

nº 64

Cuarto Trimestre. Año 2017



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

**Responsabilidad
civil derivada de
actividades
deportivas**

**La responsabilidad
civil del
compliance officer
en la aplicación de
los programas de
prevención de
delitos**

**La responsabilidad
civil patronal por
daños producidos
tras exposiciones
a productos
nocivos**

**Responsabilidad
civil del abogado.
Pérdida de
oportunidad**

Informes

Generación de informes online 24/365 orientados hacia la gestión.

Frecuencia de informes mensual, trimestral, cuatrimestral, semestral, y anual.

Crecimiento de negocio

Mayor fidelización y gestión de la publicidad o cupones personalizados en función del perfil del cliente.

Por ejemplo, se pueden poner ofertas (descuentos con códigos cupón, publicidad corporativa, anuncio de conferencias, campañas, etc.).

Benchmarking

Compare sus datos con los de otras organizaciones.

Los datos comparativos se pueden filtrar por distintos segmentos: despachos, especialidad, abogados, procuradores, y otros criterios de interés.

Alertas en la app

Comentarios, alertas y resultados (respuestas) de cada cliente en el móvil de la dirección del despacho.



INDAGA Analytics

INDAGA Analytics es el software para el análisis de encuestas de satisfacción de clientes.

El software permitirá las siguientes variables de segmentación: edad, sexo, despacho, especialidad (Responsabilidad civil, Laboral y seguridad, Fiscal y mercantil, etc), abogados, procuradores, etc , y otras de interés, etc p.ej. aseguradora.

Metodología INDAGA

- Benchmarking con resultados comparativos de otros despachos y por especialidad.
- Insertar campañas de marketing segmentadas por perfil (ofertas, publicidad corporativa, anuncio de conferencias, descuentos por fidelización, etc.).
- Opción de alertas en tiempo real (casos de clientes insatisfechos o muy insatisfechos, etc.).
- Comentarios, alertas y resultados de cada cliente con posibilidad de exportar los datos.
- Mejora de imagen ante usuarios.



nº64

Cuarto Trimestre. Año 2017



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 64

EDITORIAL

La inconstitucionalidad del arbitraje previsto en el Seguro de Defensa Jurídica

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

DOCTRINA

- Responsabilidad civil derivada de actividades deportivas
Marta Ruenes Álvarez.....9
- La responsabilidad civil del compliance officer en la aplicación de los programas de prevención de delitos y la nueva eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas
Gustavo Adolfo Matos Expósito.....35
- La responsabilidad civil patronal por daños producidos tras exposiciones a productos nocivos para el ser humano
Juan Torroba Díaz.....59
- Responsabilidad civil del abogado. Pérdida de oportunidad
Salvador Medina Martín.....77

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de noviembre de 2017 **RESPONSABILIDAD CIVIL**: “Fallecimiento de una trabajadora por el atropello de un tractor agrícola al deslizarse por una colina. Se desestima la demanda frente a la aseguradora del tractor al considerar la Gran Sala que el tractor agrícola en el momento de producirse el siniestro no se estaba usando como medio de transporte, sino como maquinaria de trabajo, no pudiendo ser considerado el suceso como “hecho de circulación”, en aplicación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166/CEE del Consejo”.....93
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 7 de noviembre 2017. **RESPONSABILIDAD CIVIL**: Reclamación en virtud del contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías. La cláusula por la que se exonera de responsabilidad a la aseguradora en supuestos de robo en espacios o recintos sin la debida diligencia se considera limitativa de los derechos del asegurado.....105
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 19 de diciembre de 2017. **RESPONSABILIDAD CIVIL**: Inicio del cómputo de prescripción en acciones derivadas de responsabilidad extracontractual. Habrá de considerar para determinar el alta definitiva, las complicaciones o consecuencias lesivas derivadas del accidente que puedan aparecer en momentos posteriores.....111

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 13 de octubre de 2017.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Estima parcialmente la reclamación formulada por la caída en portal de Comunidad de Propietarios que carece de la iluminación suficiente por encontrarse fundidas las bombillas. Atribuye el 70% de la responsabilidad a la Comunidad de Propietarios así como a su aseguradora y el 30% a la persona que se cayó.....117
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 3 de noviembre de 2017.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Aplicación del nuevo Baremo de la Ley 35/2015 en lesiones menores. Condena a la aseguradora a abonar la cantidad de 3.905,59 euros como indemnización por lesiones temporales y secuelas, más interés moratorios y costas. La sala analiza el valor que debe darse a los informes de biomecánica, la estimación del perjuicio de calidad de vida temporal (por actividades deportivas) y la aplicación del artículo 135 de la LRCSCVM en relación a la secuela por traumatismo cervical menor.....125

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamentos relevantes

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes*.....131

ENTREVISTA A ...

Tomás García Ferreiro

Por *M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán*.....147

NOTICIAS

- Acta de Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, Celebrada en Vitoria el Día 16 de Noviembre de 2.017.....150
- XVII Congreso Nacional Asociación Española De Abogados Especializados En Responsabilidad Civil Y Seguro, 16, 17 y 18 de noviembre en Vitoria-Gasteiz.....152
- El congreso en imágenes.....153

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

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán

COORDINADORA DE CONTENIDOS:

Carmen Reyes Vargas

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Mariano Medina Crespo (Presidente), Andrés Cid Luque (Vicepresidente), Javier López y García de la Serrana (Secretario General), José María Hernández-Carrillo Fuentes (Secretario de Actas-Tesorero), Andrés López Jiménez, Fernando Estrella Ruiz, José Félix Gullón Vara, María Fernanda Vidal Pérez, José Manuel Villar Calabuig, Carmelo Cascón Merino, Diego Elum Macías, Víctor Martín Álvarez, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino Merino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez González, Pedro Torrecillas Jiménez, José Luis Nava Meana, Susana Sucunza Totoricagüena, Luis Julio Cano Herrera, José Antonio Badillo Arias, Alberto Pérez Cedillo, Fernando Talens Aguiló, José Pérez Tirado, Lutz Carlos Moratinos y Francisco José Ledesma de Taoro.

MIEMBROS DE HONOR DE LA ASOCIACIÓN:

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

GRAN MEDALLA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN:

Juan Antonio Xiol Ríos, Mariano Medina Crespo y Javier López García de la Serrana

DISEÑO:

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

IMPRIME:

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

**D.L. GR-1228/02
ISSN 1887-7001**



La inconstitucionalidad del arbitraje previsto en el Seguro de Defensa Jurídica

por Javier López y García de la Serrana
Director

de exclusividad de la jurisdicción ordinaria respectivamente. Y todo ello por considerar que el artículo 76.e) de la Ley del Contrato de Seguro impone a la aseguradora el procedimiento del arbitraje siempre y cuando el asegurado opte por iniciar el mismo, de manera que aquella no va a poder decidir y necesariamente se verá obligada a pasar por la resolución que se adopte en el mismo, esto, se dice, le supone una renuncia obligada a la jurisdicción estatal, pues la competencia del juez ordinario pasa al árbitro sin posibilidad de opción por parte de la aseguradora.

No cabe duda que uno de los aspectos más complicados del Derecho es saber resolver de forma acertada cuando surge el enfrentamiento entre dos derechos fundamentales, pues pese a que los argumentos que se utilicen sean todos ellos correctos y fundamentados, siempre podremos considerar que uno de esos dos derechos resulta lesionado o cuanto menos marginado en favor del otro.

Esta es la sensación que nos surge cuando leemos detenidamente la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 11 de enero de 2018, en la que se ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad formulada en relación al artículo 76.e) de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, por el que se regula la facultad que tiene el asegurado para someter al procedimiento de Arbitraje aquellos asuntos donde surjan conflictos frente a la aseguradora en relación a la cobertura de defensa jurídica contratada con la misma. Esta cuestión de inconstitucionalidad se presenta al considerar la posible vulneración que la aplicación de dicho precepto puede suponer frente a los artículos 24.1 y 117 de la Constitución Española, donde se recogen y regulan el derecho de acceso a la jurisdicción ordinaria y el derecho

Ante la cuestión planteada, el Tribunal Constitucional comienza por aclarar que el mismo no es competente para entrar a valorar sobre la corrección jurídica de las normas comunitarias, y que por tanto se debe aceptar y respetar el contenido de la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios sobre seguros distintos de los de vida y de armonización de los seguros privados y que, en la actualidad ha sido recogido en el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE por la que se impuso al Estado Español la obligación de establecer y regular un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad, para la solución de todo litigio que pueda surgir entre la empresa de seguros de defensa jurídica del asegurado y sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional, incluyendo la previsión de posibilidad de recurso frente a tales procedimientos. Pero frente a dicha afirmación previa, la Sala argumenta a continuación que sí que tiene competencia para examinar si la trasposición de dicho derecho comunitario al derecho nacional mediante la correspondiente norma se ha hecho o no de forma correcta, y, a los efectos que aquí nos ocupan, si se ha hecho respetando los derechos establecidos en nuestra Constitución así como el contenido y alcance de los mismos, pues al Tribunal Constitucional corresponde el

control de la adecuación de los instrumentos nacionales de desarrollo de la normativa europea a nuestros principios constitucionales.

Pues bien, planteado en síntesis así el asunto, nuestro Tribunal Constitucional analiza la cuestión de inconstitucionalidad planteada desde el punto de vista de la privación o limitación que la aplicación del proceso de Arbitraje previsto en el citado artículo 76.e) de la Ley del Contrato de Seguro supone para la aseguradora, poniendo el énfasis de su argumentación en dos aspectos, uno de ellos se trata de la imposición que el citado precepto supone para una de las partes, lo cual desnaturaliza una de las características fundamentales con las que se crea el procedimiento del Arbitraje. Así, se considera que para mantener la constitucionalidad del procedimiento de Arbitraje es necesario que exista un acuerdo de voluntades entre las partes para que éstas sometan la cuestión en litigio a dicho procedimiento, sin que la tramitación del mismo pueda quedarse a elección de solo una de ellas y por tanto para la otra se trate de una obligación impuesta sin decisión alguna sobre la misma. Esta libertad de elección para las partes, dice la Sala, desaparece conforme a lo establecido en el artículo 76.e) de la Ley del Contrato de Seguro, rompiendo el equilibrio entre las mismas y vulnerando por tanto las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva.

Entiende la Sala que el tenor de la citada norma supone una restricción al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por cuanto al establecer el acceso al arbitraje como imposición a una de las partes, impide a la otra el acceso a la jurisdicción ordinaria, restringe su derecho a *"obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos"* en palabras de otra Sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 174/1995.

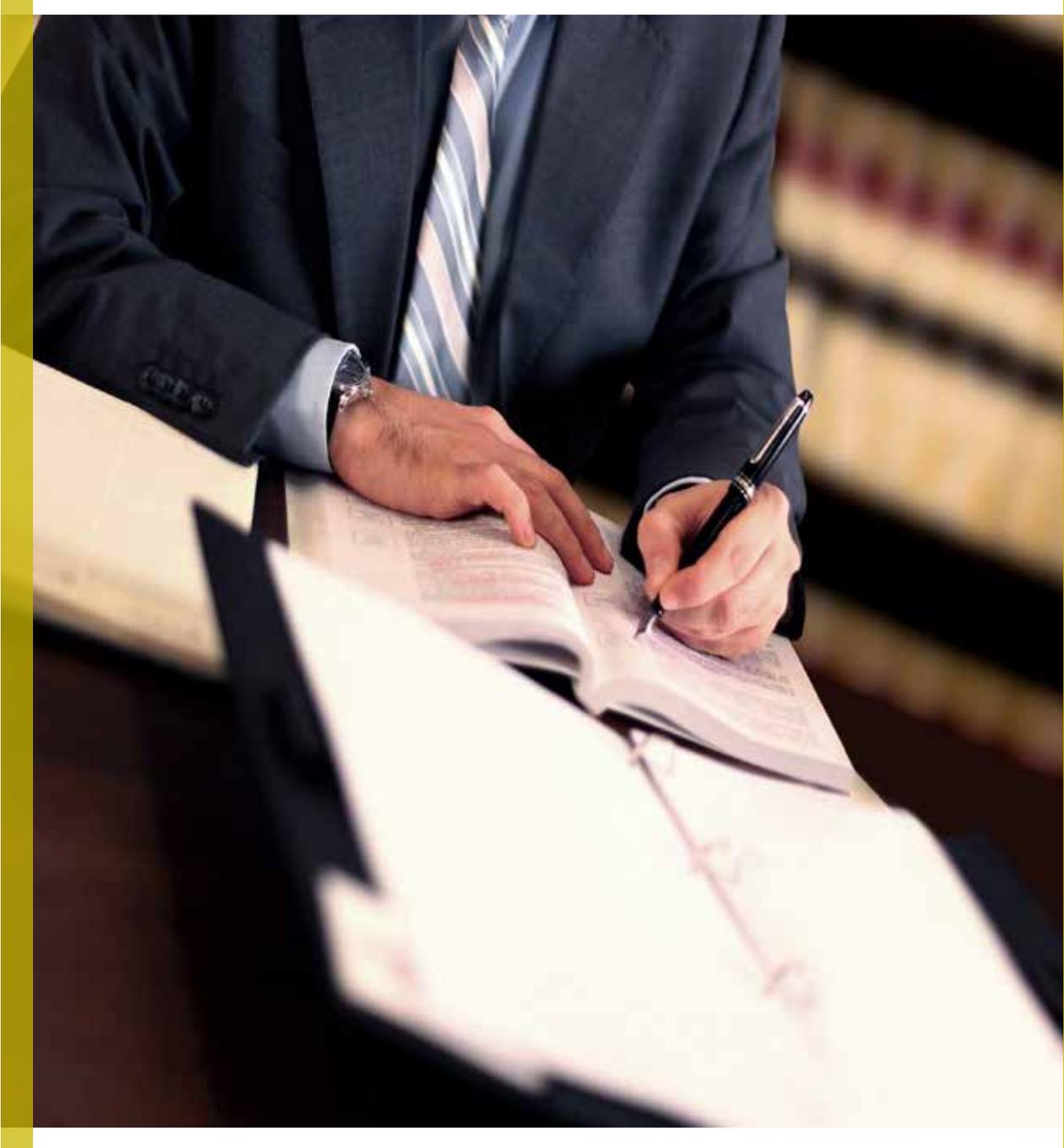
A la anterior argumentación, añade el Tribunal Constitucional que además el punto de conflicto entre la forma de regular el proceso de Arbitraje en el artículo 76.e) de la Ley del Contrato de Seguro y el derecho a la tutela judicial efectiva, se encuentra en la imposibilidad de recurrir en cuanto al fondo el laudo que ponga fin y resuelva el citado Arbitraje. Considera de este modo la Sala, que la aseguradora se ve obligada a pasar y cumplir lo que el laudo arbitral establezca, sin posibilidad de recurso salvo en caso de incumplimiento formal en el proceso, por lo que nuevamente queda patente la restricción que ello supone para su libre acceso a la jurisdicción ordinaria. En apoyo a su fundamentación la Sala se basa en otras Sentencias como la STC de 119/2014 de 16 de julio, donde se establece que *"el arbitraje obligatorio no resulta conforme al derecho a la tutela judicial efectiva cuando el control judicial sobre el laudo previsto en la ley se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del*

asunto sometido a la decisión arbitral." Así por el contrario, debemos interpretar y así lo recoge de otras Sentencias como la STC 119/2014 y 8/2015, que el Arbitraje obligatorio sí resultará plenamente acorde con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la CE, cuando *"si en ningún caso excluye el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado, ya que no es otro que procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto, que ve aliviada su carga de trabajo"*.

En este sentido parece que el Tribunal Constitucional pone el énfasis en este asunto en la propia regulación del proceso de Arbitraje, el cual en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 y ss de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje, establece que la impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por motivos formales, impidiendo por tanto el posterior acceso de las partes a la jurisdicción, matizando que esta previsión es acorde a los principios constitucionales que marcan el derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando el Arbitraje sea fruto de un verdadero convenio arbitral pero no así cuando tal proceso ha venido impuesto a una de las partes, como en este caso ocurre con la aseguradora.

Hasta aquí todos estos argumentos me parecen de lo más fundamentados, y si nos quedáramos tan solo con el razonamiento antes expuesto podría compartir incluso el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la falta de compatibilidad entre lo dispuesto en el artículo 76. e) de la Ley del Contrato de Seguro y lo previsto en los artículos 24.1 y 117.3 de la Constitución Española y de ahí su inconstitucionalidad. Pero como ya anunciaba al principio de este Editorial, éste es uno de los asuntos donde caben enfoques muy diferentes desde el punto de vista constitucional, donde puede hacerse prevalecer uno u otro derecho según la argumentación que acojamos y donde por tanto se nos obliga a seguir pensando sobre la cuestión planteada y a no conformarnos con un solo criterio jurídico. Y a ello nos obligan precisamente los distintos votos particulares con los que cuenta esta Sentencia, exactamente tres, el primero emitido por el Magistrado **DON FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ**, el segundo emitido por el Magistrado **DON JUAN ANTONIO XIOL RÍOS** y el tercero emitido por el Magistrado **DON ANTONIO NARVÁEZ RODRÍGUEZ** y al que se adhiere el Magistrado **DON RICARDO ENRÍQUEZ SANCHO**.

Estos tres votos particulares replantean la cuestión enjuiciada para concluir en su desacuerdo con la resolución que adopta la Sentencia analizada. Son distintos los aspectos que destacan y que engloban desde una incorrecta forma de plantear la cuestión de inconstitucionalidad hasta la existencia de una argumenta-



ción errónea a la hora de justificar la existencia de la inconstitucionalidad declarada. Así, el Magistrado Don Fernando Valdés nos hace pensar sobre una cuestión tan lógica que sorprende que la Sentencia que nos ocupa lo haya podido pasar por alto, y es el hecho de considerar que si tal y como se razona en aquella, la inconstitucionalidad no radica en el reconocimiento de un Arbitraje obligatorio por parte del artículo 76.e) de la LCS sino en el control jurisdiccional del laudo que resuelve sobre el mismo, en virtud de las normas procesales que regulan dicha institución, es imposible que se haya podido plantear la referida cuestión de inconstitucionalidad planteada tan sólo sobre el citado artículo 76.e) de la LCS y no hacerlo de forma conjunta con

aquellas otras normas procesales que regulan el Arbitraje. Pero es que es más y continuando con la misma línea de razonamiento, si el conflicto con el derecho constitucional de a la tutela judicial efectiva radica en la regulación del control jurisdiccional del Arbitraje y no en la norma que contiene el artículo 76.e) de la LCS, ¿cómo puede declararse la inconstitucionalidad de este último precepto?.

Y no falta tampoco razón a la argumentación que se nos ofrece en los otros dos votos particulares, así ambos coinciden en un aspecto fundamental y es el hecho de valorar que la Sentencia analizada deja al margen la protección de los consumidores y usuarios que precisamente el instituto del Arbitraje previsto en el artículo

76.e) de la LCS tenía por objeto. El artículo 51 de la CE recoge el mandato a los poderes públicos para que protejan los derechos de aquellos en su calidad de parte débil en contratos como el contrato de seguro, donde nos encontramos con un contrato de los llamados de adhesión, en los que el asegurado mantiene una posición muy distinta frente a la aseguradora que es quien redacta e impone las condiciones del mismo y frente a las que aquel no tiene capacidad de decisión. En este sentido el Arbitraje viene a satisfacer esa necesaria protección del consumidor, en este caso el asegurado, ofreciendo la posibilidad de solucionar los conflictos planteados en cuanto a la cobertura de defensa jurídica de una forma ágil y objetiva. En palabras del Magistrado **Don Juan Antonio Xiol Ríos**, *“Es precisamente aquí, en el previo conflicto existente entre aseguradora y beneficiario sobre la prestación a favor de éste de la defensa jurídica, donde el principio constitucional de protección del consumidor ha de inspirar la interpretación material del derecho de acceso a la jurisdicción (art.24 CE)”*. Es decir, no se trata de considerar infringido el derecho de acceso jurisdiccional a una de las partes, sino de articular la forma en la que tal principio constitucional permita la protección al consumidor y no provoque la indefensión del asegurado. Pero es más, se nos invita a recordar que nuestro ordenamiento jurídico no nos obliga a considerar que la ordenación jurídica de los contratos debe ser siempre de carácter dispositivo, sino que en determinados casos, como es el que nos ocupa, está permitido el sacrificio de la autonomía de la voluntad en aras a conseguir la protección de un bien social, un interés más valioso o digno de protección cual puede ser la tutela de los consumidores y usuarios.

Se discute también la argumentación de la Sentencia en cuanto a la vulneración a los derechos de la aseguradora que supone la falta de previsión de control jurisdiccional sobre el fondo del laudo arbitral, y ello haciéndonos ver que de existir tal facultad de revisión el procedimiento arbitral perdería su razón de ser. En este sentido debemos considerar que el Arbitraje recoge unas notas características y produce unos efectos que son beneficiosos para todas las partes implicadas, cuales son la agilidad, sencillez en la tramitación, economicidad y certeza, efectos todos ellos que desaparecerían si se le restara al laudo que lo resuelve de su fuerza ejecutiva y propiedad de cosa juzgada. Se convertiría por tanto en un mero trámite obligatorio pero sin efecto ninguno. Es más, **Xiol Ríos** nos aporta una argumentación aplastante por la lógica de la misma, y es el considerar que si compartimos con la Sentencia que nos ocupa, que el Artículo 76.e) LCS es inconstitucional porque no se prevé el control en cuanto al fondo o revisión del laudo que resuelva sobre el Arbitraje previsto en el mismo, todo procedimiento de Arbitraje debería ser declarado inconstitucional, al no estar prevista su revisión posterior por los órganos jurisdiccionales.

Por último el Magistrado **Don Antonio Narváez Rodríguez**, si en cuanto al fondo en su voto particular disiente del pronunciamiento de la Sala compartiendo prácticamente los mismos argumentos que su compañero el Magistrado **Don Juan Antonio Xiol Ríos**, nos aporta además un razonamiento en cuanto a incorrección formal, y es el hecho de que en la Sentencia no se haya analizado el contenido de la póliza de seguro objeto de litigio y en la que estaba incluida la previsión del Arbitraje como opción del asegurado ante conflictos surgidos al amparo de la cobertura por defensa jurídica contenida en el contrato. Es evidente que si la sumisión al Arbitraje venía establecida en este supuesto también en la propia póliza, no debería haberse negado importancia a tal circunstancia y haberse analizado las consecuencias que tal pacto contractual tiene a los efectos que nos ocupan. Pues en este caso nos encontramos ante un acuerdo de voluntades sobre la previsión de dicho procedimiento, con las consecuencias que de ello se derivan.

Como conclusión, después del análisis de esta Sentencia y sus votos particulares, no me queda más que remedio que pararme a pensar sobre las consecuencias que una declaración de inconstitucionalidad como la de este supuesto que nos ocupa supone para una Sociedad. Y es que en este caso no podemos pasar por alto que la solución adoptada, si bien tiene como fin la protección de una de las partes implicadas, no es menos cierto que restringe la protección de la otra, dándose la paradoja de dejar sin efecto precisamente un procedimiento nacido y previsto para la protección de un interés que socialmente debe ser protegido de forma especial, cual es la posición de los consumidores y usuarios. No se trata aquí de posicionarnos hacia una u otra parte, sino de hacer un análisis jurídico, como bien lo han hecho los distintos Magistrados que han formado parte de la Sala al dictar esta Sentencia y sus Votos particulares, e interpretar las distintas normas y derechos en juego tomando en consideración cuáles de éstos deben ceder al logro del interés común. La socialización del Derecho pasa sin duda por la protección de los intereses generales sobre los particulares y en aras a su logro deben protegerse las instituciones y procedimientos que nacen precisamente para la protección de estos intereses sociales. La interpretación del Derecho es un instrumento maravilloso que nos permite adaptar las normas a las necesidades que surgen en nuestro tráfico jurídico, respetando sin duda alguna los dictados de nuestra Constitución, pero protegiendo también, dentro de los márgenes que nuestro ordenamiento jurídico nos permite, aquellos intereses o derechos de quienes ocupan la parte más débil.



Responsabilidad civil derivada de actividades deportivas

Marta Ruenes Álvarez
Abogada

Sumario

- I.- INTRODUCCIÓN
- II.- MARCO NORMATIVO
- III.- APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACTIVIDADES DEPORTIVAS
- IV.- RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DAÑOS CAUSADOS A LOS PARTÍCIPES. ANÁLISIS PRÁCTICO Y JURISPRUDENCIAL
- V.- RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DAÑOS CAUSADOS A LOS ESPECTADORES. ANÁLISIS PRÁCTICO Y JURISPRUDENCIAL
- VI.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. BREVE ALUSIÓN
- VII.- RELEVANCIA DE LA ASEGURABILIDAD DEL RIESGO: SEGUROS OBLIGATORIOS
- VIII.- CONCLUSIONES

El presente artículo es una adaptación del Trabajo Fin de Máster, con idéntico título, realizado en el seno del Máster Propio en Responsabilidad Civil de la Universidad de Granada (4ªEd.), en el que, partiendo del interés generado por el creciente desarrollo de la práctica deportiva en la sociedad actual, se analiza, desde un punto de vista eminentemente práctico, la responsabilidad civil derivada del desarrollo de actividades deportivas. Tomando como base la interpretación del artículo 1902 del Código Civil adaptada a esta materia que ha venido realizando la jurisprudencia, a partir de elementos casuísticos concretos se examinará la doctrina jurisprudencial a tener en cuenta a la hora de abordar los daños derivados de actividades deportivas generadores, en muchos casos pero -como veremos- no en todos, de responsabilidad civil. Todo ello, con el objetivo de detectar el grado de viabilidad de potenciales reclamaciones surgidas en este ámbito, así como las vías más adecuadas para su prosperabilidad.

I.- INTRODUCCIÓN

En la sociedad actual cada vez damos más importancia al deporte, ya sea por motivos de salud, estéticos o de entretenimiento, entre otros¹. Tan es así que, quién más y quién menos se ve “afectado” en su vida diaria por las actividades deportivas: ya sea porque participa de ellas, porque las presencia, o, simplemente, porque, queramos o no, nos rodean.

En el año 2015 más de la mitad de la población de nuestro país de quince años en adelante practicó deporte, concretamente el 53,5%, ya sea de forma periódica u ocasional, según datos obtenidos de la síntesis de resultados de la “Encuesta de Hábitos deportivos en España 2015” elaborada por la Subdirección General de Estadística y Estudios de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. De la muestra analizada, un 9,8% de la población dispone al menos de una licencia deportiva en vigor. Resulta relevante, en términos evolutivos, que en relación a los datos obtenidos en la encuesta realizada por el mismo organismo en el año 2010, se haya dado un notable crecimiento en las tasas de práctica deportiva, cifrado en 9,2 puntos porcentuales.

Así las cosas, son crecientes los supuestos en que el deporte, o la simple actividad deportiva (que, como veremos no son la misma cosa), dan lugar a la generación de daños. Ello,

inevitablemente, desemboca en el interés de analizar la responsabilidad civil derivada de los mismos.

Con carácter previo, hemos de detenernos en el significado de la palabra deporte; el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua lo define así:

1. *m. Actividad física, ejercida como juego o competición, cuya práctica supone entrenamiento y sujeción a normas*
2. *m. Recreación, pasatiempo, placer, diversión o ejercicio físico, por lo común al aire libre.*

Además de dichas acepciones, la RAE relaciona con la palabra deporte, las siguientes combinaciones: *deporte de aventura* y *deporte de riesgo*, en relación con la incidencia de ciertas actividades que entrañan un plus de peligrosidad.

Partiendo de dicha definición podemos atisbar los diferentes planos en que puede darse una responsabilidad civil derivada de actividades deportivas. La primera acepción de la palabra deporte nos remite a éste como actividad reglada, integrada dentro de una estructura federativa (ya sea a nivel autonómico, nacional o internacional), siendo determinante en estos casos lo dispuesto en dicha normativa para el caso de producirse daños derivados de la práctica de ese deporte. La segunda acepción, por su parte, se refiere a la mera actividad deportiva como “afición”, supuesto éste en el que adquiere especial relevancia la voluntariedad de los intervinientes en la misma, como también, en su caso, la actuación de los organizadores (por ejemplo, meras asociaciones deportivas).

La distinción no es baladí, por cuanto con ocasión del desarrollo de un deporte, tanto el comité organizador, como los partícipes, e incluso terceros elementos (véase vehículo, bicicleta, caballo, etc.) han de disponer de su correspondiente tarjeta federativa, lo que implica una cobertura de los daños que se deriven de la práctica del deporte por los respectivos seguros². Ello, conlleva que quede garantizada la cobertura del riesgo y la satisfacción del daño. Sin embargo, cuando éste se deriva de la práctica de actividades deportivas, entendiéndose por tal la segunda acepción de la palabra “deporte” que nos da la RAE, la cobertura del riesgo no suele estar garantizada por la existencia de un seguro que respalde el desarrollo de la actividad. Quizás sea ésta, entre otras razones, la que explica que la

¹ Para un análisis de las principales motivaciones para la práctica de deporte vid. Síntesis de resultados de la “Encuesta de Hábitos deportivos en España 2015” elaborada por la Subdirección General de Estadística y Estudios de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Diciembre de 2015. Catálogo de publicaciones del Ministerio: www.mecd.gob.es

² Artículo 59.2 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (BOE-A-1990-25037), desarrollado por el Real Decreto 849/1993, de 4 de junio (BOE-A-1993-16129).

mayoría de los supuestos de daños ocasionados a raíz de la práctica deportiva enjuiciados por los Tribunales sean aquellos en que se desarrolla la misma como mera actividad de ocio.

Más allá de la anterior distinción, no se puede dejar de discernir, igualmente, entre los daños ocasionados a consecuencia de la práctica de actividades deportivas (entendidas en general) a los propios participantes en las mismas y los causados a terceros (con especial relevancia a los espectadores). Así pues, el presente estudio abordará las soluciones dadas por la jurisprudencia diferenciando de forma principal esos dos planos de responsabilidades, sin perjuicio de que en sendos apartados se analicen supuestos derivados tanto de la práctica de deporte a nivel profesional como *amateur*.

II.- MARCO NORMATIVO

El deporte, como venimos apuntando, tiene un evidente interés público y social, como lo avala el hecho de que nuestra Constitución lo incluya entre los principios rectores de la política social y económica. El artículo 43.3 de la Constitución de 1978³ dice *“Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.”*

La normativa de aplicación, a nivel estatal, se conforma, principalmente, por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte⁴; el Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre disciplina deportiva⁵; el Real Decreto 849/1993, de 4 de junio, por el que se determinan las prestaciones mínimas del seguro obligatorio deportivo⁶; la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte⁷; el Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte⁸; el Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas⁹.

Por su parte, el artículo 148.1.19ª de la Constitución dice que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en promoción del deporte, por lo que éstas, a su vez, han dictado sus correspondientes leyes.

³ BOE-A-1978-31229.

⁴ BOE-A-1990-25037.

⁵ BOE-A-1993-4678.

⁶ BOE-A-1993-16129.

⁷ BOE-A-1995-9682.

⁸ BOE-A-2010-3904.

⁹ BOE-A-1982-28915.

No obstante, la normativa indicada no contempla las cuestiones relativas a la responsabilidad civil derivada de la práctica deportiva, más allá de la exigencia de seguro obligatorio; sino que más bien se refiere al mantenimiento del orden público, con una finalidad administrativo-sancionadora. Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico, se da una carencia de regulación del régimen de responsabilidad civil derivada del deporte, lo que conlleva que sea a partir del análisis del caso concreto como la jurisprudencia ha venido conformando esta vertiente de la responsabilidad civil; tomando generalmente como punto de partida la piedra angular de la responsabilidad civil extracontractual, el artículo 1902 del Código Civil¹⁰, y, muy excepcionalmente, acudiendo a la vía contractual, aplicando el artículo 1101 del mismo texto legal, o, incluso, en supuestos minoritarios, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹¹.

III.- APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACTIVIDADES DEPORTIVAS

“La concepción moderna de la responsabilidad civil responde a una finalidad determinada por las siguientes funciones: la prevención de los comportamientos antisociales, la indemnización de las víctimas, la dispersión de la carga de los daños y, fundamentalmente, ser garantía de los derechos de los ciudadanos”¹². Para FERNÁNDEZ COSTALES, J. la responsabilidad civil, como efecto derivado del incumplimiento de las obligaciones en general, se configuraba de manera tal que su finalidad consistía en asegurar un equilibrio, justicia social, e individual, otorgando la posibilidad de obtener la reparación del daño causado por el actuar de otro, contribuyendo a crear un clima de cierta seguridad paliando una parte de los riesgos y peligros a los que las personas están expuestas. Nos referimos a sus palabras en tiempo pretérito, por cuanto el artículo a que se hace referencia data del año 1985. En aquel momento imperaba la tendencia a convertir la responsabilidad por culpa en objetiva, en garantía de la víctima/perjudicado.

No obstante, la línea jurisprudencial más reciente es muy rigurosa, en el ámbito que nos ocupa, a la hora de imputar jurídicamente el daño a la persona a quien se le imputa físicamente. Es decir, se da una interpretación genuina del artículo 1902 del Código Civil, que huye de criterios objetivos. En otras palabras, cada uno viene a asumir y soportar sus propios daños a no

¹⁰ BOE-A-1889-4763.

¹¹ BOE-A-2007-20555.

¹² FERNÁNDEZ COSTALES, J. “La responsabilidad civil en los estadios de fútbol y recintos deportivos”, *Diario La Ley*, Editorial LA LEY, 1985, pág. 948, tomo 3.

ser que haya razones jurídicas para atribuirlos a otro sujeto. En palabras de MUÑOZ MENDO, P.¹³ “en la práctica existe una escasa exigencia de responsabilidad civil en el deporte, al dificultarse la imputación a tercero”, dándose preferencia “a la teoría de la asunción de riesgos, siendo generosa la jurisprudencia con la apreciación del lance de juego y, en algún otro caso, con la doctrina de la culpa exclusiva de la víctima”, y, adquiriendo especial relevancia, en cuanto garantía para el deportista, la prevención en los medios con la calidad en las instalaciones y los productos, así como desde el aseguramiento obligatorio.

Es evidente que, pese a que la práctica de cualquier deporte (y de algunos en especial: deportes de riesgo bilateral, como el fútbol; deportes de alto riesgo, como el rafting; deportes de contacto, como el boxeo) entraña en sí misma una serie de riesgos, ello no resulta suficiente para entender que se dé una responsabilidad objetiva. La razón no es otra que, pese a que el riesgo se halla ínsito en la responsabilidad objetiva, no todo riesgo genera responsabilidad por los daños producidos a consecuencia del mismo. En este sentido, nuestro Tribunal Supremo se ha manifestado diciendo que “la aplicación de la doctrina del riesgo en el ámbito de la responsabilidad civil exige que el daño derive de una actividad peligrosa, que implique un riesgo considerablemente anormal”¹⁴. En consecuencia, pese a que es cierto que el deporte genera riesgo, ello no equivale a que el mismo se convierta en una actividad anormalmente peligrosa que permita imputar al que la genera el daño producido por ella¹⁵. No obstante, hay opiniones tendentes a estimar que debe matizarse tal postura, en el sentido de no considerar absolutamente inaplicable la responsabilidad por riesgo en el ámbito de la actividad deportiva cuando concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia (por ejemplo, para el caso de empresas organizadoras de actividades deportivas de alto riesgo)¹⁶.

Así pues, la imputación de responsabilidad

¹³MUÑOZ MENDO, P. “La responsabilidad civil en el ámbito deportivo”, *Diario La Ley*, N° 7081, Sección Dossier, Editorial LA LEY, 22 de diciembre de 2008.

¹⁴ Sentencia 720/2008, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 23 de julio de 2008 (RJ 2008/5509).

¹⁵ Hay autores que consideran que la asunción del riesgo por la víctima se produce en el ámbito de actividades en las que rige la responsabilidad objetiva, operando la asunción del riesgo de forma similar a la culpa exclusiva de la víctima, lo que conlleva la exoneración del causante del daño. Vid. MEDINA ALCOZ, M. “La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos” Ed. Dykinson, Madrid, 2004, págs. 59-64.

¹⁶ VERDERA SERVER, R. “Una aproximación a los riesgos del deporte”, *InDret*, n° 116, Barcelona, enero de 2003, pág. 8 - www.indret.com.

civil derivada de actividades deportivas se encuentra delimitada en gran medida por el criterio de asunción del riesgo, si bien el mismo es modulado por la idea de que el riesgo no se salga de los “límites normales”. Resulta inevitable preguntarse qué se entiende por “límites normales”, lo que nos lleva al análisis de dos conceptos: la agravación del riesgo y la diligencia del buen deportista. En primer lugar, no debe perderse de vista que quien practica una actividad deportiva lo hace aceptando el riesgo típico de esa actividad concreta, que conoce y asume (lo que lógicamente no implica que admita que necesariamente se va a producir el daño); debiendo tenerse muy en cuenta la posibilidad de que ese riesgo se haya visto agravado por el causante del daño, lo que, en consecuencia, influye en la imputación de responsabilidad. Ello nos conduce al concepto de “buen deportista”, que podríamos definir como aquél que tiene un firme compromiso con las reglas del juego y el respeto a los que con él compiten o juegan. Así, la falta de diligencia del deportista, conlleva que no pueda ser de aplicación la teoría de la asunción del riesgo, por cuanto en esos supuestos la posibilidad de sufrir un daño no deviene de las condiciones normales en que se desarrolla la actividad, sino de una anormal intensificación del riesgo por la imprudencia, o, en su caso, dolo, de quien practica la actividad¹⁷. Por tanto, debe diferenciarse la asunción del riesgo de los deportistas por la práctica del deporte de la utilización del mismo para el ejercicio de conductas violentas por los propios deportistas más allá de las propias reglas del juego¹⁸. A modo de ejemplo, puede citarse el caso del futbolista marroquí Bouaouzan, jugador del Wigan, equipo de primera división inglesa, que concluyó en el año 2008 con una condena de seis años de prisión por el Tribunal Supremo Holandés por considerar que había violado flagrantemente las reglas del fútbol de manera intencionada, rompiendo una pierna de su contrario, lo que para dicho Tribunal debía ser penalizado de la misma manera que si se hubiera producido en otras circunstancias ajenas al deporte¹⁹. También en el año 2008, el jugador italo-argentino Mauro Camoranesi, campeón del mundo con Italia y jugador del Juventus de Milán, fue condenado por un Tribunal Argentino a indemnizar al jugador Javier Pizzo por

¹⁷ MAGRO SERVET, V. “La violencia en la práctica del deporte. ¿Delito o infracción disciplinaria?”. *Diario LA LEY*, Sección Doctrina, n° 6608, Editorial LA LEY, 2006.

¹⁸ Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

¹⁹ En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 6 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6809), por la que se condena, en aplicación del artículo 120 del Código Penal, a una entidad deportiva a hacer frente a la responsabilidad civil subsidiaria por las lesiones causadas a un árbitro por un jugador (menor de edad e insolvente) al propinarle un puñetazo en la cara.

aplicarle una “plancha” que le provocó la rotura de ligamentos, menisco y tendón de Aquiles, entendiendo el Tribunal que si bien el golpe no podía calificarse de intencional denotaba una notoria imprudencia²⁰. Más reciente (febrero de 2017) es el caso de la eliminación de Canadá de la Copa Davis por un pelotazo al juez de silla por parte del tenista Denis Shapavalov, quien como modo de protesta por uno de sus fallos golpeó con rabia la pelota con su raqueta, impactando ésta, sin intención del tenista, en el rostro del juez de silla, por lo que fue descalificado. Este ejemplo nos lleva a preguntarnos si, además de la sanción disciplinaria, consistente en la eliminación del torneo, podría darse un supuesto de responsabilidad civil derivada de la práctica de un deporte, debiendo indemnizar el tenista al juez de silla por los daños ocasionados, o, si, al contrario, éste en tanto juez de silla, podría ser considerado como partícipe en la actividad, asumiendo, en consecuencia, los riesgos inherentes a la misma (en este último caso, dilucidando, a su vez, si la conducta del tenista entra en el marco del concepto de “buen deportista” o si, por el contrario, se entiende que se sale de los “límites normales”). Cuestión que dejamos planteada y a la que daremos respuesta en el apartado correspondiente, en virtud de la jurisprudencia recaída en asuntos similares.

En definitiva, quien practica una actividad deportiva no puede pretender que se le indemnice el daño derivado de un peligro que él mismo haya aceptado, ya sea por motivos de ocio o en calidad de profesional, a no ser que otro haya provocado ese daño con su conducta (ya sea otro deportista, el organizador, etc.). Sin embargo, como veremos, ello no es extrapolable a los daños ocasionados a quienes no participan en la actividad en cuestión, y que entran en contacto con la misma como espectadores, o, incluso, como terceros ajenos a ella. En este último caso resulta obvio que los criterios de responsabilidad no pueden ser los mismos que para quien participa voluntariamente de la actividad deportiva.

Por su parte, debe tenerse igualmente en cuenta la ya enunciada e importante diferenciación entre los deportistas profesionales y aquellos que practican actividades deportivas sin serlo. En este sentido, cobra especial relevancia la necesidad de informar a estos últimos sobre los riesgos de la actividad a practicar, en tanto en cuanto no se puede aceptar o asumir aquello que se desconoce, por lo que la falta de una información adecuada, en estos casos, supondrá un límite a la aplicación de la teoría de la asunción del riesgo; especialmente en aquellos

supuestos en que los daños se producen, no por la actuación de otros deportistas, sino por las especiales características de la actividad deportiva²¹.

Por último, debe apuntarse la especial dificultad que conlleva la aplicación del criterio de la asunción del riesgo en aquellos supuestos en que los deportistas son menores de edad.

Como hemos adelantado en el apartado anterior, careciendo este ámbito de la responsabilidad civil de una regulación propia y específica, ha sido la jurisprudencia la que ha venido conformando un cuerpo concreto de soluciones dadas en función de las características de cada caso concreto, tal y como analizaremos en los subsiguientes epígrafes.

IV.- RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DAÑOS CAUSADOS A LOS PARTÍCIPES. ANÁLISIS PRÁCTICO Y JURISPRUDENCIAL

Ya el jurista y escritor romano Alfero Varo tuvo ocasión de pronunciarse al respecto de los daños causados entre los participantes de una actividad deportiva, concluyendo que no había culpa que apreciar en la conducta del jugador que empuja a otro dentro del desarrollo ordinario del juego produciéndole lesiones. La razón de su rechazo no es otra que cada uno de los participantes trata de evitar, en la medida de lo posible, que el contrario atrape la pelota, siendo inevitables, en consecuencia, los golpes y las caídas. Todo jugador lo sabe, y acepta mediante su participación en el juego esos riesgos²².

Partimos, pues, del criterio de la asunción del riesgo, sin perjuicio de la posible responsabilidad de quien practica un deporte, o de quien organiza una actividad deportiva, en su caso, sin desplegar toda la diligencia debida. Ello, sin entrar en los casos de dolo, pues pese a poder analizarse la responsabilidad civil derivada del delito, tal cuestión excedería del ámbito del presente estudio.

Pese a que, como acabamos de señalar, la idea de la **asunción del riesgo por parte del deportista** ha sido heredada del Derecho Romano, podría decirse que fue la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1992 (RJ 1992/8399), la que sentó las

²⁰ FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, M.P. “La responsabilidad civil en accidentes deportivos”, en *I Foro Aranzadi Responsabilidad Civil Asturias 2016*. Oviedo, 2016.

²¹ Vid. Artículo 29 del Decreto 20/2002, de 29 de enero, de Andalucía, de Turismo en el Medio Rural y Turismo Activo (BOJA N°14 de 22/02/2002): obligación de las empresas de turismo activo de garantizar que los usuarios sean suficientemente informados de los riesgos y medidas de seguridad inherentes a la actividad.

