima la demanda. La Aseguradora presenta Recurso de Casación con base en la infracción del art. 7 LRCySVM, alegando que puede repetir siempre que conste una conducción ebria. El Tribunal Supremo desestima el Recurso de Casa-

ción, y confirma la Sentencia del Juzgado y de la Audiencia Provincial de Baleares. Se imponen a la demandante las costas de la primera instancia, de la apelación y de la casación.

El Tribunal Supremo sienta como doctrina en ambas sentencias que la conducción bajo los efectos del alcohol no demuestra por sí misma intencionalidad, dolo o mala fe, y por tanto, es un riesgo asegurable. Así interpreta el TS dicha actuación en relación con el art. 1.275 Código Civil y el art. 19 LCS, entre otras en las dos Sentencias citadas. El artículo 3 de la Ley Contrato de Seguro, las cláusulas limitativas deben constar en el condicionado del seguro, y deben ser específicamente aceptadas por escrito por el asegurado, lo que la Jurisprudencia interpreta como destacadas de forma expresa y firmadas por el asegurado como prueba de su aceptación. Por tanto, debemos partir del principio de libre autonomía de la voluntad entre las partes, libertad de pactos entre asegurado y aseguradora, conforme al art. 1 LCS y el art. 1.091 Código Civil. El que contrata por encima del seguro de responsabilidad civil obligatorio un seguro voluntario (ilimitado cualitativa y cuantitativamente), confía en la creencia de haber contratado la cobertura de todo tipo de riesgos salvo los expresamente excluidos. Salvo que conste la exclusión destacada en el condicionado del seguro, aceptado y firmado por el asegurado, los daños derivados de la conducción ebria están cubiertos por el seguro de responsabilidad civil voluntario (ilimitado cualitativa y cuantitativamente salvo pacto en contrario).

# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

### **Error judicial que obliga a una aseguradora al pago de una indemnización por responsabilidad civil tras la condena de un notario como cómplice de una estafa**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª),  
de 7 de enero de 2009.*

*Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se plantea en la presente demanda el supuesto error en el que habría incurrido la Audiencia, de acuerdo con las previsiones contenidas en nuestro vigente sistema procesal, al haber sido exigido a la demandante el pago de las indemnizaciones establecidas en la anterior Sentencia de esta Sala, como consecuencia de la responsabilidad declarada en ella respecto de un Notario, condenado como cómplice del delito de Estafa enjuiciado, en su condición de Aseguradora respecto de póliza de seguro voluntario de responsabilidad civil suscrita con la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España y en referencia a la fianza que originariamente prestó, en fase de instrucción, al ser requerida para ello por el Juzgado Central correspondiente.

Para una correcta comprensión del asunto objeto de análisis conviene hacer un breve resumen de lo actuado que conforma los siguientes hitos esenciales:

- El procedimiento se refiere a un delito de Estafa, competencia de la Audiencia Nacional, con la

Tribunal  
supremo





participación de un Notario, y en el que, a su inicio, el Juzgado Central correspondiente requiere a ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. para que preste la oportuna fianza, por importe de seis millones de euros, para cubrir las eventuales responsabilidades civiles que pudieran declararse como consecuencia de la condena del referido Notario y en virtud de la póliza de aseguramiento voluntario de responsabilidad civil suscrita entre la mencionada Compañía y los Colegios Notariales.

- Inicialmente, la Aseguradora formula protesta contra la decisión del Juzgado, al entender que, como la póliza de referencia se refiere a seguro voluntario de responsabilidad civil y excluye expresamente la derivada de hechos dolosos, como el investigado en las presentes actuaciones, no procede el requerido afianzamiento. No obstante, ante la insistencia del Instructor y tras dictarse Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado, de carácter no vinculante, favorable al criterio del órgano jurisdiccional porque aún no se había determinado el tipo de responsabilidad y la Aseguradora no puede prejuzgar que se trate de una actuación dolosa del asegurado, ALLIANZ presta la fianza solicitada, si bien haciendo expresa mención de que los hechos dolosos quedan excluidos de la póliza suscrita, extremo que el Juzgado de Instrucción, cuando declara la suficiencia de la garantía, expresamente admite.

- El acusado, en un principio absuelto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional es, con posterioridad, condenado por este Tribunal como cómplice del delito enjuiciado y, en su consecuencia, también a hacer frente a las responsabilidades civiles derivadas de tal ilícito, por lo que en fase de ejecución de Sentencia la Audiencia requiere a la Aseguradora fiadora a que haga efectiva su garantía para proceder a la reparación de los perjudicados.

- Ante esa decisión, la Compañía se alza en Recurso que le es desestimado por la propia Sala, plantea ulteriormente incidente de nulidad de actua-

ciones, también desestimado, y finalmente consigna los seis millones diez mil ciento veintinueve euros requeridos, al haber agotado todos los trámites posibles en defensa de sus intereses ante el órgano competente de la ejecución, para proceder, seguidamente, a plantear la actual demanda por error judicial.

- Demanda que, en definitiva, viene a sostener la incorrección de la decisión de la Audiencia, toda vez que, no sólo podría discutirse el alcance de la póliza de la que trae causa toda la intervención de la Aseguradora en este procedimiento, dada la expresa exclusión de su cobertura de los hechos de naturaleza dolosa que hubiera podido cometer el asegurado, sino que, además, consta en las actuaciones que la demandante no pudo ejercitar en ningún momento su derecho de defensa, ya que ni fue solicitada su condena civil por ninguna de las partes acusadoras, ni se le permitió personarse en las actuaciones cuando expresamente lo solicitó, ni, en definitiva, se recoge declaración alguna de su responsabilidad en la Sentencia condenatoria en su día dictada por esta Sala.

El Ministerio Fiscal apoyó inicialmente la pretensión de declaración del error judicial en tanto que el Abogado del Estado siempre se opuso a ella.

SEGUNDO.- Por todo lo cual, analizadas las actuaciones y comprobado que, en efecto, no se permitió, en ningún momento de las mismas, que la Aseguradora tuviere posibilidad de defender sus intereses y no existiendo tampoco pronunciamiento alguno, susceptible de ejecución, que la condene como responsable civil, al no haber sido interesada esa condena por ninguna de las Acusaciones personadas, es evidente, más allá de la cuestión relativa al ámbito de cobertura de la póliza de referencia a la que se refería ya nuestro Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 24 de Abril de 2007 e incluso del debate interpretativo acerca del alcance del artículo 764.3 de la Ley procesal, al que se refiere el Fiscal en su segundo informe como impeditivo de la afirmación del error evidente, a la vista de la claridad del referido precepto que alude al régimen

excepcional solo para el caso de aseguramiento obligatorio, precisamente por el origen "ex lege" de la responsabilidad derivada de éste, en el presente caso nunca habría procedido el abono de las indemnizaciones establecidas en su día en la STS de 2 de Septiembre de 2003 por quien fue, en todo momento y salvo el inicial trámite de prestación de la fianza, ajena al procedimiento, como ya ha quedado dicho.

La Audiencia parece confundir, y ahí estriba el error apreciable en este momento, la posición de la Aseguradora de la responsabilidad civil de un profesional, mediante seguro voluntario, con la del Seguro Obligatorio a la que se refiere el actual artículo 764.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la que el ordenamiento restringe efectivamente sus posibilidades de defensa y ámbito de actuación procesal, no obstante lo cual incluso en ese caso, la doctrina jurisprudencial exige, al menos, que sea oída en lo relativo a su afianzamiento y, por supuesto, que se haya producido una pretensión indemnizatoria expresa, respecto de la Aseguradora, por parte de los perjudicados, pues no olvidemos que nos hallamos en el ámbito de lo civil y, por ende, bajo la vigencia del principio de justicia rogada, y, en definitiva, con la exigencia también de un pronunciamiento expreso, susceptible de ejecución, por parte del Tribunal que dicta la condena (vid. al respecto, STC 19/2002, de 28 de Enero, y SsTS de 16 de Febrero, 18 de Marzo y 25 de Junio de 1987, 4 de Junio de 1990, 11 de Octubre de 1991, 30 de Mayo de 1992 o 23 de Diciembre de 2002, entre otras).

El mero hecho de haber sido fiadora, en cumplimiento de requerimiento del Instructor y por la condición de Aseguradora, no supone, sin más intervención ni presencia procesal, la obligación de hacer frente a las responsabilidades civiles eventualmente establecidas como consecuencia de la declaración del hecho delictivo derivadas no "ex lege", como sería en el supuesto del aseguramiento obligatorio, sino "ex contractu", cual es el caso de un seguro voluntario como el presente.

En definitiva, la carencia de pretensión contra la Compañía, el impedimento de su personación en Juicio y consiguiente ejercicio de su derecho de defensa (art. 24 CE) y, finalmente, la ausencia de pronunciamiento alguno en la Resolución que pone fin al enjuiciamiento de la infracción penal y de cuya ejecución se trata, suponen obstáculos determinantes para la exigencia del abono de las indemnizaciones, por mucho que se hubiera prestado fianza en su día.

Por lo que hay que concluir, de acuerdo con lo previsto en los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 509 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el error judicial denunciado se ha producido y, por lo tanto, que procede su reparación.

TERCERO.- A la vista de la conclusión estimatoria del presente Recurso y no apreciándose temeridad procesal en la parte opuesta a la demanda, han de declararse de oficio las costas causadas.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

## FALLO

Que debemos estimar y estimamos la demanda de declaración de error judicial, instada por la Representación de ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., contra el Auto de 4 de Junio de 2007 y la Providencia de 25 de Julio de ese mismo año, dictados por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la Ejecutoria 45/2003, derivada del Rollo de Sala 9/1998, por los que se requería a la demandante a hacer efectiva, en concepto de responsabilidad civil, la cantidad de seis millones diez mil ciento veintinueve euros, Resoluciones que se dejan sin efecto, debiendo procederse a la correspondiente indemnización de la mercantil demandante.



Devuélvase a la demandante el depósito en su día constituido.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a la demandante, al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado,

así como a la Audiencia Nacional, a los fines legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Giménez García, D. Andrés Martínez Arrieta, D. José Manuel Maza Martín.

## Comentario:

José María Hernández-Carrillo Fuentes

Hace algún tiempo, publiqué el artículo “La Audiencia Nacional, y “su” valoración del Daño Corporal”, evidenciando que en dicho Tribunal, el tratamiento de la responsabilidad civil, la cuantificación del daño –sin que con ello exceda sus competencias, claro está– era particularizada, y original.

Sin embargo, sobrepasa lo “original”, para penetrar en el campo del error judicial la interpretación de la Audiencia Nacional (La sección Cuarta, de la Sala de lo Penal) acerca de la intervención de las Aseguradoras en el procedimiento penal, la diferencia entre cuando lo hace en virtud de Seguro Obligatorio (con responsabilidad civil “lex lege” o voluntario (con responsabilidad “ex contractu”), y el Art. 764.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en concreto respecto de un delito que, finalmente el fallo penal definió como doloso.

Curiosamente una de las personas que con más rigor lo ha estudiado, el catedrático de Derecho Civil en la Universidad Complutense, D. Mariano Yzquierdo Tolsada, -socio de honor de nuestra Asociación-, lo titulaba “La Jurisprudencia penal y su peculiar estilo interpretativo de la Responsabilidad y demás instituciones civiles”, en su libro “Las peripecias del ase-

gurador de automóviles en proceso penal” (2003), y, sin duda en esta sentencia, de 7 de enero de 2009, (de la Sala 2ª del Tribunal Supremo) el ponente, Sr. Maza Martín, coincide con sus conclusiones, y falla con tino, declarando, la existencia de error judicial, dejando sin efecto el requerimiento a la demandante, a hacer efectiva una responsabilidad civil de más de seis millones de euros, (por la condena a un notario como cómplice de un delito de estafa), debiendo proceder a la indemnización a la aseguradora; y ello porque el mero hecho de haber sido fiadora, en cumplimiento de requerimiento Instructor y por la condición de Aseguradora, no supone, sin más intervención ni presencia procesal, la obligación de hacer frente a las responsabilidades civiles eventualmente establecidas como consecuencia de la declaración del hecho delictivo derivadas “ex contractu”, cual es el caso de un seguro voluntario, la carencia de pretensión contra la Compañía, el impedimento de su personación en Juicio y consiguiente ejercicio de su derecho de defensa (Art. 24 CE) y, finalmente, la ausencia de pronunciamiento alguno en la Resolución que pone fin al enjuiciamiento de la infracción penal y de cuya ejecución se trata, suponen obstáculos determinantes para la exigencia del abono de las indemnizaciones, por mucho que se hubiera prestado fianza en su día.

Tribunal  
Supremo

# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

**Abogado que se aprovecha de su relación de confianza con un cliente para obtener de él un beneficio patrimonial. Hechos ajenos al ejercicio profesional. No responde la compañía aseguradora al no estar cubiertos por la póliza los hechos ajenos a la profesión de abogado**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª),  
de 11 Febrero de 2009.  
Ponente: Excmo. Sr. Don Joaquín Delgado García*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida condenó a Rosendo como autor de dos delitos, uno de estafa de los arts. 248 y 250.1.6º (especial gravedad por la cuantía), por el que se impusieron las penas de 1 año y 6 meses de prisión y multa de 9 meses con cuota diaria de 6 euros; y otro de falsedad en documento privado sancionado con 6 meses de prisión. Se condenó también a las penas de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para el ejercicio de la profesión de abogado por el mismo tiempo que las referidas penas privativas de libertad.



Dicho Rosendo, que a la sazón tenía 49 años, era abogado colegiado en Valencia, hacía a Baltasar, que entonces, en 2004, tenía 87 años y era viudo sin descendencia, las declaraciones anuales del IRPF, teniendo este una gran confianza en aquel.

Aprovechando tal relación personal Rosendo convenció a Baltasar para que le autorizara a disponer de las cuentas bancarias de este en Bancaja y Citibank, así como para que vendiera su vivienda e ingresara en una residencia de ancianos.

El 10 de septiembre de 2004 Baltasar se trasladó al Centro de Mayores El Saler, donde el acusado tenía también acogida a su propia madre, y el 17 de ese mismo mes era ingresado en un hospital, en su servicio de neurología, con un síndrome confusional agudo y deterioro cognitivo leve, manteniéndose varios días con una encefalopatía y nivel de conciencia fluctuante.

