

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

nº 31

Tercer Trimestre. Año 2009

■ El Supremo valida la facultad de oponer al perjudicado la cláusula de ámbito temporal en el seguro de RC

■ A costas con los herederos, los familiares y los perjudicados

■ La lesión del derecho a la intimidad y su resarcimiento

**La mejor decisión es
la que no hay que volver a tomar**



INFOLEX

Gestión Jurídica

V.7 SQL Server

Desde 1988, más de
20.000 Profesionales
del Derecho lo
utilizan a diario

1ª Aplicación
Homologada
para trabajar con
LEXNET

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 | Traspaso de datos de otras aplicaciones | Acceso remoto a su despacho



"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."

 **Jurisoft**

PARA MÁS INFORMACIÓN:

902 090 001

www.jurisoft.es - info@jurisoft.es

JURISOFT CENTRAL

Victoria Balfé nº52-54 09006 - BURGOS || info@jurisoft.es

JURISOFT MADRID

Velázquez nº17, 6º 28001 - MADRID || madrid@jurisoft.es

JURISOFT CATALUÑA

Paseo de Gracia nº42, 2ª 08007 - BARCELONA || catalunya@jurisoft.es

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

nº31

Tercer Trimestre. Año 2009

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

www.asociacionabogadosrcs.org



Contenidos

EDITORIAL

- ◆ Jueces "soberbios". Por Javier López y García de la Serrana 5

DOCTRINA

- ◆ El supremo valida la facultad de oponer al perjudicado la cláusula de ámbito temporal en el seguro de RC.
Gonzalo Iturmendi Morales..... 9
- ◆ A cuestras con los herederos, los familiares y los perjudicados.
Mariano Yzquierdo Tolsada 23
- ◆ La lesión del derecho a la intimidad y su resarcimiento.
Jesús Fernández Entralgo 27

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 22 de septiembre de 2009.*
RESPONSABILIDAD CIVIL: Accidente de trabajo. Competencia de los órganos judiciales del orden social. Aplicación de la Jurisprudencia existente al momento de la presentación de la demanda. Aplicación del artículo 24 CE ante un cambio de jurisprudencia, entrado a conocer el orden civil... 67
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 29 de septiembre de 2009.*
RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad patrimonial por dilación indebida de la Administración de Justicia al no conceder el CGPJ prórroga al presidente del tribunal, que cumplía la edad de jubilación. Inexistencia 71
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 30 de septiembre de 2009.*
RESPONSABILIDAD CIVIL: Lesiones causadas a empleado de entidad bancaria en el atraco de ésta por un penado que no había vuelto al centro penitenciario al finalizar el permiso que disfrutó. Responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Inexistencia 79
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 23 de julio de 2009.*
RESPONSABILIDAD CIVIL: Accidente de trabajo. Indemnización de daños y perjuicios. Cálculo de la indemnización: alcance del descuento de las prestaciones de la Seguridad Social..... 86



Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD CIVIL

- ◆ *Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 21 de julio de 2009.*
RESPONSABILIDAD CIVIL: Vinculación de la reclamación civil realizada en los juicios rápidos por el Ministerio Fiscal en favor de la víctima, creando efecto de cosa juzgada..... 99

- ◆ *Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 3 de julio de 2009.*
RESPONSABILIDAD CIVIL: Indemnización a un abogado por los daños y perjuicios ocasionados en un accidente de circulación. Valoración del lucro cesante y de la incapacidad permanente parcial..... 106

PERLAS CULTIVADAS

- ◆ Pronunciamientos relevantes. Por *José M^a Hernández-Carrillo Fuentes* 111

ENTREVISTA

- ◆ Mariano Medina Crespo. Por *María del Carmen Ruiz-Matas Roldán* 125

LEGISLACIÓN

- ◆ Directiva 2009/183, de 16 de septiembre. Bruselas unifica en un sólo texto las directivas del seguro de RC de Autos..... 129

NOTICIAS Y ACTIVIDADES

- ◆ IX Congreso Nacional. Almería 2009..... 131

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



Jueces "soberbios"

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

Tengo un gran respeto por la profesión de juez, creo que para serlo hay que tener una capacidad de trabajo y sobre todo un grado de responsabilidad muy superior al de la mayoría de las profesiones. Además es una carrera que conozco muy bien, no en vano soy hijo de un magistrado que tuvo a bien tener siete vástagos, de los que seis estudiamos derecho, optando dos de ellos por la judicatura, dos por la abogacía, uno por la fiscalía y otra por la procura. La oveja negra, la hermana mayor, estudio farmacia y hace años que obtuvo la cátedra de nutrición y bromatología, lo que permitió en su momento que las conversaciones familiares no fueran monotemáticas.

El conocer de cerca esta profesión me permitió darme cuenta de que la clave para ser un buen juez, además de trabajar mucho, está en tener un gran sentido común y éste sólo se adquiere observando la realidad y escuchando a todo el mundo. Por tanto creo que la calidad de un juez esta proporcionalmente relacionada con la capacidad que éste tenga para escuchar a los demás. Pero además, la propia Ley les obliga a oír a todas las partes antes de decidir quien tiene, a su criterio, la razón sobre cualquier cuestión a dilucidar, por eso nunca puede ser bueno un juez que prejuzga.



Esta capacidad de escuchar he tenido la oportunidad de apreciarla de forma destacada en algunos jueces, a los que he podido conocer en los congresos a los que he asistido a lo largo de mi vida -que ya superan el centenar-, ya fuera en calidad de ponente o como participante. Todos estos jueces son a los que me refiero como "soberbios", pero entendiendo soberbio en su acepción de admirable, espléndido, excelente; jueces de la categoría de **Juan Antonio Xiol Ríos, Francisco Marín Castán, José Manuel Maza Martín, Ángel Illescas Rus, José Manuel de Paul Velasco, José Luis Seoane Spiegelberg, Miguel Pasquau Liaño, Vicente Magro Servet, Miguel Carmona Ruano**, etc, todos ellos asistentes como ponentes y también como participantes a nuestros congresos, pues no se limitaron a dar su conferencia y marcharse, sino que, dependiendo de la disponibilidad de tiempo que tuvieran, les he visto seguir con atención las ponencias precedentes o posteriores a la suya.

Pero el ejemplo más reciente de jueces soberbios, en el buen sentido de la palabra, lo tenemos en nuestro recientemente finalizado IX Congreso Nacional de la Asociación, magníficamente organizado por el compañero **Pedro Torrecillas Jiménez**, con el inestimable apoyo del Colegio de Abogados de Almería, del que se tiene cumplida referencia en el apartado de noticias de esta revis-



Las tres "estrellas" del Congreso: los hermanos Estrella y el organizador del mismo Pedro Torrecillas.

ta. Aquí pudimos observar como magistrados de la talla de **José Antonio Seijas Quintana, José Manuel López García de la Serrana** –aunque quede feo decirlo por tratarse de mi hermano–, **Manuel Estrella Ruiz** o el homenajeado **Jesús Fernández Entralgo**, asistían no solo a su conferencia, sino a la de otros ponentes, efecto este que es precisamente el que queremos conseguir con nuestros congresos.

Sin embargo hay una minoría de jueces que



y lo malo, es que son estos jueces los que luego dan la nota, pues como no escuchan, ni siquiera a sus compañeros, no están actualizados en el panorama jurisprudencial y doctrinal de la materia que van a tratar.

En Almería, para criticar la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 3 de julio de 2009, que se recoge al final de la sección de jurisprudencia de esta revista, se argumentó que la indemnización del lucro cesante sufrido en una incapacidad temporal (reclamable conforme a la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000) es incompatible con la indemnización que pueda concederse por una incapacidad permanente, es decir, que no es que se rechazasen dichas indemnizaciones por falta de prueba de los hechos que pueden dar lugar a las mismas, sino que aún acreditando dichos hechos, se entendía que ambas indemnizaciones son incompatibles. Ese dislate jurídico se dijo ante un auditorio de cerca de 400 letrados que llevamos años estudiando que el perjuicio económico por la incapacidad temporal es un concepto indemnizatorio totalmente diferente y compatible con el factor corrector de la incapacidad permanente para las ocupaciones habituales, con origen en la existencia de una lesión permanente, no en una incapacidad temporal.

cuando se les invita a algún congreso, llegan para dar su ponencia y al terminarla no se les vuelve a ver, y no porque tengan que coger el avión de vuelta, lo cual sería entendible, sino porque son ese tipo de jueces “soberbios”, pero en este caso entendiendo soberbio en su acepción de altanero, fatuo, presuntuoso, es decir, jueces –como decimos en mi tierra– “sobraos”, que creen que ya lo saben todo y nada tienen que aprender escuchando al resto de ponentes. Lo bueno de esto es que son, como ya he dicho antes, una extraña minoría,

Por supuesto que se puede estar o no conforme con esta sentencia a la que me refiero, puesto que realmente es novedosa en cuanto a conceder una indemnización por el lucro cesante sufrido por un abogado que está impedido durante cerca de tres meses para realizar su trabajo, y además se otorga una indemnización por la incapacidad permanente parcial que le supone la secuela valorada por el forense en tres puntos, pero basándose para ello, y ahí está la novedad, no en el criterio del forense, que no se pronunció sobre esa posible incapacidad



permanente parcial, sino en que el Tribunal entiende que el perjuicio de actividad que supone una determinada lesión permanente le corresponde valorarlo a dicho Tribunal en base a la prueba practicada en autos. Por tanto se puede estar o no conforme con que la prueba practicada haya acreditado dicha pérdida patrimonial, o con que la valoración del perjuicio de actividad y por tanto su indemnización como incapacidad permanente le corresponda al Tribunal sentenciador, pues todo el mundo es libre de tener su criterio, enriqueciendo el debate jurídico el hecho de que haya razonamientos jurídicos divergentes, pero lo que no es de recibo es criticar una sentencia con criterios absolutamente arbitrarios y sin argumentación jurídica, pues de lo contrario volveríamos a la justicia del Cadí, a la que se refería **José Manuel de Paul Velasco**, en una soberbia sentencia, ahora sí en sentido positivo, en la que precisamente criticaba la falta de argumentación de determinadas sentencias.

Pero no termino esta editorial con este mal sabor de boca, porque mientras la escribía, esa misma sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 3 de julio de 2009 era analizada en el Foro de Análisis de la Jurisprudencia, que dirige admirablemente **Miguel Pasquau Liaño**, magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía, y que organiza quincenalmente la Fundación de Estudios y Prácticas Jurídicas de Granada, institución perteneciente a la Universidad de Granada y al Colegio de Abogados de Granada. En dicho foro de debate, al que asistieron más de noventa personas, entre letrados, profesores y magistrados, se calificó la sentencia como novedosa y acertada en todos sus fundamentos, pero no por ello despreciando la de primera instancia, pues la valoración contemplada por la misma era también del todo correcta.

La conclusión a la que se llegó en el debate planteado, es que son demasiado escasas las reclamaciones por el lucro cesante sufrido como con-

secuencia de una incapacidad temporal y no digamos las reclamaciones por incapacidad permanente parcial, y que para avanzar jurisprudencialmente en esta materia, los letrados tienen que reclamar más por estos conceptos, pues es un axioma legal que no se puede dar lo que no se pide. Luego serán los jueces y después los tribunales, los que a raíz de dicha petición vayan avanzando posturas y llegando a nuevas posiciones doctrinales como la fijada en esta sentencia, compartida íntegramente en todos sus argumentos jurídicos por esos jueces que tuvieron la oportunidad de pronunciarse en dicho foro, jueces soberbios del TSJA, Audiencia Provincial y Juzgados de Granada, como **Jerónimo Garvín Ojeda, José Requena Paredes, Antonio Gallo Erena, María José Rivas Velasco, Francisco Sánchez Gálvez** (cito sólo a los que asistieron ese día, pero son muchos más los que asiduamente acuden a esta brillante iniciativa formativa), en este caso de nuevo entendiendo soberbio en el sentido de admirables, pues son jueces que prefieren dedicar parte de su tiempo libre a escuchar a compañeros y letrados, a contrastar sus criterios, en definitiva a continuar formándose, para alcanzar la excelencia en su trabajo.

Igualmente de "soberbios" y todo un ejemplo para su profesión, son aquellos jueces que hacen el esfuerzo de escribir sus opiniones y colaborar con revistas como esta, jueces como **Vicente Tovar Sabio** o **Alberto del Águila Alarcón**, que publicaron sus artículos en el anterior número de esta revista, o como **Antonio Marín Fernández**, que se ha prestado incluso a comentar la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de la que él mismo ha sido ponente, y que se publica junto con el comentario referido en el apartado de jurisprudencia de este número, la cual analiza el interesantísimo y espinoso tema de la vinculación de la reclamación civil realizada en los juicios rápidos por el Ministerio Fiscal en favor de la víctima, creando el efecto de cosa juzgada, cuya lectura recomiendo a todos.

El supremo valida la facultad de oponer al perjudicado la cláusula de ámbito temporal en el seguro de RC

Gonzalo Iturmendi Morales
Abogado



INTRODUCCIÓN

En el contrato de seguro de responsabilidad civil -a tenor del art. 73 de la Ley 50/80, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro- se viene a cubrir el nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero por un hecho de cuyas consecuencias sea civilmente responsable, conforme a derecho, dicho asegurado, de suerte



que si no hay responsabilidad civil del asegurado no nacerá la obligación del asegurador.

Nos encontramos ante un seguro de daños, en el que el interés asegurado afecta directamente al patrimonio del asegurado y en el que la responsabilidad objeto de cobertura está sometida a limitaciones legales de orden público que conviven con dos clases de derechos perfectamente delimitados. Uno es el derecho del tercero perjudicado frente a la Aseguradora (artículo 76) y el otro el derecho del asegurado respecto a ésta (artículo 73). La finalidad de esta clase de seguros no es otra que garantizar al asegurado frente a terceros. Su operatividad, conforme a la reglamentación contractual que contiene la póliza, se produce en cuanto tengan causación efectivos daños o perjuicios por los que haya de responder legalmente la parte tomadora, como aquí sucede, al materializarse un riesgo asegurado¹.

La acción prevista en el artículo 76 de la LCS, en relación con el artículo 73 de la misma Ley, con arreglo al cual el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador del riesgo de responsabilidad civil para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste el daño o perjuicio causado a tercero. Pero la acción directa prevista en dicho precepto es inmune a las excepciones que pudieran corresponder al asegurador contra el asegurado, si bien aquél puede oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. La solicitud de declaración de responsabilidad de quienes resulten asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil,

en base a lo dispuesto en el derecho material aplicable en cada caso (artículos 1902, 1903, 1101, etc.. del Código civil), constituyen simples presupuestos de la acción verdaderamente ejercitada, de la que son un mero antecedente, en la medida en que se dirigen a declarar la existencia del riesgo que es objeto de cobertura en esta póliza de seguro que formalmente legitima a éstas para ser destinatarios de las pretensiones indemnizatorias de la demanda².

La ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los seguros privados modificó en su Disposición Adicional Sexta la LCS, añadiendo un párrafo al artículo 73, con el siguiente tenor:

«Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un periodo de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su periodo de duración. Así mismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el periodo de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al

¹ Sentencia de 22-03-2007 del Tribunal Supremo. Sala: De lo Civil. Nº Recurso: 2018/2000. Nº Sentencia: 375/2007. Ponente: Sr. Seijas Quintana, José Antonio.

² Sentencia de 21-05-2008 del Tribunal Supremo. Sala: De lo Civil. Nº Recurso: 648/2001. Nº Sentencia: 438/2008. Ponente: Sr. Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio.

menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado».

Con la perspectiva de los años transcurridos desde la inserción de este segundo párrafo del art. 73 de la LCS, nos preguntamos nuevamente³ sobre su aplicación práctica, a la vista de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y especialmente la posibilidad de oponer las cláusulas de ámbito temporal de los contratos de seguro de responsabilidad civil a las víctimas que ejercen la acción directa frente a la entidad aseguradora que cubre el riesgo de responsabilidad del asegurado.

Oposición de las cláusulas de ámbito temporal

Tras la reforma del año 1995 cuestionamos si las cláusulas de ámbito temporal redactadas -de acuerdo conforme a la reforma- se podían considerar cláusulas limitativas de los derechos del asegurado o cláusulas de delimitación de cobertura. Así, ¿la cláusula de ámbito temporal supone una limitación de los derechos de los asegurados o por el contrario implica la propia delimitación de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de seguro de responsabilidad civil –desde el punto de vista temporal– de cara al riesgo transferido? Entonces afirmamos que el tenor literal del párrafo segundo del artículo 73 de la LCS resulta obvio

que se refiere a “cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados”, sin embargo, llegamos a la conclusión que en realidad la cláusula de ámbito temporal de las pólizas de responsabilidad civil implican una auténtica delimitación de la cobertura del seguro, desde la perspectiva temporal⁴.

Esta opinión fue compartida en la doctrina. “En nuestra opinión, la cláusula de delimitación temporal de cobertura no es una cláusula limitativa de los derechos del asegurado (no limita los derechos de la ley ni impone una nueva obligación que no deriva de una equilibrada reciprocidad de intereses) sino que se trata claramente de una cláusula de delimitación de cobertura, ya que determina el riesgo asegurado influyendo decisivamente en la fijación de la prima”⁵.

Frente a esta tesis algún autor llegó a considerar que si bien las cláusulas claim made deben ser admitidas siempre que cumplieran los requisitos del art. 3 de la LCS, tales cláusulas “no deberían ser oponibles al tercero perjudicado, teniendo eficacia sólo inter partes” y a mayor abundamiento “no debería existir dificultad alguna para diseñar un contrato de seguro en el que el riesgo cubierto fuese la reclamación, con independencia del momento en que se produjo el hecho dañoso”⁶.

Notemos que la calificación de las cláusulas como delimitadoras del riesgo trae consigo que no

³ Véase al respecto el estudio realizado tras la entrada en vigor de la norma, ITURMENDI MORALES, GONZALO, La delimitación temporal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil: Modificación del artículo 73 de la Ley de contrato de seguro. En: Revista de derecho de los seguros privados. Madrid. - nº 3, Mayo-Junio 1996; p. 7-46. También en http://www.mapfre.com/documentacion/publico/i18n/consulta/busqueda_referencia.cmd?forma=ficha&idValor=2424&posicion=19&campo=idautor&id=9839

⁴ Decíamos entonces que: “El contrato aceptado por el tomador del seguro no limita los derechos del asegurado, sino que delimita el riesgo asumido en el contrato, su contenido, el ámbito al que el mismo se extiende, de manera que no constituye excepción que el asegurador pueda oponer al asegurado, sino que, por constituir el objeto contractual, excluye la acción directamente, que no ha nacido, del asegurado y, por ende, la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato, tal y como veremos más adelante en el apartado relativo a la oposición del asegurador frente al tercero perjudicado al amparo de la estipulación de delimitación temporal de la póliza. En suma, la delimitación temporal de las pólizas de responsabilidad civil es consecuente con las exigencias de la seguridad jurídica, que se traducen en la necesidad de las partes de conocer el contenido de sus compromisos contractuales y particularmente sus límites temporales”. Ob. cit. pág. 15.

⁵ Decíamos entonces que: “El contrato aceptado por el tomador del seguro no limita los derechos del asegurado, sino que delimita el riesgo asumido en el contrato, su contenido, el ámbito al que el mismo se extiende, de manera que no constituye excepción que el asegurador pueda oponer al asegurado, sino que, por constituir el objeto contractual, excluye la acción directamente, que no ha nacido, del asegurado y, por ende, la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato, tal y como veremos más adelante en el apartado relativo a la oposición del asegurador frente al tercero perjudicado al amparo de la estipulación de delimitación temporal de la póliza. En suma, la delimitación temporal de las pólizas de responsabilidad civil es consecuente con las exigencias de la seguridad jurídica, que se traducen en la necesidad de las partes de conocer el contenido de sus compromisos contractuales y particularmente sus límites temporales”. Ob. cit. pág. 15.

⁶ GALÁN CORTES, JULIO CÉSAR, Ambito de cobertura temporal de los seguros de responsabilidad civil por actos médicos. Diario La Ley, 1996, Ref. D-47, Tomo 1, Editorial LA LEY.



se precise que sean destacadas de manera especial, ni ser específicamente aceptadas por escrito de acuerdo con el art. 3 de la LCS, como ha declarado la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo⁷.

La trascendencia de la cuestión resulta indudable en tanto en cuanto el riesgo solamente estará cubierto por la póliza de seguro y –en consecuencia– la entidad aseguradora se hará cargo de las consecuencias, cuando su realización se produzca durante el periodo de tiempo pactado en la cobertura acordada en el contrato.

Por otro lado, los problemas⁸ que pueden aparecer a propósito de la delimitación temporal de la cobertura se encuentran íntimamente ligados al ejercicio de la acción directa del perjudicado frente a la entidad aseguradora, en la medida en que si faltan los hechos constitutivos del derecho del perjudicado, la aseguradora no está obligada a satisfacer su pretensión si dicho perjudicado ejercita la acción directa contra él. En tales casos, “no estamos en el campo de las excepciones, en sentido estricto, sino en supuestos en los que se debe rechazar la acción porque faltan esos presupuestos”⁹.

Alcance de la acción directa de la víctima y eficacia de los límites temporales de la cobertura del seguro.

Es un hecho constitutivo de la pretensión del tercero perjudicado frente al asegurador, que su derecho de crédito a obtener la indemnización esté dentro de la cobertura del seguro. Para que surja el derecho del tercero contra el asegurador es indispensable que tenga su origen en un hecho previsto

en el contrato de seguro, porque es presupuesto de la obligación del asegurador que se verifique el evento dañoso delimitado en el contrato. Si falta tal presupuesto, el derecho del tercero frente al asegurador no llega a nacer, de forma que no estamos ante un hecho que extinga o limite ese pretendido derecho, sino simplemente ante la ausencia del mismo.

La acción directa de la víctima frente al asegurador de responsabilidad civil está consagrada en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho nacido de la ley, con carácter autónomo, que permite la exigencia por parte de la víctima del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de seguro de responsabilidad civil. Como sostiene SANCHEZ CALERO, la acción directa nace en la ley, que la fundamenta en la responsabilidad misma del asegurado, en suma, dos obligaciones que tienen por objeto la misma prestación y que cumplen la misma función de resarcir al tercero perjudicado: «La ley, al reconocer al tercero perjudicado un derecho propio frente al asegurador, lo fundamenta en el propio hecho ilícito del que deriva la responsabilidad civil del causante del daño que se encuentra asegurado. Sin embargo, como se ha dicho, el derecho del tercero al resarcimiento del daño por el causante del daño que se encuentre asegurado, no se confunde con el derecho que por ese mismo hecho nace en virtud de la ley contra el asegurador. Porque este derecho tiene como presupuesto la necesaria existencia de un contrato de seguro que cubra la responsabilidad del causante del daño: contrato que nos va a precisar quien es el asegurador contra el que puede ejercitar el tercero perjudicado su derecho y los límites dentro de los cuales el asegurador ha de hacer frente a su reclamación”¹⁰.

⁷ Véase al respecto la tabla de jurisprudencia reseñada por ARQUILLO COLET, ob. cit. p. 16-17.

⁸ Por ejemplo en materia de prescripción de la acción o bien a la hora de determinar la aseguradora que cubre el riesgo. Al respecto véase ISAZA POSSE, MARÍA CRISTINA. Ámbito temporal de la cobertura y prescripción en el seguro de responsabilidad civil. En: Revista Ibero-Latinoamericana de seguros. - Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. - Núm 22. Enero 2005; p. 129-150.

⁹ Sentencia del 14-12-2006 del Tribunal Supremo. Sala: De lo Civil. N° Recurso: 922/2000. N° Sentencia: 1350/2006. Ponente: Auger Liñán, Clemente.

¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO. La acción directa del tercero damnificado contra el asegurador, en: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, núm. 10, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1997, p.74.



Coincide la doctrina al calificar la acción directa como una evolución del contrato de seguro de responsabilidad civil y no como una estipulación a favor del tercero perjudicado, ya que el asegurado está suscribiendo el contrato en su propio beneficio, para financiar las consecuencias económicas del daño y no para beneficiar a la víctima¹¹.

Para que pueda prosperar la pretensión de la víctima que inste la acción directa frente al asegurador de responsabilidad civil, resulta necesario tanto la declaración de la responsabilidad del asegurado, como que la existencia de cobertura del contrato

de seguro que ampara dicha responsabilidad. En otras palabras, son requisitos indispensables para el éxito de la acción directa formulada exclusivamente contra la entidad aseguradora la constatación de la cobertura del seguro y la existencia de responsabilidad amparada por la cobertura.

Ambas cuestiones plantean problemas. Sabido es que la norma española consagra el derecho del perjudicado a conocer la existencia del contrato de seguro, así como su contenido¹². El ejercicio de tal derecho no implica necesariamente que la víctima tenga que demandar al asegurador en

¹¹ TOMASELLO H., LESLIE. La Acción directa en el régimen jurídico de la contaminación marina - En: Revista Ibero-Latinoamericana de seguros. - Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana. - n° 24, Junio 2006 ; p. 163-173.

¹² "estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido"



solitario, sino que puede hacerlo conjuntamente frente al asegurador y el asegurado. Sin embargo –en la práctica– el juicio declarativo instado por la víctima en base al art. 76 de la LCS, en el que no es demandado el asegurado del contrato de responsabilidad civil, termina siendo un proceso donde se revisa con bastante rigor la actuación del asegurado y si la misma es constitutiva o no de responsabilidad. Asistimos a la paradoja de la celebración de dos juicios dentro de uno, aunque con el inconveniente de no ser parte en el proceso el asegurado a quien se imputa la responsabilidad civil, que además se invoca como asegurada y al amparo de la póliza correspondiente por la que resulta demandada la entidad aseguradora correspondiente.

Pero al anterior problema se une el que ahora nos ocupa, es decir, la necesidad de que la responsabilidad esté cubierta por el contrato de seguro, así como la necesidad de que la obligación del pago de la indemnización a la víctima esté vigente a tenor de las circunstancias concurrentes en el contrato de seguro¹³.

Las obligaciones del asegurador se configuran y delimitan en el contrato de seguro, lo cual no puede verse afectado por el hecho de que la ley conceda a la víctima una acción directa para exigir el cumplimiento de dichas obligaciones. Así, la víctima no puede pretender un derecho distinto del que tendría el asegurado, de lo cual se infiere que frente a ambos, asegurado y víctima, el asegurador tiene la facultad de oponer las excepcio-

nes propias del contrato de seguro, con los límites de la inmunidad a las excepciones del asegurador contra el asegurado. El asegurador puede oponer la pérdida de vigencia del contrato y el límite de responsabilidad fijado en la póliza

También cabe preguntarse si el acuerdo del contrato de seguro de responsabilidad civil suscrito entre el tomador y la entidad aseguradora, por el que se delimita el régimen jurídico de la cobertura temporal del seguro es o no contrario a la ley, a las buenas costumbres y al orden público¹⁴.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han mostrado prácticamente unánimes a la hora de afirmar la legalidad de dichos acuerdos, en la medida que se ajusten a los requisitos establecidos en el artículo 73, párrafo 2º de la Ley de contrato de seguro.

Las cláusulas de ámbito temporal de los contratos de seguro de responsabilidad civil quedan lejos de ser consideradas condiciones generales de exoneración de responsabilidad¹⁵. Sin embargo se ha cuestionado su efectividad práctica de estas cláusulas, forzando una interpretación innecesaria de la intención del legislador: "Parece evidente que el legislador sólo concibe acotaciones mixtas que combinan la fecha del hecho (si es que a esto se refiere con el nacimiento de la obligación) con el momento de la reclamación. Por lo tanto, las fórmulas "Claims Made" puras, tan vivas y activas en nuestro entorno internacional, no resultan admisibles, al menos bajo el actual orde-

¹³ DIAZ GRANADOS, JUAN MANUEL. Las acciones relacionadas con el seguro de responsabilidad civil, páginas 285 a 335. En: *Temas relevantes del Derecho de Seguros contemporáneo* : CILA (Comité Iberoamericano de AIDA) X Congreso (D.L.2008) . Madrid : Fundación MAPFRE, Instituto de Ciencias del Seguro, D.L. 2008.

¹⁴ Sobre posibles actuaciones fraudulentas en pólizas de seguro de responsabilidad civil de Administradores y Directivos de sociedades mercantiles, mediante el mecanismo del uso fraudulento de la acción directa del perjudicado que sea la propia sociedad tomadora del seguro, véase: IRIBAREN BLANCO, MIGUEL. Problemas en la aplicación de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital. En: *Revista española de seguros*. - Madrid. - Vol. II , Nº 123-124, Julio-Diciembre 2005 ; p. 719-724.

¹⁵ AZCONA LUCIO, ÓSCAR. Sobre la buena técnica de suscripción en el seguro de responsabilidad civil cuando la técnica no parece apreciada. En: *RC : Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*. - Madrid : INESE = ISSN 1133-6900. - 01/03/2009 Número Marzo - marzo 2009, p. 54-59. Sobre la crítica a la función social del seguro véase del mismo autor *Sobre la progresiva e irreparable desnaturalización del seguro de RC, hasta convertirlo en un mero seguro de daños propios*. En: *RC: Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*. - Madrid : INESE = ISSN 1133-6900. - 01/02/2009 Número Febrero - febrero 2009, p. 50-55.

namiento jurídico¹⁶. Notemos que la modalidad de aseguramiento en base a las cláusulas Claims Made puras (sin períodos de retroactividad), está prohibida en el derecho español. Esta modalidad –muy utilizada en los países anglosajones– cubre las reclamaciones presentadas durante la vigencia del contrato de seguro siempre y cuando los hechos hubiesen ocurrido durante la vigencia de la póliza¹⁷.

Sin embargo y a pesar de las múltiples críticas que ha generado¹⁸, la norma española contempla a partir del año 1995 la posibilidad de pactar una cláusula temporal en base a reclamación, pero con la condición de que queden cubiertos los hechos generadores de responsabilidad se hayan producido o bien durante el efecto del contrato de seguro o bien con anterioridad al efecto de dicho contrato, con una retroactividad mínima de un año antes del comienzo del efecto del contrato, lo cual implica un sistema más proteccionista de los derechos de los asegurados que el modelo anglosajón que fue sancionado por nuestro Tribunal Supremo en las Sentencias de 20 de marzo de 1991¹⁹ y 23 de abril de 1992²⁰. Realmente esas sentencias ya son historia, ya que venían a resol-

ver los conflictos originados con motivo del vacío de cobertura aseguradora, unida a la falta de regulación de las características que debía tener las cláusulas de ámbito temporal, cuestión que se puede dar por zanjada a partir de la reforma del año 1995.

Efectivamente, con la reforma introducida en el año 1995 caben las siguientes modalidades de cobertura temporal.

1ª.- Límite anterior.

Hechos generadores producidos antes de la vigencia de la póliza (al menos un año desde el comienzo del efecto del contrato u otro período superior pactado en el contrato), siempre que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza.

Bajo esta modalidad se cubre las reclamaciones de la víctima durante la vigencia de la póliza, siendo práctica habitual en el mercado asegurador la exigencia de que el asegurado no tenga conocimiento de los hechos antes de la vigencia del contrato.

¹⁶ AZCONA LUCÍO, ÓSCAR. Sobre la conveniencia de un sistema actualizado y completo que regule el funcionamiento del contrato de seguro. En: RC : Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro. - Madrid : INESE = ISSN 1133-6900. - 01/06/2006 Número 6 Junio 2006, p. 4-18. Véase también del mismo autor: Sobre las exclusiones que no resultan oponibles al tercero perjudicado : ¿exclusiones relativas o relatividad en la exclusión?. En: Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro : Caso Práctico. - Madrid : INESE. - n° 4, Abril 2006 ; p. 57-62.

¹⁷ Para la delimitación temporal del riesgo y su evolución en el derecho comparado, véase: DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, JUAN MANUEL La Delimitación temporal de la cobertura en el seguro de la responsabilidad civil profesional (Sistema Claims made) . En: Revista Ibero-Latinoamericana de seguros. - Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana. - Núm 22. Enero 2005; p. 79-128.

¹⁸ En opinión de GUTIÉRREZ GILSANZ, JAVIER "porque deja fuera de la cobertura del seguro la responsabilidad que pudiera haber surgido, por hechos previstos en el contrato y acaecidos durante la vigencia material de la póliza, cuando la reclamación se produzca más de un año después de la extinción de la misma. Lo que, en definitiva, significa resolver el problema que para los aseguradores supone la responsabilidad derivada de los daños diferidos a costa de trasladárselo a los asegurados." Delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil de auditores y «cláusulas claim made». El nuevo artículo 35.1 del Reglamento de Auditoría de Cuentas. Diario La Ley, N.º 6447, 23 Mar. 2006, Año XXVII, Ref. D-77, Editorial LA LEY.

¹⁹ La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1.991, en la que fue Ponente el Magistrado Sr. Fernández Rodríguez, declaró no ajustada a derecho la actitud de «C. DE S., S.A.», de rechazar al Colegio Oficial de Médicos de Barcelona los siniestros acaecidos por actos médicos realizados durante la vigencia de la póliza, reclamados con posterioridad a la misma, a pesar de que en la cláusula 11 de la póliza de seguro de responsabilidad civil, se pactara entre las partes que: «la Compañía garantiza a los Señores médicos asegurados, hasta los límites señalados en el presente contrato, el pago de las indemnizaciones a que por cualquier reclamación o reclamaciones inherentes a la práctica profesional de médico se le formulen al Sr. Asegurado, durante el periodo de vigencia de la póliza, en razón a cualquier imprudencia, error, y/o omisión involuntaria, por virtud de los que resultare civil y legalmente responsable frente a terceros», así como que «la cobertura otorgada bajo esta póliza alcanza a aquellas reclamaciones por hechos ocurridos estando en vigor el contrato, siempre que unos y otros sean puestos en conocimiento de la Compañía dentro del período de vigencia de la póliza».

²⁰ La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 23 de abril de 1.992, en la que fué ponente el Magistrado Sr. Gullón Ballesteros (recurso de casación número 509/90) es plenamente coincidente con la comentada en el apartado anterior de 20 de marzo de 1.991. Es más, llega no sólo a citar a la referida Sentencia, sino que se da la circunstancia de que la Compañía de Seguros condenada es la misma que en el caso anterior, tratándose de la misma póliza de seguros.



Como indicamos el hecho generador de la responsabilidad por parte del asegurado debe haber tenido lugar con anterioridad al menos de un año desde el inicio de la vigencia de la póliza, pero se puede pactar un período de retroactividad mayor. También quedarán dentro de la cobertura del seguro aquellos hechos ocurridos no solo durante el período de retroactividad pactado sino también durante la vigencia del mismo.

En suma, esta modalidad es una cláusula de Claims made (en base a reclamación) con un período mínimo de retroactividad fijado por el legislador de un año.

2ª. Límite posterior.

Hechos generadores ocurridos durante el efecto de la póliza, reclamados por el perjudicado o bien durante la vigencia o bien durante un período mínimo de descubrimiento de un año.

En esta modalidad de aseguramiento el siniestro consiste en la ocurrencia del hecho generador de responsabilidad. El siniestro está cubierto siempre y cuando la reclamación se produzca o bien durante la vigencia de la póliza o bien durante el período mínimo post contractum de 1 año o en el período post contractum que pacten expresamente las partes en la póliza.

3ª.- Límite mixto.

Ambas modalidades de limitación del ámbito temporal se pueden combinar, no existiendo limitación legal al respecto. Esta solución es muy beneficiosa para el asegurado, aunque implica un mayor



coste del seguro, con independencia de los problemas que puedan surgir en caso de concurrencia de seguros.

Resaltamos el hecho de que la LCS nada dice sobre la necesidad de comunicar a la entidad aseguradora la reclamación²¹ durante el efecto de la póliza (en el caso de optar por sistema Claim made) o notificar a la aseguradora la reclamación

²¹ Entendiendo como tal cualquier comunicación verbal o escrita en petición de resarcimiento o bien la notificación de un hecho o circunstancia que razonablemente pudiera dar lugar a una petición de resarcimiento. Notemos que el Tomador del Seguro o el Asegurado deberá comunicar a la Compañía el acaecimiento del siniestro dentro del plazo máximo de siete días de haberlo conocido, salvo que haya fijado en condiciones Especiales o Particulares un plazo más amplio, pero nunca más pequeño. Y recordemos que en caso de incumplimiento, la aseguradora podrá reclamar los daños y perjuicios causados por la falta o retraso de la declaración, siempre y cuando acredite los mismo, pero no podrá rechazar el siniestro sin más. Véase al respecto IRIBARREN LÓPEZ, GEMA. De Los Daños y perjuicios sufridos por el asegurado debidos al incumplimiento de la Ley de Contrato de Seguro y del propio contrato por parte del tomador/asegurado en el ámbito del seguro de responsabilidad civil. - En: Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro. - Madrid : INESE. - nº 11, diciembre 2004; p. 20-27.



gales y contractuales. El efecto expansivo de una mal entendida “función social del seguro” nunca debe llegar a constituirse como un “falso título de imputación de responsabilidad”²². En defensa de las buenas técnicas de suscripción en el seguro de responsabilidad civil y como afirma AZCONA LUCÍO, “después de un adecuado y correcto análisis del riesgo la mesurada exposición de las condiciones y coberturas en el contrato, conforme a lo que las partes han acordado, es algo muy importante y debería brindársele todo el interés que merece”²³.

El mercado asegurador establece sus pautas contractuales de acuerdo con su propia capacidad, el mercado del reaseguro y las tendencias internacionales. Sin embargo los límites legales parecen bien definidos en nuestro ordenamiento, sin que impliquen desprotección ni del asegurado ni de la víctima y son compatibles con las tres variables fundamentales a tener en cuenta en la dinámica de cualquier siniestro de responsabilidad civil. Por una lado, la acción generadora de la responsabilidad (*action committed*), que tiene virtualidad propia con independencia de cuando se manifieste el daño o de cuando se produzca la reclamación, en segundo lugar el daño propiamente dicho (*loss occurrence*) que alcanza su significación en la medida que se configure en el contrato como decisivo para establecer la cobertura de los daños que se manifiesten durante la vigencia del contrato; y finalmente la reclamación (*claims made*), que resulta determinante en tanto en cuanto se establezca la cobertura del seguro en virtud de la fecha en la que la víctima plantee su reclamación.

durante el período de descubrimiento (en caso de optar por el sistema de ocurrencia). El requisito adicional de la notificación a la empresa aseguradora la existencia de la reclamación durante tales períodos no está contemplada en la norma, de ahí que sea cuestionable su legalidad.

Resulta evidente que el objeto del seguro de una póliza de responsabilidad civil es un mecanismo de derecho sujeto a una serie condiciones le-

Por todo ello, hoy por hoy es perfectamente posible contratar seguros de responsabilidad civil con garantías suficientes para el asegurado que

²² MEDINA CRESPO, MARIANO. Falsos Títulos de imputación de la responsabilidad civil extracontractual. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad civil y Seguro. Ponencias IX Congreso Nacional. Almería Septiembre 2009. Editorial SEPIN, S.L. Las Rozas (Madrid) ISBN 978-84-92666-30-0, p. 315-364.

²³ LUQUE JIMÉNEZ, MARÍA DEL CARMEN. Las Cláusulas limitativas y exoneradoras de responsabilidad civil - En: RC : Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro. - Madrid : INESE = ISSN 1133-6900. - 01/04/2009 Número Abril - abril 2009, p. 7-24.



amparen todas las posibilidades temporales que podamos imaginar, respetando los mínimos establecidos en el párrafo segundo del art. 73 de la LCS.

Los problemas generados por los vacíos de la cobertura del contrato de seguro pueden ser evitados a priori antes del perfeccionamiento del contrato de seguro, para ello es fundamental el papel del mediador que deberá advertir al tomador del seguro el posible vacío de cobertura antes de suscribir el contrato, informando en cada caso de los pros y los contras que implique la decisión que se tome en orden a elegir una u otra modalidad de cobertura temporal.

Si a pesar de todas estas cautelas precontractuales llegan a producirse vacíos de cobertura como consecuencia de la falta de previsión del tomador del seguro, nunca podrán achacarse tales vacíos de cobertura a las aseguradoras que intervinieron en la sucesiva contratación de los contratos de seguro de responsabilidad civil²⁴, siempre y cuando –insistimos– las aseguradoras respeten en sus condicionados contractuales los límites legales establecidos en el artículo 73, párrafo 2º de la LCS y no sean contrarios a la buena fe, injustos o desproporcionados.

Validación del Tribunal Supremo de la posibilidad de oponer a la víctima la cláusula de ámbito temporal en la póliza de responsabilidad civil.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 23 abril de 2009, dictada en el Recurso de casación nº 497/2003, de la que fue Ponente Sra. Doña Encarnación Roca Trias, ha supuesto la consolidación del principio de la oponibilidad de la cláusula de ámbito temporal del contrato de seguro de

responsabilidad civil frente a la víctima que ejerce la acción directa del artículo 76 de la LCS.

La Sentencia constata en aquel caso que existía una delimitación del período temporal de cobertura, que las partes podían pactar en virtud de lo establecido en el Art. 73 LCS, que les afecta y que nadie ha impugnado. En consecuencia, afecta también a los que ejerciten la acción directa, puesto que nos hallamos ante unas cláusulas delimitadoras del riesgo, que definen de forma clara el siniestro que dará lugar a la reclamación y además, determinan el período temporal de la cobertura, que se identifica en tiempo de vigencia del contrato, dentro del que debe haberse efectuado la reclamación que obliga al asegurado a indemnizar al perjudicado

El mencionado recurso de casación se resolvió, en lo referente a la aseguradora A.A.I. S.A, de la siguiente forma que trascribimos dada la trascendencia de la resolución:

“OCTAVO. Se van a examinar en primer lugar los motivos cuarto y quinto del recurso presentado por la aseguradora A.A.I. S.A. En el motivo cuarto, se denuncia la infracción, por violación, del Art. 73 LCS, en relación con el Art. 1 LCS. Señala que la aseguradora A.A.I. S.A, no pudo alegar en la segunda instancia los argumentos necesarios para defender las cláusulas de la póliza, que recogían la delimitación de la cobertura del seguro en el supuesto de trabajos realizados para el asegurado, por contratistas, subcontratistas y adjudicatarios. Al haber tenido en cuenta la sentencia recurrida el límite de cobertura establecido en la póliza, no había ninguna razón para ignorar que la cláusula exigía que la reclamación al asegurado o al asegurador se efectuase den-

²⁴ Al respecto véase PACHECO CAÑETE, MATILDE. El Seguro de responsabilidad civil de los auditores y cláusulas de reclamación : la reforma del artículo 35.1 del Reglamento de Auditoría de Cuentas. En: Revista Española de Seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados. - Madrid = ISSN 0034-9488. - 01/12/2007 Número 132 - diciembre 2007, p. 463-473.

tro del periodo de vigencia de la póliza, y, por el contrario, ha considerado que bastaba para que el siniestro quedase comprendido dentro del ámbito de cobertura temporal, sin haberse cumplido el requisito pactado de que la reclamación se hubiese practicado en la persona del asegurado o del asegurador dentro del periodo de vigencia. Ello ha producido indefensión a la recurrente.

El motivo quinto denuncia la infracción, por violación del Art. 76 LCS, en relación con el Art. 73 y el Art. 1, ambos de la Ley de Contrato de seguro. La sentencia declara que no son oponibles a terceros las cláusulas y relaciones entre la aseguradora y el tomador del seguro; sin embargo, la acción directa del Art. 76 LCS tiene su fundamento en el propio contrato por lo que su contenido puede hacerse valer frente al asegurado y así, en el seguro de responsabilidad civil, la regla general es que la obligación del asegurador viene determinada frente a terceros por la cobertura del asegurado. Las cláusulas aceptadas por la Administración pública asegurada constituyen el contenido del contrato, de modo que son una excepción que el asegurador puede oponer al perjudicado, por lo que la acción directa queda excluida, ya que éste no puede alegar un derecho al margen del propio contrato.