²² WACKE, A. “Accidentes en deporte y juego según el derecho romano y el vigente derecho alemán”, *Anuario de historia del derecho español*, 1989 – dialnet.unirioja.es.

bases en esta materia. En el caso enjuiciado los hechos tenían su origen en las lesiones causadas por un jugador a otro con motivo de un partido amistoso de pelota a pala, en el que, a consecuencia de un rebote, la pelota impactó en el ojo de uno de ellos, causándole la pérdida de visión del mismo. Pese a que en primera instancia la demanda fue estimada parcialmente, condenando solidariamente al causante del daño y su aseguradora, y en apelación se aumentó la indemnización, llegado el asunto al Tribunal Supremo, éste entendió que no había lugar a la misma, desestimando íntegramente las pretensiones del actor. Ello, por considerar que, dada la ausencia de regulación en la materia, resultaba de aplicación el artículo 1902 CC, no constituyendo la responsabilidad civil derivada del deporte un supuesto de responsabilidad objetiva, por lo que se requiere culpa o negligencia en la actuación del causante del daño, cosa que no se apreció en los hechos enjuiciados:

“Como muy bien señaló la sentencia recurrida, no existe doctrina jurisprudencial en el marco del derecho civil sobre la materia, ni tampoco una específica regulación no ya normativa sino tampoco reglamentaria, a salvo la Ley del Deporte 10/1990, de 15 octubre (RCL 1990\2123 y RCL 1991\1816) que no toca temas de este tipo, circunstancia esta que da lugar a que este tipo de cuestiones hayan de reconducirse al art. 1902 CC, precepto que aun cuando considerablemente objetivizado por esta Sala, especialmente cuando su aplicación se proyecta sobre actividades, aspectos o conductas de clara y patente trascendencia social ha conducido a una llamada socialización de responsabilidades, lo que no es, en principio al menos de aplicación a las competiciones deportivas, dado que el riesgo particular que del ejercicio de una actividad de ese género pueda derivar y va implícito en el ejercicio de la misma, no puede equipararse a la idea del riesgo que como objetivación de la responsabilidad ha dado lugar a la aparición de una especial figura responsabilicia, en cuanto ésta se encuentra fundada en la explotación de actividades, industrias, instrumentos o materias que si bien esencialmente peligrosos, el peligro que su puesta en funcionamiento lleva implícito se ve compensado en primer y fundamental lugar por el beneficio que como consecuencia de ello recibe la Sociedad en general, y en cuanto al directamente exportador del medio, por los beneficios que a través de ello obtiene, nada de lo cual acontece en casos como el presente en el que concretamente y por lo que a él se refiere, no era un deporte

de masas, ni siquiera cultural, sino al igual que acontece con otros deportes como el tenis a estos niveles, la natación, etc., no son otra cosa que aspectos deportivos propios de la Sociedad actual que a nivel individual vienen a constituir una faceta lúdico-sanitaria en cuanto dirigida a paliar en cierta medida las consecuencias psíquicas que las agotadoras horas de servicio o trabajo diario, en medios lo suficientemente ásperos y en ocasiones hasta agresivos, como suelen ser aquellos en que se desenvuelven actualmente las tareas laborales, provoca en la persona la necesidad de acudir a manera de «válvula de escape» a la práctica de ciertos deportes de carácter más bien individualista, cual acontece con el aquí contemplado.”

El Supremo, tras fundamentar la aplicación al caso del artículo 1902 CC, hace hincapié en las dos notas que van a resultar características en el análisis de los supuestos de responsabilidad civil derivada del deporte: la idea de la asunción del riesgo y la de que éste no se salga de los “límites normales”:

“Así centrada la cuestión y para comprobar si la tipificación realizada tanto por el Juzgador de instancia como el de Apelación se acomoda a lo indicado, debe también señalarse que en materia de juegos o deportes de este tipo la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar -roturas de ligamentos, fracturas óseas, etc.-, va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas.

Lo que ha de imperar por tanto en este tipo de actividades son las reglas de prudencia que los jugadores deben seguir, debiendo a su vez tenerse en cuenta que los actos de los deportistas en cada manifestación deportiva, aun cuando dirigidos a lograr las más adecuadas jugadas no siempre producen el resultado perseguido, cual aquí ha acontecido, ya que no puede extraerse la consecuencia de que en un juego como el de pelota a pala quien maneja ésta quiera lesionar a su compañero de competición de la misma forma que tampoco se le puede exigir que la pelota vaya siempre al lugar deseado.

Todas estas consideraciones conducen a estimar que al demandado y hoy recurrente don José O. R. no le es imputable a título de culposos o negligencia el acto que originó la pérdida del ojo izquierdo a don Ricardo V. O., en cuanto



tal evento no es en realidad otra cosa que una consecuencia, desgraciada y siempre sentida, de cualquier tipo de juego, pero de responsabilidad inicialmente inimputable, lo que produce como consecuencia la estimación del motivo y consiguientemente del presente recurso.”

Una vez sentadas las bases a tener en cuenta a la hora de afrontar los litigios surgidos a consecuencia de este tipo de daños, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 270/2006, de 9 de marzo de 2006 (RJ 2006/1882)²³, matizando los caracteres propios de esta responsabilidad a que se había ido haciendo referencia con ocasión de la jurisprudencia recaída durante los años anteriores, acuñó el término de “buen deportista”. Lo hizo con ocasión de la reclamación presentada por la viuda y el hijo de un jugador de golf, quien desgraciadamente falleció a consecuencia del impacto de una pelota golpeada por otro deportista que se

encontraba en otra calle del campo. La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia, siendo posteriormente revocada en sede de apelación considerando la Audiencia que no se podía observar negligencia en el actuar del demandado, ni tan siquiera en un grado mínimo, como había entendido el juzgador a quo. Sentencia que fue confirmada por el Tribunal Supremo, desestimando el recurso de casación interpuesto por la viuda del jugador de golf, con base en la teoría de la asunción del riesgo:

“Todo deportista sabe inicialmente que la práctica de cualquier deporte entraña la posibilidad de sufrir daños, tanto por la acción propia como de los que con él comparten el juego o realizan una práctica común, sin unidad de juego, como es el golf, y como tal los acepta siempre que la conducta de los demás partícipes respeten los límites establecidos ya que de no ser así podrían incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas, como precisa la Sentencia de ésta Sala de 22 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8399) . De esa forma, la imputación de responsabilidad debe de hacerse en función y beneficio de una practica deportiva, comúnmente

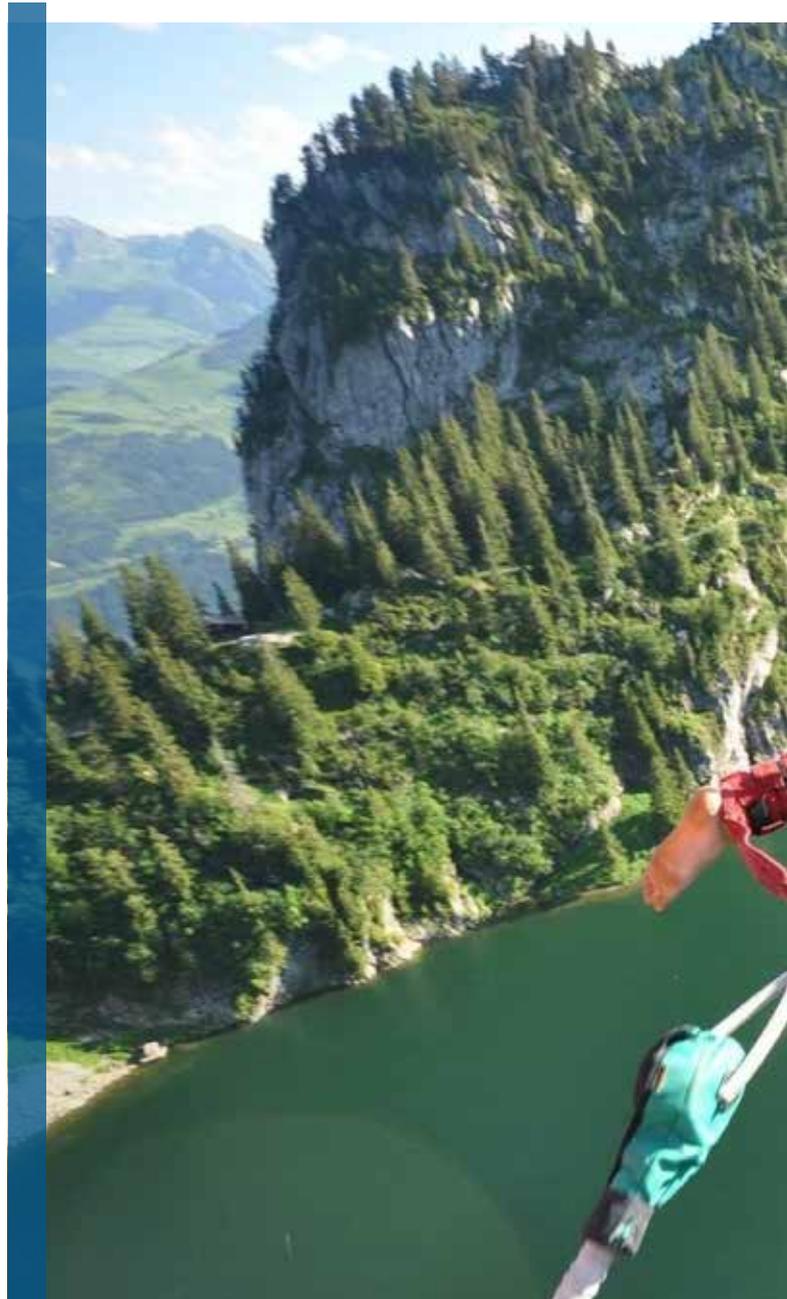
²³ Para un comentario en detalle de esta resolución vid. GARCÍA GARNICA, M.C. “Comentario a la STS, Sala 1ª, de 9 de marzo de 2006: El criterio de imputación de los daños causados en la práctica de actividades deportivas”, Revista Española de Seguros, núm. 126, abril-junio 2006, págs. 367-387.

aceptada, tomando como medida de diligencia, exigible a tenor del artículo 1104 del Código Civil (LEG 1889, 27) , la del buen deportista, que no se fundamenta necesariamente en un juicio de calidad, sino en un firme compromiso con las reglas del juego y en el respeto a quienes con él compiten o juegan, incluso si se trata de deportes de alto grado de violencia, sobre la base de que no se juega para hacer daño, aunque este se pueda producir, sino para participar, competir y ganar, en su caso. Es, pues, una medida de diligencia que debe exigirse con el necesario rigor cuando se sobrepasan las reglas del juego, o lo que es igual cuando la posibilidad de sufrir un daño no resulta de las condiciones usuales o reglamentarias en que este se desarrolla, sino a partir de una anormal intensificación del riesgo y consiguiente desatención de las normas de prudencia que los jugadores deben observar en función de las especiales características de cada uno, precisamente por que conocen que una conducta transgresora es capaz de producirlo. Por lo mismo, una simple infracción reglamentaria no puede servir en si misma de argumento para imponer una responsabilidad de este orden más allá de la disciplinaria, teniendo en cuenta, como precisa la sentencia citada, que «los actos de los deportistas en cada manifestación deportiva, aun cuando dirigidos a lograr las más adecuadas jugadas no siempre producen el resultado perseguido».

Pero no en todos los supuestos enjuiciados por nuestros tribunales con ocasión de daños producidos a consecuencia de la práctica deportiva se resuelve en el sentido de considerar de aplicación la teoría de la asunción del riesgo. Ésta viene limitada por una serie de variables que determinarán la responsabilidad del agente causante del daño.

En primer lugar, resulta especialmente relevante la cuestión de la **información recibida respecto a la actividad deportiva** que se va a practicar. Así, en el caso de deportistas no profesionales, se exige que los mismos tengan conocimiento de los riesgos que asumen, pues, de lo contrario, no podríamos hablar de asunción de un riesgo que se desconoce o del que no se ha informado adecuadamente²⁴. En este sentido, cabe destacar la Sentencia 931/2001

²⁴ Artículo 18.2 e) TRLGDCU: *“Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes: Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.”*



del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2001, (RJ 2001/8639) que hace alusión igualmente a la teoría de la asunción del riesgo, pero matiza la importancia de que el mismo tiene que ser conocido por quien practica el deporte; ello, en un caso de fallecimiento con motivo de la caída de la balsa en la que se practicaba rafting, considerando el tribunal que el peligro era perfectamente conocido por el fenecido, dando especial relevancia a que no era la primera vez que practicaba la actividad, por lo que resultó de aplicación la teoría de la asunción del riesgo, no pudiendo imputarse responsabilidad alguna al monitor ni a la entidad organizadora del servicio:

“El planteamiento no puede ser acogido porque se contradice con la testifical



valorada en la instancia, no concuerda con el contenido de la posición novena del pliego de posiciones a formular al señor L. (f. 326 de autos), y, sobre todo, en lo que se refiere a Luis A., éste no ignoraba todas las circunstancias expresadas pues no era la primera vez que hacía «rafting» y además conocía el punto concreto del accidente, y en cuanto a los restantes ocupantes su hipotética (a los meros efectos dialécticos) inexperiencia no consta incidiera en el desarrollo causal.”

Por tanto, se llega a la conclusión de que no resulta necesario informar de los riesgos que el participante en la actividad pudiera conocer en función de su experiencia anterior, como tampoco de aquellos que sean notoriamente

conocidos. Así lo estima la Audiencia Provincial de Asturias, en su Sentencia 474/2003, de 21 de julio de 2003 (JUR 2004/15266), con ocasión del análisis de un supuesto de lesiones por vuelco en un circuito de quads, en el que estima de común conocimiento el hecho de que al tomar las curvas ha de minorarse la velocidad sin necesidad de que se advierta por la organización en tal sentido.

Como muestra de la relevancia del conocimiento del riesgo por parte del deportista, podemos citar la Sentencia 857/2009 del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 (RJ 2010/866) en la que se exime de responsabilidad al organizador de un circuito de supercross por las gravísimas lesiones (paraplejía) sufridas por un participante

a raíz de una caída por un obstáculo en el recorrido. Considera el Tribunal que, pese a que la presencia del obstáculo no era un riesgo inherente a la práctica de este tipo de deporte, el circuito tenía ese trazado desde el año 1998, siendo el obstáculo característico de ese tipo de carreras, a lo que habría que sumar que el lesionado era Presidente de la Asociación de Pilotos de Motocross y Supercross, por lo que se estimó que debía conocer la existencia de ese riesgo especial:

“(...) el actor, Presidente de la Asociación Nacional de Pilotos de Motocross y Supercross, lo conocía desde su inicio pues lo había recorrido no solo en la fecha del accidente, por los entrenamientos y la inspección previa del circuito, sino en numerosas ocasiones. Conocía el riesgo, el mismo de siempre, y lo aceptaba, igual que siempre, como parte de su actividad, pues no hubo ningún incremento o agravación imprevisible o desproporcionado. Se cayó por razones propias de la carrera o de su pericia con tan mala fortuna que quedó parapléjico, pero sin que tan grave resultado pueda ponerse a cargo de los organizadores -juicio de reproche subjetivo- pues nada omitieron para un buen desarrollo de la carrera proyectada que, de haberse tenido en cuenta, hubiera evitado el accidente lesivo, salvo no celebrarla.”

Recientemente (julio de 2017) hemos conocido la desgraciada noticia del fallecimiento de cuatro miembros de una misma familia (dos padres y dos de sus hijos) con ocasión de la práctica de barranquismo en el Valle del Jerte al verse sorprendidos por la crecida del río debido a las fuertes precipitaciones. Se trataba, según las informaciones, de principiantes, debiendo tenerse especialmente en cuenta la corta edad de los niños, de 9 y 11 años, que iban acompañados de un monitor. Todo ello nos hace plantearnos, al hilo de la presente exposición, si habrían recibido las indicaciones necesarias para afrontar la actividad en debidas condiciones de seguridad, teniendo en cuenta, además, las concretas circunstancias climatológicas y su posible incidencia en el fatal desenlace.

En segundo lugar, como elemento excluyente de la aplicación de la teoría de la asunción del riesgo por el deportista, puede suceder que se estime la responsabilidad **de otro de los deportistas o participantes en el juego**, en el supuesto de que no obre con la diligencia exigida. Este es el caso de la Sentencia 385/1997 de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de noviembre de 1977 (AC 1997/2216), que con ocasión de las lesiones sufridas por un menor al ser empujado por otro en una pista de hielo, considera responsables a los padres del segundo:

“El choque presupone la culpa de ... por los siguientes argumentos: A) No hay motivo alguno que justifique esta acción, y que debió de ser violenta, como corrobora la gravedad de la lesión. B) Ciertamente, el patinaje sobre hielo es un deporte arriesgado, pero la asunción del riesgo que conlleva su práctica se refiere más bien o principalmente a la propia imprudencia o a supuestos fortuitos, no a la actuación de otro. C) No se ha acreditado culpa alguna en la actora, y, en contra de lo que sostiene la sentencia apelada, la carga de demostrar este hecho recae en la adversa, dado que tiene carácter de impeditivo de la acción. Es verdad que el hijo de los demandados y su amigo antes mencionado declaran que la demandante se introdujo de improviso en la pista, pero difícilmente podemos asumir esta versión cuando en todo momento han negado que... hubiera golpeado a la perjudicada. Y D) ... era un experto patinador, pues entrena con regularidad en la pista de Jaca y colabora con el personal de la instalación, de forma que el choque sólo pudo producirse por un exceso de velocidad o por cualquier otra causa imputable al mismo.”

Otro caso en el que cede el criterio de la asunción del riesgo al apreciarse negligencia en el actuar del agente causante del daño es el examinado en la Sentencia 399/2002, de la Audiencia Provincial de Girona de 11 de julio de 2002 (AC 2002/1642), con motivo de las lesiones producidas a un esquiador por la colisión con otro que invadió su pista de manera súbita, estimando el tribunal la concurrencia de culpas de ambos, por circular la víctima por una pista de dificultad no apta para su experiencia en el deporte practicado.

La Sentencia 485/2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª), de 23 de junio (JUR 2009/369770), partiendo de la base de que el que el deporte conlleve un cierto riesgo no implica que el deportista deba asumir siempre como algo propio las lesiones que se produzcan en el curso de su práctica, estima la responsabilidad de un jugador de fútbol (no profesional) por los daños causados a otro participante en el juego al chutar el balón, *“con rabia y cabreo”*, al haber recibido un gol en contra, *“sin mirar y sin intención de mandar el balón al centro del campo para reanudar el juego”*. Ello, por cuanto el balonazo no se produjo en un lance del juego, por lo que no puede encuadrarse dentro del riesgo que cualquier jugador asume al disputar un partido, siendo así que *“el actor se hallaba totalmente indefenso para eludir el resultado ante lo inesperado del chute del demandado”*.

Por su parte, otro de los supuestos más característicos en cuanto a la limitación de la aplicación de la teoría de la asunción del riesgo por el deportista es aquél en que se observa **culpa o negligencia por parte de la organización o del titular de la instalación deportiva**²⁵. Resulta ilustrativa en este sentido, la SAP de Vizcaya, de 15 de marzo de 1999 (AC 1999/881), que, en un caso de accidente con ocasión de la práctica de montañismo, en el que estima la responsabilidad del amigo experto que dirigía el descenso (y su aseguradora) por la muerte de un compañero en el descuelgue, analiza los supuestos en que concurriría responsabilidad del organizador o del titular de la instalación deportiva:

“En consecuencia, el que practica un deporte debe asumir las consecuencias inherentes al mismo, mas esta afirmación debe ser matizada en aquellos casos en los que la causación del daño no viene motivada por el deporte en sí, sino por el estado de las instalaciones donde aquél se practica, por la ausencia de medidas de la organización que prevenga tales riesgos, o cuando estando en una fase de aprendizaje, aquél que enseña no adopta las medidas de precaución o los instrumentos adecuados para ello.”

De conformidad con la resolución indicada, la responsabilidad del organizador o titular de la instalación deportiva únicamente tendría lugar de apreciarse culpa o negligencia de la misma, que podría concretarse en un amplio abanico de posibilidades, desde la falta de información al usuario-deportista, hasta la falta de medidas de organización o de seguridad.

Un ejemplo de responsabilidad civil del organizador de una prueba deportiva por los daños sufridos por uno de los participantes en la misma (ciclista profesional) lo constituye la Sentencia 580/2006 del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2006 (RJ 2006/3494); por la que se estima la responsabilidad civil de la empresa organizadora de la carrera ciclista por no haber adoptado las medidas de seguridad necesarias para evitar el riesgo de caídas, que no dimanaban del mero hecho de participar en una prueba de esas características, sino de las condiciones de la vía en que tenía lugar la misma (túnel sin iluminación):

“Pues bien, en la responsabilidad derivada del artículo 1902 del Código

Civil (LEG 1889, 27) , existe una relación física o material, por cuanto las lesiones sufridas por el actor se produjeron como consecuencia de la falta de iluminación del túnel, y hay también causalidad jurídica para atribuir el resultado dañoso a la demandada como organizadora de la prueba por cuanto la causa eficiente del resultado lesivo, en un criterio lógico, razonable y de buen sentido, se residencia, de un lado, en el hecho de haber diseñado una etapa que contemplaba el paso de un largo túnel sin iluminación con evidente riesgo para los ciclistas, a partir del cual se materializó el daño, y, de otro, en la propia confianza de los corredores en que estaba suficientemente iluminado.

(...) Concurren, por lo tanto, los requisitos que conforman la responsabilidad extracontractual o aquiliana del artículo 1902 CC, de omisión, daño, nexo causal y culpa de la recurrente, no observándose infracción alguna del ciclista implicado en el accidente, ya que seguía las directrices de la organización, contando con la seguridad de realizarlo sin peligro, y no hay dato alguno en la sentencia que permita una calificación jurídica distinta de los hechos, para estimar que en Unipublic no hubo culpa y que evidencie que el accidente se produjo por la conducción negligente o culposa del ciclista, o por la actuación de terceros ajenos al control de la organización.”

Destacan, por su gran número, las resoluciones recaídas en materia de accidentes con ocasión de la práctica de esquí, en las que se imputa responsabilidad por los daños sufridos por el deportista a la concreta estación de esquí, en tanto en cuanto no ha adoptado las medidas de seguridad necesarias para evitar los daños causados. Entre otras muchas, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo 64/2011, de 9 de febrero de 2011 (RJ 2011/1822), por cuanto recuerda que nos encontramos ante una responsabilidad de corte subjetivo, por la que se estima la condena a la demandada, quien no actuó con la diligencia que le era exigible:

“La sentencia no pone a cargo de la recurrente una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto no se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado, sino una responsabilidad de tipo subjetivo, que es el sistema común de responsabilidad de nuestro CC, la cual declara tras considerar probado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 1902 del CC , de daño, culpa y relación de causalidad, actuando en la apreciación de todos ellos con arreglo a la doctrina antes expuesta,

²⁵ En multitud de ocasiones el organizador o titular de la instalación es una Administración Pública, con las consecuencias que ello conlleva, especialmente en cuanto al procedimiento a seguir. Estos casos de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de daños producidos con ocasión de la práctica de actividades deportivas se analizarán, por razones sistemáticas, en el apartado número VI.



incluyendo la posibilidad de imputar objetivamente el resultado a la conducta imprudente constatada y consistente en la omisión de las medidas de seguridad necesarias para prever un riesgo previsible, creado por la propia demandada y distinto al que era inherente a la práctica deportiva.”

Nos hemos referido a esta resolución, en la medida en que parte de la doctrina ha venido sosteniendo que, en relación con los organizadores y titulares de instalaciones deportivas, debería darse una objetivación de la responsabilidad, en tanto en cuanto obtienen un beneficio económico con ocasión de la concreta actividad deportiva. Ello, con especial mención a la figura de los **prestadores de servicios deportivos**²⁶. Esta corriente que postula la responsabilidad objetiva del prestador de servicios deportivos, contempla dos posibles planos: el de ausencia de responsabilidad para

el prestador de servicios, por tener lugar el daño en el ámbito del riesgo asumido por la víctima; y, el de responsabilidad del prestador, en todos los demás casos (con exclusión de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o la acción de tercero, que romperían el nexo causal) por entender que el daño causado tendría una naturaleza sorpresiva, ajena al riesgo inherente a la actividad deportiva de que se trate. Por tanto, en el momento en que el daño fuese imputable a una circunstancia ajena al riesgo asumido respondería el prestador de servicios, sin necesidad de que hubiese actuado de forma negligente. Esta postura coincide con la regulación de la responsabilidad civil por productos defectuosos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 137 TRLGDCU, en el sentido de que se hace depender de las expectativas de seguridad del usuario la imputación de responsabilidad.

De acuerdo con la jurisprudencia estudiada hasta el momento, no podemos sino discrepar de la tendencia objetivadora referida, pues, como hemos indicado anteriormente, el deporte genera un riesgo pero no nos encontramos ante una actividad anormalmente peligrosa que permita imputar en todo caso al que la genera el daño derivado de la misma. En este sentido, la anteriormente citada Sentencia 64/2011 del

²⁶ Al respecto, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “La Responsabilidad civil del prestador de servicios deportivos”. En “La Responsabilidad Civil por Daños causados por Servicios Defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas”, ORTI VALLEJO, A.; GARCÍA GARNICA, M.C.; Y OTROS. Editorial Aranzadi, 2ª Edición, 2015, pág. 855 y ss.

Tribunal Supremo, aclara perfectamente la postura que mantenemos:

“Por estas razones la aplicación de la doctrina del riesgo, además de que solo es posible en supuestos de riesgos extraordinarios (riesgo considerablemente anormal en relación a los parámetros medios (SSTS de 18 de julio de 2002 (RJ 2002, 6254) , RC n.º 238/1997), no implica una responsabilidad objetiva fundada en el resultado o en el propio riesgo creado (que no tiene encaje en el artículo 1902 CC , como declaran, entre otras, las SSTS de 25 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4347) , RC n.º 1018/2006), sino que, sin prescindir del elemento esencial de la culpa, a lo más que llega es aceptar la aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia a daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole.

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

Por tanto, a nuestro juicio, resultaría indudablemente más acorde el sistema de responsabilidad por los daños causados con ocasión de la prestación de servicios en general, de conformidad con el artículo 147 TRLGDCU, en tanto en cuanto supone una responsabilidad subjetiva con aumento de la diligencia exigible al empresario e inversión de la carga de la prueba respecto al elemento culpabilístico.

Siguiendo con la responsabilidad civil del prestador de servicios deportivos, no podemos dejar de referirnos a los centros deportivos o gimnasios, de creciente afluencia. Con ocasión de la lectura de las condiciones generales de un contrato tipo cualquiera de uno de estos centros, nos encontramos con cláusulas del estilo *“La empresa queda excluida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios que puedan sufrir los socios por el uso inadecuado de la maquinaria deportiva, siempre que medie dolo o negligencia por parte del socio o usuario”,* o *“El socio y/o tutores legales, en su caso, bajo su responsabilidad, declara tener la capacidad física o la de su representado, para*

la práctica del deporte en las instalaciones -del centro-, asumiendo bajo su responsabilidad cualquier eventualidad, contratiempo, dificultad, problema, lesión o accidente que por tal circunstancia se pueda producir, exonerando plena y expresamente -al centro- de cualquier responsabilidad por estos conceptos.” En principio, de conformidad con la jurisprudencia analizada hasta el momento, el que se excluya la responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima resulta ajustado, sin embargo, llama la atención la precisión que se realiza a que se exonere de responsabilidad de forma plena al centro, cuando, como es lógico, pueden darse supuestos en que, pese a que el daño se deba a la negligencia del perjudicado, concurra la misma con la falta de diligencia del centro, por lo que éste habría de responder en el porcentaje que se estimase adecuado según las circunstancias del caso concreto²⁷. En igual medida, respecto a las condiciones físicas del usuario, resultaría excesivo hacer responder al prestador de servicios de las limitaciones del anterior para llevar a cabo una concreta actividad. Sin embargo, en los casos en que dichas carencias sean evidentes para quien presta el servicio, coincidimos con [PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.](#) cuando dice que “podría estimarse que hay un comportamiento negligente por parte del prestador de servicios, que concurriría con la negligencia del propio usuario, que desatendió las indicaciones al respecto”²⁸.

Podemos señalar, como ejemplificativas de supuestos de daños ocasionados por la práctica de actividad deportiva en gimnasios, la Sentencia 117/2005 de la Audiencia Provincial de Cuenca de 18 de mayo de 2005 (JUR 2005/133931), que pese a que enuncia que considera de aplicación la responsabilidad por riesgo al caso concreto, estima la existencia de un comportamiento negligente del titular del gimnasio, condenando por ello al resarcimiento de los daños ocasionados a un cliente del mismo por manipular una de las máquinas que no contaba con las medidas de seguridad adecuadas, sin que, además, hubiese en aquel momento un monitor supervisando la actividad. Por su parte, en un caso de infarto sufrido por un usuario de un gimnasio, con obesidad mórbida e hipertensión, la Sentencia 443/2012 de la Audiencia Provincial de Málaga, de 27 de julio (AC 2013/987), desestima cualquier tipo de responsabilidad del propietario del centro, en tanto en cuanto el usuario conocía

²⁷ Teniendo en cuenta que, en estos casos, nos encontramos ante contratos de adhesión, tratándose dichas cláusulas de condiciones generales de la contratación, debería examinarse, llegado el caso, su carácter abusivo, de conformidad con el artículo 82 y siguientes del TRLGDCU, dirigido a alcanzarse la posible nulidad de las mismas.

²⁸ [PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.](#) “La Responsabilidad civil del prestador de servicios deportivos”. *op. cit.* pág. 883.

que el ejercicio debía ser realizado de forma moderada, y encontrándose, además, las instalaciones deportivas en perfecto estado de funcionamiento:

“dicho centro se pone a disposición del público en general que pretenda su utilización bajo unas normas objetivas de seguridad en su funcionamiento, pero que las mismas lo son en relación con las condiciones objetivas de las instalaciones, no en relación con el estado de salud de los usuarios, y menos cuando no es puesto en conocimiento de la dirección posibles estados patológicos”

Por otro lado, no podemos dejar de referirnos a los especialmente delicados supuestos en que, con ocasión de la práctica deportiva se causan daños a **menores de edad**, en los que, dada la condición del deportista, se exige un nivel de diligencia reforzado, especialmente para los casos en que la producción del daño tiene lugar con ocasión de la enseñanza deportiva. Ha de tenerse en cuenta que, al igual que los menores pueden convertirse en víctimas con ocasión del desarrollo de una actividad deportiva, también pueden adoptar el papel de agentes causantes del daño, situación en la cual, en aras a la brevedad, pues un análisis más profundo excedería del ámbito del presente artículo, habrá que estarse a lo dispuesto en el artículo 1903 del Código Civil, en aplicación del cual responderán los padres/tutores del menor causante del daño²⁹.

Recientemente (abril de 2017) se ha conocido la triste noticia del fallecimiento de un menor de 10 años de edad, con ocasión de un entrenamiento de las sesiones preparatorias del Campeonato de Asturias en el circuito de karts del reconocido piloto de Fórmula 1 Fernando Alonso, en La Morgal (Asturias). La causa del accidente fue la colisión con otro de los vehículos, que hizo volcar el kart que conducía el menor fallecido. Todo parece indicar, con los datos de que disponemos, que el menor gozaba de holgada experiencia en la concreta actividad deportiva, lo que nos conduce al criterio de la asunción del riesgo, debiendo analizarse si pudo haberse dado alguna circunstancia agravante de ese riesgo inicialmente asumido (mal estado de la pista, por ejemplo). Ante la falta de información, por prudencia, dejamos únicamente apuntado este desgraciado ejemplo, como muestra de la casuística en este tipo de sucesos en que se encuentran implicados menores, de edades cada vez más tempranas.

²⁹ Vid. Sentencia 385/1997 de la Audiencia Provincial de Huesca, de 20 de noviembre (AC 1997/2216), a la que nos hemos referido anteriormente, por la que se estima la responsabilidad de los padres del menor que causa daño a otro al empujarlo en una pista de patinaje sobre hielo.

Como supuesto ejemplificativo del actuar de los tribunales, podemos referirnos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1984 (RJ 1984/6301), que condena, por la muerte de un joven, a la entidad organizadora de la actividad de piragüismo y al entrenador por negligencia y por la falta de adopción de las medidas de seguridad. Igualmente, la Sentencia, también del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1992 (RJ 1992/8186) condena a la entidad organizadora y a los monitores de la actividad de montañismo por la muerte de un menor al resbalarse, teniendo en cuenta el alto grado de dificultad que implicaba la excursión para un niño de ocho años de edad, lo que agravaba la peligrosidad de la actividad, teniendo, además, en cuenta que no se disponía de los medios más básicos para garantizar la seguridad. A la vista de estas resoluciones no podemos dejar de hacer referencia de nuevo, dado su paralelismo, al reciente y desgraciado suceso de la muerte de dos niñas de 9 y 11 años de edad, que junto con sus padres, practicaban barranquismo, acompañados por un monitor, viéndose sorprendidos por una tromba de agua. En este caso, en opinión de quien suscribe, resultaría altamente probable que se declarase la responsabilidad de la entidad organizadora de la actividad, e, incluso, del monitor, dadas las circunstancias en que ha tenido lugar el suceso (víctimas principiantes, menores de edad, práctica de la actividad pese a las condiciones climatológicas adversas³⁰, etc.).

En sentido contrario a las anteriores, por cuanto no estima responsabilidad alguna, entendiendo que se trata de un riesgo natural en el marco de un proceso formativo, la Sentencia 98/2009 del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2009 (RJ 2009/1494), exime de responsabilidad al centro de enseñanza y al profesor concreto por las gravísimas lesiones (tetraplejia) sufridas por un niño de 14 años con ocasión de un salto sobre una cama elástica en el desarrollo de una clase de gimnasia, bajo la dirección y vigilancia de su profesor. La Sentencia concluye que no era dable derivar responsabilidad alguna dado que no se había acreditado en qué medida habían incidido en la causación del daño las omisiones que se atribuían al profesor. La solución adoptada resulta, en este caso, ciertamente controvertida, por cuanto no se trata de un supuesto típico de asunción del riesgo por quien practica un

³⁰ Para PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. *“cuando convergen circunstancias medioambientales extraordinarias que incrementan el riesgo típicamente asumido por el usuario, el daño que tenga su causa en estas circunstancias no ha podido ser asumido por el usuario y recaerá en la esfera de responsabilidad del prestador de servicios que para desplazarlo al ámbito del riesgo asumido por el usuario deberá informar convenientemente sobre estas circunstancias especiales”*. “La Responsabilidad civil del prestador de servicios deportivos”. *op. cit.* pág. 891.



deporte, sino que, en el ámbito de la enseñanza obligatoria, el alumno, lo quiera o no, se ve compelido a llevar a cabo las actividades que se le indiquen por parte de su profesorado. El sentenciar que constituye un riesgo general de la vida que un niño quede en situación de tetraplejia con ocasión de una actividad deportiva impuesta en un centro de enseñanza no superior es cuanto menos cuestionable, dicho sea con todo respeto, debiendo aplicarse, a mi juicio, al caso concreto la inversión de la carga de la prueba de conformidad con el artículo 1903.5 del Código Civil, correspondiendo a los demandados el deber de probar que emplearon toda la diligencia exigida³¹.

A lo anterior no podemos dejar de sumarle la relevancia que tiene el grado de capacidad evolutiva del menor, en el sentido de que éste, en su vida diaria, realiza contratos para la práctica, entre otras actividades, de entretenimientos deportivos. Ello, tiene especial incidencia en cuanto a los daños derivados del desarrollo de actividades deportivas para las que el menor

ha contratado los servicios de una entidad, en relación con el plazo de prescripción de la hipotética acción de responsabilidad civil a ejercitar: de considerarse que efectivamente el menor tiene capacidad de contratar, la responsabilidad generada lo sería de índole contractual y, por tanto, considerablemente más amplio su plazo de prescripción. Así lo entendió el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 10 de junio de 1991 (RJ 1991/4434), en la que estima la responsabilidad de una estación de esquí por los daños sufridos por un menor por el defectuoso funcionamiento de las instalaciones:

“resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en

³¹ Para una visión más a fondo del asunto vid. MEDINA ALCOZ, M. “Sobre la asunción del riesgo por parte de un menor durante una actividad deportiva obligatoria”. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* n.º 29/2010. Editorial Aranzadi.

cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» (art. 3.1 del Código Civil), y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, una finalidad protectora del interés de éstos, es evidente que en esa clase de contratos la misma se hace innecesaria».

Junto con el grado de capacidad evolutiva del menor debe tenerse en cuenta, igualmente, el grado de madurez del mismo en relación con el tipo de actividad deportiva a desarrollar en cuanto a la capacidad para asumir el riesgo que la misma comporta. En palabras de **PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.** “la asunción del riesgo requiere una cierta capacidad intelectual que permita comprender la peligrosidad intrínseca del acto que se realiza voluntariamente”.³² A este respecto, resulta relevante la capacidad de los representantes legales para consentir por el menor, teniendo muy presentes los límites a que hace referencia el artículo 162 del Código Civil, entre los que, a estos efectos, nos interesa la exclusión de representación para aquellos actos que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. En relación con el consentimiento de los padres para la realización de una actividad deportiva por un menor de edad, la Sentencia 401/2014 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) de 9 de septiembre (JUR 2014/289621), resuelve en el sentido de desestimar la acción ejercitada por un chico de 17 años que resultó con lesiones graves durante un entrenamiento de boxeo. Ello por cuanto, además de no haberse acreditado la desproporcionalidad entre las partes que participaban en el enfrentamiento y habiendo quedado probada la profesionalidad del entrenador demandado, se entendió acreditado el consentimiento dado por los padres del menor para los entrenamientos. No obstante, consideramos que, en un supuesto como el objeto de litigio, teniendo el menor lesionado la edad de 17 años, podría entenderse que ostenta madurez suficiente para comprender la peligrosidad propia del deporte en el que decide participar y cuyos riesgos está en condiciones de asumir. En el caso enjuiciado reviste especial relevancia el hecho de que los daños se produjesen en el marco de un entrenamiento y no de un combate propiamente dicho, para el cual hubiese sido necesario el consentimiento expreso de los representantes legales del menor.

Por último, y con carácter previo a abordar el estudio de la responsabilidad civil derivada de daños causados a espectadores de actividades

deportivas, no podemos dejar de hacer referencia a los **daños sufridos por jueces, árbitros o auxiliares**, entre otros. En el apartado III del presente estudio, con ocasión de una noticia de prensa en la que era protagonista un juez de silla lesionado en la Copa Davis, dejábamos planteada la cuestión acerca del tratamiento que corresponde a estas personas, que sin ser deportistas, ni tampoco espectadores, participan del desarrollo de la actividad. Pues bien, de la jurisprudencia recaída al respecto, se extrae que son asimilables a los deportistas, por lo que es extrapolable la teoría de la asunción del riesgo, con los límites correspondientes³³. Como ejemplo, puede citarse la Sentencia 193/2001 de la Audiencia Provincial de León de 16 de abril de 2001 (AC 2002/152), por la que se declaró la responsabilidad de los organizadores por los daños sufridos por una cronometradora al ser arrollada por un ciclista, por no contemplar los riesgos que se originaban en la línea de meta, adoptando las oportunas medidas de seguridad para evitar accidentes. En idéntico sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 218/2010, de 9 de abril (RJ 2010/3530), estima la responsabilidad, por falta de adopción de las medidas de seguridad adecuadas, del organizador de una carrera ciclista por el fallecimiento de un auxiliar al colisionar con él un ciclista cuando se encontraba señalizando a los participantes la existencia de un desvío. También del Tribunal Supremo, pero en este caso, como ejemplo de aplicación de la teoría de la asunción del riesgo por parte del instructor, podemos citar la Sentencia 859/2001, de 27 de septiembre de 2001 (RJ 2001/7129), por la que se exonera de responsabilidad tanto a la jugadora de golf que lesionó a su instructora al realizar un lance con el palo, como al dueño de las instalaciones en las que se produjo el daño. Si bien no se menciona de forma expresa la teoría de la asunción del riesgo por parte de la instructora, vemos como ésta es la base sobre la que el Supremo sienta su resolución, pues así se desprende de la argumentación seguida en la sentencia, según la cual “*el lance de una jugadora inexperta o poco entrenada en el manejo, que levantara más de la cuenta el palo reglamentario, es detalle comprendido en la misma vicisitud del juego, puesto que no consta de forma alguna, le diera limitación de altura ni de distancia*”.

³³ En el caso del juez de silla de la Copa Davis, remitiéndonos, entre otras, a la ya mencionada Sentencia 485/2009, de la Audiencia Provincial de Vizcaya (JUR 2009/369770), podríamos aventurar una posible responsabilidad del tenista, que, en un acceso de ira, golpea fuertemente la pelota contra el suelo, sin que dicha acción pueda entenderse como un lance del juego, ocasionándole unos daños al referido juez; quien, si bien asume el riesgo inherente al deporte concreto, en este caso, entendemos, se habrían sobrepasado los límites normales del mismo. No obstante lo anterior, encontrándonos en el ámbito del deporte profesional y tratándose el perjudicado, asimismo, de un profesional en el desempeño de su actividad, es de prever que nunca se llegue a plantear una reclamación en este sentido.

³² **PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.** “La Responsabilidad civil del prestador de servicios deportivos”. *op. cit.* pág. 883.

V.- RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DAÑOS CAUSADOS A LOS ESPECTADORES. ANÁLISIS PRÁCTICO Y JURISPRUDENCIAL

Según el jurista Prócuro, en el caso en que un barbero había colocado su silla de afeitar al aire libre cerca del lugar donde otros jugaban a la pelota, con el fatal resultado de que ésta golpeó la mano del barbero seccionando con ello la yugular del esclavo que estaba siendo afeitado, la culpa habría que atribuírsela al barbero. Ello, en tanto en cuanto habría que reprocharle el no haber previsto el riesgo. Por su parte Ulpiano, a su vez, niega el derecho del dueño del esclavo de ser resarcido por el barbero, pues quien se encomienda a un barbero que trabaja en tal peligroso lugar ha de acarrear con las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse: si el riesgo era previsible para el barbero, igualmente lo era para el esclavo. De este modo, si la culpa ajena no supera la culpa propia del perjudicado, hay que rechazar la demanda. De los criterios de ambos juristas se desprende que un jugador no responde por los daños causados a transeúntes y espectadores si no rebasa el marco de la práctica normal del deporte, con lo que solo respondería por las lesiones inferidas voluntariamente o por poner a alguien intencionadamente en peligro, esto es, si la culpa del deportista predomina sobre el hecho de que haya sido el espectador quien se haya puesto en peligro³⁴.

Según MEDINA ALCOZ, M. la condición de espectador no supone en sí la asunción de ningún riesgo específico, sino la aceptación de los riesgos generales de la vida, en tanto en cuanto no es asumible que el acudir a un espectáculo deportivo conlleve la posibilidad de resultar dañado. Por tanto, en la medida en que así sea, la exoneración del agente causante del daño no puede fundarse en la asunción del riesgo por parte del espectador que se convierte en víctima como consecuencia de un lance deportivo³⁵. Ello, inevitablemente nos conduce al análisis de la responsabilidad bien del deportista, bien del organizador, o, en su caso, del titular de las instalaciones donde se desarrolla la actividad objeto de expectación.

Una de las obligaciones del contrato de exhibición deportiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 1258 del Código Civil, es garantizar la seguridad de los espectadores, de forma tal que estos no sufran detrimento alguno con motivo del espectáculo público que

³⁴ WACKE, A. "Accidentes en deporte y juego según el derecho romano y el vigente derecho alemán", *Anuario de historia del derecho español*, 1989 - dialnet.unirioja.es.

³⁵ MEDINA ALCOZ, M. "La asunción de los riesgos deportivos", II Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Granada, 2002, pág. 14.

contemplan, a cuyo fin han pagado el precio de la correspondiente entrada, lo que conlleva la responsabilidad civil contractual de la entidad organizadora o titular de las instalaciones para el caso de la generación de un daño imputable a las mismas.³⁶

Lo anterior se ve limitado, como es lógico, en los supuestos en que el daño haya venido motivado por la conducta del propio espectador, dándose en estos casos la exoneración del organizador, si cumplió con todas las medidas de seguridad exigibles, o una concurrencia de culpas, en caso contrario. Pero ¿cuál sería la solución en los supuestos en que el organizador hubiese empleado toda la diligencia exigible y a pesar de ello se hubieran producido daños a los espectadores? ¿Deberían responder igualmente dichos organizadores/ propietarios de las instalaciones en tanto beneficiarios de la actividad desarrollada en una suerte de responsabilidad objetiva? Para COBACHO GÓMEZ, J.A. la respuesta es afirmativa.³⁷ No obstante, como veremos a continuación, de la jurisprudencia recaída en este tipo de supuestos se desprende que si se demuestra que se empleó toda la diligencia debida por parte de la organización del evento ésta no habría de responder. Ello, siguiendo la línea expuesta en el apartado anterior, en relación con los daños ocasionados a los partícipes en una actividad deportiva, en tanto en cuanto no nos encontramos ante supuestos en los que opere la responsabilidad civil objetiva, sino que, de conformidad con la doctrina jurisprudencial dominante, dichas situaciones deben resolverse atendiendo a un criterio subjetivista, en el sentido de que ha de mediar culpa o negligencia del organizador/ titular de la instalación para apreciarse tal responsabilidad. Lo contrario sería tanto como imputar a la actividad deportiva un nivel de riesgo tal para la sociedad, que justificase la objetivación de esta responsabilidad.