A la vista de tal situación, Rosendo, con la colaboración de su esposa D<sup>a</sup> Marí Trini, amiga de la mujer del notario D. Emilio Vicente Orts Calabuig, contactó con este, de modo que en la mañana del día siguiente, el sábado 18, acudieron abogado y notario al referido hospital, so pretexto de que era urgente vender el piso de Baltasar el lunes siguiente día 20. En esa mañana este último firmó un amplísimo poder general a favor del luego acusado, que permitía a este disponer de todos los bienes de aquel, incluyendo la venta de la vivienda y las cuentas bancarias a plazo fijo del anciano, para lo cual no era suficiente la autorización simple que en las cuentas le había firmado el 25 de junio de ese mismo año 2004. No había urgencia para vender la vivienda de Baltasar, que de hecho no se llevó a efecto hasta el mes siguiente.

Con tal poder se personó Rosendo en Bancaja el 21 de septiembre, canceló dos imposiciones a plazo fijo del Sr. Baltasar que aún no habían vencido, cuyo importe se abonó en la libreta de ahorros de Baltasar,

de la cual en ese mismo acto transfirió 212.000 € a una cuenta de su hijo de 10 años, Gregorio, haciendo constar que esta transferencia tenía el carácter de "inversión para Baltasar". Al día siguiente 21 el citado abogado dispuso de 41.000 € mediante cheque de la cuenta de este último señor en Citibank, que luego ingresó en esa misma cuenta de su hijo Gregorio en Bancaja. Con ese total de 253.000 € constituyó de inmediato en la propia Bancaja un depósito a plazo fijo a nombre de dicho hijo.

Restablecido Baltasar de sus dolencias cerebrales y sabedor del traspaso de esos 253.000 € y de la venta de su vivienda, el 14.10.2004 notificó a Rosendo que le había revocado el amplio poder notarial antes referido, y el 17.11 del mismo año requirió a este para que le devolviera el mencionado dinero, a lo que contestó el abogado diciendo que no procedía efectuar devolución alguna.

El 16.5.2005 Rosendo en una declaración ante el juzgado presentó una hoja de encargo profesional, confeccionada en un impreso del Colegio de Abogados de Valencia, que aparece unida al folio 609 de las diligencias previas, en la cual aparecía que Baltasar le encomendaba unas determinadas gestiones (asesoramientos diversos, informes, contratos, consultas verbales, salidas y desplazamientos durante diez años de relación profesional) cuyos honorarios quedaron fijados de común acuerdo precisamente en esa cantidad de 253.000 €. Algunos de tales trabajos profesionales el propio Rosendo reconoció tenerlos cobrados, mientras que otros no habían sido solicitados por Baltasar. Este impreso había sido firmado en blanco por este último señor, siendo posteriormente rellenado por Rosendo, según quedó acreditado.

Ya iniciado el proceso penal, este último canceló el 21.6.2005 el plazo fijo abierto a su hijo y con su importe constituyó un fondo de inversión en Bancaja a favor de su esposa Marí Trini con la que estaba casado en régimen de separación de bienes.

El acusado, como abogado colegiado en Valencia, estaba amparado por una póliza colectiva de seguro de responsabilidad civil en la empresa Houston Casualty Company Europe Seguros y Reaseguros SAV.

D. Baltasar falleció el 7.9.2006 dejando como herederos a los seis que conjuntamente vienen actuando en este procedimiento como acusadores particulares.

Ahora recurren en casación, por un lado Rosendo y su esposa Marí Trini condenada en calidad de responsable civil, y por otro lado la mencionada compañía aseguradora, asimismo declarada responsable civil hasta el límite de cobertura de su póliza.

Tanto el Ministerio Fiscal como la mencionada acusación particular se han opuesto a tales dos recursos.

Recurso conjunto de Rosendo y Marí Trini.

SEGUNDO.- Consta de tres grupos de motivos relativos al condenado penal, uno sobre quebrantamiento de forma, otro sobre error en la apreciación de la prueba y el último referido a infracción de ley. Trataremos aparte el único motivo formulado a favor de Marí Trini.

Comenzamos examinando lo relativo al quebrantamiento de forma que consta de dos apartados (págs. 39 a 53 del escrito de recurso) –art. 901 bis a) LECr–.

A) En el primero (págs. 39 a 42) por el cauce del segundo inciso del art. 851.1º LECr, se alega contradicción en los hechos probados de la sentencia recurrida.

Ha de rechazarse de plano, porque lo que aquí se dice nada tiene que ver con el vicio procesal a que tal inciso 1º se refiere. Se habla de que hubo

contradicciones entre determinados medios de prueba y la tesis mantenida por el tribunal de instancia que recogió el informe de la Doctora Marina; cuando la contradicción, a la que tal nº 1º del art. 851 LECr se refiere, es aquella que pudiera existir en el seno de los propios hechos probados de la sentencia recurrida, según se deduce del mismo texto de dicha norma procesal.

Si hay o no contradicciones en el resultado de varios medios de prueba es algo que ha de tener en cuenta la propia sala autora de la sentencia recurrida a la hora de valorarlos todos para determinar esos hechos probados.

B) A continuación hay un apartado segundo (págs. 42 a 53) en el que, al amparo del inciso 3º del mismo art. 851.1º, se alega el vicio de forma consistente en consignar como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican predeterminación del fallo.

Como hemos dicho en múltiples sentencias, tal vicio de predeterminación del fallo existe cuando en los hechos probados se utilizan las mismas palabras (u otras semejantes) que las empleadas por el legislador en la correspondiente definición penal, siempre que tal utilización se haga para sustituir la necesaria narración que toda sentencia debe contener sobre lo ocurrido. Así cuando solo se dice que "hurto", "robó" o "estafó", o actuó "obcecado" o "en legítima defensa", y no se explica en qué consistió cada uno de los hechos que en tales expresiones quedan sintetizados. Ello produciría un vacío en los hechos probados que habría de constituir el quebrantamiento de forma aquí examinado y habría de subsanarse mediante una nueva redacción suficientemente explicativa de lo ocurrido [art. 901 bis a) LECr]. Véase, por ejemplo, la sentencia nuestra 447/2008, de 11 de julio, en su fundamento de derecho 2º.

En este motivo del recurso de Rosendo se dice que existe este defecto procesal por predetermina-



ción del fallo en siete párrafos que se reproducen y comentan entre las páginas 43 a 52 del escrito de recurso que estamos examinando. Son varios párrafos del relato de hechos probados de la sentencia recurrida. Todos estos párrafos que el escrito de recurso tacha de quebrantamiento de forma, junto con los demás de tal capítulo, constituyen la base fáctica necesaria para los consiguientes pronunciamientos condenatorios: algo que siempre ha de existir en una sentencia penal con tal tipo de pronunciamientos.

No existió tampoco este quebrantamiento de forma del inciso 3º del art. 851.1º LECr.

TERCERO.- 1. A las páginas 21 a 39 se desarrolla un motivo de recurso en favor de Rosendo fundado en el nº 2º del art. 849 LECr mediante el cual se aduce que hubo error en la apreciación de la prueba que se dice acreditado mediante 15 documentos que se comentan uno a uno extensamente y cuyo comentario respectivo revela, otra vez, que nada tiene que ver lo que aquí se dice con el amparo procesal utilizado, ahora el del citado art. 849.2º.

2. Como se deduce del propio texto de esta norma procesal, para que pueda aplicarse han de concurrir los siguientes requisitos:

1º. Que haya en los autos una verdadera prueba documental (o excepcionalmente pericial), y no de otra clase, es decir, que sea un documento propiamente dicho el que acredite un determinado dato de hecho (litosuficiencia) y no una prueba de otra clase por más que esté documentada en la causa.

2º. Que ese documento acredite la equivocación del juzgador, esto es, que en los hechos probados de la sentencia recurrida aparezca como tal un determinado dato en contradicción con aquello que el documento por su propia condición y conte-

nido es capaz de acreditar, o que en tales hechos probados no aparezca el extremo acreditado por esa prueba documental.

3º. Que, a su vez, ese dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la ley no concede preferencia a ninguna determinada sobre otra igual o diferente, sino que, cuando existen

varias sobre el mismo punto, el tribunal que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultad para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado conforme le reconoce el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de acuerdo con el principio de libre apreciación de la prueba que rige en la actualidad en nuestro sistema procesal penal.

4º. Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio o complementario así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues, si afecta a datos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Se trata en conclusión de un caso que, tras la vigencia de nuestra Constitución, cabe incluir entre aquellos que expresamente quedan prohibidos en su art. 9.3 cuando proclama como principio fundamental "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos". Ciertamente no hacer caso a





una prueba documental (o pericial) cuando concurren todos esos elementos revela una actuación ilógica o irracional, en definitiva arbitraria, por parte del órgano judicial.

3. Hemos examinado tales 15 documentos con los que dicen acreditados sendos errores en la apreciación de la prueba y hemos comprobado que, como ya hemos anticipado, sus comentarios res-

pectivos ponen de manifiesto que lo que se alega es completamente ajeno a ese mecanismo procesal de acreditación de errores que acabamos de explicar.

Lo que hace aquí el escrito de recurso es partir de varios documentos para, con ocasión de lo que en cada uno se dice, hacer diferentes alegaciones con las que trata de poner de relieve cómo se equivocó la sentencia recurrida en sus pronunciamientos diversos y cómo tal resolución tenía que haberse acomodado a la versión de los hechos mantenida por la parte acusada, llegando incluso a veces en esos razonamientos a poner en relación los documentos que se citan con otras pruebas diferentes, declaraciones testificales, por ejemplo, algo ajeno al referido mecanismo de aplicación de este art. 849.2º.

Rechazamos también este motivo de casación de las págs. 21 a 39.

CUARTO.- Examinamos aquí el motivo de casación designado como apartado tercero y desarrollado en las págs. 16 a 21 del escrito de recurso de Rosendo y Marí Trini.

Con base procesal en el art. 849.1º LECr, denuncia vulneración del art. 24.1 y 2 CE.

Comienza su exposición la parte recurrente con una reproducción de tales dos apartados del art. 24 de nuestra Ley Fundamental, para luego concretar que lo que aquí se denuncia es la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo en las mencionadas páginas en las que se desarrolla este motivo no se razona sobre la pretendida falta de prueba de cargo que pudiera justificar la condena de Rosendo. Se dicen muchas cosas y ninguna tiene nada que ver con ese derecho fundamental de orden procesal que aquí se denuncia como vulnerado.

Ya conocemos que en estos motivos de casación relativos a la presunción de inocencia lo que han de hacer los recurrentes, es examinar los diferentes medios de prueba utilizados para los correspondientes pronunciamientos condenatorios poniendo de manifiesto, bien la inexistencia de la prueba expuesta como de cargo en la sentencia recurrida, bien la ilicitud en su obtención o aportación al proceso o la falta de lógica o racionalidad de lo argumentado al respecto; no la mera valoración que compete a la propia sala que presidió el juicio oral, nunca a este tribunal que conoce del recurso extraordinario de casación.

Nada concreta el escrito de recurso sobre estos extremos y nada podemos contestar nosotros.

Recordamos aquí lo que nos dice la sentencia recurrida al inicio de su extenso fundamento de derecho 2º sobre valoración de la prueba: los hechos objetivos (la realidad de las operaciones efectuadas por el acusado para incorporar a su patrimonio esos 253.000 €) y el documento privado con el que trata de justificar dicha cantidad han sido admitidos como ciertos por el recurrente Rosendo. Otra cosa es la versión que de ellos nos ofrece este quien, partiendo de la existencia del referido amplio poder notarial de 18.9.2004 y de la, a su juicio, no falsedad de la llamada hoja de encargo profesional



del folio 609, razona sobre su derecho a percibir para sí tal cantidad de dinero.

Desestimamos también este motivo relativo a la presunción de inocencia.

QUINTO.- 1. Pasamos ahora a examinar el motivo primero de los relativos a infracción de ley y fundado en el nº 1º del mismo art. 849 LECr, en el que se alega infracción del art. 248.1 CP, aduciendo que no concurren los requisitos que esta norma penal, definidora del tipo básico de la estafa, exige para condenar por tal delito.

Veamos cómo sí concurren en los hechos probados de la sentencia recurrida tales elementos:

A) Hubo engaño en la actuación de Rosendo. Existió un complejo artificio mendaz que se desarrolló en varias fases:

1º. Engaño al notario cuando fingió que había urgencia para otorgar el poder por parte de Baltasar, porque se dijo que había que realizar el contrato de compraventa del piso de este último el lunes 20 de septiembre de 2004 y por eso consiguió que tal fedatario público acudiese el sábado 18 a hospital donde estaba ingresado quien en esta última fecha otorgó poderes amplios a favor del luego acusado.

2º. Engaño asimismo al referido notario a quien ocultó el estado en que se hallaba el mencionado anciano que padecía un síndrome confusional con deterioro cognitivo leve.

3º. Engaño también al mencionado Baltasar, a quien hizo creer que el poder era para la citada venta del piso cuando su ámbito permitía también al apoderado realizar actos de disposición sobre determinados depósitos a plazo fijo de dinero que este tenía en dos imposiciones que aún no habían vencido.

4º. Engaño en definitiva a los correspondientes empleados bancarios, a quienes ocultó Rosendo las referidas circunstancias del otorgamiento de ese poder fraudulentamente obtenido a su favor por parte del dueño del dinero colocado a plazo fijo. Ciertamente si estos empleados de Bancaja y Citibank hubieran conocido la forma fraudulenta en que el acusado había actuado para conseguir ese apoderamiento notarial, no habría sido posible conseguir las transferencias de fondos antes referidas.

B) Tal múltiple engaño ha de considerarse bastante para conseguir ese poder notarial con el que tales empleados bancarios se creyeron obligados para actuar conforme a lo que solicitaba el apoderado. Formalmente, por la amplitud de los poderes concedidos por Baltasar a favor del abogado que gestionaba sus intereses, dichos empleados tenían que actuar como lo hicieron: actuaron engañados ante la ocultación por parte de Rosendo del modo mendaz en que se obtuvo el amplísimo apoderamiento antes explicado.

C) Así se originó primero en Baltasar para otorgar ese poder y luego en esos trabajadores de Bancaja y Citibank el error, otro elemento de esta clase de delito, que consiste en la proyección del engaño en la persona que ha de hacer el acto de disposición.

D) En este caso el error definitivo fue doble, uno en cada uno de los empleados de Bancaja y Citibank, que realizaron los correspondientes actos de cancelación de las cuentas a plazo fijo de Baltasar y consiguientes transferencias por importe respectivamente de 212.999 y 41.000 euros. Tales cantidades por orden de Rosendo pasaron, tras las correspondientes operaciones a la cuenta que en Bancaja tenía el hijo del abogado referido, Gregorio, que entonces tenía 10 años de edad, cuenta en la que estaba apoderado su padre como su representante legal. Respecto de esos 212.000 euros, en la orden de transferencia a favor de dicho

menor, se hizo constar, como ya se ha dicho, que tenía el carácter de "inversión para Baltasar", otro elemento más a sumar a los otros engaños ante referidos.