Los motivos cuarto y quinto se estiman. Tal como ha venido definido en el Art. 76 LCS, la acción directa contra el asegurador de quien presuntamente ha causado el daño, constituye un derecho del perjudicado para exigirle el cumplimiento de la obligación nacida en cabeza del asegurado y ello para evitar el circuito de acciones a que llevaría la necesidad de reclamar en primer lugar al causante-asegurado, para que éste reclamase a su aseguradora, una vez hubiese pagado la correspondiente indemnización. Se trata, por

tanto, de un derecho propio del tercero perjudicado frente al asegurador, reconocido en el seguro de responsabilidad civil, tal como está regulado en el actual Art. 76 LCS. Tal como se ha señalado en esta Sala, es necesario que el daño «[...] tenga su origen en un hecho previsto en el contrato de seguro. Porque es presupuesto de la obligación del asegurador que se verifique el evento dañoso delimitado en el contrato» (STS de 20 diciembre 2005 y las allí citadas, así como las de 10 mayo y 14 diciembre 2006).

El Art. 76 LCS establece que si bien la acción directa es inmune a las excepciones que el asegurador pueda oponer al asegurado, frente a la reclamación pueden oponerse las denominadas «excepciones impropias», es decir, aquellos hechos impositivos objetivos, que deriven de la ley o de la voluntad de las partes, tal como señala la sentencia de 22 noviembre 2006, entre otras. Por tanto, el asegurador podrá oponer frente al tercero que ejercite la acción directa, todas aquellas condiciones establecidas en el contrato y relativas a su contenido, que podría haber opuesto frente a su asegurado en el caso de que éste fuera quien hubiese reclamado.

La cláusula relativa al periodo de cobertura establecía lo siguiente: «modificando en lo preciso las condiciones generales impresas, quedan cubiertas las reclamaciones presentadas al asegurado, o al asegurador en el ejercicio de la acción directa, durante el periodo de vigencia de la póliza, que se deriven de siniestros ocurridos a partir de 1 de marzo de 1989». Además, para el caso de no renovación de la póliza o de su vencimiento, se estableció un periodo de doce meses a partir de la fecha de vencimiento, para la reclamación de siniestros producidos durante la cobertura de la póliza hasta el vencimiento.



Para resolver la reclamación de la aseguradora A.A.I. S.A. se requiere fijar las fechas en que han acontecido los hechos con la finalidad de determinar si la aseguradora A.A.I. S.A. podía o no oponer al demandante ahora recurrido las excepciones que señala: a) el accidente tuvo lugar el 29 de marzo de 1994, por tanto, dentro del período de vigencia de la póliza, b) la póliza estuvo vigente hasta el 1 de marzo de 1996, por lo que teniendo en cuenta el período de doce meses establecido en las condiciones a que se ha hecho referencia, la reclamación debería haberse presentado antes de 1 de marzo de 1997 y c) la demanda se presentó el día 14 de mayo de 1999.

Existía, por tanto, una delimitación del período temporal de cobertura, que las partes podían pactar en virtud de lo establecido en el Art. 73 LCS, que les afecta y que nadie ha impugnado. En consecuencia, afecta también a los que ejerciten la acción directa. Como afirma la sentencia de 4 de junio de 2008, «En conclusión nos hallamos ante unas cláusulas delimitadoras del riesgo, que definen de forma clara el siniestro que dará lugar a la reclamación y además, determinan el período temporal de la cobertura, que se identifica en tiempo de vigencia del contrato, dentro del que debe haberse efectuado la reclamación que obliga al asegurado a indemnizar al perjudicado, [...]».

Al no haberse podido oponer dichas cláusulas por la aseguradora, se ha vulnerado la norma del Art. 76 LCS, porque es cierto que dicha aseguradora es responsable si su asegurado lo es, pero siempre de acuerdo con las condiciones pactadas en el contrato.

NOVENO. La estimación de los motivos cuarto y quinto del recurso de la aseguradora A.A.I. S.A. exime a esta Sala de entrar en el examen de los otros motivos de su recurso, que se refieren, el primero, a la infracción del Art. 1902 CC y del Art. 134 del Reglamento General de contratación del Estado, D 3410/1975, de 2 noviembre, que insiste en que la aseguradora podría haber utilizado las defensas jurídicas que correspondían a su asegurada; el segundo, que denuncia la violación de los Arts. 1902 y 1104 CC, porque la asegurada tenía sólo la facultad, pero no la obligación de supervisar a sus arquitectos; el tercero, que denuncia la violación del Art. 73 LCS, porque no se ha tenido en cuenta lo acordado entre la asegurada, OSAKIDETZA, es decir la administración sanitaria del País Vasco y la aseguradora, sobre la cobertura temporal del seguro, y el sexto, que señala la infracción del Art. 20 LCS, que al haber sido estimado su recurso en lo principal, carecen de razón de ser²⁵.

La Sentencia fue ampliamente comentada por LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J. en diversos aspectos de la misma (competencia de la Jurisdicción Civil en aquellos casos en que han sido demandadas otras personas distintas de la empresa contratante del trabajador lesionado, no aplicación de la doctrina del riesgo, intereses moratorios del art. 20 de la LCS, etc.), salvo en el relativo a la estimación de los argumentos de la entidad aseguradora recurrente que había alegado desde el primer momento de la contestación de la demanda la cláusula de ámbito temporal. Como indicamos la Sentencia –junto con las citadas en la misma– suponen la validación por parte del Tribunal Supremo de la posibilidad de oponer a la víctima la cláusula de ámbito temporal en la póliza de responsabilidad civil²⁵.

²⁵ LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, JAVIER. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 23 de abril de 2009. En: Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Granada = ISSN 1887-701.- Número 30 Segundo Trimestre 2009, p. 94-108.



De todo lo anterior podemos extraer las siguientes conclusiones:

1ª.- Las cláusulas de delimitación temporal de la cobertura del contrato de seguro de responsabilidad civil, que se ajusten a lo previsto en el párrafo segundo del art. 73 de la LCS, pueden oponerse al tercero perjudicado, puesto que el principio general de no oponibilidad de excepciones del art. 76 de la LCS, no alcanza a los límites objetivos del seguro derivados de la voluntad de las partes.

2ª.- El juzgador acierta cuando se limita a verificar si la cláusula de cobertura temporal es ajustada al ordenamiento jurídico y por tanto no resulta lesiva a los derechos del asegurado, al no situarlo en una posición de desequilibrio injusto entre los derechos y las obligaciones de las partes contra-

tantes, o que sean contrarias a la buena fe, injustas o desproporcionadas.

3ª.- El debate sobre la validez de las cláusulas de ámbito temporal en los contratos de seguro de responsabilidad civil, no debe centrarse en los criterios que fundamentaron las resoluciones del Tribunal Supremo anteriores a la reforma del año 1995. Tiene poco sentido retomar controversias doctrinales sobre si en el contrato de seguro de responsabilidad civil debe primar la postura doctrinal que sitúa el momento determinante en aquel en el que se produce la reclamación del perjudicado o bien en aquel en el que se produce el hecho dañoso que motiva la reclamación²⁶. Las resoluciones de los órganos jurisdiccionales basadas en hechos anteriores a la mencionada reforma tuvieron su razón de ser a tenor de la concurrencia -en

²⁶ Véase al respecto el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de 03.07.2009, de LOPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, JAVIER. Análisis doctrinal sobre la cobertura temporal en las pólizas de R.C. profesional: Determinación de la póliza que cubre el siniestro en base a la fecha del hecho dañoso por el que se reclama y no a la fecha de la reclamación del perjudicado. En: Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro. - Madrid : INESE = ISSN 1133-6900. - 01/09/2009 Número 8 Septiembre 2009, p. 45-49.



los casos enjuiciados- de condiciones contractuales sin encaje en nuestro ordenamiento, unido a un vacío normativo en la materia, hoy superado por un sistema que ha sido calificado como ecléptico, pero que resulta satisfactorio en la medida en que establece los mínimos requisitos que deben tener estas cláusulas. La clave, en cada caso, para la correcta interpretación sobre la validez de las cláusulas de delimitación temporal de los seguros de responsabilidad civil está en su adecuación a los requisitos impuestos en nuestro ordenamiento jurídico.

Nada más producirse la reforma del art. 73 de la LCS mediante la Disposición Adicional 6ª, número 5, de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados

(BOE núm. 268, 9.11.1995), LOPEZ-COBO orientó acertadamente el análisis del ámbito temporal la cobertura de los contratos de seguro de responsabilidad civil²⁷. Años después afirmaba que “el seguro de responsabilidad civil es un instrumento valioso, imprescindible en una sociedad moderna en los ámbitos de la actividad privada, profesional e industrial, del que debe hacerse un correcto uso y cuya operatividad no debiera llevarse más allá de los límites pactados”²⁸. Efectivamente solamente de esa forma podrá desempeñar de manera efectiva y continuada la función social que modernamente se le atribuye, cumpliendo con las exigencias de la seguridad jurídica, que se traducen en la necesidad de las partes de conocer el contenido de sus compromisos contractuales y en particular los límites temporales.

²⁷ LOPEZ COBO, CLAUDIO I. Los límites temporales del seguro de responsabilidad civil general. Perspectiva jurídica y criterios de delimitación. En: Nacional de Reaseguros, S.A. Madrid 1.995.

²⁸ LÓPEZ-COBO, CLAUDIO I. Seguro de R.C. (2ª parte) : hacia la reforma de la Ley de Contrato de Seguro. En: Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro. - Madrid : INESE. - nº 1, Enero 2004; p. 4-15.

A cuentas con los herederos, los familiares y los perjudicados

Mariano Yzquierdo Tolsada
Catedrático de Derecho Civil
(Universidad Complutense)



Crónica de urgencia sobre un aspecto del IX Congreso Nacional de la Asociación

Mi ingenuidad me había llevado a creer que, invitado el Magistrado Gómez Bermúdez a presentar una ponencia en el IX Congreso Nacional de la Asociación de Abogados especializados en Responsabilidad civil y Seguro, íbamos a salir de dudas. Al fin y al cabo, el tema a él asignado era precisamente el de la responsabilidad civil en los delitos de terrorismo. Aseguro que confiaba en que alguna matización iba a poderse oír de labios del ponente de la sentencia del 11-M, una sentencia que cometió la atrocidad de confundir, para los casos de indemnización por causa de muerte, a los herederos con los perjudicados. Pensé que al menos se iba a limitar a escudarse en el hecho, poco contestable, de que ni el Ministerio Fiscal ni las acusaciones particulares habían hecho bien sus



deberes, con lo que difícilmente podía el Tribunal entrar a conocer de extremos no solicitados.

Pero no. Don Javier Gómez Bermúdez insistió en que el daño por el dolor causado por las muertes en aquel funesto jueves de marzo de 2004 había de ser resarcido, no a quien lo hubiera sufrido, sino a los herederos de las víctimas, sean o no perjudicados y aunque nada sufran. Aseguro que lo dijo, y que lo escucharon mis dos oídos y otros cerca de seiscientos oídos más (a dos por persona) en aquel magnífico Auditorio Maestro Padilla de Almería. Fue alrededor de las seis y cinco de la tarde del 25 de septiembre de 2009.

Vayamos por partes. La sentencia de la Audiencia Nacional a la que me refiero es la de 31 de octubre de 2007 (nada pudo después decir el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de julio de 2008, pues los recursos no dieron pie para las rectificaciones). Una pena que el, por lo demás, descomunal esfuerzo del tribunal del 11-M no se hubiera visto rematado con una atención digna al aspecto de la responsabilidad civil, al que se dedican solo cinco de sus más de setecientas páginas. Como nada se decía en el primer texto acerca de cuál debía de ser la cuantía de las indemnizaciones por causa de muerte, el lapsus provocó un auto de aclaración de 2 de noviembre, en el que se lee: «Revisada la sentencia notificada, se comprueba que en la página 712 no consta la cuantía de la indemnización por fallecido que fija el Tribunal, que es de 900.000 euros». Pero como tampoco se dice quién tiene derecho a percibir la indemnización, otro auto de aclaración de 22 de noviembre se permite el antojo de proclamar que «son beneficiarios de las indemnizaciones que traigan causa de víctimas fallecidas los familiares que ostenten la condición de herederos».

Mal está, desde luego, que los autos de aclaración se utilicen para fines tan lejanos a su cometido, y lo más cómodo es decir aquello de «sin

comentario», pero es mejor dedicar unas líneas a destacar dos cosas: la muerte de cada una de las 192 víctimas mortales provocó, según la sentencia, idéntico perjuicio a cada beneficiario. Da igual que el muerto dejara o no huérfanos, o dejara padres o solo madre, o dejara madre y hermano o novio o recién casada. Todos los fallecimientos han provocado exactamente el mismo daño. Y, por si no fuera ya pequeño el disparate, son beneficiarios... «los familiares que ostenten la condición de herederos», no los perjudicados por las muertes.

El panorama es curioso. Desde luego, lo más frecuente será que en un caso de indemnización por causa de muerte, los perjudicados directos sean también herederos de la víctima fallecida. Pero, ¿y si no hay más herederos que un colateral del cuarto grado que llevaba más de diez años sin ver al ahora fallecido? Y si el fallecido dejó viuda y también hijos independizados económicamente, ¿«heredan» éstos teniendo aquélla solamente su cuota legal usufructuaria? ¿Y si, no existiendo personas llamadas a la sucesión intestada, resulta ser el Estado el llamado a heredar (art. 956 del Código civil)? No creo yo que el Estado nos ame tanto como para considerarse perjudicado por nuestra muerte.

Pero Gómez Bermúdez insistió: la Audiencia Nacional en ningún caso entró a conocer de los aspectos sucesorios, ni manejó un concepto puramente civil de heredero (¿es que hay algún concepto de heredero que no sea el civil?), ni se puso a cavilar en orden a conocer qué usufructo de qué cónyuge viudo procedía reconocer (?). Se utilizó la expresión herederos como «delimitación subjetiva del grupo de beneficiarios», para que después, los órganos de la Administración encargados de repartir determinaran las personas concretas.

¿«Delimitación subjetiva del grupo de beneficiarios»? Pues por eso, precisamente, está equivocada la sentencia. Algunos insistimos en aquel debate, pero no hubo manera.



Y es que una cosa son los daños sufridos de manera directa por personas distintas de la víctima directa del daño, cuyas pretensiones indemnizatorias precisarán de la prueba del daño directamente sufrido, sean familiares o no, y otra los daños sufridos directamente por la víctima, que, debido al fallecimiento, ingresan como crédito en el patrimonio hereditario y se transmiten *mortis causa*, reclamaciones cuya exigencia solamente precisa de la acreditación de la condición de heredero. Así, entre las víctimas mortales del 11-M, es de suponer que habrá a) daños patrimoniales, como son los gastos de entierro y funeral, que constituyen cargas hereditarias y, para los que no murieron de manera instantánea sino tras días, semanas o meses de ingreso hospitalario, los de clínica y farmacia, impedimento para el trabajo, etc.; b) daño moral inferido con la lesión mortal a la víctima; c) daños morales experimentados por las personas allegadas a la víctima, lesionadas en sus afecciones más íntimas y legítimas; y d) daños patrimoniales directos que a esas mismas personas allegadas se les ha causado al verse privadas de los recursos que con su trabajo les proporcionaba la víctima. Despacharles

a todos con una cifra idéntica, y a cobrar “por los herederos” es una completa monstruosidad.

Dentro del conjunto de perjudicados, lo será el cónyuge del fallecido, en concurrencia con sus hijos, sin preferencia de aquél sobre éstos (como se lee en la STS de la Sala 2ª de 26 de junio de 1986). Naturalmente, no lo será aquél en caso de separación conyugal (STS de 12 de noviembre de 1981), ni lo serán éstos cuando hubieran desatendido sus obligaciones filiales (STS de 25 de junio de 1983). En ausencia de otras personas, habrá que buscar a los nietos como allegados más cercanos (STS de 15 de abril de 1988), y podrá haber otros casos de concurrencia de perjudicados (cónyuge y padres, en la STS de 20 de abril de 1982, o hermanos y padres, en la de 6 de abril de 1989).

Pero junto a los parientes, es admisible la reclamación de cualquier persona efectivamente perjudicada, como es el caso de la prometida (STS de la Sala 4ª de 12 de marzo de 1975) o el conviviente no casado, o los hijastros de la víctima que, además, colaboraban en trabajos comunes (STS



de 2 de febrero de 1973), o la clásica «tata de toda la vida» (STS de 17 de mayo de 1973), o la joven que vivía y cuidaba de la anciana, concurren o no herederos dentro del cuarto grado que ya no se relacionaban con ella (STS de 10 de febrero de 1972). El error es doble, pues, una vez se decide que el ámbito subjetivo de los beneficiarios está constituido por los herederos, el mismo se limita a continuación a los que, siendo herederos, fueran además familiares. Éramos pocos... Como no tenemos suficiente con los herederos y perjudicados, entran en liza los parientes o familiares. Y la novia, a la calle. Claro, que a veces hay que alegrarse de que las consideraciones de justicia material se impongan sobre las puramente técnicas, a la vista de que las acusaciones están mal planteadas al hablar precisamente de parientes, pues el título de parentesco «normalmente presupone ese natural interés, aprecio y recíproca asistencia o amparo (que se presume) entre las personas por tal vínculo ligadas» (sentencia de 24 de noviembre de 1970). Pero ni todo heredero es perjudicado, ni todo pariente tampoco lo es. Por ello, habría que exigir, cada vez que en la sentencia se ha fijado una suma global (lo cual tiene mucho de arbitrariedad, cuando no de auténtica lotería judicial), que en la fase de ejecución se acredite el perjuicio (para los daños directamente sufridos por los terceros, y señaladamente, por los parientes) o la condición de heredero (para los daños que sí formaban parte del patrimonio hereditario del finado). Así se dice en la sentencia de 7 de junio de 1983, dictada para poner término al caso del funesto accidente del camping de Los Alfaques, en el que la Audiencia, entre otras cosas, había condenado a que se pagaran tres millones de pesetas a las personas que acreditaran su condición de perjudicados por la muerte de dos personas sin identificar (?).

En fin, la importante STS de 15 de abril de 1988 decía, con algo más que una fina ironía, que los Tribunales de Instancia, «desechando toda inclinación a la comodidad, deben declarar en sus

sentencias, nominatim y en cuanto sea posible, las personas a las que debe pagarse o satisfacerse la indemnización, así como la cuantía de la misma y la suma, cantidad o cuota que corresponde a cada uno de los beneficiarios», y no proceder «con singular apatía y siguiendo la ley del mínimo esfuerzo» (sin) «asumir la ingrata e improba tarea de indagar quiénes eran los parientes más próximos». Hay que insistir, de todas maneras, en que la culpa no es solamente de los jueces. Los Fiscales (y con frecuencia, las acusaciones particulares) ejercitan como autómatas la acción civil sin tenerse que preguntar quién es el perjudicado ni quién el heredero ni hacer averiguaciones complicadas. Así, sin interesarse por las normas del Derecho de la responsabilidad civil, ni tampoco (menos aún) por las del Derecho de sucesiones, resulta mucho más sencillo y cómodo no hablar de derecho propio ni de transmisión: vale con una indemnización global concedida «a quienes sean los herederos». Pueden verse las sentencias de 12 de mayo de 1980 y 15 de febrero de 1989, como exponente de validación de mecanismo tan poco técnico.

La verdad sea dicha: que los daños material y moral infligidos ex iure proprio a las personas allegadas (parientes o no, herederos o no) continúen en 2007 confundiendo con el daño sufrido por el finado y transmitido iure hereditatis a los herederos (sean o no perjudicados) es, sencillamente, intolerable, y solo demuestra que la responsabilidad civil sigue siendo la cenicienta de la justicia penal. Y que algunos jueces del orden penal siguen dispuestos a utilizar una extraña suerte de Derecho civil light, como el que, de modo compendiado, se estudia en las carreras de Ciencias Políticas o en Relaciones Laborales. Pero aseguro que, por mucho menos, mis alumnos, que aún no son Presidentes de la de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, no aprueban Derecho civil si dicen estas cosas. Al menos sí saben distinguir entre los protagonistas del serial cuando de Derecho de obligaciones se trata y los del Derecho de sucesiones...

La lesión del derecho a la intimidad y su resarcimiento

Jesús Fernández Entralgo
Presidente de la Audiencia Provincial de Huelva



1. INTRODUCCIÓN.

1.1. El antropocentrismo individualista.

En el primero de los Libros de la Torá, el del Bereshit o del Comienzo (de todo), que la cultura cristiana conoce como del (más correctamente, de la) Génesis, se lee (1, 26-27) que, como último acto creador, se dijo Dios, en una inquietante primera persona del plural: «... Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza, para que domine sobre los peces del mar, sobre las aves del cielo, sobre los ganados y sobre las bestias de la tierra, y sobre cuantos animales se mueven sobre ella. Y creó Dios al hombre a imagen suya, a imagen de Dios I creó, y los creó macho y hembra...».



El autor del texto –seguramente sin conciencia de ella– proporcionaba una contundente cobertura ideológica la creencia en la diferencia cualitativa del grupo zoológico *Homo sapiens sapiens*, como ser superior. Toda la Creación giraba en su torno y estaba puesta a su servicio. ¡Ahí es nada!

El Cristianismo insistió en ello, presentando a los seres humanos como hijos de Dios (Pablo, ad Galatas, 4,6), redimidos por la Sangre preciosa de Jesucristo (I Pedro, 1).

1.2. La sociabilidad del grupo zoológico humano.

Los antropólogos no dudan en afirmar la sociabilidad del grupo zoológico humano, que, en su evolución cultural, se transforma en politicidad, en la medida en que se construyen sistemas de organización del poder dentro de los grupos que forman. Como su modelo, en la Grecia clásica, era la ciudad (la polis: en realidad, abarcaba algo más que el espacio urbano, extendiéndose al entorno campesino inmediato), Aristóteles, en su Política, proclamó que el hombre era una animal político, definición que hay que matizar para librarla de las adherencias ideológicas que se le añadieron con el paso de los siglos.

1.3. La tensión entre el mantenimiento de la individualidad personal y la convivencia en sociedad.

Sin embargo, la convivencia, tan provechosa para los asociados, implica una dosis variable de sacrificio. El establecimiento de las bases de ese

intercambio recíproco colectivo es el objeto de la doctrina del Contrato social, cuyas formulaciones más conocidas se desarrollan entre Thomas Hobbes y Jean-Jacques Rousseau.

Sigmund Freud, en *El malestar en la cultura*¹, justifica la imposición de un determinado orden social, a condición de que se guarde el equilibrio entre las renunciaciones que cada persona ha de hacer (concesiones del principio del placer) y los beneficios que recibe a cambio (principio de necesidad), equilibrio que exige la constitución democrática de la Sociedad de modo que ninguna persona o grupo de ellas imponga la satisfacción de sus necesidades de placer sobre otra u otras.

1.4. La aldea global y la tercera ola.

En 1962, en «The Gutenberg Galaxy»², Marshal McLuhan escribió unas palabras que iban a convertirse en un lugar común: «... La nueva interdependencia electrónica vuelve a crear el mundo a imagen de una aldea global ...»³, que integra «... a toda la familia humana en un sola tribu [también] global ...».

Hace un cuarto de siglo, Alvin Toffler⁴ concluyó que los grandes cambios sociales se habían producido por oleadas.

Cada una de ellas sustituyó a las precedentes.

La primera ola se consolidó con la revolución agrícola⁵. La tecnología se aplicaba a la fuerza corporal del ser humano. La propiedad de la tierra determinaba la hegemonía dentro de la Sociedad.

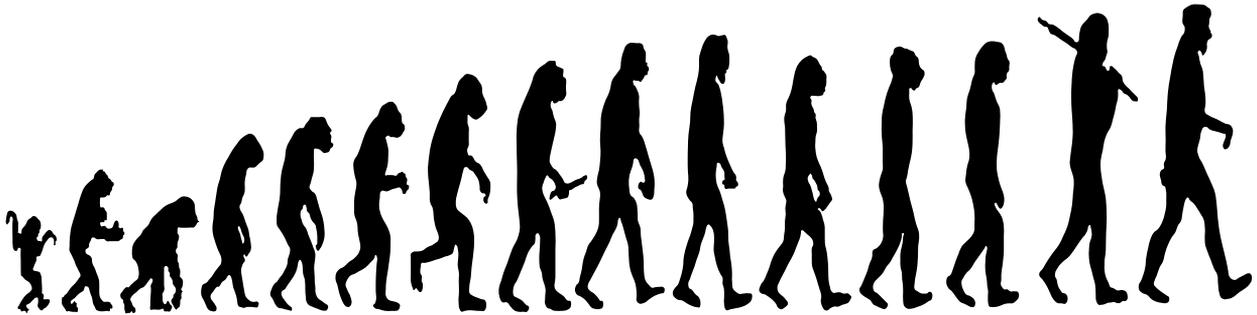
¹ Freud, S., «Das Unbehagen in der Kultur», Internationaler Psychoanalytischen Verlag, Wien, 1930 (escrito en 1929)

² McLuhan, M., «The Gutenberg Galaxy», Routledge & Keagan, London, 1962 («La galaxia Gutenberg», Aguilar, Madrid, 1972).

³ «... The new electronic interdependence recreates the world in the image of a global village ...».

⁴ Toffler, A., «The third wave», Bantan Books, Toronto-New York, 1980 [«La tercera ola», Plaza y Janés, Barcelona 1980] Muy próximo, Racionero, L. «Del paro al ocio», Anagrama, Barcelona, 1983.

⁵ Se habría iniciado con lo que, desde la feliz expresión de Gordon Childe, se conoce como «la revolución del Neolítico»: «... una revolución económica y científica que hizo de sus participantes -antes parásitos- socios activos de la naturaleza ...» (Gordon Childe, V., «What happened in History», 1942 («Qué sucedió en la Historia», Crítica, Barcelona, 2002)



La segunda ola fue mucho más corta, y va asociada a la llamada sociedad industrial. La fuerza del trabajo humano se ve progresivamente sustituida por las máquinas y su propiedad, junto con la de las primeras materias, es ahora el medio de dominación. Emerge la denominada Sociedad de masas.

En esta etapa, dominan tres ideas fundamentales:

La Naturaleza es un objeto que debe ser explotado.

El hombre constituye el producto más acabado de la evolución. La autosuficiencia individual (la «Selfishness») se convierte en la filosofía inspiradora del liberalismo radical.

Las sociedades también evolucionan y los países más industrializados representan un nivel de evolución mayor, lo que justifica la explotación de los países menos industrializados por los demás.

El progreso se mide en términos de desarrollo tecnológico y de nivel (material) de la vida.

La tercera ola, a la que corresponde el mundo actual, asiste a la hegemonía del sector terciario y, en la etapa presente, al predominio de la financiación sobre la producción; y los medios de comunicación social constituirían su instrumento específico de dominación. La cantidad, el contenido y el sesgo de la información y su presentación contribuye decisivamente a consolidar estados de opinión fundamentales para la legitimación y continuidad del sistema.

La nueva Sociedad está regida por los flujos de información; cambian los paradigmas y se produce una nueva cosmovisión. Sería erróneo considerar la globalización como un proceso lineal; es, muy al contrario, más que la causa, el efecto de la convergencia de una pluralidad de factores.

1.5. El impacto de los medios de comunicación en el ámbito de la intimidad personal.

La prensa está «... sobrepasando en todas las direcciones los límites obvios de la propiedad y de la decencia (...) y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha vuelto más sensible hacia la



publicidad, de manera que la soledad y la intimidad se han hecho más esenciales para el individuo ...». Así lo escribieron Samuel Warren y Louis Brandeis, en un memorable artículo publicado en 1890 en la «Harvard Law Review».

Y ellos divulgan la feliz ocurrencia del Juez Thomas McIntyre Cooley⁶, quien, dos años antes, se había referido muy expresivamente al derecho de todos a ser dejados en paz, «the right to be let alone». Carrillo López lo traduce por: «el derecho a no ser molestado»⁷.

Warren y Brandeis escribieron que «... es tan viejo como el propio Common Law el principio que establece que el individuo ha de disfrutar de una plena protección de su persona y de su propiedad, pero de cuando en cuando se ha considerado necesario redefinir la exacta naturaleza y la extensión de esa protección. Los cambios políticos, sociales y económicos conllevan el reconocimiento de nuevos derechos, y el Common Law, eternamente joven, se expande para satisfacer las nuevas demandas de la sociedad. En un principio, el Derecho proporcionada remedios sólo para la interferencia física en el vida y en la propiedad por un daño directa e inmediatamente causado por empleo de la fuerza (trespasses vi et armis). Por entonces el “derecho a la vida” de las distintas formas de violencia física; la libertad significaba exclusión de una coerción evidente; y el derecho de propiedad garantizaba las tierras y el ganado del individuo. Más tarde sobrevino el reconocimiento de la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos y de su esfera intelectual. Gradualmente se extendió el ámbito de estos derechos legales; y ahora el derecho a la vida ha venido a significar derecho a disfrutar de la vida –derecho a ser dejado en paz– y el derecho a la libertad asegura el ejercicio de las libertades

civiles en sentido amplio; y el término propiedad ha llegado a comprender todas las formas de posesión, tanto las tangibles como la intangibles. ...».

La Sentencia 134/1999, de 15 de julio, del Tribunal Constitucional Español coincide en este modo de entender el derecho a la intimidad, en cuanto «... derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan que somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cuál sea lo contenido en ese espacio ...» (FJ 5º).

2. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA POSITIVA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

En el artículo 10.1 de nuestra Ley Fundamental se proclama el valor de «... [la] dignidad de la persona [y de] los derechos inviolables que le son inherentes ...» (junto con «... el libre desarrollo de la personalidad, [y] el respeto a la ley y a los derechos de los demás ...») como «... fundamento del orden político y de la paz social ...».

Su artículo 18.1 «... garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen ...».

Han de interpretarse ambos preceptos inter-sistemáticamente con arreglo al criterio constitucional de protección pluralista de la personalidad, subrayado por Delgado Echevarría⁸.

La Sentencia 197/1991, de 17 de octubre, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, enseña que «... [el] derecho a la intimidad personal

⁶ En el «Treatise of the Law of Torts», escrito por Thomas McIntyre Cooley (Callaghan, 1888).

⁷ Carrillo López, M., «El derecho a no ser molestado. Información y vida privada», Aranzadi, 2003

⁸ Delgado Echevarría, J., «Derechos de la personalidad», en Lacruz Berdejo, J. L., «Elementos de Derecho civil», I.2, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 37 a 100

del art. 18 CE está estrictamente vinculado a la «dignidad de la persona» que reconoce el art. 10 CE, e implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana» (STC 231/1988, [de 2 de diciembre] f. j. 3º) ...».

Esta cláusula general es, no obstante, perfectamente compatible con el reconocimiento de un conjunto de derechos fundamentales de la persona⁹, sin que su enunciación y regulación (más o menos detallada, según los casos) priven de utilidad a aquella proclamación inicial puesto que, como advierte Díez-Picazo, aun cuando sólo se haya reconocido expresamente aquella consideración privilegiada a los consagrados como tales en nuestra Constitución, es importante dejar constancia «... de que todos tienen el deber de respetar la perso-

nalidad ajena y sus atributos ...», como principio constitucional y como principio general del Derecho; sin que la mención de determinados derechos como fundamentales impida inferir la vigencia de otros como implícitos en las exigencias de plena efectividad del valor constituyente, en cuanto criterio organizativo de la Sociedad, de la dignidad de la persona. Comentaristas como Díez-Picazo¹⁰ y Sempere Rodríguez¹¹ lo admiten así, y el recuerdo de la fecundidad de la doctrina norteamericana de los «poderes implícitos» («implied Powers»), como técnica que ya Burke (invocado por el Tribunal Supremo norteamericano como cita de autoridad en la fundamental sentencia resolutoria del caso *McCulloch v. Maryland*, en 1819) había tenido por inevitable como consecuencia de la imposibilidad de aspirar a un texto constitucional con pretensiones de exhaustividad en esta materia (y en tantas otras) puede constituir una persuasiva invitación a su aplicación en la teoría y la práctica españolas¹².

⁹ El mismo sistema sigue la vigente Constitución italiana. En su artículo 2 se proclama que la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como sujeto individual cuanto en las formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad e impone el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social («... [la] Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale ...»). En posteriores artículos se enuncian los concretos derechos dimanantes de aquel reconocimiento general. Entre ellos no figura, sin embargo, el llamado «diritto alla riservatezza», que es de construcción jurisprudencial. En efecto, el Tribunal de Roma, en Sentencia de 14 de septiembre del 1953, reconoció, por vez primera, un «derecho a la intimidad que se contrata en la prohibición de que terceras personas puedan entrometerse en la vida privada de otro y de incurrir en cualquier indiscreción sobre ella» («...diritto alla riservatezza che si concreta nel divieto di qualsiasi ingerenza e indiscrezione da parte di terzi nella sfera della vita privata della persona ...»). Tres años más tarde esta doctrina no consiguió el respaldo del Tribunal de Casación, cuando se enfrentó con el problema en su Sentencia de 22 de octubre del 1956. El diritto alla riservatezza todavía presentaba perfiles poco claros y distaba mucho de existir una creencia generalizada en su existencia como derecho típico. Las cosas empezaron a cambiar a partir de la Sentencia número 990, de 20 de abril del 1963, del Tribunal de Casación, que admite la existencia de «... un derecho absoluto de libre determinación en el desarrollo de la personalidad; derecho que puede considerarse violado cuando se divulgan noticias sobre la vida privada de un sujeto sin su consentimiento, al menos implícito ...» («... un diritto assoluto di libera determinazione nello svolgimento della personalità, diritto che può ritenersi violato quando si divulgano notizie della vita privata di un soggetto senza il suo consenso, almeno implícito. ...»). No se reconoce todavía un derecho autónomo a la reserva sobre la vida privada de cada uno, pero al menos se infiere un interés legítimo protegible a ella, inferido del valor asignado a la personalidad por el artículo 2 de la Constitución italiana. La Sentencia número 38, de 12 de abril del 1973, del Tribunal Constitucional italiano, se pronunció -incidentalmente, es cierto- sobre el tema, apelando a textos normativos internos e internacionales, para considerar legítima (e inobjetable constitucionalmente) la protección legal de derechos inviolables del hombre, entre los que se encuentran los que tienen por objeto el decoro, el honor, la respetabilidad, la privacidad, la intimidad y la reputación, consagrados expresamente en los artículos 8 y 10 de la Convención Europea del 1950, en el Código Civil y en la Ley 633/1941, de 22 de abril. La Sentencia número 2129, de 27 de mayo del 1975, del Tribunal de Casación ya identifica un derecho autónomo a la privacidad aunque a la vez proclama al los intereses social a la información («interesse sociale alla informazione») como límite principal de aquel derecho.

¹⁰ Díez Picazo, Luis: «Experiencias jurídicas y teoría del Derecho», Ariel, Madrid, 1975, págs. 83 a 91

¹¹ Sempere Rodríguez, C., Comentario al artículo 18 en «Comentarios a la Constitución Española de 1978», EDESA, Madrid, 2006, II, págs. 388 y signs.

¹² El artículo I, apartado 8, de la Constitución de los Estados Unidos de América especifica los poderes del Congreso; pero su último párrafo establece que estará autorizado para dictar todas las Leyes que puedan ser necesarias y adecuadas para ejercer aquellos poderes («... To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof »). Se suscitó una viva polémica sobre el alcance de esta cláusula final (quintaesenciada en la sostenida entre Thomas Jefferson y Alexander Hamilton), El Presidente del Tribunal Supremo Federal, John Marshall, al resolver el caso *McCulloch v. Maryland* [17 U.S. (4. Wheat.) 316, 415 (1819)], se mostró de acuerdo con las interpretaciones de Jefferson, e interpretó -enlazando con Burke- que una constitución que enumerara todos los poderes del Congreso «participaría de un prolijo texto, que incluiría un código legal y entonces apenas podría ser comprendida por la mente humana» («A Constitution, to contain an accurate detail of all the subdivisions of which its great powers will admit, and of all the means by which they may be carried into execution, would partake of the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by the human mind»). Puesto que sin duda la Constitución nunca podría enumerar los «ingredientes de menor importancia» de los poderes del Congreso, Marshall «infiere» que el Congreso tenía la autoridad para establecer un banco de «grandes líneas generales» de la seguridad social, del comercio y de otras cláusulas.



«... El reconocimiento explícito en un texto constitucional del derecho a la intimidad –explica la Sentencia 110/1984, de 26 de noviembre, del Tribunal Constitucional– es muy reciente y se encuentra en muy pocas Constituciones, entre ellas la española. Pero su idea originaria, que es el respeto a la vida privada, aparece ya en algunas de las libertades tradicionales. La inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada ...».

Aunque el significante evoque una imagen de clausura y de sustracción a la observación ajena, la calificación de un hecho como íntimo no exige imprescindiblemente que se desarrolle en un espacio cerrado, al que el público no tiene acceso, pero esta circunstancia puede tomarse como indicio de privacidad.

La Sentencia 231/1988, de 2 de diciembre, del Tribunal Constitucional (caso Paquirri), interpretó que la filmación de los instantes que precedieron a la muerte del conocido torero constituía una intromisión en su intimidad, dado «... el carácter privado que tenía el lugar en que se recogieron determinadas escenas mediante una cámara de vídeo -la enfermería de la plaza de toros- y el carácter íntimo de los momentos en que una persona se debate entre la vida y la muerte, parcela que debe ser respetada por los demás ...».

No existe una definición legal del significante intimidad¹³. Posiblemente sea más fácil de intuir

13 «... No siempre es fácil ... acotar con nitidez el contenido de la intimidad ...», previene la Sentencia 110/1984, del Tribunal Constitucional.

que de precisar semánticamente; sin contar con la concurrencia de otros –como «vida privada»¹⁴, «privacidad»¹⁵, «esfera privada», «ámbito íntimo» o «ámbito privado»– utilizados como sinónimos aunque, como previene Sánchez González¹⁶, no siempre lo sean.

No la incluye el artículo 18 de la Constitución Española vigente y tampoco lo hace la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, aunque en ella se aluda repetidamente a la «vida íntima» o «privada» «de una persona o familia».

En los apartados 1 al 4 del artículo 7 de esta última se describen las intromisiones ilegítimas en

la intimidad¹⁷, delimitando, mediante un patrón positivo, su ámbito de aplicación¹⁸.

Tampoco el nuevo Código Penal (en sus artículos 171 y 197 a 201) contribuye a la determinación de los conceptos de vida privada o intimidad. Sin embargo, de su lectura se infiere que remite a un ámbito hurtado al conocimiento público y reservado al de un número reducido de personas o a la sola a que se refieren unos datos concretos.

Tal vez pueda ser útil, tratándose de un concepto jurídicamente indeterminado, indagar su significado en el uso vulgar del lenguaje, «... en el lenguaje de todos, en el cual suele el pueblo hablar a su vecino ...», como aconseja la Sentencia 223/1992, de 14 de diciembre, del Tribunal Constitucional, a propósi-

¹⁴ «vida privada» y «vie privé» en las versiones española y francesa, respectivamente, del artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, del 8º del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y del 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. La versión inglesa del segundo precepto citado se refiere igualmente a «private and family life»; en los demás, se utiliza «privacy». La doctrina jurisprudencial italiana sobre el derecho a la «riservatezza» se construye a partir de la idea de «vita privata». En la bibliografía española se puede comprobar una tendencia a diferenciar entre ambos conceptos, siendo la intimidad –así lo explica Cabezuolo Arenas (A.L., «Derecho a la intimidad», *tirant lo blanch*, Valencia, 1996, págs. 36 a 40): la realidad más interna del ser humano, una parcela de la vida privada, en la que se engloba o absorbe, de modo que todo lo íntimo es privado, pero no todo lo que es privado merece la consideración de íntimo; identificando la vida privada con todas «aquellas manifestaciones que están apartadas de la proyección pública del individuo». También Carrillo López (M., «El derecho ...» citado, pág. 56) entiende que la intimidad forma un núcleo que «se integra de lo genuinamente personal». Desantes Guanter (Desantes Guanter, J.Mª., «El autocontrol de la actividad informativa», EDICUSA, Madrid, 1973; con Soria, C., «Los límites de la información», Asociación de la Prensa de Madrid, Madrid, 1991; y con Bel Mallén, I.; Corredoira Alfonso, L.; Cousido, M.P.; García Sanz, R.M., «Derecho de la información» (II). Los mensajes informativos, Colex, Madrid, 1992) diferencia tres esferas de la personalidad humana: la intimidad, la vida privada y la vida pública. La primera de ellas afecta al núcleo mismo de la personalidad del individuo y debe ser inmune a cualquier tipo de intromisión, que cabe, en cambio, en la vida privada, que puede ser dada a conocer al público en la medida en que la actuación privada del sujeto trasciende a la vida pública; y critica por ello que el Tribunal Constitucional, al negar el carácter ilimitado de la intimidad, confunda intimidad y vida privada, produciendo una inflación del espacio propio de la primera para tutelar aspectos que pertenecen en realidad a la vida privada. Herrán Ortiz (A.L., «La violación de la intimidad en la protección de datos personales», Dykinson, Madrid, 1998, págs. 12 y sigs.) diferencia entre el poder de excluir del conocimiento ajeno determinados aspectos de la personalidad (configurando así el espacio de la vida privada) de un ámbito de libertad (en cuanto indemnidad o intangibilidad) interior que constituye un medio para el pleno desarrollo de la personalidad. En el Auto 642/1986, de 23 de julio, del Tribunal Constitucional, se lee: «... El derecho a la intimidad, que ha tenido acogida explícita en la Constitución con el carácter de fundamental, parte de la idea originaria del respeto a la vida privada personal y familiar, la cual debe quedar excluida del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. ...». Parece, así, que la intimidad constituiría un subconjunto de la vida privada, personal y familiar.

¹⁵ Traducción del inglés «privacy», entendida como derecho a vivir tranquilamente, «a no ser molestado» («the right to be let alone»), en el sentido establecido primeramente por Cooley, de quien lo toman Warren y Brandeis, como ya queda explicado. Esta expresión se utiliza en la edición inglesa del artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

¹⁶ En Sánchez González, S., Mellado Prado, P., y Goig Martín, J.M., «La Democracia Constitucional Española», CEURA, Madrid, 1997, págs. 291 a 293

¹⁷ «... Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el art. 2 de esta ley: 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas. 2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción. 3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo. 4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela. ...».

¹⁸ El artículo 8.1 enuncia las causas de justificación de conductas tipificadas como intromisión en la intimidad: «... No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante ...». De este modo se delimita negativamente el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica.



to del honor. Una consulta al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua permite saber que, en su primera acepción, lo hace sinónimo de amistad íntima, y, en una segunda, lo define como zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.

Y por íntimo o íntima, entiende lo más interior o interno (en primera acepción) o (en cuarta) lo perteneciente o relativo a la intimidad.

Las acepciones segunda y tercera se relacionan con la amistad. La íntima es muy estrecha; y el amigo íntimo es muy querido y de gran confianza.

La intimidad denota, pues, afecto y confianza dentro de un entorno que se procura mantener reservado a los que forman el grupo de íntimos y preservado de la observación y de la ingerencia de terceros que no pertenezcan a él.

Para Albaladejo García, la intimidad es «... el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado ...». «... Este poder incluiría también un poder activo de control sobre las informaciones y datos personales, que se encuentra regulado de forma autónoma en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre la regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal ...»¹⁹.

Marc Carrillo –seguido por Carreras Serra– cree que, dentro del contenido de la intimidad, es posible diferenciar una doble vertiente: por una parte, de defensa de la esfera de la persona (status negativo) y, de otra, de derecho de control sobre las informaciones que le afecten (status positivo); y define finalmente como: «... el derecho del ciudadano no sólo a reservarse una esfera de la vida propia como secreta e intangible a los demás, sino también a ostentar la capacidad para evitar su manipulación o instrumentalización [...]. Actualmente, la intimidad más que un derecho a no ser molestado (que persiste) es un derecho de participación y control de las informaciones que afecten a la persona y sobre los que el interesado está legitimado para incidir en la forma y contenido de su divulgación, ámbito éste en el que se suelen producir un gran porcentaje de las intromisiones ilegítimas ...».