La Sentencia 256/2003 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), de 11 de abril de 2003 (AC 2003/1386), aplicando la doctrina de la responsabilidad por culpa, si bien con inversión de la carga de la prueba, condena a un conocido club de fútbol por los daños sufridos por un espectador a consecuencia del impacto de un balón, estando sentado en un

³⁶ SEOANE SPIEGELBERG, J.L. "Deporte y Responsabilidad Civil", IV Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro". Pontevedra, 2004, pág. 46.

³⁷ COBACHO GÓMEZ, J.A. "Daños en espectáculos. En especial los espectáculos deportivos". En "La Responsabilidad Civil por Daños causados por Servicios Defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas", ORTI VALLEJO, A.; GARCÍA GARNICA, M.C.; Y OTROS. Editorial Aranzadi, 2ª Edición, 2015, pág. 981.

asiento ubicado detrás de una de las porterías. La Audiencia Provincial de Madrid alude a las exigencias de seguridad a que se refiere la Ley del Deporte, argumentando que no se contaba con las redes correspondientes tras las porterías tendientes a evitar el riesgo de accidentes como el objeto de litigio.

No obstante, en un supuesto de hecho muy similar, la Sentencia de 28 de enero de 2002 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª) (AC 2002/922), en el que una espectadora es alcanzada por un balón lanzado desde el terreno de juego, considera que la misma debe asumir el riesgo del daño en tanto en cuanto es asumible cuando se asiste a un espectáculo de esa naturaleza. En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª) en su Sentencia 417/2009, de 1 de septiembre (AC 2009/1967), pues considera que el riesgo que se genera no excede de los estándares medios y es conocido por el espectador, que lo asume conforme a los parámetros sociales.

Dejando a un lado los estadios de fútbol, otro ámbito en el que resultan frecuentes los daños a espectadores es el de las pruebas automovilísticas³⁸. Como ejemplo, podemos citar la Sentencia 63/2016 de 15 de febrero de 2016 de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5ª) (AC 2016/278), que, con ocasión de las lesiones sufridas por el atropello de un espectador por uno de los vehículos que participaban en el 49 Rally Príncipe de Asturias, considera que hubo culpa exclusiva de la víctima, quien, imprudentemente se situó en un lugar prohibido expresamente por la organización, siendo las medidas de seguridad adoptadas por ésta las idóneas. Esta resolución resulta interesante en la medida en que no suele ser frecuente en casos similares que se estime la culpa exclusiva de la víctima, sino que nuestros tribunales suelen tender a considerar que las medidas de seguridad adoptadas por la organización de este tipo de pruebas no son las suficientes, convirtiéndose los organizadores de rallies en habituales responsables civiles. Muestra de ello resulta la Sentencia 646/2001 del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 2001 (RJ 2001/5087), por la que, aplicando la teoría del riesgo, condena a la organizadora de una prueba automovilística y a su aseguradora al abono de la indemnización

³⁸ En este sentido, resulta relevante el entorno en que suele tener lugar el desarrollo de este tipo de competiciones. Así, en multitud de ocasiones no se trata de recintos cerrados, para cuyo acceso haya de abonarse la correspondiente entrada, como en otro tipo de eventos deportivos. Sino que, con mucha frecuencia, estas pruebas tienen lugar en vías públicas, previa autorización al efecto. Ello, reviste especial importancia en cuanto al diferente tratamiento de los daños sufridos por un espectador en esta coyuntura, respecto a los que pueda padecer otro en un recinto debidamente dispuesto al efecto; nos estamos refiriendo, principalmente, al carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad.

correspondiente por las lesiones sufridas por una espectadora ubicada en una zona del circuito específicamente señalada como peligrosa:

“Y en el presente caso nos encontramos ineludiblemente en un peligro potencial destacado, como es la celebración de una prueba automovilista en un circuito urbano, cuyo núcleo esencial es la velocidad de los vehículos participantes, en el que había unas zonas especificadas de peligro; pues bien, las personas ahora recurrentes y antes demandantes, accedieron a una de esas zonas de peligro, lo que no fue tajantemente prohibido por el vigilante nombrado por la organización, para lo que tenía facultades totales, limitándose únicamente a advertirlas del peligro de la zona, según la versión del vigilante, negado por las afectadas.

Pues bien, sólo este dato, que indica que no se tomaron las medidas necesarias para evitar que el riesgo se transformara en siniestro, sirve para aplicar la teoría del riesgo que hace entrar de plena vigencia los efectos de la responsabilidad extracontractual, ya que a dicha omisión, hay que unir unos daños –que más tarde se concretarán– y un nexo causal entre ambos elementos.”

También con ocasión de un rallye, en este caso el de Montecarlo, el pasado 20 de enero de 2017 se conocía la noticia del fallecimiento de un fotógrafo asturiano, no profesional, al ser arrollado por uno de los vehículos participantes en esta prueba del Campeonato del Mundo. Desconocemos si la zona en la que se encontraba estaba o no habilitada para los espectadores, pero esta tragedia no hace sino poner de manifiesto la desgraciada frecuencia con la que tienen lugar este tipo de accidentes en pruebas de esta índole³⁹.

Por otro lado, son multitud las resoluciones que se ocupan de enjuiciar supuestos de responsabilidad civil por los daños ocasionados a los espectadores de actividades deportivas a consecuencia de avalanchas⁴⁰. Por ejemplo, la

³⁹ Hay autores que consideran de aplicación en el concreto ámbito de los rallyes la doctrina de la asunción del riesgo por el espectador. Entre ellos, DÍAZ ROMERO, M.R. en “La responsabilidad civil extracontractual de los deportistas”, ADC, 2000, pág. 1489.

⁴⁰ En este caso concreto, los daños se derivarían principalmente del carácter masivo del espectáculo en cuestión, más allá de la tipología deportiva del mismo. En este sentido, ORTI VALLEJO, A., en “La jurisprudencia sobre responsabilidad civil deportiva”. *Revista doctrinal Civil-Mercantil nº 1/2001*. Editorial Aranzadi; ha puntualizado que se trata de “daños que, con demasiada frecuencia, se producen a consecuencia de comportamientos antisociales que afloran en la celebración de actos deportivos de masas, es decir, unos daños que no son consecuencia de la actividad deportiva, sino del espectáculo masivo en que en ocasiones consiste”.

Sentencia 437/1996, de 11 de julio de la Audiencia Provincial de Zaragoza (AC 1996/1952), condena a la sociedad deportiva organizadora del partido de fútbol por las lesiones producidas por una avalancha de público con derribo de las vallas y caída de varios espectadores al foso, por falta de adopción de la diligencia exigible al no prever el riesgo que podía conllevar una aglomeración de personas de tales características y la consiguiente neutralización de sus efectos. En igual sentido, la Sentencia de 23 de diciembre de 1999 de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª) (AC 2000/302), condena al club organizador con apoyo en el artículo 63 de la Ley del Deporte, derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 19/2007, de 11 de julio, que en su artículo 5 recoge la responsabilidad de las personas organizadoras de pruebas o espectáculos deportivos, en el mismo sentido:

“Quien acude a ver ese espectáculo o cualquier otro lo hace en la lícita confianza de que los organizadores del mismo garantizan su normal desarrollo y disfrute sin riesgo alguno para los espectadores que cumplen las indicaciones del empresario y las normas que afectan al mismo.”

En el anterior apartado, con ocasión de los daños sufridos por los participantes en actividades deportivas nos referimos al interés que suscita el supuesto en que éstos tenían la **especial condición de menores de edad**. Pues bien, en el caso de daños padecidos por espectadores de actividades deportivas, no podemos dejar de hacer mención a los menores. Constituye un ejemplo de este tipo de asunto el enjuiciado en la Sentencia 497/1997 de 31 de mayo de 1997 del Tribunal Supremo

(RJ 1997/4146), en la que, a raíz de las lesiones sufridas en un ojo por un menor espectador de una exhibición de taekwondo, al desprenderse astillas de los palos empleados por los participantes, se estima la responsabilidad del organizador de la misma por no haber adoptado las medidas de seguridad adecuadas al tipo de actividad desarrollada, teniendo en cuenta que era previsible que se produjesen daños como el acontecido.

Por último, hemos de hacer referencia a los supuestos en que se da la particular circunstancia de que se causa un **daño a un tercero ajeno a la concreta actividad deportiva** desarrollada. En estos casos, resulta evidente que ese tercero no ostenta voluntad alguna tendente a asumir el riesgo derivado del deporte, que, recordemos, no practica ni presencia, sino que, dicho en términos coloquiales, “le pilla de paso”. Es por ello que compartimos la opinión de **ORTI VALEJO, A.**⁴¹ cuando dice que “el riesgo que crean y del que se benefician el propio deportista, el organizador del evento deportivo o el titular de las instalaciones donde se desarrolla, permite pensar que deben soportar el *incomodum* consistente en asumir los daños que a consecuencia de esa actividad peligrosa se causen a terceros. Además, la misma doctrina que hemos visto que impera para enjuiciar los daños que sufre el deportista- la de la asunción del riesgo-, autorizaría, precisamente, aplicándola por pasiva, entender que quien no tiene voluntariedad de asumir ese riesgo es el

⁴¹ “La Responsabilidad civil en la explotación y práctica de actividades de ocio peligrosas”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, dir. REGLERO CAMPOS, F. Editorial Aranzadi, 2014, pág. 502.



tercero, luego es lógico que aquel que lo crea, lo mismo que lo asume para sí, lo asuma para los terceros.”

Como ejemplificativa de estos casos, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 30 de enero de 2003 (AC 2003/1203), en la que se confirma la sentencia de instancia por la que se condena al demandado a abonar la correspondiente indemnización a la actora, por las lesiones sufridas por ésta al ser golpeada en la playa tras perder el primero el control de su tabla con ocasión de la práctica de flysurf:

“Por tanto, quien practica esta actividad genera un riesgo que le obliga a responder de los daños que pueda ocasionar a terceros, a menos que falte absolutamente por su parte el elemento de culpa o negligencia. En el caso del demandado, la prueba practicada no pone de relieve ninguna causa de exoneración de su responsabilidad, pues por una parte, el hecho de que siguiese las indicaciones del monitor (extremo sobre el cual no existe más prueba que la propia manifestación del Sr. Víctor Manuel, pues no se ha propuesto declaración testifical de ninguna otra persona de las que le acompañaba el día de los hechos) no le exime de tomar por su parte todas las precauciones necesarias para eliminar el riesgo de alcanzar a otras personas -y entre ellas la de mantenerse a una distancia suficiente a tal efecto-; y por otro lado, la circunstancia de que la colisión fuese motivada por un fuerte golpe de viento (sobre la cual se da la misma carencia probatoria) en modo alguno excluye la negligencia del demandado, cuando precisamente la propulsión de la tabla depende del viento, y por tanto la acción del mismo no puede calificarse como un elemento imprevisible. Por todo ello, procede confirmar la declaración de responsabilidad del demandado que efectúa la Juez a quo respecto de los daños ocasionados a la parte actora.”

Quizás, en lo que a daños a terceros ajenos a la actividad deportiva se refiere, los más recurrentes sean motivados por impacto de balón. Recientemente (abril de 2017) se ha publicado en prensa el siguiente titular: “Una mujer denuncia a Cesc Fábregas por dar un balonazo a su bebé en un parque de Londres”. Pues bien, a raíz de esta noticia, nos planteamos la viabilidad de una posible reclamación en tal sentido, más aún cuando prácticamente cualquiera se ha visto en un momento u otro de su vida “amenazado” por una pelota ya sea con ocasión de un paseo por un parque o, por ejemplo, en la playa.

Para dar una respuesta a esta cuestión puede servirnos de ayuda la Sentencia 227/2003 de

la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) de 27 de marzo (JUR 2003/149992), por la que se condena a unos padres por los daños causados por su hija al propinarle un balonazo a una bañista al salir ésta del agua en la playa, con la consiguiente pérdida de su prótesis dental. En igual sentido, la Sentencia 394/1997 de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª), de 18 de noviembre (AC 1997/2209), también condena a unos padres por los daños ocasionados por su hijo en un vehículo, al colisionar con éste una motocicleta que había perdido el control al pillar con su rueda delantera la pelota lanzada por el hijo de los demandados:

“procede estimar las pretensiones de la demanda en cuanto a los padres del primer menor referido, único autor material del impulso o patada dada al balón, puesto que un parque público enclavado en zona urbana no es lugar apropiado para jugar en él con tal objeto de juego, que no puede considerarse inocuo en sí mismo, desarrollado en lugar adecuado y a suficiente distancia de una vía pública, como se alega de contrario, y porque no aparece tampoco acreditado por otro lado, que los mismos encargaran de manera especial y expresa la guarda o vigilancia de su hijo mientras jugaba, a alguno de los otros padres que lo hacían, ni mucho menos que éstos se comprometieran a tal obligación con todas sus consecuencias.”

Por tanto, pese a que las resoluciones analizadas abordan supuestos en que los daños fueron causados por un menor, operando la responsabilidad “in vigilando” de sus padres de conformidad con el artículo 1903 del Código Civil, la argumentación contenida en las sentencias estudiadas conduce a la conclusión de que el agente causante del daño habrá de responder si media en su actuación culpa o negligencia; debiendo, al menos, y siguiendo el criterio anteriormente citado de **ORTI VALLEJO, A.** invertirse la carga de la prueba, debiendo ser el causante del daño quien acredite que actuó con toda la diligencia debida.

VI.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. BREVE ALUSIÓN

El artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978 dice: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Esta previsión constitucional se encuentra desarrollada en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen

Jurídico del Sector Público⁴², en los que se dispone que *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*.

Por tanto, la responsabilidad patrimonial de la Administración se asienta sobre una serie de elementos, que han venido siendo concretados por la jurisprudencia en los que siguen: funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; daño antijurídico que el perjudicado no tiene el deber de soportar; y, relación de causalidad.

Así las cosas, son multitud las resoluciones que condenan a la Administración a responder de los daños y perjuicios ocasionados a los particulares (deportistas o espectadores) con ocasión de la utilización de instalaciones deportivas de titularidad pública, mayoritariamente municipal, o a raíz de competiciones o eventos deportivos organizados por una administración pública.

Entre las resoluciones que enjuician la responsabilidad de la Administración por daños ocasionados por la práctica de actividades deportivas, proliferan aquellas en las que el supuesto de hecho se enmarca en daños ocasionados a menores en pistas deportivas municipales. Como ejemplificativa de estos casos, podemos citar la Sentencia 658/2007, del Tribunal Supremo, de 13 de junio de 2007 (RJ 2007/3509)⁴³ que estima la responsabilidad de un Ayuntamiento, de su compañía aseguradora de responsabilidad civil y de la empresa encargada del mantenimiento y vigilancia de las instalaciones, por las lesiones sufridas por un menor al caerle encima la portería en la que se había colgado con los brazos cuando jugaba al fútbol. En esta resolución se dilucida una posible concurrencia de culpas teniendo en cuenta la negligencia del ayuntamiento por la falta de control del riesgo generado al no estar debidamente anclada la portería al pavimento y la actuación del menor al colgarse del larguero, concluyendo que esta última debe quedar absorbida por la culpa de los corresponsables del evento:

⁴² BOE-A-2015-10566.

⁴³ Véase que se enjuicia el asunto en la jurisdicción civil (*vis atractiva*) y no en la contencioso-administrativa, por ser el asunto previo a la modificación del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (BOE-A-1985-12666) en tal sentido. En la actualidad la Administración no puede ser demandada en sede civil para exigírsele responsabilidad patrimonial, aunque concurra con otros sujetos.

“El motivo se desestima porque la falta de sujeción de las porterías al suelo o pavimento, que constituye el dato decisivo en la producción del accidente, es imputable al encargado de las instalaciones al omitir una conducta que, de haberla observado, habría evitado el resultado dañoso. El evento era previsible, por lo que se creó el riesgo del resultado jurídicamente desaprobado, y se incurrió en negligencia en relación con el sector de actividad a que se extendía la función de control y vigilancia que KIROLAK tenía asignada, ya que el cumplimiento del deber de cuidado exigible requería eliminar el riesgo, lo que era factible mediante la sujeción adecuada de las porterías al suelo, cualquiera que fuere el sistema a adoptar oportunamente al efecto. Además, en el caso de vigilancia de instalaciones de cuyo disfrute pueden participar menores, hay que prever eventos, y por lo tanto tratar de evitarlos extremando la diligencia, que no suelen acontecer cuando la utilización se efectúa por personas mayores de edad, con mayor experiencia y sentido de la responsabilidad.”

Por su parte, la anterior en el tiempo, Sentencia 904/2000, del Tribunal Supremo, de 6 de octubre (RJ 2000/8136), sí estima una concurrencia de culpas, en este caso tratándose el perjudicado de un adulto sobre el que se precipita la correspondiente portería que no estaba anclada al suelo, encontrándose la misma apartada en un extremo de las instalaciones, sobre la que el primero realizó una maniobra gimnástica, con el resultado fatal de muerte:

“las instalaciones eventuales, que suelen referirse a permanecer un determinado período de tiempo, no por eso están exentas de reunir las condiciones de seguridad precisas en evitación de daños a las personas o las cosas, e incluso su misma provisionalidad intensifica las medidas aseguratorias necesarias. En el caso de autos la disposición de la portería presentaba por sí la instauración de un riesgo, que resultaba peligroso y no desconocido para el Ayuntamiento y su negligencia se patentiza en que mantuvo el riesgo, ya que se limitó a aparcar la portería a un extremo del local, no obstante la habitualidad con que los vecinos la usaban, sin adoptar medida de precaución alguna, como era factible, mediante su inutilización eficaz para cuando no se utilizasen en el juego e incluso con una actuación tan sencilla como mantenerla tumbada en el suelo y segura.”

En el caso concreto, debe tenerse en cuenta que la víctima no está propiamente practicando

un deporte con motivo del cual se estuviesen empleando las instalaciones municipales, sino que acudió a las mismas a recoger a su hijo y fue entonces cuando, al colgarse de la portera que se encontraba en un extremo, sucedió el fatal accidente. Es por ello que cobra mayor relevancia la culpa del perjudicado. No obstante, el Supremo considera que debe estimarse una concurrencia de culpas y no culpa exclusiva de la víctima, en tanto en cuanto no fue su exclusivo y voluntario actuar el que ocasionó el suceso, que pese a ser incorrecto, no elimina por completo la culpabilidad del Ayuntamiento.

Sin embargo, no siempre se determina que la Administración ha de responder por los daños causados a consecuencia de la práctica deportiva en sus instalaciones. Muestra de ello son, entre otras, la Sentencia 224/2006 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de mayo de 2006, (JUR 2006/174526) por la que se deniega la indemnización por las lesiones sufridas por el demandante en el campo de fútbol de titularidad municipal, por entenderse que no existía prueba concluyente que permitiese establecer que la lesión se debiese de manera exclusiva o de modo directo al estado del campo de fútbol y no a la decisión libremente aceptada por aquél de participar con su equipo deportivo, con la asunción del riesgo que implica su práctica. En idéntico sentido desestimatorio, la Sentencia de 29 de marzo de 2007 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla (JUR 2008/26954), deniega la indemnización por responsabilidad patrimonial de la administración derivada de las lesiones sufridas por la actora en un curso de vela organizado por la Fundación Municipal de Juventud y Deporte, argumentado que quien practica un deporte asume el riesgo que el mismo implica, no habiéndose incrementado éste por la actuación de la Administración, quien impartió correctamente el curso sin que se apreciase nexo causal entre las lesiones producidas y un mal funcionamiento del servicio público.

Otro ámbito en el que, desgraciadamente, suele ser frecuente la producción de daños imputables a la Administración, en cuanto titular de instalaciones deportivas, es el de los ahogamientos en piscinas de titularidad municipal. Recientemente (mayo de 2017) se conocía la noticia del fallecimiento de una niña de cuatro años en una piscina municipal de Ripoll (Cataluña), con ocasión de una actividad extraescolar supervisada por monitores. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de abril de 1988 (RJ 1988/3116) enjuiciaba un caso similar, condenando al Ayuntamiento por falta de las medidas de seguridad adecuadas por el fallecimiento de un menor por ahogamiento. El mismo criterio siguió, en la más reciente

Sentencia 1079/2002 de 14 de noviembre (RJ 2002/9761), condenando igualmente al Ayuntamiento titular de la piscina en la que se ahogó un joven de 24 años de edad, con apoyo en la doctrina jurisprudencial sentada en la materia según la cual “para que un accidente fatal ocurrido con ocasión de bañarse en una piscina origine responsabilidad apoyada en el artículo 1902 del Código Civil es preciso, o bien que los vigilantes no se hallen en el lugar del accidente, o que no exista personal adecuado, o que el propietario de la piscina no haya cumplido las exigencias administrativas que determinan la autorización de la apertura, o que se creen riesgos que agraven los inherentes al uso de una piscina, o cualquier otro análogo que permita fundar el reproche culpabilístico”:

“En el caso, la insuficiencia de las medidas de vigilancia adoptadas dadas las circunstancias concurrentes, la inadecuada vigilancia y la deficiente actuación médica, justifican el reproche culpabilístico y la estimación de responsabilidad civil del Ayuntamiento titular de la piscina e instalaciones correspondientes, de conformidad con la doctrina de esta Sala representada por las Sentencias de 10 abril 1988 (RJ 1988, 3116), 2 abril 1993 y 30 octubre 1996 [RJ 1996, 7486] (las dos primeras relativas a piscinas públicas y la tercera a un complejo acuático-deportivo). Y por consiguiente se mantiene también la responsabilidad correspondiente de la Compañía de Seguros recurrente.”

No podemos dejar de referirnos, como ya lo hiciésemos en el apartado precedente, a los daños sufridos por los espectadores de una actividad deportiva, en este caso, refiriéndonos a la posible responsabilidad de la Administración Pública derivada de los mismos. En este sentido, la Sentencia 1113/1999 del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9206) aborda el supuesto de los daños causados a un espectador, consistentes en lesión en un oído, a consecuencia de un petardo lanzado por otro espectador en un recinto deportivo de titularidad municipal, administrado por un Patronato municipal. Pues bien, la resolución excluye la responsabilidad del Ayuntamiento en tanto en cuanto éste, aunque era propietario de las instalaciones, había delegado en un ente autónomo con personalidad jurídica propia la gestión de las mismas; ente a quien imputa responsabilidad por incumplimiento de los deberes de vigilancia y seguridad que le incumbían en cuanto organizador del evento:

“La conducta claramente negligente de un ente municipal, que representa y gestiona el ayuntamiento en todo lo referente a instalaciones deportivas y recintos para esta clase de espectáculos

en los que es perfectamente previsible la aglomeración de personas y la exacerbación de las preferencias por determinado equipo competidor, se patentiza en su negligencia, desinterés y descuido, al permitir la celebración en su recinto, sin presencia de la fuerza pública que garantice el orden y la seguridad en dicho lugar, de tales competiciones deportivas.”

Por último, tras haber analizado resoluciones tanto de daños causados a participantes en actividades deportivas, como a espectadores, no podemos dejar de hacer referencia a un supuesto en el que la víctima se trata de un árbitro, con la asunción del riesgo del deporte que ello conlleva, por su asimilación a la figura del deportista, sin perjuicio de las limitaciones que, como hemos visto en apartados anteriores, pueden darse al respecto. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 16 de octubre de 2008 (JUR 2009/92600), estima la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por las lesiones sufridas por la demandante, cuando arbitraba un partido de fútbol sala en un pabellón municipal, al precipitarse sobre ella una valla publicitaria:

“Una vez expuesta la precedente doctrina jurisprudencial, cabe señalar que concurren todos los elementos precisos para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues las lesiones sufridas por la actora son atribuibles al funcionamiento de un servicio público, y más concretamente, a la prestación de un servicio público de fomento del deporte, existiendo, a tenor de lo precedentemente expuesto, relación de causalidad entre el funcionamiento de tal servicio y el daño causado, el cual es individualizable y evaluable económicamente, sin que, por otro lado, se haya alegado y acreditado la existencia de fuerza mayor o culpa exclusiva del perjudicado”

En este caso, no opera la asunción del riesgo por cuanto los daños ocasionados a la perjudicada no se derivan del deporte que arbitraba, sino de un negligente actuar del Ayuntamiento en cuanto a la falta de adopción de las medidas de seguridad oportunas en lo que a las instalaciones deportivas se refiere.

VII.- RELEVANCIA DE LA ASEGURABILIDAD DEL RIESGO: SEGUROS OBLIGATORIOS

El contrato de seguro se erige como el mecanismo más eficaz para amparar las potenciales responsabilidades derivadas de la práctica de actividades deportivas, configurándose como la garantía más adecuada

para hacer frente a la reparación de los daños ocasionados a consecuencia del desarrollo de dichas actividades. Tan es así que, en cada vez mayor número de ocasiones, se establece como requisito obligatorio exigido para determinadas modalidades y ámbitos deportivos.

El artículo 59.2 de la Ley del Deporte dice *“Con independencia de otros aseguramientos especiales que puedan establecerse, todos los deportistas federados que participen en competiciones oficiales de ámbito estatal deberán estar en posesión de un seguro obligatorio que cubra los riesgos para la salud derivados de la práctica de la modalidad deportiva correspondiente. En el caso de que la asistencia sanitaria sea prestada por una entidad distinta a la aseguradora, esta última vendrá obligada al reintegro de los gastos producidos por dicha asistencia, conforme a lo establecido en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad.”*

Dicho precepto es desarrollado, a su vez, por el Real Decreto 849/1993, de 4 de junio, por el que se determinan las prestaciones mínimas del seguro obligatorio deportivo. El artículo 2 de este Real Decreto dice *“A los efectos de lo previsto en el artículo anterior, los seguros que suscriban, en su condición de tomadores del seguro, las Federaciones deportivas españolas o las Federaciones de ámbito autonómico integradas en ellas para los deportistas inscritos en las mismas, que participen en competiciones oficiales de ámbito estatal, cubrirán, en el ámbito de protección de los riesgos para la salud, los que sean derivados de la práctica deportiva en que el deportista asegurado esté federado, incluido el entrenamiento para la misma, y ello en los términos de los artículos 100, 105 y 106 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y con arreglo, como mínimo, a las prestaciones que se detallan en el anexo del presente Real Decreto.”*

El artículo 59.2 de la Ley del Deporte contiene la obligación general de aseguramiento de todos los deportistas federados que participen en competiciones oficiales de ámbito estatal para cubrir los riesgos para la salud derivados de la práctica de la modalidad deportiva correspondiente. Por su parte, el artículo 2 del Real Decreto acota el riesgo cubierto a los accidentes deportivos, resultando en tal sentido relevante la definición de accidente, contenida en el artículo 100 de la Ley de Contrato de Seguro⁴⁴, que, a su vez, remite a la voluntad de las partes reflejada en la póliza en cuanto a la delimitación del riesgo, por lo que será a ésta a la que, en definitiva, habrá que estar. Ello, inevitablemente, conllevará controversias en relación con la interpretación de las condiciones del contrato de seguro, y, muy especialmente,

⁴⁴ BOE-A-1980-22501.

atendiendo a la distinción, en absoluto sencilla en la práctica, entre cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y delimitadoras del riesgo⁴⁵.

De los referidos preceptos se desprende que el tomador de este seguro obligatorio deportivo lo es la correspondiente Federación, confeccionándose como un seguro colectivo o de grupo al que se adhieren los deportistas federados, quienes asumen el coste del mismo (pese a ser los asegurados). *Sensu contrario*, los deportistas no federados no están asegurados, ni tampoco los árbitros, ni aquellos profesionales que se encuentren sometidos al régimen general de la Seguridad Social obligatoria, al existir una relación laboral.⁴⁶ Por su parte, si bien el beneficiario principal del seguro es el propio deportista federado, en caso de fallecimiento de éste, el/los beneficiario/s serán aquellos que a tal fin haya designado el propio asegurado. Debe destacarse, a su vez, que corresponde a la Federación Deportiva en cuestión vigilar que ninguno de los deportistas federados quede sin aseguramiento, so pena de hacer frente a la correspondiente responsabilidad patrimonial frente al deportista.⁴⁷ A su vez, de la antedicha regulación se extrae que dentro del seguro obligatorio deportivo se enmarcan dos tipos de prestaciones: las relacionadas con la asistencia sanitaria y las propiamente dichas del seguro de accidentes⁴⁸, todas ellas detalladas en el Anexo del Real Decreto 849/1993.

⁴⁵ El artículo 3 RD 849/1993 declara el derecho de todos los asegurados a conocer las condiciones generales pactadas entre el asegurador y la Federación Deportiva en cuestión.

⁴⁶ ORTI VALLEJO, A.; GARCÍA GARNICA, M.C.; Y OTROS. "La Responsabilidad Civil por Daños causados por Servicios Defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas", Editorial Aranzadi, 2ª Edición, 2015, pág. 298.

⁴⁷ En este sentido, la Sentencia 426/2001 de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4ª) de 25 de septiembre de 2001 (JUR 2001/317610), que precisa que incumbe a la Federación, en aquél caso de Kickboxing, la suscripción y entrega del certificado individual de seguro junto con la licencia, pues de no ser así, se estaría habilitando a un deportista para la práctica de un deporte, en ese caso que implicaba un evidente riesgo corporal, sin dotarlo de la cobertura precisa.

⁴⁸ TIRADO SUÁREZ, F.J. se cuestiona si para el caso del ramo de accidentes, concretamente en cuanto a la prestación recogida en el apartado sexto del Anexo "indemnizaciones por pérdidas anatómicas o funcionales motivadas por accidente deportivo, con un mínimo, para los grandes inválidos (tetraplejía), de 2.000.000 de pesetas", no hubiese sido más beneficioso para los deportistas la previsión de un baremo. "El Seguro Obligatorio Deportivo" En "La Responsabilidad Civil por Daños causados por Servicios Defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas", ORTI VALLEJO, A.; GARCÍA GARNICA, M.C.; Y OTROS. Editorial Aranzadi, 2ª Edición, 2015, pág. 309.

Por su parte, en la reciente Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía, se hacen varias referencias a la necesidad de aseguramiento de la responsabilidad civil derivada de la práctica de actividades deportivas⁴⁹. El artículo 28, bajo la rúbrica "*Deporte de ocio*" contempla la obligación del organizador de actividades deportivas de ocio de establecer las condiciones de riesgos por responsabilidad civil de los participantes y espectadores. Mientras que el artículo 42 se refiere al seguro obligatorio de accidentes integrado en la correspondiente licencia para las competiciones deportivas oficiales. A su vez, el artículo 45, recoge la obligatoriedad de la suscripción de un contrato de seguro de responsabilidad civil por los daños que pudieran ocasionarse "*a los participantes, incluidos daños a terceros, o consumidores o usuarios de los servicios deportivos, como consecuencia de las condiciones de las instalaciones o la prestación de actividad deportiva*". Dicho precepto, en su apartado tercero, exige de dicha obligación en el caso de aquellos servicios deportivos que se presten en el ámbito de empresas dedicadas a la organización de actividades de turismo activo. La razón no es otra que en el caso del turismo activo la gran mayoría de las regulaciones autonómicas establecen la obligación de las empresas dedicadas a estas actividades de suscribir el correspondiente seguro de responsabilidad civil. En el caso de Andalucía esta norma es el Decreto 20/2002, de 29 de enero, de Turismo en el Medio Rural y Turismo Activo.

Por su lado, no puede dejar de hacerse mención al seguro obligatorio para vehículos a motor específico para aquéllos que participen en pruebas deportivas; el seguro de responsabilidad civil de embarcaciones de recreo o deportivas; el seguro de pesca deportiva; el de buceo deportivo-recreativo; el seguro obligatorio de competiciones y espectáculos deportivos; el anteriormente mencionado del turismo activo; o, incluso, el seguro de responsabilidad civil del cazador, que constituye uno de los primeros ejemplos de aseguramiento obligatorio.

En definitiva, cada vez nos encontramos con más normativa que exige la transferencia del riesgo derivado de la práctica deportiva por medio de la contratación del correspondiente

⁴⁹ Debe tenerse en cuenta que el seguro obligatorio deportivo es independiente de la cobertura de responsabilidad civil del organizador de la competición o evento deportivo en cuestión. En este sentido, puede citarse la Sentencia 812/2009 del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2009 (RJ 2010/1), que excluye la responsabilidad civil del organizador sin perjuicio de que opere la cobertura del seguro obligatorio deportivo, en un supuesto de lesiones sufridas por un ciclista de 17 años con ocasión de una prueba ciclista junior nacional, aplicándose al caso la doctrina de la asunción del riesgo.

seguro, estableciéndose como requisito previo al desarrollo de la actividad, con control por parte de la Administración o a través de las federaciones deportivas. Pero no solo estamos ante supuestos de suscripción de seguros obligatorios, en los que la finalidad no es otra que blindar la reparación del daño causado al perjudicado, sino que, asimismo, se da la posibilidad de contratar el correspondiente seguro de responsabilidad civil con el objeto de proteger el patrimonio del asegurado frente a las potenciales reclamaciones derivadas de los daños causados a terceros (otros partícipes; espectadores; terceros ajenos) con ocasión de la práctica no profesional de una actividad deportiva.

VIII.- CONCLUSIONES

I.- En una sociedad en la que el deporte ostenta una importancia creciente, debemos tener en cuenta que el mismo supone un riesgo que asumimos con su práctica. No obstante, dicho riesgo no puede ser considerado de tal entidad como para conllevar, en los casos en que el daño generado exceda del que se asume, una responsabilidad de corte objetivo.

II.- Por más que, como ocurre en tantas otras actividades o ámbitos de la vida, se generen, con relativa frecuencia, daños a consecuencia del desarrollo de actividades deportivas, ello no avala el que haya de buscarse en todo caso un responsable final de dichos daños. De la jurisprudencia recaída al respecto se extrae que, para estimar la responsabilidad del agente causante del daño deben darse una serie de requisitos, que pueden concretarse en los clásicos presupuestos de la responsabilidad aquiliana: acción u omisión culpable; daño; y nexo causal entre la primera y el segundo. Cuando concurren dichos elementos, la doctrina de la asunción del riesgo se difumina, apreciándose la responsabilidad del causante del daño, en tanto en cuanto se han sobrepasado los límites del riesgo asumido por el perjudicado.

III.- Pese a que en la gran mayoría de casos las resoluciones estudiadas se basan en el sistema de responsabilidad por culpa del artículo 1902 del Código Civil, no puede perderse de vista que, generalmente, los daños producidos a consecuencia de actividades deportivas lo son en el ámbito de relaciones contractuales. Así, aunque tengamos presente la doctrina de la unidad de la culpa civil, permitiéndosele al perjudicado optar por el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contractual o extracontractual - pues lo que se persigue, al fin y al cabo, es la satisfacción del daño, sea por una u otra vía- no debe pasarse por alto la relevancia de la diferencia entre ambas acciones, principalmente, en cuanto al plazo de prescripción de las mismas se refiere.

IV.- Por su parte, a pesar de que las resoluciones en tal sentido sean una excepción, tanto quien contrata servicios o instalaciones para el desarrollo de una actividad deportiva, como quien adquiere una entrada para presenciar un espectáculo o competición de esta índole, lo hace en su condición de consumidor o usuario. En este sentido, no podemos olvidarnos del régimen especial contenido en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, con sus peculiaridades, entre las que, desde un punto de vista práctico, nos puede resultar altamente interesante la inversión de la carga de la prueba.

V.- Se siga una u otra vía, como ha quedado patente del análisis jurisprudencial realizado, dependerá, en definitiva, de las especiales características del supuesto concreto, así como de las circunstancias de la actividad deportiva desarrollada y los sujetos implicados, principalmente, el que se alcance un resultado u otro en cuanto a la imputación de responsabilidad civil por los daños generados en el ámbito de la práctica deportiva.

VI.- En suma, de lo estudiado se extrae que, tanto desde la óptica de quien practica un deporte, como desde la de quien lo organiza, quien cede sus instalaciones al efecto, o quien lo presencia, deben adoptarse las medidas que, atendiendo a las circunstancias concretas del tiempo y el lugar, se consideren oportunas para evitar la agravación del riesgo inherente a toda práctica deportiva. Sin embargo, siendo el riesgo un elemento consustancial a la práctica de toda actividad deportiva, ya lo sea en mayor o menor medida según la modalidad de que se trate, el empleo de la diligencia exigida no supone la total eliminación del mismo. Es por ello que, en ciertos sectores, muy especialmente en cuanto al deporte profesional se refiere, la asegurabilidad del riesgo ha devenido obligatoria, como medio de garantía de la reparación del daño que se pueda llegar a causar. Motivo éste, consideramos, fundamental de que sean minoría las resoluciones que enjuician supuestos de daños ocasionados a raíz de la práctica profesional de un deporte, máxime, entre los propios deportistas.

BIBLIOGRAFÍA

CALONGUE VELÁZQUEZ, A. "Recensión al libro <<Los seguros deportivos obligatorios>> de Eduardo Gamero Casado". *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* nº 13/2005. Editorial Aranzadi.

CASERO LINARES, L. "Comentario a la Sentencia núm. 270/2006, de 9 de marzo, de la Sala Primera del Tribunal Supremo", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* nº 23/2008. Editorial Aranzadi.

DÍAZ ROMERO, R. *La responsabilidad civil extracontractual de los deportistas. Anuario de Derecho Civil*, 2000, págs. 1483-1546.

FERNÁNDEZ COSTALES, J. “La responsabilidad civil en los estadios de fútbol y recintos deportivos”, *Diario La Ley*, tomo 3, Editorial LA LEY, 1985.

FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, M.P. “La responsabilidad civil en accidentes deportivos”, en *I Foro Aranzadi Responsabilidad Civil Asturias 2016*. Oviedo, 2016.

GARCÍA GARNICA, M.C. “Comentario a la STS, Sala 1ª, de 9 de marzo de 2006: El criterio de imputación de los daños causados en la práctica de actividades deportivas”, *Revista Española de Seguros*, núm. 126, abril-junio 2006, págs. 367-387.

MAGRO SERVET, V. “La violencia en la práctica del deporte. ¿Delito o infracción disciplinaria?” *Diario LA LEY*, Sección Doctrina, nº 6608, Editorial LA LEY, 2006.

MEDINA ALCOZ, M. “La asunción de los riesgos deportivos”, en *II Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. Granada, 2002.

MEDINA ALCOZ, M. *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*. Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

MEDINA ALCOZ, M. “Sobre la asunción del riesgo por parte de un menor durante una actividad deportiva obligatoria”. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* nº 29/2010. Editorial Aranzadi.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE. Subdirección General de Estadística y Estudios

de la Secretaría General Técnica. *Encuesta de Hábitos deportivos en España 2015*. www.mecd.gob.es. Diciembre de 2015.

MUÑOZ MENDO, P. “La responsabilidad civil en el ámbito deportivo”, *Diario La Ley*, Nº 7081, Sección Dossier, Editorial LA LEY, 2008.

ORTI VALLEJO, A., “La jurisprudencia sobre responsabilidad civil deportiva”. *Revista doctrinal Civil-Mercantil* nº 1/2001. Editorial Aranzadi.

ORTI VALLEJO, A. et al. *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.

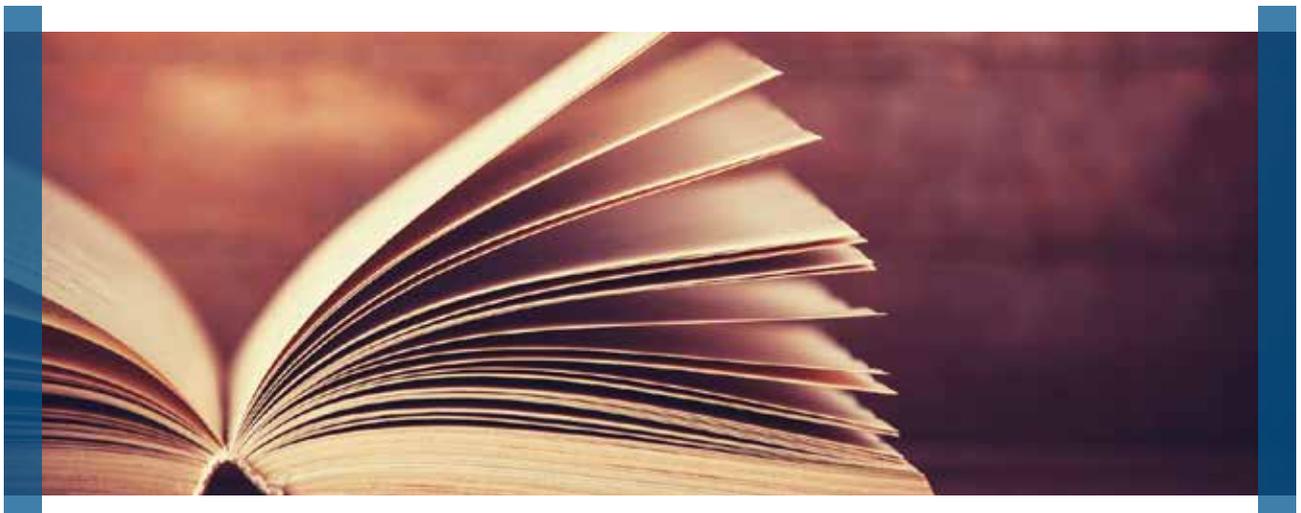
REGLERO CAMPOS, L.F. et al. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

RUBIO SÁNCHEZ, F. “Responsabilidades derivadas de la práctica del deporte del golf”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* nº 14/2005. Editorial Aranzadi.

SEOANE SPIEGELBERG, J.L. “Deporte y Responsabilidad Civil”, en *IV Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. Pontevedra, 2004.

VERDERA SERVER, R. “Una aproximación a los riesgos del deporte”, *InDret*, nº 116. Barcelona, 2003.

WACKE, A. “Accidentes en deporte y juego según el derecho romano y el vigente derecho alemán”. *Anuario de historia del derecho español*, 1989, dialnet.unirioja.es.





La responsabilidad civil del compliance officer en la aplicación de los programas de prevención de delitos y la nueva eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Gustavo Adolfo Matos Expósito
Abogado

Sumario

I.- INTRODUCCIÓN

II.- QUE ES EL COMPLIANCE OFFICER

III.- NUEVA EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y RESPONSABILIDAD DEL COMPLIANCE OFFICER

IV.- NATURALEZA JURIDICA DE LA PRESTACIÓN DEL COMPLIANCE OFFICER

1. Consideraciones generales.
2. Compliance Officer como arrendamiento de servicios.
3. Compliance Officer como arrendamiento de obra.

V.- EFECTOS DE LA SENTENCIA PENAL CONDENATORIA DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL PROCESO CIVIL DE RECLAMACION DE RESPONSABILIDAD DEL COMPLIANCE

VI.- COMPLIANCE OFFICER POR CUENTA AJENA

VII.- PLAZOS Y PRESCRIPCIÓN

VIII.- CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Tras la modificación del Código Penal introducida por la **Ley Orgánica 5/2010** se produjo la incorporación a nuestro Ordenamiento Jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, superando el arraigado principio de *societas criminis non potest* propio de nuestra tradición legal. Dicha modificación introdujo en el Código Penal un nuevo artículo, el 31.bis, mediante el cual por primera vez en nuestro país se procedió a regular la responsabilidad criminal de las personas jurídicas estableciendo el sistema legal que a partir de su entrada en vigor determinaría en que casos las conductas criminalmente punibles cometidas por las personas físicas vinculadas a la persona jurídica transferirían responsabilidad penal a éstas, en un modelo evidentemente vicarial de imputación de responsabilidad. Posteriormente, el legislador procedió a través de la **ley orgánica 1/2015 de 30 de marzo** a perfilar mejor todo el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, definiendo de manera más precisa que tipo de entidades quedan sometidas a este régimen, las penas imponibles, y los requisitos de los modelos de cumplimiento que permiten exonerar la responsabilidad penal. Extremo este último clave en el presente trabajo.