E) Esto constituyó un perjuicio patrimonial total de 253.000 euros para D. Baltasar. Recordamos que el texto del art. 248.1 permite que sean personas diferentes las que realizan el acto de disposición (en este caso los empleados bancarios) y aquella otra que sufre el daño patrimonial (aquí Baltasar). La norma penal referida habla de perjuicio propio o ajeno.

F) El ánimo de lucro, inspirador de esta compleja operación, queda de manifiesto con lo que acabamos de exponer.

2. Hay que añadir aquí que nos encontramos ante unos hechos que se encuentran a caballo entre la estafa y la apropiación indebida: si eliminamos lo relativo al mencionado engaño, elemento esencial en el primero de estos dos delitos, en el caso presente nos hallaríamos ante un delito del art. 252 CP.

En efecto: el poder referido de 18.9.2004 (folios 19 a 25), insólitamente amplio, ha de entenderse como que autoriza al apoderado para actuar en nombre del poderdante, aunque solo para administrar los bienes en beneficio de este último. Es decir, recibe facultades, todo lo amplias que sean, pero no para que disponga Rosendo en beneficio personal y en perjuicio del titular de los bienes, que es lo que en definitiva hizo. Esto es, el luego acusado era administrador de Baltasar según esos poderes recibidos el 18.9.2004, y como tal administrador llegó a hacer suyos los fondos administrados, en total, esos 253.000 € conducta que encaja en tal art. 252.

Pudo condenar la Audiencia Provincial de Valencia por delito de apropiación indebida sin vulne-

ración del principio acusatorio, dado que ambas partes acusadoras, la pública y la particular, calificaron los hechos alternativamente como estafa y como apropiación indebida (folios 647 y 653 de las diligencias previas y 163 del rollo de la Audiencia Provincial).

Desestimamos este motivo 1º de los relativos a infracción de ley.

SEXTO.- Tratamos aquí del motivo 2º de este grupo de los relativos a infracción de ley (págs. 11 a 16 del escrito de recurso) que, como el antes examinado, se halla fundado en el art. 849.1º LECr, lo que, como es sabido, obliga al recurrente a respetar en sus argumentos los hechos probados de la sentencia recurrida (art. 884.3º LECr).

Se dice que hubo tal infracción por aplicación indebida del art. 395 en relación con el 390.1 y 2.

Contestamos así:

A) Tendría que haberse inadmitido este motivo por aplicación del citado nº 3º del art. 884 de la ley procesal, porque el escrito de recurso no respeta los hechos probados que nos ofrece la Audiencia Provincial y clara muestra de ello es lo que nos dice tal escrito en su página 12 en un párrafo que sirve de preámbulo y de resumen de casi todo lo que a continuación se expone.

Leemos en tal página 12:

"No hay mas que acudir a cuanta prueba de todo tipo obra en la causa que nos ocupa (declaraciones, documental, informes varios, etc.) así como cuanto se desarrolló en el plenario, y comprobará ese Alto Tribunal como no estamos en presencia del delito que se recoge en el citado precepto".

En este recurso no se acepta el párrafo 1º de los cuatro últimos del relato de hechos probados



que deja de relieve la falsedad que el recurrente no acepta. Dice así este párrafo (pág. 9 de la sentencia recurrida):

"E igualmente ha resultado acreditado, que para tratar de justificar el desplazamiento dinerario desde el patrimonio de Baltasar, el acusado, en el curso de la declaración que prestó el día 16 de mayo de 2005, ante el juez que instruyó la presente causa, presentó una hoja de encargo profesional, en la que se establecía que sus honorarios eran de 253.000 euros, cuando en realidad el Sr. Baltasar no le debía cantidad alguna, hoja que, en un momento anterior, sin determinar, pero en todo caso coetáneo a los acontecimientos antes descritos, y anterior a que el Sr. Baltasar se percatara de las maniobras de su abogado, había puesto el acusado subrepticamente a la firma del Sr. Baltasar, quien la firmó en blanco, siendo posteriormente rellenada por el acusado, haciendo alusión a trabajos profesionales que el propio Rosendo reconoce que ya tenía cobrados, así como a trabajos que no se habían solicitado por el SR. Baltasar."

B) Pero en la página 15 del mismo escrito se cita el art. 849.2º LECr (error en la apreciación de la prueba acreditado por documentos). Dice el recurrente que la hoja de encargo profesional del folio 609 no debió reputarse documento falso. Si entendiéramos que quiso el recurrente fundar este motivo 2º en esta última norma procesal, también tendría que rechazarse, conforme lo razona el fundamento de derecho 2º de la sentencia recurrida dedicado al examen de la prueba en sus páginas 18 a 24. Nos remitimos a la adecuada y extensa explicación que allí nos ofrece la Audiencia Provincial. Basta que expongamos aquí un dato singularmente revelador de que ese documento privado fue firmado en blanco por Baltasar y rellenado después a su conveniencia por Rosendo. Se trata del dato, que se observa a simple vista, consistente en que, en el lugar correspondiente a

la fecha, al final de dicho escrito, que aparece manuscrita en un impreso del Colegio de Abogados de Valencia, parte de la firma auténtica de Baltasar aparece cubriendo el sitio correspondiente al día de esa fecha, razón por la cual, cuando Rosendo manuscibe la parte no impresa del documento no tiene espacio donde consignar ese día; como puede observarse por el examen de ese folio 609 y más claramente aún en las dos fotografías de ampliaciones coloreadas que están tres folios atrás (606), en la última parte del informe pericial, emitido por la Policía Científica de la Jefatura Superior de la Comunidad Valenciana (folios 602 y ss.), cuyo autor, en compañía de otro, acudió a declarar como perito en el juicio oral (folios 162 y ss.).

C) Entrando en el fondo del asunto, hemos de decir que fueron aplicados correctamente al caso los arts. 395 y 390.1.2º CP.

a) En cuanto al primero (395), es claro que nos encontramos ante un documento privado y que hubo perjuicio para Baltasar (no solo finalidad de perjuicio). Al otro elemento, alguna de las tres falsedades previstas en el art. 390.1, nos referimos a continuación.

b) Tal artículo 390.1 prevé como 2ª forma de falsedad la que aparece así definida: "Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad". Por esto condena la sentencia recurrida.

Simular, según el Diccionario de la Academia de la Lengua, significa "representar algo fingiendo o imitando lo que no es". Entendemos que la redacción de un documento aprovechando la firma auténtica en blanco puesta con anterioridad responde a este concepto, pues se finge que se corresponde a la voluntad de los dos firmantes algo que solo fue realizado por uno de esos firmantes. Y con ello se aparenta que el contenido del documento es en

realidad un contrato de encargo de unos trabajos profesionales. Ciertamente autenticidad de las firmas no equivale a autenticidad del contenido del documento.

D) Conviene añadir aquí algo en relación a la doctrina de esta sala que viene diciendo, ya desde la vigencia del CP anterior, que la falsedad en documento privado que forma parte del engaño, elemento fundamental de la estafa, queda absorbida en este último delito, pues en estos casos se dice que no hay concurso de delitos sino de normas del art. 8.3 CP (STS 20 Se entiende consumida la falsedad en la estafa en tales casos.

Pero esta doctrina no es aplicable al presente, ya que esa falsedad documental relativa a la citada hoja de encargo profesional no se integró en el engaño propio de la estafa, sino que se realizó con posterioridad, o al menos con independencia, respecto del otro delito.

Como dice el párrafo de los hechos probados que acabamos de entrecomillar (apartado A), se aportó por el imputado en el curso de la declaración que prestó en el Juzgado de Instrucción el 16.5.2005 y tenía como finalidad la justificación del desplazamiento dinerario desde el patrimonio de Baltasar al del hijo de Rosendo.

Nos hallamos aquí ante un concurso de delitos, no ante un concurso de normas, pues para abarcar la ilicitud total de la conducta antijurídica del autor es preciso aplicar conjuntamente las diferentes normas penales: hubo primero una estafa y después (o simultáneamente) una falsedad con la finalidad de presentar una prueba en perjuicio de la parte querellante. Si solo se penara por aquella, esta quedaría impune. No cabe hablar de absorción por el delito de contenido patrimonial.

Rechazamos también este motivo 2º de este grupo de delitos referidos a infracción de ley.

SÉPTIMO.- Nos referimos aquí al último de los motivos de casación alegado en este escrito conjunto de Rosendo y su esposa Marí Trini (págs. 54 a 57). Aunque aparece de modo incorrecto como el tercero de los relativos a quebrantamiento de forma (pág. 39) en el mismo se alega infracción de ley, en realidad como uno más de los acogidos al art. 849.1º LECr. Concretamente se denuncia aplicación indebida a dicha señora del art. 122 CP que dice así:

"El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación".

Es un traslado a los ilícitos penales del principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro. Si tal ocurre nace la correspondiente obligación de devolver o resarcir hasta el límite del enriquecimiento.

Nos dice el párrafo antepenúltimo de los hechos probados de la sentencia recurrida:

"...una vez ya iniciado este proceso penal el acusado canceló el 21 de junio de 2005, el plazo fijo abierto a su hijo con el dinero de Baltasar, y traspasó su importe a la cuenta nº NUM003 en Bancaja de su esposa Marí Trini, con la que esta casado en régimen de separación de bienes, constituyendo a favor de la misma un fondo de inversión "Bancaja Garantizado RV5", operación de la que Marí Trini tuvo conocimiento y consintió, consciente de la condición de imputado de su marido en esta causa, precisamente por la disposición del referido dinero que ahora se ponía nombre de ella."

Entendemos que, conforme a tales hechos, fue correctamente aplicado aquí el mencionado art. 122, pues se cumplen todos sus requisitos que son los siguientes:

1º. Que alguien se aproveche de los efectos del delito o falta, como ocurrió en este caso en que



de la mencionada estafa se derivó un lucro ilícito de 253.000 € que pasaron primero a una cuenta de un hijo del autor del delito y de esta cuenta a otra de la madre.

2º. Que la persona obligada a restituir o resarcir no haya sido condenada como autora o cómplice de la infracción penal correspondiente, pues en este último caso tiene aplicación el art. 116, no este 122. La expresión "hubiere participado de los efectos del delito o falta", utilizada en este art. 122 se refiere a un mero aprovechamiento civil (o penal no castigado). En el supuesto presente contra Marí Trini solo se ejercitó la acción civil derivada de este art. 122. No fue penalmente acusada.

3º. Tal participación a los efectos de aprovechamiento civil ha de tener como causa un título lucrativo, no oneroso. Como adquisición lucrativa, esto es, sin contraprestación alguna, ha de considerarse el mencionado traspaso de dinero a la cuenta de Marí Trini desde la de su hijo.

Concurriendo estos requisitos no se produce obligación de restituir, reparar o indemnizar como si se tratara de un responsable penal, la del citado art. 116 con el contenido de los arts. 109 y ss. CP, sino otra diferente que tiene como causa el mencionado enriquecimiento ilícito y como límite la cuantía de su propio beneficio.

Véanse las sentencias de esta sala 9.3.1974, 5.12.1980, 20.3.1993, 21.12.1999, 14.6.2002, 5.2.2003, 24.9.2004, 28.11.2006, 9.5.2007 y 11.9.2007, entre otras.

Las razones esgrimidas en el escrito de recurso a favor de Marí Trini han servido para ni siquiera acusarla como responsable penal, pero no pueden valer para excluir algo tan elemental como es la mencionada obligación de restituir los 253.000 euros objeto de la estafa que fueron a parar a su cuenta.

Desestimamos este motivo formulado en beneficio de Marí Trini.

Recurso de la Aseguradora Houston Casualty Company Europe Seguros y Reaseguros S.A.V.

OCTAVO.- Nos referimos aquí al otro recurso de casación formulado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que condenó al abogado Rosendo como autor de un delito de estafa con un pronunciamiento sobre responsabilidad civil en la cantidad de 253.000 €.

Había un seguro colectivo de responsabilidad civil concertado con el Colegio de Abogados de Valencia en favor de sus colegiados, entre los cuales estaba el referido Rosendo, con la empresa Houston Casualty Company Europe, Seguros y Reaseguros S.A. (HCC) que cubría las indemnizaciones a pagar por los asegurados miembros de ese colectivo de colegiados por los daños derivados de errores profesionales en los que pudiese incurrir en el ejercicio de la abogacía.

La sentencia recurrida condenó a la mencionada compañía de seguros HCC, hasta el límite de cobertura de su póliza, al pago a favor de los perjudicados por el delito de estafa, los herederos de D. Baltasar, de la mencionada cantidad de 253.000 €.

Contra este último pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil recurre ahora la referida compañía de seguros a través de un recurso de casación que consta de dos motivos que examinamos a continuación.

NOVENO.- 1. Tratamos aquí del motivo 2º del recurso de casación de esa compañía de Seguros HCC en el que, al amparo del nº 2º del art. 849 LECr, se denuncia error en la apreciación de la prueba.

2. Damos aquí por reproducido lo que hemos dicho antes en el apartado 2 del fundamento de derecho 3º de esta misma sentencia.

3. En el caso presente el documento con el que se pretende acreditar el error es la propia póliza del contrato colectivo de seguros concertado entre la referida empresa aseguradora y el Colegio de Abogados de Valencia en beneficio de sus colegiados, entre los cuales se halla el aquí condenado por delito de estafa Rosendo, documento que reúne los cuatro requisitos referidos en el mencionado fundamento de derecho 3º:

A) Tal póliza de seguros, que aparece a los folios 365 a 372, es el texto del contrato que vincula a las partes que lo concertaron, documento auténtico por todos admitido como tal, que acredita, en sus páginas 1 y 2 (folios 366 y 366 vto), determinadas cláusulas de dicho contrato que hacen referencia al tema aquí cuestionado.

B) Tales cláusulas acreditan la equivocación del tribunal de instancia porque ponen de relieve unos concretos datos, los relativos a los riesgos cubiertos y excluidos por dicho contrato de seguro de responsabilidad civil que son, en cuanto a lo que interesa aquí resaltar, los siguientes:

a) Folio 366:

#### "1. RIESGOS CUBIERTOS

Hasta los límites y condiciones que se determinan en estas Cláusulas Especiales y en las Condiciones Particulares de la Póliza, se garantiza:

El pago de las indemnizaciones pecuniarias que pudiese resultar civilmente responsable el ASEGURADO por los daños patrimoniales que sufran sus clientes o terceros, derivados de errores profesionales en los que pudiese incurrir en el Ejercicio de la Abogacía, tal como viene regulada en el Estatuto General de la Abogacía, y demás disposiciones legales o reglamentarias que lo determinen".

b) Folio 366 vto:

"Estarán excluidas de esta cobertura:

2) Las operaciones que conllevan disposición de fondos del cliente."