3. EL ÁMBITO DE LA INTIMIDAD.

El derecho a la intimidad opera sobre una pluralidad de ámbitos objetivos de naturaleza y contenido muy heterogéneos.

3.1. EL CUERPO HUMANO

Es lugar común en la bibliografía especializada que el derecho a la intimidad y al respeto a la vida privada, individual y familiar, protege, ante todo, los datos relativos a la propia persona y su corporeidad.

¹⁹ Reproducen las palabras de Albaladejo, Sempere Rodríguez y Orenes Ruiz (J.C., «Libertad de información y Proceso Penal. Los Límites», Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, pág. 175). En el mismo sentido la entiende O'Callaghan como un derecho de la personalidad, elevado por la Constitución a la categoría de fundamental, independiente, autónomo, que comprende dos aspectos, la intimidad personal y la familiar, y en el que predomina el aspecto negativo, de exclusión, como un poder de exclusión "erga omnes" del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia al círculo íntimo y reservado de una persona. Este derecho fundamental deriva de la dignidad de toda persona, que reconoce el artículo 10.1 de nuestra vigente Constitución.

²⁰ Carrillo, M., «Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978», Barcelona, PPU, 1987 pág. 58; Carreras Serra, LL., «Derecho español de la información», Barcelona, UOC, 200. El derecho a la intimidad se configura, de este modo, como una «liberty» o «privilege», como un poder de configuración de la propia vida privada (individual y familiar) como un ámbito en el que no están legitimados para entrometerse (situación de «no right») cualesquiera que no estén autorizados por el titular de aquél o actúen en virtud de una expresa habilitación legal directa o judicial. Véase, sobre los conceptos utilizados, la clásica obra de Wesley Newcomb Hohfeld, «Fundamental Legal Conceptions as applied in Judicial Reasoning», Yale University Press, New Haven, 1964, publicada por primera vez en 1913 en el «Yale Law Journal», 23, págs. 16 y sigs. Puede encontrarse una exposición crítica de la tipología de Hohfeld en Puig Brutau, J., «Fundamentos de Derecho Civil», 1-2, Bosch, Barcelona, 1976, págs. 577 y sigs.



El cuerpo de un Homo sapiens sapiens, en sí mismo, puede ser objeto de observación como el de cualquier otro animal o como cualquier otra parcela de la Naturaleza. El problema surge porque determinadas zonas de nuestra anatomía (con una fuerte carga sexual) han permanecido veladas a la mirada de los demás a causa del sentimiento de pudor que induce a evitar su exhibición. Se trata de aquellas más estrechamente relacionadas con la sexualidad y que permanecen habitualmente cubiertas por el vestido. El margen de indiferencia a la propia desnudez y mayormente al contacto cor-

poral con terceros depende de patrones culturales que difieren según el tiempo y el espacio.

Esas áreas anatómicas humanas tan especiales constituyen objeto de protección como parte de la intimidad, la que se puede calificar como «corporal».

Por eso, sobre ellas, como ha señalado, en su Fundamento Jurídico 5, la Sentencia 57/1994, de 28 de febrero, del Tribunal Constitucional, no cabe indagación o pesquisa puesto que suscitan en la



mayoría de las personas pertenecientes a nuestro espacio cultural un «... sentimiento de pudor, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad».

La Sentencia 156/2001, de 2 de julio, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional explica que conviene señalar que «... dentro del ámbito del derecho a la intimidad personal hay que incluir el derecho a la intimidad corporal (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9, 204/2000 de 24 de julio, FJ 4), quedando de este modo protegido por el Ordenamiento el sentimiento de pudor personal en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (STC 57/1994, FJ 5). No obstante, como señalamos en la STC 57/1994, FJ 5, el ámbito de la intimidad corporal que la Constitución protege «no es una entidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal; de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona ...».

La Sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, delimita el concepto de las denominadas inspecciones y registros corporales esto es «... aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales,

etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero si puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18,1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad ...».

Y añade: «... si bien la intimidad corporal forma parte del derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18,1 CE, «el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entender como intromisiones forzadas en la Intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se reabrían, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona ...».

La práctica de una prueba pericial médica puede exigir la percepción de esas partes íntimas de una persona o la realización de actos sobre su cuerpo imprescindibles para obtener la información precisa para la reconstrucción del hecho litigioso o su tratamiento jurídico. La valoración de la pertinencia, utilidad y proporcionalidad de la prueba es objeto de juicio por el órgano jurisdiccional, quien habrá de decidir sobre la admisibilidad de aquella mediante una resolución motivada que tenga en cuenta los contrapuestos intereses en conflicto y las normas jurídicas vigentes aplicables al caso.

El modo de practicar la pericia vendrá determinado por las reglas generalizadas en la comunidad de expertos en la materia; o, si se prefiere una terminología más canónica, por el contenido de la «*lex artis*» del saber específico del perito.

3.2. LA IMAGEN EXTERIOR DE LA PERSONA Y SU VIDA COTIDIANA.

No se trata ahora de la captación y conservación de la imagen externa de una persona sin su consentimiento, sino de precisar los límites de la posibilidad de observación y divulgación del aspecto y actitudes que aquélla adopta en su vida privada, en un entorno en que ha de sentirse libre para mostrarse tal como es, porque esa libertad condiciona el nivel de desarrollo de su personalidad.

Así su aliño personal (peinado, maquillaje) e indumentario o la libre exteriorización espontánea de aspectos –agradables o desagradables– de su apariencia o de su talante, más fáciles cuando esa persona se siente a resguardo de miradas indiscretas, tienen mucho que ver con la intimidad aunque también mantengan relación con los derechos a la imagen física y social.

Sobre ello se extendió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia dictada por su Sección Tercera, el 24 de junio del 2004, en el asunto Von Hannover contra Alemania.

El objeto litigioso se contraía a la legitimidad de la obtención y difusión de las fotografías de la demandante de amparo a caballo o de compras o practicando algún deporte (ciclismo, tenis), o de vacaciones o en compañía de un varón, cuando ambos se encontraban en un discreto punto de un restaurante.

Fayos Gardó²¹ resume de este modo la doctrina establecida por esta sentencia:

«... 1. Las fotos de la princesa Carolina la muestran en diversas escenas de su vida diaria,

de un carácter absolutamente privado, tales como haciendo deportes, caminando, saliendo de un restaurante o yéndose de vacaciones.

2. El TEDH considera que ha de hacerse una distinción entre narrar hechos, incluso controvertidos, que contribuyan a un debate en una sociedad democrática, relativos a políticos en activo por ejemplo, y narrar hechos de la vida privada de un individuo que, como en este caso, no ejerce funciones oficiales. Mientras que en el primer caso la prensa ejerce su rol de perro guardián en una democracia, al contribuir a impartir información e ideas sobre materias de interés público, no lo hace así en el segundo caso.

3. El Tribunal opina que la publicación de los artículos y fotos en este caso tenía como único propósito satisfacer la curiosidad de unos lectores de cierto tipo y sin contribuir a ningún debate de interés general, a pesar de que la demandante era bien conocida del público.

4. El TEDH considera que, además de la publicación de los artículos y las fotos, ha de tomarse también en consideración el contexto en que las fotos fueron tomadas, sin consentimiento de la demandante, y que además el acoso sufrido por la misma –y por otras figuras públicas– no puede ser descartado al enjuiciar el caso.

Nos gustaría destacar aquí el hincapié que se hace en cómo se ha obtenido la información y la referencia que se hace al acoso que sufren las figuras públicas (the harassment endured by many public figures in their daily lives) ¿Una recomendación –ya que no un aviso– para algunos programas televisivos de algunos países y sus agobios a las personalidades?

²¹ Fayos Gardó, A., «Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25º aniversario de la LO 1/1982», *InDret*, 4/2007



5. Se reitera la fundamental importancia que tiene la protección de la vida privada desde el punto de vista del desarrollo de la personalidad de cualquier ser humano, y que esta protección va más allá del círculo privado de la familia y tiene también una dimensión social.

6. En suma: el factor decisivo de ponderación entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión debe recaer en que lo publicado contribuya a un debate de interés general, lo que no se da en el caso. El TEDH considera que el público no tiene un interés legítimo en conocer cómo se comporta la demandante en su vida privada, incluso si aparece en lugares que no siempre pueden ser descritos como reclusos, a pesar de que es una persona muy conocida por el público.

El Estado alemán y la Princesa Carolina llegaron a un acuerdo, en ejecución de la sentencia, en virtud del cual, se le pagaba a la demandante la suma de 115.000 €, que comprendía 10.000 € por indemnizaciones y 105.000 € por costas e impuestos...».

A la luz de lo establecido por el artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, el Tribunal reitera que el concepto de vida privada «... incluye la integridad física y psicológica de una persona ...»; y la garantía proporcionada por el citado artículo 8º está encaminada «ante todo a asegurar el desarrollo, sin interferencias exteriores, de la personalidad de cada individuo en sus relaciones con los demás seres humanos». Y añade esta importante precisión: «... Hay, pues, una zona de interacción de una persona con las otras, incluso dentro de un ámbito público, que puede caer dentro del campo de la “vida privada” ...».

El órgano sentenciador pone de relieve que, en el caso resuelto, las fotos publicadas por diversos periódicos alemanes mostraban a la demandante (unas veces sola y otras, acompañada) en escena-

rios de su vida diaria, ocupada en actividades de naturaleza estrictamente privada, como haciendo deporte, paseando, almorzando en un restaurante o de vacaciones; y previene que, aun cuando, como miembro de la familia del Principado de Mónaco, representa a ésta en ciertos actos sociales o de caridad, no desempeña ningún cargo institucional dentro o fuera del territorio de aquél.

A continuación, la Sentencia entra en el núcleo del problema, explicando que es preciso hacer «... una fundamental distinción entre narrar hechos, incluso controvertidos, que contribuyan a un debate en una sociedad democrática, relativos a políticos en activo por ejemplo, y narrar hechos de la vida privada de un individuo que, como en este caso, no ejerce funciones oficiales. Mientras que en el primer caso la prensa ejerce su rol de perro guardián en una democracia, al contribuir a impartir información e ideas sobre materias de interés público ... no lo hace así en el segundo caso ...».

«... De igual modo –continúa– aunque el público tenga derecho a estar informado, derecho que es esencial en una democracia y que, en ciertas circunstancias especiales, incluso puede extenderse a aspectos de la vida privada de los personajes públicos, particularmente por lo que se refiere a los políticos (véase el asunto Plon ...), no es éste el caso. Aquí la situación no cae dentro de la esfera de debate público o político alguno, porque las fotos publicadas y los comentarios que las acompañaban se referían exclusivamente a la vida privada de la demandante ... ».

El discurso del Tribunal se endurece progresivamente para advertir que «... la publicación de las fotos y artículos en cuestión, cuyo sólo propósito es satisfacer la curiosidad de un público lector por los detalles de la vida privada de la demandante, no se puede considerar que contribuya a un debate de interés general para la sociedad, por más que la demandante sea públicamente conocida ...».

Por ello, dadas las especiales circunstancias concurrentes, el Tribunal opta por mantener una interpretación restrictiva del alcance de la libertad de expresión.

Y se apresura a salir al paso de una cierta interpretación unidimensional del derecho a la libertad de expresión patrocinada por ciertos medios de comunicación que «... intentan justificar lo que constituye una infracción de los derechos protegidos por el artículo 8 de la Convención, protestando que “sus lectores están legitimados para saberlo todo sobre los personajes públicos ...».

Además, el Tribunal considera que no se puede olvidar la clandestinidad con que fueron obtenidas las fotografías ni «... el acoso que han de soportar muchas personas públicas en el curso de sus respectivas vidas privadas ...». Esta perspectiva crudamente realista de la práctica de muchos profesionales de los medios de comunicación cuando se trata de obtener noticias relativas a personas famosas – sin duda inevitable si no se quiere convertir en papel mojado alguna de las proclamaciones de derechos incluida en la Convención- no ha pasado inadvertida en la bibliografía española especializada²².

«... El Tribunal reitera la fundamental importancia de proteger la vida privada desde el punto de vista del desarrollo de la personalidad de todos los seres humanos. Esa protección ... va más allá del círculo familiar privado e incluye una dimensión social. El Tribunal considera que todos, también si son conocidos por el público en general, son capaces de disfrutar de una “legítima expectativa” de protección y de respeto de sus vidas privadas ...».

Y rechaza la invocación del arquetipo del personaje público por excelencia como una figura que

tendría extraordinariamente limitado el ámbito de protección de su vida privada, como construcción que compromete las exigencias de certidumbre que trata de satisfacer el principio de legalidad²³; que, en todo caso, valdría para los políticos cuando se encuentren ejerciendo sus funciones, pero no cuando se trata de una persona particular que sólo despierta interés por ser miembro de una familia reinante y que, cuando fue fotografiada, no estaba desempeñando rol oficial alguno.

Las siguientes advertencias invitan a la reflexión:

«... El Tribunal considera ... que los criterios en que basaron sus decisiones los órganos jurisdiccionales estatales no eran suficientes para profeger eficazmente la vida privada de la demandante. No puede, ésta, so pretexto de tratarse de una figura de especial renombre social, ver relegada la protección de su intimidad, en nombre de la libertad de prensa y del interés público, a los momentos en que está en un lugar cerrado, fuera de la mirada pública, debiendo consentir, en otro caso ser fotografiada casi a cada instante y que sus fotografías sean ampliamente distribuidas aunque tanto ellas como los comentarios adjuntos tengan que ver exclusivamente con su vida privada.

Desde el punto de vista del Tribunal, aunque el criterio del aislamiento espacial pueda ser defendible en teoría, es realmente demasiado difuso e impredecible para la persona afectada ...».

Y, recordando los términos en que se expresaban Warren y Brandeis, recalcan la necesidad de aumentar la vigilancia a la hora de proteger la vida privada para «... luchar con las nuevas tecnologías de la comunicación que hacen posible acumular y reproducir datos ... Esto se aplica también a la toma

²² Fayos Gardó, lugar citado antes.

²³ «... Lastly, the distinction drawn between figures of contemporary society “par excellence” and “relatively” public figures has to be clear and obvious so that, in a state governed by the rule of law, the individual has precise indications as to the behaviour he or she should adopt. Above all, they need to know exactly when and where they are in a protected sphere or, on the contrary, in a sphere in which they must expect interference from others, especially the tabloid press. ...»



de fotografías concretas y a su distribución indiscriminada al público ...».

El Tribunal establece, en fin, las siguientes conclusiones:

«... [E]l factor decisivo del equilibrio entre la protección de la vida privada u de la libertad de expresión se encuentra en la contribución que las fotos publicadas y los artículos puedan aportar a un debate de interés general. En el caso presente parece claro que esa contribución no podía apreciarse porque la demandante no desempeñaba función oficial alguna y las fotos y artículos se referían exclusivamente a detalles de su vida privada ...».

Además «... el público no tiene un interés legítimo en saber, como regla general, dónde se encuentra y qué hace la demandante en su vida privada aunque se presente en lugares que no estén cerrados a la vista del público y sea muy conocida por éste ...».

Por todo ello, el Tribunal decidió que se había producido una violación del derecho a la vida privada personal y familiar, consagrado por el artículo 8º de la Convención.

El Juez Cabral Barreto suscribió un voto concurrente, porque interpretaba que el público sí tenía derecho a estar informado de la vida de una figura pública, entendiendo que lo que haga o diga alguien de esa calidad resulta de interés para la gente aunque no esté desempeñando una función pública.

Las figuras públicas –explica– son personas que ejercen un cargo público y/o se sirven de recursos públicos, y, hablando en términos más llanos, desempeñan un papel en la vida pública en la Política, la Economía, las Artes, la esfera social, el deporte o cualquier otra área, a tenor del artículo 7 de la Resolución 1165(1998) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el derecho a la intimidad.

Y hace a continuación una precisión de gran trascendencia, siguiendo el criterio de la Asamblea Parlamentaria: «ciertos hechos que se refieren a la vida privada de personajes públicos pueden desde luego, ser de interés para los ciudadanos.

Y lo que es cierto para los políticos puede serlo igualmente para otras personas públicas que suscitan un especial interés de la gente.

Así que es necesario lograr un equilibrio entre dos derechos fundamentales: el de los personajes públicos al respeto de su vida privada y al de los demás a la libertad de expresión, que comprende el derecho del público a estar informado ...».

El Juez parcialmente discrepante está de acuerdo con la mayoría en que la vida privada de un famoso no puede terminar al salir de su portal, pero habrá que reconocer que, precisamente por su fama, su vida, fuera de su casa y particularmente en los lugares públicos ha de estar inevitablemente sujeta a restricciones.

«... La fama y el interés del público dan lugar inevitablemente a una diferencia de trato entre la vida privada de un particular y de la de un famoso.

Como puso de relieve el Tribunal Constitucional Federal [alemán], “el público tiene un interés legítimo en poder juzgar si el comportamiento personal de los sujetos en cuestión, que a menudo son contemplados como ídolos o como modelos, coincide convincentemente con lo que se espera de sus tareas oficiales ...».

Tras admitir que la fijación del límite de la vida privada de un personaje público no es fácil, concluye que «... siempre que un famoso tenga una “legítima expectativa” de estar a salvo de los medios de comunicación, su derecho a la intimidad prevalece sobre la libertad de expresión y sobre el derecho a estar informado.

[Lo malo es que] nunca será fácil definir en términos concretos las situaciones que corresponden a esa “legítima expectativa” lo que justifica el análisis casuístico de los problemas que vayan surgiendo ...».

El Juez discrepante no comparte, por eso, que haya que dar importancia al hecho de que las fotos tomadas en el Monte Carlo Beach Club lo hayan sido clandestinamente.

«... No discuto –argumenta- la necesidad de tener en cuenta si las fotos fueron captadas a distancia, particularmente si dado donde se encontraba la persona fotografiada podía creer legítimamente que no estaba a la vista del público.

Sin embargo, una piscina de un club de playa era un lugar abierto frecuentado por toda clase de público y, sobre todo, visible desde los edificios vecinos.

¿Es posible –se pregunta- tener una razonable expectativa de no estar a la vista de la gente o de los medios en un sitio así? ...».

No lo cree así el disidente, como tampoco cree que pueda esperarse que estuviera a resguardo de miradas y cámaras indiscretas cuando salía de compras; sin embargo, sí estima que tenía una expectativa de privacidad más fuerte cuando estaba montando a caballo o jugando al tenis, dadas las circunstancias, aunque no desarrolle desgraciadamente su razonamiento.

El criterio de la mayoría parece mucho más equilibrado al ponderar los intereses en conflicto. Todos han de ser conscientes de que, haga lo que haga y se encuentre donde se encuentre, una persona famosa, si no está realizando una actividad propia del rol que la ha proporcionado celebridad sino desarrollando su vida privada, debe sentirse segura de que va a «ser dejada tranquila», como cualquier otra, y no va a ser víctima de una intromisión en su privacidad, sin gravarla con un especial deber de precaución que carece de justificación alguna por razones de utilidad social.

El Juez Zupancic participa confesadamente de las dudas de su colega, pero su postura es mucho más radical, argumentando –a partir del mismo punto de vista que obliga a quien se beneficia de una situación a pechar con sus consecuencias desagradables o perjudiciales²⁴- que «... quien voluntariamente asciende al plano de lo público no puede luego exigir que sea considerado como una persona anónima. La realeza, los actores, los académicos, los políticos, hagan lo que hagan lo hacen públicamente. Puede que no busquen la publicidad pero, por definición, su imagen es, en cierta medida, propiedad pública.

... [Es] imposible separar por un telón de acero la vida privada de la actuación pública. La existencia de absoluto incógnito es el privilegio de Robinson; el resto de todos nosotros atrae, en mayor o menor grado, el interés de otras personas ...»²⁵.

²⁴ Sintetizado en el aforismo «*cuius commoda, eius incommoda*», vulgarización a partir de un fragmento de Paulo en el Digesto (50, 17.10) «... secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda ...». «... [Uno] de los tópicos más socorridos de la manida retórica doctrinal y jurisprudencial sobre responsabilidad civil ...», a juicio de Salvador Coderch, P., y Ruiz García, J.A., «Riesgo, responsabilidad objetiva y negligencia. Nota a las SSTs, 1ª, 5.7.2001 y 17.10.2001», Barcelona, abril 2002, InDret 02/2002.

²⁵ El talón de Aquiles del razonamiento del Juez Zupancic se encuentra en el olvido de que el derecho a la intimidad cede ante un interés público superior (que puede presentarse como un interés colectivo o difuso, de todos en general y de ninguno en exclusiva) pero no ante el interés particular de quien tiene curiosidad por conocer la vida privada ajena. El Juez discordante construye un nuevo derecho que carece de apoyo en la Convención y que difícilmente podría sostenerse desde un punto de vista de razón práctica porque implicaría un sacrificio desproporcionado mediante el cual se castiga sin fundamento atendible a la persona pública por el solo hecho de serlo; porque no se está hablando de que esa persona sea reconocida por la gente, que ésta la mire con descaro, se le acerque, trate de entablar conversación con ella o de pedirle un autógrafo o un recuerdo. Esos sí son inconvenientes inherentes a su posición y han de resignarse a ellos porque se ven compensados por el disfrute de beneficios que no aprovechan a la gente corriente (la idea del «*im Kauf nehmen*» que ha resultado tan fructífera en otros ámbitos jurídicos muy distintos); pero no se les puede convertir en objeto de una suerte de servidumbre de luces y vistas como predio sirviente de una impertinente curiosidad de corrala.



El voto concurrente propone utilizar como criterio determinante para resolver el conflicto entre intereses –el del público a saber y el de la persona particular a protegerse– el de la «razonable expectativa de privacidad»²⁶, utilizado en el asunto *Halford contra el Reino Unido*, en 1997, aunque el voto –no demasiado claro– termine haciendo una advertencia muy sensata: no se debe tirar piedras al tejado ajeno cuando uno tiene el propio de cristal.

Isabel Preysler, cuya presencia en los medios de comunicación es continua, demandó de juicio incidental sobre vulneración de derechos fundamentales a tres particulares y una entidad mercantil, sobre derecho al honor, intimidad y propia imagen, alegando, en síntesis, que, en una revista editada por la empresa codemandada, se publicó un reportaje titulado *La cara oculta de Isabel*, con un contenido que suponía una intromisión ilegítima en el honor, intimidad personal y familiar y en la imagen de la actora. El referido reportaje había sido obtenido en exclusiva de la codemandada, que prestaba servicios remunerados en el domicilio de la actora.

La reclamante interesó que se dictase sentencia en los siguientes términos:

«... 1º Que se declare consumada por parte de los demandados la intromisión ilegítima en el derecho fundamental de mi mandante en cuanto a su honor, intimidad personal y familiar y a su propia imagen, recogido en el artículo 18.1 de la Constitución.

2º Que se condene a los demandados, de forma solidaria, a abonar a D^a Isabel una indemnización de cincuenta millones de pesetas por el daño moral y material producido con la intromisión ilegítima.

3º Amonestar a las personas demandadas para en los sucesivos impedir intromisiones ilegítimas, adoptando, en su caso, en ejecución de sentencia las medidas necesarias para impedirlo.

4º A publicar íntegramente la sentencia en la revista «L.», a costa de los demandados.

5º Que se condene a los demandados, por su temeridad y mala fe, a pagar las costas del proceso ...».

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia con fecha 23 de mayo de 1991. En ella se declaraba consumada por parte de los demandados la intromisión ilegítima en el derecho fundamental de la actora en cuanto a su honor, intimidad personal y familiar y a su propia imagen, recogidos en el art. 18.1 de la Constitución; se los condenaba a abonar solidariamente a la demandante una indemnización de cinco millones de pesetas por el daño moral y material producido con la intromisión ilegítima, mas intereses legales; y se los amonestaba para que, en los sucesivos, impidieran intromisiones ilegítimas, pudiéndose adoptar, en su caso, en ejecución de sentencia, las medidas necesarias para impedirlo; ordenando que se publicara la sentencia íntegramente en la revista a costa de los demandados; sin hacer imposición de las costas de la instancia.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por ambas partes, que fue conocido y sustanciado por la Sección Decimoprimer de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó sentencia, con fecha 12 de enero de 1993, estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por uno de los demandados, absolviéndolo de la demanda, y estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la demandante, por la empresa editora de la revista y por un codeman-

²⁶ «... reasonable expectation of privacy ...».

dado, condenando a dos de ellos y a la empresa editorial a indemnizar solidariamente a la reclamante en la cantidad de diez millones de pesetas.

Recurrieron en casación los condenados y la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó su Sentencia 1157/1996, de 31 de diciembre.

En ella se comienza precisando que «... el núcleo duro de los antedichos motivos, está constituido por la delimitación de la cuasi-evanescente determinación de los efectos y consecuencias, en caso de colisión, del derecho a la intimidad personal y el derecho a difundir información veraz -libertad de información-, derechos, ambos, reconocidos como fundamentales en la sección 1ª del Capítulo II de la Constitución Española ...».

Y argumenta de este modo su decisión: «... El derecho a la intimidad personal y familiar, que hoy por hoy, tiene naturaleza constitucional en nuestro derecho, tuvo su origen en el «right to privacy» diseñado doctrinal y jurisprudencialmente a finales del siglo diez y nueve en el derecho norteamericano alcanzando su plenitud en el voto particular formulado en la sentencia dictada en el caso «Olmstead versus U.S.»²⁷; en el que se dice que dicho derecho no es fácilmente delimitable; y así lo determina nuestro Tribunal Constitucional cuando afirma que no puede definirse apriorísticamente, sin embargo, generalizando y a título enunciativo, se puede definir como el derecho a evitar injerencias en la vida privada de una persona.

Por otra parte el derecho a dar y recibir información veraz, asimismo de naturaleza constitucio-

nal en nuestro derecho, supone, no solo, una libertad individual, sino también, una garantía institucional de una opción pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado social y democrático de Derecho, que desde luego ha de tener una posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, sobre otros derechos, entre los que se encuentran el derecho a la intimidad como derecho de la personalidad.

Pues bien en la presente contienda judicial, ahora en fase casacional, surge la necesidad de resolver, la colisión habida entre el derecho a informar que tiene la parte recurrida -aparecida en la revista «L.»-, y el derecho a su intimidad que tiene la parte recurrente -Dª Isabel- ...».

Tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en conflictos similares²⁸, continúa: «... En el presente caso, sin fundamentar el derecho a informar en la tesis del «reportaje neutral» -reproducción de lo dicho por otro sin añadir apostillas o valoraciones-, ni de la doctrina mantenida a favor del derecho a la intimidad en la sentencia del Tribunal Constitucional de los Estados Unidos en 1986 en el caso «Philadelphia Newspapers Inc. versus Hepps.ix»²⁹ se puede afirmar que las frases aparecidas en el reportaje de la revista en cuestión como eran «... los granos que le salen en la cara, con frecuencia...», «... llevar una determinada agenda de piel de cocodrilo...», así como detalles de los hábitos de lectura, de la ropa que posee en los armarios, el horario familiar y los menús, todos ellos referidos a Dª Isabel, datos, todos ellos proporcionados por una antigua doméstica; no se pueden catalogar, ni de lejos, como atentatorios graves a la

²⁷ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 48 S. Ct. 564, 72 L. Ed. 944 (1928), sobre el valor probatorio de la información obtenida con supuesta vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas. No se especifica en cuál de los votos disidentes (entre ellos, uno, muy conocido y frecuentemente citado, del Juez Holmes) se contiene esta apreciación.

²⁸ «... a) Que no puede haber, como ya se ha dicho, una posición apriorística de prepotencia para delimitar el alcance del derecho a informar y el derecho a la intimidad, en otras palabras que para trazar la línea divisoria entre las zonas de influencia de dichos derechos constitucionales, casi siempre deletereas habrá de estarse al examen del caso concreto. b) La ponderación adecuada que ha de realizar el órgano judicial de la gravedad e importancia del ataque a la intimidad y del interés y consecuencias de la información, en conflicto. ...».

²⁹ Se refiere al *Philadelphia Newspapers v. Hepps*, 84-1491, 475 U.S. 767 (1986), decidido por Sentencia de 21 de abril del 1985.



intimidad, por ser afrentosos, molestos, o simplemente desmerecidos desde un punto de vista de homologación social. Simplemente constituyen una propalación de chismes de escasa entidad, que en algún caso pudieran servir como base para resolver un contrato laboral de empleo del hogar, pero nunca para estimarlos como un atentado grave y perjudicial a la intimidad de una persona.

Por pura obviedad y dada la estimación de los motivos anteriormente estudiados, no era preciso entrar en el examen de los dos últimos motivos del actual recurso, que perseguían en su fundamentación, respectivamente, la distribución de la responsabilidad y de su «quantum», referidos a la posible indemnización. Todo ello, como es lógico procesalmente, asumiendo esta Sala la instancia ...».

El tribunal casacional dio lugar al recurso de casación interpuesto y anuló la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, desestimando la demanda interpuesta y absolviendo a todos los demandados, recurrentes y no recurrentes.

No puede pasar inadvertida la ligazón que se establece en la sentencia transcrita entre la intromisión en la vida privada personal o familiar y la producción de algún perjuicio de la buena imagen pública de la persona comprometida, confundándose de este modo los ámbitos de protección de dos derechos fundamentales distintos como son los al honor y a la intimidad.

La demandante recabó el amparo (cuya procedencia defendió el Ministerio Fiscal) del Tribunal Constitucional, cuya Sala Segunda dictó la Sentencia 115/2000, de 5 de mayo.

El Tribunal sentenciador advierte que «... una vez más se plantea ... la queja de un demandante de amparo respecto a la ponderación que los órganos jurisdiccionales han llevado a cabo entre su derecho fundamental a la intimidad y la libertad de informa-

ción, es procedente comenzar recordando cuál es el criterio que ha de guiar nuestro enjuiciamiento. A cuyo fin ha de tenerse presente lo declarado en las SSTC 200/1998, de 14 de octubre; 134/1999, de 15 de julio, y 180/1999, de 11 de octubre, donde hemos precisado que el enjuiciamiento por parte de este Tribunal no debe limitarse a examinar la razonabilidad de la motivación de las resoluciones judiciales, ya que no se trata aquí de comprobar si dichas resoluciones han infringido o no el art. 24.1 CE por ser manifiestamente irrazonables, arbitrarias o incurrir en un error patente, sino de resolver un eventual conflicto entre el derecho fundamental al honor o a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y las libertades también fundamentales de expresión e información [art. 20.1 a) y d) CE]. De suerte que lo que el Tribunal Constitucional ha de determinar en casos como el presente es «si se han vulnerado los derechos atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponde a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados en la instancia ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales» (STC 180/1999, FJ 3) ...»; o lo que es igual, se anticipa que el tribunal sentenciador va a proceder a emitir un juicio de valor sobre el fondo del conflicto de intereses.

Consecuentemente, se apresura a dejar claro que, ante todo, habrá de «... determinar, atendidas las circunstancias del caso, es si la publicación del mencionado reportaje por la revista «L» ha constituido o no una intromisión en el ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente que el art. 18.1 CE garantiza y si dicha intromisión es o no ilegítima. Para examinar a continuación si la divulgación de datos relativos a la vida privada de la ... [demandante de amparo] y de los familiares que con ella conviven en su hogar se encuentra amparada o no en el presente caso por el derecho a comunicar libremente información veraz [art. 20.1 d) CE].

... Conviene tener presente, a los fines del examen posterior, que el núcleo del reportaje publicado por la revista «L» está constituido por las declaraciones, en primera persona verbal, de D^a Alejandra ..., quien a partir de 1987 prestó servicios durante unos dos años en el domicilio de la ... [demandante] como niñera de su hija Tamara ...³⁰.

Cabe indicar, por último, que todos los capítulos contienen, junto al texto, una abundante información fotográfica sobre la persona objeto del reportaje y sus familiares y amigos; dato que, si bien puede ser relevante en una información de esta índole pues puede distorsionar el sentido del texto, como hemos declarado en la STC 183/1995, de 11 de diciembre, FJ 3, en el presente caso ha de quedar excluido de nuestro examen al no haber sido objeto de consideración específica ni en la queja de la recurrente ni en las alegaciones de otros intervinientes en este proceso constitucional ...». No se demanda, pues, amparo por una posible violación del derecho a la difusión pública de la imagen de la reclamante.

A renglón seguido, el Tribunal Constitucional pasa a «... determinar si el reportaje aquí considerado ha producido o no una intromisión en la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente que la Constitución protege y si tal intromisión es o no ilegítima. A cuyo fin ha de recordarse con carácter previo que es doctrina reiterada de este Tribunal (por todas, la mencionada STC 134/1999, FJ 5, con cita de las SSTC 73/1982, de 2 de diciembre; 110/1984, de 26 de noviembre; 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 143/1994, de 9 de mayo, y 151/1997, de 29 de septiembre) que el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el cono-

cimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del 9 conocimiento público. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada.

Corresponde, pues, a cada individuo reservar un espacio, más o menos amplio según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Y, en correspondencia, puede excluir que los demás, esto es, las personas que de uno u otro modo han tenido acceso a tal espacio, den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida, salvo los límites, obvio es, que se derivan de los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Pues a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada, personal o familiar. Doctrina que se corrobora con la sentada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 26 de marzo de 1985, caso X e Y; de 26 de marzo de 1985, caso Leander; de 7 de julio de 1989, caso Gaskin; de 25 de marzo de 1993, caso Costello-Robert y de 25 de febrero de 1997, caso Z).

³⁰ Concurriría pues lo que en el ámbito del Common Law se conoce como «breach of confidence».



... Aplicando la anterior doctrina al presente caso, de la lectura del reportaje publicado en la revista «L» se desprende con claridad que las declaraciones que se contienen en el mismo han invadido ilegítimamente la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente, al dar al público conocimiento de datos y circunstancias que a este ámbito indudablemente pertenecen. Como es el caso, entre otros extremos relativos a la esfera de la intimidad personal, de la divulgación de ciertos defectos, reales o supuestos, en el cuerpo o de determinados padecimientos en la piel, así como de los cuidados que estos requieren por parte de la Sra. María ... o los medios para ocultar aquéllos; al igual que la divulgación de los efectos negativos de un embarazo sobre la belleza de ésta. A lo que cabe agregar, asimismo, la amplia descripción que se ha hecho pública de la vida diaria y de los hábitos en el hogar de la recurrente, junto a las características de ciertas prendas que usa en la intimidad. Y en lo que respecta a la esfera familiar de la intimidad, también cabe apreciar que se han divulgado datos sobre las relaciones de la recurrente tanto con sus dos anteriores maridos como con el actual, con sus padres y, muy ampliamente, sobre el carácter y la vida de sus hijos; a lo que se une la difusión de la vida diaria y los hábitos de los familiares en el hogar, de los concretos regalos que se intercambian en las fiestas de Navidad o del dinero de que dispone una de sus hijas ...».

La intimidad no se reserva, pues, para los temas de gran envergadura sino que se extiende a los pequeños detalles que integran la vida cotidiana de las personas; que pueden parecer objetivamente banales pero que configuran ese espacio propio de cada cual en el que nadie tiene por qué entrometerse injustificadamente, por puro afán de curiosidad y propósito de cotilleo; y, por lo mismo, no importa –para valorar si se ha producido una intromisión ilegítima en la intimidad– que los datos revelados sean ciertos o falsos, aunque esto último pueda significar un incremento de la lesión en caso

de ser, los hechos divulgados, denigratorios de la persona a la que se refieren.

«... Ha de tenerse presente, además, que aquí concurre una circunstancia particular a la que antes se ha hecho referencia y sobre la que ahora conviene volver más detenidamente, a saber: que el acceso al ámbito de la vida personal y familiar de la Sra. María por parte de la declarante en el reportaje aquí considerado, Alejandra, se vio facilitado por el trabajo que, como niñera de su hija Tamara, prestó durante unos dos años en el hogar de aquélla.

El presente caso se caracteriza, pues, por la divulgación de datos de la esfera personal y familiar de la recurrente realizada por una persona que ha convivido con ella en su hogar por hallarse ligada a la misma por una relación de empleo. Circunstancia, conviene subrayarlo, que la revista «L» no sólo conocía sino a la que quiso dar un especial relieve, puesto que el subtítulo del reportaje aquí considerado es, precisamente, «Alejandra, la ex niñera de Tamara, revela como es la vida en calle A., núm....». Lo que nos sitúa, a juicio del Ministerio Fiscal, ante una de las intromisiones ilegítimas específicamente previstas en el apartado 4 del art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, la consistente en la «revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional... de quien los revela».

Calificación de la conducta en el precepto legal que, como también sostiene el Ministerio Fiscal, tiene su fundamento en el respeto del secreto profesional, por existir en el presente caso un vínculo laboral que genera una indudable relación de confianza.

Pues bien, desde la perspectiva constitucional cabe estimar asimismo que el secreto profesional, en cuanto deber que se impone a determinadas personas (STC 110/1984, de 26 de noviembre,

FJ 10), resulta exigible no sólo a quien se halla vinculado por una relación estrictamente profesional, sino también a aquéllos que, como ocurre en el presente caso, por su relación laboral conviven en el hogar de una persona y, en atención a esta circunstancia, tienen un fácil acceso al conocimiento tanto de los espacios, enseres y ajuar de la vivienda como de las personas que en ella conviven y de los hechos y conductas que allí se producen. En tales casos, es indudable que la observancia del deber de secreto es una garantía de que no serán divulgados datos pertenecientes a la esfera personal y familiar del titular del hogar, con vulneración de la relación de confianza que permitió el acceso a los mismos. Al igual que hemos dicho que el respeto a la intimidad constituye «una justificación reforzada para la oponibilidad del secreto, de modo que se proteja con éste no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de su actividad profesional que, por su propia naturaleza o proyección social se estime merecedora de tutela, sino que se preserve, también, frente a intromisiones ajenas, la esfera de la personalidad que el art. 18.1 CE garantiza» (ATC 600/1989, de 11 de diciembre, FJ 2). De lo que claramente se desprende que, en el presente caso, nos encontramos ante una intromisión en la intimidad personal y familiar de la recurrente causada por el reportaje publicado en la revista «L» que cabe reputar como ilegítima no sólo por el contenido de éste, como antes se ha apreciado, sino también por derivar la divulgación de los datos de una vulneración del secreto profesional. Y resulta evidente, en atención a esta circunstancia, que el mencionado medio de comunicación debía haberse guardado de dar difusión a tales datos, salvo que la información comunicada tuviera objetivamente relevancia pública, extremo sobre el que se volverá más adelante ...».

En realidad, el núcleo de la intromisión consiste en la divulgación in consentida e injustificada de hechos de la vida privada individual o familiar de una persona. El quebrantamiento del deber de

secreto profesional funciona como una causa de agravación del juicio de reproche que merece el comportamiento del indiscreto.

El abuso de confianza no agrava, por sí solo, la intromisión en la intimidad de otro, aunque pudiera intensificar el daño moral producido por aquélla, traduciéndose en la atendibilidad de una superior compensación económica.

El Tribunal Constitucional pasa seguidamente a valorar los problemas de relevancia de la intromisión como posible limitación del derecho al amparo y de la justificación de aquélla en aras de un interés superior.

La entidad mercantil editora de la revista alegó, en efecto, «... que los datos divulgados en el reportaje aquí considerado sólo eran, como estimó la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, «chismes de escasa entidad» que no afectaban a la reputación y buen nombre de la recurrente. En segundo término que dichos datos tenían interés general, por cuanto se referían a una persona con proyección pública. Y, por último, que su veracidad no ha sido cuestionada. De suerte que dicho reportaje, a su entender, estaba amparado por el derecho a comunicar libremente información veraz que el art. 20.1 d) CE reconoce ...».

Y se rechazan ambas objeciones.

«... Comenzando con el extremo relativo a la veracidad de la información, se ha alegado que el aquí considerado tiene el carácter de «reportaje neutral». Esto es, aquél en el que el medio de comunicación social «no hace sino reproducir lo que un tercer ha dicho o escrito» 11 (STC 134/1999, FJ 4) o, en otros términos, cuando se limita a «la función de mero transmisor del mensaje» (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). Ahora bien, sin necesidad de entrar a examinar si el reportaje publicado en la revista «L» tiene o no el carácter



que se le atribuye, ha de rechazarse la alegación pues es suficiente recordar que la recurrente no le reprocha falta de diligencia del informador o inveracidad de lo publicado, ya que en la demanda sólo se aduce, sin mayor precisión, que «algunos» de los hechos o circunstancias expuestos son falsos. La queja no se refiere, pues, a la veracidad de la información publicada sino a la lesión del derecho a la intimidad personal y familiar. Y cabe recordar al respecto que en la jurisprudencia de este Tribunal el requisito de la veracidad de la información merece distinto tratamiento «según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que, mientras la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad actúa, en principio, en sentido diverso. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa», como hemos declarado en la STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2.

Por tanto, la cuestión no es si lo publicado en este caso fue o no veraz, pues la intimidad que la Constitución protege no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas a la vida privada, «ya que, tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión» del derecho fundamental (STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3). De manera que si la libertad de información se ejerce sobre un ámbito que afecta a otros bienes constitucionales, en este caso los de la intimidad y la dignidad de la persona, para que su proyección sea legítima es preciso «que lo informado resulte de interés público (STC 171/1990, FJ 5, por todas) pues sólo entonces puede exigirse a aquéllos que afecta o perturba el contenido de la

información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad» (STC 29/1992, FJ 3). Lo que no concurre en el presente caso, como se verá más adelante ...».

«... En cuanto a que la reputación o el buen nombre de la recurrente no han quedado afectados dada la escasa entidad de los datos divulgados en el reportaje de la revista «L», esta alegación de la entidad mercantil que la edita sin duda se apoya en una afirmación de la Sentencia impugnada en este proceso constitucional en la que se expresa que dichos datos «no se pueden catalogar, ni de lejos, como atentatorios graves a la intimidad, por ser afrentosos, molestos o simplemente desmerecedores desde un punto de vista de homologación social», puesto que, «simplemente, constituyen chismes de escasa entidad».

Ahora bien, frente a esta alegación ha de tenerse presente, una vez más, que en este caso no nos encontramos ante el ámbito del derecho al honor, sino ante el del derecho a la intimidad personal y familiar. Por lo que resulta irrelevante desde la perspectiva constitucional que los datos pertenecientes a la esfera de intimidad divulgados sean o no gravemente atentatorios o socialmente desmerecedores de la persona cuya intimidad se desvela, aunque desde la perspectiva de la legalidad puedan servir para modular la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo). Y la razón es, sencillamente, que los datos que pertenecen al ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar constitucionalmente garantizado están directamente vinculados con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), como antes se ha dicho, y, por tanto, es suficiente su pertenencia a dicha esfera para que deba operar la protección que la Constitución dispensa a «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cul-

tura- para mantener una calidad mínima de la vida humana» (STC 231/1988, FJ 3) ...».

El Tribunal Constitucional ha disipado la confusión en que había incurrido el Supremo, sin duda a consecuencia de la fuerza atractiva que ejerce la tutela del honor y de la buena imagen pública. La respetabilidad de lo íntimo está estrechamente teñida de emocionalidad. Poco importa que lo revelado sea irrelevante para cualquier observador con un mínimo grado de madurez personal; importa que la persona afectada no desee su divulgación y nadie está legitimado para desprestigiar esa voluntad de reserva³¹ a menos que pueda invocar un interés prevalente.

Por este derrotero sigue el análisis del Tribunal Constitucional:

«... Teniendo presente las conclusiones alcanzadas en los dos fundamentos jurídicos anteriores, el problema de constitucionalidad radica, pues, en el interés general de la información, que la entidad mercantil que edita la revista «L» vincula a la proyección pública que posee la recurrente en amparo. Y cierto es que ésta es una persona con notoriedad pública por diversas razones, entre ellas su frecuente presencia en los medios de comunicación exponiendo al conocimiento de terceros su actividad profesional o determinados aspectos de su vida privada. Por lo que cabe incluirla en el grupo de aquellos sujetos que, junto con quienes tienen atribuidas la administración del poder público (STC 134/1999, FJ 7), por su actividad asumen un mayor riesgo frente a informaciones que les conciernen.