Dichos sistemas de cumplimiento, como método de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, han traído como consecuencia la potenciación de una nueva modalidad profesional, también en cierto modo ajena a nuestra cultura jurídica y desde luego por desarrollar normativamente. Los oficiales de cumplimiento o Compliance Officers. Profesionales, normalmente vinculados al mundo jurídico, que de manera independiente y autónoma deben analizar los riesgos de cumplimiento legal de las personas jurídicas, establecer sistemas eficaces de cumplimiento normativo y prevención de comisión de conductas potencialmente criminales, implantar protocolos de cumplimiento y velar por su eficaz observancia. Todo con el objetivo de evitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas para las que hayan sido contratados e implantar una cultura del cumplimiento en el seno de las mismas. De ello se desprende la enorme responsabilidad en términos generales que implica el desarrollo de la actividad del Compliance Officer pues de su eficaz y diligente desempeño depende que las causas de exoneración de responsabilidad penal de las personas jurídicas reguladas en el artículo 31 bis y siguientes del código penal sean efectivamente tenidas en cuenta por un Tribunal en el caso de que se inicie una investigación penal que pudiera conllevar responsabilidad criminal para aquellas.

Por consiguiente, una de las cuestiones que se derivan del papel crucial que desempeña el Compliance Officer, es la posible responsabilidad civil que para el propio compliance se pudiera derivar en el caso de que la persona jurídica para la que desempeña sus funciones termine finalmente siendo condenada en una sentencia penal. En este sentido, este trabajo pretende arrojar luz sobre esta cuestión sobre la que existen algunas dudas en su aplicación práctica, y partiendo de un análisis de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de la naturaleza jurídica de la actividad profesional que desempeña el Compliance Officer, determinar el alcance de la responsabilidad civil que pudiera derivarse de la misma.

II. QUE ES EL COMPLIANCE OFFICER

El oficial de cumplimiento normativo o compliance officer no tiene una definición exacta en nuestra legislación en la medida en que los requisitos para el acceso a esta modalidad profesional y el ejercicio de su actividad carecen de un marco normativo propio. De ahí la dificultad doctrinal de la construcción a priori de un régimen de responsabilidad bien delimitado. Lo que nos obligará a profundizar en la naturaleza jurídica de la prestación que realiza y de las consecuencias que pudieran derivarse de la misma para definir los límites de su responsabilidad civil.

La figura del “cumplimiento normativo” o “compliance” ha sido hasta ahora ajena a nuestra cultura jurídica, siendo una figura más propia de los sistemas legales anglosajones. En España, la figura del compliance ha ido introduciéndose en la cultura empresarial de nuestro país a través de las empresas que operan con socios internacionales los cuales ya tenían incorporada la cultura del cumplimiento normativo dado su origen anglosajón y los sectores de la economía en los que se desempeñan. Paralelamente, los sistemas de cumplimiento normativo y el compliance fueron apareciendo expresamente, antes de la modificación del Código Penal de 2010 y 2015, en la legislación sectorial del sistema financiero y de la prevención del blanqueo de capitales como es el caso de la ley 10/2010 sobre blanqueo de Capitales o en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas elaborado por la CNMV, donde se estableció que la sociedad dispondrá de una función y control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o de otra comisión especializada del consejo de administración.

Así las cosas poco a poco se ha ido extendiendo la figura de los oficiales de cumplimiento que se va configurando como una

especie de "técnico de prevención de riesgos penales" como lo define **EDUARDO DE URBANO CASTRILLO**, o en palabras de **JAVIER PUYOL MONTERO** como el profesional encargado de diseñar, implantar y gestionar las políticas empresariales destinadas a detectar y gestionar los riesgos de incumplimiento de sus obligaciones regulatorias internas y externas. No obstante, la explosión del compliance en nuestro país se produce a partir de las modificaciones del Código Penal de 2010 y 2015. En este sentido la **Ley Orgánica 5/2010 de 23 de junio** introduce el nuevo artículo 31 bis del Código Penal y con él en nuestro ordenamiento el principio de "**societas delinquere et puniri potest**", ajeno hasta entonces a nuestra cultura jurídica. La regulación resultó ambigua, confusa e incompleta en algunos de sus elementos esenciales, los cuales trataron de ser perfilados por la **Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011** y por las primeras sentencias del Tribunal Supremo recaídas en aplicación del nuevo sistema de responsabilidad penal ex artículo 31 bis. (**Sentencia Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero y siguientes**). Esta deficiente regulación trajo como consecuencia que el legislador procediera a dictar la **Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo** que ha supuesto una importante modificación del artículo 31.bis, así como la reforma del 66 bis y la introducción de tres nuevos artículos. El 31 ter, 31 quarter y 31 quinquies. Así, el preámbulo de la LO 1/2015 justifica la reforma entre otras cosas para introducir "*una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas [...] con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del debido control cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal*".

Esta nueva regulación es la que va a definir el actual marco jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país y al tiempo establece el punto de partida de la importancia que cobran los sistemas de cumplimiento y el responsable del mismo, el compliance officer. Ello en la medida en que la Ley Orgánica 1/2015 del Código Penal, a través de los nuevos apartados 2º y 4º del artículo 31 Bis, junto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha procedido a regular la eximente de responsabilidad, haciéndola depender sobre la acreditación por parte de la misma de la implantación y aplicación de modelos eficaces de cumplimiento normativo y sistemas de prevención destinados a la prevención en su seno de la comisión de actividades delictivas. Fraguándose con ello, como veremos, la auténtica piedra angular del nuevo y trascendente papel del compliance. Y en concordancia con ese papel trascendental que va a jugar la actividad desempeñada por el oficial de cumplimiento en la aplicación o no de la eximente de responsabilidad penal, va a desprenderse su potencial responsabilidad civil.

III. LA NUEVA EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DEL ARTICULO 31 DEL CODIGO PENAL COMO PUNTO DE PARTIDA DE LA RESPONSABILIDAD DEL COMPLIANCE

De manera somera y para situar la cuestión debemos señalar que el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que implanta el modelo del artículo 31 del Código Penal es un sistema vicarial. Con independencia del debate doctrinal que se ha



producido en torno a esta cuestión, parece ser la posición mayoritaria que el nuevo sistema de responsabilidad de las personas jurídicas funciona por transferencia de la conducta de personas físicas con un determinado grado de vinculación con aquella, descartándose así un sistema de responsabilidad directa o autónoma de la propia persona jurídica. Por este sistema se decanta la propia **Fiscalía General del Estado** en su importantísima **circular de 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015**. Asentado el sistema vicarial, la nueva regulación diferencia dos niveles en relación con las personas físicas cuya actividad puede transferir responsabilidad penal a la persona jurídica.

Por una parte, el artículo 31 bis.1.a establece un **primer nivel de punto de conexión** para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica en torno a aquellas personas con un mayor nivel de responsabilidad en la entidad, y un **segundo punto de conexión** en el artículo 31bis.1b en relación con las personas físicas indebidamente controladas por aquellas. Así, el primer grupo de personas físicas con capacidad para transferir responsabilidad penal a la persona jurídica serían los representantes legales, aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica y todas aquellas que ostenten facultades de organización y control. Y un segundo grupo de personas físicas idóneas para transferir la responsabilidad penal constituido por todas las demás que no incluidas en el primer grupo comentan sus conductas delictivas como consecuencia de un grave incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que sobre ellas deben ejercer las personas físicas englobadas en la primera categoría.

Así las cosas, el legislador en un intento de extender la cultura del cumplimiento y la prevención de la actividad delictiva, precedió a establecer, respecto del primer grupo de personas susceptibles de transferir responsabilidad penal a las personas jurídicas, conforme a lo regulado en el **apartado 2 del artículo 31 bis del Código Penal**, que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal si se cumplen las siguientes condiciones:

1. El órgano de administración **ha adoptado y ejecutado con eficacia**, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las **medidas de vigilancia y control idóneas** para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.
2. La supervisión del funcionamiento y del

cumplimiento del **modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control** o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.

3. Los autores individuales han cometido delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención.
4. No se ha producido una **omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones** de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.

Por último, debemos tener en cuenta que cuando la conducta delictiva susceptible de transferir responsabilidad penal a las personas jurídicas sea cometida por aquellas personas físicas englobadas en la segunda categoría, la exigente se aplicará si antes de la comisión del delito se ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

Como vemos, en la segunda condición introducida por el legislador en el artículo 31 bis 2, para hacer operar la exigente de responsabilidad penal de la persona jurídica es donde aparece recogida la figura del oficial de cumplimiento, pues introduce el Código Penal en ese apartado que la supervisión del modelo de prevención debe haberse encomendado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos y de control.

No obstante, de la regulación que el legislador ha diseñado se desprende que la simple implantación de sistemas de cumplimiento o la introducción en el seno de la empresa de un oficial de cumplimiento no hace operar de manera automática a la exigente de la responsabilidad penal descrita, sino que para que la misma opere en plenitud, la modificación del Código Penal a través de la Ley Orgánica 1/2015 establece las características que los sistemas de cumplimiento potencialmente capaces de eximir la responsabilidad penal deben reunir y que deberán ser acreditadas en el momento en el que la mencionada exigente quiera hacerse valer en un proceso penal concreto.

Dichas condiciones son sucintamente seis y aparecen reguladas en el nuevo artículo 31. Bis apartado 5. Así los sistemas de cumplimiento deberán identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos, establecer protocolos para concretar el proceso de formación de la voluntad de las personas jurídicas, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos, disponer de modelos de

gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos, imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos, establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo y realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación.

Por consiguiente, de lo expuesto en relación con la aplicación de la exigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se desprende la enorme trascendencia que tiene por una parte la implantación de sistemas de prevención que con un contenido mínimo regulado en el propio Código Penal deban resultar eficaces para evitar la comisión de actuaciones delictivas, y por otro lado la actuación y desempeño de funciones de modo diligente por parte del oficial de cumplimiento en la aplicación de esos sistemas de prevención. Dado que de ello depende en gran medida que la persona jurídica para la que desempeña su actividad de diseño, implantación y aplicación de los programas de prevención de delitos pueda enervar su responsabilidad penal haciendo operar la exigente regulada en los apartados 3, 4 y 5 del nuevo artículo 31. Bis del Código Penal. Y en consecuencia, se deriva de ello la responsabilidad que pudiera establecerse respecto del oficial de cumplimiento en el caso de que la exigente de responsabilidad penal no operase como consecuencia de su deficiente o negligente actuación.

IV. NATURALEZA JURIDICA DE LA PRESTACION QUE REALIZA EL COMPLIANCE

1. Consideraciones Generales

Para determinar la responsabilidad civil derivada de la actuación del compliance debemos previamente establecer cual es la naturaleza jurídica de dicha prestación respecto de la persona jurídica que le contrata para implantar los sistemas de cumplimiento, vigilar su efectivo funcionamiento y en definitiva hacerlos eficaces para que llegado el caso sean idóneos a los efectos de que pueda operar la exigente de responsabilidad penal que regula el artículo 31 bis del Código Penal. Para ello debemos igualmente partir de que aún hoy la figura del compliance officer carece de una regulación específica que determine su estatuto jurídico y del que se pueda desprender ex lege un concreto régimen de responsabilidad.

En un primer término parecería que el compliance officer es un profesional, preferentemente del mundo del derecho, al que se le encarga por parte de la persona jurídica que contrata sus servicios implantar, desarrollar y aplicar sistemas de cumplimiento normativo para impedir la posible transferencia de

responsabilidad penal desde las personas físicas vinculadas a su cliente a éste. Bajo esta óptica el compliance no dejaría de ser un **profesional cualificado** cuya vinculación con la persona jurídica se desenvolvería dentro de los límites propios de un **arrendamiento de servicios**. Siendo así, la naturaleza jurídica de la prestación que realiza sería la que se desprende del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la figura del arrendamiento de servicios regulado en el **artículo 1544 y siguientes del Código Civil**. En este sentido, y atendiendo a esta naturaleza jurídica, el compliance no estaría obligado a un resultado concreto propio (evitar que se produzcan delitos en el seno de la persona jurídica), sino que su obligación estaría circunscrita a aplicar el empleo de todos los medios a su alcance a través de sus conocimientos técnicos (jurídicos, de administración, en materia contable, de implantación de sistemas de cumplimiento y prevención etc), que impidieran que la conducta delictiva se pudiera producir por una acción negligente imputable a su actividad en la aplicación de los programas. Sería pues en principio una **obligación de medios y no de resultado**. Siendo que bastaría que el compliance, para enervar su responsabilidad, llegado el caso demostrara que ha utilizado los medios, conocimientos e instrumentos idóneos a los efectos de implantar y aplicar correctamente los sistemas de cumplimiento y evitar la transferencia de responsabilidad de las personas físicas que operan en la persona jurídica a ésta y lograr así la aplicación de la exigente de responsabilidad penal. Algo que quizá en la práctica no sea tan sencillo como luego veremos. En este sentido, haciendo una aplicación extensiva de la jurisprudencia que ha venido construyéndose a la hora de perfilar la responsabilidad civil de los letrados y profesionales del Derecho, como establecen entre otras las sentencias del **Tribunal Supremo de 14 de julio de 2005** o de **14 de julio de 2010**, la obligación del compliance estaría circunscrita al cumplimiento y observancia de la "lex artis", es decir, de la observancia de las reglas técnicas propias de las funciones del compliance comúnmente admitidas y adaptadas a las particularidades del caso.

De lo expuesto resulta obvio que la clave de bóveda por tanto de la responsabilidad civil del compliance officer, encontraría su punto de partida en la no aplicación, llegado el caso, a la persona jurídica para la que presta sus servicios de la exigente de responsabilidad penal por causa imputable a su actuación dentro de los límites de un arrendamiento de servicios.

Llegados a este punto debemos retomar lo establecido el Código Penal en su regulación de la exigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas y la relación con la implantación y aplicación de sistemas de



cumplimiento. En este sentido, es en la propia regulación de la eximente de responsabilidad penal establecida por el Código Penal, y concretamente en las condiciones que deben concurrir en relación con la aplicación de la misma en donde surgen algunas cuestiones que merecen ser tratadas en relación con la posible responsabilidad civil del compliance.

Si partimos de la base de que la prestación que realiza el compliance officer para la persona jurídica debe ser incardinada dentro de los límites de una prestación de servicios, y que este debe acreditar su actuación en relación con a *lex artis* que le es exigible, debemos llegar a la conclusión de que la responsabilidad del compliance derivada de su responsabilidad profesional debe obedecer a **criterios de imputación por culpa**, y no a un modelo de responsabilidad de carácter objetivo. Lo cual se traduciría en que llegado el caso, sería el perjudicado por su negligente actuación profesional, es decir la persona jurídica que se ve privada de la posibilidad de que se le aplique la eximente de responsabilidad penal, la que deberá acreditar que efectivamente el compliance a través de un hacer o de un no hacer, es decir, a través de una conducta activa u omisiva, ha provocado el daño que se le reclama, que en este caso se concretaría en las consecuencias derivadas de

la condena penal. Y como bien sostiene **Doña MARIA DEL CARMEN RUIZ MATAS-ROLDÁN** *"la carga de la prueba sobre la falta de diligencia recae única y exclusivamente sobre quien reclama, quedando a cargo del profesional tan sólo la prueba sobre los hechos extintivos o que impidan la eficacia de los alegados de contrario, y ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC"*.

No obstante, la regulación de la eximente de responsabilidad penal y las concretas condiciones que deben concurrir para que por el Tribunal en su caso se considere que opera la eximente, deja algunos puntos abiertos al debate sobre la imputación de responsabilidad civil al compliance derivada de la prestación que es objeto de su relación contractual con la persona jurídica. Por lo que resulta necesario hacer un análisis de las circunstancias y condiciones enumeradas en el artículo 31bis 2.

En primer lugar, el apartado 1 determina como primera condición para la aplicación de la eximente que la persona jurídica haya **adoptado y ejecutado con eficacia medidas de control y vigilancias idóneas** para prevenir delitos de la misma naturaleza. Y en su apartado 4 establece que no se aplicará la eximente si se ha producido una **omisión o un ejercicio insuficiente** de supervisión, vigilancia y control por parte del compliance.

De la lectura de estos dos requisitos, podemos interpretar que el legislador ha regulado en dos apartados distintos por un lado una posible causa de inaplicación de la eximente por la no adopción y ejecución de medidas de control, y por otro un ejercicio omisivo o insuficiente por parte del oficial de cumplimiento de sus funciones. Por lo que cabe interpretar que podríamos estar ante dos modalidades distintas en cuanto a la naturaleza jurídica de la relación del compliance con la persona jurídica, correspondiente ambas a dos momentos o fases distintas en el proceso de implantación y ejecución de los programas de cumplimiento, que pueden concurrir en el mismo profesional o en profesionales distintos.

En consecuencia con lo expuesto hasta ahora, el punto de partida para la exigencia de posible responsabilidad civil al compliance officer derivaría por tanto del hecho de que una vez producida la imputación de la persona jurídica en un proceso penal como consecuencia de la actividad ilícita producida por una persona física con capacidad de transferir responsabilidad penal a aquella, finalmente el Tribunal que conoce del asunto terminara considerando que no resulta de aplicación la eximente prevista en el artículo 31bis del Código Penal, fundamentando su decisión en la no concurrencia en la implantación y ejecución de los sistemas de cumplimiento las condiciones expuestas en el apartado 2 del citado artículo. Es decir, que sería a partir del concreto pronunciamiento judicial y de su fundamentación en el que se contendrán los motivos exactos por los que se considera que no opera la eximente, mediante el cual por tanto se decreta la extensión de la responsabilidad penal a la persona jurídica, del que debería partirse para determinar la posible responsabilidad civil del compliance. Y es aquí donde se plantean varios posibles escenarios.

A. Consideración de la no aplicación de la eximente de responsabilidad penal como consecuencia de incumplimiento de la condición 1 del apartado 2 del artículo 31. Bis.

Como ya hemos expuestos son varias las condiciones o requisitos que el legislador ha considerado que deben concurrir para que por parte del Tribunal se entienda que es aplicable la eximente de responsabilidad penal derivada de la implantación de programas de cumplimiento.

La primera condición hace referencia a la obligación del órgano de administración de la persona jurídica de haber adoptado y ejecutado con eficacia modelos de organización, antes de la comisión del delito que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza respecto de los que se quiera aplicar la eximente.

En esta primera condición ha regulado el legislador varios requisitos que los programas de cumplimiento deben tener a los efectos de la aplicación de la eximente. Un primer **requisito de carácter temporal**, ya que deben estar implantados los correspondientes sistemas de cumplimiento antes de la comisión del delito. Y en segundo lugar establece el legislador varios requisitos sobre el programa de cumplimiento propiamente dicho como son que el modelo se haya implantado con **"eficacia"** y que incluya **"medidas de vigilancia y control idóneas"**.

Igualmente, el legislador ha regulado, aunque de un modo un tanto deficiente, en el apartado 5 del artículo 31 bis los requisitos mínimos que los modelos de cumplimiento deben tener para considerarlos **eficaces e idóneos**.

A este respecto resulta de gran ayuda la **circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado**, dictada a los efectos de establecer criterios de interpretación que sirvan de guía a los operadores jurídicos a la hora de aplicar la nueva regulación del artículo 31. Bis y siguientes sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Respecto a este primer requisito para la aplicación de la eximente de responsabilidad penal la circular de la Fiscalía General determina que en relación con los programas de cumplimiento **"no basta con la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos"**.

Dicho esto, el cumplimiento del primer requisito que el legislador ha regulado para la posible aplicación de la eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas vinculadas a los programas de cumplimiento, debe llevar al Tribunal que conoce del caso a realizar un **juicio de idoneidad** de los mismos a los efectos de **determinar su efectividad** para la evitación de las conductas delictivas para las que la eximente se pretenda aplicar. Concluyendo que si ese juicio de idoneidad es negativo se entendería que el programa de cumplimiento no es eficaz y por tanto no serviría para evitar la condena y la declaración de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Resulta evidente que en la práctica la persona jurídica a la que se le endosa la responsabilidad de contar con esos sistemas de cumplimiento acude a un profesional o a un equipo de profesionales del compliance para que diseñen e implanten un sistema que supere llegado el caso

el juicio de idoneidad al que se refiere la circular de la Fiscalía General del Estado. Y además, esos sistemas como ya dijimos tienen que haber estado implantados antes de la comisión del correspondiente delito. En este sentido, la circular de la Fiscalía General del Estado al examinar este primer requisito de aplicación de la eximente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas apunta que *"no es infrecuente en la práctica de otros países que para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria del compliance, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales distintos. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado"*. Es lo que en la práctica del compliance se conocen como programas de cumplimiento cosméticos o *"compliance papers"*.

Y es aquí donde llega el caso si la sentencia que establece la responsabilidad penal de la persona jurídica funda el motivo de la no aplicación de la eximente en la no concurrencia de la condición primera del artículo 31 bis 2, la responsabilidad del compliance officer puede variar y acercarse más a la responsabilidad

propia de un contrato de arrendamiento de obra que de servicios. Y ello porque en este caso no estaríamos ante una simple obligación de medios, sino de resultados. Es decir, no bastaría con que el compliance al que se le ha encargado el diseño e implantación de los sistemas de cumplimiento acreditara haber desplegado la diligencia debida y las circunstancias propias de la *"lex artis"* aplicable, sino que el sistema de cumplimiento debe haber sido diseñado e implantado para superar el juicio de idoneidad al que será sometido en el caso de que la persona jurídica sea imputada en un proceso penal y pretenda acogerse a la eximente de responsabilidad derivada de la implantación de sistemas de cumplimiento eficaces. Dicho lo cual, el criterio de imputación en este caso variaría de un sistema de responsabilidad por culpa propio del contrato de arrendamiento de servicios, hacia un sistema de responsabilidad casi objetivo más propio del contrato de arrendamiento de obras, según lo cual si la eximente de responsabilidad penal no se aplica por considerar el sistema de cumplimiento no idóneo se derivaría casi de modo automático la responsabilidad del compliance contratado para su diseño e implantación.



B. Consideración de la no aplicación de la exigente de responsabilidad penal como consecuencia de la concurrencia de la condición 4 del apartado 2 del artículo 31 Bis.

Como ya hemos explicado el artículo 31 bis 2, en su apartado 4, determina que será de aplicación la exigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso de que *no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control* por parte del órgano al que se le ha encomendado tales funciones. Aquí el legislador, parece haber querido separar dos momentos distintos y establecer supuestos diferenciados entre la *eficacia* del modelo implantado al que nos hemos referido en el apartado anterior, y un *ejercicio insuficiente* de las funciones propias del sistema de cumplimiento. En el primer supuesto, debe conducir a ese juicio de idoneidad del sistema de cumplimiento, si el mismo es o no eficaz para prevenir los delitos a los que la exigente se pretenda aplicar como ya hemos expuesto. En el supuesto del apartado 4, determinada la eficacia del sistema, salvado ese juicio de idoneidad, el examen se centraría en concluir si el delito correspondiente se ha producido por una actitud o actividad deficiente del compliance. Estaríamos por tanto ante un juicio sobre cómo ha desempeñado el compliance su función en relación con un sistema de cumplimiento que se ha determinado eficaz e idóneo. Cuestión que consideramos que tiene una enorme trascendencia a la hora de determinar la posible responsabilidad del oficial de cumplimiento. No estaríamos ya ante un juicio de idoneidad del sistema sino ante un juicio sobre la diligente o no diligente actuación del compliance. Es decir, un juicio basado ahora si en criterios de culpabilidad por omisión o ejercicio insuficiente de las funciones encomendadas al compliance.

De este modo, y vistas la posible doble naturaleza de la prestación del oficial de cumplimiento, podríamos acudir a un símil automovilístico para visualizar de un modo más claro la posible diferencia de tratamiento jurídico que podrían darse en este caso. Estaríamos ante un supuesto en el que un cliente encarga a una misma persona o a una misma empresa, por un lado diseñar un vehículo capaz de reunir unas condiciones que le permitan competir en una determinada prueba, y por otra parte, se le encarga que una vez el vehículo está perfectamente diseñado y ha superado todo tipo de pruebas que le permiten competir lo pilote adecuadamente para al menos lograr el objetivo de cruzar la correspondiente meta. En el primer caso, estaríamos ante el **"compliance ingeniero"**, cuya obligación es de resultado: diseñar un vehículo y que este supere las pruebas para poder ser utilizado en la competición. En el segundo caso, estaríamos

ante el **compliance piloto**, cuya obligación es de medios y de pericia. Se le exige no que gane o que consiga un puesto concreto, sino que aplique a su función las reglas correspondientes a su oficio de piloto y lo haga de manera diligente y exigiéndole responsabilidades en el caso de que el resultado no sea el esperado si la causa se encuentra en una conducción negligente. Siendo que en la práctica es muy posible que estemos hablando de responsables distintos pues es muy frecuente que por parte de las personas jurídicas el diseño de los programas de cumplimiento y su implantación se encargue a profesionales diferentes a los que se les encarga posteriormente su desarrollo y ejecución.

2. Compliance Officer. Arrendamiento de servicios

Como hemos ya expuesto, es posible encontrar en la actividad que desempeña el compliance frente a su cliente persona jurídica que contrata sus servicios para diseñar, implantar y aplicar sistemas de cumplimiento que eviten la responsabilidad penal una doble naturaleza jurídica, por una parte, una **naturaleza jurídica más cercana al contrato de obra** en lo que se refiere al diseño e implantación del sistema de cumplimiento, dado que éste debe soportar el examen de idoneidad del Tribunal Penal llegado el caso. Es decir, el sistema de cumplimiento sirve o no sirve, y por tanto nos situaríamos en una obligación de obtener un resultado concreto. Y una segunda naturaleza jurídica más propia del **arrendamiento de servicio** en los casos en los que implantado el sistema de cumplimiento y determinado como eficaz e idóneo para prevenir la comisión de actividades delictivas en el seno de la persona jurídica, es la propia actividad negligente del compliance en el desarrollo de los programas y su aplicación los que causan la no concurrencia de la exigente de responsabilidad penal del artículo 31bis del Código Penal. Y esa doble o mixta naturaleza jurídica de la actividad del compliance debe también ser examinada en relación con los criterios de imputabilidad, la determinación de la concreta responsabilidad y la valoración del daño susceptible de ser indemnizado, distinguiendo cuando la causa se derive de un deficiente diseño del programa de cumplimiento, y cuando la causa se deba a una negligente vigilancia y aplicación del mismo por parte del oficial de cumplimiento.

Hemos partido de la base de que a falta de un estatuto legal y de una regulación clara y precisa de la figura del compliance y del régimen jurídico en el que podría fundarse su responsabilidad frente a su cliente, cuando nos referimos al oficial de cumplimiento como la persona encargada de aplicar los programas de prevención, por las funciones que desempeña, este régimen se acercaría al propio de un arrendamiento de servicios.

Este negocio jurídico es definido en el artículo 1544 del Código civil como aquél en el que “una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto”. Así, el compliance officer será el arrendador, que se obliga a prestar su servicio profesional, y la persona jurídica que le contrata el arrendatario, que se obliga a pagar el precio cierto (artículo 1546 del Código Civil). La obligación contractual del compliance en esta modalidad no sería una obligación de resultado como ya hemos dicho, (evitar cualquier conducta delictiva), sino de medios: evitar que la conducta delictiva sea imputable a una negligente aplicación de los programas de cumplimiento, suministrando todos sus conocimientos como oficial de cumplimiento y emplearlos diligentemente para lograr llegado el caso la correcta aplicación de la exigente de responsabilidad. A la luz de este acuerdo, es posible atribuir al compliance officer una responsabilidad contractual ya que el hecho que puede generar el daño (la condena penal de la persona jurídica por la no aplicación de la exigente de responsabilidad) se efectúa dentro del ámbito de lo pactado, susceptible de reclamarse mediante el ejercicio de una acción de responsabilidad civil profesional derivada del artículo 1101 del Código civil.

Por consiguiente, su obligación de prestación frente a la persona jurídica que le contrata se constituye como una obligación de medios y no de resultados, por lo que a la hora de determinar la responsabilidad del oficial de cumplimiento y cuantificar el daño producido, ante la falta de doctrina propia, deberemos acudir a la doctrina jurisprudencial que se ha ido moldeando en torno a la responsabilidad por una prestación negligente en los casos de arrendamientos de servicios.

Como ya hemos visto, para definir un régimen jurídico de la responsabilidad civil del compliance officer hemos partido de que quizá el estatuto jurídico que por analogía es de mejor traslación y encaje a la actividad desarrollada por aquél es el propio de los profesionales del Derecho. Por tanto, será la Jurisprudencia relativa a la responsabilidad de los profesionales del Derecho y la doctrina que en torno a ella se ha ido construyendo, a partir de la cual podríamos encontrar criterios de aplicación para construir la responsabilidad del compliance.

En este sentido, viene estableciendo la doctrina del Tribunal Supremo que *“la responsabilidad de los abogados en la defensa judicial de sus patrocinados está en relación con los deberes contraídos en el marco de un arrendamiento de servicios que se ciñe al respeto de la lex artis (reglas del oficio), pero que no implica una obligación del resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta como regla general la obligación*

de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria”, como establece entre muchas otras la sentencia de 30 de mayo de 2006. Entiende la doctrina del Tribunal Supremo, también detallada en la sentencia de 12 de diciembre de 2003, que estamos ante supuestos de la llamada **“responsabilidad civil profesional”**, y concretamente en el caso de la relación entre Abogado y su cliente estamos ante un arrendamiento de servicios o **“locatio operarum”**, en la idea de *“que una persona con título de Abogado o Procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados”*. En este sentido, la **sentencia de 12 de diciembre de 2003** reitera la doctrina al respecto de que la obligación del Abogado es de medios, comprometiéndose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde a su *“lex artis”* y por ende, sin que garantice el resultado de la misma.

Pues bien, aplicando esta doctrina a la figura del oficial de cumplimiento, entendiendo la prestación realizada desde la óptica de un arrendamiento de servicios, el compliance estaría obligado a desempeñar su actividad, en el ejercicio de sus funciones de cumplimiento y aplicación de los programas de prevención de delitos, con la debida diligencia y acorde a la *“lex artis”* propia del compliance. Por lo tanto, no estaría obligado a prevenir la comisión de cualquier tipo de actividad delictiva que pudiera transferir responsabilidad penal a la persona jurídica para la que ha sido contratado (obligación de resultado), sino a desempeñar diligentemente sus funciones como oficial de cumplimiento de tal manera que la posible comisión de una actividad delictiva no se derive de su negligente aplicación de los programas de prevención de delitos.

Al respecto, en los casos de la **“responsabilidad profesional”** la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido perfilando entre otras en la sentencia de 14 de julio de 2010 o la ya citada de 1 de julio de 2016, que para que prospere una reclamación de responsabilidad civil del profesional abogado deben concurrir los siguientes requisitos.

- A) El incumplimiento de sus deberes profesionales.
- B) La prueba del incumplimiento.
- C) La existencia de un daño efectivo consistente en la disminución de las posibilidades de defensa.
- D) Existencia de nexo causal, valorado en criterios de imputación objetiva.

- E) Fijación de la indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades.

En este sentido, y siguiendo con la aplicación de la doctrina propia de la responsabilidad civil profesional de los abogados para determinar la responsabilidad del oficial de cumplimiento, deberá acreditarse en primer lugar **la existencia previa de una relación contractual entre el compliance y la persona jurídica y una acción u omisión culposa del compliance en el cumplimiento de su obligación contractual**. El resultado dañoso, concretado en este caso en la condena de la persona jurídica por la no aplicación de la eximente de responsabilidad penal, debe ser producto de una acción u omisión de la actuación profesional del compliance, que se traduce aquí en la negligente aplicación de los programas de prevención de delitos que dio lugar a que el Tribunal Penal no considerase de aplicación la eximente de responsabilidad. Una conducta que deberá ser examinada en criterios de **imputación por culpa** como ya hemos venido exponiendo. En la que se acredite que el compliance no actuó ni desplegó su actividad conforme a la "lex artis" que le resulta exigible.

Daño efectivo. Disminución de las posibilidades de defensa.

En estos términos, y superados los requisitos relativos al incumplimiento de los deberes del compliance y la acreditación sobre ese incumplimiento, la prueba sobre la existencia del **daño efectivo consistente en la disminución de las posibilidades de defensa** que la doctrina requiere en los casos de responsabilidad civil de los letrados, es obvio que la encontraríamos en la decisión del Tribunal Penal por la que se procede a la no aplicación de la eximente de responsabilidad, disminuyendo así las posibilidades de defensa de la persona jurídica condenada y cliente del oficial de cumplimiento. En este caso, no solo estaríamos ante una disminución de esas posibilidades de defensa en los términos exigidos por la doctrina, sino una **desaparición o eliminación total de las mismas**, en el sentido de que tal y como se ha construido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si concurren el resto de requisitos regulados para que esta nazca, la única posibilidad de defensa es la implantación y el desarrollo correcto de programas de cumplimiento que permitan la aplicación de la eximente de responsabilidad. Es por tanto, **esta pérdida total de posibilidades de defensa la que determinaría la existencia un daño efectivo en la determinación de la responsabilidad del compliance**. En este sentido, la amplísima casuística que se da en el caso de la responsabilidad civil de los abogados nos permite trasladar la doctrina que se ha ido formando al respecto al caso de la responsabilidad del oficial de cumplimiento. Por

su parte, el **nexo causal** deberá encontrarse en el hecho de que **de haber realizado diligentemente su prestación profesional** consistente en la aplicación de los programas de cumplimiento, la eximente de responsabilidad penal hubiera operado, y por tanto no habría existido la condena penal a la persona jurídica que podría haber salvado así su responsabilidad, y el daño efectivo consecuentemente no se hubiera producido.

Dicho esto, y siguiendo con la doctrina expuesta restaría por establecer la fijación de la **indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades** experimentada por la persona jurídica afectada por la sentencia penal.

Con independencia de cada caso concreto, resulta evidente que el daño producido a la persona jurídica y que sería objeto de debate en el proceso civil en el que se dirimiera la responsabilidad del compliance officer, habría que buscarlo en las **consecuencias derivadas de la condena penal** sufrida por la persona jurídica. Las consecuencias de esa pérdida de posibilidades de defensa en forma de no aplicación de la eximente de responsabilidad penal. En este sentido, los daños que pudieran derivarse de la condena penal serían de dos tipos. Por una parte, **daños estrictamente patrimoniales**, y en segundo lugar los posibles **daños morales** sufridos por la persona jurídica condenada.

Debemos traer a consideración, siguiendo la construcción de la responsabilidad civil del compliance como la propia de un arrendamiento de servicios, que la Jurisprudencia tiene establecido en los casos de responsabilidad civil de abogados que la pérdida de la oportunidad de defensa genera diversos conceptos indemnizables y una enorme variedad de criterios a tener en cuenta para cuantificarlos. En este sentido, la **sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2005** y la doctrina que al respecto recoge, determina que por regla general la Jurisprudencia ha reconocido la indemnización del **daño moral** como consecuencia directa de la privación de la oportunidad de defensa, y por otro lado del **daño patrimonial** que pueda haberse generado.

Daño Patrimonial.

En relación con el posible daño patrimonial susceptible de ser indemnizado en una reclamación de responsabilidad civil frente al compliance, debemos tener en consideración que el Código Penal en su regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha determinado un catálogo cerrado de posibles delitos por los que éstas podrían ser condenadas en el caso de que se determine su

responsabilidad criminal. Y ello en la medida en la que el artículo 31 bis del Código penal establece que las personas jurídicas solamente podrían ser condenadas por delitos que así el propio código lo establezca de manera expresa. Estos tipos penales que expresamente son recogidos en el Código Penal como susceptibles de ser aplicados a las personas jurídicas van desde el tráfico ilegal de órganos o sus trasplantes previsto en el artículo 156 bis del Código Penal, pasando por los delitos contra la intimidad y allanamiento informático del artículo 197 hasta los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes del artículo 343 o falsificación de moneda del artículo 386 del Código Penal. Se trata concretamente de 31 tipos delictivos susceptibles de ser aplicables a las personas jurídicas.

Del elenco de delitos susceptibles de ser cometidos por la persona jurídica, el legislador ha regulado las penas aplicables mediante un sistema gradual de multas, siendo común a todos estos tipos delictivos que **la pena a la que puede verse sometida la persona jurídica son sanciones económicas calculadas conforme a los posibles beneficios obtenidos de la concreta actividad criminal por la que se ha condenado.**

Por otra parte, el **artículo 33.7 del Código Penal** establece las penas susceptibles de ser de aplicación por el Juez Penal a las personas jurídicas, en este caso como accesorias de la principal. Penas que van desde la disolución de la persona jurídica, pasando por la suspensión de su actividad, la clausura de sus locales y establecimientos de manera temporal o prohibición de ejercer la actividad en cuyo ejercicio se haya podido cometer el delito. Se trata de seis tipos de penas creadas (además de la de multa) para imponerse específicamente a las personas jurídicas con la consideración de penas graves, independientemente de su duración. Concretamente las siguientes: disolución de la persona jurídica. Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. Clausura de sus locales y establecimientos por no más de cinco años. Prohibición definitiva o temporal de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Inhabilitación por no más de 15 años para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios fiscales o de Seguridad Social. Y por último la intervención judicial por no más de cinco años a favor de acreedores o trabajadores.

Quiere esto decir, que los posibles **perjuicios patrimoniales** que pudieran ser objeto de reclamación contra el compliance officer, derivados de la condena penal fruto de la no aplicación de la eximente de responsabilidad penal, estarían comprendidos por la sanción en

forma de multa que en todo caso se impondrá, y por otra parte las posibles consecuencias económicas derivadas de las penas accesorias que afectan a la actividad de la persona jurídica.

Respecto a los perjuicios patrimoniales correspondientes a la concreta sanción en forma de multa que se impusiera a la persona jurídica en la sentencia penal, parece sencillo su cálculo y su determinación. En este sentido, en un procedimiento de reclamación contra el compliance officer negligente, no parece que entrañe gran dificultad para la persona jurídica demandante en un proceso civil cuantificar el daño concreto referido a la multa a la que haya sido condenada. Se trataría de una sencilla operación aritmética de cálculo de la multa para poder entender como correctamente

cuantificado el perjuicio patrimonial circunscrito a la multa objeto de la condena. O incluso, la documentación correspondiente al cumplimiento del pago de la correspondiente multa en el orden penal, constituiría un medio probatorio indiscutible en el proceso civil sobre el alcance del daño producido.

Sin embargo, más complejidad entrañará la cuantificación de los posibles daños patrimoniales que se pudieran derivar de una posible pena accesoria consistente en la limitación en mayor o menor grado de la actividad de la persona jurídica en los términos que se establecen en el artículo 33.7 del Código Penal. En este sentido nos colocaríamos en la siempre difícil cuestión del cálculo de daños futuros y de posibles lucros cesantes derivados de esa limitación de la actividad de la persona

jurídica que deberán ser objeto de prueba y de valoración en el proceso civil en que se dirima la responsabilidad del compliance. Correspondiendo la carga de la prueba obviamente a la persona jurídica que los reclame.

Daño Moral.

Además del perjuicio patrimonial derivado de la sanción impuesta en la vía penal, tanto de la multa como de la posible condena accesoria, la cuestión que se plantea es si además de esto, podrían ser reclamados los posibles daños morales ocasionados a la persona jurídica directamente relacionados con la sentencia condenatoria que no aplicó la eximente de responsabilidad por causa imputable a una actuación negligente del oficial de cumplimiento.



Ello en la medida en la que es evidente que la condena penal implica un reproche social y de prestigio, una merma en la imagen pública y la reputación de la persona jurídica condenada que podía haberse evitado de haber operado la eximente de responsabilidad penal. Y por otro lado, igualmente debe considerarse si la no aplicación de la eximente, es decir esa pérdida de oportunidad de defensa es indemnizable por sí misma o no como daño moral.

Como reconoce el Tribunal Supremo en sentencia entre otras de **9 de diciembre de 2003** el Código Civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1107 impone el **resarcimiento de "todos"** los daños producidos y ha sido la jurisprudencia la que ha ido elaborando una doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las antiguas sentencias de **6 de diciembre de 1912** y de **19 de diciembre de 1949**, declarando que si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido (sentencias de 3 de junio de 1991, 21 de octubre de 1996 y 19 de octubre de 2000) y a tales efectos han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso.

La situación de partida para que concurra un daño moral indemnizable consiste en la existencia de un impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, un estado de impotencia, zozobra (como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre), una situación de ansiedad y angustia (sentencia de 6 de julio de 1990), o de un impacto emocional con la incertidumbre consecuente (sentencia de 27 de enero de 1998), tendiendo a evolucionar esta concepción hacia concepciones amplias como la del "placer frustrado". No obstante, este concepto de daño moral indemnizable no puede operar sin más en todo caso de incumplimiento contractual, ni es subsumible, en principio, en la previsión general de evitar que "el contrato opere en el vacío". No obstante, si opera cuando se da una situación que revela por sí misma la singular afección. Cuando el daño moral nace de un daño material o resulta de datos de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor, una consecuencia de la propia realidad litigiosa, se justifica la operatividad de la doctrina "in re ipsa loquitur" y la concesión de indemnización por la situación de notoriedad.

Debemos en este punto recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la responsabilidad civil de abogados tiene establecida doctrina según la cual la reparación del daño moral en estos casos se debe

estimar que concurre sin necesidad de acudir a realizar un juicio sobre la prosperabilidad de la actuación letrada que se haya dejado de realizar causando esa pérdida de oportunidad de defensa de la que hemos hablado. Así sentencias del **TS como la de 11 de noviembre de 1997 o la de 8 de abril de 2003**, establecen ese principio indemnizatorio del daño moral cuando se produce esa actividad negligente del Letrado que frustra la posibilidad de defensa de su cliente, sin necesidad de entrar a valorar las opciones o no de éxito de la posibilidad de defensa frustrada. Trasladando esta doctrina al caso que nos ocupa, podríamos determinar que la frustración de evitar la condena penal por la no aplicación de la eximente de responsabilidad prevista en el artículo 31 bis de Código Penal podría generar por sí misma un derecho indemnizatorio al entender dañado el derecho moral de la persona jurídica.

Llegados a este punto, debemos determinar si las personas jurídicas son o no susceptibles de ser indemnizadas por los posibles perjuicios morales que puedan sufrir.

Como ya sabemos, determinar si existe la posibilidad de indemnizar el daño moral a las personas jurídicas no es una cuestión pacífica entre la doctrina y la jurisprudencia, existiendo posicionamientos a favor y en contra de esta cuestión. Para quienes consideran que no es posible indemnizar el daño moral a la persona jurídica parten de un concepto de moral de carácter restringido, entendiéndolo que éste se identifica con el dolor o el sufrimiento físico o psíquico, con lo cual, desde un punto de vista conceptual, es imposible que las personas jurídicas puedan sufrir esta clase de daños puesto que carecen de la dimensión psicológica necesaria para ello. Se mantiene que carecen de la capacidad de sentir una ofensa y, por consiguiente, de sufrir daños morales, puesto que las personas jurídicas, en sí mismas consideradas, carecen de sentimientos. De este modo, no sólo es ese sufrimiento psicofísico el que configura el concepto de daño moral, sino que la naturaleza del bien lesionado debe ser uno de los llamados derechos de la personalidad, es decir, aquellos inherentes al ser humano y en esencia estos no pueden predicarse de las personas jurídicas. Por tanto, si aceptamos esta construcción doctrinal las personas jurídicas no son susceptibles de ser indemnizadas desde el punto de vista moral, por lo que, en el caso de una reclamación de responsabilidad al oficial de cumplimiento por la condena penal sufrida, no podría reclamarse más que daños patrimoniales derivados de su negligencia profesional.

Frente a esta tesis restrictiva del daño moral en las personas jurídicas, existe otra parte de la doctrina que reconoce la posibilidad de indemnizar el daño moral que les es causado.