C) Es claro que estos términos literales de la póliza de seguro que acabamos de entrecomillar, no se encuentran en contradicción con ningún otro medio de prueba.

D) Se trata de datos relevantes para el problema que se suscita en este recurso de casación de la compañía de seguros, como quedará explicado al examinar a continuación el motivo 1º.

Por todo ello es obligado incluir los extremos referidos de la póliza de seguros en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

Hay que estimar este motivo 2º del recurso de la empresa aseguradora.

DÉCIMO.- En el motivo 1º, por el cauce procesal del nº 1º del mismo art. 849 LECr, se dice que hubo vulneración en definitiva del art. 117 CP, con cita de numerosos preceptos de la Ley 50/1980 de contrato de seguro (arts. 1, 73 y 76) y del art. 78.2 del Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real Decreto 658/2001 de 22 de junio, todo ello para poner de relieve que los hechos por los que condenó la Audiencia Provincial de Valencia al acusado penal no los había realizado Rosendo en el ejercicio de su profesión de abogado.

Queremos poner aquí de manifiesto que los últimos cuatro párrafos del motivo 2º son en realidad la conclusión del motivo 1º.

Claramente tiene razón el recurrente.



Los hechos probados nos narran una actuación constitutiva de un delito de estafa cometido por una persona, integrada en un colectivo del Colegio de Abogados de Valencia, contra un anciano al que conocía de años atrás y con el cual había llegado a tener trato de confianza personal, incluso familiar, que le había permitido conocer que era viudo, sin descendencia y con fondos importantes en diferentes cuentas bancarias.

A través de una actuación engañosa consiguió para sí una parte importante de esos fondos. Es cierto que el origen de esa especial relación de confianza cuasi-familiar estuvo en unas actuaciones propias de la profesión de abogado, incluso con intervención y asesoramiento en varios asuntos de herencias. Pero en esas fechas de septiembre de 2004, cuando el acusado tenía 49 años y D. Baltasar contaba con 87, este señor no tenía problema alguno que requiriera la actuación como letrado de Rosendo. Tenía su dinero en libretas de ahorro y cuentas corrientes y una parte importante en depósitos a plazo fijo, y lo único que tenía pendiente era la venta del piso donde había vivido hasta esas fechas, en que había ingresado, días antes, en una residencia, para cuyo asunto no era necesario asesoramiento ni actuación propia de su profesión de letrado, sino a lo sumo la propia de algún gestor administrativo o agencia inmobiliaria.

En resumen, como bien razona el escrito de recurso, en ese mes de septiembre de 2004 no existió ningún encargo de trabajo profesional de abogado por parte de Baltasar a Rosendo, ni consta que hubiera existido en fechas inmediatamente anteriores, ni era previsible que pudiera existir en un futuro inmediato. La actuación del acusado con relación a dicho anciano fue únicamente la comisión de una estafa que pudo realizarse por esa relación de confianza personal a la que acabamos de referirnos.

Y precisamente por esto, porque son ajenos estos hechos a tal ejercicio profesional, es por lo

que, como hemos expuesto al examinar el motivo 2º de este recurso de la compañía de seguros, en la póliza concertada por HCC con el Colegio de Abogados de Valencia se excluyó de la cobertura de ese seguro colectivo "las operaciones que conllevan disposición de fondos del cliente".

La conclusión de todo lo expuesto ha de ser que fue mal aplicado al presente caso el art. 117 CP que es el que impone a las compañías aseguradoras en el seguro de responsabilidad civil la obligación de pagar los correspondientes daños asegurados permitiendo el ejercicio de la acción directa del perjudicado o sus herederos contra la empresa de seguros, trasladando así esta norma penal lo dispuesto en la citada Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, en particular sus arts. 73 y 76.

Estimamos también este motivo 1º del recurso formulado por la empresa aseguradora.

## FALLO

NO HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado conjuntamente por el condenado penal Rosendo y por la condenada como responsable civil, su esposa Marí Trini contra la sentencia que condenó al primero como autor de los delitos de estafa y falsedad, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia con fecha cinco de marzo de dos mil ocho, imponiendo a dichos recurrentes el pago de las costas de su recurso.

HA LUGAR AL RECURSO formulado por la empresa HOUSTON CASUALTY COMPANY EUROPE, SEGUROS y REASEGUROS, S.A.V., por estimación de sus dos motivos, y por ello anulamos la mencionada sentencia declarando de oficio las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Joaquín Delgado García

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil nueve.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 9 de Valencia, con el núm. 123/06 y seguida ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de esa misma Capital que ha dictado sentencia condenatoria por los delitos de estafa y falsedad contra el acusado Rosendo y como responsables civiles directos a su esposa Marí Trini y a la Aseguradora HOUSTON CASUALTY COMPANY EUROPE, SEGUROS y REASEGUROS, S.A.V., sentencia que ha sido anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, integrada por los anotados al margen, siendo ponente D. Joaquín Delgado García. Se tienen aquí por reproducidos todos los datos de dicho acusado, responsables civiles y de la acusación particular: Luís Manuel, Carla, Elena y Marco Antonio (herederos de Baltasar), que aparecen en el encabezamiento de la sentencia recurrida.

### I. ANTECEDENTES

Los de la sentencia recurrida y anulada y los de la anterior sentencia de casación.

### HECHOS PROBADOS

Los de la mencionada sentencia recurrida y anulada, pero añadiendo a su párrafo penúltimo lo siguiente:

"La mencionada póliza colectiva dice así: 1. RIESGOS CUBIERTOS: Hasta los límites y condiciones que se determinan en estas Cláusulas Especiales y en las Condiciones Particulares de la Póliza, se garantiza:

El pago de las indemnizaciones pecuniarias que pudiese resultar civilmente responsable el ASEGURADO por los daños patrimoniales que sufran sus clientes o terceros, derivados de errores profesionales en los que pudiese incurrir en el Ejercicio de la Abogacía, tal como viene regulada en el Estatuto General de la Abogacía, y demás disposiciones legales o reglamentarias que lo determinen."

"Estarán excluidos de esta cobertura: (...) Las operaciones que conlleven disposición de fondos del cliente."

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia recurrida y anulada, salvo que, por lo expuesto en los fundamentos de derecho 8º, 9º y 10º de la anterior sentencia de casación, hay que absolver a la empresa aseguradora Houston Casualty Company Europe, Seguros y Reaseguros S.A.V., acusada en calidad de responsable civil directa.

SEGUNDO.- Los demás de la anterior sentencia de casación.

### FALLO

ABSOLVEMOS a la aseguradora HOUSTON CASUALTY COMPANY EUROPE, SEGUROS y REASEGUROS, S.A.V. acusada en calidad de responsable civil directa.

Con los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida y anulada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Joaquín Delgado García.



## Comentario:

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

Las pólizas de seguro que cubren la responsabilidad civil del abogado, centran el objeto de la cobertura en aquellos daños que se deriven de forma clara y directa de la actividad profesional del abogado, dejando fuera por tanto cualquier otro tipo de actuación del mismo.

No obstante, dicha definición puede no quedar tan clara cuando el encargo profesional recibido por el abogado no tiene unas líneas bien definidas, pudiendo surgir dudas acerca de cuáles fueron las actuaciones que sí le fueron encomendadas por su cliente y cuáles quedaron fuera de dicho encargo, dependiendo de ello la cobertura o no del seguro contratado ante las posibles consecuencias que se deriven de aquellas.

En el supuesto ante el que nos encontramos el tema a resolver resulta claro, y ello por

cuanto ha quedado sobradamente acreditado que la actuación por la que el abogado fue acusado se realizó al margen del encargo profesional recibido por su cliente, por cuanto aprovechándose de la confianza que éste le había depositado, cometió una estafa, disponiendo de su dinero sin autorización para ello. Así, ante tales hechos, la aplicación de la cláusula de exclusión de cobertura establecida en la póliza de responsabilidad civil contratada no deja lugar a dudas, por cuanto en la misma se hacía constar que estaría fuera de cobertura aquellos actos de disposición de dinero del cliente por parte del abogado. De este modo, al haberse derivado los daños causados a su cliente, precisamente de la estafa cometida por el asegurado al disponer indebidamente y de forma dolosa del dinero de su cliente, la póliza de responsabilidad civil contratada no puede cubrir tales hechos, siendo claro por tanto el pronunciamiento del Tribunal Supremo en este sentido.

# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

### **No procede compensar la pensión por incapacidad permanente de la indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, cuando para la determinación cuantitativa de los daños se ha aplicado el Baremo del Texto Refundido de la LRCSCVM**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª),  
de 25 de febrero de 2009.*

*Ponente: Excm. Sra. Dª. María Luisa Segoviano Astaburuaga*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Avilés dictó sentencia el 16 de febrero de 2005, autos 457/04, estimando parcialmente la demanda formulada por D. Jesús María frente a Puertas Acorazadas Asturmadi S.L., Adecco T.T.S.A., empresa de trabajo temporal, Fiatc Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija y La Estrella S.A. de Seguros y Reaseguros, condenando a Puertas Acorazadas Asturmadi S.L. y a Fiatc Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija a abonar solidariamente al actor la cantidad de 31.180,91 euros, absolviendo a los demás demandados de los pedimentos en su contra deducidos. Tal y como resulta de dicha sentencia la empresa Adecco TT S.A. suscribió con Puertas Acorazadas Asturmadi S.L. un contrato de puesta a disposición y cesión del trabajador D. Jesús María, siendo la cualificación del trabajador la de peón y sus funciones la ayuda al montaje de

Tribunal  
supremo





puertas y demás tareas auxiliares. El 8 de febrero de 2002 el trabajador sufrió un accidente de trabajo, a consecuencia del cual fue declarado en situación de incapacidad permanente total por resolución de 28-8-03 de la Dirección Provincial del INSS, con derecho al percibo de una pensión del 55% de una base reguladora de 1089,04 euros mensuales –fijada en 10892,01 euros por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Oviedo ascendiendo el capital– coste de la citada pensión a 127.895,75 euros, habiendo percibido el trabajador, en concepto de subsidio por incapacidad temporal de 8-2-02 a 21-11-02 4.705,64 euros. El 22-8-02, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social extendió Acta de infracción en la que, tras calificar la conducta empresarial como infracción grave, propuso la sanción en su grado mínimo de 1.554,30 euros a Puertas Acorazadas Asturmadi S.L., acta confirmada por Resolución del Consejero de Trabajo y Promoción de Empleo, estando pendiente de resolución del recurso contencioso-administrativo que contra la misma se ha interpuesto. La sentencia fijó la cantidad a indemnizar en 31.180,91 euros, aplicando el Anexo a la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en su actualización para el año 2003, razonando que el sistema de baremo permite excluir la consideración de la pérdida económica derivada de la incapacidad temporal, después definitiva, de manera que la cuantía resultante sea la misma que si el perjudicado no realiza actividad lucrativa alguna, cuya pérdida es la que causa las prestaciones económicas de Seguridad Social, por lo que al suprimir dicho factor del cálculo de la indemnización no procede volver a restar posteriormente la cuantía capitalizada de las prestaciones económicas, puesto que se duplicaría la minoración de las mismas. En resumen, no procede restar de la cuantía final el importe capitalizado de las prestaciones de Seguridad Social. La sentencia cuantifica la cantidad final tomando en cuenta los siguientes importes: 2.088,31 euros, correspondientes a 38 días de hospitalización, desde el accidente al 18-3-02;

5.987,62 euros, correspondientes a 249 días de baja médica restantes, considerándose como término final el alta médica con propuesta de invalidez de 22-11-02; 23.104,98 euros correspondientes a la valoración de las secuelas, consistentes en "disyunción púbrica y sacroiliaca, según afectación estática vertebral y función locomotriz", que se valora en el máximo del arco posible, 12 puntos, a los que han de añadirse otros 12 del perjuicio estético, lo que supone 24 puntos, a 962,707353 euros el punto, teniendo en cuenta la edad de la víctima en la fecha del siniestro, sin que hayan de aplicarse factores de corrección por razón de la incapacidad, dado que la misma viene compensada por el sistema de Seguridad Social, ni tampoco los relativos a perjuicios económicos por el principio de rentabilidad. Recurrida en suplicación por el actor D. Jesús María y por la demandada Fiatc Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó sentencia el 17 de noviembre de 2006, recurso 2998/05, estimando el recurso formulado por Fiatc-Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija, desestimando el formulado por el actor y desestimando la demanda en su día interpuesta. la sentencia entendió, en aplicación de la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia de fecha 9 de febrero de 2005, que las prestaciones de Seguridad Social, si bien no agotan la indemnización total que pudiera proceder en concepto de responsabilidad civil por culpa o negligencia del empresario en la producción de un accidente de trabajo, se integran en ese total indemnizatorio y son, por lo tanto, deducibles del importe que hubiera tenido que abonarse en el supuesto de que no hubieran existido tales prestaciones, siendo deducible el capital coste de la pensión de invalidez permanente. En consecuencia, la sentencia concluye que al constar que el capital-coste a favor del actor asciende a 127.895,75 euros y que las cantidad percibida por subsidio de incapacidad temporal asciende a 4705,64, excediendo la suma de ambas cantidades con mucho, de la indemnización fijada

en la sentencia, no procede fijar cantidad alguna en concepto de indemnización. Contra dicha sentencia se interpuso por la parte actora recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 21 de abril de 2005, recurso 1505/03, firme en el momento de publicación de la recurrida, ya que fue declarada firme en virtud de providencia de 1 de junio de 2005. Las demandadas Puertas Acorazadas Asturmadi S.L. y Fiatc Mutua de Seguros a prima fija han impugnado el recurso habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima procedente el recurso.