No obstante, para rechazar la alegación aquí examinada basta recordar, de un lado, que si bien los personajes con notoriedad pública inevitable-

mente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de esa esfera abierta al conocimiento de los demás su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (STC 134/1999, FJ 7, por todas). De otro lado, que «no toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública, goza de esa especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea» (STC 197/1991, FJ 4) ...».

Tal vez sea importante diferenciar algunos planos que (interesada o inconscientemente) se pueden confundir fácilmente; y para ello convendrá no olvidar que los medios de comunicación social no sólo desempeñan una función de verdadero servicio público sino también constituyen el objeto de una actividad empresarial regida, como cualquier otra, por el principio de optimización de los recursos y de obtención de los máximos beneficios económicos posibles, lo que genera el riesgo de una utilización perversa o exhaustiva de aquéllos a fin de incrementar éstos a cualquier precio, invocando, como coartada ideológica justificativa de sus excesos el desempeño de aquella función servicial.

La condición de personaje de interés público puede derivar de la autoridad o el prestigio alcanzados por una persona dentro de una comunidad; pero en otras ocasiones, es el resultado de una confluencia de intereses entre el aspirante a famoso³² y los medios capaces de elevarlo a esa

³¹ Se produciría una relación que recuerda la pareja conceptual «privilege»/«no right», de la tipología de Hohfeld.

³² No hay, en castellano, un sinónimo del inglés «celebrity», caracterizado por su artificiosidad y su efímera existencia. «Famosete» empleado con frecuencia como parónimo- tiene una denotación peyorativa (expresada en su sufijo) que sólo lo hace preciso semánticamente cuando realmente la valía de la persona de que se trate sea efectivamente muy escasa.



condición por procedimientos similares a los utilizados para dar publicidad a cualquier producto en el mercado de bienes y servicios. Por cierto, incluso en estas hipótesis el personaje sigue manteniendo un reducto respetable de intimidad individual y familiar, aunque su voluntaria e interesada irrupción en los medios le imponga un mayor nivel de sacrificio, compensando con los inconvenientes que la fama acarrea las ventajas que sin duda proporciona³³.

Lo anterior es tanto más sostenible cuando se produce un súbito interés social por una persona particular, incluso a pesar de ésta, como ocurre con las víctimas de determinadas catástrofes o de sucesos de gran impacto. Fayos Gardó³⁴, a partir del estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional, concluye que las personas privadas «... pueden sufrir intromisiones en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen derivadas de la existencia de un interés público, si bien estas intromisiones son necesariamente menores que las que soportan las personas públicas, tal como se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 197/1991, antes citada) ...».

«... Y gravísimas nos parecen algunas informaciones realizadas sobre personas privadas que han tenido la desgracia de sufrir una agresión: no son protegibles las publicaciones que revelan de forma innecesaria aspectos relevantes de la vida personal y familiar de una joven agredida sexualmente, revelando incluso su identidad y la circunstancia de su virginidad [STC 185/2002, Sala Segunda, 14.10.2002 (MP: Tomás S. Vives Antón)]; ni es protegible la publicación de datos sobre un juicio que permiten identificar a la víctima -menor de edad- de una agresión sexual llevada a cabo por su padre

[STC 127/2003, Sala Segunda, 30.6.2003 (MP: Pablo Manuel Cachón Villar)] ...».

El interés del público por una persona no se identifica con el interés público que esa persona merezca objetivamente. La pura curiosidad por la vida privada de los demás y mayormente aquella, malsana, que se recrea especialmente en sus lados más viscosos, no puede merecer la tutela del Derecho por encima del interés de los simples particulares por preservar su intimidad.

Pero no basta que el hecho afecte a una persona de interés público; la noticia ha de ser, desde un punto de vista objetivo, socialmente interesante.

En el caso revisado por la Sentencia en estudio, el Tribunal Constitucional pone de relieve que «... no deja de ser contradictorio, como ha alegado el Ministerio Fiscal, que de un lado se afirme [por el Tribunal Supremo] la escasa entidad de los datos divulgados en el reportaje y, de otro, que la información posee interés general, pues lo primero necesariamente excluye lo segundo. Pero en todo caso, para deslindar una y otra dimensión y valorar si lo divulgado ha de quedar reservado al ámbito de la intimidad o, por el contrario, puede ser objeto de información pública, el criterio determinante es la relevancia para la comunidad de la información que se comunica. Esto es, si nos encontramos ante unos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos, lo que posee un indudable valor constitucional; y es distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana en la vida de otros, potenciada en nuestra sociedad tanto por determinados medios de comunicación como por ciertos programas o secciones en otros, o bien

³³ En todo caso, no parece que una eventual ruptura del pacto (normalmente no escrito) con los medios de comunicación con los que establece una relación simbiótica autorice a los profesionales de aquellos a un hostigamiento continuado enfatizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ya analizado caso Hannover contra Alemania.

³⁴ Fayos Gardó, A., «Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25º aniversario de la LO 1/1982», InDret, 4/2007

de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento (STC 134/1999, FJ 8, entre otras muchas). Pues hemos declarado que la preservación de ese reducto de inmunidad «sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y su valor, al ámbito de lo público, que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena» (STC 29/1992, FJ 3) ...».

Aplicado todo lo anterior al caso enjuiciado, el Tribunal Constitucional concluye que «... basta la simple lectura del reportaje aquí considerado para estimar que los datos divulgados carecen de relevancia pública, pues éstos se refieren, como ya ha sido apreciado en el fundamento jurídico 4, a distintos aspectos de la intimidad personal y familiar de la recurrente que van desde supuestos o reales defectos físicos de ésta y los cuidados para paliarlos o evitar que sean conocidos hasta la descripción pormenorizada de la vida cotidiana en su hogar y los hábitos de los familiares que con ella conviven. Lo que entraña, en consecuencia, que dicho reportaje no puede encontrar amparo en el derecho fundamental a comunicar libremente información sino que constituye, por el contrario, una

intromisión ilegítima en la esfera de intimidad de la recurrente constitucionalmente garantizada ...».

Para el Tribunal Supremo, la banalidad de lo divulgado lo deja fuera del ámbito de protección constitucional; en cambio, el Tribunal Constitucional no ve razón para negar el amparo en función de la parvedad de la materia, porque la tutela de los derechos fundamentales siempre tiene trascendencia³⁵.

Y añade algo más: «... frente a lo alegado por la entidad mercantil editora de la revista «L», [poco importa] que la Sra. María haya divulgado anteriormente datos de su vida privada en otras publicaciones e incluso los espacios más íntimos de su nuevo hogar. Pues cabe recordar al respecto que si bien el derecho a la libertad de información ha de prevalecer sobre el de la intimidad en relación con los hechos divulgados por los propios afectados por la información, dado que a cada persona corresponde acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno, no es menos cierto que, más allá de esos hechos dados a conocer y respecto a los cuales el velo de la intimidad ha sido voluntariamente levantado, el derecho a la intimidad prevalece y opera como lími-

³⁵ El aforismo «de minimis non curat praetor» (también «de minimis non curat lex») es un lugar común («topos») muy utilizado en el Common Law, de origen impreciso, aunque la idea suya en algún fragmento latino («propter parvam rem non debet aliquid mutari», Ulpiano, D., 16, 3, 1,5). Sentencias 631/2006, de 22 de junio, y 460/2009, de 30 de junio, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y 31 de marzo del 2004, 4 de abril del 2006 y 29 de septiembre del 2006, todas de su Sala Tercera, aplican el principio en materia de defensa de la competencia, invocando el artículo 1.3 de la Ley de Defensa, los artículos 1 al 3 de su Reglamento, el artículo 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea, la Comunicación «De minimis », de 9 de diciembre de 1.997, sustituida por la de 22 de diciembre de 2001, y la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 21 de enero de 1999, en los Asuntos acumulados Bagnasco, Banca Popolare di Novara y Cassa di Risparmio di Genova e Imperio, y las citadas en ella. En la Sentencia 163/1986, de 3 de enero, del Tribunal Constitucional, en cambio, se previene que «... acerca de los derechos fundamentales no podríamos repetir la máxima de que “de minimis non curat praetor”, porque con apoyo en su condición de elementos objetivos del ordenamiento, dotados de importancia y protección máximas, ya ha dicho este Tribunal que nada de lo que concierna a los derechos fundamentales podrá considerarse nunca ajeno a su competencia ni a su atención (STC 26/1981, f. j. 14.º, y STC 7/1983, f. j. 1.º) ...». La Sentencia de 11 de junio del 1992, también de la Sala Tercera, recuerda precisamente que «... [la] propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional no considera el criterio de “minimis ” como razonable para impedir la protección de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el de tutela judicial efectiva que se satisface acudiendo a los tribunales para defender derechos e intereses legítimos. Dice la sentencia de 17 de diciembre de 1986, número 163/1986 que «tampoco obsta para que el Tribunal entre en el fondo del presente la escasa cuantía de la pena, la indemnización y las costas, pues, aparte de que la valoración del contenido condenatorio de la Sentencia de apelación puede legítimamente variar en función de datos objetivos y de perspectivas subjetivas en las que este Tribunal nunca podría entrar, y que a lo sumo pueden explicar la no comparecencia aquí del interesado, lo cierto, es que acerca de los derechos fundamentales no podríamos repetir la máxima de que de “minimis non curat praetor”, porque con apoyo en su condición de elementos objetivos del ordenamiento, dotados de importancia y protección máxima, ya ha dicho este Tribunal que nada de lo que concierna a los derechos fundamentales podrá considerarse nunca ajeno a su competencia ni a su atención -Sentencia 26/1981, fundamento jurídico 14 y Sentencia 7/1983, fundamento jurídico 1.º.» Con mayor razón la escasa cuantía de la pretensión no puede justificar que se niegue el acceso a la jurisdicción, que es la forma en que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva, pues negando aquel se deniega de modo absoluto este derecho fundamental. ...»



te infranqueable del derecho a la libre información (SSTC 197/1991, FJ 3, y 134/1999, FJ 8). Y si en el presente caso se compara el texto del reportaje publicado en la revista «L» con otros textos que obran en las actuaciones y en los que la recurrente ha hecho referencia a diversos aspectos de su vida y de su nuevo hogar, resulta evidente, como ha alegado el Ministerio Fiscal, que la gran mayoría de los datos íntimos desvelados por D^a Alejandra en aquel reportaje no habían sido publicados con anterioridad. De suerte que, en definitiva, el derecho a la intimidad de la recurrente ha de prevalecer sobre el derecho a la libre comunicación de información ...».

Por todo ello, el Tribunal Constitucional ampara a la demandante y «... para que quede restablecida en el derecho a la intimidad que ha sido lesionado, es procedente que nuestro fallo, como en otros casos similares en los que el amparo se pide frente a una resolución judicial, se limite a declarar la nulidad de la Sentencia impugnada en este proceso constitucional ...».

La Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó, entonces, su Sentencia 776/2000, de 20 de julio, y respira irritación por la desautorización del Tribunal Constitucional.

Tomando su Sentencia como pie forzado, recuerda que «... el art. 5-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial proclama que los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes según la interpretación que en sus resoluciones realice el Tribunal Constitucional sobre derechos y principios constitucionales.

Por ello, esta Sala debe proclamar que el reportaje aparecido en la revista «L» titulado «La cara oculta de Isabel» supone un ataque a la intimidad de la protagonista del mismo D^a Isabel ...».

Tras advertir que no se hace declaración sobre la solidaridad de una de las personas codemanda-

das por haber quedado dicha cuestión fuera de la presente contienda judicial, entra de lleno en lo que constituye el tema central del conflicto.

«... La valoración pecuniaria de la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental a la intimidad, estará determinada por la gravedad atentatoria de dicho ataque, así como por la difusión de la noticia y las ventajas económicas obtenidas con ella.

Pues bien las frases «granos que le salen en la cara..., determinada agenda de piel de cocodrilo..., ropa que posee...» se pueden calificar como insignificantes dada la enorme proyección pública de la afectada –hecho notorio–, por lo cual a valoración del daño moral producido puede ser mensurado en 25.000 pesetas. La difusión de la noticia y las ventajas reportadas, no han podido ser cuantificadas económicamente ...».

Por todo lo cual, el Tribunal Supremo, «... estimando en parte el recurso de casación interpuesto por la firma «Moda H., S.A.» y D. Julio frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 12 de enero de 1993, ... [estimó] la demanda contra ellos formulada por D^a Isabel en los siguientes términos:

1º) Se declara la intromisión ilegítima a la intimidad de D^a Isabel por parte de los demandados,

2º) Se condena a los demandados, de forma solidaria a abonar a D^a Isabel la indemnización de 25.000 pesetas, más los intereses legales desde la interpretación judicial.

3º) Se publicará esta sentencia íntegramente en la revista Lecturas a costa de los demandados; todo ello sin hacer una expresa imposición de las costas de este recurso ...».

La demandante tampoco se conformó esta vez, y acudió nuevamente al Tribunal Constitucional.

Resolvió el recurso de amparo la Sentencia 186/2001, de 17 de septiembre, de la Sala Segunda de aquel Tribunal.

Protestó –como se resume en la misma resolución– por entender que el Tribunal Supremo había vulnerado los derechos a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) porque la Sentencia ahora impugnada había incumplido lo establecido en la 115/2000, de 5 de mayo, del Constitucional, ya que al fijar la indemnización no se había limitado a modular la responsabilidad en función de la mayor o menor gravedad de la lesión del derecho a la intimidad sino que enjuiciaba de nuevo la intromisión calificando de insignificantes determinadas frases del controvertido reportaje, omitiendo además muchos otros datos relativos a su intimidad también desvelados a los que aludía la Sentencia de amparo. Sostenía, asimismo, que la segunda dictada por el Tribunal Supremo carecía de motivación suficiente, limitándose a afirmar que «la difusión de la noticia y las ventajas reportadas no han podido ser cualificadas económicamente», sin entrar a analizar tal difusión ni el efecto obtenido ni las circunstancias del caso.

A lo anterior agregaba, de un lado, que la Sala del Tribunal Supremo carecía de competencia para proceder a dicha revisión del quantum indemnizatorio, según su propia y reiterada doctrina. De otro, que la indemnización que se había acordado en la segunda Sentencia era meramente simbólica y, por tanto, no restituía ni restablecía a la recurrente en su derecho a la intimidad. El Ministerio Fiscal se

adhirió a las pretensiones de la recurrente. En cambio, como era de esperar, los demandados absueltos se opusieron a ella.

La situación creada era extraordinariamente delicada. Parecía que fuese a estallar en España una «guerra de los dos Tribunales» como la que había enfrentado, cuarenta años atrás al Constitucional y al Supremo italianos³⁶ y que, ya en 1977, Zagrebelsky tenía por afortunadamente concluida hacia años³⁷.

El Tribunal Constitucional tras unas precisiones preliminares, pasa al examen de las infracciones constitucionales denunciadas:

[a] «... en primer lugar, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por haber entrado a revisar el Tribunal Supremo la cuantía indemnizatoria en la Sentencia de casación apartándose de su constante línea jurisprudencial ...»;

[b] «... en segundo lugar, la vulneración del mismo derecho por no haber motivado suficientemente la Sentencia impugnada la revisión de la cuantía fijada en apelación ...»;

[c] «... finalmente, la conculcación del derecho a la intimidad, que se vio lesionado nuevamente al haberse fijado una indemnización simbólica totalmente inadecuada para restablecer a la agraviada en la integridad de su derecho y al haberlo hecho apartándose de los criterios fijados en la Sentencia constitucional ...».

³⁶ Assini, N., *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la Agguerra de le due Corti*, Milano, 1973, *lemolo*, *Pensieri di questi giorni -la legge dell'istruttoria sommaria*, en *Astrolabio*, 1965, Pizzorusso, A., *Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano*, en *El Tribunal Constitucional*, I, Instituto de Estudios, Madrid, 1981, págs. 275 y ss., Rubio Llorente, F., *Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1982, 4, págs. 35 y ss. Véanse, de hecho, los expresivos trabajos de Fayos Gardó, antes citado; Oubiña Barbolla, S., «Diagnóstico del Tribunal Constitucional en el 25º aniversario de la Constitución: sobrepeso grave», *InDret* 1/2004, enero-marzo 2004; Pintos Ager, J., «Comentario de la STC, 2ª, 115/2000, de 5 de mayo, y sus secuelas», *InDret*, 2/2002; Salvador Coderch, P., Ramos González, S., Luna Yerga, A., Gómez Ligüerre, C., «Libertad de expresión y luchas de poder entre Tribunales. Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen y las libertades de información y expresión en la Jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de los años 1998-2000 (I)», en *InDret* 3/2001, julio-septiembre 2001; y Salvador Coderch, P., Ramos González, S., Luna Yerga, A., «Diseño institucional defectuoso. Comentario a la STS, 1ª, 23.1.2004», *InDret*, 2/2004, abril-junio 2004, entre otros.

³⁷ Zagrebelsky, *La Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1977



La primera queja no puede ser acogida, a juicio del Tribunal sentenciador, porque la recurrente sostiene que la lesión se produjo al fijar el Supremo la cuantía de la indemnización en la Sentencia de casación, apartándose de su propia doctrina, dictada en aplicación del art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, según la cual no procede en casación la revisión del «quantum» indemnizatorio. Debe señalarse, sin embargo –argumenta el Constitucional– que «... la mencionada doctrina no ha impedido que en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo haya procedido a la revisión del «quantum» indemnizatorio en casación, en concreto, en los casos en los que el Tribunal de instancia no hubiera tenido en cuenta las pautas valorativas del daño moral; o esa valoración se hubiera realizado de manera totalmente arbitraria, inadecuada o irracional; o el importe resultara excesivo ... La fijación de la cuantía indemnizatoria por parte del Tribunal Supremo no ha entrañado lesión alguna del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, sin que en este proceso de amparo proceda debatir si el Tribunal Supremo podía o no fijar en el presente caso el «quantum» de la indemnización ...».

En cuanto a la segunda queja, se recuerda que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona había declarado que, si bien la prueba practicada no resultaba suficiente para justificar los beneficios extraordinarios de la publicación, sí permitía «... ponderar la repercusión social del medio habida cuenta, además, de que el cálculo de los lectores, rebasa siempre el de la tirada media de los ejemplares de la publicación. Este dato de la importancia social del medio ha de servir para apreciar la repercusión del reportaje y, consecuentemente, los percimientos morales de la actora, los cuales, lógicamente, aunque esto se intentó desvirtuar en el acto de la vista, varían según la naturaleza de la imputación y la importancia social del medio ...»³⁸.

El travisamento di fatto es un vicio de motivación en que incurre el juzgador cuando los hechos que declara probados entran en contradicción con el resultado de la prueba practicada en juicio o cuando, inversamente, se consideran no probados otros que cuentan con suficiente respaldo probatorio: La resolución que adolezca de este vicio no puede ser impugnada mediante el recurso de casación pero es revocable, por razones de fondo, de conformidad con lo previsto por el artículo 395.4 del Codice Processuale Civile (Corte di Casazione, Pleno de las Secciones Civiles, Sentencia de 25 de noviembre del 2008, número 28049) Santoriello, C., «Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giurisdizione», UTET, Torino, 2008, págs. 218 y ss., nota 192.

A juicio del Constitucional, la Sentencia del Tribunal Supremo «... procedió a la revisión de la cuantía de la indemnización acordada por la Audiencia Provincial fijando en su lugar la que estimó más apropiada de 25.000 pesetas. Para fundamentar esta resolución precisó los criterios a los que debía atenerse la valoración pecuniaria de la responsabilidad (la gravedad atentatoria del ataque, la difusión de la noticia y las ventajas económicas deducibles de ella) y afirmó que «las frases granos que le salen en la cara ..., determinada agenda de piel de cocodrilo ..., ropa que posee ... se pueden calificar como insignificantes, dada la enorme proyección pública de la afectada». Pues bien, debe reconocerse que con ello la Sentencia impugnada, además de omitir datos esenciales contenidos en la STC 115/2000 relativos a otros aspectos de la intimidad de la recurrente que fueron ilegítimamente desvelados, tampoco tuvo en consideración los criterios o parámetros básicos legalmente exigidos.

Concretamente, ha de advertirse que la Sentencia frente a la que se demanda amparo no tuvo en

³⁸ fundamento jurídico sexto.

cuenta la difusión o audiencia del medio en el que se publicó el reportaje causante de la vulneración denunciada (criterio contemplado en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982), declarando que ni dicho extremo ni las ventajas económicas reportadas al causante pudieron ser cuantificados económicamente. Ciertamente los beneficios económicos que supuso la publicación del reportaje no fueron cuantificados en el proceso, pero sí quedaron en él constancia de algunos datos relevantes respecto de la difusión de la revista en la que dicho reportaje se incluyó. En las actuaciones seguidas en primera instancia queda reflejado (pág. 213) que, a instancia de la hoy demandante, se aportó un certificado de 3 de diciembre de 1990, de la Oficina de Justificación de la Difusión (OJD), acreditativo de que los promedios de difusión mensual de la «revista C.» entre abril y agosto de 1989 oscilaron entre 331.934 ejemplares (abril) y 435.716 ejemplares (agosto), siendo perceptible un incremento de tirada que coincidió con la injerencia ilegítima ...».

Y continúa: «... La Sentencia impugnada tampoco atendió a las circunstancias del caso, primer criterio de valoración que figura en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, pues en su motivación no se hace referencia alguna a la publicidad del mismo reportaje que la «revista C» insertó en otros medios de comunicación, incluida la televisión, ni a su publicación, dilatada en el tiempo, a través de doce entregas semanales, ni que la recurrente ocupó un lugar destacado en la portada, factores todos ellos que debieron ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la gravedad de la lesión atendiendo a la difusión o audiencia del medio a través del cual se produjo.

En suma, el Tribunal Supremo estimó el motivo de casación relativo a la determinación de la cuan-

tía de la indemnización (art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982), reduciendo el «quantum» indemnizatorio de 10.000.000 de pesetas fijado en la Sentencia de apelación hasta la cantidad de 25.000 pesetas, sin valorar las circunstancias del caso y sin utilizar para determinar la gravedad de la lesión el criterio de la difusión, probada en el proceso, de la revista en la que se publicó el reportaje considerado ...».

Esta conclusión presupone un triple juicio valorativo del Tribunal Constitucional:

[a] Una censura de la inferencia de los hechos que se declaran probados y los que no se consideran suficientemente acreditados a partir de la prueba disponible, para apreciar un vicio de fijación de los elementos fácticos utilizables en términos que recuerdan la figura italiana del «travisamento di fatto»³⁹.

[b] Una crítica de la observancia de las normas legales relativas al método de cuantificación de la compensación y el resarcimiento por intromisión indebida en la intimidad ajena.

[c] Una crítica de la suficiencia de la motivación de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo al concretar la cuantía de la compensación económica debida a la demandante.

Este último extremo servirá de cabeza de puente para llegar al análisis de los dos anteriores.

Después de resumir la doctrina constitucional sobre la trascendencia de la motivación de las resoluciones judiciales en la eficacia del derecho a la tutela judicial y a la vista de la proscripción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, injuido

³⁹ El *travisamento di fatto* es un vicio de motivación en que incurre el juzgador cuando los hechos que declara probados entran en contradicción con el resultado de la prueba practicada en juicio o cuando, inversamente, se consideran no probados otros que cuentan con suficiente respaldo probatorio. La resolución que adolezca de este vicio no puede ser impugnada mediante el recurso de casación pero es revocable, por razones de fondo, de conformidad con lo previsto por el artículo 395.4 del *Codice Processuale Civile* (Corte di Casazione, Pleno de las Secciones Civiles, Sentencia de 25 de noviembre del 2008, número 28049, entre otras muchas). La bibliografía sobre el tema es muy copiosa. Puede consultarse un resumen actualizado en Santoriello, C., «Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giurisdizione», UTET, Torino, 2008, págs. 218 y ss., nota 192.



obviamente el Judicial⁴⁰, el Tribunal Constitucional concluye que «... la Sentencia impugnada no satisface las exigencias de motivación derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en la medida en que versan sobre la reparación de un derecho fundamental vulnerado, cual es el derecho a la intimidad. En efecto, el Tribunal Supremo procedió a revisar la cuantía de la indemnización fijada por la Audiencia Provincial desatendiendo datos determinantes del alcance de las lesiones, omitiendo los hechos acreditados en el procedimiento en los que quedó probada la difusión de la «revista C» en las semanas en que se publicó el reportaje enjuiciado, y desconociendo criterios legales que el juzgador debe tener en cuenta para valorar el daño moral producido por la intromisión ilegítima declarada (art. 9.3 Ley Orgánica 1/1982), especialmente el referente a las circunstancias del caso y el relativo a la difusión o audiencia del medio a través del cual aquélla se haya producido. Tal incumplimiento adquiere relieve constitucional por cuanto la insuficiencia de la motivación de la fijación de la cuantía de la indemnización implica una ausencia de los elementos y razones de juicio que permiten conocer los criterios de la decisión judicial, puesto que el razonamiento del Tribunal Supremo no constituye una motivación adecuada o satisfactoria de la decisión adoptada ..., y por ello, en la medida en que puedan considerarse lesión autónoma respecto del derecho a la intimidad, podría suponer una vulneración del derecho de la recurrente a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada y fundada en Derecho ...».

Pero el Tribunal Constitucional no se contenta con declarar el vicio de falta de motivación sufi-

ciente del que, a su entender, adolece la segunda Sentencia dictada por el Supremo, y continúa:

«... La constatación precedente no nos impide, sin embargo, entrar a analizar si, como se ha alegado, la Sentencia impugnada reparó la vulneración del derecho a la intimidad o al no hacerlo así vulneró de nuevo este derecho; al contrario, en el presente caso, ese enjuiciamiento viene requerido, de un lado, por el hecho de que la declarada insuficiencia de motivación, como ya se ha avanzado, guarda una indisoluble relación con las exigencias dimanantes del respeto debido al derecho a la intimidad personal y familiar: en rigor, como ha reiterado este Tribunal, la falta o insuficiencia de motivación de una resolución judicial relativa a un derecho fundamental sustantivo se convierte en lesión de ese derecho ... y, de otro lado, por la circunstancia de que en este caso el órgano judicial frente a cuya resolución se demanda el amparo se ha pronunciado ya por dos veces en relación con la denunciada vulneración del derecho a la intimidad.

Entrando, pues, en el enjuiciamiento de esta lesión debe recordarse que, según las alegaciones vertidas en este proceso, la misma derivaría del carácter meramente simbólico de la indemnización fijada -25.000 pesetas- y del hecho, que está en su raíz, de que la Sentencia impugnada se aparta de los criterios establecidos en la STC 115/2000 al delimitar el alcance del derecho y de la lesión sufrida.

Respecto a la indemnización fijada por la Sentencia recurrida es cierto que este Tribunal ha de-

⁴⁰ «... Según ha venido declarando este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, dado que la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir institucionalizada en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión que dichas resoluciones contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos ... Conviene asimismo recordar que esta exigencia constitucional entronca con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante que para todo órgano judicial tienen la Ley y la Constitución Y, por otra parte, no debe olvidarse que la razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por tanto, en la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho ... ».

clarado que, en principio, la fijación de una u otra cuantía no es susceptible de convertirse en objeto de vulneración autónoma de los derechos fundamentales, en este caso del derecho a la intimidad. Pero no es menos cierto que también hemos declarado que «la Constitución protege los derechos fundamentales... no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos» ... Como indicamos en la STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6, los arts. 9.1, 1.1 y 53.2 CE impiden que la protección jurisdiccional de los derechos y libertades se convierta en «un acto meramente ritual o simbólico». Así lo proclaman, en el ámbito propio del amparo constitucional, los arts. 1, 41 y 55 de nuestra Ley Orgánica. Desde esta perspectiva existen motivos para afirmar que una indemnización de 25.000 pesetas resulta insuficiente para reparar el derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente. Sin embargo, desde la perspectiva de la lesión de ese derecho fundamental la cuestión de mayor trascendencia no es ésta, sino el apartamiento de la Sentencia recurrida de los criterios fijados por la STC 115/2000 en orden a delimitar el alcance del derecho y fijar la indemnización.

... Pues bien, analizando la cuestión desde esta perspectiva cabe concluir que, en efecto, al revisar la cuantía de la indemnización fijada por la Audiencia Provincial la Sentencia ahora impugnada partió de un entendimiento del derecho a la intimidad que no se ajusta a la interpretación que de tal derecho fundamental realizó este Tribunal en su Sentencia,

y que vincula a todos los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial (art. 5.1 LOPJ)⁴¹.

.. Por ello, al no considerar la Sentencia impugnada, ni aun tras el enjuiciamiento realizado en la STC 115/2000, que la revelación de tales datos constituyó el núcleo de la intromisión ilegítima efectuada en la intimidad personal y familiar de la demandante de amparo, y reiterar de nuevo una minusvaloración del quebranto sufrido por el derecho fundamental afectado en función del pretendido «carácter insignificante» de algunas frases del reportaje publicado en la «revista C.», la Sentencia frente a la cual ahora se demanda amparo realiza una interpretación que, lejos de reparar el derecho vulnerado, lesiona de nuevo el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), menoscabando así la eficacia jurídica de la situación subjetiva declarada en nuestra precedente Sentencia.

... Las conclusiones expuestas en los fundamentos precedentes conducen directamente al otorgamiento del amparo solicitado por la recurrente, lo cual exige que precisemos el alcance de nuestro fallo. La demandante de amparo solicita la anulación de la Sentencia impugnada, y que se declare ajustada a Derecho la indemnización fijada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa asimismo la nulidad de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2000 y la declaración de firmeza de la dictada en apelación ...».

Y llega el momento de enmendar el entuerto.

⁴¹ El Tribunal Supremo valora la cuantía de la indemnización con base en el carácter "insignificante" de determinadas frases del reportaje ("granos que le salen en la cara...", determinada agenda de piel de cocodrilo..., ropa que posee..."), argumento que ya utilizó en su primera Sentencia de casación, en la que declaró que tales datos, calificados de "chismes de escasa entidad", no podían reputarse como gravemente atentatorios a la intimidad. Se aparta así de los criterios fijados en la STC 115/2000, ya que, en primer lugar, como se desprende del tenor literal de su fundamento jurídico 5 antes citado, la vulneración del derecho a la intimidad no derivó únicamente del hecho de haberse revelado datos sobre "los granos", "la agenda" y "la ropa" de la recurrente, sino de haber desvelado otros datos de su vida personal y familiar de mucha mayor entidad. Se ponderó, además, según consta en el fundamento jurídico 6, el carácter cualificado de la vulneración derivado del hecho de que la divulgación de los datos había sido realizada quebrantando el deber de secreto impuesto a las personas que conviven en el hogar de una persona por razones laborales. Por otra parte, en la STC 115/2000 se declaró que la vulneración del derecho a la intimidad no podía hacerse depender de la insignificancia de algunas de las expresiones vertidas en el curso de dicho reportaje, ya que revestía la trascendencia propia de la relevancia constitucional del derecho fundamental afectado; y, aunque en el FJ 8 se afirmase con carácter general que la gravedad atentatoria de los datos revelados podía ser tenida en cuenta para modular la responsabilidad de quien lesiona el derecho, por supuesto eso no significa que al fijar la indemnización pueda desconocerse la premisa de la relevancia constitucional del derecho afectado y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego. ...»



Tras las habituales consideraciones iniciales⁴², el Tribunal Constitucional explica que, en el caso revisado por él, «... el otorgamiento del amparo comporta la declaración de nulidad de la Sentencia impugnada –art. 55.1.a) LOTC–. Pero el restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho fundamental -art. 55.1.c) LOTC exige, dadas las particulares circunstancias del supuesto enjuiciado en este caso, que nuestro fallo no se limite a declarar tal nulidad y a acordar la devolución de las actuaciones para que sobre ellas se produzca un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo, puesto que, de una parte, estamos ante un vicio «in iudicando» y, de otra, a diferencia de lo acaecido en ocasiones precedentes, habiéndose ya pronunciado por dos veces al respecto el órgano judicial frente a cuyo último pronunciamiento se nos demanda amparo, el pleno restablecimiento del derecho a la intimidad personal y familiar exige aquí, en función de las concretas características del caso, excluir dicha devolución con el objeto de que la reparación procedente no se dilate en términos inadmisibles al resultar remitida a un proceso que puede prolongarse indefinidamente y que, en consecuencia, por su misma duración, podría hacer ilusoria la obligada reparación del derecho fundamental lesionado. En consecuencia procede declarar la nulidad de la Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo el 20 de julio de 2000 y, a los fines indicados, declarar que, en cuanto al «quantum» indemnizatorio, ha de estarse en ejecución de nuestro fallo a la cantidad acordada en concepto de indemnización por el fallo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de enero de 1993, cuya fundamentación resulta acorde con las exigencias del derecho fundamental expresadas en la STC 115/2000 ...».

El Tribunal Constitucional no se limita, por tanto, a anular la Sentencia dictada por el Supremo para que éste pronuncie una nueva, debidamente fundamentada, sino que declara su nulidad radical, absoluta e insubsanable, que lleva consigo el cierre casacional y la firmeza de la Sentencia de la Audiencia Provincial.

Dos Magistrados discreparon de la mayoría en cuanto al tratamiento del vicio apreciado en la Sentencia del Tribunal Supremo, considerando que «... se debía haber estimado la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva además de la del derecho a la intimidad, y que la solución correcta de dichas vulneraciones era la de que se devolvieran las actuaciones al Tribunal Supremo, para que, ejercitando la jurisdicción que le es propia, dictase nueva Sentencia, atendida a las exigencias constitucionales vulneradas en la anterior anulada ...»⁴³.

Los condenados no se aquietaron y recurrieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que resolvió el caso por Sentencia de 13 de mayo del 2003 de su Sala Cuarta.

El núcleo de la resolución se dedica a discernir si el Tribunal Constitucional tenía competencia para resolver el caso en la forma en que lo hizo. Los recurrentes invocaron el artículo 6.1 del Convenio Europeo de 1950.

«... Teniendo en cuenta todos los documentos del expediente, el Tribunal considera que la manera en que el Tribunal Constitucional interpretó y aplicó la legislación interna aplicable no revela ninguna apariencia de iniquidad o de arbitrariedad flagran-

⁴² «En este punto conviene recordar que tenemos declarado que el art. 55 LOTC faculta al Tribunal para realizar algún o algunos de los pronunciamientos que contempla, confiriendo a la Sentencia en la que otorgue el amparo demandado una flexibilidad que resulta especialmente intensa en lo que se refiere a la determinación del instrumento adecuado para el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho (STC 99/1983, de 16 de noviembre, FJ 5).».

⁴³ Salvador Coderch, P., Ramos González, S., Luna Yerga, A., y López Ligüerre, C., «Libertad de expresión y luchas de poder entre los Tribunales. Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen y las libertades de información y expresión en la Jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de los años 1998-2000», I, Indret, IV/2001, no dudan en considerar que hubiera sido peor que hubiese prevalecido el criterio de los Magistrados disidentes.

tes que puedan plantear un problema en el terreno del artículo 6.1 del Convenio ...».

«Los demandantes se ... [quejaron además] de la violación de su derecho a la libertad de expresión y de información en tanto en cuanto la condena del Tribunal Constitucional es injustificada y desproporcionada en relación al fin legítimo perseguido ...». Invocaron el artículo 10 del Convenio antes citado.

El Tribunal considera que la Sentencia enjuiciada es una «injerencia» en el ejercicio de los demandantes de su libertad de expresión. Pero no era ilegítima si está «prevista por la Ley», persigue uno o más fines legítimos en virtud del apartado 2 y es «necesaria», en una sociedad democrática, para alcanzarlos. Los demandantes no niegan que la injerencia estuviera prevista por la Ley y persiguiera un fin legítimo. El conflicto se circunscribe a discernir si la injerencia denunciada constituía una medida necesaria en una sociedad democrática.

El Tribunal «... recuerda que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales en una sociedad democrática. Con la condición del apartado 2 del artículo 10, vale no solamente para las "informaciones" o "ideas" admitidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, disgustan o inquietan: así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no es una "sociedad democrática" ...

A este respecto, la prensa juega un papel esencial en una sociedad democrática: aunque no debe franquear ciertos límites, concretamente en cuanto a la protección de la reputación y de los derechos de terceros, le corresponde no obstante comunicar, dentro del cumplimiento de sus deberes y de sus responsabilidades, informaciones o ideas sobre todas las cuestiones de interés general ... La libertad de prensa incluye el posible recurso a cierta dosis de exageración, e incluso de provocación ...

Por otro lado, cuando ejerce su control, el Tribunal no tiene como tarea el sustituir a los tribunales internos, sino verificar desde el punto de vista del artículo 10 las sentencias dictadas por éstos en virtud de su poder de apreciación. Para ello, el Tribunal debe considerar la "injerencia" enjuiciada, a la luz del conjunto del caso, para determinar si los motivos invocados por las autoridades internas para justificarla parecen "pertinentes y suficientes"...

«... En este caso, el Tribunal constata que tanto el Juzgado de primera instancia núm. 32 de Barcelona como la Audiencia Provincial de Barcelona examinaron los intereses en cuestión para concluir que la divulgación por la revista de los datos relativos a la intimidad personal y familiar de la señora Preysler constituían una intromisión ilegítima en su derecho al respeto de su vida privada y familiar, garantizado por el artículo 18.1 del Convenio.

El Tribunal Europeo, tras exponer en síntesis el contenido de la segunda Sentencia del Constitucional Español, «... considera que no se puede considerar que los reportajes objeto del litigio, al centrar su contenido en aspectos puramente privados de la vida de la persona en cuestión y de su familia, contribuyeran a ningún debate de interés general para la sociedad, pese a la relevancia social de dicha persona.

El Tribunal señala además que, mediante una segunda Sentencia ..., el Tribunal Constitucional reiteró su primera sentencia y consideró, por medio de motivos razonables, que la indemnización a conceder a la señora en concepto del daño sufrido era la fijada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

El Tribunal considera, a la luz de los criterios que se desprenden de la jurisprudencia de los órganos del Convenio en la materia, que tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Constitucional evaluaron los derechos en cuestión, a saber el de-



recho a la libertad de comunicar informaciones así como la protección de la reputación ajena, sobre la base de decisiones ampliamente motivadas.

El Tribunal concluye, en este caso, que se ha mantenido un equilibrio justo entre los diferentes intereses en cuestión y que, en consecuencia, la medida enjuiciada está justificada por ser necesaria en una sociedad democrática para la protección de los derechos de terceros. De ello se deduce que la demanda está manifiestamente mal fundada y debe ser rechazada conforme al artículo 35.3 del Convenio ...».

Por todo ello, el Tribunal Europeo, por unanimidad, declaró inadmisibile la demanda⁴⁴.

3.3. DETERMINADOS DATOS QUE CONFIGURAN LA INTIMIDAD CORPORAL Y PERSONAL EN SENTIDO AMPLIO DEL SUJETO.

3.3.1. EL ESTADO DE SALUD DE UNA PERSONA

La experiencia de la vida permite saber que para muchas personas, su condición de sanas o de enfermas es vivida como algo que pertenece al círculo de su intimidad.

Esta circunstancia cobra una especial relevancia cuando determinadas enfermedades son fuente de rechazo social, en sí mismas o en cuanto indicadoras de una conducta desordenada o de actitudes o modos de ser o de vivir del enfermo que merecen la reprobación colectiva o al menos de un conjunto, más o menos amplio, de personas.

El padecimiento de un trastorno mental por dependencia de alguna sustancia psicoactiva puede ser un buen ejemplo de este tipo de datos.

Sin llegar a tanto, el conocimiento público de sufrimiento de un trastorno mental o neurológico de otra clase (significativamente, la epilepsia, la esquizofrenia y otras psicosis, niveles importantes de debilidad o de retraso mentales) por un sujeto o por alguien de su familia más allegada es evitado por sectores nada desdeñables numéricamente de nuestra Sociedad.

El 6 de mayo del 2004, la House of Lords resolvió el caso *Campbell v. MGN Limited* [2004] UKHL 22.

El 1º de febrero del 2001, el *Daily Mirror* publicó un artículo en el que se informaba de que la modelo estaba siendo tratada, como cualquier otra persona, de su adicción al alcohol y a otras drogas de abuso, añadiendo que había comenzado, siendo muy joven, a trabajar como modelo, frecuentando ambientes en que el consumo abusivo de sustancias psicoactivas es muy habitual. Ahora, continuaba la noticia, llevaba acudiendo dos veces al día, desde hacía tres meses, a un centro de apoyo para superar su dependencia. El largo artículo –ilustrado con fotografías de la demandante en ropa deportiva y en lugares públicos, tomadas por fotógrafos autónomos (free lancers) contratados por la revista– incluía la mención de una ocasión en que la modelo había tenido que recibir asistencia sanitaria que ella había achacado a una reacción alérgica a antibióticos. Algunos datos eran inexactos.

Siguió una cadena de procedimientos judiciales y de nuevos artículos, que habían perdido el tono relativamente comprensivo inicial para hacerse cada vez más agresivos.

Naomi Campbell reclamó la indemnización de daños por abuso de confianza (breach of confiden-

⁴⁴ Salvador Coderch, P., Ramos González, S., y Luna Yerga, A., «Preysler V: el final de la partida. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de mayo de 2003», *InDret*, IV-2003

ce) y una compensación al amparo de la Ley de Protección de Datos (Data Protection Act) de 1998.

El tribunal revocó la sentencia del de apelación, estimando la demanda por las razones que invocaba la reclamante.

Para empezar, había que dilucidar si la legislación comunitaria sobre Derechos Humanos, incorporada como Derecho interno en el Reino Unido por la Human Rights Act, producía no sólo efectos verticales (aplicándose, pues, a los litigios entre particulares e instancias públicas) sino también verticales, de modo que cabía invocarla en los procesos entre particulares.

Planteó dificultades, asimismo, la aplicación intersistemática de los artículos 6 y 12 de la citada Ley especial sobre Derechos Humanos, ya que pudiera interpretarse que el segundo de ellos impedía el efecto horizontal cuando se tratase de someter a la prensa a algún código relevante de privacidad.

Los comentaristas enfatizaron también que se había producido además una ampliación del conteni-

do del abuso de confianza («breach of confidence»), fundamental en la decisión adoptada por la mayoría⁴⁵.

Pero ahora interesa sobre todo comprobar la posición de esta mayoría acerca de lo que haya de entenderse por esfera privada de una persona.

La minoría pretendía aplicar el llamado test de Gleeson, procedente de la cultura del Law of Torts norteamericano. Este Juez, al resolver el caso ABC v Lenah Game Meats [(2001) 185 ALR 1, 13] propuso considerar privada cualquier información cuya divulgación sería calificada por cualquier persona dotada de una sensibilidad normal como altamente ofensiva para aquélla a la que la información se refiriese⁴⁶.

La mayoría de la House of Lords no descarta este test pero tampoco lo asume acríticamente. Lord Hope lo reservó para los casos dudosos⁴⁷, pero no lo considera preciso cuando la información puede ser identificada fácilmente como privada⁴⁸; en estos casos, habrá siempre una razonable expectativa de que sea considerada como tal, y sujeta, por ello, a reserva.