Se parte así de un concepto amplio de daño moral, ya que si limitamos esta clase de daños a los sufrimientos o padecimientos físicos o psíquicos, o como expresan algunos autores a las “perturbaciones del ánimo” es imposible entonces reconocer estos agravios en las personas jurídicas porque carecen de esta dimensión psicológica.

Para hablar por tanto de un concepto amplio de daño moral, se parte no del punto de vista del interés lesionado, sino del punto de vista de las consecuencias de la lesión. Así, el daño moral se identifica con aquel perjuicio de naturaleza no patrimonial que resulta de la lesión de cualquier interés jurídico, incluso cuando el interés primariamente lesionado es patrimonial y, en ese sentido, se permite incluir a las personas jurídicas como eventuales víctimas de esa clase de menoscabos.

Sin embargo, por más que la doctrina esté dividida en torno a la admisibilidad del daño moral en las personas jurídicas, la jurisprudencia ha venido paulatinamente admitiendo la posibilidad de indemnización por daño moral causado a las personas jurídicas. En este sentido la sentencia de 9 octubre 1997 estableció que “el honor, fama o prestigio de una persona jurídica es indudable e indiscutible; **una persona jurídica que es atacada en su buena fama, su prestigio o su honor, tiene indudablemente acción para su protección, sea persona jurídica de tipo personalista (universitas personarum), sea de tipo patrimonialista (universitas bonorum)**. Por su parte, la **sentencia del Tribunal Supremo de 21 febrero 2009** señalaba que “aunque el honor es un valor que debe referirse a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas”. A través de los fines de la persona jurídico -privada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad en el sentido de protegerla para el desarrollo de sus fines y proteger las condiciones de ejercicio de la misma. La persona jurídica puede así ver lesionado su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la infame o la haga desmerecer en la consideración ajena. Según la **sentencia del Tribunal Supremo de 26 marzo 2009**, “la Jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Supremo han considerado incluido en la protección del honor el prestigio profesional, tanto respecto de las personas físicas como de las personas jurídicas - **sentencias de 11 de septiembre, 7 y 26 de noviembre de 2008, entre muchas otras** - y ello porque el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor profesional, incluso de especial gravedad, ya que la actividad profesional suele ser una de las formas más

destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga - **sentencias del Tribunal Constitucional 180/1999 y 9/2007**”. En igual sentido las sentencias del **26 noviembre 2008, 14 diciembre 1994, 18 julio 2007 sentencia del Tribunal Constitucional 139/1995 de 26 de septiembre**.

Admitida la posibilidad de indemnizar el daño moral de las personas jurídicas, claro es que el ataque ha de dirigirse a su honor, fama o prestigio, entendido como lesión a la imagen comercial, al crédito empresarial o a la ética o prestigio profesional en el ámbito de su actividad, en cuanto conforman e integran su patrimonio moral con repercusión económica. Lo que no procedería, en razón a la propia entidad y naturaleza de la persona jurídica, sería por tanto vincular el daño moral con el sufrimiento psíquico o espiritual, que solamente puede originarse respecto a la persona física.

Establecido lo anterior, es evidente que la doctrina sobre el daño moral expuesta tiene una importante incidencia en relación con las reclamaciones por responsabilidad civil interpuestas contra el oficial de cumplimiento basadas en la no aplicación de la eximente de responsabilidad penal por causa imputable a él, y que derive por tanto en un sentencia condenatoria de la persona jurídica por la que fue contratado para implantar y aplicar programas de cumplimiento susceptibles de evitar la responsabilidad penal de aquella. Así las cosas, no cabría reclamar frente al compliance officer daño moral inherente a la pérdida de defensa en el sentido que la doctrina jurisprudencial lo ha establecido en los casos de responsabilidad civil de abogados para reparar el sufrimiento, la zozobra o impacto emocional, dado que no es este el concepto en el que se admite la posibilidad de entender la existencia de daño moral en las personas jurídicas como hemos visto.

Dicho lo cual, si partimos de la premisa que el daño moral susceptible de ser padecido por una persona jurídica debe entenderse en la forma de merma de su prestigio comercial, de su buena imagen o reputación, es en esa concepción en la que podría incluirse en la reclamación al oficial de cumplimiento el daño moral, en forma de prestigio reputacional y comercial, derivada de la condena penal sufrida por la persona jurídica. De este modo, resulta sencillo aceptar que de manera natural la persona jurídica en el caso de ser condenada en el proceso

penal correspondiente como consecuencia de la actividad criminal desempeñada por personas que tienen un determinado grado de vinculación con ella, sufrirá en el tráfico comercial una merma en su imagen, su prestigio y su reputación. Sumando a ello en este caso además, que la condena se produce no sólo por esa conducta delictiva de personas físicas vinculadas a su actividad sino por un deficiente funcionamiento de los programas de cumplimientos implantados, lo que a su vez proyecta una imagen negligente de la persona jurídica. Debe considerarse por tanto, que este concepto de daño moral si podría ser reclamable sin perjuicio de la carga probatoria de la valoración del concreto impacto que para el prestigio reputacional de la persona jurídica haya podido tener la condena en vía penal, que podía haberse evitado sin la actuación negligente del compliance, y que deberá ser objeto del correspondiente juicio probatorio en el proceso civil, más allá de las dificultades que siempre entraña la acreditación de la incidencia del daño moral y su concreta cuantificación. Deberá por tanto la persona jurídica desplegar una actividad probatoria suficiente encaminada a acreditar la incidencia que en su prestigio y reputación haya podido tener la sentencia penal.

Por último debemos añadir, que es conveniente que los daños morales derivados de la actuación del compliance sean reclamados de modo expreso en la reclamación civil que entable la persona jurídica para obtener una indemnización al respecto. Ello en la medida en la que tiene establecida la jurisprudencia en los casos de responsabilidad civil de los abogados, y que puede considerarse aplicable, que la petición de indemnización de daños morales y su posible cuantificación debe separarse adecuadamente de la solicitud de una mera indemnización económica porque en ese caso se entendería que exclusivamente se reclaman daños de carácter patrimonial o material y en consecuencia el Juzgador no podría entrar a valorar el posible resarcimiento de los daños morales causados.

3. Compliance officer. Arrendamiento de obra

Como ya hemos analizado la relación del compliance officer con la persona jurídica que le contrata puede tener una doble dimensión. Por un lado, el **diseño del modelo de cumplimiento** que permita prevenir los delitos susceptibles de ser cometidos por las personas físicas que pueden transferirle responsabilidad penal, y eximirle de responsabilidad criminal llegado el caso, y por otro, la **aplicación y supervisión de ese modelo de cumplimiento**.

En la esfera correspondiente al diseño del modelo de cumplimiento, lo que hemos denominado el compliance ingeniero en

contraposición al compliance piloto en el símil automovilístico, se perfecciona una relación contractual en la que el oficial de cumplimiento se obliga frente a la persona jurídica a diseñar un modelo de cumplimiento cuya finalidad, además de la propia de la prevención de las actividades delictivas en su seno, es la de **servir para que opere la eximente de responsabilidad penal ex artículo 31 bis del Código Penal**. De tal manera, que en esta dimensión de la relación entre el compliance y la persona jurídica que le contrata no estaríamos ante una obligación de medios, sino ante una obligación de resultado, lo que colocaría la prestación del oficial de cumplimiento en esa esfera en el ámbito del contrato de obra y no del arrendamiento de servicios.

En este sentido, la finalidad del contrato formalizado entre el compliance y la persona jurídica no sería la actividad en sí sino el resultado de dicha actividad, de ahí que pueda aplicársele la definición propia del contrato de obra según el cual sería aquél por el que una persona (contratista o empresario) se obliga respecto de otra (comitente) mediante precio, a la obtención de un resultado, al que, con o sin suministro de material, se encamina la actividad creadora del primero, que asume los riesgos de su cometido, de acuerdo con la regla *res perit domino* y con lo preceptuado por los artículos 1588 a 1600 del Código Civil.

La doctrina jurisprudencial, entre otras en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio 2003**, establece que "las relaciones contractuales litigiosas constituyen un contrato de arrendamiento de obra ya que ambas partes reconocen como perseguidos unos concretos resultados permanentes al margen de la prestación en sí". Por lo tanto, lo que interesa es el resultado que se obtenga, y es éste el que es objeto de pago o retribución, lo que lo diferencia del contrato de arrendamiento de servicios.

Hasta ahora hemos tratado de construir la posible responsabilidad civil del compliance sirviéndonos de las líneas jurisprudenciales y doctrinales aplicadas para los arrendamientos de servicios propios de los abogados. En este sentido, es destacable que incluso la propia jurisprudencia al respecto establece que no existe impedimento para que la relación del abogado con su cliente en determinadas circunstancias pueda ser considerada como un contrato de arrendamiento de obra. Así entre otras, la **sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2003** que establece que el contrato que vincula al abogado con su cliente es el de arrendamiento de servicios, "*salvo que haya sido contratado para una obra determinada, como un informe o dictamen. A lo que está obligado, pues, es a prestar sus servicios profesionales con competencia y prontitud requeridas por las*

circunstancias de cada caso. En esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y la jurisprudencia aplicable al caso, y a su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiere interpretaciones no unívocas”.

Recordemos al respecto, lo mantenido por la **circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado** en relación con la obligación de que el programa de cumplimiento sea eficaz y del necesario juicio de viabilidad al que deberá ser sometido por el Tribunal Penal para hacer operativa la exigente de responsabilidad penal de la persona jurídica, y de como el propio Código Penal regula un contenido mínimo de esos programas de prevención. De lo mantenido por la Fiscalía General en aplicación de las previsiones del artículo 31 bis del Código Penal se desprende que una vez que se formalice el encargo al compliance para el diseño del programa de cumplimiento, este deberá estar ajustado de manera singularizada para la persona jurídica para la que se va a implantar. Ello deriva en una serie de obligaciones para el compliance a la hora de ejecutar el encargo del diseño del programa de cumplimiento que serán el objeto mismo de la prestación, y sobre todo impone una obligación de hacer viable el mismo a los efectos de la exigente de responsabilidad penal y cumplir con el contenido mínimo regulado en el artículo 31.bis 5 del Código Penal. Lo que lo sitúa claramente en este caso en la esfera del contrato de obra.

Como consecuencia de esto, el régimen de imputación de responsabilidad cuando la prestación contratada con el compliance sea la de diseñar un sistema de cumplimiento susceptible de superar el examen de viabilidad al que se refiere el artículo 31.bis del Código Penal y la circular de la Fiscalía General del Estado, ya no será por culpa bastando para el compliance acreditar que actuó conforme las reglas propias de su "lex artis "y que desplegó una actividad diligente en la aplicación de los programas, sino que estaríamos ante un régimen de responsabilidad en el que demostrada la prestación deficiente deberá acreditar uno de los motivos que excusan su responsabilidad en el orden civil propio de los arrendamientos de obra. Estriamos hablando por tanto de los supuestos de caso fortuito y la fuerza mayor. De este modo, conforme al [artículo 1.105 del Código Civil](#) nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables, y estas causas externas son el caso fortuito y la fuerza mayor. En ambos casos podría entenderse que se rompe el nexo causal entre la conducta del oficial de cumplimiento y la no viabilidad del sistema de cumplimiento por cuanto su acción u omisión no es la causa apropiada para la producción del daño, por cuanto ésta viene dada por una fuerza mayor o un caso fortuito.

En ambos casos se tratará de un acontecimiento que no se podrá imputar al oficial de cumplimiento y que es inevitable o imprevisible. Ahora bien, ambos conceptos se han de distinguir, así por el grado de evitabilidad del suceso: criterio subjetivo, el caso fortuito es un suceso que no pudo prever, pero de haberlo previsto se hubiera podido evitar; y la fuerza mayor es un suceso inevitable, aunque se hubiera previsto. En cuanto al criterio objetivo, el caso fortuito se produce en el círculo interno de la obligación, mientras que la fuerza mayor es un suceso totalmente extraño a la actividad ordinaria, ajeno al círculo de la obligación; aunque, en ambos casos, se tratará de un suceso imprevisible o inevitable. Y así, la carga de la prueba de una situación de caso fortuito o fuerza mayor correspondería al compliance frente al que se dirige la acción de responsabilidad civil por parte de la persona jurídica condenada, dado que será el oficial de cumplimiento quien opone como causa de exoneración de responsabilidad, la imprevisibilidad y la inevitabilidad y ello exige una prueba cumplida de parte de quien la alega.

V. EFECTOS DE LA SENTENCIA PENAL CONDENATORIA DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL PROCESO CIVIL DE RECLAMACION DE RESPONSABILIDAD DEL COMPLIANCE

Expuesto lo anterior sobre las posibles causas que derivarían en la no aplicación de la exigente de responsabilidad penal de la persona jurídica se plantan varias cuestiones prácticas que merece la pena analizar.

Como ya hemos insistido, el punto de partida para la determinación de la posible responsabilidad civil del compliance lo tendríamos que buscar en el pronunciamiento judicial que concluiría con la no aplicación de la exigente de responsabilidad penal de la persona jurídica del artículo 31.Bis 2. Así la fundamentación jurídica del fallo y los hechos considerados probados determinarían la causa concreta que llevaría al Tribunal a entender no aplicable la exigente, y si el mismo se fundamenta en la concurrencia del apartado 1 o apartado 4 del artículo 31.Bis 2, y por tanto en un causa basada en un supuesto imputable al compliance. A partir por tanto de ese fallo judicial, y de su concreta motivación, la persona jurídica que no hubiera podido salvar su responsabilidad penal y hubiera sido condenada contaría ya a partir de la firmeza de la resolución del Tribunal con un título suficiente para exigir al compliance responsabilidad civil derivada de la no aplicación de la exigente o bien por un deficiente sistema de cumplimiento, o bien por una negligente actuación del propio oficial de cumplimiento en la aplicación de los programas. La cuestión que se nos plantea es que con independencia de la naturaleza jurídica de la responsabilidad de compliance en función



de la concreta causa que sirviera para motivar la no aplicación de la eximente de responsabilidad a la persona jurídica, la sentencia, sus hechos probados y su motivación, declarados ya firmes en un proceso penal, nos podría situar en una cuasi objetivación de la responsabilidad civil del compliance en un posterior proceso civil. Es decir, que la correspondiente reclamación al oficial de cumplimiento en vía civil basada en la sentencia penal para que se indemnicen los daños causados a la persona jurídica como consecuencia de la condena sufrida por la no aplicación de la eximente de responsabilidad, dejaría poco lugar al debate jurídico en ese proceso sobre la responsabilidad civil del compliance. Limitándolo a cuestiones como la prescripción o la valoración del daño, pero pudiendo cerrar el debate a los criterios de imputación y la conexión entre el daño producido y la actuación del compliance que se desprenderían de la fundamentación de la sentencia penal. Esto genera dudas prácticas y nos colocaría ante un posible escenario

de enorme indefensión para el oficial de cumplimiento.

Como hemos expuesto, la causa primera de no aplicación de la eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas conlleva un juicio de idoneidad del propio sistema de cumplimiento. Esto implica que en el propio proceso penal se realizará un examen sobre la efectividad del modelo de cumplimiento que el compliance haya diseñado específicamente para la persona jurídica por encargo de esta. Sin embargo, en ese examen de idoneidad el oficial de cumplimiento ocuparía en el plano del proceso penal una situación que no le permitiría defender en plenitud de armas la eficiencia e idoneidad del sistema de cumplimiento por él mismo diseñado. Ello en la medida en la que el proceso penal se construiría en todo caso entre la acusación por un lado del Ministerio Fiscal y del resto de las acusaciones que se hubieren personado en el proceso, y por otra los acusados por la comisión de la correspondiente conducta delictiva, que

serían por una parte las personas físicas que materialmente la hubieren cometido y la persona jurídica por transferencia de responsabilidad de aquellas. Pero el compliance, salvo en los casos que se le considere responsable penal, no estará presente en plenitud en el proceso y no podrá defender de manera plena el modelo de cumplimiento y por tanto defender su propia posición respecto a su obligación frente a la persona jurídica de diseñar aquel de manera eficaz para prevenir actividades delictivas cometidas por personas físicas vinculadas a la propia persona jurídica. De hecho, su intervención en el proceso como testigo dependerá de que sea propuesto por alguna de las partes y por tanto ni siquiera en este sentido estaría garantizada su presencia en el proceso. Sucedería tanto de lo mismo respecto a la condición cuarta del artículo 31.bis 2, ya que lo que se debatiría en el proceso penal sería si el oficial de cumplimiento actuó con la diligencia debida y no se ha producido omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones. Lo que obliga como es obvio a desplegar una actividad probatoria en el proceso penal por las acusaciones y defensas en aras a determinar este extremo.

Por ello, planteada una demanda en el orden civil por parte de la persona jurídica condenada dirigida contra el compliance, motivada por su actuación y que ha llevado al juzgador penal a rechazar la aplicación de la eximente de responsabilidad, reclamando la indemnización de los daños que esto pudiera haberle causado, el oficial de cumplimiento debe poder tener plenitud de defensa en dicho proceso y deberán moderarse los efectos de la sentencia penal en la reclamación por daños en vía civil. En este sentido, sería de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo dictada al respecto de los efectos de las sentencias penales en el orden civil, y los efectos reflejos de una en las otras y las posibles limitaciones del juez civil en estos casos. Siendo que como recoge entre otras en la **Sentencia de la Sala 1ª, de 11 de enero de 2012, en el recurso 2120/2009**, siendo presidente **DON FRANCISCO MARTÍN CASTÁN**, *"incluso tratándose de sentencias penales condenatorias firmes, su efecto vinculante no puede ser enérgico como para quebrantar la proscripción de indefensión establecido en el artículo 24 de la Constitución Española. Por eso entre otras la sentencia de esta Sala de 10 de octubre de 2003 declara que el principio de identidad entre los litigantes, propio de la cosa juzgada, impide extender el efecto vinculante de la sentencia penal condenatoria a quienes no hubieran sido partes en el proceso penal"*. Esta misma sentencia recoge para motivar esta doctrina algunos pronunciamientos al respecto del Tribunal Constitucional como el recogido en la **Sentencia STC 139/2009** al afirmar que *"el respeto a las declaraciones contenidas en un pronunciamiento judicial, dictado en otro*

proceso distinto y por un órgano de otro orden jurisdiccional, como es el caso, no es siempre una consecuencia jurídicamente obligada ni, por tanto, que impida a todo trance que otros órganos judiciales, aunque sea con ocasión de enjuiciar los mismos hechos, pueda apartarse de lo decidido previamente, siempre y cuando, como es natural, justifique motivadamente las razones de su decisión divergente". Continúa la sentencia del Tribunal Constitucional citada en la Sentencia del TS diciendo que *"como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en otras ocasiones semejantes, el que ciertamente unos hechos no puedan existir y dejar de existir para los órganos del Estado, sin vulnerar al mismo tiempo el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE, y al cabo también, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, no significa que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción. Obliga a que la diferente apreciación de los hechos debe ser motivada, de modo que cuando un órgano judicial dicte una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio"*. (Sentencias del TC 34/2003 de 25 de febrero, y 216/2006 de 16 de julio y 16/2008 de 31 de enero).

Como conclusión, podemos sostener que en el caso de que se entable una demanda civil de reclamación de daños contra el compliance por parte de la persona jurídica para la que fue contratado, como consecuencia de una sentencia penal que condena a la persona jurídica y declara la no aplicación de la eximente del artículo 31.bis 2 por una causa imputable a una actuación del compliance, el debate jurídico en ese proceso civil para determinar la existencia o no de responsabilidad civil que genere un derecho indemnizatorio debe ser pleno, sin que los concretos hechos probados recogidos en el fallo penal puedan impedir al Juez Civil realizar su propia valoración sobre las pretensiones de las partes en ese proceso, y a éstas desplegar con plenitud sus correspondientes alegaciones y medios probatorios. Ello como consecuencia de que el oficial de cumplimiento no ha sido parte en el proceso penal, con la indefensión que ello supondría, y por otro lado por la moderación doctrinal de los efectos de la sentencia penal en el orden civil. Esto nos colocaría en la situación en la que efectivamente la causa concreta alegada para la no aplicación de la eximente de responsabilidad penal podrá ser abordada desde la concreta perspectiva de la naturaleza jurídica propia de cada una de ellas. Es decir, desde la doble naturaleza más propia del contrato de obra en el caso del apartado 1 del artículo 31.bis 2, y del arrendamiento de servicios del apartado cuarto del mismo artículo.

VI. COMPLIANCE OFFICER POR CUENTA AJENA

Hasta ahora hemos enfocado la responsabilidad civil del compliance officer desde una óptica en la que la relación contractual de éste, por el que desempeña sus funciones para la persona jurídica, es la que corresponde a la de un profesional externo por cuenta propia. Sobre todo, cuando nos referimos a las funciones de aplicación y seguimiento de los programas de cumplimiento. La misma regulación que establece el Código Penal al respecto de los programas de cumplimiento y de sus responsables, no impone obligatoriedad alguna respecto del modo en que deba establecerse la relación jurídica entre el oficial de cumplimiento y la persona jurídica para la que desempeñe sus funciones, sobre todo en lo relativo a la aplicación y el control de los programas de prevención de la actividad delictiva. Por consiguiente, nada impide que puede ser tanto una función externalizada a través de profesionales que actúen por cuenta propia, como técnicos o profesionales que mantengan una relación de tipo laboral con la persona jurídica. En este sentido la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 establece que no es infrecuente que las empresas procedan a la externalización de las funciones de compliance haciendo recaer las mismas en profesionales externos, lo que implica a "sensu contrario" que en la práctica es muy habitual precisamente que el oficial de cumplimiento esté vinculado a la persona jurídica para la que desempeña sus funciones mediante un contrato de trabajo sometido a la legislación social.

Por consiguiente, puede generar algunas particularidades las reclamaciones de responsabilidad en los supuestos en los que la persona jurídica reclamante sea condenada en vía penal por la no aplicación de la eximente de responsabilidad penal por causa imputable al compliance, cuando este tenga una relación laboral con aquella. Ello en el sentido de que además de las consecuencias disciplinarias que esto conllevaría en el ámbito estrictamente de la relación laboral formalizada entre el compliance y la persona jurídica, que pudieran llevar incluso a un despido procedente, se plantea si cabría la reclamación de responsabilidad civil al oficial de cumplimiento por los daños ocasionados.

Nos situaríamos aquí ante los supuestos de reclamación de daños por parte de los empresarios a sus trabajadores por los daños que estos pudieran causarles como consecuencia del ejercicio de la labor para la que fueron contratados.

La responsabilidad por daños causados por el trabajador a su empresario puede derivar de la responsabilidad contractual consagrada

en el artículo 1101 del Código Civil. Existiendo respecto de esta responsabilidad varias posiciones doctrinales que pueden sintetizarse en dos. La primera, que es una tesis radical, niega que los empresarios tengan derecho a una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones de los trabajadores. Y una segunda corriente que defiende la posibilidad de indemnización cuando el incumplimiento de las obligaciones del trabajador se produzcan por dolo o negligencia grave.

Los defensores de la primera tesis establecen que no son exigibles los daños y perjuicios producidos por el trabajador en la medida en la que el Estatuto de los Trabajadores no lo permite. Esta tesis defiende la aplicación preferente del derecho especial del Estatuto de los Trabajadores sobre el régimen de responsabilidad del Código Civil estableciendo que sólo son aplicables medidas disciplinarias. Y que por otra parte, que el Estatuto de los Trabajadores únicamente contempla la indemnización a cargo del trabajador en los casos en los que el incumplimiento de sus obligaciones se circunscribe a su deber de permanencia, recogido expresamente en el artículo 24.4 del citado código laboral, siendo como establece la Sentencia del TSJ del País Vasco de 24 de abril de 2007, que "*en efecto no parece razonable que si el contrato de trabajo fuera compatible con el deber indemnizatorio propio de la regulación civil exista un concreto y único precepto donde se reitera esta obligación indemnizatoria*". Por lo que una interpretación sistemática del Estatuto de los Trabajadores llevaría a la conclusión de que si sólo se recoge la posibilidad de reclamación de daños del empresario frente al trabajador en casos concretos, no existe derecho a la indemnización en los demás casos. Apoyándose igualmente esta tesis en que los casos expresos de posibilidad de reclamación frente al trabajador que recogía en su día la Ley del Contrato de Trabajo de 16 de enero de 1944, hoy derogada, no han sido contemplados en la actual legislación laboral, limitando la responsabilidad del trabajador a una estricta sanción disciplinaria, y sólo en los casos de incumplimiento de permanencia operaría la indemnización de daños al carecer en esos supuestos de eficacia la facultad disciplinaria, entendiéndose con ello que el legislador expresamente a desechado esa posibilidad de reclamación de indemnización al trabajador.

Siguiendo esta primera corriente doctrinal, podría defenderse que el compliance que ejerce su actividad de aplicación de los programas de cumplimiento para la persona jurídica mediante una relación laboral, solo respondería ante ésta por los daños ocasionados por su negligente actuación dentro de los límites de la responsabilidad disciplinaria propia del derecho

laboral, pero no podría frente a él reclamarse los daños y perjuicios que pudieran derivarse de una sentencia condenatoria en la que no se aplicara la eximente de responsabilidad civil por una causa imputable a su actuación u omisión. Podría despedírsele, pero no exigirle una reparación de los daños ocasionados.

No obstante, esta primera tesis parece excesiva y poco justificable desde un punto de vista práctico en el que nos llevaría a configurar un régimen de responsabilidad del compliance frente a la persona jurídica a la que le une un contrato laboral, por el que prácticamente se dejaría indefensa a la persona jurídica que pudiera sufrir un daño por causa de una actuación negligente del oficial de cumplimiento y a éste proporcionarle un blindaje casi total frente a sus actuaciones.

Sin embargo, existe otra corriente doctrinal y jurisprudencial que viene a establecer que no puede existir una inmunidad total del trabajador sobre las consecuencias de sus actos, pero que tampoco puede aplicarse la responsabilidad civil sin matizaciones. Así, entre otras, la sentencia del **Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2007**, establece que, como consecuencia del deber laboral básico de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo conforme a las reglas de la buena fe y la diligencia de los artículos 5.1 a), 20 y 54 b) del Estatuto de los Trabajadores, el trabajador debe responder vía indemnizatoria de sus actos pero sin trasladar de manera automática y sin matizaciones las normas reguladoras por dolo o culpa del Código Civil ex artículos 1101 y siguientes del Código Civil.

El Tribunal Supremo matiza esta responsabilidad partiendo de la doctrina de la ajenidad del contrato de trabajo, y entendiendo que en el ámbito de las relaciones del trabajo es necesario que el incumplimiento sea doloso o que la culpa sea **"grave, cualificada o de entidad suficiente"** para que dé lugar a la indemnización. Por consiguiente, no todo error, fallo y olvido del trabajador dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios y habrá que estar a cada caso concreto. Y teniendo en cuenta, como indica la doctrina, que hay que distinguir entre la negligencia que justifica un despido y la más grave que puede generar la obligación de indemnizar. Por ello, si para que concurra el despido como sanción disciplinaria debe haber un incumplimiento "grave y culpable" en los términos del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, para que concurra la obligación del trabajador de indemnizar por los daños y perjuicios causados a la empresa, debe concurrir una negligencia al menos muy grave y culpable. Por ello, en estos casos, posición defendida entre otros por SALA, LAHERA y ADRIAN TODOLI SIGNES, sería necesaria la **presencia de dolo o de una negligencia cualificada**, superior

a la necesaria para el despido, para justificar una reclamación de daños y perjuicios al trabajador.

Partiendo de que el origen de la reclamación de responsabilidad civil del compliance, es la condena penal a la persona jurídica a la que le une un contrato laboral, como consecuencia de la no aplicación de la eximente de responsabilidad fruto de su negligente labor de aplicación de los programas de cumplimiento, entendemos que en cualquier caso dicha negligencia debe ser considerada como cualificada. Estaríamos, por tanto, no ante un error, fallo puntual, o negligencia leve del trabajador susceptible de ser sancionado disciplinariamente, sino de una negligencia grave que tiene como consecuencia última y trascendental la imposibilidad por parte de la persona jurídica de enervar su responsabilidad penal. Obviamente, y como sucede en el caso de que la relación jurídica que vincula al oficial de cumplimiento con la persona jurídica es la correspondiente a un profesional por cuenta propia, la sentencia penal no será obstáculo para que en el proceso de reclamación de responsabilidad que se entablara deba ser acreditada por el reclamante ese carácter de más grave de la negligencia. Por consiguiente, y a pesar de la particularidad que supone que el compliance officer esté vinculado a la persona jurídica mediante una relación de carácter laboral, entendemos que ello no sería obstáculo para que pudiera entablarse en los términos expuestos una reclamación de daños por una conducta negligente en la aplicación de los programas de cumplimiento que motivara la no aplicación de la eximente de responsabilidad penal del artículo 31 bis del Código Penal.

Planteado lo anterior, en cuanto a las particularidades de la posible reclamación de los daños ocasionados por el compliance vinculado por una relación laboral, entendemos que una vez entablada la reclamación por la persona jurídica perjudicada por la condena penal, no existe inconveniente para que a pesar del concreto ámbito laboral en el que se desarrolla la prestación del oficial de cumplimiento, a la hora de determinar su responsabilidad y la concurrencia de esa negligencia grave a la que nos hemos referido, se apliquen los principios que hemos expuestos relativos a la responsabilidad profesional. Entendiendo con ello que no desvirtuaría el hecho de que la relación sea de carácter laboral que la prestación concreta que desempeña el compliance no siga considerándose como un arrendamiento de servicios, y por lo tanto, seguiría siendo una prestación de medios y no de resultados en el caso que nos ocupa y en ese caso, operarían los mismos principios ya expuestos en los apartados anteriores para determinar su responsabilidad.

Por otra parte, cabría preguntarse en este caso de vinculación laboral del oficial de

cumplimiento que jurisdicción sería la correcta para conocer de una reclamación de la persona jurídica (empresario) contra aquel por los daños producidos por su negligencia. Se plantea la duda de si al estar ante una indemnización por daños derivados de la responsabilidad civil del compliance empleado de la persona jurídica, la reclamación debe seguirse en el orden laboral o en el orden civil. En este sentido, la doctrina jurisprudencial se decanta por considerar el orden social como el correcto para conocer de este tipo de reclamaciones. La jurisprudencia ha venido en este caso pronunciándose en este sentido en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de abril de 2001 o la de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 de enero de 2010. En ellas se entiende que en aplicación del artículo 25 de La Ley Orgánica del Poder Judicial, y el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Laboral corresponde al orden laboral el conocimiento de este tipo de procedimientos de reclamación de daños del empresario al trabajador.

VII. PLAZOS Y PRESCRIPCIÓN

De lo expuesto hasta el momento, resulta indiscutible que en todo caso en los supuestos de reclamación de responsabilidad civil del compliance nos encontramos en la esfera de una responsabilidad contractual, dado que en cualquiera de los supuestos expuestos, tanto cuando la causa de la no aplicación de la eximente se deba a un deficiente programa de cumplimiento o a una negligente aplicación del mismo, estaríamos en el ámbito del incumplimiento de prestaciones pactadas entre el oficial de cumplimiento y la persona jurídica para la que desempeña sus funciones. De este modo, debemos partir de un plazo de prescripción de la acción de reclamación frente al compliance prevista en el **artículo 1964 del Código Civil**. Al respecto, hay que tener en cuenta que la disposición final primera de la ley 42/2015, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, incorpora como disposición final 1ª una nueva regulación del artículo 1964 del Código Civil, fijando el plazo general de prescripción de las acciones personales en los cinco años, frente a los quince de la anterior regulación en vigor hasta el 15 de octubre de 2015. Este nuevo plazo de cinco años es el que debemos entender de aplicación a las acciones derivadas de la responsabilidad civil contractual del compliance officer. No obstante, teniendo en cuenta que la modificación del Código Penal que introdujo todo el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y por tanto el papel de los oficiales de cumplimiento es anterior a la modificación de los plazos de prescripción, es posible que algunas relaciones jurídicas previamente formalizadas entre oficiales de cumplimiento y personas jurídicas sigan rigiéndose por el

plazo de quince años de la regulación anterior del artículo 1964 del Código Civil. Tal cuestión queda resuelta con la **Disposición Transitoria Quinta** de la ley 42/2015, que a su vez hace una remisión al artículo 1.939 del Código civil, de modo que se entenderá **que la prescripción iniciada antes del 7 de octubre de 2015 seguirá siendo 15 años**, excepto en aquellos casos en que desde la fecha de entrada en vigor de la ley transcurra todo el tiempo en ella exigido para la prescripción (esto es 5 años), aunque por la norma anterior les hubiera correspondido un plazo más largo. De este modo, podríamos entender que a las acciones de reclamación derivadas de relaciones contractuales entre oficiales de cumplimiento y sus personas jurídicas iniciadas antes del siete de octubre de 2015, se les aplicará el nuevo régimen prescriptivo, de modo que aunque según normativa anterior les hubiera correspondido un plazo de 15 años, prescribirán el 7 de octubre de 2020 (esto es, 5 años después de la entrada en vigor de la nueva ley, puesto que es el nuevo plazo de prescripción establecido), y a las acciones derivadas de relaciones jurídicas nacidas a partir del siete de octubre de 2015 se les aplicará sin duda alguna el nuevo plazo prescriptivo de 5 años.

Sin embargo, se suscita una duda en relación con lo expuesto relativo al plazo de prescripción. Volviendo a que el hecho del que derivaría la responsabilidad contractual del oficial de cumplimiento estaría constituido por la no concurrencia de la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica para la que desempeña sus funciones, por causa imputable al compliance officer, recogido en la sentencia penal en la que ello se determinase, debemos entender que el plazo de prescripción deberá comenzar a contar desde que ese pronunciamiento cobre firmeza. Constituyendo la firmeza de la sentencia el dies a quo a partir del cual debe comenzarse a contabilizar el plazo de prescripción, como consecuencia de que como indica el **artículo 1969 del Código Civil**, el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, y resulta obvio que hasta que ese pronunciamiento penal en el que se excluye la eximente no cobre firmeza, no podrá ejercerse por la persona jurídica la acción de responsabilidad frente al oficial de cumplimiento. Lo que implica que el dies a quo no lo podemos encontrar en el momento de la perfección del contrato del compliance con la persona jurídica o en el momento en el que el encargo queda perfeccionado, sino en la sentencia penal firme. Y por tanto, el juego del plazo de cinco años previsto en el artículo 1964 se deberá contabilizar a partir de ese momento. Surgen dudas no obstante cuando la causa de la no aplicación de la eximente no está

en una acción negligente del compliance en la aplicación de los programas de prevención, en los que no hay dudas de que es la sentencia penal la que determina el dies a quo, sino cuando la causa de la no aplicación de la eximente se establece por el deficiente diseño o contenido del programa de prevención que el compliance ha podido diseñar. Podría entenderse que el dies a quo comenzaría en el momento en el que el oficial de cumplimiento termina de diseñar el programa que se le ha encargado y éste queda instalado en la persona jurídica. Siendo este el momento en el que termina el cumplimiento de la prestación que ha sido contratada. Por lo que pasados los cinco años desde que los programas han sido diseñados e implantados podría dar por prescrito el plazo de reclamación a pesar de que una sentencia dictada después de ese plazo determinara la no aplicación de la eximente por un deficiente diseño de los programas de prevención. No obstante, es más aceptable entender que partiendo en primer lugar del concepto restrictivo de la institución de la prescripción en primer lugar, y de que en este supuesto nos encontramos más en el caso de un arrendamiento de obra que en el de servicios como hemos explicado, y que la deficiencia en el diseño del sistema de cumplimiento determinado con posterioridad se acerca más al concepto de "vicio oculto", el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción debiera comenzar a contarse desde el momento en el que la no idoneidad del programa es determinado, que en el presente caso sería igualmente la sentencia penal que determinara la no aplicación de la eximente por deficiencias del sistema de cumplimiento.

VIII. CONCLUSIONES

Una vez analizada la posible responsabilidad civil del compliance officer, la primera dificultad con la que me he encontrado se deriva del hecho de que se trata de una profesión novedosa, que no tiene un perfil técnico definido al que acudir para conocer cuáles son las obligaciones inherentes a su actividad, y por tanto carece de una regulación específica del contenido de sus funciones. No existe un estatuto jurídico del oficial de cumplimiento y por tanto la construcción de una responsabilidad civil derivada de su actuación debe realizarse acudiendo a criterios doctrinales y jurisprudenciales contruidos para determinar la responsabilidad civil de otros profesionales, con la dificultad de una traslación automática de los mismos a la responsabilidad civil del compliance officer.

Por otro lado, la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico es igualmente novedosa y posiblemente aún pendiente de una mejor y detallada regulación que aclare entre otras cuestiones

el estatuto jurídico del oficial de cumplimiento. Existen por otro lado muy pocas sentencias aun en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de ellas todavía ninguna ha tenido que entrar en la cuestión de la aplicabilidad de la eximente de responsabilidad derivada de la implantación de sistemas de prevención de delitos. Por tanto, aún no tenemos criterios jurisprudenciales al respecto en supuestos en los que esa eximente no se aplique por el juez penal basándose en alguno de los motivos regulados en el artículo 31.bis que implican de una u otra manera una actividad negligente del oficial de cumplimiento. Existe también una regulación de estas causas un tanto confusa que parece configurar la naturaleza jurídica de la relación contractual formalizada entre el oficial de cumplimiento y la persona jurídica para la que desempeña sus funciones, como un contrato de obra primero, y como un arrendamiento de servicios después. Contrato de obra cuando la obligación se refiere al diseño e implantación de los sistemas de cumplimiento y prevención, y de servicios cuando se refiere a su aplicación y observancia.

La novedad de esta regulación de la función del oficial de cumplimiento y la aplicación de la eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas, hace que igualmente surjan dudas procedimentales y sobre los efectos de las sentencias penales en los posteriores procedimientos civiles que se pudieran entablar para reclamar la responsabilidad civil del oficial de cumplimiento. Dado que la sentencia penal establecería el hecho que daría lugar a la posible negligencia del compliance, pero sin que este pueda estar en el proceso en que esos hechos van a ser determinados para defenderse con plenitud sobre las dudas relativas a su actividad. Habrá un juicio sobre él dentro del juicio penal pero sin él. También dudas sobre los criterios de imputación de responsabilidad y sobre los posibles daños susceptibles de ser reclamados. Por otro lado, cierta incertidumbre cuando el oficial de cumplimiento actúa mediante una relación laboral con la persona jurídica que le contrata. Sobre los límites de su responsabilidad y la jurisdicción que pueda conocer de las reclamaciones contra él en ese supuesto. E igualmente algunas dudas sobre los posibles plazos de prescripción a aplicar relativos a la acción de responsabilidad y el cómputo de dichos plazos.

En definitiva, he querido abordar un tema con cierta complejidad, novedoso y sobre el que en la práctica empiezan a generarse dudas y criterios distintos entre profesionales del compliance. Una cuestión que irá en aumento porque resulta indudable que tanto la sociedad como el legislador han decidido apostar por el contexto social en el que nos desenvolvemos, por fomentar la cultura del cumplimiento y de

los programas de prevención. Y también, porque en un espacio de tiempo más o menos breves comenzarán a recaer pronunciamientos judiciales en aplicación de la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas, de los que potencialmente se derivarán procedimientos de responsabilidad civil contra los oficiales de cumplimiento y en lo que los Tribunales tendrán que pronunciarse e ir construyendo una doctrina al respecto.

BIBLIOGRAFIA

DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO “La responsabilidad civil del abogado”. Revista para el análisis del Derecho, Universidad de Deusto 2008.

GOMEZ-JARA DIEZ, CARLOS “El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura”. Thomson Reuters 2017.

LOPEZ GARCIA, PABLO “Análisis de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015”. Blog de Leopoldo Pons Abogados.

MEDINA ALCOZ, LUIS “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades. Revista de la Asociación Española de Abogados de Responsabilidad Civil.

OSUNA MARTÍNES, FERNANDO – BONÉ “Responsabilidad penal de las personas jurídicas de la L.O. 1/2015 y medidas para evitarla: Corporate compliance”. Revista La Toga, Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, 1 de diciembre de 2015.

RIOS ERAZO-RODRIGO SILVA GOÑI, IGNACIO “Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad”. Editorial Jurídica de Chile, 2014.

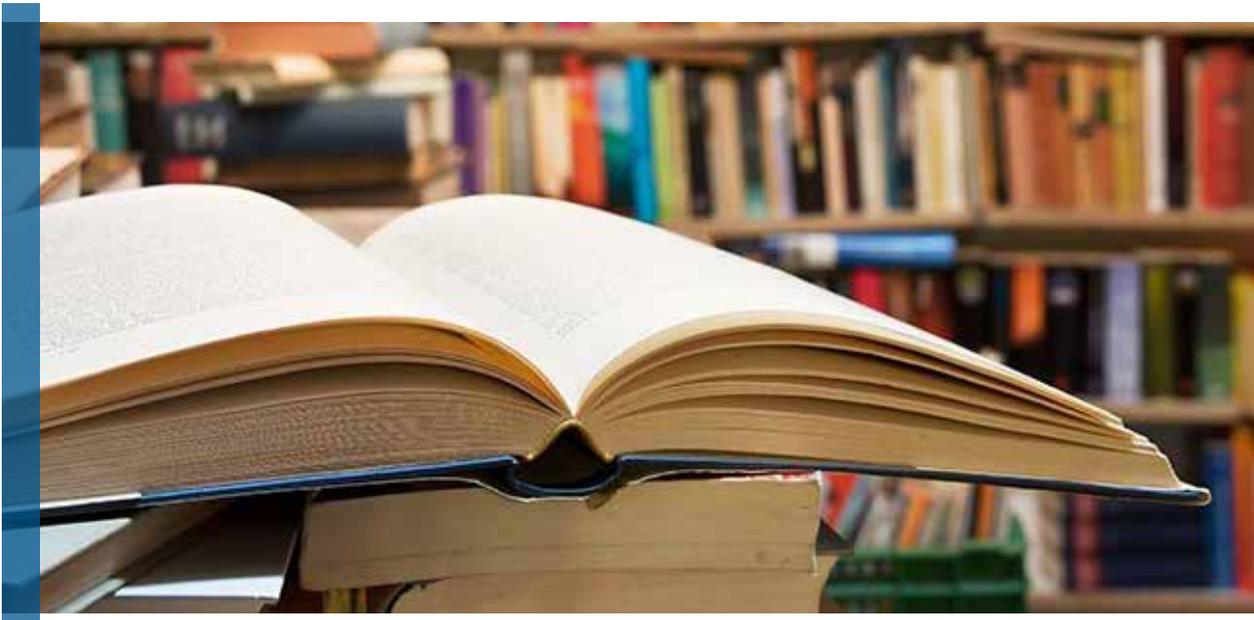
REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Revista de la Asociación Española de Abogados de Responsabilidad Civil

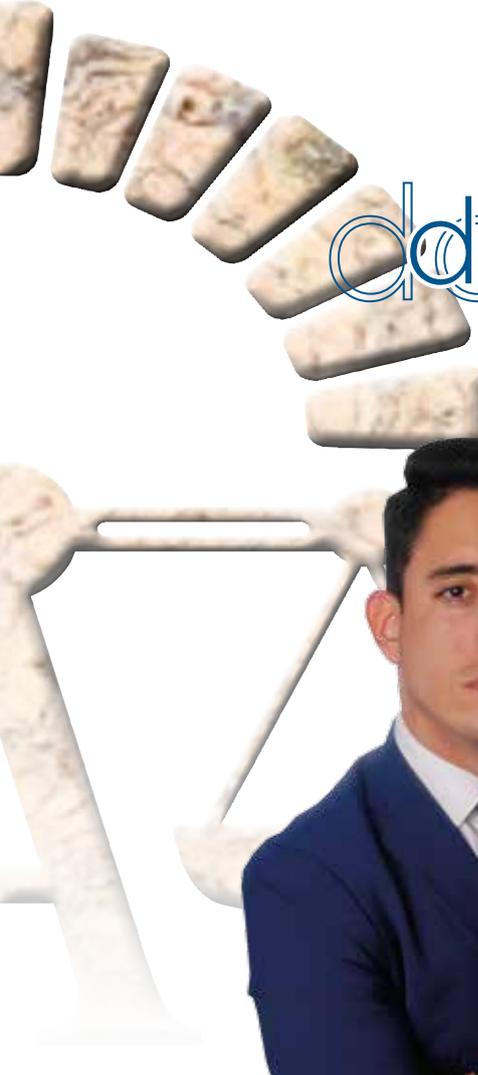
SALAS CARCELLER, JOSE ANTONIO “La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la propiedad”. Artículo monográfico, Abril de 2015, Editorial Jurídica Sepim.