SEGUNDO.- procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes. La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el 21 de abril de 2005, recurso 1505/03, estimó parcialmente el recurso formalizado por la representación letrada del trabajador D. Enrique contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Albacete, de fecha 3 de marzo de 2003, autos 513/01, seguidos a instancia del recurrente frente a la Excm. Diputación Provincial de Albacete, Zurich Inrernacional S.A., Banco Vilalicio de España y Consorcio Cultural Albacete, en reclamación de indemnización por daños derivados de accidente de trabajo y con revocación de la misma y estimación parcial de la demanda, procedió a reconocer al actor el derecho a percibir, como indemnización derivada del accidente laboral, la cantidad de 6.000 euros, condenando solidariamente a la empresa demandada y a la aseguradora Banco Vilalicio de Seguros y Reaseguros. Consta en dicha sentencia que el actor, contratado el 7-12-98 por

la empresa Umano ETT y puesto a disposición del Consorcio Cultural de Albacete para la descarga, preparación y mantenimiento de una obra teatral sufrió un accidente de trabajo el 15 de diciembre de 1998, al caer al vacío desde el falso trecho del teatro donde había sido enviado por un superior, empleado de ETT, para que realizara el empalme eléctrico de un cañón de luces. Como consecuencia de las se cuelas del accidente el actor fue declarado en situación de incapacidad permanente total, ascendiendo el capital coste de la prestación reconocida a 108.460,91 euros. El Consorcio Cultural de Albacete, entidad con personalidad jurídica propia, integrado por la Diputación, la Junta de Comunidades, cuatro Ayuntamientos de la Provincia -incluido el de Albacete- y cuatro Cajas de Ahorros tienen suscrito con el Banco Vitalicio una póliza de responsabilidad civil, en vigor en el momento del accidente. La sentencia entendió que medió culpa empresarial —por omisión— en el accidente acaecido, concretada en falta de formación y culpa "in vigilando" en el uso de medios de protección, que incidió de manera relevante en la producción del siniestro laboral. Respecto a la fijación de la indemnización la sentencia razona, citando sentencias tanto de dicha Sala como de esta Sala de lo Social, y del Tribunal Constitucional, que la utilización del baremo de accidente de tráfico para la fijación de la indemnización por accidente de trabajo, aunque no existe un especial argumento normativo para ello, salvo cierta posibilidad analógica, discutible, como es el Anexo de la Ley de Seguros Privados, tiene una razón de ser claramente distinta de la que puede surgir de un accidente de tráfico, pues existe una especial responsabilidad entre el propietario de la instalación empresarial donde se presta el trabajo y el trabajador, por lo que no procede —como ha hecho la juzgadora de instancia— aplicar el anexo de la Ley del Seguro Privado y descontar la capitalización de la prestación de incapacidad permanente total reconocida al trabajador ya que, de realizarse tal operación, tras establecer la responsabilidad del empresario incumplidor, se llega-



ría a fijar una indemnización "cero" (consecuencia del descuento de la capitalización de la cantidad fijada como indemnización de daños y perjuicios). Finaliza la sentencia señalando que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, a la existencia comprobada de omisión de falta de formación en materia de Seguridad y Salud y de falta de cuidado y vigilancia de los medios de protección, así como la existencia de una indemnización por parte de Winterthur, procede la fijación de la indemnización, ya que sería una figura nueva la existencia de culpa sin responsabilidad, estableciendo la misma en 6000 euros. Entre la sentencia comparada y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. En efecto en ambas sentencias se examina el supuesto de un trabajador que ha sufrido un accidente de trabajo, a consecuencia del cual ha sido declarado en situación de incapacidad permanente total, con derecho al percibo de la correspondiente prestación, en ambas se estima que existe el derecho a una indemnización de daños y perjuicios y se aplica el baremo de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, pero mientras en la sentencia recurrida de la indemnización total de daños y perjuicios reconocida, en aplicación del citado baremo, se descuenta el capital-coste de la prestación de la incapacidad permanente total reconocida al trabajador –lo que arroja indemnización "cero"– en la de contraste no se efectúa dicha detracción, fijándose una cantidad, ponderando las circunstancias concurrentes, en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- El recurrente alega infracción de los artículos 1101 del Código civil en relación con el 1104 y concordantes. La cuestión debatida se ciñe a determinar si procede o no detracer de la indemnización de daños y perjuicios, derivados de un accidente de trabajo, el capital coste de la pen-





sión de incapacidad permanente total, reconocida a consecuencia de dicha contingencia. La cuestión ha sido unificada por esta Sala, reunida en Sala General, rectificando el criterio anterior, en dos sentencias de 17 de julio de 2007, recursos 4367/05 y 513/06, seguidas de las de 2 y 3 de octubre de 2007, recursos 3945/06 y 2451/0'6, de 21 y 30 de enero de 2008, recursos 4017/06 y 414/07 de 20 de septiembre de 2008, recurso 1141/07. Nuestra doctrina al respecto, a cuyo fundamentación "in extenso" nos remitimos, puede resumirse, tal como lo hace la precitada sentencia de 21 de enero de 2008, en los siguientes términos: "1. La mayoría de la doctrina, cuando existe derecho a percibir varias indemnizaciones, es partidaria de la llamada "compensatio lucri cum damno", compensación derivada del principio jurídico, amparado en el artículo 1.4 del Código Civil, de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Por ello, cuando existe el derecho a varias indemnizaciones se estima que las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, lo que supone que, como el daño es único y las diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto. La regla general sería, pues, el cómputo de todos los cobros derivados del mismo hecho dañoso, mientras que la acumulación de indemnizaciones sólo se aceptaría cuando las mismas son ajenas al hecho que ha provocado el daño, pues la regla de la compensación es una manifestación del principio que veda el enriquecimiento injusto. La aplicación de este principio por parte de este orden jurisdiccional social debe ser objeto, no obstante, de ciertas matizaciones y correcciones, para que los automatismos en su aplicación no lleven a resultados contrarios al pretendido, como está ocurriendo. Si se persigue evitar que la reparación de un daño no sea fuente de un enriquecimiento injustificado, también se debe buscar que la aplicación de la compensación no conlleve un enriquecimiento de quien causó el



daño, al pagar de menos, ni el enriquecimiento de la aseguradora con quien contrató el aseguramiento del daño causado su responsable. 2. Los artículos 1101 y 1106 del Código Civil nos muestran que quien causa un daño a la integridad de una persona debe repararlo íntegramente, lo que supone que la norma garantiza al perjudicado la total indemnidad por el hecho lesivo. El daño tiene distintos aspectos: las lesiones físicas, las psíquicas, las secuelas que dejan unas y otras, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente (como los mayores gastos a soportar por el lesionado y su familia en transportes, hospedajes, etc.) y el lucro cesante, cuya manifestación es la pérdida de ingresos de todo tipo, incluso la pérdida de las expectativas de mejora profesional. Si todos esos conceptos deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real. Por ello, no cabrá compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en otra instancia, con lo reconocido por otros conceptos, como el daño moral, al fijar el monto total de la indemnización, pues solo cabe compensar lo reconocido por lucro cesante en otro proceso con lo que por ese concepto se otorga en el proceso en el que se hace la liquidación.

3. Sentado lo anterior, lo correcto será que la compensación, practicada para evitar enriquecimiento injusto del perjudicado, se efectúe por el juzgador, tras establecer los diversos conceptos indemnizables y su cuantía, de forma que el descuento por lo ya abonado opere, solamente, sobre los conceptos a los que se imputaron los pagos previos. Consecuentemente, la compensación operará entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia,

temporal o permanente, supone que las referidas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante, así como, que las que se reconocen por la incapacidad temporal no se pueden compensar con las que se dan por la incapacidad permanente y viceversa.

4. Especial consideración merece el descuento del capital coste de la prestación por incapacidad permanente reconocida por la Seguridad Social y, en su caso, del importe de la indemnización por incapacidad permanente parcial o por lesión permanente no invalidante que se hayan reconocido por la Seguridad Social. Ante todo, conviene recordar que estas prestaciones se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia, para compensar la merma económica que supone una incapacidad laboral. Por tanto, es lógico computar y deducir lo cobrado de prestaciones de la Seguridad Social de la indemnización global, ya que, las mismas se han financiado con cargo al empresario, sea por vía del pago de primas de seguro, sea por aportación directa. Pero, como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, es claro que las prestaciones que indemnizan por la pérdida de ingresos, sólo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro cesante".

Por todo lo razonado aplicando la doctrina transcrita al asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina con el limitado alcance que luego se dirá, No procede detracer de la indemnización de daños y perjuicios fijada, aplicando los parámetros y criterios contenidos en el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguridad en la circulación de vehículos de motor -baremo orientativo cuya aplicación analógica ha sido expresamente admitida por esta Sala, entre otras, en sentencia de 17-2-99, recurso 2085/98, con cita de la de 2-2-99, recurso 124/97- el capital-coste de la pensión de incapacidad permanente

total reconocida al trabajador accidentado, procediendo la fijación de la pertinente indemnización por el Juzgado, tras establecer los diversos conceptos indemnizables y su cuantía, lo que ha sido efectuado de forma pormenorizada por la juzgadora de instancia, aplicando, por razones cronológicas, el Anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de la circulación de vehículos a motor en la redacción dada por la ley 30/1995 y actualización en 2003, estableciendo la cantidad de 31.180 '91 euros, en concepto de indemnización. Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. Nicolás Álvarez Real, en nombre y representación de D. Jesús María contra la sentencia dictada el 17 de noviembre de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 2998/05, interpuesto por D. Jesús María y por Fiatc-Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija, frente a la sentencia del Juzgado de lo

Social núm. 2 de Avilés, de fecha 16 de febrero de 2005, autos 457/04, seguidos a instancia de D. Jesús María, contra Puertas Acorazadas Asturmadi S.L., Adecco TT.S.A., empresa de trabajo temporal, La Estrella S.A. y Fiatc Mutua de Seguros, en reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo. Casamos la sentencia recurrida anulando sus pronunciamientos y resolvemos el debate planteado en suplicación en el sentido de desestimar los recursos de esta clase interpuestos por el actor y por Fiatc Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija, confirmando la sentencia de instancia. Sin costas. Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.





## Comentario:



Javier López y García de la Serrana

**E**l debate de esta sentencia se ha centrado en la procedencia o no de restar de la indemnización a recibir por los daños y perjuicios derivados de un accidente laboral, el capital coste de la pensión de incapacidad permanente total reconocida al trabajador reclamante.

En su Fundamento de Derecho Tercero indica que dicha cuestión ya ha sido unificada por la Sala IV, reunida en Sala General, a través de las dos sentencias de fecha 17 de julio de 2007 (publicada una de ellas –la que fue ponente el magistrado José Manuel López y García de la Serrana– en el nº 23 de esta revista y comentada por Mariano Medina). Haciéndose eco del resto de las Sentencias dictadas hasta el momento a raíz de tan significativo cambio de doctrina, si bien se remite expresamente a la sentencia de esta misma Sala IV de 21 de enero de 2008 en el sentido de afirmar que la compensación de las diversas indemnizaciones deber ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real. Por ello, no cabrá compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en otra instancia, con lo reconocido por otros conceptos, como el daño moral, al fijar el monto total de la indemnización, pues solo cabe compensar lo reconocido por lucro cesante en otro proceso con lo que por ese concepto se otorga en el proceso en el que se hace la liquidación.

Por tanto, se incide de nuevo en la idea plasmada en las trascendentes y novedosas sentencias de 17 de julio de 2007, de que la compensación de indemnizaciones solo puede operar sobre

conceptos homogéneos, por lo que las prestaciones que indemnizan por la pérdida de ingresos, solo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro cesante, acordando la no procedencia de restar a la indemnización concedida por el accidente laboral la pensión de incapacidad permanente total reconocida al trabajador accidentado.

Concluye esta sentencia recordando el principio de que quien causa un daño a la integridad de una persona debe repararlo íntegramente, lo que supone que la norma garantiza al perjudicado la total indemnidad por el hecho lesivo. El daño tiene distintos aspectos: las lesiones físicas, las psíquicas, las secuelas que dejan unas y otras, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente (como los mayores gastos a soportar por el lesionado y su familia en transportes, hospedajes, etc.) y el lucro cesante, cuya manifestación es la pérdida de ingresos de todo tipo, incluso la pérdida de las expectativas de mejora profesional. Si todos esos conceptos deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real. Por ello, no cabrá compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en otra instancia, con lo reconocido por otros conceptos, como el daño moral, al fijar el monto total de la indemnización, pues solo cabe compensar lo reconocido por lucro cesante en otro proceso con lo que por ese concepto se otorga en el proceso en el que se hace la liquidación.

# perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes



**Frente a la creencia “popular” en la práctica jurídica diaria de que en los procesos penales el contenido de los informes forenses casi matemáticamente pasa a ser contenido textual de la resolución que le ponga término, esta sentencia, es ejemplo claro de que caben otros criterios –no unívocos– que interpretan que la realidad puede apartarse de la opinión del mencionado perito; se trata de la sentencia nº 69/09, de 23 de enero, del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo..., sobre el llamado “esguince cervical”.**

“Así las cosas, los perjudicados, acuden a los servicios de urgencias de un Centro Médico Privado (Fátima) donde les diagnostican diversos esguinces, y por un especialista “privado” se les pauta rehabilitación. ¿Qué se le va a pautar?, rehabilitación, claro está.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta, por notoriedad y experiencia diaria en el Juzgado, siguiendo criterios mantenidos en otras sentencias, que es el mecanismo de producción del accidente no tiene ni la fuerza ni la entidad suficiente como para generar inercia a través de la cual se produzca una movilización de los segmentos vertebrales.

Efectivamente, aunque este Juzgado siempre atiende al informe médico forense por su mayor objetividad, en el presente caso las circunstan-



cias del accidente hacen que se deba acudir a otros medios de valoración de las lesiones sufridas; y estas circunstancias no son otras que el mecanismo del accidente: se trata de un impacto de escasa entidad, pues los daños en el Ford fueron mínimos.

No ha quedado probada la relación de causalidad entre la acción y el resultado.

El proceso penal y la obtención de la satisfacción de las pretensiones que se someten a

su tutela, han de reunir cierta seriedad y han de estar solidamente documentadas, la concesión de indemnizaciones ha de ser cometida, dada la no objetivación del llamado “esguince cervical”, la libertad de criterio de los peritos y los derechos de los ciudadanos que también pagan un seguro de responsabilidad civil y que año a año ven incrementada la prima por las cuantiosas indemnizaciones que se solicitan, por la picaresca propia del carácter español, y se conceden o pactan, a veces, sin demasiado fundamento”.



**La sentencia nº 40/09, de 6 de enero de 2009, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia, es ejemplar en la concreción del dolo civil.**

“Al margen que no se entienda que quepa esgrimirse, como constituye la tesis sustentada en la sentencia recurrida, que, al haberse contratado un seguro voluntario, los daños derivados de conducir bajo la influencia del alcohol o los que excedan del ámbito del seguro voluntario, pues un lado, nos encontramos dentro del seguro obligatorio por no haberse traspasado sus límites de cobertura con la cantidad indemnizada (Art. 12.1 de RRCC y SCVM, RD 7/01).

Por otro, en el caso y conforme (de entre otras) las STS 07-07-2006 u 08-03-2006, la mercantil aseguradora hizo uso de su facultad de repetición ope legis, en base al Art. 10 del TRLRSCVM (RDL 8/04) y por tanto no sometido al régimen del Art. 3 LCS, pues, al haber conducido el apelante bajo la influencia del alcohol, previamente ingerido y en las condiciones y circunstancias ya referidas, realizó una

conducta a él achacable revestida de solo civil (Art. 1.102, 1.255, 1.271 ó 1.275 CC) caracterizada no sólo por conducir en referido estado, también en tanto asumió las consecuencias de índole negativa derivadas de su actuación voluntariamente replicada, por lo que sería de aplicación lo preceptuado en el Art. 19 LCS.