⁴⁵ Lord Nicholls of Birkenhead, uno de los Magistrados disidentes, explica, a este respecto, que no hay en el Reino Unido, a diferencia de en los Estados Unidos, una acción general por intromisión en la intimidad («invasion of privacy»), como se desprende de la sentencia del caso Wainwright v Home Office [2003] 3 WLR 1137; pero se está desarrollando rápidamente la protección de varios aspectos de la privacidad. Lo demuestra la sentencia del Tribunal de Apelación de Nueva Zelanda, en el asunto Hosking v Runting (25 March 2004) y en la promulgación del Human Rights Act, de 1998. El caso Campbell atañe a un aspecto de la intromisión en la intimidad (invasion of privacy): la ideada revelación de información privada (wrongful disclosure of private information) y entraña el consabido conflicto entre la libertad de expresión y el respeto por la intimidad de los particulares. Los dos son de vital importancia y ninguno tiene, como regla general, prevalencia sobre el otro. Un cierto grado de privacidad resulta esencial para el individuo, como lo son, en un Estado democrático, las limitaciones impuestas al poder gubernamental de invadir las vidas privadas de los ciudadanos, como se reconoce en el caso R v Dymont [1988] 2 SCR 417, 426. «... El common law o más exactamente los tribunales de equity han proporcionado desde hace mucho tiempo protección contra el uso ilícito de la información sobre hechos de la vida privada por medios que constituyen lo que se conoce como «breach of confidence», entendida restrictivamente como una conducta intolerable, equivalente al «abuso de confianza» («breach of trust»). Hoy esta terminología resulta equívoca. La etiqueta de breach of confidence remonta a una época en la que la acción estaba fundada en el uso inadecuado de la información puesta de manifiesto por una persona a otra de su confianza. Para merecer protección esa información tenía que ser confidencial por su naturaleza. Pero la clave del fundamento de la acción⁴⁶ era que ésta hubiese sido revelada por una persona a otra en circunstancias que «entrañaban un deber de confidencialidad» aunque no existiera un pacto de no revelación. La «confidence» a que se refería la expresión «breach of confidence» era la confianza nacida de una relación de confianza. ...». En definitiva entre la persona que proporcionaba la información y la destinataria de ésta debía existir una relación tal que explicaba que la primera permitiera a la segunda acceder al núcleo de su intimidad. En cambio ahora –continúa– esos estrechos límites iniciales se han ampliado y el fundamento de la acción ha cambiado de naturaleza, como reconoce, en 1990, el Juez Goff of Chieveley al resolver el caso Attorney-General v Guardian Newspapers Ltd., Ahora, explica, se impone legalmente un «deber de confidencialidad» siempre que una persona recibe información que sabe o debiera saber que, según las reglas del juego y el sentido común, debe ser considerado como confidencial. En la actualidad, esa información es, por naturaleza, privada. Ahora, la esencia del daño se centra en el mal uso de la información privada..

⁴⁶ «The requirement that disclosure or observation of information or conduct would be highly offensive to a reasonable person of ordinary sensibilities is in many circumstances a useful practical test of what is private.»

⁴⁷ «useful in cases where there is room for doubt».

⁴⁸ «where the information can easily be identified as private»



La Baronessa Hale, también parte de la mayoría, concluye, desde este punto de vista, que el tes es innecesario porque «siempre se ha aceptado que la información sobre la salud de una persona y el tratamiento curativo a que pueda estar sometida es a la vez privada y confidencial. Ello se infiere no sólo de la relación de confianza entre médico y paciente sino de la naturaleza misma de la información ...»⁴⁹.

Fayós Gardó⁵⁰ entiende que es, ésta, «... una sentencia relevante porque a través de la utilización de la institución de la vulneración de confianza (breach of confidence) y la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aplicación plena posible en el Reino Unido tras la Human Rights Act de 1998, se está conformando un auténtico derecho a la intimidad en el país ...».

La decisión no fue adoptada por unanimidad, dos de los cinco Magistrados creyeron que procedía desestimar la apelación interpuesta.

El caso planteaba diferentes problemas.

En primer lugar,

La Cámara de los Lores, en el caso Campbell, estableció lo siguiente:

«... 1. Los detalles sobre la terapia que la recurrente recibida de Narcóticos Anónimos fueron análogos a los detalles sobre la condición médica

o su tratamiento, y constituyen información privada que supone un deber de reserva.

2. A pesar del peso que ha de darse al derecho a la libre expresión que la prensa necesita para desempeñar su papel de forma efectiva, ha habido una violación del derecho a la intimidad de la recurrente que no puede ser justificado ...»⁵¹.

En España, se ocupó de la salud como dimensión de la intimidad de la persona la Sentencia de 13 de marzo del 1989, de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

«... el patrimonio que comprende la intimidad personal es extremadamente amplio y variado, sin que puedan sentarse reglas generales ni catálogos enunciativos de la misma; pero sí hacer referencias a todos aquellos biológicos o espirituales o caracteriológicos que componen el ser de una persona, como pueden ser los datos analíticos o profesionales de una persona determinada, cuya divulgación por el sujeto que los posee provoca una publicidad de los mismos, como ocurre con los análisis clínicos, bacteriológicos, morfológicos, etc., de una persona.

Siguiendo estas pautas, la Ley Orgánica 111982, en su artículo 7.4 ya considera como intromisión ilegítima en el ámbito de la protección delimitada por el artículo 2.º, la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

⁴⁹ «It has always been accepted that information about a person's health and treatment for ill-health is both private and confidential. This stems not only from the confidentiality of the doctor-patient relationship, but from the nature of the information itself.»

⁵⁰ Lugar antes citado

⁵¹ Fayós Gardó apostilla: «... El hecho de que pueda utilizarse la institución de la breach of confidence, y la aplicación de la Convención para crear un derecho a la intimidad en el Reino Unido ha sido reafirmado recientemente por una sentencia muy reciente, la del caso de los Douglas (la boda entre Michael Douglas y Catherine Zeta-Jones, asunto Douglas v. Hello, UKHL 21, 2.5.2007) [En palabras del magistrado Lord Walter: "I now turn to breach of confidence. This House has quite recently reaffirmed that English law knows no common law tort of invasion of privacy: Wainwright v. Home Office [2004] 2 AC 406. But the law of confidentiality has been, and is being developed in such a way as to protect private information".]. Se discute pues en la actualidad entre los juristas la forma más adecuada de proteger los derechos a la intimidad y a la propia imagen, y si para ello basta el common law o la equity o se necesita la introducción de un nuevo tort (a través de un statute) o basta el breach of confidence y la Convención Europea de Derechos Humanos (PHILLIPSON, p. 726). Sin duda se abren nuevas perspectivas: ya no es cierto aquello de que en el Reino Unido no existían tales derechos, si bien aun no está solucionado el tema, y de hecho las sentencias aun se muestran reacias a reconocer de una forma clara la existencia de los mismos. ...»

... De tal ha de tipificarse la conducta de la recurrente y anteriormente demandada, cuando ésta, en comunicación cursada a la Agencia EFE, la dio a conocer para su divulgación -por cierto extensa e inusitada- difundiendo entre sus abonados un teletipo en el que se decía que la demandante, destacada atleta española, había sido sometida a determinados análisis, detectándose en ellos una alteración cromosómica de carácter congénito, circunstancia que determinaría su baja en el próximo encuentro atlético entre España y la Gran Bretaña, decayendo así el primero de los motivos del recurso ...».

La Sentencia 70/2009, de 23 de marzo, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional resolvió un recurso de amparo sobre esta materia.

...El derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE no sólo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, por tanto, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada (STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5) ...».

Y continúa: «...La información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en suma, es no sólo una información íntima (SSTC 202/1994, de 4 de julio, FJ 2; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 2), sino además especialmente sensible desde este punto de vista y por tanto digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad (art. 6 del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, así como el art. 8 de la Directiva 95/46/CE del Par-

lamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos). El derecho a la intimidad queda así relevantemente afectado cuando, sin consentimiento del paciente, se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma ...».

La Sentencia 159/2009, de 29 de julio, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, se ocupa del mismo problema y añade que

«... es preciso detenerse en tres planos de consideración:

a) Si la información relativa a la salud se incluye en dicho ámbito.

b) La posible existencia de límites en cuanto al derecho al secreto sobre la información relativa a datos referentes a la salud y, en ese caso.

c) Si puede haber intromisiones legítimas en ese ámbito de intimidad.

a) Resulta evidente que el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona, y que se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento. Dicha apreciación se coherente con nuestras pautas sociales, como lo demuestra el hecho de que en el ámbito de la legalidad ordinaria el acceso y el uso de información relativa a



la salud se rodea de garantías específicas de confidencialidad, subrayándose la estrecha relación entre el secreto profesional médico y el derecho a la intimidad ...».

El Tribunal Constitucional vuelve a invocar la doctrina del Europeo de Derechos Humanos, en línea con su Sentencia 70/2009, citando los casos L-L. c. Francia, Sentencia de 10 de octubre del 2006; y Z. c. Finlandia, Sentencia de 25 de febrero de 1997.

«... b) Reconocido así que la información relativa al estado de salud de una persona forma parte de este reducto de privacidad que garantiza el art. 18.1 CE, conviene señalar la existencia de límites respecto al carácter secreto de los datos relativos a la salud que determinan que, en su caso, no toda injerencia o afectación de este derecho resulta ilegítima: En efecto, la afectación no será ilegítima cuando medie el previo consentimiento (eficaz) del afectado, que permite la inmisión en el derecho a la intimidad y que, lógicamente, puede ser revocado en cualquier momento (STC 196/2006, de 3 de julio, FFJJ 5 y 6).

Tampoco podrá ser calificada de ilegítima aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, siempre y cuando se respete el contenido esencial del derecho (STC 292/2000, de 30 de diciembre, FJ 9, y ATC 212/2003, de 30 de junio).

... c) Consecuentemente existirá intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información perso-



nal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida... o bien cuando, aun persiguiendo un fin legítimo previsto legalmente (de forma tal que se identifique el interés cuya protección se persigue de forma concreta y no genérica, STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11), la medida adoptada no se revele necesaria para lograr el fin previsto, no resulte proporcionada o no respete el contenido esencial del derecho (por todas, STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3).



Ello implica realizar un juicio de proporcionalidad que requiere la constatación de que la medida restrictiva adoptada cumple los tres requisitos siguientes:

que la medida sea [idónea] susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);

que sea además necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la

consecución del tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad);

y, finalmente,

que la medida adoptada sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en un juicio estricto de proporcionalidad ...

3.3.1. LOS DATOS COLATERALES QUE PERMITEN RASTREAR LA VIDA PRIVADA A PARTIR DE INDICIOS.

La Sentencia 110/1984, de 26 de noviembre, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, se ocupó de la denominada intimidad contable o fiscal, y en ella se leen las siguientes reflexiones:

«... Respecto a la primera cuestión, la respuesta ha de ser negativa, pues aun admitiendo como hipótesis que el movimiento de las cuentas bancarias esté cubierto por el derecho a la intimidad, nos encontraríamos que ante el Fisco operaría un límite justificado de ese derecho. Conviene recordar, en efecto, que, como ya ha declarado este Tribunal Constitucional, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que en relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos (S 11/1981 de 8 abril, f. j. 7º, y S 2/1982 de 29 enero, f. j. 5º).

Ahora bien, el conocimiento de las cuentas corrientes puede ser necesario para proteger el bien constitucionalmente protegido, que es la distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos, pues para una verificación de los ingre-



«... de los saldos medios anuales y de los saldos a 31 diciembre...».

4. REFLEXIONES FINALES.

Lo que precede no son más que materiales a tener en cuenta en posibles demandas de compensación o indemnización por intromisiones en la vida privada.

Los excesos de ciertos medios de comunicación, menos preocupados del interés público (que constantemente invocan como bandera) que por el incremento de sus propios beneficios, mediante aumentos constantes de tirada o de audiencia, explican el cambio de rumbo jurisprudencial a todos los niveles, preocupado por garantizar un razonable espacio de intimidad no sólo a los particulares anónimos

sino también a las personas con relevancia pública, incluso si se trata del grupo que obtiene pingües ingresos mediante la venta de su imagen y de los avatares de su vida.

La estrategia consistente en expropiar a los invasores de la vida privada ajena de los beneficios económicos que les supone puede ser muy eficaz; más incluso que la amenaza de la represión penal.

Por otra parte, independientemente de la posible invasión de competencias jurisdiccionales por el Tribunal Constitucional, la lectura de las sentencias de la Sala Primera del Supremo pone de manifiesto que está lejos todavía de haber construido, sobre esta materia, una doctrina sistematizada y suficientemente razonada⁵², coherente con las nuevas tendencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.



⁵² Lamentablemente, en su obsesión por defender su competencia como última instancia jurisdiccional, perdió la oportunidad de establecer con el Constitucional un diálogo argumentativo sobre los muchos y difíciles problemas planteados: contenido del derecho a la intimidad, distinción conceptual entre intimidad y vida privada (personal o familiar), diferenciación entre el interés público y el interés del público, nivel de protección de los personajes públicos y de los simples famosos (celebrities), y ámbito privado del personaje público, entre otros ... Especialmente pobre es la doctrina sobre los parámetros para cuantificar económicamente el daño causado y para evitar (mediante transferencias dinerarias del patrimonio del dañador al de la víctima) de enriquecimientos indebidos producidos por la intromisión ilegítima en la intimidad de una persona.

jurisprudencia

RESPONSABILIDAD CIVIL

Tribunal
Supremo

Accidente de trabajo. Competencia de los órganos judiciales del orden social. Aplicación de la Jurisprudencia existente al momento de la presentación de la demanda. Aplicación del artículo 24 CE ante un cambio de jurisprudencia, entrado a conocer en el orden civil.

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 22 septiembre de 2009.*

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Antes de decidir sobre el único motivo del recurso de casación interpuesto por la demandada, condenada en las dos instancias a indemnizar al demandante por las graves lesiones que sufrió como consecuencia de volcar el tractor que conducía por cuenta de la ahora recurrente, se hace necesario, por un lado, calificar la relación jurídica que, cuando ocurrieron los hechos, vinculaba a ambos litigantes y, por otro, poner en relación el resultado con el funcionamiento de esa relación.



El actor prestaba voluntariamente servicios retribuidos por cuenta de la demandada y dentro del ámbito de organización y dirección ejercidas por ella, de conformidad con el artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo –por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores–.

Las lesiones que el demandante sufrió, identificadas en la demanda como causa de su pretensión de condena, fueron resultado de un accidente de trabajo, en el sentido fijado en el artículo 115.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social –a cuyo tenor, "se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena"–. Concurría con la relación laboral un nexo de causalidad directo entre la prestación del trabajo y el referido resultado. Ello sentado, la sentencia de 15 de enero de 2008 –recurso número 2.374/00– declaró que, como "la obligación de seguridad pertenece al ámbito estricto del contrato de trabajo, porque forma parte del contenido contractual" –de conformidad con los artículos 19 del Estatuto de los Trabajadores, antes citado, y 14.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales"–, debe considerarse que la responsabilidad por accidentes de trabajo nace del incumplimiento de una obligación legal", porque la ley la integra en el contrato, determinando su contenido. Y que "en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 Ley 6/1985, de 1 de julio, orgánica del Poder Judicial, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social".

Esa doctrina, seguida en otras sentencias –las de 4 de junio, 17 de noviembre y 15 de diciembre de 2008– determinaría la declaración de oficio de la falta de jurisdicción, pese a que en la demanda y

en las dos instancias se hubiera invocado y aplicado, respectivamente, como fundamento normativo de la condena el artículo 1.902 del Código Civil.

Sin embargo, no podemos silenciar que la referida jurisprudencia significó, en todo caso, un cambio respecto de la que se mantenía vigente en la fecha de interposición de la demanda, que fue, además, la tomada en consideración por ambas partes y por los Tribunales de las dos instancias.

Ello impone, para respetar la esencia del derecho a la tutela judicial efectiva, sancionado en el artículo 24.1 de la Constitución Española, que, tal como señalamos en la sentencia de 11 de septiembre de 2009, nos pronunciemos sobre la cuestión planteada en el único motivo del recurso de casación interpuesto por la demandada.

SEGUNDO. En el único motivo de su recurso de casación, doña Marisa denuncia la infracción del artículo 1902 del Código Civil, que, como se dijo, fue aplicado en las dos instancias.

Alega la recurrente, al argumentar en apoyo de su petición, que el siniestro fue debido exclusivamente a la imprudencia del demandante, ya que pudo haber utilizado un tractor adecuado para las labores a realizar y el terreno por el que debía circular y se sirvió de otro que no lo era. También afirma que ella, ausente de la finca, no había ordenado a su trabajador la realización de la operación sirviéndose del medio finalmente por él utilizado.

Sucede que la conclusión a que llega la recurrente tiene un soporte fáctico que no coincide con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida. En efecto, en ésta se relata como causas de la imputación del resultado lesivo a la recurrente la contratación por ella de un peón agrícola sin formación profesional alguna para ejecutar una actividad calificada como extremadamente peligrosa y haberle dotado de una maquinaria desprovista

de medios de protección esenciales, como era la cabina de seguridad.

Siendo esos los hechos en que se basa el reproche en la sentencia de apelación, debemos recordar que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de un control casacional del llamado juicio de causalidad y subsiguiente imputación objetiva, pero no la revisión de la prueba practicada sobre lo que constituye la base fáctica de una y otra, claro está, salvo que se utilice para ello la vía procesal adecuada –sentencias de 7 de junio, 14 de noviembre de 2002 y 31 de octubre de 2006, 23 de octubre de 2007 y las que en ellas se citan–, que, desde luego, no es la elegida.

Procede desestimar el motivo y el recurso.

TERCERO. Las costas del recurso que desestimamos quedan a cargo de la recurrente, en aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Clemente, contra la Sentencia dictada, con fecha cuatro de febrero de dos mil, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz, con imposición de las costas al recurrente.

Comentario:



José A. Badillo Arias
Jefe de siniestros del Consorcio de C.S.

Generalmente, el TS, cuando se produce un cambio de doctrina, la aplica de forma automática a los asuntos que se ven en las distintas salas, a partir de ese cambio. Este criterio, que parece razonable, porque, de no ser así, nunca habría nueva doctrina, puede perjudicar a algunas de las partes que acudieron a la casación; puesto que de haber sabido ese cambio de criterio del alto tribunal, probablemente, alguno de los implicados en el recurso, que, en muchas ocasiones, se interpuso unos cuantos años antes, no lo hubiera hecho.

En relación con los daños producidos en la órbita empresarial, hasta no hace demasiado

tiempo, las Salas I y IV se han declarado, por lo general, competentes para conocer los asuntos en los que se discutía la responsabilidad civil del empresario por accidentes de trabajo, fundamentándolo, la Civil, en artículos 1902 y 1903 CC, y la Social, en la normativa laboral.

Esta doctrina, que se venía manteniendo de forma cuasi pacífica, cambio radicalmente tras la sentencia del pleno de la Sala 1ª del TS, de 15 de enero de 2008. En esta resolución, el alto tribunal zanja definitivamente la polémica acerca de cuál es la jurisdicción competente en demandas de responsabilidad civil por accidentes de trabajo.



Esa Sentencia, después de dar una repaso sobre cuál ha sido la posición de la Sala 1ª en los últimos años en lo relativo a la competencia de la jurisdicción civil por demandas de responsabilidad civil por accidentes de trabajo, en el que detalla los cambios de posicionamiento que ha mantenido y la falta de unanimidad de la misma, fija la doctrina "según la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social"

Este cambio de doctrina (competencia a favor de la Social), es únicamente cuando la demanda se insta por el trabajador contra su empresa (supuesto de la sentencia que estamos comentando). Si la insta, además, contra otros intervinientes, sería competente la Civil. La Sala Cuarta, sin embargo, se declara competente también en este último supuesto (otros demandados además del empresario, piénsese en subcontratistas, dirección facultativa, promotor, etc)

Pues bien, en el caso resuelto en la STS de 22 de septiembre de 2009, la Sala, después de analizar los hechos, entiende que estamos ante una relación estrictamente laboral entre el empresario y el trabajador. Por lo tanto, dice la sentencia, esa doctrina a la que nos hemos referido, seguida en otras sentencias - las de 4 de junio, 17 de noviembre y 15 de diciembre de 2.008 - determinaría la declaración de oficio de la falta de jurisdicción, pese a que en la deman-

da y en las dos instancias se hubiera invocado y aplicado, respectivamente, como fundamento normativo de la condena, el artículo 1.902 del Código Civil.

Sin embargo -añade la sentencia-, no podemos silenciar que la referida jurisprudencia significó, en todo caso, un cambio respecto de la que se mantenía vigente en la fecha de interposición de la demanda, que fue, además, la tomada en consideración por ambas partes y por los Tribunales de las dos instancias.

La Sentencia, en base al respeto del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, como hizo en una sentencia anterior de 11 de septiembre, se pronuncia sobre la cuestión planteado, admitiendo su competencia, en contra de su nueva doctrina.

De este modo, entra al fondo del asunto y desestima el recurso de apelación de la empresa recurrente, que basaba su argumentación en la culpa exclusiva de la víctima, puesto que la conclusión a que llega la empresa tiene un soporte fáctico que no coincide con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida. En efecto, en ésta se relata como causas de la imputación del resultado lesivo a la recurrente la contratación por ella de un peón agrícola sin formación profesional alguna para ejecutar una actividad calificada como extremadamente peligrosa y haberle dotado de una maquinaria desprovista de medios de protección esenciales, como era la cabina de seguridad.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Responsabilidad patrimonial por dilación indebida de la Administración de Justicia al no conceder el CGPJ prórroga al presidente del tribunal, que cumplía la edad de jubilación. Inexistencia.

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª),
de 29 de septiembre de 2009.
Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de instancia señala que la reclamación deriva de "la causa penal 366/1997 ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga en la que la recurrente aparecía como acusada. El juicio oral se inició el 28-10-1998, celebrándose con continuidad hasta el 28-7-1999, señalándose para su continuación el 1-9-1999 y el 12-8-1999 el CGPJ acordó no conceder la prórroga al Presidente del Tribunal, que cumplía la edad de jubilación (70 años) el 2-9-1999, para su continuidad en activo hasta la finalización del juicio. Por ello hubo de constituirse un nuevo Tribunal reanudando-

Tribunal
supremo





se las sesiones el 20-9-1999. En auto de 20-12-1999 la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga declaró nula la parte del juicio celebrada entre el 28-10-1998 y 28-7-1999 sin perjuicio de la validez de las actuaciones específicamente mencionadas en el fundamento cuarto. Con fecha 17-4-2001 se dictó sentencia que resulto absoluta para la hoy reclamante".

La interesada fundamenta su reclamación al considerar que la denegación por el CGPJ de la prórroga solicitada fue determinante de que se anulara la fase de vista oral celebrada bajo la Presidencia del Magistrado jubilado y ello determinó su repetición y que se dilatará la causa otros nueve meses, y por tanto la denegación por el CGPJ fue la causa que generó los daños cuya indemnización pretende, que consiste en una cantidad indeterminada por los siguientes conceptos: a.- las minutas de los Abogados por el total de la duración del juicio oral; b.- los gastos de desplazamiento, alojamiento y manutención durante todo el juicio al celebrarse este en Málaga durante tres días a la semana y residir la reclamante en Marbella; c.- los gastos de psicólogo; d.- los gastos de la persona que hubo de contratar para que cuidara de su marido enfermo, e.- indemnización al tener que renunciar a una oferta de trabajo por imposibilidad de compatibilizarla con su asistencia a las sesiones del juicio oral; f.- daño moral por haber tenido que soportar el juicio oral acusada por delitos con no cometió; g.- por ejecución de la hipoteca sobre un inmueble ya que no pudieron atender los pagos durante el juicio; h.- daños psicológicos al hijo.

La Sala de instancia, rechazando la alegación de prescripción de la acción, desestima la demanda razonando que "el funcionamiento anormal lo predica la recurrente de la actuación del CGPJ al no prorrogar, mas allá de la edad de jubilación forzosa, la permanencia del Presidente de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga que estaba juzgando el caso (CASO INTERHOR-

CE). Dicho acuerdo ya fue confirmado en su legalidad por el TS en varias sentencias (de 12-2-2002 (recurso 463/1999), 10-10-2003 (recurso 364/1999) y 24-10-2003 (recurso 366/2003). El CGPJ en esta actuación puramente gubernativa en el marco del ámbito estatutario judicial no es ni actúa como un órgano judicial, por lo que su actuación, aunque tenga incidencia en procesos abiertos, no puede servir de base a la responsabilidad patrimonial pretendida que no olvidemos es la basada en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (no es esta la vía para pretender una posible responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación del CGPJ como órgano de gobierno del Poder Judicial, que seguirá en su caso el régimen común de la Ley 30/1992). En el caso de autos las actuaciones procesales, y por tanto judiciales, subsiguientes a tal acuerdo son totalmente normales y sus consecuencias, entre ellas la prolongación en el tiempo del juicio oral, lógicas. Por otro lado, ni la parte alega ni se han demostrado, la existencia de paralizaciones o retrasos injustificados, imputables a la propia actuación del órgano jurisdiccional, y que hayan incidido en lo que es la duración propiamente dicha del juicio oral y sin olvidar la especial complejidad del caso y el número de acusados y acusadores intervinientes.

Por otro lado la anulación de la parte del juicio celebrada entre el 28-10-1998 y 28-7-1999 y el retraso que ello conllevó resulta directamente de una resolución judicial, del auto de 20-12-1999 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial, resolución cuyo acierto o desacierto de cara a una posible responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia solo puede enjuiciarse por vía del error judicial y por los cauces marcados en el art. 293 de la LOPJ".

SEGUNDO.- No conforme con los pronunciamientos de dicha sentencia, la reclamante interpone este recurso de casación, en cuyo primer

motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción y 5.4 de la LOPJ, en relación con los arts. 292, 293 y concordantes de la LOPJ, 106.2 y 121 de la Constitución y la jurisprudencia de aplicación, reiterando la alegación de que a consecuencia de la jubilación de uno de los Magistrados que formaban parte de la Audiencia Provincial de Málaga, encargada del enjuiciamiento de la causa 366/1977, el Tribunal se vio obligado a anular una parte del juicio en que había intervenido el mismo, lo que supuso la prolongación de las sesiones del juicio oral durante nueve meses, que ha de considerarse un supuesto anormal de funcionamiento de la Administración de Justicia, pues aun siendo la anulación conforme a la legalidad, implicó para los afectados una situación que no tenían el deber de soportar al no ser inherente al procedimiento penal, invocando la doctrina de la sentencia de 21 de enero de 1999, a la que también se refiere la sentencia de instancia, y concluyendo que la dilación anormal sólo es imputable al órgano jurisdiccional de forma directa y exclusiva.

En el segundo motivo, al amparo del art. 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, se denuncia la infracción del art. 218.1 en relación con el art. 4 de la LEC y jurisprudencia de aplicación, alegando incongruencia de la sentencia, en cuanto no se pronuncia sobre una de las pretensiones, consistentes en la alegación de que la AP de Málaga, en virtud de su acuerdo de 20 de diciembre de 1999, por el que resuelve la repetición de la parte del juicio oral celebrado entre el 28 de octubre de 1998 y el 28 de julio de 1999, ha sido la causa directa de una prolongación anormal del proceso judicial.

El tercer motivo de casación, al amparo del art. 88.1.d) de la Ley procesal, se refiere a la infracción de los arts. 57.1 y 140 y concordantes de la Ley 30/92, invocando la efectividad del informe del Consejo General del Poder Judicial de 26 de febrero de 2003, emitido en el expediente 149/02 y la responsabilidad solidaria entre las Administra-

ciones productoras del daño, la Administración General del Estado de la que forma parte el CGPJ y la Administración de Justicia.

En el cuarto motivo de casación, también al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, en relación con el art. 139.2 y concordantes de la Ley 30/92, rechazando las observaciones de la Sala de instancia sobre los daños cuya reparación se pretende, alegando que sólo se reclaman aquellos daños en cuanto sean efecto de la prolongación del procedimiento.

TERCERO.- El carácter formal del segundo motivo de casación aconseja proceder a su examen en primer lugar, y planteando la incongruencia de la sentencia, no está demás hacer referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de esta Sala sobre la materia. Es significativa al respecto la sentencia 146/2004, de 13 de septiembre, según la cual: "en la reciente STC 83/2004, de 10 de mayo, recordábamos que una consolidada jurisprudencia, que arranca al menos de la STC 20/1982, de 5 de mayo, ha definido el vicio de incongruencia omisiva o ex silentio como un "desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido" (SSTC 136/1998, de 29 de junio, y 29/1999, de 8 de marzo), que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación "sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurra la controversia procesal" (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, y 5/2001, de 15 de enero). La incongruencia omisiva o ex silentio, que aquí particularmente importa, se produce cuando "el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la



satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales" (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, 186/2002, de 14 de octubre, y 6/2003, de 20 de enero).

Por otra parte, como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 226/92, de 14 de diciembre), la ausencia de respuesta judicial expresa no es susceptible de ser resuelta con un criterio unívoco que en todos los supuestos lleve a considerar dicho silencio como lesivo del derecho fundamental, sino que hay que examinar las circunstancias en cada caso concreto para establecer si el silencio del órgano judicial puede o no ser razonablemente interpretado como desestimación tácita. En el mismo sentido la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 1998 establece que en relación con la incongruencia omisiva se han de ponderar las circunstancias singulares para inferir si el silencio respecto de alguna pretensión ejercitada debe ser razonablemente interpretado como desestimación implícita o tácita de aquélla (Sentencia de esta Sala y Sección del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993 y 5 de febrero de 1994, y Sentencias del Tribunal Constitucional 161/93, 280/93 y 378/93) (S. 25-9-2000 citada por la parte que a su vez se refiere a las SSTC 175/90, 163/92 y 226/92).

En estas circunstancias no puede acogerse la alegación de incongruencia que se formula en este segundo motivo de casación, pues basta examinar la demanda para apreciar que la parte plantea como causa generadora del daño, que entiende remota o mediata, la denegación por el Consejo



General del Poder Judicial de la prórroga del Magistrado jubilado inicialmente encargado de sentenciar el caso, ya que ello determinó su sustitución y que la Sala anulara la vista desde el 28 de octubre de 1998 al 28 de julio de 1999, hecho éste del que derivan de forma inmediata los perjuicios cuya reparación se pide, entendiéndose que el daño se produjo como consecuencia inmediata y directa del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, refiriéndose a las previsiones del art. 386.1 de la LOPJ, sobre la declaración con la antelación suficiente de la jubilación y los arts. 155 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 256 de la LOPJ, que entiende contradichos por el CGPJ al rechazar por dos veces la solicitud de prórroga formulada por el propio Magistrado jubilado, alegando la parte que la simple adopción de cualquiera de estas medidas preventivas o posteriores al cumplimiento de



la edad de jubilación, hubieran evitado plenamente los daños y perjuicios que fueron irrogados.

Desde estas consideraciones no puede apreciarse incongruencia en la sentencia recurrida, que primeramente examina la actuación del CGPJ a la que la parte atribuye la condición de causa generadora última del daño y, posteriormente, se refiere a la anulación por la Audiencia Provincial de las sesiones del juicio desde 28 de octubre de 1998 hasta el 28 de julio de 1999 y el retraso que ello conllevó, entendiendo que tales actuaciones procesales son normales y sus consecuencias, entre ellas la prolongación en el tiempo del juicio oral, lógicas, añadiendo que no se han acreditado paralizaciones o retrasos injustificados, que hayan incidido en la duración del juicio oral, sin olvidar la especial complejidad del caso y el nú-

mero de acusados y acusadores intervinientes, e igualmente que tal anulación es consecuencia de una resolución judicial, cuyo acierto o desacierto de cara a una posible responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia solo puede enjuiciarse por vía del error judicial.

La Sala contempla, por lo tanto, la alegación de la parte sobre la anulación de las sesiones del juicio oral por la Audiencia Provincial como causa del daño invocado y lo hace en sus dos aspectos: como funcionamiento anormal, que rechaza y como posible error judicial, en cuyo caso remite a la parte a la vía adecuada para su reclamación, por lo que en modo alguno puede hablarse de incongruencia omisiva en los términos que señala la jurisprudencia antes reseñada, lo que conduce necesariamente a la desestimación de este motivo de casación.

CUARTO.- En el primer motivo de casación, la parte ya no incide tanto en la actuación del Consejo General del Poder Judicial como causa del perjuicio invocado sino que se refiere directamente a la anulación del juicio por el Tribunal, entendiendo que aun sin cuestionar la corrección jurídica de la decisión, supone una dilación anormal cuyas consecuencias no tiene el deber de soportar.

Tampoco este planteamiento puede compartirse, pues no ha de perderse de vista en relación con el retraso o dilaciones indebidas que se invocan, que el Tribunal Constitucional, ya en sentencias de 5 de mayo de 1990, 17 de julio de 1989, 223/88, 28/89, 50/89, 81/89 y 73/92, tras considerarlas como un supuesto típico de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, añade que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas comporta la utilización de un concepto jurídico indeterminado que necesita ser dotado de contenido concreto, en cada caso, atendiendo a criterios objetivos, criterios que siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos identifica con:



la naturaleza y circunstancias del litigio atendiendo a su complejidad y el interés arriesgado en el mismo, la conducta procesal del demandante, o la actuación del órgano jurisdiccional, los márgenes de duración de los litigios del mismo tiempo y la consideración de los medios disponibles.

Por otra parte y como resulta de la sentencia del mismo Tribunal de 14 de junio de 1993, la expresión "dilaciones indebidas" no se identifica con el mero incumplimiento de los plazos procesales, sino que la constitucionalización del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se configura como la resolución del proceso en un tiempo razonable.

Se deduce de todo ello que la existencia de dilaciones indebidas no resulta solo de la mera constatación de la duración total del proceso o la inobservancia de los plazos procesales, sino que es preciso efectuar un análisis del proceso para determinar las razones de tal duración y poder apreciar si se trata de dilaciones indebidas o responde a la naturaleza, características y alcance del proceso, la intervención o actitud de las partes o la disponibilidad de medios, ya que de ello deriva la imputación de los resultados a un funcionamiento anormal o a otros factores.

Pues bien, en este caso y como se refleja sintéticamente en la sentencia de instancia, la anulación de las sesiones del juicio oral celebradas con la intervención del Magistrado cuya jubilación se produjo antes de su finalización, constituye una resolución judicial de carácter jurisdiccional, cuya legalidad no se cuestiona ya en este recurso, que se produce como consecuencia del desarrollo normal del procedimiento atendidas las circunstancias y características del mismo. En tal sentido no puede hablarse de imprevisión en cuanto a la jubilación del referido Magistrado Presidente del Tribunal en relación con el art. 396, párrafo primero de la LOPJ, pues las sesiones del

juicio oral se iniciaron en octubre de 1998, es decir, casi un año antes de que dicho Magistrado alcanzara la edad de jubilación y la prolongación de las sesiones durante tanto tiempo no es ajena a la propia actitud procesal de las partes, como se deduce de las actuaciones, reflejadas en la resolución del CGPJ denegatoria de la prórroga solicitada, que alude a las múltiples cuestiones previas cuyo examen había consumido la mayoría de las sesiones hasta el momento, a lo que ha de añadirse la notable complejidad del asunto por los múltiples intervinientes, como partes acusadoras y acusadas. De manera que la suspensión no responde a un funcionamiento anormal del Tribunal o dilación del mismo en resolver las cuestiones planteadas en el proceso, en ningún momento se alega que el órgano jurisdiccional no atendiera a las distintas incidencias que la complejidad del proceso llevaba consigo de manera inmediata, de hecho así lo hizo en relación con la sustitución de dicho Magistrado y la regularización del proceso que ello exigía, todo ello con la intervención de las partes, a las que se dio el oportuno traslado y atendiendo las solicitudes de las mismas en cuanto a la suspensión a resultas de la decisión del CGPJ, entre otras circunstancias. No se aprecian dilaciones, por lo tanto, en la actuación del órgano jurisdiccional y el retraso que supuso la anulación de las sesiones del juicio oral desarrolladas con la presencia del Magistrado Presidente que alcanzó la edad de jubilación antes de finalizarse, no responde a la imprevisión del Tribunal o demora en el desarrollo de las mismas sino a las características y complejidad del proceso y actitud procesal de las partes, que hizo que se extendieran más allá de un periodo razonable que existía entre el inicio de las mismas en octubre de 1998 y el jubilación de dicho Magistrado el 2 de septiembre de 1999.

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- La misma solución ha de darse al ter-

cer motivo, pues el informe del Consejo General del Poder Judicial de 26 de febrero de 2003, que aprecia la existencia de funcionamiento anormal, no tiene carácter vinculante para la Administración y menos aún para los Tribunales que resuelven el recurso jurisdiccional correspondiente, de manera que carece de fundamento su invocación frente a las apreciaciones de la Sala de instancia cuya revisión se solicita en este recurso de casación. Por otra parte, la alegación que se refiere a la solidaridad en la responsabilidad del Consejo General del Poder Judicial y la Administración de Justicia, se apoya y tiene como presupuesto que se establezca y reconozca la concurrencia en la producción del daño de ambas y, al menos, en aquella frente a la que se acciona, en este caso la Administración de Justicia, por lo que habiéndose rechazado la responsabilidad patrimonial de esta última, carece de toda virtualidad la referida alegación formulada en este motivo de casación que, por todo lo expuesto, debe ser desestimado.

Finalmente, lo resuelto respecto de los motivos anteriores priva de contenido el cuarto motivo de casación, en el que se discute el alcance de los daños cuya reparación se pretende, por cuanto una vez descartada la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia, que se invoca como título para su resarcimiento, carece de sentido exa-

minar cual es su alcance real. Por lo que el motivo también debe ser desestimado.

SEXO.- La desestimación de los motivos invocados lleva a declarar no haber lugar al recurso de casación, sin que haya lugar a una imposición de las costas al no haber comparecido parte recurrida.

FALLAMOS

Que desestimando los motivos invocados, declaramos no haber lugar al recurso de casación 2998/06, interpuesto por la representación procesal de Dña. Carina contra la sentencia de 19 de enero de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 449/03, que queda firme; Sin imposición de las costas de este recurso ni de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Octavio Juan Herrero Pina, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.





Comentario:



Andrés López Jiménez
Abogado

La STS 3ª de 29/09/2009, ponente D. Octavio Juan Herrera Pina, desestima el recurso interpuesto por una justiciable contra la desestimación de su reclamación patrimonial por dilaciones indebidas. Resulta que un procedimiento penal por unos hechos ocurridos en 1997, da lugar a un procedimiento donde el juicio oral se señala para el 28/10/1998, y se va celebrando con continuidad hasta el 28/07/99, en cuyo momento se acuerda seguir el 01/09/2009, pero el Consejo del Poder Judicial decide no conceder la prórroga al presidente del Tribunal que cumplía la edad de jubilación. Hubo pues que constituir un nuevo tribunal, y no habría sentencia hasta el 17/01/2001.

La Sala de instancia rechazó la reclamación por entender que ni los actos del CGPJ son jurisdiccionales, ni está probado que la demora sea "imputable a la propia actuación del órgano jurisdiccional, y que hayan incidido en lo que es la duración propiamente dicha del juicio oral y sin olvidar la especial complejidad del caso y el número de acusados y acusadores intervinientes."

El TS desestima el recurso por entender que, por un lado, se plantea como causa generadora del daño la denegación por el CGPJ de la prórroga del magistrado jubilado, y ese acto no es jurisdiccional.

Por otra parte, "la expresión dilaciones indebidas no se identifica con el mero incumplimiento de los plazos procesales, sino que la constitucio-

nalización del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se configura como la resolución del proceso en un tiempo razonable. Se deduce de todo ello que la existencia de dilaciones indebidas no resulta solo de la mera constatación de la duración total del proceso o la inobservancia de los plazos procesales, sino que es preciso efectuar un análisis del proceso para determinar las razones de tal duración y poder apreciar si se trata de dilaciones indebidas o responde a la naturaleza, características y alcance del proceso, la intervención o actitud de las partes o la disponibilidad de medios, ya que de ello deriva la imputación de los resultados a un funcionamiento anormal o a otros factores".

Tampoco admite como motivo del recurso el argumento basado en el informe del CGPJ que apreció en su día la existencia de funcionamiento anormal, puesto que ni tiene carácter vinculante para la Administración "y menos aún para los Tribunales que resuelven el recurso jurisdiccional correspondiente".

La reflexión tras el resumen pasa necesariamente por constatar la creciente tendencia a restringir de forma radical la admisibilidad de la responsabilidad patrimonial en general, y la derivada de dilaciones indebidas, en particular. Que una vista dure cuatro años, y que se vea interrumpida porque el presidente se jubile y sea preciso anular y volver a empezar, no supera ese concepto indeterminado y mágico del "tiempo razonable".



Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Tribunal
Supremo

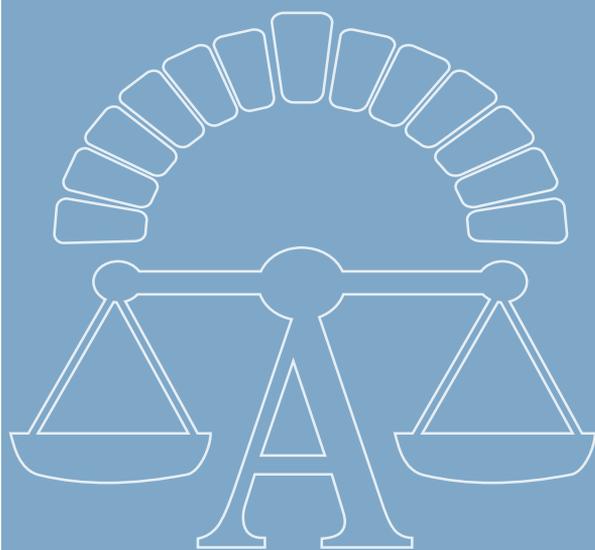
jurisprudencia

Lesiones causadas a empleado de entidad bancaria en el atraco de ésta por un penado que no había vuelto al centro penitenciario al finalizar el permiso que disfrutó. Responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Inexistencia.

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 3ª),
de 30 de septiembre de 2009.
Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En lo más esencial y dicho aquí en muy apretada síntesis, el supuesto de hecho origen de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia es uno en el que el reclamante, empleado de una entidad bancaria, resultó herido el día 17 de julio de 2002 al ser ésta atracada por un penado que no había regresado al centro penitenciario al finalizar el permiso que le





fue concedido entre los días 25 de enero y 1 de febrero de 2002.

Aquella reclamación, dirigida al Ministerio de Justicia invocando como título de imputación ese del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, recibió informes desfavorables del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado, desestimándose por resolución del Secretario de Estado de Justicia de fecha 28 de marzo de 2006, dictada por delegación del Ministro.

El primero de dichos informes, partiendo de la premisa de que el título de imputación esgrimido no era el del error judicial y sí el del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, razona, en síntesis, que "el reclamante no tiene en cuenta que entre las competencias de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria no está la de someter a vigilancia a los condenados que se encuentren en situación de permiso"; que, una vez quebrantada la condena por no reingresar el penado en el centro penitenciario, "lo máximo exigible a la Jurisdicción es, ex post facto, que ejerza con diligencia y prontitud el ius puniendi estatal, ordenando su detención e ingreso en prisión", orden que sí cursó el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria; y que, en consecuencia, "debe descartarse la concurrencia de actuaciones accesorias o instrumentales de un órgano o servicio judicial que pudieren dar lugar a considerar que su comportamiento se tradujo en un funcionamiento anómalo, defectuoso o irregular del servicio público judicial".

El del Consejo de Estado no discrepa de esos razonamientos. Recuerda que la propuesta de resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia consideraba que el informado no era un supuesto de funcionamiento anormal de ésta, sino, en su caso, de la Administración penitenciaria. Afirma que "los perjuicios que se han seguido al reclamante de los desgraciados hechos en que se vio involucrado no pueden imputar-

se a un concreto acto o actividad judicial y menos de tal modo que pueda considerarse consecuencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia". Y añade también que "cuestión distinta es que se ponga en duda la actuación de los servicios de la Administración penitenciaria, lo que, en su caso, podría dar lugar a una eventual reclamación ante los órganos competentes del Ministerio del Interior".

Por fin, esta última idea aparece asimismo entre las consideraciones que hizo aquella resolución desestimatoria de fecha 28 de marzo de 2006.