SERRA RODRIGUEZ, ADELA “El régimen de responsabilidad civil derivada del ejercicio de la abogacía por cuenta ajena”, Revista para el análisis del Derecho, Universidad de Deusto 2008.

SALA FRANCO, LOPEZ TERRADA Y TODOLI “Jurisprudencia social a debate”. Tirant Lo Blanch 2015.

YZQUIERDO TOSLADA, MARIANO “La responsabilidad civil de los profesionales (una selección de aspectos problemáticos)”. Ponencia en Congreso Constituyente de la Asociación Española de Abogados de Responsabilidad Civil y del Seguro.





doctrina

La responsabilidad civil patronal por daños producidos tras exposiciones a productos nocivos para el ser humano

Juan Torroba Díaz
Abogado

Sumario

I.- ALGUNAS NOTAS PREVIAS RELATIVAS A LA MATERIA OBJETO DE DEBATE

- 1.- Las sustancias químicas nocivas para la salud.
- 2.- La prevención de riesgos laborales.
 - A.- La gestión empresarial de la prevención.
 - B.- La enfermedad profesional.
 - C.- Las responsabilidades en la prevención de riesgos laborales.

II.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL PATRONAL POR DAÑOS PRODUCIDOS TRAS EXPOSICIONES A PRODUCTOS NOCIVOS

- 1.- Los sujetos y la relación jurídica.
- 2.- El daño objeto de reparación.
 - A.- Criterios para la valoración del daño indemnizable en accidentes laborales y enfermedades profesionales.
 - B.- Articulación y compensación de las prestaciones sociales con la indemnización en concepto de responsabilidad civil.
 - C.- El nuevo Baremo establecido por la Ley 35/2015, de 22 de Septiembre, y el avance que ha supuesto respecto a lo anterior.
- 3.- La relación de causalidad.
- 4.- La jurisdicción competente.
- 5.- Breve referencia al seguro de responsabilidad civil patronal.
 - A.- Su naturaleza jurídica.
 - B.- El carácter no asegurable del recargo de prestaciones.
 - C.- La acción directa contra el asegurador. Nociones básicas.

III.- CONCLUSIONES

IV.- BIBLIOGRAFÍA

I.- ALGUNAS NOTAS PREVIAS RELATIVAS A LA MATERIA OBJETO DE DEBATE

1. Las sustancias químicas nocivas para la salud.

1. Se define “*nocivo*” como algo dañoso, pernicioso, perjudicial. En Europa se estima la existencia actualmente de unas 100.000 sustancias químicas distintas respecto de las cuales ignoramos los riesgos reales que comportan al carecer de estudios exhaustivos que los acrediten, a excepción de unos cientos de ellas, lo cual implica que en numerosas ocasiones se los trabajadores se vean expuestos a productos novedosos con carácter previo a que se tenga conocimiento de los riesgos reales que comportan.

La **exposición** prolongada a este tipo de sustancias puede derivar en afecciones que sufren los trabajadores, los cuales pueden llegar, en el peor de los casos, a desencadenar en el fallecimiento del mismo. Cuando el organismo humano entra en contacto con agentes químicos nocivos, se produce la asimilación de los mismos en una sucesión de fases que derivarán en el padecimiento por parte de la persona de los efectos adversos: la primera de estas fases sería la exposición, tras la que se encontrarían la fase de absorción del tóxico (*tóxicocinética*) y la de reacción del organismo (*tóxicodinámica*).

2. La **absorción** de las sustancias tóxicas es el mecanismo a través del cual las mismas pasan a través de las membranas y capas de las células del organismo hasta llegar al torrente sanguíneo. Las sustancias químicas existentes en el entorno laboral pueden asimilarse por el organismo del trabajador a través de diferentes vías de absorción, que pueden ser: respiratoria, digestiva, dérmica y/o parenteral. Tras la absorción por el organismo de las sustancias nocivas se produce su propagación y distribución por el organismo hasta provocar lesiones en los denominados “*órganos diana*”.

Precisamente con el objeto de proteger la salud y procurar la seguridad de los trabajadores respecto a los riesgos que conllevan los agentes químicos, se ha elaborado por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo una lista de valores límite de exposición profesional a agentes químicos, de actualización anual. El establecimiento de valores límites viene a aunar, por un lado, la necesidad de desarrollo de ciertas actividades que producen un beneficio para el conjunto de la sociedad, y por otro lado, el derecho fundamental de las personas a la salud, y viene impuesto por la Directiva 98/24/CE, que impone a los Estados miembros la obligación de fijar unos límites de exposición profesional nacionales.

Han llovido las críticas en el ámbito internacional respecto al establecimiento de límites seguros de

exposición, pues amplios sectores dudan acerca de las bases científicas que a los mismos sirve de apoyo, máxime teniendo en cuenta la presión que pueden ejercer las empresas en cuanto al establecimiento de tales valores. También hay que considerar que apenas se tienen datos de un 10% de las sustancias que se utilizan normalmente, lo que implica que los valores límites sean mero reflejo de los niveles de exposición del lugar de trabajo¹. Además, de las vías de absorción a las que anteriormente hacíamos mención, únicamente se tiene en cuenta la respiratoria a estos efectos, y en numerosas ocasiones se omiten los posibles efectos. Esto ha originado que incluso el propio organismo que fija tales valores admita expresamente que “*no constituyen una barrera definida de separación entre situaciones seguras y peligrosas*”².

3. Tras las fases de exposición al agente químico y de absorción del mismo por el organismo, llegamos a la fase *tóxicodinámica* o de **reacción** del organismo a la intrusión de la sustancia nociva, fruto de la asimilación de la misma. Así, cuando la exposición a una sustancia potencialmente nociva produce un efecto perjudicial para el organismo, hablaremos de efecto tóxico o toxicidad, pudiendo establecerse distintas clasificaciones³.

En función del lugar dónde se produzcan los efectos derivados de la asimilación del agente, podremos clasificar los efectos tóxicos en *toxicidad local* o *sistémica*. Según la duración de la exposición del organismo al agente contaminante, podremos distinguir la *toxicidad aguda* de la *crónica*, que tiene lugar tras exposiciones prolongadas y sus efectos se manifiestan a largo plazo. Igualmente, en atención a la duración no ya de la exposición, sino de sus efectos, podremos hablar de *toxicidad temporal* o *toxicidad permanente*, si están llamados a afectar al trabajador o no el resto de su vida.

2.- La prevención de riesgos laborales.

A.- La gestión empresarial de la prevención.

Nuestra Carta Magna, en su artículo 40.2, impone a los poderes públicos la obligación de velar por la higiene y la seguridad en el trabajo, lo cual acarrea la necesidad de crear un marco

¹ Críticas a los Límites de Exposición para Agentes Químicos contenidas en “*Exposición Laboral a Productos Químicos en la Comunidad de Madrid*”, realizado por la Unión Sindical de Madrid Región de CC.OO. para el año 2006.

² Advertencia de “*Límites de Exposición Profesional para Agentes Químicos en España 2016*”, realizada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, página 11.

³ Clasificaciones extraídas de “*Límites de Exposición Profesional para Agentes Químicos en España 2016*”, realizada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.



jurídico que regule las medidas mínimas de prevención en la empresa, con el objeto de garantizar la salud de las personas que en ella desarrollen su actividad laboral.

Tal mandato constitucional se materializó en la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante L.P.R.L), marco general de la prevención en nuestro país en coherencia con las decisiones de la Unión Europea, que ha mostrado su inquietud por garantizar las condiciones laborales de los trabajadores y su salud, al mismo tiempo que pretende la armonización progresiva de las mismas a nivel europeo. Esta inquietud europea se desarrolló normativamente en su momento mediante la aprobación de una serie de Directivas, entre las que destaca la 89/391/CEE, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, marco normativo de la prevención a nivel europeo traspuesto a

nuestro ordenamiento a través de la L.P.R.L., que también incorpora disposiciones de otras Directivas, como la 92/85/CEE, la 94/33/CEE o la 91/383/CEE, relativas a la protección de la maternidad y de los jóvenes, y a las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal⁴. En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley, la misma resulta aplicable única y exclusivamente a los trabajadores por cuenta ajena, ya dependan de empresas privadas o se encuentren al servicio de las Administraciones Públicas, debiendo, en este segundo caso, articularse la misma con el R.D. 1488/1998, de 10 de Julio, de Adaptación de la Legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado.

La prevención de riesgos laborales como actividad se desarrolla mediante su integración

⁴ Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, Exposición de Motivos.

en la empresa mediante los denominados servicios de prevención. Las modalidades en que se ejerza la integración de la actividad preventiva en la empresa vienen reguladas por el Real Decreto 39/1997, de 17 de Enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

Para un efectivo desarrollo de la actividad preventiva, deviene necesaria la información, participación y consulta de los trabajadores, pues son ellos mismos los que se encuentran expuestos a los riesgos que entraña la actividad empresarial, por lo que conocen de primera mano los peligros que su trabajo conlleva. Igualmente necesaria resulta la formación de los trabajadores en materia preventiva, procurando que estén preparados y cumplan con rigor la observancia de las exigencias derivadas del plan de prevención.

En caso de que las medidas adoptadas por el titular de la empresa sean consideradas insuficientes por parte de los trabajadores, que al fin y al cabo son los principales afectados, siempre podrán éstos, o bien sus representantes, acudir a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que velará por el escrupuloso cumplimiento de la normativa vigente, tanto general como sectorial.

B.- La enfermedad profesional.

Tradicionalmente se ha definido contingencia como la posibilidad de que algo suceda o no suceda, como riesgo. En el ámbito del Derecho Laboral, resulta más apropiado hablar de acontecimientos propios de la vida humana, de cualquier orden causal, los cuales demandan protección o atención inmediata, en virtud de que significan la pérdida o disminución de ingresos por quien los sufre o requieren, según el caso, de unas prestaciones concretas para superarlas adecuadamente⁵.

Así, sabemos que el concepto de contingencia profesional se desdobra en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y que ha de ser diferenciado del concepto de contingencia común en cuanto a las diferencias prestacionales que uno y otro tipo de contingencia conllevan.

En el tema que nos ocupa, las enfermedades profesionales son aquellas contraídas a consecuencia del trabajo por cuenta ajena, esto es, en el puesto de trabajo y con ocasión de las funciones o tareas que le son anejas. Al igual que un accidente puede causar una lesión corporal, la exposición a un agente nocivo puede ocasionar enfermedades de diversa índole, gravedad y/o duración. Para calificar como profesional una

enfermedad, ha de encontrarse ésta incluida en la lista que ofrece el cuadro de enfermedades profesionales establecido por Real Decreto 1299/2006, de 10 de Noviembre.

La cronicidad es la nota característica de la mayoría de enfermedades profesionales. Se producen generalmente por repetición de un comportamiento, la exposición al agente, y sus efectos no se manifiestan inmediatamente, sino que es habitual la existencia de un periodo de latencia, un determinado lapso de tiempo entre la exposición al agente y la aparición de la enfermedad, por lo que suelen presentarse en el medio-largo plazo. Es una cuestión que no es baladí, pues la demora en la aparición de la patología, en ocasiones, acarreará la mayor dificultad de la actividad probatoria en cuanto la relación de causalidad se refiere.

C.- Las responsabilidades en la prevención de riesgos laborales.

El desarrollo habitual de una actividad laboral expuesta a productos peligrosos o nocivos para el organismo acarrea unos riesgos que en ocasiones se materializan en un daño efectivo en el trabajador que lo sufre. El daño que sufre el trabajador puede traducirse en diversas responsabilidades exigibles a la persona del empresario. Responsabilidades que variarán según el fundamento de las mismas:

De un lado se encuentran las responsabilidades derivadas de la falta de cumplimiento de la normativa en materia de Seguridad Social y/o de prevención de riesgos laborales, pudiendo éstas ser de índole variada (tales como responsabilidad administrativa, responsabilidad penal, responsabilidad en materia de seguridad social...) e independientes entre sí, lo que permite su acumulación.

Por otro lado, la responsabilidad civil, derivada del daño causado, pudiéndose observar la existencia de ésta tanto si el empresario ha cumplido la normativa preventiva imperante como si no lo ha hecho, dado que existen determinadas actividades en las que, por su especial peligrosidad, se exigirá un plus de diligencia adicional al cumplimiento de las reglas vigentes.

II.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL PATRONAL POR DAÑOS PRODUCIDOS TRAS EXPOSICIONES A PRODUCTOS NOCIVOS

1.- Los sujetos y la relación jurídica.

1. La responsabilidad civil supone el nacimiento de una relación jurídica obligatoria entre el responsable de los daños causados y el perjudicado. Se habla de responsable, y no de causante, pues pueden o no coincidir en una

⁵ Apuntes extraídos <https://es.slideshare.net/oscarosinaga/contingencias-y-prestaciones>.

misma persona, mas el sujeto que nos interesa a efectos de la materia objeto de estudio no es quien causa los daños, sino quien ha de responder por ellos. De esta forma, el perjudicado se torna en acreedor de la relación jurídica, teniendo en su poder una suerte de derecho de crédito frente al eventual responsable, titular de un deber de reparación o restitución cuyo alcance será directamente proporcional al daño efectivamente producido.

En la rama que nos ocupa, la responsabilidad civil patronal, no resulta complicado identificar a los elementos personales que de esta relación jurídica forman parte. Y ello porque se ocupa precisamente de la responsabilidad en que pueda incurrir el patrono o empresario frente a sus empleados por los daños que puedan éstos últimos sufrir en el desarrollo de su actividad laboral. Son aquellos supuestos en que, por acción u omisión de la empresa o el empresario, se causa al trabajador un daño constitutivo de contingencia profesional, bien por accidente laboral, bien por enfermedad profesional.

La legitimación activa, sentado lo anterior, corresponde al empleado que vió mermada su esfera personal a consecuencia del daño sufrido en virtud del artículo 1.101 del Código Civil, punto de partida de la responsabilidad civil contractual en nuestro ordenamiento, pues el artículo 1.258 de la misma norma establece que los contratos no solo vinculan a lo que expresamente se ha dispuesto en ellos, sino también a *“todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*. Interesa pues traer a colación el artículo 14 de la L.P.R.L., cuando designa expresamente al trabajador como destinatario del derecho a la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo, disponiendo al mismo tiempo el correlativo deber del empresario, consistente en garantizar la seguridad y salud de sus empleados. El aludido precepto deriva de lo dispuesto en el artículo 40.2 de la Constitución cuando habla de la seguridad e higiene en el trabajo y la eleva a la categoría de derecho fundamental. La Ley 36/2011, de 10 de Octubre (en adelante, L.R.J.S), contiene las consideraciones procesales acerca de lo relativo al procedimiento en materia social y laboral, y en su artículo 17 regula el instituto de la legitimación, reconociendo la capacidad de accionar a todas aquellas personas titulares de intereses legítimos o derechos subjetivos, además de a las entidades que tengan entre sus funciones la defensa de los intereses de un colectivo concreto. La legitimación activa en sentido estricto corresponderá a al empleado, al ser titular de un derecho de crédito por el daño sufrido y ejercitable frente al eventual responsable.

En cuanto a la legitimación pasiva, el sujeto que se halla en la posición que fundamenta la exigencia de las consecuencias jurídicas

derivadas de la tutela otorgada al empleado por medio del reconocimiento de sus derechos como tal, no puede ser otro que el empresario, la otra cara de la moneda del binomio que forman los números 1.101 y 1.258 de nuestro Código Civil. El fundamento de tal afirmación es el artículo 42 de la L.P.R.L., cuando recoge las consecuencias del incumplimiento del *“correlativo deber”* del empresario en materia de protección de la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo que dispone el 14 de la misma Ley. Entre las consecuencias del incumplimiento previstas en el precepto, consta la responsabilidad civil derivada de los daños o perjuicios que haya podido causar al incumplir sus obligaciones en materia de prevención. Es por tanto la figura de la empresa persona jurídica, o del empresario persona física, aquella frente a la que se deberá interponer la correspondiente acción de reclamación, sin perjuicio del seguro de responsabilidad civil patronal que éste haya podido contratar, responsable solidario mediante la *acción directa* prevista en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

2. Sin ánimo de restar importancia al resto de variables que influyen en el análisis del presente supuesto, el tema de la acción o acciones ejercitables a consecuencia de la materialización de un daño en la persona del trabajador a consecuencia del desarrollo de la actividad laboral que venía ejerciendo constituye, si cabe, el elemento más interesante del mismo.

Su particularidad reside en la distinta posible fundamentación de la acción a ejercitar, según el prisma desde el que se observe el caso. Esta distinta fundamentación puede venir de mano de la responsabilidad contractual o, por el contrario, de la extracontractual, así como del ejercicio de un derecho propio o ajeno. Se hace fundamental, en este sentido, la observancia o no de contrato laboral entre las partes.

En primer lugar, y en lo relativo a la acción ejercitada, conforme a lo dispuesto en el art. 1.101 del Código Civil, los sujetos están obligados a indemnizar los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en culpa o negligencia. El art. 1.258 del mismo cuerpo legal establece que desde el perfeccionamiento del contrato, este obliga, no sólo a lo expresamente pactado, sino a todas y cada una de las consecuencias que *“según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”* Entre tales consecuencias se encuentra la necesidad de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones laborales, derecho fundamental del trabajador que se recoge en el art. 40.2 de la Constitución, y en tal sentido se pronuncia también en el art. 4.2.d) del R.D. 2/2015 (Estatuto de los Trabajadores, en adelante, E.T.) cuando establece su derecho a la vida e integridad

física, ya previsto al igual en el art. 15 de nuestra Carta Magna. En este sentido se pronuncia la Sala 4ª del Tribunal Supremo cuando sostiene la condición de deudor de seguridad del empresario, lo que implica la obligación de reparar el daño causado a consecuencia de un incumplimiento contractual, resultando por tanto procedente el conocimiento del orden jurisdiccional social al respecto del asunto⁶.

Por otra parte, el artículo 1.902 del Código Civil impone la obligación, al agente causante, de reparar el daño causado siempre que en su producción se incurriere en culpa o negligencia, ello para el caso en que no exista contrato de trabajo, o bien aquel en que se entienda que la obligación de garantizar la salud del trabajador, aunque recaiga sobre el empresario, excediere de lo estrictamente pactado en el contrato laboral. Igualmente, y para el caso en que la culpa o negligencia fuese imputable al personal al servicio del empresario, resultaría responsable el mismo según lo establecido en el artículo 1.903 del mismo cuerpo legal, dado que el mismo ha de responder por los daños y perjuicios causados por sus dependientes en el ejercicio de las funciones que le son encomendadas en atención a lo dispuesto en el contrato. Y ello incluso para el hipotético caso en que la culpa o negligencia provenga del propio trabajador damnificado, pues no hemos de olvidar que el mismo ostenta también la condición de dependiente, disponiendo el empresario de poder disciplinario frente a él, lo que faculta para exigirle unos comportamientos concretos conforme a Derecho. En este sentido, establece el artículo 96.2 de la L.R.J.S. que *“no podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira”*, y en el mismo sentido, el artículo 15.4 de la L.P.R.L al disponer que *“La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador”*. Ello no obsta a que pueda entrar en juego el instituto de la concurrencia de culpas.

Ahora bien, puede ocurrir, y no es algo raro ni excepcional, que los daños sufridos por el trabajador damnificado desemboquen en el fallecimiento del mismo, a consecuencia de su gravedad. El artículo 17 de la L.R.J.S. aborda la cuestión de la legitimación, que recaerá necesariamente sobre aquellas personas titulares de intereses legítimos o derechos subjetivos. Cuando esto sucede, los titulares de tales derechos cambian, y aparecen en

⁶ Del ya mencionado *“La Responsabilidad Civil en los Accidentes Laborales: La Valoración del Daño Corporal”*, D. Javier López y García de la Serrana, Máster de Responsabilidad Civil de la Escuela de Prácticas Jurídicas de Granada, 4ª edición.



escena los familiares y allegados del difunto, que ostentarán la legitimación activa en la reclamación. Este fallecimiento del trabajador puede darse antes o durante la correspondiente reclamación judicial.

Cuando el fallecimiento del trabajador se produce durante el proceso iniciado en reclamación de los daños sufridos, sus herederos podrán sucederle en el seno de ese procedimiento ya iniciado por el causante (nos referimos aquí a causante en términos hereditarios, no al causante del daño), de modo que ocuparán su misma posición desde el momento en que el Juzgador estime oportuna dicha sucesión procesal, en los términos dispuestos en el artículo 16 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, L.E.C.). Tal y como dispone el artículo 659 del Código Civil, por el fallecimiento de una persona, sus herederos le suceden en todos los



bienes, derechos y obligaciones que ésta tuviere y no se extingan por su muerte. Al ocupar la misma posición, ejercitan la misma acción de responsabilidad contractual y, obviamente, no estarían demandando por el fallecimiento sino por los daños causados a consecuencia de la contingencia de que se trate. Puede mencionarse a modo ejemplarizante la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 2 de Marzo de 2.016, Rec. 3959/2014, ponente **D. JOSE MANUEL LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**⁷.

La otra opción consiste en descartar la sucesión procesal, pues ésta no opera de forma

⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 02/03/2016, Pte. D. Jose Manuel López y García de la Serrana se ocupa precisamente de un caso de esta índole, en el que el trabajador sufría cáncer derivado de la exposición al amianto. Finalmente falleció a causa de dicho mal, siguiendo su esposa y su hija en la posición del causante, manteniendo vivo el procedimiento ya incoado por el mismo.

automática sino que ha de solicitarse, e iniciar, junto con los familiares no herederos y allegados en su caso, un nuevo procedimiento judicial en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1.902 del Código Civil, según la condición de perjudicados que ostentan en virtud del artículo 36 en relación con el 62, ambos de la Ley 35/2015, de aplicación analógica, que definen taxativamente las categorías de perjudicados a resultas del fallecimiento de alguien. De esta forma sí resultaría posible reclamar por los perjuicios sufridos por el fallecimiento del trabajador difunto. La adopción de una u otra estrategia procesal dependerá del caso concreto.

Cuando el fallecimiento del trabajador se produce con carácter previo a la interposición de la demanda, los perjudicados a consecuencia del mismo, podrán decidir desde un primer momento el modo de proceder. Podrán decidir,

por tanto, si accionar en calidad de herederos o de perjudicados, entendiendo que en el primer caso podrán elegir si hacer uso de la vía contractual o la extracontractual y que no será posible la reclamación por el fallecimiento del mismo, pues no era éste un derecho que formase parte del patrimonio del difunto trabajador. En el segundo de los supuestos, el ejercicio de sus derechos como perjudicados, y no como herederos, conllevaría que no se pudiese alegar responsabilidad contractual del empresario, sin perjuicio de la naturaleza contractual subyacente en la relación jurídica que tenía el difunto con el responsable, dado que no existía vínculo contractual alguno entre el mismo y nadie que no fuese el empleado o trabajador.

Resulta obligado hacer referencia a la conocida como *doctrina de la unidad de culpa civil*⁸ o de yuxtaposición de responsabilidades, aquella que acertadamente la Jurisprudencia ha venido desarrollando en aquellos supuestos situados en tierra de confusión y duda, donde se encuentran superpuestos ambos tipos de responsabilidad, contractual y aquiliana, por estar el perjudicado facultado para el ejercicio de ambas acciones: de un lado, aquella que se basa en el incumplimiento del contrato por la parte responsable y, por otro, la que encuentra su origen en un ilícito civil, sin que medie contrato en su comisión. Se trata de casos en los que el hecho de existir una relación jurídica obligacional previa entre el responsable y el perjudicado constituye un requisito fundamental e indiscutible. Son por tanto supuestos en que la persona que ostente la legitimación activa va a tener a su disposición la facultad de elegir, de cara a su ejercicio ante los Tribunales, la opción que entienda más oportuna: el ejercicio singular de la acción contractual o extracontractual, o bien el ejercicio de ambas conjuntamente, pudiendo realizarlo de forma alternativa o cumulativa. Incluso encontramos casos en los que esta doctrina se lleva a extremo tal que el perjudicado podría poner en conocimiento del Juzgador únicamente los hechos en que base su reclamación, decidiendo éste el tipo de acción adecuada al caso y, por tanto, la naturaleza de la responsabilidad civil subyacente al supuesto, lo que conllevará necesariamente la aplicación de una u otra normativa legal. El perjudicado reclamante, mediante la aplicación de esta doctrina, no queda atado al invocar una u otra acción, cabiendo la posibilidad de que el Juzgador decida dar resolución al supuesto de hecho aplicando la normativa relativa a una acción no ejercitada por el reclamante, sin que ello suponga que la sentencia recaída adolezca de incongruencia. En este sentido,

⁸ Síntesis de nociones contenidas en el artículo "Reflexiones sobre la Doctrina de la Unidad de Culpa Civil", D. Javier López y García de la Serrana, Revista nº 60 de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

cabe mencionar las Sentencias de la Sala 1ª de nuestro Alto Tribunal de 17 de Julio de 2.012, o la de 15 de Junio de 2.016.

Tradicionalmente, la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha sido proclive a señalar la idoneidad de la aplicación al caso de la teoría unidad de culpa, entendiendo que la calificación del hecho corresponde al Tribunal. No obstante, la Sala 4ª entiende que no hay duda al respecto de la naturaleza de la acción, que la responsabilidad civil será siempre contractual al ser el empresario deudor en materia de seguridad y salud en virtud del contrato de trabajo perfeccionado, y así lo viene plasmando desde la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 10 de Diciembre de 1.998, donde acaba con esa zona de confusión entre responsabilidades contractual y aquiliana.

2.- El daño objeto de reparación.

Si entendemos la relación de responsabilidad civil surgida entre ambas partes como una relación de obligatoriedad de la reparación pretendida por el perjudicado, en la que el mismo ostenta un derecho de crédito frente al empresario, el daño sería el fundamento primero de esa relación, la razón de ser del derecho de crédito del actor. De este modo, la no existencia de daño alguno acarrearía la no existencia de crédito alguno y, por tanto, se traduciría en la no existencia de responsabilidad civil, independientemente de la entidad del incumplimiento por parte del empresario, sin perjuicio de que pueda exigírsele otro tipo de responsabilidades, como hemos visto.

Podríamos comparar, a modo de metáfora, esta relación jurídica en que consiste la responsabilidad civil con un árbol al que, si le quitamos el tronco, no quedará nada, siendo el tronco la representación material del concepto abstracto de daño, sobre el que crecen las ramas y hojas, que serían la culpa, la imputación, los sujetos, y, en general, todo aquello que forma la relación jurídica, el árbol.

El daño, como fundamento de la reclamación, habrá de cuantificarse, y podrá hacerse atendiendo a distintos criterios. El cambio en la interpretación realizada por los Juzgadores se ha traducido en una evolución de estos criterios digna de estudio:

A.- Criterios para la valoración del daño indemnizable en accidentes laborales y enfermedades profesionales.

La consecuencia principal del accidente laboral o enfermedad profesional, cuando los mismos deriven del negligente o culpabilístico actuar del empresario, será el nacimiento del derrecho del trabajador perjudicado a percibir las prestaciones sociales correspondientes, la

indemnización relativa al seguro de convenio, la indemnización correspondiente a la responsabilidad civil del empresario y, en su caso, el recargo de prestaciones al mismo por falta de medidas de seguridad. La ignorancia al respecto, acarreará que en muchas ocasiones se dejen de reclamar determinadas partidas⁹.

El hecho de que el lesionado tiene derecho a ver reparado el daño que se le ha causado está fuera de toda duda. Mas lo que históricamente ha traído controversia jurisprudencial y doctrinal ha sido el establecer el modo de calcular ese montante, el cual desdobra su naturaleza, haciendo al mismo tiempo las veces de daño causado y de derecho de crédito al y del (respectivamente) perjudicado.

El principio fundamental en torno al cual gira la teoría general de la responsabilidad civil, como es sabido, la *"restitutio ad integrum"*, es igualmente aplicable a la vertiente de la misma operante en el ámbito laboral. El principio de reparación íntegra del daño se ha mantenido a lo largo del tiempo, no obstante, los criterios para la fijación de la indemnización que ha de responder a dicho principio no siempre han sido unitarios, debiendo en todo caso responder a la realidad y cuantía acreditada por la parte reclamante, habiendo el Juzgador de acudir en un primer momento a los principios de motivación y equidad en su decisión, teniendo margen para decidir libremente conforme a su libre arbitrio, cual no ha de confundirse en ningún caso con la arbitrariedad¹⁰.

Sin embargo, con la llegada del Baremo indemnizatorio previsto por el Anexo a la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995 (modificado posteriormente en sucesivas ocasiones, la última de ellas con la entrada en vigor de la reciente Ley 35/2015, de 22 de Septiembre, como posteriormente veremos), constituyó un antes y un después en la valoración de los daños corporales. La

aparición de un sistema de valoración del daño tasado por norma de ámbito nacional ayudaba a asegurar los principios de igualdad, seguridad jurídica y objetividad a lo largo y ancho del Estado, y dirimía al Juzgador de entrar a motivar extensas sentencias en las que debiera razonar el *"por qué"* del montante estimado. No tiene carácter vinculante fuera del ámbito del tránsito motorizado, lo que significa que en el campo de lo laboral tenga carácter orientativo, y ello implica la facultad del Juzgador para acogerse o no a las disposiciones en él contenidas, pudiendo aplicar indistintamente uno u otro Baremo en función de lo que juzgue más adecuado en atención a las circunstancias¹¹, o apartarse del mismo cuando considere consistentemente probado que el resultado lesivo es superior al contenido en el Baremo, siempre que razone oportunamente su decisión.

La posibilidad de utilizar un sistema para la valoración del daño con carácter nacional es, sin lugar a dudas, una solución útil y práctica, y el nuevo sistema establecido por la Ley 35/2015, de 22 de Septiembre, ha supuesto un paso de gigante en el camino hacia la reparación íntegra del daño. No obstante, se hace preciso destacar que, como defiende parte de la doctrina (y alguno de los padres de este sistema de valoración), pese al consagramiento del principio de reparación íntegra, dicha norma establece una serie de límites a la indemnización que contravienen frontalmente dicho principio. El establecimiento de tales límites viene impuesto por la necesidad de hacer económicamente sostenible un sistema de aseguramiento obligatorio en el ámbito relativo al tráfico motorizado. Así pues, dado que su aplicación aquí es optativa, y en este ámbito sí que impera el principio de integridad reparatoria, es aconsejable hacer uso de la estructura del Baremo para valorar el daño haciendo caso omiso a estos límites legalmente dispuestos¹².

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario poner de relieve que la voluntad del Legislador no es precisamente la de hacer uso del Baremo previsto para los accidentes de tráfico, y así se plasma en la disposición final 5ª de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (L.R.J.S en lo sucesivo), cuando impone al Gobierno el deber de elaboración de un sistema específico de valoración del daño

⁹ Como bien indica D. Javier López y García de la Serrana en su Comentario a la STS, Sala 4ª, de 02/03/2016, rec. Núm. 3959/2014, denominado *"¿Qué hay del 'Nuevo Baremo'? Indemnización de daños y perjuicios por enfermedad profesional"*. Al respecto, destaca lo ya comentado por Yzquierdo Tosada cuando hacía alusión a que un importantísimo número de trabajadores descarta conceptos indemnizatorios como la responsabilidad civil, fruto de su ignorancia al respecto, conformándose con las restantes partidas, como pueden ser las prestaciones sociales e indemnizaciones de los seguros de convenio.

¹⁰ Tal y como refiere D. Jose Manuel López y García de la Serrana en su estudio *"La responsabilidad civil del empresario por accidentes de trabajo"*, ya que, según reza el escrito: *"el libre arbitrio no cabe confundirlo con la arbitrariedad, lo que le obligará a explicar las razones de su decisión y permitirá el control de la misma por el órgano superior, lo que procederá cuando las bases o parámetros utilizados no sean razonables y den lugar a una indemnización proporcionada."*

¹¹ En la STS, Sala 4ª, de 02/03/2016, rec. Núm. 3959/2014, D. Jose Manuel López y García de la Serrana se hace eco de esta posibilidad.

¹² En tal sentido, D. Mariano Medina Crespo es ferviente partidario de la no aplicación de los límites impuestos para la valoración de las lesiones producidas en el ámbito del tránsito motorizado a aquellas ocasionadas por distinto motivo, como podría ser el accidente de trabajo, aduciendo que la necesidad de establecimiento de tales límites no era otra que hacer económicamente viable un sistema de aseguramiento obligatorio en el campo de la automoción y que desvirtúan el principio de reparación íntegra del daño.

derivado de contingencias profesionales en un plazo de seis meses. No hace falta poner de relieve que tal mandato ha sido reiteradamente incumplido por parte del ejecutivo, no teniendo constancia a día de hoy de Baremo laboral alguno por la simple razón de su inexistencia. Tal imperativo legal puso de manifiesto el deseo del Legislador, mediante una disposición adicional que pretendía la aprobación de un Baremo que tendría por finalidad la de permitir la cuantificación de la responsabilidad civil adicional del empresario, por entender principio de integridad reparatoria no se antoja posible con el sistema previsto para el tránsito a motor¹³.

B.- Articulación y compensación de las prestaciones sociales con la indemnización en concepto de responsabilidad civil.

Cuando un trabajador sufre un accidente de trabajo, o bien una enfermedad profesional, nace su derecho a la obtención de unas prestaciones sociales. Además de ello, si en la materialización del daño interviene cualquier género de culpa del empresario, nacerá el derecho a la indemnización que corresponda en concepto de responsabilidad civil por los daños sufridos. Como ya ha declarado la Sala 4ª de nuestro Alto Tribunal¹⁴, se trata de partidas resarcitorias diferentes, aunque no independientes, sino que han de complementarse para articular conjuntamente el total de la indemnización a satisfacer, pues lo contrario podría llevar a que el trabajador percibiese su reparación por partida doble. Se trata entonces de evitar el enriquecimiento injusto del mismo.

Única y exclusivamente la percepción del posible recargo por falta de medidas de seguridad que pueda percibir el trabajador tiene carácter totalmente independiente, de modo que podrá constituir una partida a adicionar al total de la indemnización, pues el Legislador ha querido que, en estos casos, el trabajador perciba un plus indemnizatorio, y que el mismo no sea asegurable en ningún caso.

¹³ Interesantes reflexiones las que podemos extraer al efecto del nº 54 de la Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, en concreto del artículo *“La repercusión del nuevo Baremo de tráfico sobre la cuantificación de la responsabilidad civil adicional del empresario por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, de D. Mariano Medina Crespo.

¹⁴ Como bien enumera D. Javier López y García de la Serrana al respecto, la Sala 4ª del Tribunal Supremo ha fallado reiteradas veces, en SSTs como las de 30/09/1997, 02/02/1998, 10/12/1998, 17/02/1999, 02/10/2000, 03/06/2003, 09/02/2005, 01/06/2005 o 24/04/2006, al ser único el daño a reparar, deberá estarse a la *“compensatio lucri cum damno”*, doctrina cuya finalidad no es otra que evitar tanto el enriquecimiento injusto del perjudicado como del causante del daño, debiendo todas las indemnizaciones complementarse de forma vertebrada para determinar el alcance del quantum indemnizatorio.

Ahora bien, mientras que la doctrina jurisprudencial anterior al respecto, la denominada *“doctrina del descuento incondicional”*¹⁵, fallaba en el sentido de compensar los montantes reparatorios disminuyendo la indemnización por responsabilidad civil total en la cuantía obtenida en concepto de prestaciones sociales (con un importante efecto confiscatorio que perjudicaba al trabajador), con la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, de 17 de Julio de 2.007, todo esto cambió.

A partir de ella se pone de manifiesto la suma importancia que tiene en el sistema para la valoración del daño el principio de vertebración, de modo que la compensación de indemnizaciones pasó a realizarse por conceptos similares, mediante la denominada *“técnica del descuento por conceptos homogéneos”*, según la cual, las prestaciones que la Seguridad Social otorga por incapacidad sirven para reparar única y exclusivamente daños patrimoniales, ya que la razón de ser de estas partidas reside en la pérdida de capacidad de trabajo del sujeto lesionado. En cambio, estimaba que la naturaleza del factor de corrección previsto en el antiguo Baremo para las incapacidades permanentes se desdoblaba, correspondiendo una parte a reparar el perjuicio personal, y otra, el patrimonial. La compensación de lo obtenido vía prestaciones deberá realizarse única y exclusivamente con la parte correspondiente al perjuicio patrimonial. La misma sentencia también solventaba la duda acerca de las cuantías resarcitorias a aplicar, siendo partidaria de la preeminencia del un criterio valorista frente al nominalista, lo que se traduce en que las cuantías resarcitorias a tener en cuenta serán las vigentes al momento de la resolución que ponga fin al procedimiento, y no las existentes al momento del siniestro¹⁶. Tras esta sentencia, que supuso un antes y un después en el modo de resarcir en el ámbito laboral, numerosos fallos vinieron a confirmarla.

Y así siguió la situación, no siendo hasta la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 2.014 cuando se da otro

¹⁵ Doctrina que D. Mariano Medina Crespo califica en su artículo *“La repercusión del nuevo Baremo de tráfico sobre la cuantificación de la responsabilidad civil adicional del empresario por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”* (mencionado anteriormente) de lamentable habida cuenta de su carácter manifiestamente lesivo para la parte perjudicada.

¹⁶ Extraído del análisis a la STS, Sala 4ª, de 17/07/2007 contenido en *“La Responsabilidad Civil en los Accidentes Laborales: La Valoración del Daño Corporal”*, D. Javier López y García de la Serrana, Máster de Responsabilidad Civil de la Escuela de Prácticas Jurídicas de Granada, 4ª edición.

gran avance tendente a la reparación íntegra¹⁷. Tal fallo de nuestro Alto Tribunal venía ahora desligar por completo el factor de corrección por incapacidad permanente del concepto de lucro cesante, aclarando que su naturaleza sirve para reparar única y exclusivamente daños de naturaleza personal. Descartaba la anterior interpretación de que el factor de corrección desdoblaba su naturaleza, lo que conllevó en la práctica a que las prestaciones obtenidas solo pudieran descontarse de lo reconocido como daños patrimoniales mediante los factores correctores por perjuicios económicos.

C.- El nuevo Baremo establecido por la Ley 35/2015, de 22 de Septiembre, y el avance que ha supuesto respecto a lo anterior.

Haciendo referencia al momento presente, el nuevo Baremo vigente a resultas de la aprobación de la Ley 35/2015, de 22 de Septiembre, supone un hito a efectos de la cuantificación de las lesiones, tanto es así, que ha acabado fulminantemente con la técnica de la compensación por conceptos homogéneos, ratificando a la vez la doctrina que la establecía en la STS de 23 de Junio de 2.014. La especialidad del nuevo Baremo viene de la mano de la exhaustiva vertebración técnica que realiza, separando conceptos y perjuicios de la más diversa índole, colocándolos en compartimentos estancos y aislados que impiden que se entremezclen los unos con los otros.

En primer lugar, el nuevo sistema ratifica la STS de 23 de Junio de 2.014, en tanto en cuanto el perjuicio el antiguo factor corrector por incapacidad permanente es sustituido por el denominado *“perjuicio personal particular por la pérdida de calidad de vida ocasionada por secuelas”*, de carácter eminentemente personal.

En lo concerniente a la técnica del descuento por conceptos similares u homogéneos, el nuevo sistema ha acabado con esta doctrina al establecer de modo tabular los perjuicios patrimoniales ocasionados tanto por muerte como por secuelas, mediante la articulación de unas tablas cuyas cantidades fijas ya calculadas, teniendo en cuenta estas cuantías establecidas las eventuales percepciones que pueda obtener el lesionado vía Seguridad Social, es decir, el descuento viene incorporado en la propia norma. Hemos llegado al extremo opuesto,

habrá que acreditar la no percepción de tales partidas para poder optar a indemnizaciones mayores de las contenidas en las tablas, que habrán de calcularse por un actuario¹⁸.

3.- La relación de causalidad.

La relación de causalidad¹⁹, o *nexo causal*, no es sino la relación de causa-efecto que media entre el hecho lesivo y el resultado, daño sufrido por el perjudicado, de modo que hace las veces de lazo de unión entre la acción u omisión culposa y el menoscabo soportado. La determinación del nexo causal deviene esencial para poder imputar el daño al agente causante de la conducta ilícita y de esta forma, imponer al mismo la obligación de reparar ese daño causado.

En el caso que nos ocupa, el artículo 157 de la actual L.G.S.S. (116 de la antigua) define las enfermedades profesionales de la siguiente forma:

“Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional.”

De este modo, para poder determinar el carácter profesional de la enfermedad, es necesario que se den de modo conjunto una serie de elementos, como son: En primer lugar, la existencia de un agente lesivo para la salud, sea del carácter que sea (químico, físico, biológico...), en el centro de trabajo o donde se desarrolle la actividad laboral. En segundo lugar, es imprescindible la exposición del trabajador al agente nocivo durante la jornada laboral, exposición que conllevará la asimilación del agente por el organismo del trabajador. En tercer lugar, obviamente la enfermedad, que ha de ser susceptible de demostración clínica. En cuarto lugar, tanto la enfermedad como la actividad de que se trate han de venir incluidas y puestas en relación la una con la otra en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de Noviembre, por el que se aprueba el Cuadro de Enfermedades Profesionales. Por último, y no por ello menos importante, es fundamental que exista un vínculo inexcusable entre la enfermedad del trabajador y exposición a agentes nocivos en el ámbito laboral, es decir, en virtud de los criterios técnicos que más adelante se mencionan.

¹⁷ Sentencia cuyo ponente es D. Luis Fernando de Castro Fernández y que ha sido analizada con gran acierto por D. Mariano Medina Crespo en su comentario *“El factor de corrección por incapacidad permanente sirve solo para reparar los perjuicios personales de actividad causados por las secuelas padecidas. Comentario a la STS (Sala 4ª) de 23 de Junio de 2014”*, correspondiente al nº 51 de la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

¹⁸ *“El nuevo Baremo de la Ley 35/2015 y su aplicación al ámbito laboral”*, D. Javier López y García de la Serrana y D. Juan Ignacio Marcos González, Revista nº 180 del Centro de Estudios Financieros.

¹⁹ Vuelvo a remitirme al ya mencionado significado contenido en: Relación de Causalidad. Enciclopedia jurídica *“La Ley”*, coordinador general D. Enrique Arnaldo Alcubilla



En aquellos supuestos en que el trabajador haya desarrollado su actividad laboral en distintas empresas que ha conllevado la exposición a agentes lesivos para la salud, se introduce una nueva variable que dificultará aún más el establecimiento de una relación de causalidad clara e inequívoca, como es la pluralidad de causas que hayan podido incidir en el resultado lesivo. La doctrina ha ido desarrollando distintas teorías encaminadas a determinar la razón de la causación del daño para así poder identificar al causante e imputarle la responsabilidad del mismo. Así, por un lado, la *teoría de la equivalencia de las condiciones* sitúa todas aquellas causas que hayan podido influir en la producción del resultado lesivo en un mismo nivel, equiparándolas a efectos de imputación de la responsabilidad, que acarreará la obligación de reparación de forma solidaria entre los eventuales responsables. Por otro lado, la mayor parte de la doctrina en nuestro país se inclina por la *teoría de la causalidad adecuada o eficiente*, según la cual, habremos de identificar, entre las múltiples conductas que influyeron en el daño, aquella que de no concurrir, el daño no se habría materializado.

Además de todo lo anterior, y sin perjuicio de ello, la comunidad técnica o pericial se ha mostrado proclive, por regla general, a determinar o no la existencia de nexo causal en

base a cuatro criterios, estimando la relación de causalidad cuando los mismos se dan de manera conjunta e inequívoca, cuales son:

En primer lugar, el *criterio cronológico*, consistente en analizar el periodo de latencia, lapso de tiempo de que media entre la exposición a la sustancia y la aparición de la sintomatología, que puede variar en función del caso concreto.

En segundo lugar está el *criterio topográfico*, según el cual, debe cumplirse una adecuada relación de proximidad entre el lugar donde se encuentra la causa o foco y las lesiones iniciales y consecuencias secuelas posteriores.