Referido sentido impregna también (entendemos) a la STS de 07-07-2006, profusamente argüida por la recurrente, al expresarse en ella (salvo lo resaltado) que “...solo son susceptibles de ser consideradas como intencionales aquellas situaciones en las que el asegurado provoca voluntaria y conscientemente el siniestro, o al menos se lo representa como altamente probable y lo acepta para el caso que se produzca (STS 09-06-06), esto es, en supuestos de dolo directo o eventual sobre el resultado.....” que entendemos, constituyó el caso presente.”



**Destacar en orden a la acción de repetición de la aseguradora contra su asegurado por lo abonado en el curso del procedimiento en que este resulta condenado por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y a su prescripción de un año, la sentencia nº 638/08, de 2 de abril, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.**

“Al entender de esta Sala, en el presente caso, no ha prescrito la acción de repetición contra el asegurado demandado por conducir bajo los efectos del alcohol, al ser la fecha que se ha de tener en cuenta para el cómputo la de la sentencia penal que así lo determina.

En este sentido, en relación con el comienzo del cómputo del plazo de la prescripción, es doctrina constante y reiterada, en relación con el artículo 1969 del Código Civil, que el “diez a quo” viene determinado por la posibilidad de ejercicio de la acción (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2001).

Así, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2004), que la interrupción de la prescripción se produce por la mera existencia de las actuaciones penales en relación con los mismos hechos que posteriormente son objeto de la acción civil, de modo que no puede dirigirse la acción civil contra nadie hasta la terminación del proceso penal, ya que mientras las diligencias penales están abiertas impiden, en todo caso, el ejercicio de la acción civil por razón de prejudicialidad penal, en los términos del artículo 10.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En el presente caso, el último pago de la aseguradora,... con motivo del siniestro, tuvo lugar,... en fecha 1 de julio de 2005,... por lo que podría entenderse prescrita la acción al tiempo de la presentación de la demanda.... con fecha 14 de marzo de 2007.



Ahora bien, en este caso, resulta... que la acción de repetición que es objeto de estos autos se encuentra fundada en la conducción del asegurado,... y que el proceso penal,... no concluyó sino hasta la Sentencia de 16 de enero de 2007,... no habiendo podido la aseguradora ejercitar la acción de repetición hasta que no fuera firme el pronunciamiento de condena en el proceso penal en base a la declaración como hecho probado de que su asegurado circulaba bajo la influencia de bebidas alcohólicas, quedando interrumpido el plazo de la prescripción de la acción civil durante el curso del proceso penal”.



**Es muy importante la nueva doctrina establecida por la Sentencia nº1116/2008, de dos de Diciembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, frente a la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón, de 14 mayo 2001, que había declarado como hecho probado, que el causante del accidente de un autocar estacionado, como consecuencia de una parada en ruta para que los pasajeros pudieran cenar, que sufre un incendio por cortocircuito y causa daños a otros dos estacionados de forma contigua. cuyo conductor, pese a detectar anomalías, no lo llevó a revisar ni reparar, por todo lo cual entendió que debía declararse al propietario responsable civil de los daños sufridos por los otros autocares. Respecto a la aseguradora, entendía que "el siniestro no está relacionado en forma alguna con la conducción del vehículo, pues se produce el incendio cuando la actividad mecánica de la conducción del vehículo había cesado por completo, y el vehículo se hallaba ya estacionado". En el caso presente y a la vista de la póliza contratada, se comprueba que se suscribió "un seguro de responsabilidad civil obligatorio y voluntario, siendo objeto de cobertura la responsabilidad civil derivada de la conducción del vehículo", por lo que la sentencia revocada concluía que "el daño causado a otros vehículos a causa del incendio no es objeto de cobertura, no siendo un siniestro relacionado con la conducción del vehículo".**

“.....que debe entenderse por hecho de la circulación: la regla general consiste en atribuir esta categoría a las situaciones en las que el vehículo se encuentra en movimiento, de modo que cuando está estacionado de forma permanente (caso de la sentencia de 10 octubre 2000), o bien cuando está siendo utilizado de forma distinta a la que resulta el uso natural de un vehículo (casos de las sentencias de 4 julio 2002 y 29 noviembre 2007), no nos hallamos ante un hecho de la circulación. A esta regla se le debe añadir la que ahora se formula en el caso de que el vehículo se halle aparcado por una parada efectuada durante un trayecto, ya sea por exigencias del propio trayecto, ya sea por exigencias legales, para facilitar el debido descanso del conductor: en estos casos se trata de un hecho de la circulación,

por lo que debe declararse la doctrina de acuerdo con la que a los efectos de la interpretación del Art. 1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, contenida en la disposición adicional 8ª de la ley 30/1995, los siniestros ocurridos durante una parada en la ruta seguida por el vehículo constituyen hechos de la circulación y por tanto, están incluidos en el ámbito del seguro de responsabilidad civil contratado.

En el caso objeto del recurso de casación esta conclusión viene reforzada por el hecho de que el incendio se debió en parte a la negligencia del conductor que se produjo precisamente con ocasión de la conducción, al no llevar a reparar el vehículo que tuvo una avería en ruta.

...3º. Declarar la doctrina jurisprudencial de acuerdo con la que los siniestros ocurridos durante una parada en la ruta seguida por el vehículo cons-

tituyen hechos de la circulación y por tanto, están incluidos en el ámbito del seguro de responsabilidad civil contratado”.



**Ponderar en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta) de 10 de mayo de 2001 que amplía la eficacia de la Directiva sobre productos defectuosos a sustancias elaboradas intrahospitalariamente, cual es la orientación en la legislación europea-y su interpretación-acerca del daño moral, y el daño patrimonial,y que divergen, al igual que el futuro “baremo europeo”, del tratamiento muy restrictivo que en España existe, y se aplica.**

“2) El artículo 7, letra c), de la Directiva 85/374 debe interpretarse en el sentido de que la exoneración de responsabilidad por falta de actividad con fines económicos o de actividad profesional no se aplica al caso de un producto defectuoso que ha sido fabricado y utilizado en el marco de una prestación médica concreta totalmente financiada con fondos públicos y por la que el paciente no debe pagar contraprestación alguna.

3) El artículo 9 de la Directiva 85/374 debe interpretarse en el sentido de que, a excepción del daño moral cuya reparación se rige exclusivamente por las disposiciones del Derecho nacional y de las exclusiones que resultan de las precisiones aportadas por esta disposición en lo que respecta a los daños causados a una cosa, un Estado miembro no puede limitar los tipos de daño material causado por muerte o lesiones corporales, o de daño causado a una cosa o que consista en la destrucción de una cosa, que han de ser indemnizados.

4) En virtud de la Directiva 85/374, el juez nacional está obligado a examinar en qué categoría deben agruparse las circunstancias del asunto, a saber, si se trata bien de daños cubier-



tos por el artículo 9, párrafo primero, letra a), o por el artículo 9, párrafo primero, letra b), de la Directiva 85/374, o bien de daños morales que puedan estar cubiertos por el Derecho nacional. En cambio, no puede denegar toda indemnización en virtud de dicha Directiva basándose en que, pese a concurrir los demás requisitos de la responsabilidad, los daños sufridos no están comprendidos en ninguna de las categorías antes mencionadas.



**Muy destacable es la Sentencia Nº 158/2009, de doce de Marzo, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en tres aspectos; el primero por insistir en la labor de establecer doctrina, y que deje de ser tristemente acertada la observación que escribió LUIS DíEZ-PICAZO en la Introducción a su Derecho de daños acerca de la jurisprudencia española sobre responsabilidad civil extracontractual: “las sentencias dictadas en esta materia en los últimos años son muy numerosas y de muy diferente pelaje, que obedece a las características de los asuntos y de los ponentes. Hay que decir, abruptamente, que no existe entre ellas unidad de doctrina y que muchas veces presentan muy claras contradicciones. No hay, en el sentido del artículo 1.9 Cc., jurisprudencia en el genuino significado de la palabra”.**

**El segundo (2) en cuanto que confirma la dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 21 de noviembre de 2002, en el pronunciamiento sobre intereses que transcribo, y el tercero (3), aportación interesante del Ponente, Ilmo. Sr. Xiol Rios-por el estricto cumplimiento que supone del criterio 10º del artículo primero del Sistema para valoración de daños personales, y el valor del punto, –superior a lo aplicable según la resolución ad hoc– por incorporar la primera actualización en el año 1996.**

(2) “Existen claros argumentos en contra de esta doctrina que mezcla dos conceptos distintos el de la actualización y el de los intereses por mora. Una cosa es la necesaria actualización de la cantidad a percibir y otra muy distinta son los intereses que como sanción se imponen a la aseguradora reticente al pago de la indemnización. Los intereses por mora se imponen como sanción lo que no parece acorde con los dictados de la Ley es que se reduzca dicha sanción compensándola con el incremento del IPC.

Según la Ley si la aseguradora no indemniza o consigna la cantidad adeudada devengara el interés legal incrementado en un 50% (siempre que no hayan transcurrido más de dos años desde la fecha del accidente). La sanción que se impone a la aseguradora es la de abonar actualmente un 7,5% anual. Pero si ha dicho interés le restamos el IPC anual que actual-

mente se sitúa en el 4,5%, resulta que en contra de los dictados de la Ley la sanción por mora que se impone no es del 7,5%, sino de este interés menos el 4,5% de IPC que se estaría ahorrando la aseguradora, con lo que nos quedaríamos en un 3%. Pero si a ello le añadimos que actualmente una simple cuenta a plazo de un particular puede obtener unos intereses fijos de entre un 4,5% a un 5%, la aseguradora no consignando viene a ganarse entre 1,5% a un 2%. Por un lado tendríamos interés por mora aplicable: 7,5%; por el otro IPC: 4,5% + rendimiento financiero 4,5% a 5%: o  $9,5\% - 7,5\% = 1,5\%$  o 2% que ganaría la aseguradora. ¿Debe esto entenderse como una sanción para la aseguradora o más bien es un beneficio?

En la hipótesis (totalmente real, que ya ha sucedido) de una situación económica de dificultades en



que la inflación llegue a superar el 20% y el interés legal se sitúa en torno al 8% o 9%, no cabe duda de que los partidarios de esta doctrina tendrían que cambiar su postura. En esa situación a las aseguradoras les convendría retrasar el pago de la indemnización, pues obtendrían del dinero una rentabilidad de más del 20% por efecto de la inflación y tan solo tendrían que abonar de intereses por mora el 12% o 13,5%, con lo cual estarían ganando más de 7 puntos de diferencia.

Los partidarios de la aplicación del baremo a la fecha del siniestro afirman en muchas ocasiones que las aseguradoras ya pagan bastante con los intereses por mora. La aseguradora tiene a su alcance los medios para evitar la imposición de los intereses por

mora mediante la consignación y la solicitud del auto de suficiencia.

Lo anterior nos lleva a plantear dos hipótesis. Una primera hipótesis en una situación como la actual en que el tipo de interés legal esta bajo no es descabellado plantearse que puede llegar un momento en que el IPC desborde al interés legal incrementado en dos puntos, ¿cuál será entonces el planteamiento de los defensores de fijar las cuantías a fecha de siniestro?.

La segunda hipótesis es que los intereses por mora no se imponen siempre de forma automática a las aseguradoras, sino que solo se imponen a las aseguradoras incumplidoras y reticentes al pago.



Supongamos el caso de un lesionado de larga evolución en el que se haya dictado auto de suficiencia en base a un informe forense preliminar. Como el auto de suficiencia es de mínimos y el lesionado ha tenido una mala evolución en sus lesiones resulta que la resolución fija una cuantía superior y, a veces, muy superior a la del auto de suficiencia. La aseguradora ha cumplido con lo establecido en el auto de suficiencia por lo que no podrán imponérsele los intereses por mora. En este supuesto si aplicamos las cuantías vigentes a la fecha del siniestro cuando normalmente ya han transcurrido varios años, ¿como se compensa la pérdida de poder adquisitivo que debe sufrir el lesionado por las cantidades que exceden de las fijadas en el auto de suficiencia?

Así, aunque estamos de acuerdo con la doctrina de este Tribunal se debería ir mas allá, pues existen innumerables casos en que la aplicación como fecha final del alta definitiva no es del todo justa, en supuestos como el que nos ocupa, pues el perjudicado asume las dilaciones judiciales aunque no ha sido por su culpa y, sin embargo, asume la pérdida que supone el transcurso del tiempo desde la presentación de la demanda (año 2000) hasta su resolución (año 2002). Efectivamente, es injusto que la aseguradora tenga que hacerse cargo de esa dilación judicial pero acaso es más justo que esa dilación tenga que perjudicar al lesionado.

Existen casos en los que está pendiente un proceso penal y concurren varios lesionados uno leve y otro grave y la dilación resulta injusta para el lesionado leve que recibe el alta el mismo año del accidente en cambio el lesionado grave tarda varios años hasta que es dado de alta por el forense. El lesionado leve tiene que esperar a la sanidad del grave para que se convoque a la partes a juicio de faltas normalmente, y si pretendiese renunciar a la acción penal y ejercitar la civil se le opondría la cuestión de prejudicialidad penal. La merma económica que tiene ese lesionado leve que sin culpa alguna no ha percibido una indemnización, ¿quién se la compensa?



El único inconveniente grave e injusto que presenta la consideración de esta deuda como deuda valor hasta sus últimas consecuencias (nos referimos hasta la fecha de la resolución judicial) es el contemplado en las citadas SSTs de 17 de abril de 2007, «sin embargo, esta opción presenta también inconvenientes, porque deja a la víctima la determinación del momento en que definitivamente se tenga que fijar la cantidad, ya que por medio de la interrupción de la prescripción, podía alargar la fecha de la interposición de la demanda, con la inseguridad que se crea».

Esta afirmación, sin embargo, no es del todo cierta, pues la aseguradora tiene soluciones legales y judiciales para solventarlo. Dispone de una solución legal el mecanismo de la consignación que establece la LRCSVM. Las aseguradoras diligentes envían a



sus servicios médicos para efectuar el seguimiento de los lesionados y consignan la cantidad que consideren adeudar por lo que dicha cantidad a partir de ese momento deja de devengar intereses. Solo resultarán perjudicadas las aseguradoras que no sean diligentes que se despreocupen totalmente del lesionado y de sus circunstancias y no efectúen ningún tipo de consignación o sean extremadamente cicateras a la hora de fijar la cuantía a consignar, pues es precisamente a estas aseguradoras a las que pretende sancionar la Ley al imponerles los intereses del art. 20.4 LCS al que se remite la LRCSVM.