SEGUNDO.- La Sala de instancia desestima en la sentencia aquí recurrida el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra dicha resolución, razonando en unos términos que admiten el siguiente resumen:

a) En el caso de autos, no se ha instado ni seguido la vía del error judicial respecto de la resolución del Juez de Vigilancia Penitenciaria que concedió aquel permiso; es decir, la reclamación no ha ido precedida de la decisión judicial a la que se refiere el artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La concreta y exclusiva responsabilidad patrimonial reclamada de origen ante el Ministerio de Justicia lo ha sido por el título de imputación del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

b) Ni del expediente administrativo, ni de las actuaciones judiciales, se desprende que el daño sufrido pueda vincularse a un funcionamiento "anormal" de la Administración de Justicia, pues no cabe imputar a ésta las deficiencias del control de los penados en situación de permiso.

c) Prácticamente, toda la argumentación jurídica de la demanda radica en la transcripción literal de

una sentencia de la misma Sala de instancia, la de fecha 21 de julio de 2005 (hay aquí un mero error material en la sentencia recurrida, referido sólo a que esa otra sentencia ciertamente transcrita en la demanda es del mes de junio y no de julio), que no resuelve un caso como el enjuiciado, pues entonces se trataba de una acumulación de recursos y la reclamación no se articuló exclusivamente ante el Ministerio de Justicia sobre la base exclusiva de aquel título de imputación, sino ante distintos Ministerios por actuación tanto de órganos judiciales, como policiales y de la Administración penitenciaria, sustentándose el pronunciamiento estimatorio allí alcanzado, no en un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que nunca se declara, y sí en una responsabilidad patrimonial general del Estado por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Y

d) La Sala ha de juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas (art. 33.1 de la Ley de la Jurisdicción) y no puede reconstruir la pretensión del actor, reelaborándola de forma que tenga visos jurídicos de prosperar. No puede así variar el título de imputación, pasando del esgrimido, funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, a uno de responsabilidad patrimonial general por funcionamiento de los servicios públicos penitenciarios.

TERCERO.- Ese hilo argumental de la sentencia de instancia, y muy en especial su apreciación de que el título de imputación esgrimido lo fue exclusivamente el del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, no se combate, o al menos no se combate de modo adecuado, en el recurso de casación, en el que no llega a formularse ningún motivo con amparo en el artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción. A partir de ahí y por las razones que a continuación exponemos, ninguno de los motivos de casación formulados nos permiten llegar a una decisión distinta a la alcanzada en aquella sentencia.

A) Ante todo, debemos señalar que en su abigarrada argumentación se sigue afirmando, como un componente más de la misma, la existencia de un error judicial en la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que concedió aquel permiso; desoyendo al hacerlo el certero y nada oscuro razonamiento de dicha sentencia de que la imputación de responsabilidad al Estado por ese otro título, distinto del esgrimido, exige la previa decisión judicial a que se refiere el art. 293.1 de la LOPJ.

B) Excluidos así los argumentos de aquellos motivos que engarzan o tienen que ver con un posible error judicial, y centrándonos por tanto en los demás, es decir, en los que tienen que ver con el título de imputación del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sólo descubrimos uno con este engarce, referido, o así parece, al tiempo transcurrido, casi seis meses, entre la finalización del permiso y el atraco. Pero ello, en sí mismo, no pone de relieve un actuar (u omitir) anómalo, incorrecto o defectuoso (con o sin culpa, negligencia o dolo, por ser esto innecesario o indiferente) de aquel órgano judicial o del aparato administrativo (de todo él, en cualquiera de sus órganos o servicios) de la Justicia. En la propia demanda se afirmó, y por dos veces, que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ordenó la detención e ingreso en prisión del autor del disparo con fecha 10 de febrero de 2002, haciendo bueno por tanto el razonamiento del informe del Consejo General del Poder Judicial del que antes dimos cuenta.

C) Hay también argumentos que se detienen y sustentan en el contenido de los informes relativos a la personalidad e historial delictivo y penitenciario de aquel penado. Pero tales argumentos, una vez despojados, por lo antes dicho, del engarce que la parte ve entre aquellos informes y el posible desacierto de la resolución judicial que concedió el permiso, vienen a enlazar, o así parece, con la idea de una desacertada clasificación en grado del penado y su consiguiente repercusión en el régimen



jurídico aplicable para el disfrute de permisos (de ahí que la parte cite como preceptos que han de ponerse en relación con los artículos 292, 293.2 y 296 de la LOPJ, los artículos 43 y 254.2 del Real Decreto 1201/1981; cita que hace con olvido de que la Disposición Derogatoria del Real Decreto 190/1996, que aprobó el Reglamento Penitenciario de 1996, no dejó en vigor esos artículos 43 y 254.2). Pero ello, sin más añadidos, y como parece claro, tampoco sitúa la cuestión en el ámbito del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y sí, en su caso, en el de los servicios penitenciarios.

D) Avanzando en nuestro examen, lo que hay sobre todo y en esencia en aquellos motivos de casación es más bien un cambio del planteamiento realizado en la instancia [ello, pese a la razón de decidir de la sentencia recurrida de la que dimos cuenta en la letra d) del anterior fundamento de derecho segundo, que aquí no se pone en tela de juicio], para sostener en suma que la reclamación debió prosperar por mor del principio de solidaridad que prevén los artículos 140 de la Ley 30/1992 y 18 del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, del de la personalidad jurídica única de la Administración General del Estado, del de indemnidad, del de tutela judicial efectiva y del de prevalencia de la justicia material sobre la justicia formal. A todo ello dedicamos las consideraciones que siguen:

Decimos que hay en el recurso de casación un cambio de planteamiento, pues en el escrito de demanda no se invocaron los citados principios de solidaridad y de personalidad jurídica única que ahora se traen a colación. Ello ya abona el fallo desestimatorio que hemos anunciado, pues es sabido que no cabe suscitar en casación cuestiones nuevas.

Pero además, el principio o regla de solidaridad que prevé el artículo 140 de la Ley 30/1992

tiene como presupuesto la concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, con la consecuencia de que no podrá ser traído a colación si lo esgrimido por la parte es aquel único título de imputación del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sin añadir a él el general del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Si éste no fue esgrimido, o si no se combate aquí la apreciación de la Sala de instancia de que no lo fue, claro resulta que no cabrá imputar a la sentencia recurrida la infracción de aquel principio o regla.

Hay en el recurso de casación alegaciones que, en conexión con lo anterior, se refieren a que el Ministerio de Justicia debió dar participación en el procedimiento al Ministerio del Interior, denunciando que no lo hizo ni tan siquiera cuando en su propuesta de resolución se limitó a proponer la desestimación pese a reconocer que el supuesto objeto de la reclamación era, tal vez, uno derivado del funcionamiento de la Administración Penitenciaria. Pero de nuevo hay aquí un planteamiento que no se hizo en la instancia, en la que contra aquella resolución de 28 de marzo de 2006 no se dedujo como motivo de impugnación uno que denunciara –citando como infringidos los preceptos de los que pudiera derivarse el deber omitido– la no recalificación de la reclamación, esto es, su no reconducción al procedimiento adecuado, el general o común, una vez que se alcanzó la conclusión de un inexistente funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Tampoco es procedente traer a colación aquel principio de la personalidad jurídica única de la Administración General del Estado, pues la singular estructura del Poder Judicial y algunos de los rasgos fundamentales de la función jurisdiccional obligaban a desgajar el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia del general de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, tal y como hizo la pro-



pia Constitución al diferenciar uno y otro en sus artículos 121 y 106.2, respectivamente. Mientras que el primero establece un régimen específico de responsabilidad del Estadojuez, que no constituye un mero apéndice o complemento normativo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el segundo se sitúa en el ámbito de las garantías del ciudadano frente al Poder ejecutivo, siendo en éste y no en aquél en donde entraría en juego el principio invocado.

E) Por último, hay en el recurso de casación la cita de sentencias de este Tribunal Supremo que, sin embargo, no ponen de relieve el desacierto de la sentencia de instancia. Así, excluyendo de entrada aquellas en cuya cita no vemos más que afirmaciones de carácter general irrelevantes para el concreto caso enjuiciado, y aquellas en las que la cita alude de un modo expreso a un título de imputación distinto del esgrimido, la de fecha 26 de junio de 2007 se ocupó de un supuesto de posible



responsabilidad concurrente del Ayuntamiento de Gijón y del Ministerio de Fomento, siendo significativo y poco favorable a la tesis del aquí recurrente el razonamiento que es de ver en su fundamento de derecho segundo. La de 7 de octubre de 1997, de uno en que lo enjuiciado era el alcance de las obligaciones administrativas de prevención de inundaciones por desbordamiento de cauces o circunstancias análogas. La de 16 de diciembre de 1997 parte de un supuesto de presentación de sendos escritos ante el Ministerio de Justicia y de Interior, y analiza, no uno de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y sí por funcionamiento de los servicios penitenciarios. Y, en fin, tampoco analiza el título de imputación aquí esgrimido la de 4 de junio de 2002.

CUARTO.- Debemos referirnos finalmente a una circunstancia sobrevenida que, en todo caso y con independencia de cualquier otra inferencia que de ella quiera extraerse, nos excusa de hacer mayores consideraciones sobre aquellos argumentos referidos a los principios de tutela judicial efectiva, de indemnidad y de prevalencia de la justicia material sobre la formal. En efecto: según resulta de la documentación que la propia parte recurrente ha presentado en este rollo de casación, tras la sentencia aquí recurrida, de fecha 5 de noviembre de 2007, dedujo el perjudicado el día 20 de diciembre de ese año una nueva reclamación de responsabilidad patrimonial por el mismo hecho, por el mismo perjuicio, dirigida ahora al Ministerio del Interior, cuya Secretaria General Técnica, en resolución de fecha 16 de junio de 2008, la desestima, pero afirmando antes que la misma se halla formulada dentro de plazo.

QUINTO.- La desestimación de todos los motivos de casación alegados comporta la declaración de no haber lugar al recurso interpuesto y la imposición de las costas procesales a la parte recurrente, según establece el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, si bien, como permite el apartado tercero del mismo precepto, procede limitar su cuantía, por el concepto de honorarios de Abogado de la parte recurrida, a la cifra de mil euros, dada la escueta actividad desplegada por aquél al oponerse al indicado recurso.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

NO HA LUGAR al recurso de casación que la representación procesal de D. Alfonso interpone contra la sentencia que, con fecha 5 de noviembre de 2007, dictó la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 227 de 2006. Con imposición a la parte recurrente de las costas de este recurso de casación, con el límite fijado en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, todo lo cual yo el Secretario, certifico.



Comentario:



Andrés Cid Luque
Abogado

El recurso lo plantea un empleado de banca, que es lesionado en un atraco de la Entidad Crediticia por un "sujeto", que no se había reincorporado a prisión, después de un permiso carcelario.

La argumentación de su representación, "calcaba" la fundamentación de la S.T.S. de 21 de julio de 2.005 de un caso prácticamente idéntico, pero en el presente caso, se solicitaba la responsabilidad civil de la Administración de Justicia, y en aquel, se enjuició la responsabilidad civil de la Administración General del Estado (distintos ministerios, por actuación tanto de Órganos judiciales, como policiales, como penitenciarios). Por ello, en el presente asunto, y considerando que la Administración de Justicia no había errado en su actuación desestimó la reclamación.

Por ello, el Tribunal Supremo, esgrime que debe juzgar, dentro de las pretensiones formuladas, y no reconstruir la pretensión del actor elaborándola de forma que tenga visos jurídico de prosperar, y no puede, así, variar el título de imputación, pasando del solicitado mal funcionamiento de la Administración de Justicia, a otro diferente por responsabilidad patrimonial general, por anormal funcionamiento de los servicios públicos penitenciarios (no solicitado en la demanda).

¡Vaya "palo" para el Letrado de esta reclamación!, ¿le caerá ahora una demanda de responsabilidad profesional como abogado?. En fin no demos ideas. De todos modos se trata de una sentencia muy bien estudiada y estructurada."

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Tribunal
supremo

Accidente de trabajo. Indemnización de daños y perjuicios. Cálculo de la indemnización: alcance del descuento de las prestaciones de la Seguridad Social.

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 4ª),
de 23 de julio de 2009.
Ponente: Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Constan acreditados en la resolución de instancia, los siguientes hechos: a) El trabajador demandante prestaba servicios como conductor de primera para la mercantil "González e Hijos, S.L.". La empresa "Nure Agrícola S.L" es propietaria de la finca Los Verdiales y contrató el abono de dicha finca con la empresa Viaguado, la cual a su vez contrató con "Heroga Fertilizantes,



S.A.", entidad dedicada a la fabricación y venta de abonos líquidos, y ésta a su vez contrató con la mercantil Rafael Calvo, S.L la aplicación del producto contratado, y dicha empresa contrató el transporte del mismo hasta la finca con la mercantil "González e Hijos, S.L.". El día 5 de diciembre de 2000, el demandante cuando estaba efectuando el servicio de transporte del abono, encontrándose a 6 o 7 metros de la motobomba propiedad de la empresa "Rafael Calvo, S.L", con la que se descargaba y trasvasaba el abono, y tras realizar algunas operaciones de descarga, la cadena de metal de la motobomba se partió alcanzado uno de sus fragmentos al demandante, provocándole lesiones en la cara y en el ojo. El periodo de curación fue de 122 días, 8 de ellos con estancia hospitalaria, quedándole como secuelas: ablación de globo ocular, con posibilidad de prótesis, cicatrices en mejilla y nariz de aspecto queloideo, siendo declarado por estas lesiones mediante resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 19 de julio de 2001, en situación de Incapacidad.

Permanente Total para su profesión habitual, derivada de accidente de trabajo.

b) El demandante recibió de la Mutua la cantidad de 4.232,69 euros en concepto de prestación por incapacidad temporal, ingresando aquella en concepto de capital coste de la incapacidad permanente 69.352,02 euros (70%) y 1.311,02 euros en concepto de intereses de capitalización, habiendo asumido la Tesorería el 30% restante del señalado capital coste en aplicación del reaseguro obligatorio.

c) La motobomba usada en el trasvase había sido adquirida por la empresa Rafael Calvo, S.L.. a Don Anton. Compuesta de un motor y una bomba, su acoplamiento por el citado Sr. Anton se realiza originariamente mediante la unión de unas estrellas o piezas de material sintético fijadas a los ejes respectivos del motor y de la bom-

ba. Sin embargo, la motobomba había sido modificada por la empresa Rafael Calvo al apreciar el desgaste de las piezas de material sintético, sustituyéndolas por la cadena que se rompió el día del accidente; y,

d) Por la omisión de medidas de seguridad, se impuso a la empresa Rafael Calvo una sanción de 1.502,54 euros, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a raíz del acta levantada por la Inspección de Trabajo, le declaró responsable de un recargo del 30% de las prestaciones de Seguridad Social que pudieran devengarse a favor del demandante.

2.- El trabajador formuló demanda contra todas las empresas implicadas y las entidades aseguradoras "La Estrella S.A. de Seguros y Reaseguros" y "Allianz, S.A.", en reclamación de indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, que cifró en un total de 230.364,71 euros, que siguiendo el Baremo para la valoración de los daños y perjuicios causados en accidente de circulación, incluido en la Ley 30/1995, actualizado por la resolución de 30 de enero de 2003 de la Dirección General de Seguros, desglosó así :

a) por incapacidad temporal 218 días improductivos, 8 días con estancia hospitalaria+10% de factor de corrección: 11.191,29 euros.

b) por secuelas: 30 puntos (por ablación del globo ocular)+15 puntos (grave perjuicio estético= 41 puntos+10% factor de corrección: 62.565,13 euros.

c) por disminución de ingresos durante el periodo de Incapacidad Permanente Total (lucro cesante): 60.608,29 euros; y,

d) por daños morales propios y de familiares: 96.000 euros.



3.- El Juzgador de instancia, en su sentencia de fecha 7 de noviembre de 2005, tras apreciar la existencia por parte de la empresa "Rafael Calvo, S.L." de un incumplimiento en materia de seguridad, y la responsabilidad de dicha empresa por los daños padecidos por el trabajador accidentado, estimando no acreditada la existencia de concurrencia de culpa en ninguno de las restantes demandadas, ni menos en la propia conducta del demandante, con mención expresa de que se estiman acreditadas como secuelas las indicadas en el dictamen forense obrante en las previas actuaciones penales, y de que principalmente se va a hacer uso, siquiera como orientador del ya citado Baremo de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, analiza uno a uno los distintos conceptos señalados en la demanda, señalando que : a) con respecto al concepto de incapacidad temporal entiende que la cantidad resultante sería de 9.905,99 euros (220 días, dada la fecha de efectos de la Incapacidad Permanente Total, de los cuales 8 son de hospitalización, multiplicados por las cuantías del Baremo, sin que proceda la aplicación del factor de corrección); b) por secuelas, a tenor de los 41 puntos reclamados en la demanda, teniendo en cuenta el valor del punto para la edad del demandante y sumado el 10% del factor de corrección, establece como cantidad resultante la de 62.565,13 euros; c) por disminución de ingresos, evaluando el lucro cesante, argumenta, que si bien el trabajador dejó de percibir el salario, percibe la prestación por incapacidad permanente total, que compatibiliza con un nuevo trabajo para otra empresa como peón, no constando de modo claro cuales son los ingresos que percibe por el nuevo empleo, lo que implica no se conceda la suma solicitada; y d) por daños morales propios y familiares, tampoco se accede a lo solicitado en la demanda, porque de un lado se reclaman sin la debida separación, el demandante no esta legitimado para pedir daños morales de familiares, y porque habiendo decidido hacer uso



del repetido Baremo, en éste, la valoración de las secuelas incluye ya los daños morales. Todo ello conduce a estimar un total indemnizatorio de 72.471,12 euros.

Cuantificada la indemnización, procede el Juzgador de instancia a descontar el importe de lo percibido en concepto de prestaciones de Seguridad Social –incluido el capital coste de la pensión por Incapaci-



dad Permanente Total, con cita de la sentencia de esta Sala de fecha 9 de febrero de 2005– excepto el recargo por falta de medidas de seguridad, y al superar el total de dicho importe la cuantificación indemnizatoria señalada, estima no se adeuda cantidad alguna que deba ser satisfecha por la empresa "Rafael Calvo, S.L.", desestimando la demanda y eximiendo con ello de la determinación de la responsabilidad a la aseguradora dicha empresa.

4.- Contra la sentencia de instancia interpusieron sendos recursos de suplicación, de una parte, la empresa "Rafael Calvo, S.L.", interesando la exoneración de la responsabilidad o, en su caso, la declaración de responsabilidad solidaria de las otras entidades codemandadas, y de otra parte, el trabajador demandante, disconforme con la decisión del Juzgado de no conceder indemnización alguna en concepto de daños y perjuicios por las consecuencias del accidente de trabajo sufrido. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla mediante sentencia de fecha 5 de octubre de 2007 (rec. 3955/20006) desestimó ambos recursos, confirmando íntegramente la resolución de instancia. En lo que aquí interesa y con respecto al recurso del trabajador, confirma el criterio de la instancia en aplicación de doctrina unificada de esta Sala –sentencias entre otras de 9 de febrero de 2005 y 24 de julio de 2006– sobre deducción de lo previamente percibido en concepto de prestaciones del sistema de la Seguridad Social de la indemnización adicional por daños y perjuicios.

5.- La mencionada sentencia de suplicación, únicamente es objeto del recurso de casación para la unificación por el trabajador demandante que lo articula sobre tres motivos. En el primero, denuncia la infracción de los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil, por haberse desconocido el derecho a la reparación íntegra, afirmándose con respecto a la exigible contradicción, que las sentencias "llegan a pronunciamientos contrarios en relación a la necesidad de incluir en la indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente laboral, la valoración de la declaración de incapacidad permanente del trabajador".

En el segundo motivo, denunciando la infracción de los mismos preceptos, especifica la contradicción "en relación a la necesidad de incluir en la indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente laboral el concepto de daños mo-



rales, con carácter autónomo a la indemnización concedida por días de incapacidad y secuelas en base al Baremo previsto por Ley 30/1995". Y en el tercero y último de los motivos, se invoca la diversidad –de los pronunciamientos de las sentencias a comparar– en relación "a la posibilidad prevista en el artículo 1.103 del Código Civil en orden a la correcta valoración de los daños y perjuicios sufridos, y a la necesidad de indemnizar en base al citado precepto, en relación con los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil, los daños morales sufridos por el trabajador accidentado".

Para el primer motivo, se aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 6 de abril de 2005 (rec. 4441/200), en supuesto igualmente de reclamación de indemnización derivada de accidente de trabajo, en aplicación analógica del Baremo indemnizatorio anexo a la Ley 30/1995, concurriendo la contradicción exigible, pues mientras en la sentencia recurrida se excluye el abono de una indemnización por la incapacidad permanente, dado que se han indemnizado las secuelas determinantes de dicha incapacidad, en la sentencia referencial se admite el cómputo de la indemnización prevista por la declaración de invalidez permanente absoluta, aparte de las secuelas y la prestación por incapacidad permanente, en un cálculo indemnizatorio, ciertamente confuso, que parte de una reclamación de 263.406 euros, que bien pudiera incluir la capitalización del lucro cesante, permitiendo ello la deducción –que la sentencia lleva a cabo– de la capitalización de las prestaciones por incapacidad permanente absoluta (121.881,04 euros). Cuestión ésta –la compatibilidad entre prestaciones por incapacidad permanente e indemnización por incapacidad permanente prevista en el Baremo– que aparece clara en nuestra sentencia de 17 de julio de 2007 (rec. 4367/2005).

La sentencia invocada para el contraste en el segundo motivo es la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana de fecha 6 de abril de 2006 (rec. 3269/2005). En esta resolución se discute si aceptando la existencia de responsabilidad empresarial, del total reclamado en la demanda, que ascendía a la cantidad de 133.804,72 euros, debía deducirse, no solo la cuantía de la prestación derivada de incapacidad temporal, sino también el importe del capital coste renta de la pensión de incapacidad permanente total devengada por el trabajador, y cuya cifra aparece cuantificada en la suma de 188.878,93 euros, aplicándose, también, el Baremo anexo a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. La Sala llega a la conclusión de que si bien de la indemnización de los daños y perjuicios deben detraerse las prestaciones de Seguridad Social, y entre ellas, el importe del capital coste renta de la pensión, con lo que se alcanza un resultado negativo en lo que atañe a la indemnización interesada, ello dejaría a salvo la compensación por daños y perjuicios morales al afectar a un ámbito diferente del estrictamente laboral del afectado, apreciándose en su consecuencia la necesaria contradicción entre las sentencias, si –como ya se ha visto– la recurrida excluye la consideración autónoma de los daños morales, pues "están incluidos en las indemnizaciones del Baremo que la comprenden".

Por el contrario, la contradicción exigible no concurre con respecto a la sentencia de contraste seleccionada para el tercero y último de los motivos, que es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 27 de febrero de 2003 (rec. 2543/2002). Y no concurre dicha contradicción, por cuanto –contrariamente a lo que se alega en el recurso– ni la resolución recurrida ni la de contraste efectúan referencia alguna a la facultad moderadora de los Tribunales. Si bien en el supuesto de la sentencia impugnada se

desestima la pretensión y en el de la referencial se reconoce una determinada cantidad en concepto de daño moral, lo cierto es que tal importe viene dado por unas circunstancias personales, profesionales y familiares concretas que también deberían concurrir –con plena identidad– en el caso de autos para que pudiera mantenerse la existencia de fallos contradictorios. En el motivo, la parte recurrente se limita a decir que "existe una igualdad esencial de hechos entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste, ya que ambas se refieren a un trabajador que sufre accidente laboral, sufriendo a raíz de las mismas una serie de secuelas y quedando afecto por ello a una incapacidad permanente". Ello, si bien sería suficiente para los dos motivos precedentes, en cuanto la cuestión que se suscita es estrictamente jurídica, es del todo insatisfactorio para una cuestión en la que necesariamente la narración fáctica es componente esencial para la determinación de la contradicción.

SEGUNDO.- 1.- Dada la existencia de las contradicciones reseñadas con respecto a los motivos primero y segundo del recurso, procede entrar en el análisis de las infracciones denunciadas, si bien conviene precisar, con carácter previo, que la decisión de la Sala queda limitada en este recurso por los términos en que se formula la denuncia de las infracciones y por el alcance de la contradicciones alegadas.

No puede entrar en el marco de un recurso extraordinario –como reiteradamente viene señalando la Sala– en el examen de otros temas, entre ellos, los relativos a las valoraciones realizadas y las cuantías del baremo aplicables. Con el mismo carácter previo, también conviene señalar, que la decisión adoptada por la sentencia recurrida era acorde con la que venía siendo doctrina tradicional de esta Sala en materia de fijación de indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo. Sin embargo, la Sala,

a partir de dos sentencias dictadas en Sala General el 17 de julio de 2007 (rec. 4367/2005 y 513/2006), a las que han seguido las de 2 y 3 de octubre de 2007 (rec. 394572006 y 245/2006), 21 de enero de 2008 (rec. 4017/2006), 30 de enero de 2008 (rec. 414/2007), 22 de septiembre de 2008 (rec. 1141/2007), 20 de octubre de 2008 (rec. 672/2007) y 14 de julio de 2009 (rec. 3576/2008), ha cambiado su doctrina, lo que va a implicar –adelantamos ya– la revocación de sentencia recurrida. En la última y más reciente de dichas sentencias, es decir, la de 14 de julio de 2009, esta nueva doctrina se enuncia y resume así:

"En síntesis, esta doctrina establece que la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo se realiza en nuestro sistema a través de la responsabilidad del empresario como deudor de seguridad frente a sus trabajadores y como garante del riesgo profesional producido por el desarrollo de su actividad profesional. En nuestro ordenamiento esa reparación se instrumenta a través de tres vías: las prestaciones de la Seguridad Social, el recargo de esas prestaciones y la denominada indemnización civil adicional. Las prestaciones de la Seguridad Social responden históricamente a un aseguramiento público de la responsabilidad objetiva del empresario. Se aplican, por tanto, estas prestaciones con independencia de la culpa del empresario, pero ofrecen una reparación limitada, que, por su delimitación legal, no alcanza a cubrir la totalidad del daño, pues se centran en la compensación del exceso de gastos por asistencia sanitaria y del defecto de ingresos por la pérdida o reducción de salarios, aparte de algunas indemnizaciones por baremo o a tanto alzado que cubren muy limitadamente los daños no patrimoniales. El recargo se aplica cuando el accidente se produce con una infracción de las normas de prevención imputable al empresario, pero como mecanismo de reparación actúa sólo como un incremento de las prestaciones de Seguridad Social y tiene las mismas limitaciones que éstas en cuanto al alcance de



la reparación. Por último, la indemnización adicional se funda también en la culpa (sentencias de 30 de septiembre de 1997 y 7 de febrero de 2003) y establece una reparación adicional que debe permitir una cobertura completa del daño.

La existencia de estas tres vías de reparación determina la necesidad de su coordinación dentro del principio general de compatibilidad y la doctrina se ha inclinado por el criterio de la complementariedad, de forma que las indemnizaciones pueden superponerse hasta el límite de la reparación del daño total (sentencias de 2 de febrero de 1998, 10 de diciembre de 1998, 17 de febrero de 1999, 3 de junio de 2003, 24 de abril de 2006 y 17 de julio de 2007). Este criterio de complementariedad determina que, a efectos de fijar la indemnización adicional, deban descontarse del importe del daño total las prestaciones de la Seguridad Social, en la medida en que éstas cubren la responsabilidad objetiva del empresario por el mismo hecho y han sido financiadas por éste dentro de un sistema de cobertura pública en el marco de la Seguridad Social; descuento del que, sin embargo, se excluye el recargo en la medida en que el mismo cumple, según la doctrina de la Sala, una función preventiva autónoma (sentencia del Pleno 2 de octubre de 2000).

Pero, como señala la sentencia de contraste, "la coordinación de las distintas vías indemnizatorias debe hacerse con criterios de homogeneidad, teniendo en cuenta que el daño tiene distintos componentes –las lesiones físicas y las psíquicas, los daños morales, el daño económico emergente y el lucro cesante– y, en consecuencia, la compensación de las diversas indemnizaciones debe efectuarse entre conceptos también homogéneos para lograr una justa y equitativa reparación. De ahí que no sea posible compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en una vía por lo reconocido por otros conceptos, como el daño moral, en otra.

Esta regla de homogeneidad determina 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", estas prestaciones sólo puedan compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante: igualmente las que se reconocen por la incapacidad temporal no pueden compensarse con las que se otorgan por la incapacidad permanente y viceversa.

En concreto, para las prestaciones de incapacidad temporal se dice que "la reparación de los perjuicios económicos debe perseguir la plena indemnidad del trabajador, lo que supone, salvo prueba que acredite otra cosa, que el perjudicado en concepto de lucro cesante debe percibir, al menos, el cien por cien del salario cobrado al tiempo del accidente y que las prestaciones sociales percibidas no puedan compensarse con la indemnización señalada con arreglo a la citada Tabla V mientras las mismas, junto con su posible mejora convencional, no superen ese cien por cien, sin que, por otro lado, quepa su compensación con lo reconocido por otros conceptos, como daño emergente o moral".

En cuanto al descuento del capital coste de la pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social, hay que recordar que se trata de prestaciones que se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia y, por ello, es lógico practicar la correspondiente deducción. Pero, como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, sólo se descontarán la indemnización reconocida por lucro cesante (Tabla IV, factor de corrección por perjuicios económicos) y, parcialmente el factor de corrección de lesiones permanentes que constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima, pues este último factor compensa no sólo la pérdida de capacidad laboral en sentido estricto, sino también la pérdida de otras actividades, satisfacciones y

oportunidades del disfrute de la vida. El capital coste de la pensión de la Seguridad Social no puede compensar en su totalidad lo reconocido por ese factor corrector de las lesiones permanentes, por lo que "quedará al prudente arbitrio del juzgador de la instancia la ponderación de las circunstancias concurrentes, para determinar qué parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y qué parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, a la imposibilidad o dificultad para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, aarse, etc.) y a la imposibilidad para los disfrutes y satisfacciones de la vida que cabía esperar en los más variados aspectos (sentimental, social, práctica de deportes, asistencia a actos culturales, realización de actividades manuales, etc.)".

TERCERO.- 1.- La aplicación de estos criterios lleva a la estimación del recurso en lo que se refiere a las deducciones practicadas en razón del capital coste de las prestaciones de Seguridad Social y ello en atención a las siguientes razones:

1ª) En primer lugar –como ya decíamos en la reseñada sentencia de 14 de julio de 2009– no cabe deducir de la indemnización por incapacidad temporal lo abonado en concepto de capital coste de la pensión de incapacidad permanente, porque se vulnera doblemente la regla de homogeneidad, primero, al imputar a la indemnización por incapacidad temporal lo que corresponde a la incapacidad permanente, y, en segundo lugar, al compensar unas partidas que corresponden a la indemnización básica por otras que funcionalmente cubrirían en su caso el lucro cesante. Se mantienen las cantidades de 439,64 euros por los 8 días de hospitalización y de 9.466,34 euros por los 212 días restantes de baja, fijadas ya en la sentencia de instancia. La suma de estos dos conceptos da un total de 9.905 ,98 euros por incapacidad temporal.

2ª) Tampoco cabe –a tenor de la doctrina jurisprudencial expuesta– deducción del capital coste de la incapacidad permanente de la indemnización básica por secuelas de 62.565,13 euros, reclamada por el demandante en función de los 41 puntos, y aceptada también por la sentencia de instancia.

3ª) Lo que el demandante denomina disminución de ingresos durante el periodo de Incapacidad Permanente Total (lucro cesante) y que cifra en 60.608,29 euros, teniendo en cuenta como referencia el factor de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes con incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la Tabla IV del Baremo se estima razonable. Ahora bien ha de efectuarse el desglose dentro de este concepto entre la parte que corresponde de la indemnización de la discapacidad laboral y la que puede atribuirse a la discapacidad vital, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada En el presente caso, a la vista de las lesiones del actor, las características especiales de las mismas, su edad, su categoría profesional de chofer que ya no puede desarrollar, habiendo encontrado un trabajo de inferior categoría (peón), se considera que una proporción adecuada sería un 60% para la discapacidad laboral (36.364,97 euros) y un 40% para la vital (24.243,31 euros). La indemnización por el factor de corrección de la discapacidad laboral será absorbida de forma completa por el capital coste de la incapacidad permanente (133.859,6 euros), lo que da una indemnización final por este factor de 24.243,31 euros.

4ª) Por Daños Morales propios y de familiares, reclama el demandante la cantidad de 96.000 euros lo que le es negado por la sentencia de instancia y la de suplicación en base a tres tipos de argumentación : a) porque se reclaman sin la debida separación los daños morales y de los de su familia; b) porque carece de legitimación activa para ello, al tratarse de daños sufridos por terceros a él



ajenos; y, c) "porque habiendo decidido el demandante hacer uso del Baremo establecido por la Ley 30/1995, olvida que en la valoración de las secuelas que el mismo solicita –y así se ha estimado en esta resolución– se encuentran ya comprendidos los daños morales, por lo que la concesión de lo que ahora interesa implicaría una duplicidad en los conceptos indemnizatorios que no viene permitida por la ley".

Las dos primeras argumentaciones carecen de consistencia en cuanto que, como se advierte de su escrito de demanda, el trabajador, aunque lo denomine como "daños propios y familiares", no reclama una indemnización para él y otra, distinta, para sus familiares, sino que se cuantifique el grave daño moral sufrido por el y su familia, a raíz del accidente sufrido al tener que "convivir" el resto de su vida con las terribles secuelas estéticas, su edad (29 años), el sufrimiento padecido, las continuas operaciones, etc. Es decir, y en definitiva, las consecuencias y repercusiones que estima el demandante ha tenido el accidente en su esfera personal, familiar y social.

Por el contrario, a juicio de la Sala, sí que resulta acertada la tercera de las argumentaciones señaladas. En efecto, ha sido el propio demandante el que ha elegido para la cuantificación de la indemnización que reclama en concepto de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido, el sistema de Baremo para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que se estableció ya en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, en las cuantías fijadas por la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 20 de enero de 2003. Y el acogimiento a dicho Baremo y su aplicación, concretamente, en el presente caso la Tabla V (indemnizaciones por incapacidad temporal) y la Tabla III (indemnizaciones básicas por lesiones permanentes), conlleva que no puedan reclamarse "daños morales" como concepto autónomo, en cuanto

en las cuantías indemnizatorias previstas en dichas Tablas están incluidos ya los daños morales como expresamente se señala en las mismas.

CUARTO.- 1.- La responsabilidad del abono de la indemnización resultante de 96.714,42 euros, ha de ser atribuida en exclusiva a la empresa "Rafael Calvo, S.L.", en cuanto la sentencia de instancia estableció ya que dicha empresa era la única responsable –por su conducta negligente e infracción de las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de la equipos de trabajo (artículo 3 del Real Decreto 1215/1997)– de la producción del accidente sufrido por el trabajador demandante, no habiéndose acreditado la existencia de culpa en ninguno de los otros demandados, ni menos en la propia conducta del trabajador. Ciertamente, que en el recurso de suplicación se planteó por el demandante la cuestión de la responsabilidad solidaria concretamente con la también demandada "González e Hijos, S.L.", lo que fue rechazado por la sentencia recurrida, y como sea que en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina el recurrente, aun cuando en el "suplico" de su escrito de recurso pide la condena solidaria no formula motivo alguno al respecto, ni tampoco la sentencia ha sido recurrida por la empresa "Rafael Calvo, S.L.", es lo por esta Sala no puede entrar a analizar y resolver esta cuestión.

2.- Tampoco puede acogerse la petición del demandante, ahora recurrente, de que se condene a la entidad aseguradora codemandada "La Estrella, S.A. de Seguros y Reaseguros" solidariamente con la empresa "Rafael Calvo, S.L.", al pago de la indemnización reclamada. En efecto, en el hecho probado decimotercero de la sentencia de instancia se dan por reproducidas las condiciones tanto generales como las particulares del Seguro denominado de Protección Integral de Industrias suscrito el 21 de junio de 2000 entre "Rafael Calvo, S.L." y la Cia. de Seguros La Estrella, obrante en autos, así como los recibos del pago del seguro. Ahora bien,

del examen de dichas condiciones, y en concreto de las particulares, se desprende que son dos las actividades cubiertas por la póliza: una, la de "Almacén de abonos químicos inorgánicos, excluidos nitratos. Se incluye el almacenamiento y manipulación de abonos líquidos nitrogenados; y otra, la de "Almacén de materias plásticas no espumosas, plásticos para invernaderos y riegos, así como productos fitosanitarios". Pues bien, mientras en esta segunda actividad está cubierto el riesgo de daños a terceros, responsabilidad civil hasta 15.000.000 pesetas; en la primera actividad, que es la que se corresponde –manipulación de abonos– con la que desarrollaba el trabajador en el momento de sufrir el accidente -descarga y trasvase del abono (hecho probado tercero de la sentencia de instancia- el riesgo de daños a terceros está expresamente excluido por "no contratado". Esta falta de cobertura impide, en su consecuencia, la extensión de la responsabilidad a la entidad aseguradora.

3.- Con respecto a los intereses solicitados en la demanda y en el recurso, habrá que distinguir entre los moratorios y los procesales. La más reciente doctrina de esta Sala contenida en la Sentencia de Sala General de 30 de enero de 2008 (recurso 414/2007) –a la que sigue la 14 de julio de 2009 (recurso 3.576/2008)– en orden al adecuado resarcimiento de los daños y perjuicios causados al trabajador por el accidente de trabajo y ante los sistemas intereses/actualización, en el bien entendido de que ambos son de imposible utilización simultánea, propugna una interpretación "pro operario", contraria al tradicional "favor debitoris" que informa la práctica civil, y con apoyo en la jurisprudencia también reciente de la Sala I de este Tribunal Supremo concluye que los intereses moratorios ex artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil se devengan automáticamente, por imponerlo así la defensa de los legítimos intereses del acreedor. En orden a los intereses moratorios, la misma sentencia de 30 de enero de 2008, matiza -con apoyo en la

jurisprudencia civil que rechaza todo automatismo en la aplicación del brocardo –"in illiquidis non fit mora"–, que esta flexibilidad aplicativa de la máxima tradicional efectuada por la jurisprudencia civil "todavía con mayor rotundidad ha de tenerse en cuenta en el campo del Derecho del Trabajo, terreno en el que los principios sociales han de imperar todavía con más fuerza que en el Derecho Civil ..., sino que los intereses en juego -afectantes a valores de singular trascendencia- imponen una interpretación pro operario, contraria al tradicional favor debitoris que informa la práctica civil" y que "estas singularidades de nuestro Ordenamiento laboral justifican plenamente que en el ámbito de esta jurisdicción social, la interpretación de los arts. 1.101 y 1.108 CC atienda -incluso- a un mayor automatismo que el orden civil, de manera que la regla general en la materia ha de ser –supuestos exorbitantes aparte– la de que las deudas en favor del trabajador generan intereses a favor de éstos desde la interpelación judicial".

Todo ello implica que, en el presente caso, a la indemnización señalada de 96.714,42 euros, habrá que adicionar el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la demanda de conciliación el 30 de diciembre de 2002 y hasta la fecha de esta sentencia. Respecto a los intereses procesales, se devengará –artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– el interés legal del dinero más dos puntos a partir de la fecha de esta sentencia.

QUINTO.- 1.- Los razonamientos precedentes conllevan, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, la estimación parcial del recurso para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación estimando también en parte el recurso de esta clase interpuesto por el demandante y revocando la sentencia de instancia para establecer la condena de la empresa demandada "Rafael Calvo, S.L." en los términos que se derivan de las consideraciones precedentes. Todo



ello sin imposición de costas, ni en este recurso, ni en el de suplicación.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Infante Sánchez, en nombre y representación de Don Germán contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 5 de octubre de 2007, en el recurso de suplicación nº 3955/2006, interpuesto por dicho recurrente y la empresa "RAFAEL CALVO, S.L." frente a la sentencia dictada el 7 de noviembre de 2005 por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Sevilla, en los autos nº 840/2003, seguidos a instancia del citado recurrente contra

las empresas GONZALVEZ E HIJOS, S.L., RAFAEL CALVO, S.L., NURE AGRÍCOLA, S.L., HEROGRA FERTILIZANTES, S.A., Anton , y las entidades aseguradoras ALLIANZ CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. y la ESTRELLA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS", sobre accidente de trabajo. Casamos y anulamos en parte la sentencia recurrida de la Sala de lo Social de Andalucía, con sede en Sevilla y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de esta clase interpuesto por el demandante y, con revocación parcial de la sentencia de instancia condenamos a la empresa "RAFAEL CALVO, S.L." a abonar al demandante la cantidad de 96.714,42 euros, manteniendo la excepción de incompetencia de Jurisdicción con respecto Don Antón y la absolución de los demás codemandados. Esta cantidad devengara los intereses que se establecen en la fundamentación jurídica de esta sentencia, a cuyo abono se condena también a la empresa "RAFAEL CALVO, S.L." con el detalle allí establecido.



Comentario:



Javier López y García de la Serrana
Abogado y Doctor en Derecho

Nos encontramos de nuevo con una sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que viene a reforzar la línea doctrinal fijada por las novedosas sentencias de 17 de julio de 2007, intentando dar luz a qué cantidades debe condenarse al empresario por las lesiones sufridas por un trabajador en un accidente laboral. Esta doctrina establece que en la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo no cabe compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante en otra instancia -como es el capital coste de la pensión de incapacidad permanente total reconocida al trabajador reclamante-, 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.

En su Fundamento de Derecho Segundo 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, a las que han seguido las de 2 y 3 de octubre de 2007 (rec. 394572006 y 245/2006), 21 de enero de 2008 (rec.4017/2006), 30 de enero de 2008 (rec. 414/2007), 22 de septiembre de 2008 (rec. 1141/2007), 20 de octubre de 2008 (rec. 672/2007) y 14 de julio de 2009 (rec. 3576/2008). Por tanto, se incide de nuevo en la idea plasmada en las trascendentes 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 directamente a la indemnización concedida por el accidente laboral la pensión de incapacidad permanente total reconocida al trabajador accidentado.

Entrando a analizar el caso concreto, vemos que el trabajador desglosó su reclamación de la siguiente forma: a) por incapacidad temporal 218 días improductivos, 8 días con estancia hospitalaria +10% de factor de corrección: 11.191,29 euros. b) por secuelas: 30 puntos (por ablación del globo ocular) +15 puntos (grave perjuicio estético = 41 puntos +10% factor de corrección: 62.565,13 euros. c) por disminución de ingresos durante el período de Incapacidad Permanente Total (lucro cesante): 60.608,29 euros; y, d) por daños morales propios y de familiares: 96.000 euros.

El Juzgador de instancia resolvió la petición formulada de la siguiente forma: a) con respecto al concepto de incapacidad temporal entiende que la cantidad resultante sería de 9.905,99 euros (220 días, dada la fecha de efectos de la Incapacidad Permanente Total, de los cuales 8 son de hospitalización, multiplicados por las cuantías del Baremo, sin que proceda la aplicación del factor de corrección); b) por secuelas, a tenor de los 41 puntos reclamados en la demanda, teniendo en cuenta el valor del punto para la edad del demandante y sumado el 10% del factor de corrección, establece como cantidad resultante la de 62.565,13 euros; c) por disminución de ingresos, evaluando el lucro cesante, argumenta, que si bien el trabajador dejó de percibir el salario, percibe la prestación por incapacidad permanente total, que compatibiliza con un nuevo trabajo para otra empresa como peón, no constando de modo claro cuales son los ingresos que percibe por el nuevo empleo, lo que implica no se conceda la suma solicitada; y d) por daños morales propios y familiares, tampoco se accede a lo solicitado en la demanda, porque de un lado se reclaman sin la debida separación, el demandante no está legitimado para pedir daños morales de familiares, y porque habiendo decidido hacer uso del repetido Baremo, en éste, la



valoración de las secuelas incluye ya los daños morales. Todo ello conduce a estimar un total indemnizatorio de 72.471,12 euros. Cuantificada la indemnización, procede el Juzgador de instancia a descontar el importe de lo percibido en concepto de prestaciones de Seguridad Social (133.859,6 euros), excepto el recargo por falta de medidas de seguridad, y al superar el total de dicho importe la cuantificación indemnizatoria señalada, estima no se adeuda cantidad alguna al trabajador. Esta sentencia de instancia es confirmada por la Sala de lo Social del TSJA.