No menos importante es el *criterio patológico*, que exige la existencia de un mecanismo racional y congruente de producción de la lesión (en este caso enfermedad) que en este caso sería la exposición prolongada y el modo por el que la sustancia ha conseguido acceder al cuerpo del trabajador para producir el daño.

Por último, el *criterio de exclusión de otras causas* es igualmente relevante para poder establecer el nexo, dado que hay que descartar que hubiere posibles concausas para poder imputar la totalidad del resultado lesivo a la conducta del demandado.

4.- La jurisdicción competente.

En cuanto al orden jurisdiccional encargado de conocer del ejercicio de la acción de reclamación de la responsabilidad civil por daños sufridos por los trabajadores en la prestación de sus servicios laborales, no ha habido siempre una doctrina jurisprudencial pacífica al respecto. Las Salas 1ª y 4ª del Tribunal Supremo, de lo Civil y de lo Social respectivamente, venían sosteniendo criterios muy dispares que fundamentaban en motivos de diversa índole.

Como se ha adelantado, la Sala 1ª era partidaria de hacer uso del principio de la unidad de culpa, entendiendo en su virtud pertinente el conocimiento del orden civil siempre y cuando el interesado accionase en base al artículo 1.902 del Código Civil, en virtud de la “*vis atractiva*” de la jurisdicción civil en aquellos asuntos que, como dispone el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no estén atribuidos al conocimiento de otro orden jurisdiccional distinto²⁰. Entendía que el hecho lesivo en sí excedía el ámbito de lo estrictamente laboral. Igualmente se atribuiría la competencia en el supuesto en que se optase por reclamar la indemnización a la entidad aseguradora que cubriese al empresario, dado que se le consideraba tercero ajeno a la relación jurídico-laboral. Y reforzaba su postura aduciendo la manifiesta disparidad de las indemnizaciones reconocidas por los órdenes jurisdiccionales civil y social²¹, entendiendo que el primero de ellos garantizaba de forma más efectiva el principio de reparación íntegra del daño²².

La Sala 4ª, sin embargo, entendía que al situarse el origen del daño ocasionado en el incumplimiento de las normas de seguridad y salud, la naturaleza de la acción era contractual y su conocimiento correspondía a la rama social del Derecho²³. Y en el mismo sentido fallaba la Sala Especial de Conflictos de Competencia, que también defendía la naturaleza laboral

de la relación y la correspondencia al orden social de aquellas cuestiones que afectasen a los derechos de los trabajadores en materia de seguridad y salud²⁴, ello sin que fuese algo decisivo, dado que sus pronunciamientos se refieren al caso concreto y carecen de vocación extensiva.

Esta situación de conflicto jurisprudencial en cuanto a la cuestión de la jurisdicción competente se mantuvo, con más o menos matices, hasta el año 2.011, cuando se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, cuyo segundo artículo fue el llamado a solucionar de una vez por todas el problema. Se decidió por el legislador dar respuesta a un conflicto que venía de años atrás, y hacerlo de forma tajante, sin dejar lugar a la interpretación o imaginación. En concreto, el artículo 2.b de la norma procesal social, establece literalmente lo que sigue:

“Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan:

b) En relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente.”

Se establece por tanto un criterio legal, el cual va a depender fundamentalmente de la existencia o no de contrato de trabajo entre las partes, de modo que si media relación jurídico-laboral entre empresario y trabajador (responsable y perjudicado), la jurisdicción competente para el conocimiento del litigio será la social. En otro caso, habrá que estar pendiente de las circunstancias y elementos que rodeen la relación jurídica existente entre las partes para determinar el orden jurisdiccional competente, descartando la jurisdicción social en tanto en cuanto no haya relación laboral como tal entre las mismas.

²⁰ En este sentido, destacar las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 07/07/2000, 22/06/2001, 28/11/2001, 31/12/2003 o 29/04/2004.

²¹ Explicado anteriormente en el apartado “*Articulación y compensación de las prestaciones sociales obtenidas con la indemnización que corresponda en concepto de responsabilidad civil*”.

²² Así lo dispone la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 11/05/2007, lo que supone una dura acusación, aunque justificada, pues el desconocimiento del derecho de daños en sentido estricto, con toda la complejidad que le es inherente, provocaba que el orden jurisdiccional social reconociese indemnizaciones menores, “*expropiando*”, si se me permite la expresión, una parte relevante de la indemnización. Como hemos apuntado, posteriormente se cambió de criterio, lo que supuso un gran avance.

²³ Así se establece, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 23/06/1999.

²⁴ Nos encontramos con Autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo como los de 23/12/1993, 04/04/1994 o 10/06/1996 que, a ojos de D. Javier López García de la Serrana, si bien dichos pronunciamientos son única y exclusivamente aplicables al caso concreto, la solución pasaría por tomarlos como “*fórmula de desempate*”. Así lo hizo la Sala 1ª en su Sentencia de 10/02/1998, atribuyendo la competencia a la jurisdicción social, lo que no evitó que más tarde volviese a su antiguo criterio.

De este modo, como dispone el artículo, tanto el trabajador como sus causahabientes podrán accionar en virtud del contrato laboral frente a la empresa o los responsables que consideren. Incluso si se decide obviar al empleador para dirigirse contra su asegurador, en virtud de la acción directa, será la jurisdicción social la competente, precisamente por estar, en última instancia, el origen del daño en el incumplimiento de sus obligaciones por parte del empresario.

En relación a aquellos casos de accidentes laborales o enfermedades profesionales en que la administración actúe como sujeto empleador e incumplidor de sus obligaciones en materia de seguridad y salud, parece obvio que la jurisdicción competente será la contenciosa, sin que quepan discrepancias al respecto. Solo en el caso en que se decida, en virtud de la estrategia procesal adoptada, saltar a la administración para demandar directamente a la entidad aseguradora que cubra la responsabilidad civil, será la jurisdicción social competente para conocer del asunto.

5.- Breve referencia al seguro de responsabilidad civil patronal.

A.- Su naturaleza jurídica.

El simple hecho de ser titular de una empresa, y llevar a cabo una actividad económica con ella, supone quedar expuesto a una amalgama de responsabilidades de muy diversa índole, que pueden ir desde la responsabilidad civil por bienes, productos o servicios defectuosos, hasta la responsabilidad civil por daños a terceros, al medio ambiente o a los propios trabajadores que desarrollan en la empresa sus labores (sin perjuicio de las responsabilidades penales o administrativas correspondientes). Y ello debido a la gran variedad de riesgos a los que queda expuesto el empresario por el mero hecho de ejercer su actividad económica²⁵.

En atención al objeto del presente escrito, nos centramos en el ámbito de la responsabilidad civil patronal. El concepto al que pone nombre esta expresión no es otro que aquella responsabilidad exigible al empresario en virtud de las lesiones o el fallecimiento de los empleados que tenga a su servicio. Dicho de otra manera, es aquella que determina la obligación para la empresa o el empresario de reparar el daño causado a sus subordinados a consecuencia de acciones u omisiones que le sean imputables, ya sea por culpa directa, por culpa "in-vigilando" a sus trabajadores, incluido el propio damnificado, o por culpa "in-eligiendo" al servicio de prevención ajeno que cometió el ilícito civil.

²⁵ "Los seguros de responsabilidad civil en el ámbito empresarial", D. Fco. Javier Maldonado Molina, Máster de Responsabilidad Civil de la Escuela de Prácticas Jurídicas de Granada, 4ª edición.

En virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil patronal el asegurador queda obligado a satisfacer los montantes indemnizatorios derivados la producción de un daño a los trabajadores que en la empresa prestan sus servicios, mediante la suscripción de la oportuna póliza y el abono de la prima correspondiente, siempre dentro de los límites pactados en la póliza suscrita.

B.- El carácter no asegurable del recargo de prestaciones.

Como límite de aseguramiento legalmente establecido, adquiere notoria relevancia el conocido recargo de las prestaciones económicas establecido en el artículo 164 de la L.G.S.S, el cual reconoce el derecho del trabajador a ver aumentadas las prestaciones económicas a que tenga derecho, en virtud de accidente de trabajo o enfermedad profesional, entre un 30 y un 50%. El segundo punto del precepto dispone la prohibición de su aseguramiento, lo que desdobra su naturaleza: resarcitiva para el empleado, que sufre un daño por culpa de aquel en cuyo beneficio presta sus servicios; punitiva para el empleador incumplidor sus obligaciones en materia de seguridad y salud para con sus trabajadores. Si bien es cierto que para salvaguardar el respeto al cumplimiento de la normativa vigente en materia de prevención precisa de la imposición de unas consecuencias jurídicas determinadas para su eventual incumplimiento, también lo es que el carácter no asegurable del recargo ha generado desde hace años un ferviente debate en torno a si es (o no) la herramienta más correcta para tal fin.

En este sentido, hay quien defiende su procedencia al entender que el incumplimiento del empresario en relación a la seguridad y salud de los trabajadores afecta directamente a sus derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos, además de repercutir el trabajo de éstos en beneficio de una empresa que, incumpliendo la ley, les ha reportado un perjuicio, materializado en sus lesiones. Por otro lado, hay quien se posiciona en contra de esta prohibición de aseguramiento por entender que no es la mejor opción para compeler a adoptar la normativa preventiva. Los que se encuentran dentro de esta corriente aducen, no sin razón, que el carácter general de este recargo obvia la capacidad económica del empresario, produciéndose notables desequilibrios en virtud de ello. Pensemos, a modo de ejemplo, en el recargo de las prestaciones relativo a un gran lesionado: si la empresa responsable es una multinacional con gran margen de beneficio, podrá responder al recargo sin problemas; si por el contrario, se trata de una empresa pequeña, como puede ser una frutería, el recargo de las prestaciones de un trabajador podría incluso producir la quiebra de la empresa y forzar el

despido del resto de sus compañeros, teniendo consecuencias más perjudiciales el remedio que la enfermedad, en este caso.

C.- La acción directa contra el asegurador. Nociones básicas.

El artículo 76 de la L.C.S. reconoce así al perjudicado la facultad de accionar directamente contra el asegurador del responsable del siniestro en que ha sufrido el daño indemnizable. Es, quizás, el artículo de mayor calado práctico de toda la Ley.

A nadie se escapa que la relación jurídica surgida de la producción de un daño abarca, en principio, dos posiciones enfrentadas, responsable y perjudicado. No obstante, el responsable, a su vez, mantiene otra relación jurídica, en este caso de aseguramiento, con una entidad mercantil dedicada a dar cobertura en caso de materialización de determinados riesgos, sin que exista relación jurídica alguna entre ésta y el damnificado. El artículo 76, por tanto, pone al alcance del perjudicado una valiosísima herramienta que le permitirá dirigirse directamente contra el asegurador por unos daños que haya sufrido y les sean imputables al asegurado, sin necesidad siquiera de que éste esté presente en todo este proceso. Se trata, por tanto, de establecer una ecuación²⁶ entre el derecho que tiene el tercero perjudicado frente al responsable y el derecho de éste último frente al asegurador.

Antes del reconocimiento de la acción directa, se partía de la base de la nítida separación de relaciones jurídicas, no estando el perjudicado legitimado activamente para accionar frente al asegurador, y sí frente al responsable de los daños. Este último, tras responder, veía reintegrado en su patrimonio el montante satisfecho al perjudicado en concepto de indemnización. Con anterioridad a la L.C.S., los precedentes relativos a la acción directa han sido²⁷:

- **El seguro obligatorio de automóviles:** La Ley del Automóvil de 1.962 ya la reconocía en su redacción originaria.
- **El seguro de responsabilidad civil por daños nucleares:** Su reglamento, aprobado por Decreto 2177/1967, en desarrollo de la Ley de Energía Nuclear de 1.964, también disponía que el asegurador quedaba obligado frente al perjudicado en los mismos términos que lo hacía el responsable de los daños.

²⁶ Definición dada por D. Fernando Sánchez Calero en "La ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de Octubre, y a sus modificaciones", al analizar la acción directa prevista en el artículo 76 de la L.C.S.

²⁷ "La ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de Octubre, y a sus modificaciones", P. 1213 y siguientes.

- **El seguro obligatorio de caza:** El Reglamento de la Ley de Caza, aprobado por Decreto 506/1971, reconocía la acción directa en los mismos términos.

Por tanto, nos encontramos ante un mecanismo que permite desplazar la exigibilidad de la acción de reparación del daño desde la persona del responsable hasta situarla en su asegurador. Se hace preciso indicar que, para que esto ocurra, siempre ha de existir un contrato de seguro válidamente constituido y una obligación de resarcir a cargo del asegurado que esté cubierta por la póliza. Cuando se dan estos presupuestos, el asegurador no podrá oponer frente al tercero las excepciones que tenga frente al asegurado, como impago de alguna prima, incumplimiento del deber del asegurado de dar parte a la compañía, límites de cobertura pactados convencionalmente en la póliza, etc. De modo que las excepciones oponibles por el asegurador se reducirán a la concepción de culpa exclusiva de la víctima y, como dispone literalmente el artículo, a "aquellas excepciones personales que tenga contra éste"(resultando "éste" el tercero víctima o perjudicado). Se consigue así una mayor protección de la víctima, fruto de la continua evolución legislativa y doctrinal en materia de actividades generadoras de riesgo que también ha favorecido la objetivación de la responsabilidad en este campo.

Sin embargo, debemos recordar que el mismo precepto reconoce, a la vez, y para el caso en que se de alguna de esas excepciones que el precepto tilda de inoponibles, el derecho de repetición del asegurador frente a su asegurado. Le otorga, por tanto, y para el caso en que efectivamente disponga de excepciones contra éste, la facultad de reclamar al mismo lo ya abonado por el asegurador en concepto de responsabilidad civil a un tercero. Son supuestos en que el asegurador se ha visto obligado a reparar el daño ocasionado por su asegurado al perjudicado, al haber éste último ejercitado la acción directa, sin que se pueda predicar la existencia de obligación alguna del asegurador frente a la persona del asegurado. No obstante, nos encontraremos con numerosos supuestos en que el reconocimiento de esta facultad no sea más que una concepción teórica, pues no es inusual que el asegurado sea insolvente en relación con el daño que ha ocasionado, lo que hará inútil a efectos prácticos la reclamación al mismo.

III.- CONCLUSIONES

1.- En nuestro país se estima que más de una quintapartedelaspersonasocupadasdesarrollan su actividad laboral o profesional en contacto habitual con sustancias potencialmente nocivas para la salud. Es un ámbito caracterizado por el desconocimiento, pues a día de hoy solo se

tienen datos y se conocen los peligros reales de, aproximadamente, un 10% de las sustancias que usamos normalmente. A ello hay que sumar la ignorancia de muchos de estos trabajadores acerca de los efectos de estos productos, es decir, de los peligros a los que se exponen día a día.

2.- Con la finalidad de salvaguardar bienes jurídicos de tamaño relevancia como pueden ser la vida o la integridad física de los trabajadores, reconocidos en nuestra Carta Magna, se garantiza también en la misma la protección de éstos en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Esto ha sido objeto de desarrollo posterior, por la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, que recoge derechos tan importantes como pueden ser el derecho a la información de los trabajadores, los derechos de consulta y participación, el derecho a la formación de trabajadores en materia preventiva, el derecho a equipos de trabajo y medios de protección adecuados o el derecho a la vigilancia de la salud, entre otros llamados a reducir al mínimo la siniestralidad laboral.

3.- El incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales por parte del empresario puede implicar la exigencia respecto de su persona de una pluralidad de responsabilidades muy diversa, independientes pero compatibles entre sí.

Por un lado están las derivadas de la falta de cumplimiento a la normativa vigente en materia de Seguridad Social, que implicarán en muchas ocasiones la obligación de hacerse cargo de las consecuencias prestacionales derivadas del eventual siniestro laboral, bien directamente o bien por vía de la acción de regreso de las entidades gestoras o colaboradoras, así como del sistema público de salud. El incumplimiento podrá incluso acarrear un posible recargo que incrementará todas las partidas económicas resultantes de un 30 a un 50%.

Por otro lado, el incumplimiento de la normativa preventiva puede alcanzar una entidad tal que la conducta en sí se encuentre tipificada en el Código Penal y sea constitutiva de delito, siempre que se ponga en riesgo grave e inminente la vida o la integridad física del trabajador. El tipo delictual viene previsto tanto para conductas imprudentes como dolosas, o incluso aquellas cuya comisión sea imputable a una persona jurídica.

En cuanto a la responsabilidad civil, el trabajador damnificado tendrá derecho a una justa compensación directamente proporcional al daño sufrido, a cuyo abono estará obligado el empresario independientemente de cuantas responsabilidades adicionales se le exijan.

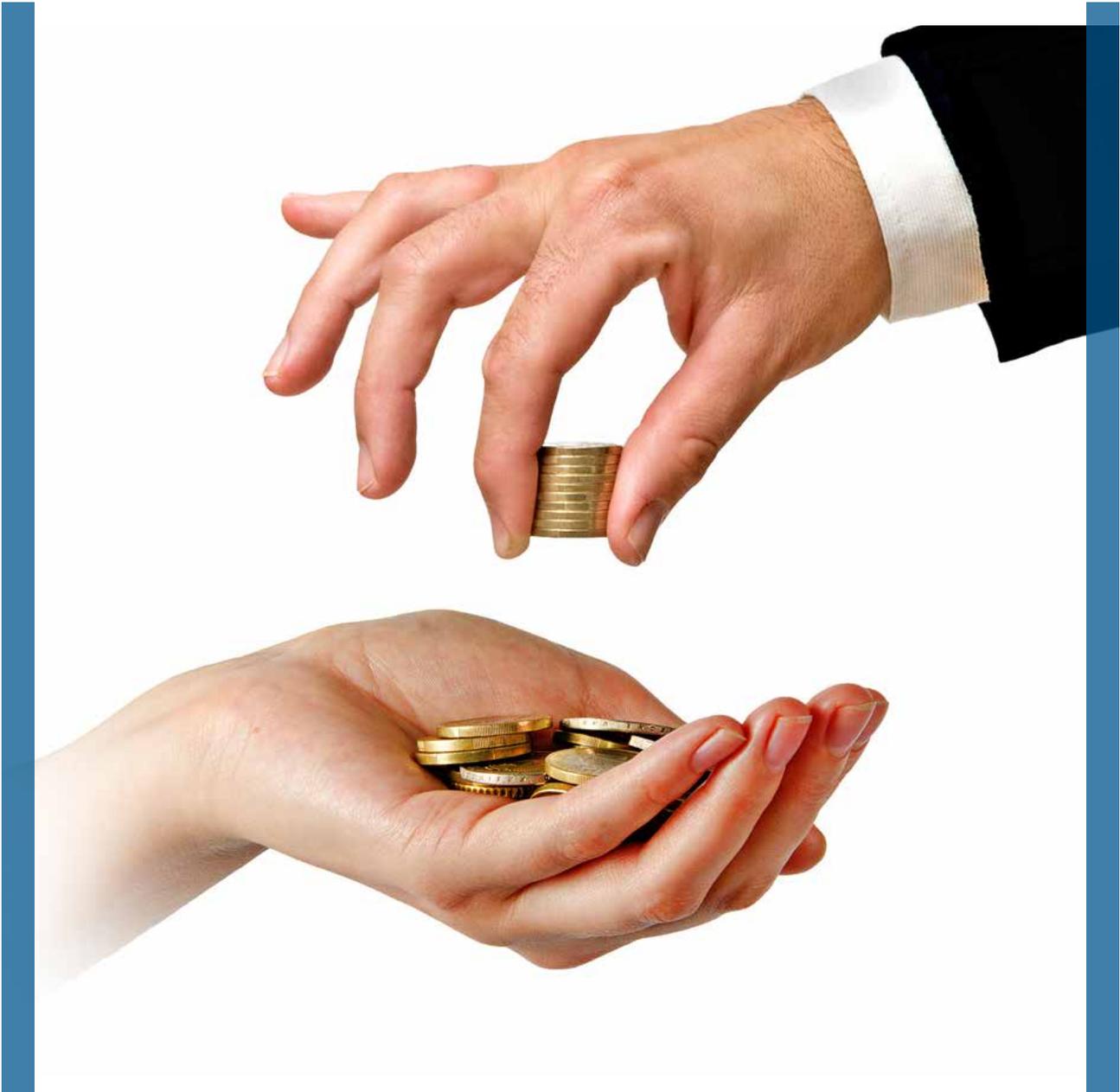
4.- El desconocimiento en este asunto no exclusivamente predicable de la peligrosidad de las sustancias y sus posibles efectos. Para el caso en que ello se materialice en una enfermedad profesional, los trabajadores suelen ignorar sus derechos al respecto.

Por regla general, la simple producción del siniestro y el hecho de que el trabajador sufra un daño, le da derecho a la percepción de cuatro partidas distintas: las prestaciones sociales correspondientes a la contingencia profesional de que se trate, la indemnización relativa al seguro de convenio, la indemnización en concepto de responsabilidad civil y el posible recargo de prestaciones por incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales. Este desconocimiento acerca de las partidas a las que tiene uno derecho en caso de ocurrencia de un siniestro laboral conlleva que en numerosas ocasiones no se reclamen parte de las mismas, como pueden ser las correspondientes a la responsabilidad civil del empresario o al recargo prestacional.

5.- En lo que respecta a acción ejercitable, el carácter contractual o extracontractual de la misma vendrá de la mano de la existencia o no de contrato entre la parte reclamante y la parte reclamada. Se supera así la anterior doctrina que apelaba a la aplicación de la *doctrina de unidad de culpa civil*, invocada tantas veces por la Sala 1ª del Tribunal Supremo. Se parte de la base de lo dispuesto en nuestro Código Civil para llegar a la conclusión de que los contratos no obligan única y exclusivamente a lo expresamente pactado en ellos, sino que también obligan a las consecuencias que sean conforme a la Ley, el uso y la buena fe.

6.- Tradicionalmente ha existido gran controversia jurisprudencial en cuanto al orden jurisdiccional competente, aunque ya vemos solventada esta cuestión al establecer la Ley 36/2011 (L.R.J.S.) que este tipo de cuestiones se ventilarán siempre en el orden jurisdiccional social, ya reclamen el trabajador o lo hagan sus causahabientes, ya se reclame a la empresa responsable o a su compañía aseguradora. Únicamente se salvarán aquellos supuestos en que el sujeto empleador demandado sea la Administración, entendiéndose competente para conocer el orden contencioso-administrativo.

7.- En los últimos años se ha avanzado enormemente en lo que respecta al tema de la valoración y cuantificación de la indemnización que al trabajador corresponde en caso de accidente laboral o enfermedad profesional. En este sentido, constituyó un hito al respecto la superación de la *doctrina del descuento incondicional*, caracterizada por su efecto confiscatorio, y responsable de que, en multitud



de ocasiones, se intentase obviar el orden jurisdiccional laboral para acudir al civil.

También se ha superado la *doctrina de la técnica del descuento por conceptos homogéneos*, aunque ésta, más que superarse, se ha mantenido, incluyéndose como un hecho ya predeterminado en el sistema establecido por la Ley 35/2015, que cuenta con unas tablas cuyas cuantías vienen prefijadas, teniendo en cuenta ya el descuento de las prestaciones en materia de Seguridad Social que corresponden al lesionado. En cuanto al seguro de responsabilidad civil patronal, el nuevo sistema establecido por la Ley 35/2015 ha supuesto un paso de gigante de cara al principio de integridad reparatoria, razón por la cual se han visto aumentadas en una cuantía muy importante las indemnizaciones derivadas de

fallecimientos y grandes lesionados. Esto debe ser tenido muy en cuenta por el empresario de cara a la renovación de su póliza, debiendo en su caso aumentar la suma asegurada en consonancia, pues en el indeseable caso en que se produzca un fallecimiento o un gran lesionado, puede originar que la suma asegurada sea insuficiente para satisfacer el montante indemnizatorio, debiendo responder la empresa por el restante.

No obstante, seguimos teniendo deberes pendientes al respecto. Se ha incumplido reiteradamente la promesa de aprobación de un sistema de valoración de los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, obligación impuesta por la Disposición Final 5ª de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

IV.- BIBLIOGRAFÍA

- Arnaldo Alcubilla, Enrique: Enciclopedia jurídica *"La Ley"*, 1ª Edición (2008-2009) Wolters Kluwer España S.A.

- Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: *"Sistema de Derecho Civil. Volumen II"*, 9ª Edición, año 2001, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.).

- Girela Molina, Braulio: *"Las responsabilidades sociales en prevención de riesgos laborales II"*, Máster de Responsabilidad Civil de la Escuela de Prácticas Jurídicas de Granada, 4ª edición.

- López y García de la Serrana, Javier: *"Reflexiones sobre la doctrina de unidad de culpa civil"*, Revista nº 60 de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (4º Trimestre 2016).

"Qué hay del nuevo baremo? Indemnización de daños y perjuicios por enfermedad profesional", Revista nº 411 del Centro de Estudios Financieros (Junio 2017).

"La responsabilidad civil en los accidentes laborales: Valoración del daño corporal", Máster de Responsabilidad Civil de la Escuela de Prácticas Jurídicas de Granada, 4ª edición.

- López y García de la Serrana, Javier y Marcos González, Juan Ignacio: *"El nuevo Baremo de la Ley 35/2015 y su aplicación al ámbito laboral"*, Revista nº 393 del Centro de Estudios Financieros (Diciembre 2015).

- López y García de la Serrana, Jose Manuel: *"Efecto expansivo del nuevo Baremo de tráfico en*

la responsabilidad civil por accidentes laborales. Su repercusión en el tratamiento resarcitorio del lucro cesante", Revista nº 54 de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (2º Trimestre 2015).

"La responsabilidad civil del empresario por accidentes de trabajo", Ponencia.

- Maldonado Molina, Fco. Javier: *"Los seguros de responsabilidad civil en el ámbito empresarial"*, Máster de Responsabilidad Civil de la Escuela de Prácticas Jurídicas de Granada, 4ª edición.

- Medina Crespo, Mariano: *"Comentario a la STS (Sala 4ª) de 23 de Junio de 2014"*, Revista nº 51 de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (3º Trimestre 2014).

"La repercusión del nuevo baremo de tráfico sobre la cuantificación de la responsabilidad civil adicional del empresario por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", Revista nº 54 de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (2º Trimestre 2015).

- Osinaga Rivera, Óscar: Presentación sobre contingencias y prestaciones, <https://es.slideshare.net/oscarosinaga/contingencias-y-prestaciones>.

- Sánchez Calero, Fernando y colaboradores. *"La ley de contrato de seguro. Comentarios a la ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones"*, año 1999, Editorial Aranzadi S.A.





doctrina



Responsabilidad civil del abogado. Pérdida de oportunidad

Salvador Medina Martín
Abogado

Sumario

I.- INTRODUCCIÓN

II.- PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O DE EXPECTATIVAS

- 2.1. La hoja de encargo como obligación de medios. Recomendada.
- 2.2. La falta de diligencia debida del profesional.
- 2.3. Incumplimiento de los deberes profesionales. “La Lex Artis”.
 - 2.3.1. La pérdida de oportunidad. Perjuicio al cliente.
 - 2.3.2. La culpa del profesional.
 - 2.3.3. Nexa causal como requisito para responder del daño.

III.- RECLAMACIÓN DE CANTIDAD Y DAÑO MORAL

- 3.1. Criterio valorativo. El daño moral.

IV.- LA NEGLIGENCIA DEL CLIENTE, CAUSA DE EXONERACIÓN

- 4.1. Culpa exclusiva del cliente.

V.- RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DEL BUFETE

VI.- RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DEL PROCURADOR

- 6.1. Naturaleza jurídica.

VII.- SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

VIII.- CONCLUSIONES

IX.- BIBLIOGRAFÍA

X.- JURISPRUDENCIA ANALIZADA

- 10.1. Sentencia Citadas.

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio se trata de analizar la reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad civil del abogado en cuanto a la pérdida de oportunidad, o frustración que sufre el cliente, como consecuencia de la dejadez o negligencia del abogado en el ejercicio de sus funciones.

El presente estudio se desglosa en varios títulos, y a su vez se desglosan en epígrafes que van concretando con la última corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo, y seguida por biografías de autores que han realizado estudios y análisis de jurisprudencia sobre la Responsabilidad civil y penal del Abogado y Procurador, y más concretamente al concepto de “perdidas de oportunidad o expectativas del cliente” como objetivo principal del presente estudio.

La pérdida de expectativas, que sufre el cliente al quedar en total desamparo ante la justicia, al haber sido perjudicado en sus intereses tanto por no haber interpuesto recurso en plazo, o haber dejado prescribir una acción, o bien, por no haber informado al cliente de sus derechos y las posibles opciones en orden a que pueda tomar la decisión que a su derecho convenga¹.

El sistema normativo, con el Código Civil a la cabeza, define cuándo puede pretenderse de otro el resarcimiento de un daño y determina los límites del daño que haya de ser íntegramente resarcido. Los Tribunales contribuyen decisivamente con sus pronunciamientos en estas tareas de definición y delimitación del daño resarcible.²

Se hace necesario analizar la responsabilidad civil del abogado frente a la vigente legislación comparada. Considerando los objetivos del presente trabajo, aquí nos concentraremos especialmente en los elementos que suscitan el deber de reparar los daños ocasionados a la contratante consecuencia del ejercicio de la abogacía. Este punto es posible entendiendo la relevancia del Código Civil, que es un amplia fuente de reglas generales, y de la normativa de consumidores, con su reglamentación específica dirigida a las relaciones de consumo, entre las cuales se encuentra, a priori, el vínculo entre el abogado y el contratante; todo esto, sin olvidarnos de la legislación procesal y de las directrices legales de carácter disciplinar, pues también son fuentes de gran importancia para el deslinde práctico de las cuestiones suscitadas.

Al tratarse del núcleo del tema del presente trabajo es la “pérdida de oportunidad” que

sufre el cliente, como consecuencia de la mala actuación del abogado o por negligencia en su actuación procesal derivando en una frustración en todas las demás etapas³.

II.- PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O DE EXPECTATIVAS

2.1. La hoja de encargo como obligación de medios. Recomendada.

La hoja de encargo profesional: la denominada hoja de encargo o contrato de arrendamiento de servicios Abogado-cliente constituye un elemento esencial de delimitación de la responsabilidad profesional, como garantía para el consumidor, art. 13.1 del Código Deontológico.

El Letrado debe conocer que en caso de carecer de instrucciones concretas y fehacientes del cliente debe asegurar la posición jurídica en beneficio del cliente, interponiendo los correspondientes recursos que la ley permita.

El cliente podrá, en cualquier momento, apartarse del encargo, previo aviso y abono de los honorarios devengados⁴.

El cliente se abstendrá de intervenir o inferir, por sí o por otro, en la gestión encomendada al Abogado. El cliente evitará la realización de cualesquier acto que puedan afectar al desarrollo o resultado del encargo⁵.

En cuanto al contrato, o la hoja de encargo, los abogados y procuradores no tienen una regulación específica en el que a su responsabilidad civil se refiere, quedan sometidos a los arts. 1902, cuando se trata de responsabilidad extracontractual, en tal caso, los abogados responden por responsabilidad contractual habida cuenta del contrato previo, tanto la hoja de encargo como contrato verbal⁶.

La relación del Abogado con su cliente, cabe calificarla como de contrato de prestación de servicios. Y, como tal, cae dentro del ámbito de aplicación de la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores

³ Autor: Fabricio Zamprogna Matiello. Editorial de la Universidad de Granada. Título Responsabilidad

Civil del Abogado Conforme a la Naturaleza de la Prestación y de la Relación jurídica. Una perspectiva Comparada. Página 13.

⁴ Guía Práctica del Abogado. Autor Don Emilio Gonzalez Bilbao. Editorial Azanzadi, S.A. 2007.

⁵ Ibidem.

⁶ La responsabilidad civil de abogados en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Autor L. Fernando Reglero Campos. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha. Página 28

¹ Practium. Daños 2015. Thomson Reuters. Editorial Azanzadi, S.A. Ana Soler Presa y Pedro Del Olmo García. Página 35.

² Ibidem.



y Usuarios, particularmente en lo relativo al régimen de responsabilidad⁷.

En cuanto a las obligaciones legales y contractuales del abogado derivan de las siguientes Fuentes: a) El estatuto General del Abogacía Española (Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, destacando los arts. 42, 78 y 79, sobre la responsabilidad civil de los abogados; b) El Código Deontológico de la Abogacía, destacando el art. 13, sobre las relaciones con el clientes, así como los arts. 8 y 10; c) El Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Europea, así como la responsabilidad civil de los despachos colectivos, debe tenerse presente la reciente Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedad profesionales, particularmente lo dispuesto en el art. 11 sobre responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional⁸.

Establece el art 78 del Estatuto General del Abogacía, establece que: "1) *Los abogados están sujetos a responsabilidad penal por los*

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

*delitos faltas y faltas que cometan en el ejercicio de su profesión y en el punto 2) Los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio"*⁹.

Por su parte, el art. 79 del EGA, establece que: "*El abogado que reciba el encargo de promover actuaciones de cualquier clase contra otro sobre responsabilidades relacionadas con el ejercicio profesional, deberá informar al Decano del Colegio para que pueda realizar una labor de mediación, si la considera oportuna, aun cuando el incumplimiento de dicho deber no pueda ser disciplinariamente sancionado"*.

En relación con las partes, establece el RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, en su art. 42, en cuanto a la relación con las partes,

⁹ *Ibidem*.

establece que: *“Son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional”*.

Con carácter general debe señalarse, como pone de relieve la STS de 28 de junio de 2012: *“que la relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados de arrendamiento de servicios y del mandato”*.

El Estatuto establece un marco de obligaciones profesionales del abogado cuyo incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad, cuales son: a) Actuación con máximo celo y diligencia; b) Guardar el secreto profesional; y c) Atenderse a las exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas. La responsabilidad frente al cliente se extiende a la generada por la actuación de sus colaboradores y de otros compañeros de los que pueda valerse en su actuación. Para facilitar su posible exigencia, la norma impone su identificación ante la persona a la que asesore o defienda cuando tal identidad no conste a esta última¹⁰.

2.2. La falta de diligencia debida del profesional

Los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiera sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los tribunales de justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio¹¹.

Por su parte la Sala 1ª del Tribunal Supremo, 25 de junio de 1998: *“Existe negligencia profesional del Abogado y tiene el cliente derecho a indemnización por gastos y costas, más un 15% en concepto de daños moral por dejar caducar un recurso de casación”*. En cuanto a la Responsabilidad civil del abogado, el Tribunal Supremo, Sala 1ª, 14 de mayo de 1999: *“Existe responsabilidad civil cuando el abogado deja precluir el plazo para ejercitar acciones a las que tuviere derecho el cliente en este caso acción derivada de responsabilidad civil del art 1902 del Código Civil, tras el cierre de las*

diligencias penales, plazo de un año –habiendo recibido provisión de fondos a tal efecto, ya que constituye el comportamiento del Letrado un quebrantamiento, por vía omisiva, en la observancia de los deberes y obligaciones profesiones que le incumben, que le eran exigibles a tenor de la disposición general contenido en el art. 9 del EGA y de los concretos deberes reseñados en los arts. 53 y 54, en una interpretación lógica y racional de los mismos, siendo indudable que ello representó una conducta negligente por omisión susceptible de indemnización”¹².

2.3. Incumplimiento de los deberes profesionales. “La Lex Artis”

Recoge la STS de 14 de octubre de 2013: *“En caso de la defensa judicial estos deberes se ciñen al respeto de la “Lex artis”, esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitida y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño de encargos; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos”*.

Por su parte, la STS de 28 de junio de 2013, con cita de la de 14 de diciembre de 2005, como casos de incumplimiento de los deberes profesionales se recogen los supuestos de falta de presentación de escritos en los plazos establecidos o de omisión de trámites exigidos por la ley como carga para hacer valer las respectivas pretensiones o, cuando se trata de solicitar el abono de una indemnización por daños y perjuicios, la omisión de algún concepto indemnizable con arreglo a la jurisprudencia consolidada de los tribunales, como es el caso del daño moral o del lucro cesante¹³.

La STS de 30 de diciembre de 2003, enumera las obligaciones accesorias como puede ser, el deber de informar, de pros y contras, riesgo de asuntos o conveniencia o no del acceso judicial, costos gravedad de la situación probabilidad de éxito o fracaso,

¹⁰ Artículo Monográfico. Septiembre de 2007. La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la propiedad. Autor Excmo. D. Antonio Salas Carceller. Magistrado Sala 1ª Tribunal Supremo.

¹¹ Prontuario del Abogado. Edición 2011. La Ley. Grupo Wolker Kluwer. Autor Don Dionisio Escudero Hogan. Página 105.

¹² Prontuario del Abogado. Edición 2011. La Ley. Grupo Wolker Kluwer. Autor Dionisio Escudero Hogan. Página 105.

¹³ Responsabilidad del procurador y no del abogado por error en el proceso. Joaquim Martí Abogado. Profesor Colaborador Derecho Civil Universidad de Barcelona. Página 53.

lealtad y honestidad en el desempeño de encargo respeto y observancia escrupulosa en las Leyes Procesales, y aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho¹⁴.

Las Actuaciones del abogado deben ser con la observancia de la *lex artis*. El incumpliendo en todo caso deber se negligente, pues la responsabilidad civil del abogado es con carácter general subjetiva. La culpa está recogida en el artículo 1104 del Código Civil, y para su apreciación hay que tener en cuenta la naturaleza de la obligación, y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, de tal forma que el abogado y el procurador deben actuar conforme las buenas artes de su profesión, según la naturaleza de su obligación para con el cliente y conforme a las circunstancias de su persona, como indica la STS de 23 de febrero de 2010: “El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis*, esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso”

Asimismo, la Ley Orgánica del Poder judicial recoge en sus artículos 542:

*“1.- Corresponde en su exclusiva denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la **dirección y defensa** de las partes en toda clase de procesos, o el **asesoramiento y consejo jurídico**.*

*2.- En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, **se sujetarán al principio de buena fe**, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa.*

*3.- Los abogados **deberán guardar secreto** de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”.*

Por su parte, el artículo 543.1 de la LOPJ, establece: “*Corresponde exclusivamente a los procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa (...)*”.

En cuanto a la responsabilidad que debe responder los abogados y procuradores, previene el art, 546 de la LOPJ, que:

“2.- Los bogados y procuradores están sujetos en el ejercicio de su profesión a

responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda.

3.- Las correcciones disciplinarias por su actuación ante los juzgados y tribunales se regirán por lo establecido en esta ley y en las leyes procesales.

La responsabilidad disciplinaria por su conducta profesional compete declararla a los correspondientes Colegios y Consejos conforme a sus estatutos, que deberán respetar en todo caso las garantías de la defensa de todo el procedimiento sancionador”.

La jurisprudencia ha establecido, en cuanto a la **responsabilidad civil del Abogado**¹⁵, entre otros, los siguientes supuestos:

a) La prestación de servicios, como relación personal basada en la confianza, incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad, que deriva de las normas generales de la contratación e imponen al profesional el deber y la ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto.

b) Entre los deberes o comportamientos que integran la prestación de servicios del Abogado se incluyen los deberes de informar de los pros y contras, del riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costas, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del cargo, respeto y observancia escrupulosa de las leyes procesales y, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho.

c) De ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional.

d) Incorre en responsabilidad el Letrado que no propone en forma la prueba existente, por olvido, con el consiguiente rechazo judicial de las probanzas propuestas.

e) Es responsable el Letrado que no informa a su cliente suficientemente de los asuntos y que no le devuelve la documentación, los expedientes, a pesar de ser requerido para ello.

¹⁵ **Título:** Resumen técnico: Vademécum para Abogados noveles: Responsabilidad Civil del Abogado en su ejercicio profesional. **Autores:** José Ángel García Fernández **Fecha:** /03/2010.

¹⁴ *Ibidem*.



f) El Abogado responde civilmente por un mal comportamiento procesal, por la defectuosa fundamentación jurídica de la pretensión, por la errónea elección de la acción planteada o por el desconocimiento de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso, lo que comporta la defectuosa aplicación por su parte de la llamada “lex artis” propia del ejercicio profesional.

La Ley Orgánica del Poder Judicial y el Estatuto General de la Abogacía previenen, en términos generales, que los Abogados están sujetos a responsabilidad penal por los delitos y faltas que cometan en el ejercicio de su profesión. No obstante, el Código Penal, recoge determinados tipos delictivos aplicables a conductas irregulares de Abogado producidas durante el ejercicio profesional¹⁶. A saber:

- a) Delito de falso testimonio
- b) Delito de obstrucción a la justicia
- c) Delito de abuso de su función
- d) Delito de revelación de secretos
- e) Revelación de actuaciones procesales declaradas secretas
- f) Delito de deslealtad profesional.

¹⁶ *Ibidem*.

Solamente es posible hablar de responsabilidad civil del abogado, en lo que se relacionan los perjuicios ocasionados por una supuesta falta suya en el desarrollo de la actividad profesional, si estos daños son una consecuencia directa de su actuación negligente, imprudente o impericia. En otras palabras, es necesario que los perjuicios puedan ser atribuibles al tipo de comportamiento realizado por el abogado. Cabe destacar que la imposición legal, en el sentido de que exista un nexo de causalidad que sustente la pretensión del cliente perjudicado, responde a una necesidad de verificación del elemento anímico del agente¹⁷.

2.3.1 La pérdida de oportunidad. Perjuicio al cliente

Los incumplimientos más habituales que pueda generar la pérdida de expectativas al cliente, según la jurisprudencia son: La falta de fidelidad y de información sobre la vía procesal adecuada para formular la pretensión, la marcha

¹⁷ Autor: Fabricio Zamprogna Matiello. Editorial de la Universidad de Granada. Título Responsabilidad Civil del Abogado Conforme a la Naturaleza de la Prestación y de la Relación jurídica. Una perspectiva Comparada. Página 217.

del proceso, no entregar documentación, o informar sobre aspectos concretos como, por ejemplo, la posible consignación ante el Juzgado, o la inviabilidad de la demanda. La STS de 14 de diciembre de 2006, no se informó al cliente de la posibilidad de interponer un recurso de apelación: *“No consta, y tampoco se dice en la sentencia, que el contenido de la relación abogado-cliente excluía la posible formulación del recurso de apelación contra una sentencia que restringía considerablemente los intereses inicialmente demandados. Lo que se confió al Letrado es la dirección técnica de un proceso conforme a los criterios que estimaba más conveniente y esta relación incluye el deber de acomodar su actuación a las reglas que constituyen el lógico y necesario cumplimiento del contrato y que deriva de la norma general del art. 1258 del Código Civil. No se trata de que el Abogado haya de garantizar un resultado favorable las pretensiones de la persona cuya defensa asumió, sino de que ponga en disposición de su cliente todos los conocimientos, la diligencia y la prudencia que se esperan de un profesional del derecho, y que en condiciones normales debería haber hecho, como es la formulación y personación en forma para sostener el recurso de apelación”*.

Lo determinante, a efectos de apreciar la responsabilidad civil contractual que se interesa, es la falta de diligencia del letrado, que al no comunicar puntualmente a sus clientes el estado de las actuaciones penales dio lugar a que estos se vieran privados de la oportunidad de reclamar en su momento y, así, perdieran la oportunidad de obtener ya en 2005, la indemnización a la que tuvieran derecho, la cual sí percibieron en esa fecha sin necesidad de más esperas, los perjudicados por el mismo siniestro que sí reclamaron. La actuación del letrado, contraria a sus deberes profesionales y a su obligación de medios, ha supuesto una disminución notable y cierta de las posibilidades de éxito de la parte demandante recurrente, de entidad bastante para ser configurada como un daño resarcible, pues se les abocó a una situación de incertidumbre evitable de haber sabido a tiempo por su letrado que podía reclamar su indemnización ante otra jurisdicción, que frustró las lógicas expectativas de quien confía a un abogado la defensa de sus intereses¹⁸.