Las aseguradoras también disponen de una solución judicial, pues si consideran que el perjudicado esta dilatando indebidamente la presentación de la reclamación pueden ejercitar frente al mismo la acción de jactancia (regulada en Las Partidas y cuya

vigencia ha sido declarada por el Tribunal Supremo) y exigirle que presente la reclamación.”

(3) “La valoración del punto aplicable resulta superior a la que figura en la publicación de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, debido al hecho de haberse omitido por dicha Dirección General la primera actualización en el año 1996 al índice del 4,3%, como parecía obligado a tenor de lo ordenado por el Anexo primero, 10, de la LRCSVM, promulgada de noviembre de 1995, en el cual se dice que «[a]nualmente, con efectos de 1 de enero de cada año y a partir del año siguiente a la entrada en vigor de este texto refundido, deberán actualizarse las cuantías indemnizatorias fijadas en este anexo y, en su defecto, quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje del índice general de precios de consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior. En este último caso y para facilitar su conocimiento y aplicación, se harán públicas dichas actualizaciones por resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones». No es necesario poner de relieve que la resolución de la Dirección General no tiene carácter vinculante, pues carece de rango normativo y su finalidad es únicamente facilitar el conocimiento de la actualización automática de las valoraciones con arreglo al IPC. La aplicación de los sucesivos índices anuales del IPC de 4,3, 3,2, 2, y 1,4 correspondientes a los años naturales de 1996, 1997, 1998 y 1999 respectivamente, sobre una suma inicial de 110 202 pts. (Tabla III, 40-44 puntos, más de 65 años) conduce a un valor del punto correspondiente a la última anualidad, en función del número de puntos y de la edad de la perjudicada, equivalente a 123 411 pts. Este mismo razonamiento no es aplicable a las indemnizaciones por días de hospitalización y de impedimento, por cuanto las mismas fueron incorporadas a un texto con fuerza de ley en el año 1998 (Ley 50/1998, la cual estableció que para el ejercicio 1999 no procedería actualizar las cuantías que en la misma se señalan con relación a la incapacidad temporal)”.



### ¿Qué tratamiento otorga el Tribunal Supremo a la iguala; en la prestación de servicios por abogados? Lo hallamos en la sentencia nº 122/09 de 2 de marzo, de la Sala de lo Civil:

“En el presente recurso debe partirse de una base aceptada por ambas partes: que en el contrato del abogado demandante con la ahora recurrente se establecieron las consecuencias que la pérdida de los pleitos produciría en el letrado, pero no se decía nada respecto a las que el éxito en las reclamaciones produciría en el cliente demandante. La sentencia recurrida ha considerado probado el *usus fori*, según el cual el abogado unido a su cliente por un contrato de prestación de servicios de los que reciben el nombre de iguala, tenía derecho a cobrar sus honorarios además de las cantidades mensuales que el cliente pagaba.

Sentado lo anterior, la recurrente pretende ahora que se consideren infringidas las reglas de la carga de la prueba con relación a la existencia de tales deudas, ya que desde el primer momento ha pretendido que el pago de los honorarios estaba sometido a dos condiciones, que sostiene que no se han cumplido, teniendo la carga de probarlas el actor.

Es regla aceptada que al deudor corresponde probar que se ha efectuado el pago; por ello se entiende que no se le exige la prueba de que el demandado no ha efectuado el pago, porque la prueba de un hecho negativo, el no pago, resulta de extrema dificultad y, además, porque aplicando precisamente el principio de facilidad probatoria que se dice vulnerado en este recurso, las pruebas de este hecho, el pago, suelen estar en posesión de quien está más interesado en hacerlo valer, que será el deudor. Por ello se distribuye la carga de

la prueba, atribuyendo la que se considera más próxima a la parte, de modo que “a cada parte le corresponderá la prueba de que, conforme a la razón y a la experiencia, es más fácil de probar para ella que para la parte contraria”. Esta regla es la contenida en el art. 217.2 LEC, que establece que “incumbe al actor y al demandado reconvigente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”, mientras que el párrafo 3 del propio art. 217 LEC impone al demandado la carga de probar los que “impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a los que se refiere el apartado anterior”. Así ha sido interpretado por esta Sala en sentencia de 17 de julio de 2008 (ver asimismo la de 9 julio 2008). De acuerdo con estas reglas, correspondía al demandado probar que se habían hecho efectivos los honorarios reclamados por el demandante, ya que como deudor, le correspondía dicha carga, según se deduce del art. 217.3 LEC, cosa que no ha efectuado, por lo que no se ha producido la infracción que señala.

TERCERO. El primer motivo señala la infracción del Art. 1281.2 CC, así como del art. 1282 CC, que han sido infringidos por interpretar la sentencia recurrida que D. Blas tiene derecho a cobrar lo que reclama con independencia del pago de las costas por los contrarios. La interpretación del contrato es arbitraria al ser contraria a la voluntad de las partes, porque a) nada tiene que ver el razonamiento judicial con



el principio de la carga de la prueba; b) porque se aparta de la sentencia recurrida, aun después de decir que está conforme con la misma; c) deja sin respuesta las preguntas que surgen de las presunciones especificadas, puesto que si el derecho surgió cuando hubo condena en costas, ¿por qué tardó tantos años en reclamar? No se compadece con los actos del Sr. Blas anteriores o coetáneos al contrato, porque nunca reclamó a sus clientes contraprestación alguna durante 10 años. Añade la recurrente que para que hubiera sido efectivo el derecho al cobro, se requería que los contrarios hubiesen sido condenados en costas, pero esta condena por sí sola no conllevaba que el demandante pudiera exigir el cobro de sus

derechos profesionales si, previamente, los contrarios no habían pagado las costas procesales a que habían sido condenados, de modo que “el devengo o nacimiento del derecho se produce con la condena en costas: la exigibilidad de ese derecho exige el previo pago de esa condena en costas”.

El motivo no se estima.

La recurrente se centra en la interpretación del contrato concluido con el demandante D. Blas y debe recordarse aquí que de forma reiterada y unánime, la jurisprudencia de esta Sala ha venido entendiendo que se trata de una función atribuida



a los tribunales de instancia, que sólo puede ser revisable en casación cuando resulta errónea, ilógica o viole las normas hermenéuticas contenidas en las reglas establecidas en las disposiciones del Código civil (STS de 27 noviembre 2006 y las allí citadas, entre muchas otras).

Esta Sala no observa que concurra ninguna de las anomalías que la autorizan para revisar la interpretación efectuada en la sentencia recurrida, porque, además, la existencia del contrato de arrendamiento de servicios entre D. Blas y la recurrente no impedía el pago de los honorarios en el caso en que se interpusiera una demanda que acabase de

forma exitosa para la demandante cliente del Sr. Blas.

Además resulta lógico que si al Abogado se imputaban las consecuencias de la falta de éxito de la demanda interpuesta, de modo que según, las cláusulas transcritas, debía asumir el pago de las costas que ocasionara, si la acción era exitosa, debía cobrar los honorarios, que no estaban incluidos en las cláusulas contractuales. De otra forma, se hubiera producido un desequilibrio contractual, con el consiguiente enriquecimiento de la parte que no debe abonar ninguna cantidad cuando pierde el pleito y tampoco cuando lo gana”.



**Firme es la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Nº 1155/2008, de once de Diciembre, resolviendo sobre la petición indemnizatoria de la mujer, previa ruptura tras quince años de relación, por haber contribuido al incremento del patrimonio de la sociedad inmobiliaria del hombre, como jurisprudencia que aplica la prohibición del enriquecimiento injusto a las situaciones resultantes de la ruptura de una unión no matrimonial-respondiendo incluso al muy actualizado argumento de “..el alto nivel de vida que los convivientes llevaron hasta la crisis económica”.**

“6ª.- Por último, no es cierto que la jurisprudencia de esta Sala se haya decantado por la aplicación analógica del art. 97 CC a las uniones de hecho. Muy al contrario, la sentencia de 12 de septiembre de 2005 (rec. 980/02), especialmente relevante al haberse dictado por el Pleno de los Magistrados de esta Sala en atención a la diversidad de soluciones, o más bien de fundamentos, que se daban a problemas similares generados por la ruptura de uniones de hecho, descartó la aplicación analógica de normas propias del matrimonio, como son los arts. 97, 96 y 98 CC, para optar en cambio por aplicar el principio general prohibitivo del enriquecimiento injusto (FJ 3º), esto es, precisamente por la solución que en el motivo se considera como “viejo sistema” ya abandonado”.



## entrevista a...



**Javier Gómez Bermúdez**



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

Tenemos la gran suerte de contar para esta entrevista con uno de los Magistrados que actualmente se encarga de los temas más importantes de nuestro panorama judicial, tanto por su trascendencia jurídica como por su repercusión social, se trata de don Javier Gómez Bermúdez, Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, quien asiduamente participa en foros y Congresos, y quién además se destaca por sus brillantes Sentencias, en las que se detecta el profundo conocimiento que tiene sobre las materias que aborda.



### **Debo aprovechar esta ocasión para preguntarle acerca de la opinión que le merece nuestra Asociación.**

Creo que ha hecho una gran labor en la mejora del tratamiento legal del aseguramiento de la responsabilidad civil, en especial corrigiendo desigualdades de trato derivadas de las interpretaciones diversas que los tribunales dábamos a una misma cuestión.

### **¿Qué asuntos, de los llevados durante su trayectoria profesional, destacaría por su interés?**

Desde luego, en materia de terrorismo el 11-M, muchos relativos a ETA, GIA y GRAPO, la doctrina Parrot y todo lo relativo al tratamiento penitenciario de los terroristas. En delincuencia económica, quizá el caso PSV –promotora de viviendas de la UGT–, el caso HUARTE, el blanqueo de capitales del clan de los Charlines, la operación Mezquita, la ejecución del caso BANESTO... y la doctrina Botín. También los autos relativos al callejero etarra o a la llamada memoria histórica, la extradición de Al Kassar a Estados Unidos... En fin, son muchos años ya en la Audiencia Nacional.

### **¿Qué opina acerca de la posibilidad de aplicar o no el sistema de baremación sobre valoración del daño corporal previsto para los accidentes tráfico, en el resto de asuntos que generan una responsabilidad civil, tales como negligencias médicas, actos terroristas, caídas accidentales, etc.?**

Me parece bien, salvo en materia de terrorismo. La víctima del terrorismo no es comparable a ninguna otra, porque es usada como un mero instrumento sobre el que el terrorista proyecta su acción criminal con la autoproclamada finalidad de destruir o sustituir la estructura social, cultural, religiosa, en definitiva política, de un Estado y sustituirla por la que quieren los terroristas. La víctima del terroris-





mo es fungible para el terrorista, es un mero objeto. Por eso, la víctima del terrorismo, solo por serlo, debe tener un tratamiento singular.

Cuestión distinta es la limitación de la cuantía que el Estado abona a la víctima cuando los terroristas son insolventes, subrogándose en la posición acreedora por pago. Aquí sí creo que puede hacerse algo distinto y que cabría establecer baremos.

**Conociendo la importancia de la trascendencia de la Sentencia del 11 M, ¿podría decirnos cuales fueron los criterios o parámetros tomados en cuenta para la determinación de la responsabilidad civil impuesta por aquella a los condenados?**

Nos llevaría mucho tiempo explicarlo. De eso trataré en septiembre en mi intervención en Almería.

**En materia de seguros, ¿entiende que cabe la declaración de fraude de ley para algunos de aquellos seguros de responsabilidad civil, en los que pretenden ampararse los responsables civiles frente a actos de violencia o terrorismo?**

Sin duda. De hecho en mi etapa como juez central de menores así lo hice en múltiples sentencias civiles por daños derivados de actos de terrorismo juvenil, la mal llamada kale borroka.

**¿Considera que en nuestro sistema jurídico actual se cuentan con los medios necesarios para reparar íntegramente el daño causado a las víctimas o perjudicados?**

Todo es mejorable. Pero nuestro nivel es alto. De los mejores del mundo.

**¿Que temas tratará al durante la exposición de su ponencia en el IX Congreso Nacional de nuestra Asociación que se celebrará el próximo mes de Septiembre en la ciudad de Almería?**



Como se deduce de una pregunta anterior, los criterios que seguimos en la Audiencia Nacional para indemnizar los resultados lesivos y dañinos causados por los delitos de terrorismo, porqué no seguimos un baremo cerrado y

porqué en apariencia hay grandes diferencias entre casos similares, como ocurre, por ejemplo, con el 11-M, el caso Madina o el caso del asesinato de Miguel Ángel Blanco, los tres con ponencia mía.

## ■ JORNADA DE RESPONSABILIDAD CIVIL. BURGOS. MAYO 2009

---

Los próximos días 14 y 15 de mayo tendrá lugar la primera edición de la jornada de Responsabilidad Civil que organiza el Ilustre Colegio de Abogados de Burgos en colaboración con nuestra Asociación, que en la presente edición se desarrollará en el Real Monasterio de San Agustín.

La sesión de apertura correrá a cargo del decano del Colegio de Abogados de Burgos, Pablo Hernando Lara, junto al presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, José Luis Concepción. Tras la presentación, corresponderá el turno a la primera ponencia, protagonizada por **Eugenio Llamas Pombo** que centrará su trabajo en la responsabilidad civil médica.

A continuación, la jornada se tornará en coloquio, un buen momento para exponer las dudas y teorías sobre la materia tratada en la primera sesión para, a continuación, dar paso a una pausa para reponer fuerzas. Tras la misma, corresponderá el turno de intervención a **Mariano Medina Crespo**, que hablará sobre 'Las incapacidades permanentes en los acci-





dentes de circulación', exposición que se extenderá, sin duda, con una nuevo espacio para el coloquio, que pondrá el punto final a la jornada matutina.

La jornada de tarde del día 14 estará ocupada por la exposición de **Javier López García de la Serrana**, que disertará sobre 'La Responsabilidad Civil en los accidentes laborales', con su preceptivo espacio para el diálogo en una mesa redonda posterior. La última intervención de la jornada correrá a cargo de **José Antonio Seijas Quintana**, que comentará

'La última jurisprudencia de la Sala 1ª del TS en materia de Responsabilidad Civil.

La sesión de mañana del día 15 se iniciará con la ponencia 'Responsabilidad Civil derivada de la actividad cinegética', dictada por **José Miguel Carreras**. Tras el coloquio y una pausa para el café, el trabajo se reanuda con la exposición 'La reforma del baremo de Tráfico', por **Juan Antonio Xiol Ríos**. Un coloquio y una mesa redonda darán paso a la clausura y fin de las jornadas.