Por su parte el Tribunal Supremo entiende que corresponde la siguiente indemnización: a) En primer lugar -incidiendo en su sentencia de 14 de julio de 2009- declara que no cabe deducir de la indemnización por incapacidad temporal lo abonado en concepto de capital coste de la pensión de incapacidad permanente, porque se vulnera doblemente la regla de homogeneidad, primero, al imputar a la indemnización por incapacidad temporal lo que corresponde a la incapacidad permanente, y, en segundo lugar, al compensar unas partidas que corresponden a la indemnización básica por otras que funcionalmente cubrirían en su caso el lucro cesante. Se mantienen las cantidades de 439,64 euros por los 8 días de hospitalización y de 9.466,34 euros por los 212 días restantes de baja, fijadas ya en la sentencia de instancia. La suma de estos dos conceptos da un total de 9.905,98 euros por incapacidad temporal. b) Tampoco cabe -a tenor de la doctrina jurisprudencial expuesta- deducción del capital coste de la incapacidad permanente de la indemnización básica por secuelas de 62.565,13 euros, reclamada por el demandante en función de los 41 puntos, y aceptada también por la sentencia de instancia. c) Lo que el demandante denomina disminución de ingresos durante el período de Incapacidad Permanente Total (lucro cesante) y que cifra en 60.608,29 euros, lo iguala al factor de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes con incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la Tabla IV del Baremo, ahora bien, efectúa el desglose dentro de este concepto entre la parte que corresponde de la indemniza-

ción de la discapacidad laboral y la que puede atribuirse a la discapacidad vital, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, estableciendo que, a la vista de las lesiones del actor, las características especiales de las mismas, su edad, su categoría profesional, estableciendo una proporción de un 60% para la discapacidad laboral (36.364,97 euros) y un 40% para la vital (24.243,31 euros). La indemnización por el factor de corrección de la discapacidad laboral la compensa por el capital coste de la incapacidad permanente (133.859,6 euros), reduciendo la indemnización final por este factor a 24.243,31 euros. d) Por Daños Morales propios y de familiares, rechaza la cantidad de 96.000 euros reclamada por el demandante en base al principio de autovinculación, pues éste eligió para la cuantificación de la indemnización que reclama en concepto de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido, el sistema de Baremo para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, y el acogimiento a dicho Baremo y su aplicación, conlleva que no puedan reclamarse "daños morales" como concepto autónomo, salvo en el caso especial de grandes secuelas.

En conclusión, se indemniza al actor en un total de 96.714,42 euros (9.905,98 euros por incapacidad temporal, más 62.565,13 euros por secuelas y 24.243,31 euros por incapacidad permanente total para sus ocupaciones habituales), frente a los 230.364,71 euros reclamados por el demandante y los 0 euros concedidos por la sentencia de instancia y la del TSJA. Por tanto, se reparándose el daño fisiológico y el daño moral causado en el accidente laboral sufrido, usando para su cuantificación el sistema de Baremos de los accidentes de circulación, pero compensando el daño patrimonial sufrido con las prestaciones de la Seguridad Social recibidas o por recibir. Una solución muy correcta desde mi punto de vista, frente a lo que anteriormente a las sentencias de 17 de julio de 2007 se venía haciendo por los tribunales de lo social, consagrándose de esta forma el principio de compensación por conceptos homogéneos, así como el principio de autovinculación y sobre todo el de vertebración de las indemnizaciones.

Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD CIVIL

Vinculación de la reclamación civil realizada en los juicios rápidos por el Ministerio Fiscal en favor de la víctima, creando efecto de cosa juzgada.

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz,
de 21 de julio de 2009
Ponente: Ilmo. Sr. Antonio Marín Fernández*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso del apelante debe ser desestimado. Pese a ello, hemos de reconocer que tal decisión es claramente insatisfactoria. A nuestro juicio, la Sra. Martínez Martínez, quien no olvidemos es víctima de un ilícito penal, se va a ver privada de una parte sustancial de la indemnización a la que, en condiciones normales, hubiera tenido derecho. Y ello en razón exclusivamente de una defectuosa actuación del aparato judicial.

Recordemos que tras el siniestro de tráfico litigioso, se derivaron responsabilidades penales que fueron enjuiciadas en las Diligencias Urgentes nº 66/2007 el Juzgado de Instrucción nº 2 de San Fernando. En su seno se hizo ofrecimiento de acciones a la Sra. Martínez Martínez a los efectos del art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, manifestando esta su intención de reclamar. En su consecuencia, y dando cumplimiento al mandato

audiencias

provinciales



contenido en el art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal ejerció las acciones civiles que le incumbían a la perjudicada. El efecto, hizo uso del informe pericial aportando a la causa por el Juzgado de conformidad con lo dispuesto en el art. 797.1.2ª a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y aquí es donde surgen los problemas, porque dicho informe es llevado a efecto por la entidad tasadora TINSA, empresa de reconocido prestigio comercial y más en concreto con TAXO, entidad con la que según parece tiene convenio o contrato para tasaciones urgentes la Conserjería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, sobre la exclusiva base de “la documentación obrante en autos”, según refiere literalmente el autor del informe, Sr. Martín Ramírez. Quiere ello decir que, obrando en la causa exclusivamente una referencia genérica a que el golpe recibido por el vehículo de la Sra. Martínez Martínez lo fue en la parta frontal delantera derecha –así consta en el Acta de Inspección Ocular– la tasación incluye exclusivamente “reparar la zona frontal derecha del vehículo TOYOTA RAV 4, incluso el paragolpe delantero lijado y pintado, con la mano de obra incluida”, todo ello valorado alzadamente en 360 euros. La valoración es absolutamente rechazable porque no se realiza sobre el objeto a peritar, de modo que es genérica y no responde a la realidad. Pese a ello es asumida acríticamente por el Ministerio Fiscal y luego por el Juez al dictar la sentencia de conformidad.

El conflicto surge cuando luego el importe de la reparación real asciende a una suma sensiblemente superior, 2.689,02 euros. Pues bien, cualquiera que sea el juicio que merezca lo sucedido –pudiéndose hacer sabrosos comentarios sobre los problemas prácticos que acompaña la subordinación de la acción civil a la penal en el proceso penal (en cuya modalidad más urgente parece solo ocupado y preocupado en el rápido castigo del delincuente, sin incluir entre sus fines primarios la reparación a la víctima), sobre la falta de calidad

de la pericia ofertada por la administración pública prestacional, en el caso, la Junta de Andalucía o sobre la actuación acritica y precipitada de Juez y Fiscal a la hora de valorar a los daños litigiosos, lo cierto es que la pretensión ahora introducida resulta imposible. Conforme a la doctrina jurisprudencial más que asentada, la acción civil entonces ejercitada, quedó agotada en el proceso penal precedente por defectuoso que fuera su ejercicio. Existe cosa juzgada entre ambos procedimientos, aunque la actora no fuera parte formal de la causa penal, en tanto la defensa de sus derechos e intereses estaba encomendada al Ministerio Fiscal y como tales fueron convenientemente actuados.

Todo ello aparece bien explicado en la sentencia del Tribunal Supremo 24/septiembre/2002, a cuyo tenor; “Como destaca la sentencia del Tribunal Supremo del 2 de julio de 2002, exponiendo entre otras, la doctrina explicitada por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1999, debe señalarse como principio que el ejercicio de la acción civil “ex delicto” el proceso penal (esto es, si no se ha excluido su ejercicio y reservado para el orden jurisdiccional civil), implica que las cuestiones civiles sean resueltas en el ámbito penal, de manera, que la decisión que recaiga debe producir por regla general, efectos de “cosa juzgada”.

Dentro de esta línea la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1999 establece que las sentencias penales condenatorias (...) que resuelve la problemática civil (lo que exceptúa los casos de reserva de acciones, artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) tiene carácter vinculante para el orden jurisdiccional civil, no solo en cuanto a los hechos que declaran probados, sino también respecto de las decisiones en materia de responsabilidades civiles, de tal manera que este efecto de cosa juzgada (artículos 1.215 y 1.252 del Código Civil) o similar a la misma, determina que quede consumada o agotada la pretensión del perjudicado, sin que pueda ser ejercitada de nuevo

ante la jurisdicción civil la acción de esta naturaleza fundada en la misma causa o razón de pedir ("non bis in idem"). En este sentido cabe citar, entre otras, las Sentencias de 9 de febrero de 1988, 28 de mayo y 4 de noviembre de 1991, 12 de julio de 1993 y 24 de octubre de 1998.

La doctrina del efecto vinculante es aplicable incluso para los casos en que se pretenda plantear en el proceso civil la existencia de hipotéticos errores, imprevisiones, descuidos o defectos en la fijación de las consecuencias civiles en el proceso penal. Numerosas resoluciones de esta Sala (así las de 25 de marzo de 1976, 2 de noviembre de 1987, 9 de febrero de 1988, 28 de mayo de 1991, 21 de mayo y 12 de julio de 1993, 24 de octubre y 9 de diciembre de 1998) declaran al respecto que no es dable en el juicio civil subsiguiente suplir deficiencias, ni rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en los procesos de que conocieron los juzgadores de otra jurisdicción u orden. Asimismo se tiene declarado que; no cabe acudir al proceso civil para remediar lo que se tuvo oportunidad de aportar en el proceso penal en que se enjuiciaron los hechos del pleito (sentencia de 11 de mayo de 1995 y las que cita); el error en la causa penal (el supuesto del caso hace referencia a que no se hizo constar en el parte medico del Forense la existencia de la secuela) no transmuta la "causa petendi" (sentencias de 28 de mayo de 1991 y 11 de mayo de 1995).

Empero, como declara la ultima sentencia citada, como matizaciones muy importantes, que constituyen igualmente la doctrina legal sin contradicciones, excepcionalmente cabe (Sentencia de 11 de mayo de 1995) la posibilidad de pedir, por via civil, una indemnización complementaria (es decir, como un plus respecto de lo percibido por el cauce penal) cuando concurren supuestos o hechos que no se tuvieron, ni pudieron tenerse en cuenta en la sentencia del otro orden jurisdiccional (Sentencias de 27 de enero de 1981, 13

de mayo de 1985, 9 de febrero de 1988, entre otras). Se hace referencia a la indemnización de resultados no previstos (Sentencias de 25 de mayo de 1976, 11 de diciembre de 1979, 9 de febrero de 1988), cuando tras la sentencia condenatoria son descubiertas consecuencias dañosas del ilícito punible acaecidas en tiempo posterior al proceso penal y por ello no las pudo tener en cuenta el Tribunal de dicho orden, como sucede en los casos en que el curso cronológico de las lesiones muestra la aparición de un daño nuevo mas grave, o incluso se produce la muerte (Sentencia de 11 de mayo de 1995); nuevas lesiones o agravación del año anteriormente apreciado (Sentencias de 9 de febrero y 20 de abril de 1988); nuevas consecuencias ulteriores del hecho delictivo (Sentencia de 4 de noviembre de 1991); hechos sobrevenidos nuevos y distintos (Sentencia de 24 de octubre de 1988). Se argumenta "in genere" a favor de este planteamiento que sería una artificiosa resolución, contraria a la naturaleza de las cosas, aquella que pretenda negar la innegable realidad de un daño sobrevenido como consecuencia de una actuación ilícita que, cuando fue juzgada, presentaba mejores perspectivas dentro de las posibilidades, siempre falibles de los criterios de valoración que en aquel momento se podían aplicar racionalmente, pero que han sido desbordados por la realidad y que ante la imposibilidad de replantear el proceso penal, si se negara la viabilidad de la pretensión de resarcimiento por medio del proceso civil se produciría un incumplimiento de los dispuesto en el artículo 24-1 de la Constitución Española, pues se negaría el derecho a obtener tutela efectiva de unos derechos y de unos intereses legítimos supuestos por el genérico derecho a resarcirse de los males sufridos por conductas ajenas (Sentencia de 9 de febrero de 1988). Y también se señala en Sentencia de 20 de abril de 1988, la eficacia temporal de la cosa juzgada (de la que se hizo aplicación en las Sentencias de 19 de marzo de 1973 y 25 de marzo de 1976) y en principio



de justicia que, matizando el de seguridad jurídica, precisa que no es aplicable la cosa juzgada cuando en el primer proceso no se hubieran agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño en la sentencia.

Y siendo todo ello así, no estamos ante un hecho nuevo o ante daños sobrevenidos que hagan legítima una indemnización complementaria, sino ante un vano intento de enmendar una defectuosa actuación institucional anterior, que quizás tenga una mejor repuesta desde la perspectiva de la eventual aparición de un error judicial.

Pero sea como fuere, la cuestión, desde el estricto marco procesal y dejando al margen criterios de Justicia material o equidad, es clara y así lo refiere, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 21/abril/2006: "Una de las cuestiones suscitadas en relación a los efectos que las sentencias penales producen en las peticiones formuladas en el procedimiento civil es la del efecto que tiene la prueba de los hechos producida en el proceso penal. La sentencia de 24 de octubre de 1998 resume claramente cuales son estas repercusiones y por lo que interesa en el actual procedimiento en que se ha producido una sentencia condenatoria, afirma que "las sentencias firmes resultan definitivas y vinculantes para el orden jurisdiccional civil, no solo en cuanto a los hechos que declaren probados, sino también respecto a las decisiones en materia de responsabilidades civiles derivadas del delito o falta", y aunque "no corresponde a los tribunales civiles suplir las deficiencias ni rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en los procesos sometidos a los juzgadores del otro orden" resulta de muchas sentencias que los hechos declarados probados en la sentencia penal vinculan al juez como tales hechos (SS de 26 de septiembre de 1994, de 11 de abril de 2000, entre muchas otras), puesto que, como afirma la STC 62/1984



de 21 de mayo, "repugna a los mas elementales criterios de la razón jurídica aceptar la firmeza de distintas resoluciones jurídicas en virtud de las



cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron o que una misma persona fue su autor y no lo fue" (asimismo, sentencias de

esta Sala de 12 de abril 2000 y de 20 de marzo de 2005)".

SEGUNDO.- En el caso de dictarse fallo confirmatorio de la resolución apelada se impondrán las costas al apelante según dispone el art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo que la Sala observe dudas de hecho o de derecho que, conforme a lo dispuesto en los arts 398.1 y 394.1 de la Ley procesal, justifiquen la adopción de otra decisión. Tal es el caso de autos, debiendo afectar la ausencia de condena en costas tanto a las de la alzada como a las de la 1ª Instancia, a la vista de las dudas que suscita el supuesto litigioso en el que, insistimos en ellos una defectuosa actuación del aparato judicial ha privado de parte de su indemnización a la actora cuando era legítima su pretensión enderezada a tal efecto.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación y en razón a lo expuesto,

FALLAMOS

PRIMERO.- que desestimando el recurso de apelación sostenido e esta instancia por MARIA DEL MAR MARTÍNEZ MARTÍNEZ contra la sentencia de fecha 15/julio/2008 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de San Fernando en la causa ya citada, confirmamos la misma salvo en el particular relativo a las costas.

SEGUNDO.- No hacemos especial pronunciamiento respecto de las cosas recaídas en la 1ª Instancia ni en esta alzada.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio literal al Rollo de Sala, y se notificará a las partes con expresión de los recursos que contra la misma puedan haber, juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Comentario:



Antonio Marín Fernández
Magistrado de la A.P. de Cádiz

Es de todos conocido que la introducción de normas sobre responsabilidad civil en nuestros Códigos Penales se debió a un simple problema de ritmos en el proceso codificador. El previo desarrollo de la codificación penal permitió que se introdujera una "regulación provisional" de las consecuencias civiles del ilícito penal, que, pese a encontrar luego acomodo natural en el Código Civil, se ha ido perpetuando sin solución de continuidad en los textos penales, incluyendo como es obvio el vigente Código Penal.

Lo que en su día se presentaba como una paradoja histórica resultó a la postre ser una de las virtudes del enjuiciamiento penal español. En épocas en que solo se pensaba en los fines preventivos, cuando no claramente retributivos, de la pena, la incardinación de la acción civil en el proceso penal y la disposición de normas propias sobre responsabilidad civil era una manifestación adelantada en su tiempo de la protección de las víctimas, hoy erigida en uno de los paradigmas esenciales del proceso penal.

Todo ello no dejaba de ser problemático. Desde el punto de vista material porque la injustificable existencia de una doble regulación de la responsabilidad civil era fuente de innecesarios conflictos, cuando, como ha destacado PANTALEÓN, es un grave error sostener que la mal llamada responsabilidad civil derivada de delito tiene un fundamento, naturaleza jurídica y finalidad diferentes a la responsabilidad regulada en los arts. 1.902 a 1.910 del Código Civil. Por su parte, y desde un punto de vista estrictamente procesal, ha sido preocupante la instrumentalización del proceso penal para dar cobertura a pretensiones civiles en cuya base fáctica no había ilícito penal alguno, pero que eran útiles para presionar, o coaccionar, al imputado o para allegarse de manera sencilla y barata prueba para el posterior ejercicio de la acción civil correspondiente. Particularmente grave ha sido la situación en el ámbito del Derecho de la Circulación. Basta con recordar la absurda tipificación penal de los daños en tráfico del art. 600 del antiguo Código Penal o la práctica forense actualmente existente en punto a la liquidación de las responsabilidades civiles previa a la cele-

bración del Juicio de Faltas, que pervierte y deja sin sentido al proceso penal.

Pues bien, en el contexto de los problemas que surgen con el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, aparece la situación descrita en la sentencia comentada. En ella aparece una nueva paradoja que resulta de la desprotección material de la víctima del delito por el precipitado ejercicio de la acción civil en un proceso penal rápido. Y es que cuando se da como es lo lógico preferencia a la acción penal, el ejercicio conjunto de la acción civil se revela no como una ventaja para el perjudicado, sino justamente lo contrario. En el caso se dan un conjunto de circunstancias que coadyuvan a tal resultado. Y así, tras el ofrecimiento de acciones a la perjudicada, el Ministerio Fiscal ejercita, tal y como le Ley le impone, la acción civil correspondiente, pero sin asegurarse de que el contenido de la misma satisfaga el interés a él confiado. Lo hace, además, a partir de una tasación ficticia que se extrae de un informe pericial carente de toda consistencia, solo encaminado a posibili-

tar el enjuiciamiento rápido del delito. El Juez de Instrucción finalmente acepta una conformidad que, a la postre, trae como consecuencia que la perjudicada no obtenga la indemnización debida por el daño sufrido.

Si a todo ello añadimos que el posterior ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción que le es propia resulta ya imposible en razón de una elemental aplicación de la cosa juzgada, se podrá entender que la tradicional afirmación de las ventajas del ejercicio de la acción civil en el proceso penal debe ser puesta en tela de juicio, al menos en supuestos como el de autos. Con todo, quizás una mayor implicación de los operadores jurídicos con la acción civil, que exige el efectivo compromiso del Ministerio Fiscal, de la administración llamada a proporcionar los medios para la práctica debida de la prueba pericial y del propio Juez, podría solventar el problema. En última instancia, siempre quedará el socorrido remedio de reservarse la acción civil para ser ejercitada con las garantías y efectividad propias del proceso civil.



Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD CIVIL

Indemnización a un abogado por los daños y perjuicios ocasionados en un accidente de circulación. Valoración del lucro cesante y de la incapacidad permanente parcial.

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 3 de julio de 2009
Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Gallo Erena*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como primer motivo de recurso se manifiesta la discrepancia con la sentencia en cuanto deniega la cantidad solicitada por lucro cesante. Se alega error en la valoración de la prueba en relación al concepto de lucro cesante y lo solicitado al respecto, que entiende dicha parte se derivaría como procedente en razón a la actividades probatoria desplegada.

El T.S. en sentencia de 18-2-93, entre otras, ha expresado que la indemnización de daños y perjuicios comprende efectivamente, conforme al art. 1106 CC, tanto el valor de la pérdidas sufridas como las ganancias dejadas de obtener, alcanzando tanto a los daños previstos como a los que se pudieran prever en los supuestos el artículo 1107. Ahora bien, es cierto que tal indemnización no opera de forma automática, sino que requiere demostración del daño

y su imputación, para deducir la consiguiente responsabilidad a persona determinada, es decir que su real causación ha de llevarse a cabo en fase probatoria del pleito (SS 4 diciembre 1955, 7 de mayo 1991, 4 de octubre 1991, 23 de marzo y 13 abril 1992).

Dicho mismo Tribunal en sentencia de 5-11-98, refiriéndose al lucro cesante, decía que este tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, sentencia de 10 de mayo de 1993), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, sentencia de 21 de octubre de 1987 y 28 de septiembre de 1994). El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que solo cabe incluir en ese concepto los beneficiarios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debería haber percibido; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna.

Por ello, se ha destacado la prudencia rigorista (así, sentencia de 30 de noviembre de 1993) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, mas que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir –lucro cesante- y la realidad de este, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, sentencias de 8 de julio de 1996 y 21 de octubre de 1996). Como expresa el TS en sentencia de 26-9-2002, principio básico de determinaron del lucro cesante es que se delimita por un juicio de probabilidad. A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso.

Para el pronóstico ulterior de los hechos en orden a la concreción de las ganancias frustradas ha de huirse de un criterio meramente subjetivo. A ese respecto, la Sentencia de dicho Tribunal de 8 de julio de 1996 (RJ 1996, 5662) expresa que las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en que concurre similitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida de provecho económico.

SEGUNDO.- Por cuanto antecede entendemos que la exigencia de acreditación de las ganancias dejadas de percibir no puede llevarse a extremos que constituya lo que se denomina “probatío diabólica”, que en ningún caso sería posible, debiendo ponderarse dicha exigencia con la circunstancias de cada caso, características de la actividad, disponibilidad de la prueba y criterio de normalidad probatoria en relación con todo ello.

En el supuesto que aquí contemplamos es claro que el recurrente no ha podido trabajar derivado de las lesiones sufridas en el accidente durante 88 días y ello es obvio que tiene que haber tenido la lógica repercusión económica. Por otro lado no existe razón para dudar de la realidad de lo manifestado por los testigos respecto de haber tenido que renunciar a la defensa de ciertos asuntos por su estado de salud. Es mas resulta lógico.

Pero sentado ello, entendemos que es razonable la afirmación que se hace en sentencia respecto a la variabilidad de ingresos en profesiones liberales como la del abogado, lo que conlleva que no necesariamente en 2007 hubiese debido ingresar, de no mediar el accidente, la misma cantidad que en 2006. No obstante, ello no puede excluir la procedencia de indemnizar el lucro cesante y acreditado el impedimento para el trabajo de 88 días así como haber debido renunciar a llevar varios asuntos, centrándo-



nos en los ingresos declarados en el mismo año del accidente en el que tuvo capacidad laboral durante 277 días, acudiendo al criterio de la existencia de fundadas probabilidades (SSTS 26-09-2002 y 8-7-96) entendemos que en las circunstancias de autos debe considerarse acreditado un perjuicio por este concepto de 13.009,31 € que sería lo que proporcionalmente corresponde a los 88 días no trabajados, aplicando como modulo el del ingreso-día obtenido por el apelante en los 277 que si tuvo capacidad para trabajar dicho mismo año.

Por ello deberá prosperar de esta forma el recurso en este punto.

TERCERO.- Se denuncia, finalmente, incorrecta actuación del Juzgado al no conceder la cantidad reclamada por el factor de corrección de incapacidad permanente parcial, pese a la constatación y reconocimiento de secuelas definitivas que afectaran ya siempre a su capacidad tanto para su trabajo como para otras actividades de su vida diaria por las limitaciones funcionales que tendrá para siempre.

Debemos resaltar que es criterio de este Tribunal que este factor de corrección debe ser ponderado fundamentalmente en la incidencia que las secuelas permanentes tendrán como limitación o trascendencia negativa en relación del trabajo, ocupación o actividad habitual del actor, en tanto que los restantes aspectos que resulten de aquellas ya aparecen indemnizadas por la cantidad prevista para secuelas.

No obstante ello, en este caso, la parte recurrente alega razones aceptables en lo que afecta al trabajo que en ponderación de las características y requerimientos de la actividad profesional del actor, edad y limitaciones derivadas de las secuelas, ponen de manifiesto la procedencia de esta petición.

Efectivamente, es claro que la actividad profesional de abogado también la de profesor, exige concentración mental, pasar largas horas en posición estática

frente al ordenador, en ocasiones, viajes, reuniones donde debe mantenerse la necesaria atención, todo lo que entendemos resultara afectado por las manifestaciones de las secuelas quedadas tras el accidente, que se exterioriza con mareos, vértigos, nauseas y cefaleas.

Por todo ello debemos reconocer la cantidad pedida por este factor, que se encuentra dentro del margen previsto al efecto en el baremo, y que entendemos que resulta comedido y proporcionada a la situación de autos.

En consecuencia también deberá prosperar este recurso en este punto.

CUARTO.- Estimándose de esta forma el recurso no procederá condena en costas del mismo (arts. 394 y 398 de la LEC).

Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación, este Tribunal dispone el siguiente

FALLO

1.- Que estimándose en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia numero Siete de esta ciudad, en Juicio Ordinario seguido con el nº 1268-2007debemos revocar parcialmente la misma y en su lugar condenamos a la demandada a abonar al actor la cantidad de VEINTITRES MIL SETECIENTOS VEINTE EUROS CON OCHENTA Y OCHO CENTIMOS (23.720,88 €) cantidad que se incrementa con el interés de demora del art. 20 de la LCS.

Se desestima la demanda en lo demás sin que proceda condena en costas de la 1ª Instancia.

2.- No ha lugar condena en costas del recurso.

Asi por este nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Comentario:



Mariano Medina Crespo
Abogado y Doctor en Derecho

Sobre la valoración del daño corporal para cuantificar la responsabilidad civil, la jurisprudencia –la mayor y la menor– suele proporcionar pocas alegrías técnico-justiciales. Dentro de un panorama que, no obstante, ya tiende a dejar de ser nigrísimo, la SAP de Granada (Sección 4ª) de 3 de julio de 2009, resolutoria de apelación civil 102/2009, atestigua que alguna vez se da cabal cumplimiento a la razón valorativa. Se trataba en este caso de la reclamación de indemnización por daños corporales deducida por un abogado –se trata de un muy conocido y muy querido abogado nazari– que en el mes de julio de 2006 sufrió un accidente de circulación que le causó lesiones de las que tardó en curar 119 días, de los que estuvo 88 impedido para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuela un síndrome postraumático cervical medido con 3 puntos. En su demanda, pidió como indemnización la suma básica correspondiente a las lesiones temporales y a la lesión permanente, más 17.149,68 € por el lucro cesante padecido durante el período impositivo y 2.000 € por el factor corrector de la incapacidad permanente. El Juzgado de Primera Instancia que conoció del asunto la estimó parcialmente, pues rechazó las dos últimas partidas. Para

rehusar la del lucro cesante, se atuvo al criterio restrictivo de la jurisprudencia tradicional, haciendo la sentencia un verdadero esfuerzo para demostrar que el actor no había acreditado rigurosamente los perjuicios alegados. Para denegar la aplicación del factor de la incapacidad permanente en grado de parcial, se sirvió del que denomino el “prejuicio del silencio del médico forense”: como el médico forense no había hecho referencia alguna a esa pretendido incapacidad de grado menor en el informe emitido en las actuaciones penales precedentes, hay que entender que no existe simplemente, máxime cuando no se aportó al procedimiento civil dictamen pericial alguno que acreditara su existencia. Impugnada la sentencia por el demandante, la Audiencia Provincial acogió su recurso y reconoció la pertinencia de resarcir los perjuicios de las dos partidas denegadas. Respecto del lucro cesante, la idea basilar es que, impedido el abogado demandante durante dos meses y medio para ejercer su profesión, podrá haber dificultad para precisar el quantum de su perjuicio, pero su an resulta incontestable. Siendo obvia la repercusión económica deficitaria del período impedido, la Audiencia censura que la cuantificación del perjuicio exija la práctica de una prueba diabólica y fija, con base en la do-



cumentación fiscal aportada un módulo diario de ingresos netos dejados razonablemente de percibir, reconociendo por ello al actor la suma de 13.059,31 €. En lo que refiere a la incapacidad permanente, la sentencia provincial hace explícita referencia a las actividades que, propias del ejercicio de la abogacía, resultan negativamente afectadas por la secuela padecida y reconoce al actor la suma reclamada haciendo referencia a que se trata de una cantidad “comedida” y “proporcionada” a la situación lesiva. A tal efecto, apunta a que una cosa es el resarcimiento por el estricto daño corporal y otra el resarcimiento por el perjuicio de actividad que dicho daño produce. Sin ningún alarde doctrinal, pero acudiendo a una interpretación de la regulación tabular vigente con algo tan díscolo e insólito como es el sentido común, la sentencia viene a captar que una cosa es el resarcimiento del daño corporal permanente en su dimensión estática y otra el resarcimiento de ese daño en su dimensión dinámica. Sujeto el primero al principio de parificación, se realiza con un criterio absolutamente igualitario en virtud del juego combinado de las tablas VI y III (Baremo médico y Baremo económico de las lesiones permanentes). Pero, sujeto el segundo al principio del discrimen, como segundo nivel de la individualización perjudicial, el perjuicio de las actividades del lesionado (abolición, limitación o entorpecimiento de las mismas), que no puede ser ponderado para fijar la indemni-

zación básica, tiene lugar a través del factor de la incapacidad permanente; y, cuando se está ante una microlesión que repercute negativamente en las actividades del individuo, se ha de aplicar el factor de la incapacidad permanente con un grado parcial o menor, al que corresponde una pequeña cantidad proporcionada que los jueces casi siempre suelen preterir, por no captar la significación precisa de la regulación tabular. Estamos, en definitiva, ante un caso idéntico al que me ocupó hace unos años en un Juzgado de San Vicente del Raspeig. En aquel caso, la jueza sustituta comprendió el cabal sentido del factor de la incapacidad permanente y reconoció a la lesionada una pequeña indemnización por su perjuicio de actividad; pero la Audiencia Provincial de Alicante, sumida en el prejuicio negativo del silencio del médico forense, suprimió de la indemnización reconocida aquella pequeña cantidad, con ostensible desprecio del sentido de la inmediación judicial que tanto gusta predicar. En el caso granadino, ha sucedido felizmente al revés. El Juzgado denegó la indemnización complementaria, con radical desconocimiento de la ponderabilidad del perjuicio de actividad, pero la Audiencia Provincial la ha reconocido, no cayendo en la trampa de aquel perjuicio de enjuiciamiento abdicativo. En este caso, la letrada del actor, Carmen Moreno Hita, se sabía la lección, pero ha tenido la insólita suerte de que también se la supiera el magistrado provincial.

perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes



Quizá en la distorsión de perspectiva que ocasiona la situación actual de imputados e imputaciones en Las Islas Baleares, la sentencia de 6 de mayo de 2005 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas consideraba que la imputación de corrupción es una expresión coloquial que no vulnera el honor –en concreto de un secretario del Ayuntamiento y abogado ejerciente-. Dicha sentencia es casada por la nº 615/09, de 24 de septiembre de la Sala 1ª del Tribunal Supremo:

“SEGUNDO.- La oposición de esta Sala frente a la serie de afirmaciones, opiniones y comentarios que se hacen respecto a una persona que es funcionario público y abogado en ejercicio, en relación a la segunda de las cuestiones que se discuten atinente a la conceptualización de “corrupción” y de “persona corrupta” es clara.

Se trata de unos juicios de valor –libertad de expresión- que se basan en información –derecho a información veraz- la cual no se suministra. Es decir, se califica a dicha persona de corrupta, en el dossier de CORRUPCION y se le aplica la afirmación de que mantiene “una actitud corrupta”, sin que se informe sobre casos concretos en que se pueda basar esta acusación de corrupción. Lo cual implica que el interesado no puede defenderse probando la inveracidad de los casos de co-

rrupción que se imputan, sino que se descalifica, atribuyendo en carpeta, en artículos y en declaraciones, una “actitud corrupta” y no cabe pensar que es una simple expresión coloquial, sino, a la vista del contexto subjetivo (persona imputada) y objetivo (revistas y prensa) es, exactamente, una manifestación de juicios de calor a través de expresiones que han lesionado la dignidad del demandante y han menoscabado su buena fama y atentando contra su propia estimación, lo cual coincide exactamente con la consideración de intromisión ilegítima en el derecho al honor, tal como la define la Ley Organiza 1/1982, 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Y no cabe pretender el abrigo de la libertad de expresión, pues ésta no ampara el derecho al insulto o a la descalificación personal, ni del dere-



cho a información veraz, pues no se ha suministrado concretas informaciones que pudieran ser combatidas, sino que se ha atribuido una serie de

conductas que rozan el tipo delictivo sin prueba alguna y que no pueden menos de ser consideradas como atentatorias al derecho al honor”.



Sirva la sentencia número 40/09, de 17 de junio de la Sección 3ª de la Audiencia Nacional, de “botón de muestra” del sosiego con el que una concejala del PP puede vivir en un día festivo cualquiera en el País Vasco, lo que es –o no– amenaza, y –finalmente– la diferente noción que la Audiencia Nacional posee del daño moral, comparada con el ámbito circulatorio.

“Se declara probado que, sobre las 12:15 horas del día 10 de agosto de 2008, con ocasión de las fiestas que se celebraban en la localidad de Algorta, del municipio de Getxo (Vizcaya), en la Plaza Biotz Alai el acusado Bruno –cuyas circunstancias constan en el encabezamiento de la presente resolución-, percatado de la presencia en el precitado lugar de Dª Estefanía, concejal y portavoz del Partido Popular en el Ayuntamiento de Getxo, se aproximó a la misma –a quien, siendo convecino, conocía con anterioridad en ambas precitadas calidades- y dirigiéndose a ella, simultáneamente a la acción de señalar o apuntar con un dedo, profirió la expresión: antes de cinco años te vamos a matar.

El acusado conocía como funcionaria pública por razón de su calidad de concejal y como afiliada al Partido Popular, apuntando o señalando a la misma con un dedo para desvanecer toda duda acerca del destino de la amenaza, inequívocidad tanto más patente cuanto el acusado conocía con anterioridad y sobradamente a la Sra. Estefanía ya que fue condenado en calidad de autor de un delito de injurias proferidas contra aquélla, utilizando las expresiones “chula”, “hija de puta” y “tu no te vas a escapar”, en Sentencia de 26 de abril, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Bilbao.

Las amenazas proferidas como las que nos ocupan, no pueden calificarse de incorrectas, pues la expresión “en cinco años te vamos a matar” no plantea problemas etimológicos ni de hermenéutica, pues se trata de un palmario anuncio de muerte que ejerce influencia lógica, psicológica y racional para el común de las personas en función de la concreción del mal amenazado, siendo lo suficientemente explícita.

En conclusión, el comportamiento amenazante se lleva a cabo en un acto festivo público organizado por el Ayuntamiento, constituye fuera de toda duda injerencia inadmisibles en los derechos personalísimos del sujeto pasivo a la par que en el respeto a la función pública. Nos encontramos ante una amenaza exente de toda frivolidad o ligereza por ser de muerte y por ser un más grave trasunto del “tú no te vas a escapar” objeto de precedente condena del acusado antes mencionada.

Dada la naturaleza de la acción delictiva que nos ocupa, la indemnización no puede obedecer a otra causa que a los daños morales producidos a las víctimas, siendo evidente la imposibilidad de disponer de una prueba directa que permita cuantificar con criterios económicos la indemnización precedente, por tratarse de magnitudes diversas y

no homologables, de tal modo que, en tales casos, poco más podrán hacer destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa sociales de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos, y por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones. (Vid., Por todas, las STS de 12 de mayo de 2000 y 17 de marzo de 2004).

Por otra parte, los daños morales no necesitan probanza alguna cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos, ni tan siquiera es preciso que los mismos tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas.

En fin, considera, la Sala que la zozobra, la inquietud, la perturbación de ánimo y el temor

que el acusado ha determinado en la víctima por la amenaza de muerte proferida contra ella, es daño moral que debe ser reparado mediante una compensación económica, aun aceptando el mencionado relativismo con que han de valorarse pecuniariamente los daños que inciden en la esfera del ánimo o del espíritu, toda vez que se daño moral se proyecta, dentro del libre arbitrio judicial, en el "quantum" que significa la evaluación de unos daños indirectamente económicos porque no tiene una repercusión inmediata de esa naturaleza al no trascender a la esfera patrimonial propiamente dicha, estimándose procedente a tal finalidad resarcitoria el pago por el acusado a la Sra. Estefanía de la cantidad de seis mil euros, que es la interesada por el Partido Popular en su escrito acusatorio."



¿Según la Sala 2ª del Tribunal Supremo, dos menores, que padecen alteraciones psicopatológicas derivadas de trastorno de estrés postraumático, precisando de tratamiento psicológico siendo después derivados al Servicio Ambulatorio de atención psico educativa para víctimas de violencia de Género ,por haber observado como el acusado, esgrimiendo un cuchillo tiró a su madre sobre la cama comenzando a asestarle puñaladas, acudiendo uno de ellos al oír los gritos de su madre deteniendo a su padre, momento en que aquella aprovechó para encerrarse en el cuarto de baño, intentando entonces el acusado abrir la puerta con un cuchillo y procediendo seguidamente autolesionarse clavándoselo en diversas partes del cuerpo, son víctimas del delito de lesiones psíquicas?

"...indebida inaplicación del Art. 147.1 del Código Penal, al sostener la Acusación la presencia de dos delitos de lesiones psíquicas en la persona de los referidos menores que parcialmente presenciaron los graves hechos cometidos por Jon contra la persona de su madre y abuela, respectivamente,

que según los informes periciales sufrieron, como consecuencia de ellos, ciertos trastornos psicológicos.

..., lo cierto es que la narración fáctica no incorpora uno de los elementos de carácter



objetivo integrantes del ilícito descrito en el precepto cuya aplicación se pretende cual es el de que "...la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico".

Cuando como es sobradamente conocido, la Jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que no es posible asimilar el "tratamiento médico o quirúrgico", exigido por el tipo penal, con el tratamiento psicológico que aquí ha precisado (Ss Ts de 5 de mayo de 2003 y 28 de febrero de 2005, entre otras)".



¿Qué pudo decidir el auto 184/09, de 15 de junio de 2009 del Pleno del Tribunal Constitucional acerca de un recurso de omisión de pronunciamiento sobre las costas del incidente que, al prosperar este, se impusieron al Letrado, cuyos honorarios se redujeron, desde los 13.637,88 € iniciales, los 11.841,28 € parcialmente allanados, y no a los 750 € más el IVA informados por el Colegio de Abogados de Lleida, sino 1.407,12 €, basado en que "el Abogado en cuestión se allanó de forma parcial ante la impugnación de sus propias costas" y porque "el Art. 246.3 in fine LEC, en cuanto prevé la imposición de costas de forma directa al Abogado es una norma vergonzosa, extravagante e inconstitucional, por cuanto el Abogado que suscribe, simplemente no litiga de forma personal en el proceso, de forma que la jurisdicción no debe aplicar un precepto famoso precisamente por su inconstitucionalidad". Lastima que no pueda obtenerse solución mediante la doctrina de la pérdida de oportunidad, pues sería interesante conocer el criterio, y quizá se hubiese exonerado al compañero.

"la representación procesal de la demandada instó incidente de tasación de costas, aportando minuta de honorarios profesionales del Abogado, que ascendía a 13.637,88 €, ...la mercantil S.A., la impugnó El Abogado cuya minuta se controvertía formuló alegaciones que incluían el allanamiento parcial por la cantidad de 11.841,28 € IVA incluido.

...se interesó del Colegio de Abogados de Lleida la emisión de informe que concluía que "el importe correcto ha de ser de 750 € más el IVA correspondiente el Juzgado de Primera Instancia

de Lleida aprobó la tasación de costas por importe de 1407,12 €.

...la representación procesal de S. A., formuló recurso de omisión de pronunciamiento sobre las costas del incidente que, en su opinión, habían de imponerse al Letrado cuyos honorarios se redujeron. A ello se opuso la representación procesal de la demandada porque "el Abogado en cuestión se allanó de forma parcial ante la impugnación de sus propias costas" y porque "el art. 246.3 in fine LEC, en cuanto prevé la imposición de costas de forma directa al Abogado es una norma vergonzosa, ex-

travagante e inconstitucional, por cuanto el Abogado que suscribe, simplemente no litiga de forma personal en el proceso, de forma que la jurisdicción no debe aplicar un precepto famoso precisamente por su inconstitucionalidad".

f) Por Auto se acogió la pretensión ejercitada por la representación de, S.A., acordándose que la parte dispositiva del Auto se completara con la frase "con condena del Letrado cuyos honorarios se consideraron excesivos al pago de las costas del presente procedimiento de tasación".

En la parte argumentativa del Auto afirma el titular del órgano judicial que "no cabe ... sino dar la razón al Letrado de la parte actora, sin perjuicio de que el de la demandada pueda argumentar detalladamente las razones en que basa la inconstitucionalidad que cree apreciar en el precepto de alusión, solicitando de este Juzgador que promueva la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, caso de que la estime suficientemente fundada".

g) Por escrito de 4 de diciembre de 2008 la representación procesal de S.A.T., señaló que "a la vista del elegante ofrecimiento del Juzgado, el Abogado que suscribe, le solicita en nombre propio, que promueva cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del art. 246.3.2 LEC, en cuanto prevé la condena en costas contra el Abogado o Perito cuyos honorarios se hubieran considerado excesivos".. Al escrito se acompaña copia de un artículo doctrinal para el supuesto de que desee "el Juzgador atender a otros argumentos".

...don J C T, actuando, según expresaba, en al legitimación que le confería su condición de "Abogado condenado en costas en el incidente de impugnación de costas por excesivas", se dirigió nuevamente al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Lleida interesando "la apertura del proceso constitucional ante el Tribunal Constitucional, a te-

nor del procedimiento de los arts. 35 y ss. LOTC; y en concreto:

Tercero. En mi doble condición de Abogado, instante de la cuestión de inconstitucionalidad, y de profesor asociado de derecho procesal de la Universitat de Lleida, intereso que se me conceda emplazamiento ante el Tribunal Constitucional, a los efectos de personarme en calidad procesal de coadyuvante, en el futuro proceso constitucional (art. 81 en relación al 47 LOTC), en apoyo del éxito de la derogación de la norma inconstitucional en cuestión."

...el titular del órgano judicial promotor de la cuestión entiende que el precepto legal controvertido vulnera los arts. 14 y 24.1 CE. Se apunta, igualmente, que el precepto "podría ser asimismo contrario al principio de legalidad sancionadora", si bien se añade que "dado ... que se trata de una mera eventualidad que no puede afirmarse a priori, este Juzgador se remite, para el supuesto de que la misma resulte correcta, a los razonamientos que formula el procesalista don Francisco Ramos Méndez en el artículo que el Letrado solicitante de la promoción de la presente cuestión de inconstitucionalidad, acompaña a su escrito".

...dedujo recurso de omisión de pronunciamiento que fue resuelto sin acordarse la promoción de planteamiento de cuestión alguna de inconstitucionalidad. Ciertamente es que de manera inconsecuente, en el Auto de 25 de noviembre de 2008, el titular del órgano judicial se lamentaba de que no podía apreciar de oficio la inconstitucionalidad del precepto ahora cuestionado y "de manera no menos incongruente animaba a que el letrado de la demandada pudiera argumentar la inconstitucionalidad del precepto solicitando del Juzgado la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad", pese a que el Juzgado ya no era competente al haber decidido sobre el fondo de la cuestión.



La presente cuestión de inconstitucionalidad se eleva después de que el órgano judicial haya resuelto definitivamente el incidente aplicando el mismo precepto sobre cuya constitucionalidad ahora dice albergar dudas fundadas.

...debemos recordar que la cuestión de inconstitucionalidad presenta en nuestro ordenamiento jurídico carácter prejudicial en la medida en que la cuestión de inconstitucionalidad tiene como finalidad la de suspender el procedimiento y esperar a la respuesta de este Tribunal para la aplicación de la norma, en el presente caso el órgano judicial ya

la habría aplicado, con lo que carecería de sentido la duda que posteriormente le surge".

Sucede, sin embargo, que tanto la apertura de esa audiencia como la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad han tenido lugar al margen del proceso, en este caso incidental, que ya había concluido... de suerte que la eventual estimación de la cuestión de inconstitucionalidad ningún efecto podría tener sobre unas resoluciones judiciales que ya aplicaron el precepto legal sobre cuya constitucionalidad manifiesta dudas sobrevenidas el titular del órgano judicial promotor de la cuestión".



Abre una “vía de escape” la sentencia número 194/09, del 28 de septiembre de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional, frente a lo afirmado por el Juzgado “ por aplicación de la doctrina contenida en la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, con fecha 19 de enero de 2005 la acción ejercitada de responsabilidad patrimonial frente a una Corporación de Derecho público, como es el Sindicato de Regantes en éste caso, se ha de resolver en todo caso ante la jurisdicción contenciosa, y en lo que al plazo de prescripción de un año se refiere, éste ha de tener en cuenta y se ha de aplicar con independencia de la formulación inicial de la pretensión ante la jurisdicción en este caso civil, en el momento que era constante y clara la jurisprudencia en orden a la competencia objetiva para la resolución del asunto” (fundamento de derecho tercero), citándose a esos efectos los Autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 7 de julio y 17 de octubre de 1994”.

“...La interpretación realizada por el órgano judicial sobre que el plazo de prescripción no cabe interrumpirse en los supuestos en que sea manifiesta la falta de diligencia de la parte por ser evidente la incompetencia del orden jurisdiccional al que se dirija la primera reclamación no puede calificarse de arbitraria ni de irrazonable. Sin embargo, resulta excesivamente rigorista la aplicación de esta doctrina al presente caso, toda vez que no puede afirmarse que la cuestión de la competencia de los órdenes jurisdiccionales para resolver este tipo de reclamaciones fuera una cuestión incontrovertida.

En efecto, el propio devenir de las actuaciones judiciales pone de manifiesto que, al menos en el momento en que se interpuso la demanda civil, la cuestión sobre el órgano judicial competente no era tan clara como para deducir de ello una falta de diligencia de la parte merecedora de que se excluya la posibilidad de considerar que el plazo de prescripción quedó interrumpido. Así, cuando el 20 de diciembre de 2001 el recurrente en amparo interpuso demanda ante el orden ju-

risdiccional civil, argumentando que la naturaleza del acto dañoso determinaba la competencia de dicha jurisdicción para conocer de su reclamación, esa apreciación fue ratificada ..., la Audiencia Provincial de Navarra... la Sentencia de 22 de abril de 2004 que la cuestión de la competencia de la jurisdicción civil en este caso es una "cuestión jurídica compleja

...al recurrente no se le puede reprochar que acudiera ante un órgano judicial cuya incompetencia conocía de antemano, tampoco que actuara con una conducta negligente o contraria a la lealtad procesal, hiciera un uso fraudulento del proceso o desconociera las indicaciones que se le hubieran hecho por la Administración o por algún órgano judicial sobre cuál era la vía jurisdiccional adecuada. De modo que, en este contexto, sancionar su conducta con la inadmisión de su recurso resulta excesivamente rigorista y contrario al principio pro actione”.





Interesante, la visión del aspecto indemnizatorio sustentada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en sentencia nº 1391/08, de 22 de septiembre:

“El culpable de un hecho delictivo debe indemnizar a la víctima en los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta delictiva, incluyendo los llamados daños morales. Para fijar la cuantía deben tenerse en cuenta la naturaleza y la entidad de aquellos, sin que sea un criterio determinante la situación patrimonial del responsable civil, pues la entidad del daño o perjuicio efectivamente causado depende de los efectos de la conducta y no de la fortuna del autor. De otro lado, en anteriores sentencias hemos señalado

que, en principio y con carácter general, no existe ninguna razón para que los daños causados dolosamente sean indemnizados en menor cuantía que los causados por imprudencia causada en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, de manera que el baremo para la indemnización de daños personales en esta clase de supuestos es orientativo para los delitos dolosos, aunque el Tribunal pueda modificar la indemnización resultante de su aplicación en función de las circunstancias, siempre de forma motivada.”



¿Qué puede ser delito contra la integridad Moral? Lo ejemplifica la Sentencia nº 9/0/09 de 5 de septiembre:

“Delitos contra la integridad moral, con una finalidad ejemplificadora en la definición del maltrato degradante, la STEDH 18-1-78, reprobó como degradante cinco técnicas utilizadas por las fuerzas y cuerpos de seguridad, como mantener encapuchados a los detenidos, situarles frente a una pared durante horas, someterles a ruidos monótonos y continuos, no consentirles dormir, privarles de alimentos o agua, restringirles la dieta. Añadiremos por nuestra parte otras conductas que pudieran ser integradas en el trato degradante causante de la perturbación de la integridad mo-

ral, como la realización de «novatadas» y, en general, las conductas susceptibles de producir en las víctimas «sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral» [SSTS 819/2002, de 8 de mayo, y de 29-9-1998] y en este sentido hemos recogido como atentatorios a la integridad moral conductas, como desnudar a un detenido y obligarle a realizar flexiones, etc. Comportamientos que exceden de la necesidad de la detención con una finalidad envilecedora.”



Recogida en la Sentencia 508/09 de 15 de julio de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, hallaremos, la evolución del criterio jurisprudencial sobre imposición de intereses desde el principio in illiquidis non fit mora hasta el actual criterio que atiende al canon de razonabilidad de la pretensión y de la oposición, y conducta de la parte demandada:

“El artículo 1100 se refiere a la mora, cuya incidencia supone el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación y produce el efecto, en virtud del artículo 1101 del Código Civil, de que el deudor queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, la cual, si consiste en una obligación de pago de una cantidad de dinero, se plasmará, con carácter general, salvo pacto en contrario, en el abono de los intereses convenidos o, subsidiariamente, de los legales, conforme al artículo 1.108.

El artículo 1.108 se ocupa de la obligación accesorio del pago de intereses derivada del cumplimiento tardío y culpable de una obligación, cuando ésta consista en el pago de una cantidad de dinero.

Esta Sala tiene declarado, en sentencia de 16 de noviembre de 2007, lo siguiente: «Ciertamente, durante mucho tiempo, la doctrina jurisprudencial, a través de la exigencia de liquidez y con apoyo en el principio, en realidad regla o aforismo, de in illiquidis non fit mora, sin base histórica ni de derecho positivo, vino manteniendo un criterio muy riguroso al requerir, prácticamente y de modo general, coincidencia de la suma concedida con la suplicada para que pudiera condenarse al pago de los intereses legales desde la interpelación judicial. La exigencia fue atenuada a partir de la sentencia de 5 de marzo de 1992, seguida por las de 17 y 18 de febrero y 21 de marzo de 1994; 19 de julio, 20 de julio, 9 y 30 de diciembre de 1995, y otras muchas posteriores, que sustituye la coincidencia matemática por la «sustancial», de modo que una diferencia no desproporcionada de lo concedido con lo pedido no resul-



ta obstáculo al otorgamiento de intereses. A partir del Acuerdo de esta Sala 1ª de 20 de diciembre de 2005 se consolida una nueva orientación, que se plasma en sentencias, entre otras, de de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio y 2 de julio de 2007, que, prescindiendo del alcance dado a la regla «in illiquidis non fit mora», atiende al canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia para condenar o no al pago de intereses y concreción del «dies a quo» del devengo. Este moderno criterio, que da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva de la tutela judicial toma como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y además circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado”.



De excepcional cabe calificar la Sentencia de 29 de Septiembre de 2005, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo enjuiciando un supuesto delito de estafa de seguro en el que en el curso de poco más de tres años se producen cuatro accidentes de tráfico en los que se ven involucrados las mismas personas, unidas por lazos de parentesco o sentimentales, con ligeras diferencias: los esposos Carlos y María Rosario en todos ellos, Cecilia hija de la segunda en tres de ellos, su hermana Francisca y Ángel Jesús compañero sentimental de la citada Cecilia en dos de ellos y José Carlos, esposo de Francisca, en una de ellas; constatada la realidad de un acuerdo de voluntades entre los distintos partícipes para fabricar una serie de accidentes de circulación para obtener un beneficio patrimonial de las entidades aseguradoras que cubrían las responsabilidades civiles derivadas de accidentes reales y no fingidos:

“Alega el recurrente que el procedimiento en el que se dictó la sentencia condenatoria impugnada, se inició por denuncia formulada por la entidad aseguradora, Banco Vitalicio de España, S.A., quién tuvo conocimiento de la existencia de los accidentes de 27 de septiembre de 1994, 29 de septiembre de 1995 y 13 de octubre de 1995, en los que no figuraba como aseguradora de ninguno de los intervinientes en ellos, por la obtención subrepticia e ilícita por los detectives por ella contratados de información relativa a la salud informes médicos de asistencia de los condenados por esos accidentes, sin permiso de éstos, habilitación legal o autorización judicial. Y de este conocimiento ilícito derivó la obtención del resto de documentación aportada con la denuncia tras serle cedida, también de forma ilícita, por parte de las otras entidades aseguradoras. Por tanto, añade el primer conocimiento de la concurrencia del resto de los accidentes la obtuvo la entidad denunciante, Banco Vitalicio de España, S.A., a través de los datos e informes médicos proporcionados por los detectives por ella contratados, que los obtuvieron vulnerando el derecho a la intimidad de mis representados. Por tal motivo esta obtención está viciada de ilicitud,

conforme dispone el artículo 11 de la L.O.P.J., ilicitud que se proyectará respecto de todas aquellas otras pruebas obtenidas de forma directa o indirecta a raíz del conocimiento ilícito de los datos e informes médicos relativos al resto de los accidentes de 27 de septiembre de 1994, 29 de septiembre de 1995 y 13 de octubre de 1995.

Así, los datos obtenidos por Banco Vitalicio de España, S.A. de las compañías aseguradoras afectadas por tales accidentes, vienen también viciados de nulidad y constituyen prueba ilícita, por haber sido obtenidos a razón de unas informaciones previas obtenidas de los detectives con vulneración de derechos fundamentales.

A dicha argumentación cabe oponer las siguientes consideraciones: la sentencia condenatoria que se recurre no se fundamenta en la denuncia y documentos que la acompañan, sino en una actividad probatoria practicada con todas las garantías en el seno del proceso, incoado a partir de aquélla, bajo la dirección y control jurisdiccional de la Autoridad judicial que lo tramitó, con cuya supervisión se incorporaron a las actuaciones numerosos testi-



monios de particulares de distintos procedimientos judiciales tramitados como consecuencia de los supuestos accidentes acaecidos que dieron lugar a distintos juicios de faltas de lesiones por imprudencia y, junto a dichos elementos probatorios, las testificales y la demás documental de aquellos testimonios de particulares y de los datos que contenían referentes, entre otras materias, a lesiones, diagnósticos clínicos, tratamientos médicos, etc., cuyas características de privacidad deben considerarse desaparecidas desde el momento en que tales datos figuran en unos procesos penales que tienen la condición de públicos por disposición constitucional y, por tanto, accesibles no sólo a las partes procesales sino al cuerpo social en general,

La sentencia expulsa del material probatorio el informe de los detectives practicados con anterioridad a la formulación de la denuncia que encabeza las actuaciones, una vez que las partes acusadoras, conscientes acaso de que los datos y elementos allí contenidos se han conseguido sin la cobertura de legitimidad que otorga la supervisión y control judicial a que nos referíamos anteriormente renunciaron a dicha prueba, y, desde luego, no puede sostenerse que la denuncia por la que se incoó el proceso no hubiera podido ser admitida a trámite sin la presencia de los datos que aquel informe detectivesco aportaba, como parece sugerir el motivo.

El motivo insiste una y otra vez en que el origen del conocimiento de los otros accidentes por la entidad Banco Vitalicio –denunciante– se encontraba viciada de nulidad por haber vulnerado el derecho a la intimidad de los acusados, afirmando que, en tal caso, resulta de aplicación el art. 11.1 L.O.P.J. Sin embargo, lo que este precepto sanciona es la nulidad de las pruebas obtenidas directa o indirectamente con vulneración de los derechos fundamentales, y son esas pruebas viciadas las que constituyen el objeto de la norma, no los medios por los que, en este caso, el adquiere el conocimiento de

hechos y conductas presuntamente delictivas. En la obtención de ese conocimiento, el denunciante podrá haber incurrido en irregularidad, ilegalidad o ilicitud, pero ello quedará extramuros del art. 11 L.O.P.J. invocado, que limita sus efectos a las pruebas acreditativas de los delitos y sus circunstancias, de suerte que si la actividad probatoria se ha desarrollado en el seno de un procedimiento judicial dirigido y controlado por el Juez y las pruebas se han practicado en tal contexto procedimental con arreglo y observancia de las prescripciones constitucionales y de legalidad ordinaria esas pruebas que fundamentan legalmente la certeza judicial de la realidad del hecho y la culpabilidad del acusado son perfectamente válidas y valorables.

El Ministerio Fiscal se opone a la estimación del motivo, señalando que es doctrina consolidada de esa Excm. Sala Sta. De 14 de septiembre de 2001 y las que cita, que la queja de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede ser estimada, cuando quien la alega haya venido precedido de la necesaria actividad encaminada a solicitar la supresión de las dilaciones o el cese de la paralización procesal para conseguir la más rápida conclusión del proceso, en virtud del deber de colaboración que le incumbe a la parte y que nada de esto ha ocurrido, limitándose el recurrente a denunciar las dilaciones indebidas en el trámite del artículo 793.2 vigente al momento del juicio y en esta fase casacional.

Esta alegación no puede ser compartida, pues la STS de 19 de septiembre de 2002, declaraba que, ciertamente, dado el carácter de derecho individual del derecho corresponde, por lo tanto, a las partes del proceso exigir su cumplimiento. Así se decidió en el Pleno de esta Sala del 21-5-1999, criterio que debe admitir excepciones por cuanto no puede obligarse al imputado a rehusar a la prescripción. En tales casos no es posible poner a su cargo la obligación de interrumpir activamente el plazo de prescripción que corre a su favor, cuando



la paralización de la causa alcanza un tiempo considerable y es consecuencia de una inactividad judicial procesalmente no justificada. Dicho con otras palabras: el acusado en un proceso penal no está obligado a renunciar a la posible prescripción del

delito para hacer valer su derecho no ser juzgado sin dilaciones indebidas, dado que la Constitución no condiciona el derecho fundamental a tal renuncia [STS 2036/2001] véanse también SS.T.S. de 23 de septiembre de 2002 y 23 de mayo de 2003”.



Fundamental, la Sentencia nº 1327/09 de 18 de junio de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que declara la nulidad o ilegalidad del nuevo cuadro de clases de infracciones a la normativa de de circulación vial, e importe de las sanciones que han de corresponderse con estas, e infracciones denunciadas en las vías preferentes (en desarrollo de la conocida como “ordenanza para la movilidad”) del Ayuntamiento de Madrid:

“En relación a esta materia el Tribunal Supremo ha indicado en la Sentencia de 29 de mayo de 2000 que esta Sala considera que la ordenación del tráfico urbano adquiere en nuestros días una nueva y relevante dimensión pública. Puede afirmarse sin exageración que su correcta regulación influye no sólo en la libre circulación de vehículos y personas sino incluso también en el efectivo ejercicio de otros derechos como el de acceso al puesto de trabajo, el disfrute de servicios tan imprescindibles como los sanitarios, educativos, culturales etc., sin excluir desde luego su conexión con la protección del medio ambiente y la defensa del Patrimonio Artístico, amenazados uno y otro por agresiones con origen en dicho tráfico. La calidad de la vida en la ciudad tiene mucho que ver con el acertado ejercicio y la adecuada aplicación de cuantas técnicas jurídicas –normativas, de organización de los servicios públicos, de gestión del demanio público, etc.– están a disposición de las Administraciones Públicas competentes en la materia. La disponibilidad de espacios físicos en zonas de dominio público para el estacionamiento de vehículos, su ocupación temporal de un modo limitado y rotativo, de manera que sea posible su reparto entre los eventuales usuarios a las diferentes horas del día, forma parte de ese conjunto de medidas que sirven para paliar los aspectos negativos de una realidad social –la del incremento constante de vehículos que circulan por las ciudades que afecta a intereses

que, por ser de todos, adquieran la condición de intereses colectivos.

La Ordenanza de Movilidad para la Ciudad de Madrid fecha 26 de septiembre de 2005 dispone: art. 109, La cuantía de la multa será fijada por el alcalde o el órgano en que delegue mediante la aprobación de un cuadro de claves de infracciones e importe de sanciones según las tipificaciones establecidas en el texto articulado de la Ley de Tráfico y en el Reglamento General de Circulación.

Del examen de la disposición impugnada se desprende claramente que se infringe el principio de jerarquía normativa, pues establece una cuantía fija para cada tipo de infracción sin tener en cuenta que la ley establece un margen o recorrido de la sanción, a modo de ejemplo para las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 90 euros, lo que implica que pueden ser sancionadas con una multa inferior a los 90 euros que de modo general establece la norma que es en el concreto acto de imposición de la sanción cuando de manera motivada se debe elegir la concreta sanción a imponer teniendo en consideración todos los elementos del caso, y no puede de manera a priorística determinarse el importe de la sanción”.





Es conocido y notorio que en el parecer de numerosos órganos judiciales que los informes médicos oficiales son más imparciales, así sucede en la Sentencia de 9/6/09 de 29 de junio de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, Sección 1ª:

“En el presente caso nos encontramos ante dos pruebas de igual naturaleza, la de la actora y la del médico propuesto por el Ayuntamiento y debe estarse a dicho informe y no al acompañado a la demanda, por preferirse la presumible mayor

imparcialidad al informe médico pericial emitido por el Dr. Manuel de acuerdo a la documental existente en autos, y sin la posibilidad de examinar a la actora a pesar de haber sido requerida para ello y negado”.



O en la Sentencia nº 332/04, de 29 de junio de la Sección 3ª:

“No sin recordar además las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1995 y la de 11 de diciembre de 1996 que entre otras muchas, destacan el carácter prevalente de los dictámenes emitidos por Tribunales Médicos oficiales en la apreciación de la prueba, dada la presunción de imparcialidad y veracidad de que gozan, sobre todo en los casos, en que no se aportan informes particulares que puedan desdecir o contradecir lo que en aquellos consta. En la segunda de dichas sentencias se viene a declarar que en caso de disparidad debe prevalecer el criterio de los servicios técnico- facultativos de la Administración en tanto no se aporten elementos de juicio concluyentes que desvirtúen la certeza de aquel dictamen oficial. Tal prevalencia tiene su lógica si tenemos en cuenta que se trata de órganos periciales especializados que centran sus informes en la relevancia funcional

del proceso patológico diagnosticado con conocimiento de las misiones laborales específicas a desempeñar por el funcionario en cuestión”.



entrevista a...



Mariano Medina Crespo



por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

En esta ocasión dedicamos el apartado de la entrevista al Presidente de nuestra Asociación, don Mariano Medina Crespo, y ello con ocasión del décimo aniversario de la fundación de la misma, aprovechando este momento para hacer resumen de la actividad llevada por la misma, así como para conocer cuáles serán los objetivos y propósitos de la misma en los próximos años. Como todos ya sabemos, Mariano Medina Crespo tiene un extenso curriculum, siendo destacable su labor como autor en materia de la valoración del daño corporal, siendo su obra el instrumento indispensable para el trabajo diario de quienes nos dedicamos a este campo del derecho. Además, su intervención como ponente asegura el éxito en todo congreso o conferencia donde acude, aportando una visión práctica y profundamente fundada de la materia sobre la que expone.



Se cumple el décimo aniversario de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro que usted preside, ¿qué balance podría hacer de este tiempo de andadura?

Hemos constituido una Asociación abierta en la que caben todos los juristas preocupados por el Derecho de la Responsabilidad Civil y por el Derecho de Seguros. Nació con un ímpetu extraordinario, éste se ha mantenido y ha cuajado por completo en un país donde la sociedad civil tiende, cada vez más, a contar con menos manifestaciones.

En cuanto a labor de difusión del Derecho de daños y Seguro, ¿ha cumplido la Asociación con sus objetivos?

No podemos darnos por satisfechos porque los objetivos tienen que ser cada vez más ambiciosos. Al cabo de una década, estamos satisfechos de las actividades desplegadas, pero es preciso trazarnos nuevos retos con realismo.

Los Congresos que anualmente organiza la Asociación, podemos decir que han venido siendo la principal actividad formativa de la misma ¿qué objetivos se han cumplido con la celebración de los mismos?

La celebración del Congreso Nacional anual constituye la actividad más emblemática de la Asociación y se ha erigido en un signo de identidad. Aquí, tenemos que estar particularmente orgullosos por el apoyo de los asociados y por el apoyo material de los distintos patrocinadores; y hay que reconocer que los nueve Congresos celebrados (Granada, Granada, Salamanca, Pontevedra, Pamplona, Cáceres, Úbeda, Santander y Almería) han constituido, sin excepción, un completo éxito en todas sus dimensiones, desde la estrictamente científica y práctica a la lúdica, que es también muy importante. Pero, sobre todo, los Congresos



Mariano Medina Crespo, junto a los hermanos López García de la Serrana, en

han permitido el fomento de la amistad entre compañeros, hasta el punto que el vernos cada año, aunque sea durante unas horas, constituye uno de los acicates más importantes para su asistencia.

Pasando a analizar ahora la evolución del sistema de valoración del daño corporal durante estos años ¿cuáles han sido los cambios más importantes experimentados por el mismo?



en el Congreso Nacional celebrado en Almería.

No voy a entrar en el detalle de las modificaciones puntuales de que el sistema ha sido objeto en estos años. Lo importante del sistema es que su implantación supuso pasar de la pura judicialidad valorativa a la legalidad valorativa. Pero lo criticable es que su concreto funcionamiento ha dado lugar a que se haya pasado de la comodidad de la falta de regla a la comodidad de la regla que funciona, en gran medida, como si se sustrajera a los cánones de la interpretación e integración, desconociéndose la finalidad de la misma.

¿Qué cambios considera necesarios aún por hacer en el sistema de valoración daño corporal en España?

Los cambios a introducir, ya muy urgentes y necesarios, son muchos. El primero es recoger que la indemnidad de la víctima no constituye una proclama literaria, sino la finalidad que verdaderamente tiene que asegurar el sistema. El segundo es que debe llevarse a sus últimas consecuencias el principio institucional de la



vertebración perjudicial, en sus diversos niveles. Sobre este marco normativo básico, la principal reforma ha de consistir en regular sensatamente la reparación del lucro cesante causado por la muerte y por la lesión permanente laboralmente impositiva, poniendo término a la situación que se padece en la actualidad que, fruto lamentable de una larga tradición, es, dicho plásticamente, confiscatoria.

En materia de responsabilidad civil, donde parece que vuelve a replantearse la existencia de la culpa como elemento esencial o determinante para la existencia de aquella, ¿qué postura está adoptando actualmente la Jurisprudencia?

En mi opinión, y esto requeriría bastantes matizaciones, la no aceptación de que el riesgo específico constituye un título general de atribución de la responsabilidad civil extracontractual, que tiene que convivir coordinadamente con el de la culpa, con acotación de los respectivos campos de actuación, ha dado lugar a que la jurisprudencia se haya desenvuelto en estos años con trazos inseguros e incoherentes. Hoy día, sin haberse cogido el toro por los cuernos, pienso que se está viviendo un fenómeno de reacción pendular, pues, frente a los abusos jurisprudenciales en que se incurrió durante los últimos quince años del pasado siglo, se está rescatando la significación atributiva de la culpa, aunque con el peligro de invadir campos en los que no tendría que ser señorial.

Por último, desde nuestra Asociación ¿cómo se puede participar en las reformas normativas que afectan al ámbito del derecho en el que la misma está especializada?

Nuestro Congreso Nacional, los Congresos y Jornadas de ámbito territorial menor, la participación de la Asociación en Jornadas y Encuentros

organizados por otras instituciones, constituyen el marco adecuado en donde quedan reflejadas las preocupaciones de los juristas especializados en responsabilidad civil y seguro y, a través de ellas, se han venido poniendo en estos años sobre el tapete las reformas que deben realizarse. Por otra parte, la Asociación está atenta a las modificaciones legales que se introducen en esta materia, desde las diversas ópticas, para que se perfeccionen los sectores del Derecho sobre los que se despliegan nuestras actividades profesionales. En este sentido, la publicación trimestral de la Revista de la Asociación, que es verdaderamente excelente, constituye un escaparate en el que se reflejan las novedades que afectan a nuestra materia, con la expresión de distintos puntos de vista.

Ya que fundamentalmente me he referido en esta entrevista a la Asociación, no puedo dejar de resaltar que cuenta con dos auténticas joyas: el libro de las ponencias presentadas en cada Congreso Nacional y la Revista trimestral. La nota distintiva de nuestro Congreso es que se entrega en él a los asistentes el libro de ponencias, hasta el punto de que es requisito absolutamente imprescindible para ser ponente en el Congreso proporcionar con suficiente antelación el texto de la conferencia, para poder insertarlo en dicha publicación. El libro de ponencias es absolutamente fundamental, pues, después de haberlas oído y después de haberse divertido en el Congreso con las actividades de tipo lúdico, viene el momento de la reflexión y del trabajo en el despacho; y ello tiene lugar mediante la lectura de unos textos que quedan plasmados en un libro espléndido. Por cierto, que no puede dejar de agradecerse la desinteresada colaboración de la Editorial Sepín que, durante los últimos tres años, ha afrontado la desinteresada publicación de dicho libro. Por otra parte, la revista, a la que ya me he referido antes, constituye, con su diseño y su contenido, un medio privilegiado de comunicación y de puesta al día en los conocimientos sobre la materia.

legislación



Directiva 2009/103, de 16 de septiembre. Bruselas unifica en un sólo texto las directivas del seguro de RC de Autos

El Diario Oficial de la Unión Europea ha publicado la Directiva 2009/103, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la Responsabilidad Civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad. El objetivo de esta norma, en aras de una mayor racionalidad y claridad, según se reconoce en el propio texto de la directiva, es proceder a la unificación en un solo texto legal comunitario de las diversas directivas relativas a la RC de Autos.

Más concretamente, se procede a la codificación de las cuatro Directivas de Autos así como de la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se modifican las Directivas 72/166; la 84/5; la 88/357; y la 90/232 del Consejo y la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles.

Se trata de una codificación que aúna la Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Directiva así como la Directiva 2005/14/CE de 11 de mayo.

Cabe destacar las siguientes cuestiones:

- Se refiere al criterio general de la matrícula para determinar el territorio de estacionamiento habitual del vehículo, y únicamente el territorio donde se ha producido el accidente en caso de no tener matrícula o no corresponda al vehículo.

- Se permiten exclusivamente los controles del seguro no sistemáticos y no discriminatorios cuando se lleven a cabo en el marco de un control no exclusivamente dirigido a la verificación del seguro.



- Supresión del control de la carta verde en vehículos estacionados en un estado miembro que entren a otro estado miembro, podriás extenderse a terceros países siempre que exista un acuerdo.
 - En los supuestos de excepciones a la obligación general de suscribir un seguro obligatorio, los Estados miembros deben garantizar que se comunique a la Comisión para la publicación de la lista de personas exentas y de las autoridades u órganos encargados de compensar a las víctimas de accidentes.
 - Importes mínimos de cobertura de seguro, con cláusula periódica de revisión. Cobertura en la totalidad de la Comunidad.
 - Derecho del titular a solicitar un certificado de siniestralidad, debiéndose emitir por el asegurador en el plazo de 15 días.
 - Los Estados miembros no deben permitir que los aseguradores opongan franquicias a las partes perjudicadas.
 - Derecho de acción directa para las víctimas contra el asegurador de la responsabilidad civil de la persona responsable.
 - Establecimiento del procedimiento de la "oferta motivada"
 - Posibilidad de presentar una reclamación en el propio estado miembro ante un representante para la tramitación y liquidación de un siniestro producido en otro estado miembro, sin cambiar el derecho material ni afectar a la competencia judicial.
 - Se establecen sanciones económicas o administrativas y el pago de intereses legales sobre el importe de la indemnización para favorecer la celeridad de su pago.
 - Algunos datos que se facilitan: nombre, dirección del propietario y/o conductor, número de póliza del seguro, de la matrícula son datos de carácter personal a los que deben aplicarse las medidas legislativas nacionales.
 - Es necesario prever un organismo de indemnización en cada Estado miembro.
- Entra en vigor a los 20 días de su publicación en el DOUE, se publicó el 7 de octubre.
- Deroga las directivas 72/1666/CEE, 84/5/CEE, 90/232/CEE, 2000/26/CE y 2005/14/CE sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros relativas a los plazos de transposición al derecho nacional y de aplicación de las Directivas, que figuran en la parte b del anexo I.

noticias y actividades



Un momento de la apertura del IX Congreso Nacional de la Asociación.



Eugenio Llamas Pombo desveló los secretos de la doctrina y la jurisprudencia en materia de Responsabilidad Civil.

■ IX CONGRESO NACIONAL. ALMERÍA 2009

En la primera ponencia “Medios y formas de reparación del daño”, su autor, Eugenio Llamas Pombo, Abogado, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca y miembro de honor de nuestra Asociación, nos desveló los mecanismos que vienen siendo utilizados en nuestra doctrina y jurisprudencia para conseguir alcanzar el principio que inspira la institución de la responsabilidad civil, esto es, la restitución íntegra del daño causado a la víctima. Esta ponencia supone un magnífico trabajo de este autor, que ayuda a comprender mucho mejor esta materia y asimismo se convierte en una guía para el trabajo diario en la misma.



El segundo trabajo que se nos presentó “La indemnización del daño derivado de intromisiones ilegítimas en el honor personal”, corre a cargo de Ignacio



Ignacio Rodríguez Fernández, durante su intervención.

Rodríguez Fernández, Fiscal de la Audiencia Provincial de Granada. En el mismo, en un primer lugar se nos presenta y analiza la reintegración civil del derecho al honor de forma autónoma, y como tutela jurídica de dicho derecho, ajena a la responsabilidad extracontractual. Seguidamente, se presenta y estudia el componente punitivo que se pretende otorgar conjuntamente al determinar las indemnizaciones ante intromisiones ilegítimas en el derecho al honor. Sin duda surgen muchos interrogantes acerca del régimen jurídico y cuantificación de estas indemnizaciones, los cuales se abarcan de forma explícita en este trabajo.

Como tercera ponencia “La Responsabilidad Civil en el ámbito de la propiedad intelectual”, nuestro ya



Mariano Yzquierdo Tolsada, en un momento de su ponencia.

asiduo ponente y miembro de honor de nuestra Asociación, Mariano Yzquierdo Tolsada, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense, analizó los distintos tipos de acciones existentes por infracción de los derechos de propiedad intelectual, Infracción de derechos morales y de derechos patrimoniales, haciendo especial referencia, a un tema de tan rabiosa actualidad como son las descargas de obras protegidas a través de Internet. Asimismo y en cuanto a lo que se refiere a la indemnización por daños y perjuicios que proceden en tales supuestos, se nos hace referencia tanto al régimen anterior a la reforma operada por la Ley 19/2006, de 5 de junio como al régimen adoptado por la Ley 19/2006, de 5 de junio.



Jesús Tirado Estrada habló sobre la sentencia del TC 181/2009.

La cuarta intervención trató sobre “La STC 181/2000 y su extrapolación a los supuestos de muerte o lesiones permanentes” y corrió a cargo de Jesús Tirado Estrada, Fiscal ante el Tribunal Constitucional. En dicho trabajo se nos ofrece un estudio planteado sobre cómo salvar la situación actual donde, perviven resoluciones judiciales dispares que, o bien aplican estrictamente el baremo, entendiendo que, no declarada la inconstitucionalidad más que del apartado B de la Tabla V, no cabe en caso de muerte o lesiones permanentes, sino aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos previsto legalmente, lo que obsta e impide el adecuado resarcimiento del lucro cesante, u otras que o bien acuden

a una lectura constitucional, proyectando la doctrina aplicable al lucro cesante en caso de lesiones temporales de la STC 181/2000 sobre las tablas II y IV; o bien, efectúan una interpretación del mismo posibilitando la satisfacción del lucro cesante con base en la consideración de concurrencia de circunstancias excepcionales y lo dispuesto en el apartado primero, número 7, inciso segundo, del Anexo.

La quinta ponencia “Los falsos títulos de imputación de la responsabilidad civil” fue presentada por el Presidente de nuestra Asociación, Mariano Medina Crespo, Abogado, y recientemente nombrado Doctor en Derecho, quien, tal y como nos tiene acostumbrados, trata este asunto de forma profunda, que demuestra un completo conocimiento de la materia. Así, con este título se está refiriendo a aquellos que difieren de la culpa, el riesgo específico y el sacrificio necesario, que según el autor constituyen los tres títulos normativos de imputación o atribución de la responsabilidad civil extracontractual. Con ello se analizan como tales, el lucro, el riesgo empresarial, el riesgo administrativo, la solidaridad, el defecto de seguridad del producto, la potestad familiar, la garantía, la vecindad, la equidad y finalmente el seguro.



Sergio Álvarez Camiña, subdirector general de Seguros.

En sexto lugar, se presentó el trabajo “La reforma del Sistema Legal Valorativo (el Baremo). Necesidad y oportunidad”, a cargo de Sergio Álvarez Camiña, subdirector de Política Legislativa de la Dirección General de Seguros. Para tratar ese asunto, tantas veces comentado en foros y encuentros de especialistas en la materia, se nos ofrece por parte de su autor, un estudio sobre cuáles son realmente las deficiencias y carencias de nuestro sistema de valoración actual, así como de cuáles deben ser los modos de plantear su reforma para conseguir una reforma práctica y útil a las necesidades actuales. En último lugar también se hace mención a las consecuencias económicas de la citada reforma, las cuales siempre van a suponer un factor determinante a la hora de llevarla a cabo.



Mariano Medina Crespo muestra la placa que le entregó Pedro Torrecillas en nombre de los compañeros de Almería.

La ponencia que se nos presentó en séptimo lugar, “Responsabilidad civil derivada de los incidentes penales de familia”, estuvo realizada por Manuel Estrella Ruiz, Magistrado de la Audiencia Provincial de Cádiz, que nos presentó un interesantísimo tema poco tratado en congresos o conferencias sobre nuestra materia. Así, se analizó el tipo del abandono de familia impropio, el alzamiento de



Manuel Estrella protagonizó la séptima intervención.

bienes, el incumplimiento del régimen de visitas y la responsabilidad penal derivada de los actos cometido por menores de edad, todos ellos analizados junto a la responsabilidad civil derivada de los mismos. Un magnífico trabajo el realizado, tal y como nos tiene acostumbrados, este ilustre jurista gaditano.

En cuanto a la octava ponencia "La Responsabilidad Civil en delitos terroristas", corrió a cargo de Javier Gómez Bermúdez, Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Se trató de un interesantísimo trabajo donde se nos explicó y se nos da las claves para entender, cuáles son los criterios que se han tenido en cuenta para determinar y valorar la responsabilidad civil incluida en sentencias por delitos de terrorismo tan famosas como la del



La intervención de Bermúdez suscitó cierta polémica por su contenido

11 M. De este modo se analiza la conveniencia o no de utilizar en estos casos sistemas de valoración del daño, como pudiera ser el existente para los daños derivados de accidentes de circulación.

La novena intervención trató sobre "El resarcimiento de los daños causados por la incapacidad permanente en supuestos de Responsabilidad Civil Laboral", y es desarrollada por José Manuel López y García de la Serrana, Magistrado de la Sala 4ª del Tribunal Supremo.

En esta ocasión se analiza en especial el tema de la incapacidad permanente, como concepto susceptible de indemnización en los accidentes de trabajo por responsabilidad del empresario. Tras las



La ponencia de José Manuel López y García de la Serrana analizó la naturaleza de la indemnización en los accidentes laborales.

últimas sentencias de la Sala 4ª acerca del tratamiento de la compensación de indemnizaciones en los accidentes de trabajo, este trabajo analiza cuál es la naturaleza de la incapacidad permanente, qué es lo que realmente se indemniza bajo dicho concepto, para de este modo determinar cómo debe realizarse su compensación ante el resto de cuantías recibidas por la víctima ante el accidente sufrido. Sin duda se trata de un estudio necesario sobre una materia con la que nos tenemos que familiarizar y sobre todo conocer cuál va a ser su tratamiento.

Y como décima ponencia, que precedió a la de clausura, "Valoración del daño en supuestos de Responsabilidad civil extra-automovilista", a cargo de José Antonio Seijas Quintana, Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. En este caso se nos ofrece un estudio acerca de los distintos casos

La conferencia de clausura trató sobre "La doctrina valorista de las sentencias plenarias de 17 de abril de 2007 y su proyección sobre los diversos órdenes jurisdiccionales", a cargo de Jesús Fernández Entralgo, Presidente de la Audiencia Provincial de Huelva y miembro de honor de nuestra Asociación.



José Antonio Seijas Quintana, durante su intervención.

Este gran amigo y colaborador, vino a abordar la cuestión del valorismo, haciendo un análisis histórico a través de la distinta y sucesiva jurisprudencia nacida en torno a esta figura, y ello hasta llegar a las citadas Sentencias de nuestro Tribunal Supremo que han venido a determinar que el momento en el que deberá cuantifique el daño objeto de indemnización, debe ser el del alta médica. Finalmente aportó su opinión sobre el pronunciamiento de las citadas Sentencias, mostrando su dis-

previstos en nuestra legislación, fundamentalmente en el código civil, y de los que nace la responsabilidad civil extracontractual. Para ello se analiza tanto el título que genera la responsabilidad civil, como la determinación del daño y la cuantificación del mismo, tratando temas tan específicos como la responsabilidad médica o la responsabilidad profesional del abogado. Se trata de un estudio que nos sirve también de herramienta útil para el trabajo diario en nuestra profesión y que agradecemos enormemente que se nos presente de esta manera y a cargo de un excelente estudioso de la materia como es este ponente.

conformidad por los motivos que se exponen y afirmando que considera más acertada la postura de la Sala 4ª, según la cual el momento de la cuantificación debe ser el momento del juicio o la sentencia.



La conferencia de clausura de esta edición del Congreso Nacional correspondió a Jesús Fernández Entralgo (centro).



La mesa redonda suscitó, como siempre, un gran interés por parte de los asistentes.

José Manuel Villar Calabuig, en un momento de su intervención en la mesa redonda.





Varios momentos de la copa de bienvenida ofrecida a los participantes de este IX Congreso Nacional, celebrada en la Alcazaba de la ciudad de Almería.





Los actos se cerraron con una cena de gala, en la que ponentes y asistentes tuvieron la ocasión de seguir manteniendo debates sobre las ponencias desarrolladas en el Congreso.



Aspecto de del salón interior del Hotel Weliness, donde se desarrolló la cena de clausura.



Aspecto de los jardines del Hotel Wellness de Vicar, lugar en el que se celebró la cena de Gala.



Un grupo de compañeros de Málaga que participaron en el Congreso.



Varios ponentes del Congreso,
junto al homenajeado
Jesús Fernández Entralgo,
presidente de la Audiencia
Provincial de Huelva.



Los participantes en el Congreso
Nacional tuvieron la ocasión de
visitar el "Poblado del oeste de
Tabernas" en la jornada del sábado.

Los compañeros de Almería
celebran la finalización del
Congreso, tras una magnífica y
esmerada organización.



ACTA DE ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS, CELEBRADA EN ALMERIA EL 24 DE SEPTIEMBRE DE 2009

1º.- Lectura y aprobación del Acta de la sesión anterior de 15 de noviembre de 2008.

A continuación por José María Hernández-Carrillo Fuentes, Secretario de Actas-Tesorero de la A.E.A.E.R.C. y S., se da lectura del Acta de la Asamblea General celebrada en Santander el pasado 15 de noviembre de 2008, que es aprobada por unanimidad sin ningún voto en contra ni abstención.

2º.- Informe de actividades y gestión

Por el Secretario General de la A.E.A.E.R.C. y S., Sr. López y García de la Serrana, se informa de la exitosa celebración del Primer Congreso de Derecho de Circulación y Seguro de Burgos, -en cuya organización colaboramos-, de la Sexta Jornada de la vocalía de la Asociación de Málaga, celebrada en Ronda. Igualmente, se refieren las distintas Jornadas en otros Colegios de Abogados de España en las que, de diversas formas, esta colaborando la Asociación.

Se da cuenta asimismo de la alta valoración científica de la revista de la Asociación entre sus homólogas, y las distintas instancias y entidades a quienes se distribuye en una encomiable labor de divulgación, implantación y asentamiento de nuestra asociación.

El Secretario General, da cuenta de las gestiones realizadas con el Banco de Sabadell, materializadas ya en el carnet del asociado remitido con anterioridad, y de las futuras características de su transformación en tarjeta visa, sin coste alguno de emisión, como expresión de una cuenta corriente con unas prestaciones muy ventajosas (sin comisiones de ningún tipo) para los miembros de la

Asociación y créditos a muy bajo coste (toda esa información obra en la web de la Asociación con enlace especial al Banco Sabadell).

Se da la enhorabuena unánime al compañero D. Pedro Torrecillas y sus colaboradores por la labor meritoria realizada en el Congreso de Almería 2008.

3º.- Análisis de gastos y aprobación de cuentas.

Según se acordó años atrás, para agilizar durante el transcurso del año de materialización in situ de cada congreso, la función de Tesorero que ostenta D. José María Hernández-Carrillo Fuentes, es de un año a otro delegada por este en el vocal asociado en el que recae la responsabilidad de la organización del Congreso anual periódico, en consecuencia, las incidencias económicas del pasado año, que fueron recientemente presentadas por D. Samuel Pérez del Camino Merino, constan detalladas en la zona privativa de los socios en la página Web de la Asociación de forma previa a esta reunión para su conocimiento general. Son no obstante detalladas por el Secretario General, y aprobadas por unanimidad.

4º.- Presupuesto del Ejercicio siguiente.

Se excusó su presentación postergando su envío en el futuro.

5º.- Congresos del Próximo año.

La ciudad de Palma de Mallorca se postuló el pasado año para la organización del X Congre-



so Anual 2010, y fue aprobada su candidatura, personalizada en el compañero D^a Celia Pitta Piñón.

Asimismo se postula la ciudad de Córdoba para el año 2011, y Cádiz en el año 2012 se autoriza la organización del próximo Congreso para escoger la fecha de este fijándola según criterio de oportunidad y adecuación.

6º.- Ruegos y preguntas.

A continuación se plantean diversas propuestas a considerar en la celebración del programa del próximo Congreso. Se reitera a los vocales su compromiso adquirido de elaborar artículos doctrinales para la revista de la asociación, o promoverlos y obtenerlos- en su demarcación.

Terminado lo cual, por el Sr. Presidente se da por concluida la IX Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.





Nueva tarjeta Visa exclusiva

Oferta exclusiva para



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Disfrute de todo un mundo de nuevas ventajas



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**⁽¹⁾

hombre

mujer



Sólo hasta el 31 de agosto de 2009

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

⁽¹⁾ 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.

⁽²⁾ 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.

Sabadell Atlántico

El banco de los profesionales



MADRID: Pº de la Castellana, 216, 3ª, 4ª y 5ª planta - 28046 Madrid
Teléfono: 91 567 74 00

BARCELONA: Avda Diagonal, 618, planta 9º A y B - 08021 Barcelona
Teléfono: 93 452 28 60

BILBAO: Cámara de Comercio Bilbao, Despacho 3.06 - Alameda de Recalde, 50 - 48008 Bilbao
Teléfono: 94 470 64 50

SEVILLA: Plaza Ruiz de Alda, 11 - 41004 Sevilla
Teléfono: 95 436 93 07

VALENCIA: C/ Moratín, 17, 2ª planta - 46002 Valencia
Teléfono: 96 112 45 42

La innovación en seguros.

CHARTIS 
Your world, insured