**JUEVES, 14 DE MAYO DE 2009**

**MAÑANA**

**10.00 h. Inauguración de la Jornada.**  
 Excmo. Sr. D. José Luis Concepción  
 Presidente de TSI de Castilla y León.  
 Excmo. Sr. D. Pablo Hernando Lara  
 Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Burgos

**10.15 h. La Responsabilidad Civil Médica.**  
 Sr. D. Eugenio Llamas Pombo.  
 Abogado. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Salamanca

**11.00 h. COLOQUIO**  
 MODERA: Sr. D. Alfonso Codón Herrera  
 Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Burgos

**11.30 h. Pausa. Coffe -Break**

**12.00 h. Las Incapacidades permanentes en los accidentes de circulación:**  
 Sr. D. Mariano Medina Crespo  
 Abogado. Profesor de la Universidad Juan Carlos I. Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en R.C. y Seguro

**13.00 h COLOQUIO**  
 MODERA: Sr. D. Juan García-Gallardo del Río  
 Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Burgos

**TARDE**

**17.00 h. La Responsabilidad Civil en Accidentes Laborales.**  
 Sr. D. Javier López y García de la Serrana.  
 Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Granada. Director HispaColem. Secretario General de la Asociación Española de Abogados Especializados en R.C. y Seguro

**18.00 h COLOQUIO**  
 MODERA: Ilmo. Sr. D. Santiago Herrera Castellanos  
 Vicedecano del Ilustre Colegio de Abogados de Burgos

**18.00 h La última jurisprudencia de la Sala 1ª del TS en materia de Responsabilidad Civil.**  
 Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana  
 Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo

**19.00 h Coloquio**  
 MODERA: Sr. D. Felipe Real Chicote  
 Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Burgos

**VIERNES, 15 DE MAYO DE 2009**

**MAÑANA**

**10.00 h. Responsabilidad Civil derivada de la actividad cinegética**  
 Ilmo. Sr. D. José Miguel Carreras  
 Presidente de la Audiencia Provincial de Burgos

**11.00 h. COLOQUIO**  
 MODERA: Sr. D. José Félix Echevarrieta Inigo  
 Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Burgos

**11.30 h. Pausa. Coffe-Break**

**11.45 h. La reforma del baremo de Tráfico.**  
 Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos  
 Magistrado. Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**12.30 h. COLOQUIO**  
 MODERA: Sr. D. Francisco José Horcajo Muro  
 Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Burgos

**13.00 h MESA REDONDA**  
**Responsabilidad Civil de los profesionales: Abogados, Procuradores, Secretarios, Fiscales, Jueces y Magistrados.**  
 Preside: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos  
 Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Excmo. Sr. D. Manuel Martín Granizo,  
 Fiscal Jefe del TSI de Castilla y León

Ilmo. Sr. D. José Luis Gómez Arroyo,  
 Secretario Coordinador Provincial de Burgos

Excmo. Sra. D<sup>a</sup> Carmen Velásquez Pacheco,  
 Decana del Ilustre Colegio de Procuradores de Burgos.

Excmo. Sr. D. Pablo Hernando Lara,  
 Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Burgos

MODERA: Sra. D<sup>a</sup> Carmen García-Luján Martínez  
 Presidenta de la Comisión de Formación del Ilustre Colegio de Abogados de Burgos

**14.00 h. Clausura y Fin de la Jornada**  
 Excmo. Sr. D. Vicente Orden Vígara  
 Presidente de la Excmo. Diputación Provincial de Burgos

Sr. D. Mariano Medina Crespo  
 Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en R.C. y Seguro

## VI JORNADAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL. RONDA (MÁLAGA). MAYO 2009

La localidad malagueña de Ronda será el escenario de la VI edición de la Jornada sobre Responsabilidad Civil, organizada por el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga y la vocalía de Málaga de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

La jornada se iniciará a las 9.45 horas con la recepción de asistentes y la entrega de documentación, tras lo que se dará paso a la sesión inaugural y la primera ponencia 'La teoría de la pérdida de oportunidad', realizada por **Luis Medina Alcoz**. Una pausa para el café servirá para dar paso a la segunda de las exposiciones que, en esta ocasión, versará sobre 'Daños personales extratabulares', expuesta por **José María Hernández-Carrillo Fuentes**, con lo que se dará por finalizada la sesión de mañana de la jornada y pasar a degustar un cóctel en los Jardines del Palacio Mondragón, donde se desarrolla la totalidad de la jornada.

En jornada ya vespertina, la tercera ponencia tratará sobre 'La responsabilidad patrimonial de las administraciones locales', que tendrá a **Francisco Ledesma Guerrero** como ponente. La jornada finalizará con una mesa redonda centrada en 'Criterios de imputación de responsabilidad en colisiones recíprocas', que contará con **José Manuel Villar Calabuig**, **Javier López García de la Serrana** y **Andrés López Jiménez** como ponentes de la misma.

Los asistentes a la jornada rondeña finalizarán el día con una cena en el restaurante del Hotel Montelirio.

**VI JORNADAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO**

ORGANIZADAS POR LA SECCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MÁLAGA Y POR LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO. (VOCALÍA DE MÁLAGA)

Colabora:

Excmo. Ayuntamiento de Ronda.



Colegio de Abogados de Málaga  
jornalajas.es

*Sede de las Jornadas:*

*Palacio de Mondragón.  
Ronda.*

Fecha: 29 DE MAYO DE 2009



## X CONGRESO NACIONAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL. GIJÓN. JUNIO 2009

La ciudad de Gijón acogerá la décima edición del congreso nacional de Responsabilidad Civil los días 18, 19 y 20 del próximo mes de junio, con lo que la localidad asturiana se convertirá, como todos los años, en un referente nacional de una materia de un gran interés para todos. La participación de los mejores especialistas a lo largo de estas diez ediciones ha permitido a la organización establecer un marco adecuado para

aproximarse y debatir sobre las cuestiones más recientes suscitadas en la legislación, doctrina y jurisprudencia y dotar al congreso de un merecido prestigio.

El congreso se desarrollará en las instalaciones del recinto ferial Luis Adaro y el Palacio de Congresos de Gijón y tendrá el siguiente programa de actividades a lo largo de los tres días:

Programa	
Jueves 18 de junio	16:30 HORAS: ACREDITACIONES
	17:00 HORAS: PRESENTACIÓN DEL CONGRESO
	17:30 HORAS: "La llamada responsabilidad civil derivada de delito" Don Fernando Pantaleón Prieto Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid
	19:00 - 19:15 HORAS: DESCANSO
	19:15 HORAS: "Responsabilidad civil y accidentes de trabajo" Don José Manuel López García de la Serrana Magistrado de la Sala 4ª del Tribunal Supremo
Viernes 19 de junio	10:00 HORAS: "Responsabilidad civil concursal" Don Angel Rojo Fernández-Río Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
	11:30 HORAS: DESCANSO
	12:00 HORAS: "Responsabilidad civil en materia de consumo" Don Santiago Cabanillas Múgica Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de las Islas Baleares
	14:00 HORAS: FIN DE LA JORNADA MATINAL
	17:00 HORAS: "Responsabilidad civil de clínicas y entidades aseguradoras de asistencia sanitaria" Don Julio César Galán Cortés Abogado. Doctor en Medicina
	18:30 - 18:45 HORAS: DESCANSO
	18:45 HORAS: "Responsabilidad civil médica" Don José Antonio Seijas Quintana Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo
Sábado 20 de junio	10:00 HORAS: "Teoría del riesgo y de la responsabilidad civil" Doña Encarna Roca Trías Magistrada de la Sala 1ª del Tribunal Supremo
	11:00 HORAS: DESCANSO
	11:30 HORAS: "El daño moral y el daño por pérdida de oportunidad" Don Juan Antonio Xiol Ríos Presidente de la Sala 1ª Tribunal Supremo
	13:00 HORAS: CLAUSURA
	→ Todas las conferencias irán seguidas del correspondiente coloquio
<b>Comité científico y organizador</b> Candido Conde-Pumpido Tourón José Antonio Seijas Quintana Agustín Azpeuren Lucas Fernando Pantaleón Prieto Julio César Galán Cortés José Joaquín García Fernández	

# publicaciones recomendadas



## RESPONSABILIDAD CIVIL. PRÁCTICA DEPORTIVA Y ASUNCIÓN DE RIESGOS

Autor: **Piñeiro Salguero, J.**  
Editorial: **Civitas**  
Fecha: **2008**



## RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Autor: **Bello Janeiro, Domingo**  
Editorial: **Reus**  
Fecha: **2008**



## RECLAMACIONES E INDEMNIZACIONES ENTRE FAMILIARES EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Autor: **Romero Coloma, A. M.**  
Editorial: **Bosch**  
Fecha: **2008**



## TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. 4ª EDICIÓN

Autor: **Reglero Campos, F.**  
Editorial: **Aranzadi-Thomson Company**  
Fecha: **2008**









**La mejor decisión es la que no hay que volver a tomar**

Desde 1988, más de 15.000  
Profesionales del Derecho  
lo utilizan a diario

# INFOLEX

## Gestión Jurídica

V.7 SQL Server

### Características

Gestión de Expedientes e Iguales  
Seguimiento Judicial y Extrajudicial  
Agenda Integrada con Expedientes e Iguales  
Escritos y Plantillas  
Minutación y Facturación  
Contabilidad y Tributación  
Listín Electrónico y Mailing  
Bases de Datos  
Listados e Informes Personalizables  
Control de Trámites Para el Seguimiento de Cobros  
Control y Seguimiento de Tiempos y Llamadas  
Incorporación de Documentos e Imágenes desde Escáner  
Conectividad con Agendas Electrónicas  
Acceso Directo a Fax y E-Mail  
Desarrollos medida  
Consulta Online de expedientes para sus Clientes  
Cálculo de Intereses Legales y Judiciales  
Acceso remoto a su despacho  
Traspaso de datos de otras aplicaciones

 **Jurisoft**

PARA MÁS INFORMACIÓN:

**902 090 001**

[www.jurisoft.es](http://www.jurisoft.es) [info@jurisoft.es](mailto:info@jurisoft.es)

"Infoplex implementa las medidas de seguridad de nivel alto que la normativa en materia de Protección de Datos exige a las aplicaciones software que traten datos de carácter personal."

PARA MÁS INFORMACIÓN:

**902 090 001**

[www.jurisoft.es](http://www.jurisoft.es) - [info@jurisoft.es](mailto:info@jurisoft.es)

**JURISOFT MADRID**

Velázquez nº17, 5º  
28001 - MADRID  
[madrid@jurisoft.es](mailto:madrid@jurisoft.es)

**JURISOFT CENTRAL**

Victoria Balfe nº52-54  
09006 - BURGOS  
[info@jurisoft.es](mailto:info@jurisoft.es)

**JURISOFT CATALUÑA**

Paseo de Gracia nº42, 2º  
08007 - BARCELONA  
[catalunya@jurisoft.es](mailto:catalunya@jurisoft.es)



# 24, 25 y 26 <sup>septiembre</sup> Almería 09

IX Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

## Jueves 24

13:00 h. Asamblea General de la Asociación.

Jornada de tarde

16:30 h. Entrega de documentación en la sede del congreso.

17:00 h. Inauguración del Congreso.

17:15 h. 1ª Ponencia - Medios y formas de reparación del daño.  
Eugenio Llamas Pombo, Abogado, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca.

18:00 h. 2ª Ponencia - La indemnización del daño derivado de intromisiones ilegítimas en el honor personal.  
Ignacio Rodríguez Fernández, Fiscal de la Audiencia Provincial de Granada.

18:45 h. 3ª Ponencia - La RC en el ámbito de la propiedad intelectual.  
Mariano Yzquierdo Tolsada, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense.

19:30 h. 4ª Ponencia - La STC 181/2000 y su extrapolación a los supuestos de muerte o lesiones permanentes.  
Jesús J. Tirado Estrada, Fiscal ante el Tribunal Constitucional.

20:30 h. Salida para el Cóctel de Bienvenida a los Congressistas y Acompañantes en la Alcazaba de Almería.

## Viernes 25

Jornada de mañana

10:00 h. 5ª Ponencia - Los falsos (títulos de imputación de la responsabilidad civil).  
Mariano Medina Crespo, Abogado, Presidente de la Asociación.

10:45 h. 6ª Ponencia - La reforma del Sistema Legal Valorativo (el Baremo): Necesidad y oportunidad.  
Sergio Álvarez Camiña, Subdirector de Política Legislativa de la Dirección General de Seguros.

11:30 h. Pausa Café

12:00 h. 7ª Ponencia - Responsabilidad civil derivada de los incidentes penales de familia.  
Manuel Estrella Rutz, Magistrado de la Audiencia Provincial de Cádiz.

12:45 h. Mesa Redonda. Valoración de la incapacidad permanente en supuestos de circulación.  
Moderador: Javier López García de la Serrana, Abogado, Secretario general de la Asociación.

Intervienen:

- Andrés Veles Ramal, Magistrado de la Audiencia Provincial de Almería sección 1ª.
- Juan Ruiz-Rico Morón, Magistrado de la Audiencia Provincial de Almería sección 2ª.
- Soledad Jiménez de Cisneros Cid, Magistrada de la Audiencia Provincial de Almería sección 3ª.
- José de la Higuera Hidalgo, Forense del Instituto de Medicina Legal de Granada.
- José Manuel Villar Catubug, Abogado, Vocal de la Asociación en Madrid.

14:00 h. Almuerzo de trabajo, Degustación de productos típicos.

Jornada de tarde

17:00 h. 8ª Ponencia - La responsabilidad Civil en Delitos Terroristas.  
Javier Gómez Bermúdez, Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

17:45 h. 9ª Ponencia - El resarcimiento de los daños causados por la incapacidad permanente en supuestos de RC Laboral. José Manuel López García de la Serrana, Magistrado de la Sala 4ª del Tribunal Supremo.

18:30 h. 10ª Ponencia - Valoración del daño en supuestos de Responsabilidad Civil extraautomovilista.  
Jose Antonio Seljas Quintana, Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

19:15 h. Homenaje a Jesús Fernández Entralgo, Presidente de la Audiencia Provincial de Huelva.  
La doctrina valorista de las sentencias plebarias de 17 de abril de 2007 y su proyección sobre los diversos órdenes jurisdiccionales.

20:00 h. Clausura del Congreso.

21:30 h. Cena de Gala.

24:00 h. Baile y Barra libre.

## Sábado 26

10:00 h. Recogida en Hotel y traslado al "Poblado del Oeste".  
(Jornada de monta a caballo, grabación de película, comida vaquera, vuelta al hotel por la tarde).

# IX congreso nacional



www.asociacionabogadosrcs.org

ORGANIZA



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
ABOGADOS  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

Inscripciones  
902 361 350