Teniendo en cuenta que fue notificado el procurador de los hoy recurrentes el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones penales, era un indiscutible deber profesional del abogado demandado informar inmediatamente a sus clientes aunque solo fuera

para indicarles, ya en ese momento, que debían consultar con otro abogado para empezar una vía de reclamación diferente o, cuando menos, para que interesaran del órgano jurisdiccional penal una notificación personal del sobreseimiento y archivo. Por el contrario, lo que en ningún caso era compatible con las reglas de la profesión de abogado fue la inactividad durante más de un año, manteniendo a sus clientes en la ignorancia de la terminación de las actuaciones penales y, una vez pasado ese tiempo, derivarles hacia otro abogado para plantear en vía administrativa una reclamación de resultado altamente incierto, debido precisamente al transcurso del tiempo, cuando, de haber actuado el abogado diligentemente, tal incertidumbre no se habría planteado en absoluto. Es más, ni tan siquiera puede descartarse que la vía administrativa emprendida por los hoy recurrentes no suponga unos perjuicios añadidos a los ya irrogado, por lo que el argumento de que el daño no se habría producido hasta el agotamiento de la vía administrativa y la posterior contencioso-administrativa no es aceptable si a lo que conduce es a que, por la falta de diligencia del abogado, sus clientes tengan que emprender vías de reclamación de resultado incierto cuando la incertidumbre podría haber evitado actuando el abogado diligentemente¹⁹.

El plazo para su ejercicio era solo de un año, y lo que en este litigio se está juzgando no es en puridad si la LECrim exige una doble notificación del sobreseimiento y archivo, al procurador del perjudicado y además al propio perjudicado, sino si la falta de diligencia del abogado demandado perjudicó o no los demandantes hoy recurrentes, siendo ya indiscutible que sí les perjudicó porque la sentencia de 27 de enero de 2012, dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, firme al no haber contra la misma recurso de casación, ha desestimado el recurso contencioso-administrativo de los aquí recurrentes contra la resolución del Ministerio de Medio Ambiente de 22 de diciembre de 2009 precisamente por considerar prescrita la acción de responsabilidad patrimonial por el transcurso de un año desde la notificación la procuradora del auto de la Audiencia Provincial de Huesca que confirmó el sobreseimiento y archivo de la diligencias previas²⁰.

Al decidir así, la sentencia recurrida infringe el art. 1544 del CC., y la jurisprudencia que lo interpreta en su aplicación a los servicios profesionales del abogado, y no tiene en cuenta que el art. 42.1 del EGAE impone el deber de “máximo celo y diligencia” en el cumplimiento de la misión de defensa encomendada, el art. 13.9 e) del Código Deontológico adaptado a dicho

¹⁸ Responsabilidad Civil y Penal del Abogado en el Ejercicio de su Profesión. Thomson Reuters. Editorial Aranzadi, S.A. Autor Joaquín-Eugenio Arribas López. Doctor en Derecho. Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias. 1ª Edición 2015. Página 44.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

Estatuto impone al abogado la obligación de poner en conocimiento del cliente la evolución del asunto encomendado y, en fin, esta misma obligación le impone el art. 3.1.2 del Código Deontológico de la Abogacía Europea”²¹.

En el supuesto analizado en la STS de 20 de marzo de 2014, el abogado tenía dudas del diez a quo -día de notificación a los procuradores versus día de notificación a las partes por ellas representados- debía haber manifestado las mismas a sus clientes, para que, sencillamente, ellos decidiesen si iniciar ya el camino de la reclamación patrimonial en vía administrativa (para la que había un año de plazo, a contar desde la notificación del sobreseimiento de las actuaciones penales al procurador ²².

Ejemplo significativo, la STS de 28 de enero de 1998, en que el abogado dejó transcurrir el plazo de un año en la reclamación al Fondo de Garantía Salarios, de las indemnizaciones debidas a sus clientes, por lo que se frustró la reclamación con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los reclamantes.

Tal y como viene motivado en la STS de 27 de octubre de 2011, en un caso en que la acción había prescrito por causa imputable al abogado la sentencia establece que: *“La pérdida de oportunidad de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposible de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad, pues en este caso el daño patrimonial debe considerarse inexistente”*.

En caso de un abogado negligente que ha impedido la tutela judicial efectiva de una persona, la pérdida de la oportunidad se refiere a la pérdida de la posibilidad de defender su pretensión, lo que tendrá carácter de daño patrimonial, si la pretensión es patrimonial y su valor económico dependerá de las posibilidades de triunfo de su pretensión. Esto supone realizar un juicio de probabilidad del éxito de la pretensión, lo que en ocasiones se ha denominado un juicio dentro del juicio²³.

La STS de 23 de julio de 2002, viene a

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ Practican. Daños 2015. Editado por Aranzadi. Thomson Reuters. Ana Soler Presa y Pedro del Olmo. Pedro Del Olmo García.

establecer que: *“Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico...”*.

El primer requisito para valorar la posible existencia de responsabilidad es que alguno o varios de los deberes asumidos por el abogado se hayan incumplido. No existiendo una construcción jurisprudencial exhaustiva sobre cuáles deban ser estos, sino sólo una pequeña enumeración *ad exampum*, pensamos que, a la hora de contemplar un posible incumplimiento de deberes, debe tenerse en cuenta, primero, lo contemplado en el artículo 42 del EGAE, y segundo apoyada en el estudio casuístico de los supuestos de incumplimiento resueltos por el TS., como más comunes la falta de presentación de un recurso o presentación del mismo fuera de plazo, lo que determina una pérdida de oportunidad procesal; no comparecencia en una audiencia previa, con declaración posterior de sobreseimiento del proceso; y otro que no lo son tanto, ya que valorar, por ejemplo, que no se ha cumplido con el deber de aplicar al caso los imprescindibles conocimientos jurídicos, cuáles podrían ser estos en un caso concreto, calificar una estrategia o plan de defensa como claramente equivocado, no es tarea fácil. Y no lo es porque supondría enjuiciar el conocimiento técnico del letrado²⁴.

Una expresión del razonamiento conducente a la condena, en ese caso, podría ser el consistente en la llamada “pérdida de oportunidad”. Otra posibilidad, en este segundo caso, es la de que el juez señale a favor del cliente una indemnización -también de discrecional estimación -por el daño moral que al cliente le ha supuesto verse privado de acceso a la justicia²⁵.

2.3.2. La culpa del profesional

Entre la relación abogado cliente, se obligan mediante contrato de prestación de servicios que define el art. 1544 del código Civil, ello implica un deber de cumplir con lo encomendado y un deber de fidelidad en virtud del art. 1258 del C.C., que presupone que la prestación profesional adecuada y su correcto cumplimiento del arte u oficio que se desempeña, lo que se llama *lex artis*. Se trata, de la obligación de medios y

²⁴ Responsabilidad del procurador y no del abogado por error en el proceso. Joaquim Martí Abogado. Profesor Colaborador Derecho Civil Universidad de Barcelona. Página 54.

²⁵ Joaquim Martí “La responsabilidad civil del Abogado y del Procurador”. Editorial Bosch. 2007.

Bien pues, tenemos por una parte, la conducta profesional del abogado y, de otra, el resultado del pleito en el que ha actuado. Si este ha sido negativo para los intereses del cliente, lo podrían haber sido, simplificando mucho, por tres causas. En primer lugar, porque, en estrictos términos de controversia jurídica, los pleitos se ganan o se pierden, total o parcialmente, según el discurrir más o menos normal de la aplicación del Derecho; sencillamente, podría suceder, por ejemplo que la parte no tuviese razón y porque no la tuviese, ni aunque el abogado hubiese tenido la más brillante intervención su pretensión hubiese dejado de fracasar. En segundo lugar, podría suceder también que, a pesar de haber desplegado toda la diligencia del mundo y todo su leal saber y entender, la estrategia de defensa se hubiera revelado finalmente como equivocada o la interpretación dada a una norma no fuese la más adecuada, pero inadecuada en unos términos erráticos admisibles dentro de la actuación profesional; simplemente, ocurriría que no ha acertado. No se puede olvidar al respecto que en la abogacía, como en todas las profesionales, hay un margen de error tolerable porque el error es inherente a la condición humana. En tercer lugar, podría ocurrir también que el resultado desfavorable del pleito para la parte se convirtiese ya en un daño acaecido atribuible, imputable, a una actuación profesional negligente, a un comportamiento, que no ha discurrido por los cauces lógicos de la abogacía. Es entonces cuando se puede apreciar una relación de causación profesional negligente que debemos identificar con un incumplimiento de los deberes profesionales²⁹.

Más reciente aún la sentencia 57/2015, de la Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 10 de noviembre, FJ 2º) señala que: *“La jurisprudencia ha precisado que tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y alcance de éste corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual, y recuerda las SSTs de 14 de julio de 2005 y 21 de junio de 2007”*.

Establece la STS de 14 de julio de 2010, que: *“la responsabilidad civil profesional*

del abogado exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º) *El incumplimiento de sus deberes profesionales: Estos deberes se ciñen al respeto de la lex artis como regla de oficio como: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar la leyes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos”*.

2º) *La prueba del incumplimiento: La jurisprudencia ha establecido que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo causal con el daño producido, y de la existencia y del alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual.*

3º) *La existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa. Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada.*

4º) *Existencia del nexo de causalidad, valorado con criterios jurídicos de imputación objetiva. El nexo de causalidad debe existir entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, y solo se da si este último es imputable objetivamente, con arreglo a los principios que pueden extraerse del ordenamiento jurídico al abogado. El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios.*

5º) *Fijación de la indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades. En este*

²⁹ Responsabilidad del procurador y no del abogado por error en el proceso. Joaquim Martí Abogado. Profesor Colaborador Derecho Civil Universidad de Barcelona. Página 58.

mismo sentido se pronuncia la STS de 31 de marzo de 2010

Dicha STS de 31 de marzo de 2010, dispone que: *“El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependencia, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador”.*

III. RECLAMACIÓN DE CANTIDAD Y DAÑO MORAL

3.1. Criterio valorativo. El daño moral

La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión, que responde de una obligación de medios, y no de resultado, esto es, el profesional debe responder ante el cliente del cumplimiento pactado y demostrando todo el empeño y utilización de las herramientas jurídicas a su alcance en virtud de lo pactado, pudiendo dar Derecho a ser indemnizado por daños moral por la mala praxis del abogado.

Pues bien, recuerda la STS de 20 de mayo de 1996, que: *“Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial y el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones, tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico. No puede, en este supuesto, confundirse la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales entre otras”*³⁰.

La pérdida de oportunidad como daño patrimonial es diferente al daño moral que puede ser la pérdida del derecho

³⁰ Responsabilidad del procurador y no del abogado por error en el proceso. Joaquim Martí Abogado. Profesor Colaborador Derecho Civil Universidad de Barcelona. Página 134.

de tutela judicial efectiva como pérdida independiente de lo anterior. No ha faltado alguna sentencia en la que se ha concedido un daño moral objetivo, como la STS de 26 de enero de 1999: *“La simple pérdida de la oportunidad procesal que todo recurso como extraordinario confiere, objetiva la producción del daño y la necesidad de su reparación, daño imputable a quien con su conducta negligente omitió la realización del encargo aceptado, sin que consten ni se hayan probado excusas justificadas sobre la no interposición del recurso, comunicadas a tiempo la otra parte contratante”*³¹.

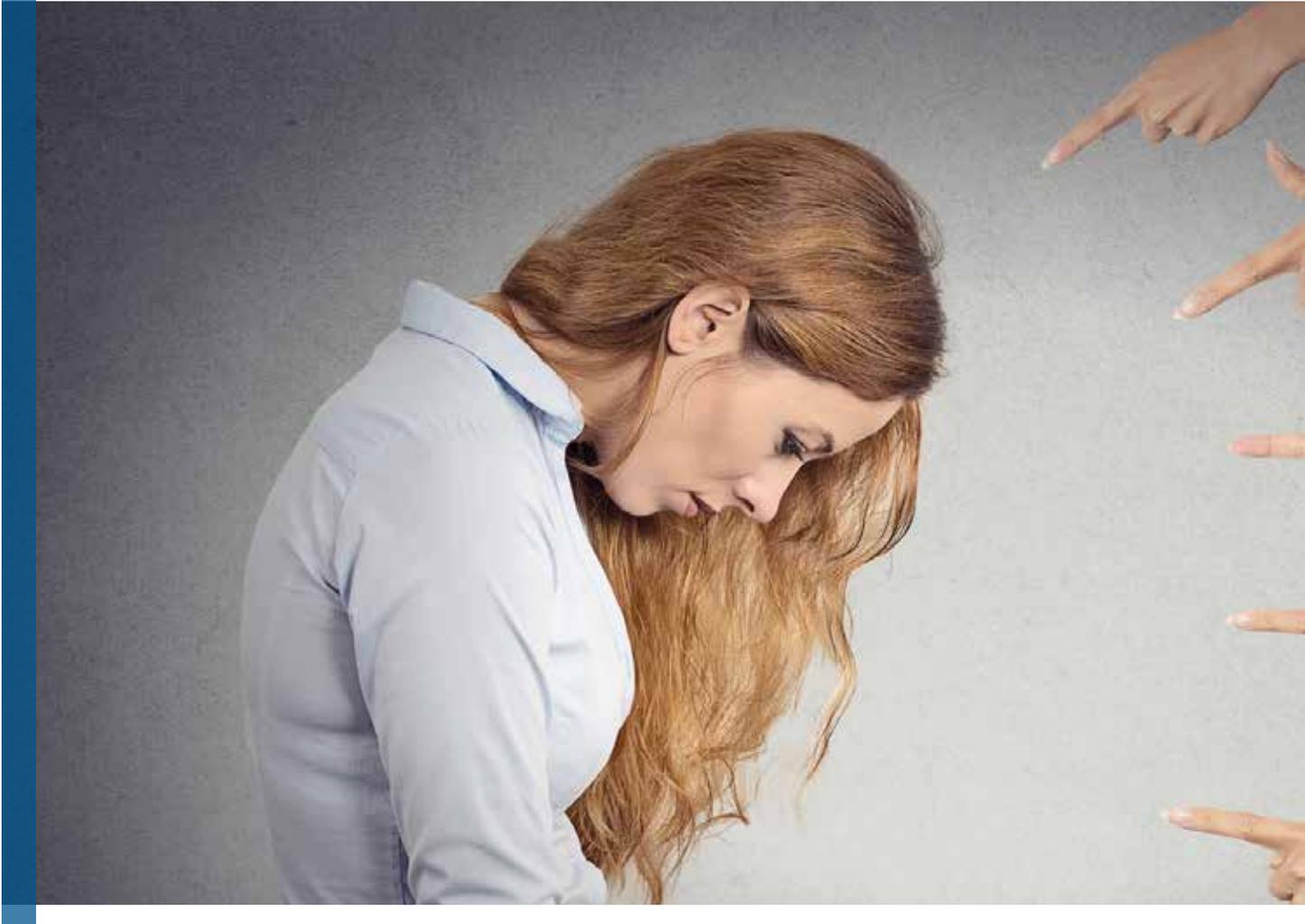
Asimismo, afirman las STS de 27 de octubre de 2011 y STS de 9 de marzo de 2011: *“Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objetivo de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones y, desde luego, en el caso enjuiciado tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico”. El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarla.*

*En todo caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil ningún daño moral puede existir en esta privación, al menos en circunstancias normales”*³².

Mientras todo daño moral efectivo, salvo exclusión legal, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación

³¹ Practicum. Daños 2015. Thomson Reuters. Ana Soler Presa y Pedro Del Olmo García. Editorial Aranzadi, S.A. Autor Iñigo Navarro Mendizábal. Página 522.

³² Practicum. Daños 2015. Thomson Reuters. Ana Soler Presa y Pedro Del Olmo García. Editorial Aranzadi, S.A. Autor Iñigo Navarro Mendizábal. Página 523.



de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad. El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando haya una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas³³.

Una de las sentencias más atrevidas en esta cuantificación el daño moral por la pérdida de oportunidad es la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 11ª, de 6 de septiembre de 2001, donde la Sala cuantifica el daño moral, dando por sentado que la

indemnización no puede consistir en lo que los actores hubieran podido percibir en el juicio determinante, pero resuelve que el profesional "con el incumplimiento culpable de su obligación ha impedido la posibilidad de conseguirla, con lo que además ha vulnerado el derecho del perjudicado a la tutela judicial efectiva, siendo correcta la condena a aquella prestación que, con su conducta culpable, ha impedido incluso la posibilidad de obtener, y en base a esta doctrina jurisprudencial la Juzgadora de instancia fija la indemnización en la cuantía de 10.000.000 ptas., valoración que esta Sala comparte, pues si bien dicha indemnización no podía conseguirla en el juicio ejecutivo, al ser nulo el título, sí que la hubiera podido obtener en el declarativo, no sujeto a baremo alguno, al no ser una cantidad desorbitada y sí razonable y ajustada a la que se concedía en la fecha en que ocurrieron los hechos teniendo en cuenta la edad de la víctima y que dejaba una hija huérfana"³⁴.

³³ La responsabilidad civil del abogado. Ricardo de Ángel Yagüe. Facultad de Derecho Universidad de Deusto. Barcelona 2008. Página 36.

³⁴ Joaquín Martí Martí "La responsabilidad civil del Abogado y del Procurador". Editorial Bosch. 2007.



IV. LA NEGLIGENCIA DEL CLIENTE COMO CAUSA DE EXONERACIÓN

4.1. Culpa exclusiva del cliente

La culpa de la víctima es un elemento suficiente para excluir la responsabilidad del abogado aunque esto no ocurre de manera autónoma. En verdad, ello provoca la ruptura del necesario nexo causal entre la conducta y el resultado lesivo³⁵.

Puede existir también una negligente conducta del perjudicado, como podría ocurrir si el cliente oculta información necesaria al abogado y esa ocultación también es causa del daño, o que el mismo cliente no aporte la documentación necesaria para la consecución de la pretensión, con todo ello, habrá que analizar la importancia que tiene esa conducta del perjudicado en el curso causal del caso.

³⁵ Autor: Fabricio Zamprogna Matiello. Editorial de la Universidad de Granada. Título Responsabilidad Civil del Abogado Conforme a la Naturaleza de la Prestación y de la Relación jurídica. Una perspectiva Comparada. Página 229.

V. RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DEL BUFETE

Cuando se ejerce la abogacía en una sociedad profesional, en lo referentes a la responsabilidad patrimonial, de la sociedad responde de las deudas sociales con todo su patrimonio y la responsabilidad de los socios dependerá de la forma social adoptada. De las deudas sociales que se deriven de actos profesionales, responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado. A tal efecto las sociedades profesionales deberán contratar un seguro que cubra la responsabilidad en la que puedan incurrir en el ejercicio de la actividad profesional (art. 11 de la Ley de Sociedades Profesional). También el art. 28.7 del Estatuto General de la Abogacía dice: *“La responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada. Además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado”*.

De acuerdo con la Disposición Adicional 2ª de la LSP este régimen de responsabilidad “será igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a esta Ley”³⁶.

VI. RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DEL PROCURADOR

6.1. Naturaleza jurídica

La relación entre el procurador y su cliente es la propia del contrato de mandato. Así se desprende claramente del art. 26.2.2º de la LEC., cuando se le impone hacer cuanto conduzca a la defensa de los intereses de su poderdante: “bajo la responsabilidad que las leyes imponen al mandatario”, e igualmente del art. 27, según el cual, a falta de disposición expresa sobre las relaciones entre el poderdante y el procurador, regirán las normas establecidas para el contrato de mandato en la legislación civil aplicable³⁷.

³⁶ Practicum. Daños 2015. Thomson Reuters. Ana Soler Pesa y Pedro Del Olmo García. Editorial Aranzadi, S.A. Autor Iñigo Navarro Mendizábal. Página 525.

³⁷ Artículo Monográfico. Septiembre de 2007. La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la propiedad. Autor Excmo. D. Antonio Salas Carceller. Magistrado Sala 1ª Tribunal Supremo.

El art. 57 del Estatuto de los Procuradores de los Tribunales, aprobado por Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre de (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 2002), se refiere a la responsabilidad penal y civil del procurador y dispone: "1. Los procuradores están sujetos a responsabilidad penal por los delitos y faltas que cometan en el ejercicio de sus profesión; y 2. Los procuradores en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya representación les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio"³⁸.

La jurisprudencia tiene declarado que el abogado director del asunto no tiene obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los procuradores (STS de 27 de febrero de 2006), los cuales deben tener conocimiento de cuáles son sus obligaciones y facultades y de cómo las particularidades de la representación de oficio les imponen especiales deberes de vigilancia para garantizar la continuidad de las acciones procesales cuando la posible sustitución de unos profesionales por otros, permitida por la Ley, puede redundar en perjuicio de quienes han obtenido la declaración de justicia gratuita"³⁹.

A título de ejemplo pueden señalarse los siguientes supuestos generadores de responsabilidad extraídos de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

- a) Falta de justificación de la comunicación al letrado del plazo para formular el recurso de casación ya preparado. STS de 27 de julio de 2006.
- b) Falta de notificación y traslado a su poderdante y al abogado del auto de fijación de cuantía máxima dictado en diligencias penales archivadas en que se hallaba comparecido. STS de 27 de febrero de 2006.
- c) Por falta de información. STS de 18 de febrero de 2005.

³⁸ Artículo Monográfico. Septiembre de 2007. La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la propiedad. Autor Excmo. D. Antonio Salas Carceller. Magistrado Sala 1ª Tribunal Supremo.

³⁹ La responsabilidad civil del abogado. Ricardo de Ángel Yágüez. Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Barcelona Enero 2008. Página 17.

- d) Por falta de presentación de la demanda en tiempo para evitar la prescripción. STS de 4 de abril de 1987.
- e) Por falta de personación ante la Audiencia tras haber interpuesto recurso de apelación, lo que da lugar a que se declare desierto. SSTS de 20 de mayo de 1996, 11 de mayo de 2006, entre otras⁴⁰.

VII. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El Seguro de responsabilidad civil o ampliación de la cobertura de un seguro de responsabilidad profesional, art. 21 del Código Deontológico, para paliar eventuales errores, es sinónimo de tranquilidad, en tanto estamos sujetos a responsabilidad contractual por el incumplimiento del nivel de exigencia requerido por la "lex artis", art. 78.2 del Estatuto General de la Abogacía, que establece: "Los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiera sido confiada responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio"⁴¹.

VIII. CONCLUSIONES

La Responsabilidad civil del abogado puede sentar las siguientes conclusiones:

- a) La responsabilidad civil del abogado en el ejercicio de sus funciones profesionales es de carácter subjetivo, por lo que para su exigencia es necesario acreditar que ha incurrido en cualquier clase de culpa, negligencia o ignorancia inexcusable,
- b) Como consecuencia de lo anterior, la prueba a quien exige dicha responsabilidad sin que el abogado sufra la carga procesal de tener que acreditar que ha actuado correctamente, pues ello se presume.
- c) No basta la concurrencia de acción u omisión culposa, sino que además

⁴⁰ Artículo Monográfico. Septiembre de 2007. La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la propiedad. Autor Excmo. D. Antonio Salas Carceller. Magistrado Sala 1ª del Tribunal Supremo.

⁴¹ Prontuario del Abogado. Edición 2011. La Ley. Grupo Wolker Kluwer. Autor Dionisio Escuredo Hogan. Página 105.

es necesaria la exigencia de un daño o perjuicio y el nexo causal entre el mismo y la actuación del abogado.

- d) Se requiere además que el daño o perjuicio sea objetivamente imputable a la acción u omisión culposa del abogado, por lo que no existirá responsabilidad en los supuestos en que, aun mediando una actuación correcta, se habría producido el mismo resultado por distintas causas.
- e) En relación con lo anterior, la jurisprudencia más reciente se refiere a la necesidad de que el Tribunal que haya de resolver sobre una reclamación por responsabilidad civil haga un cálculo de las probabilidades de éxito que tenía la acción o recurso perdidos⁴².

El abogado debe ceñirse a la normativa vigente, debe saber en todo momento, que recurso debe interponerse, observando en todo momento la fecha de prescripción, y plazo para interponer tanto la contestación de la demanda, como el recurso pertinente, siguiendo en todo momento la conducta diligente ante interpretaciones normativas dispares que puedan perjudicar al cliente con la consecuencia de pérdida de oportunidad procesal, y evitar que quede desamparado del derecho a la tutela judicial efectiva prevenida en el art. 24 de la Constitución Española, y cubrirse de la cobertura de seguro de responsabilidad civil, por si eventualmente tuviera que responder por un perjuicio patrimonial o moral de su cliente.

Analizando lo anteriormente expuesto, concluimos con que debe existir una vinculación entre la conducta profesional negligente del abogado o del procurador, y el daño ocasionado al cliente. El daño debe acreditarse, y que haya sido causado por la conducta negligente del abogado. Ello exige determinar la prosperabilidad y posibilidad de éxito de la acción o pretensión del cliente, habida cuenta de que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un carácter instrumental, por lo que se precisa un juicio prospectivo, que permitan ver en conjunto de lo que pudo haber sido el resultado final, y que tal vez pudo fracasar la acción sin éxito.

⁴² Artículo Monográfico. Septiembre de 2007. La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la propiedad. Autor Excmo. D. Antonio Salas Carceller. Magistrado Sala 1ª Tribunal Supremo.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Practicum. Daños 2015. Thomson Reuters. Editorial Aranzadi, S.A. Ana Soler Presa y Pedro Del Olmo García.
- 2.- Artículo Monográfico. Septiembre de 2007. La responsabilidad civil de los Abogados, Procuradores y Notarios y registradores de la propiedad. Autor Excmo. D. Antonio Salas Carceller. Magistrado Sala 1ª, Tribunal Supremo.
- 3.- Prontuario del Abogado. Edición 2011. LA LEY, GRUPO Wolker Kluwer. Autor Dionisio Escuredo Hogan.
- 4.- Guia Práctica del Abogado. Autor Don Emilio Gonzalez Bilbao. Editorial Azanzadi, S.A. 2007,
- 5.- Autor: Fabricio Zamprognia Matiello. Editorial de la Universidad de Granada. Titulo Responsabilidad Civil del Abogado Conforme a la Naturaleza de la Prestación y de la Relación jurídica. Una perspectiva Comparada
- 6.- Responsabilidad Civil y Penal del Abogado en el Ejercicio de su Profesión. Thomson Reuters. Editorial Aranzadi, S.A. Autor Joaquín-Eugenio Arribas López. Doctor en Derecho. Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias. 1ª Edición 2015.
- 7.- La responsabilidad civil del Abogado y del Procurador. Autor Joaquin Marti Marti. Abogado. Editorial Bosch. 2007.
- 8.- La Responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Autor L. Fernando Regiero Campos. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Catilla-La Mancha. Abogado-Consultor de Pérez-Llorca.
- 9.- Indret. Revista para el Análisis del Derecho. La responsabilidad civil del Abogado. Ricardo de Ángel Yáguez. Facultad de Derecho Universidad de Deusto. Barcelona enero de 2008. www.indret.com.

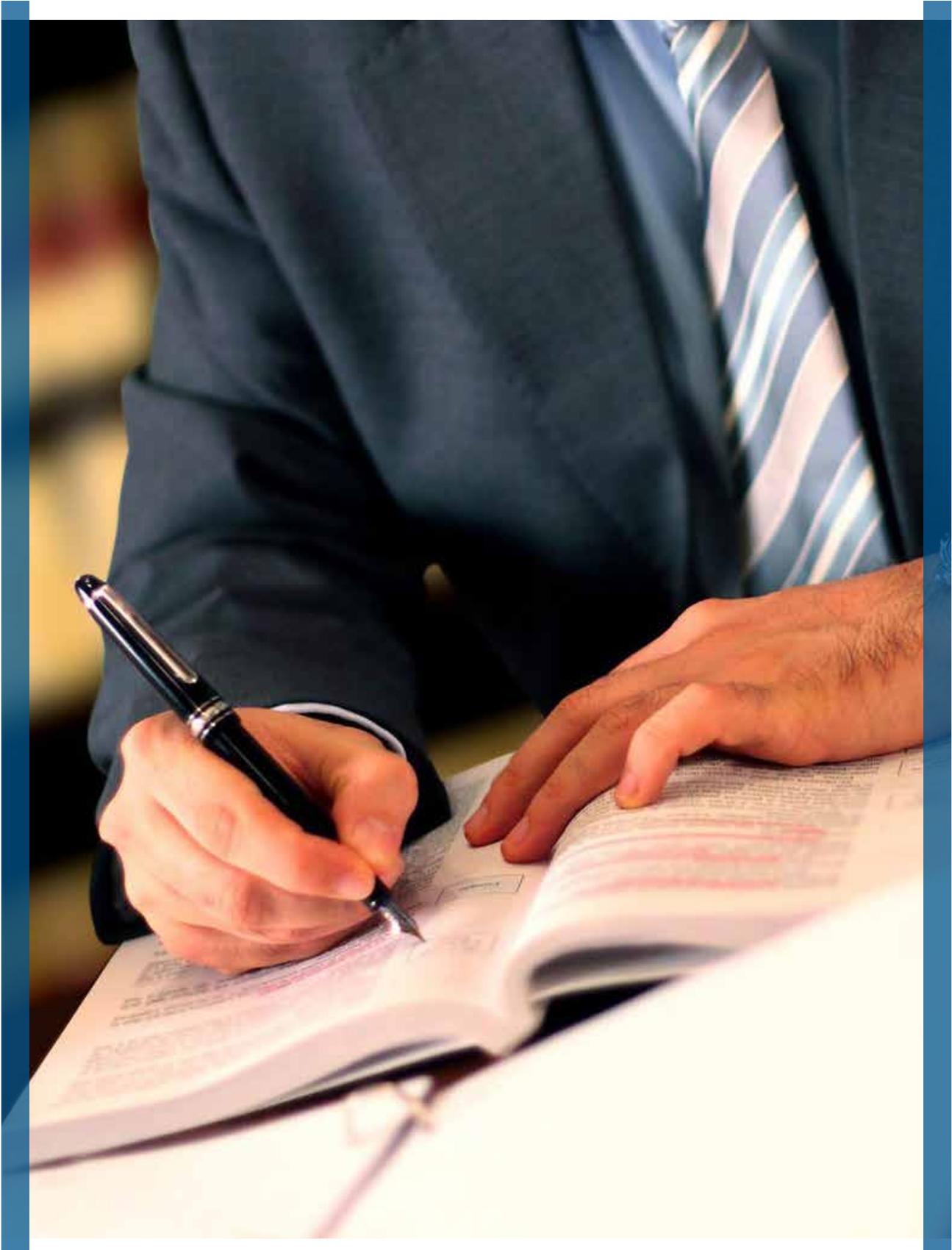
X. JURISPRUDENCIA ANALIZADA

10.1. Sentencia citadas

Sentencia del Tribunal Supremo:		
20/05/1996;	28/01/1998;	25/07/1998;
14/05/1999;	8/02/2000;	23/07/2002;
20/05/2004;	30/03/2006;	27/07/2006;
14/12/2006;	21/06/2007;	21/07/2007;
07/07/2008;	31/03/2010;	14/07/2010;

09/03/2011; 20/04/2011; 09/10/2011;
27/10/2011; 12/12/2011; 28/06/2012;
23/10/2012; 28/06/2013; 14/07/2013;
14/10/2013; 20/03/2014; 20/05/2014;
24/04/2015, 01/07/2016.

Sentencia de las Audiencias Provinciales:
SAP de Tarragona 57/2015, de 10 de
noviembre. Audiencia Provincial de
Barcelona. Sección 11ª, de 6 de septiembre
de 2001





jurisprudencia

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

“Fallecimiento de una trabajadora por el atropello de un tractor agrícola al deslizarse por una colina. Se desestima la demanda frente a la aseguradora del tractor al considerar la Gran Sala que el tractor agrícola en el momento de producirse el siniestro no se estaba usando como medio de transporte, sino como maquinaria de trabajo, no pudiendo ser considerado el suceso como “hecho de circulación”, en aplicación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166/CEE del Consejo”

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
(Gran Sala) de 28 de noviembre de 2017.
Ponente: Excmo. Sr. D. A. Arabadjiev

SENTENCIA.-

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como sobre el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (DO 1972, L 103, p. 1; EE 13/02, p. 113; en lo sucesivo, «Primera Directiva»).

2. Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre, por un lado, la Sra. - y

el Sr. - (en lo sucesivo, conjuntamente,- y, por otro, el Sr. anhia de Seguros - (anteriormente, - Companhia de Seguros, S.A.; en lo sucesivo, «CA Seguros»), y el Sr.-, en relación con la sentencia por la que se condena al matrimonio a reparar el perjuicio sufrido por el Sr.- como consecuencia del fallecimiento de su esposa en un accidente en el que intervino un tractor en la explotación agrícola en la que trabajaba.

Marco jurídico

3. La Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (DO 2009, L 263, p. 11), derogó la Primera Directiva. Sin embargo, habida cuenta de la fecha en la que se produjeron los hechos del litigio principal, resulta aplicable la Primera Directiva.

4. El artículo 1 de la Primera Directiva disponía:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1. Vehículo: todo vehículo automóvil destinado a circular por el suelo, accionado mediante una fuerza mecánica y que no utiliza una vía férrea, así como los remolques, incluso no enganchados; [...]».

5. A tenor del artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva:

«Cada Estado miembro adoptará todas las medidas oportunas, sin perjuicio de la aplicación del artículo 4, para que la responsabilidad civil relativa a la circulación de vehículos que tengan su estacionamiento habitual en su territorio sea cubierta mediante un seguro. Los daños que se cubran, así como las modalidades de dicho seguro, se determinarán en el marco de tales medidas.»

6. Con arreglo al artículo 4 de la Primera Directiva:

«Cada Estado miembro podrá establecer excepciones a las disposiciones del artículo 3: [...]»

b) en lo que se refiere a ciertos tipos de vehículos o ciertos vehículos que tengan una matrícula especial, cuya relación se determinará por este Estado, notificándose al resto de los Estados miembros y a la Comisión.[...]»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

7. El matrimonio posee una explotación agrícola situada en Sabrosa (Portugal).

8. La esposa del Sr. -, prestaba servicio como trabajadora agrícola a tiempo parcial para el matrimonio, bajo sus órdenes, dirección y control.

9. El 18 de marzo de 2006, la Sra.- se ocupaba de la tarea de echar herbicida a las viñas del matrimonio-, en un terreno en pendiente dispuesto en bancales.

10. El herbicida se encontraba dentro de un bidón pulverizador, suspendido de la parte trasera de un tractor, a la que había sido acoplado. El tractor estaba inmovilizado en un camino llano de tierra, con el motor en marcha para accionar la bomba pulverizadora del herbicida. El peso del tractor, la trepidación del motor y de la bomba de salida de la pulverizadora y la manipulación (entre otros, por la Sra.-) de la manguera que salía del bidón, con la que se efectuaba la pulverización, junto con las fuertes lluvias que caían ese día, provocaron un deslizamiento de tierras que hizo volcar el tractor. El tractor se deslizó por los bancales y rodó en dirección a los cuatro trabajadores que se encontraban en los bancales inferiores realizando la tarea de pulverización de la viña con el herbicida. Arrolló a la Sra.-, quien falleció como consecuencia del accidente.

11. El tractor estaba matriculado a nombre de la Sra.-, esposa del Sr.-, quien era capataz del matrimonio y, en consecuencia, superior jerárquico de la Sra. Alves.

12. La Sra. - había suscrito con CA Seguros un contrato de seguro de «tractores y maquinaria agrícola».

13. había suscrito con otra compañía de seguros un seguro de responsabilidad por accidentes de trabajo. Esta compañía indemnizó al Sr.-, viudo de la Sra.-, por los daños materiales resultantes del accidente que había causado la muerte de su esposa.

14. Por otro lado, el Sr.- ejerció una acción en vía jurisdiccional al objeto de que se condenase bien solidariamente al matrimonio, al Sr.-, bien a CA Seguros, en el caso de que esta compañía estuviera obligada a responder del siniestro, a reparar el daño moral resultante del accidente.

15. El tribunal de primera instancia estimó parcialmente la acción del Sr.-, condenando so-



lidariamente al Sr. - y al matrimonio a pagar una parte de los importes reclamados. Absolvió a la Sra. y a CA Seguros, por considerar que el accidente en que había intervenido el tractor no era un accidente de circulación, que pudiera quedar cubierto por un seguro de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (en lo sucesivo, «seguro obligatorio»), dado que el accidente se había producido en circunstancias ajenas al uso del tractor como medio de circulación.

16. El matrimonio -, interpuso recurso de apelación contra esta sentencia ante el tribunal remitente, el Tribunal da Relação de Guimarães (Audiencia de Guimarães, Portugal), alegando que, cuando se produjo el accidente sufrido por la Sra.-, el tractor estaba en marcha desempeñando una tarea agrícola, de modo que dicho accidente debe quedar cubierto por el contrato de seguro suscrito por la Sra.-, con independencia de que el tractor estuviera parado, estacionado o circulando en el camino de tierra de la finca del matrimonio -, El Sr.-, que interpuso también recurso contra la mencionada sentencia, alega que el contrato de seguro suscrito con CA Seguros cubre la responsabilidad civil por los daños causados por los aperos acoplados al vehículo asegurado, en el desarrollo de las labores de éste.

17. El tribunal remitente observa que la sentencia de primera instancia es conforme con la jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justiça (Portugal), que exige, para que el accidente pueda calificarse de «accidente de circulación», que el vehículo implicado en el siniestro se encuentre en movimiento en el momento en que éste se produce y que los daños sufridos por los terceros resulten de este movimiento.

18. Añade que, en una sentencia de 17 de diciembre de 2015, dictada en un asunto en el que un tractor agrícola que había ocasionado un accidente mortal se encontraba inmovilizado en ese momento y sólo estaba en marcha la picadora acoplada al mismo, el Supremo Tribunal de Justiça consideró que el accidente no podía calificarse de «accidente de circulación», habida cuenta de que, por un lado, el tractor no estaba en circulación ni se estaba utilizando a estos efectos y de que, por otro lado, su única función, en el momento del siniestro, era accionar la picadora.

19. El tribunal remitente señala, asimismo, que en la sentencia de 4 de septiembre de 2014, Vnuk (C-162/13, EU:C:2014:2146), que trataba de una maniobra de marcha atrás de un tractor agrícola, el Tribunal de Justicia declaró que la «circulación de vehículos» incluye la utilización

de un vehículo que es conforme con la función habitual de dicho vehículo. Añade que las circunstancias del asunto que dio lugar a esta sentencia permiten considerar que la función habitual de un vehículo es estar en movimiento.

20. Precisa, no obstante, que el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado sobre si el concepto de «circulación de vehículos» también incluye la utilización del vehículo como máquina generadora de fuerza motriz, pero sin locomoción.

21. El tribunal remitente señala que existen efectivamente vehículos «mixtos» que se utilizan como medio de transporte y como mera máquina generadora de fuerza motriz y que pueden causar daños a terceros no sólo cuando circulan, sino también cuando, estando inmovilizados, se emplean como máquinas generadoras de fuerza motriz.

22. En consecuencia, el tribunal remitente se pregunta si, en atención al objetivo de protección de las víctimas que subyace a la normativa de la Unión relativa al seguro obligatorio y a la necesidad de una aplicación uniforme del Derecho de la Unión, está justificado que el concepto de «circulación de vehículos» no incluya los casos en que un vehículo inmovilizado se utilice en su función habitual de máquina generadora de fuerza motriz para la ejecución de otra tarea, cuando este uso pueda causar accidentes graves y hasta mortales.

23. En este contexto, el Tribunal da Relação de Guimarães (Audiencia de Guimarães) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

- 1) ¿Se aplica la obligación de aseguramiento prevista en el artículo 3, apartado 1, de la [Primera Directiva] a la utilización de vehículos, en cualquier lugar, público o privado, exclusivamente en los casos en que están en movimiento o también en los casos en que están inmovilizados, pero con el motor en marcha?
- 2) ¿Está comprendido en el mencionado concepto de “circulación de vehículos”, a efectos del artículo 3, apartado 1, de la [Primera Directiva], un tractor agrícola inmovilizado en un camino llano de tierra de una finca rústica que se está utilizando, como es habitual, en la ejecución de labores agrícolas (pulverización de herbicida en una viña), con el motor en funciona-

miento para accionar la bomba del bidón que contiene el herbicida, y que, en esas circunstancias, como resultado del deslizamiento de tierras causado por la conjunción de los siguientes factores:

- peso del tractor,

- trepidación provocada por el motor del tractor y por la bomba de salida de la pulverizadora, encastrada en la parte trasera del tractor,

- fuertes lluvias, volcó sobre cuatro trabajadores que se encontraban realizando ese trabajo en los bancales inferiores y provocó la muerte de una trabajadora que sujetaba la manguera con la que se efectuaba la pulverización?

- 3) Si las dos cuestiones prejudiciales anteriores reciben respuesta afirmativa, ¿se opone esta interpretación del concepto de “circulación de vehículos” del artículo 3, apartado 1, de la [Primera Directiva] a una normativa nacional (artículo 4, apartado 4, del [Decreto-Lei n.º 291/2007 que aprova o regime do sistema do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvil, de 21 de agosto de 2007 (en lo sucesivo, “Decreto-ley 291/2007”)] que excluye la obligación de aseguramiento prevista en el citado artículo 3, apartado 1, [de la Primera Directiva] en los casos en que los vehículos se utilizan en funciones meramente agrarias o industriales?»

24. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 18 de abril de 2017, Irlanda, conforme al artículo 16, párrafo tercero, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, solicitó que éste actuara en Gran Sala.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda

25. Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta esencialmente si el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva debe interpretarse en el sentido de que se incluye en el concepto de «circulación de vehículos», a que se refiere dicha disposición, una situación en la que un tractor inmovilizado en un camino de tierra de una explotación agrícola, con el motor en marcha para

accionar la bomba de una pulverizadora de herbicida acoplada al tractor, vuelca como consecuencia de un deslizamiento de tierras causado por la conjunción de diversos factores (peso del tractor, trepidación del motor y de la bomba y fuertes lluvias), provocando la muerte de una persona que trabaja en la explotación.

26. Estas cuestiones se basan en la premisa de que el contrato de seguro, mencionado en el apartado 12 de la presente sentencia, que había suscrito la Sra. por el tractor tiene por único objeto cubrir la responsabilidad civil derivada de su circulación. Partiendo de esta premisa, el tribunal remitente se pregunta si la situación descrita en el apartado anterior puede o no calificarse de accidente relativo a la circulación del vehículo de que se trata, a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva.

27. Hecha esta precisión, procede recordar que, conforme al artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva, cada Estado miembro adoptará todas las medidas oportunas, sin perjuicio de la aplicación del artículo 4 de la misma Directiva, para que la responsabilidad civil relativa a la circulación de vehículos que tengan su estacionamiento habitual en su territorio sea cubierta mediante un seguro.

28. Con carácter preliminar, debe precisarse que un tractor agrícola, como el del presente asunto, está incluido en el concepto de «vehículo», contemplado en el artículo 1, apartado 1, de la Primera Directiva, dado que es un «vehículo automóvil destinado a circular por el suelo, accionado mediante una fuerza mecánica y que no utiliza una vía férrea».

29. A este respecto, procede señalar que esta definición no depende del uso que se haga o pueda hacerse del vehículo. Por lo tanto, el hecho de que un tractor pueda, en determinadas circunstancias, ser utilizado como maquinaria agrícola es irrelevante a efectos de la constatación de que responde al concepto de «vehículo» que figura en el artículo 1, punto 1, de la Primera Directiva (sentencia de 4 de septiembre de 2014, Vnuk, C-162/13, EU:C:2014:2146, apartado 38).

30. Por otro lado, de los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que en este caso el tractor tiene su estacionamiento habitual en el territorio de un Estado miembro y que no le es aplicable ninguna excepción adoptada en aplicación del artículo 4 de la Primera Directiva.

31. Debe precisarse que el concepto de «circulación de vehículos», a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva, no puede dejarse a la apreciación de cada Estado miembro, sino que constituye un concepto autónomo del Derecho de la Unión que debe interpretarse teniendo en cuenta, en particular, el contexto de esta disposición y los objetivos de la normativa de la que forma parte (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de septiembre de 2014, Vnuk, C-162/13, EU:C:2014:2146, apartados 41 y 42).

32. A este respecto, la Primera Directiva forma parte de una serie de directivas que han venido precisando progresivamente las obligaciones de los Estados miembros en materia de seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos. De la exposición de motivos de la Primera Directiva y de la Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, Segunda Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles (DO 1984, L 8, p. 17; EE 13/15, p. 244), se desprende que el objetivo de dichas directivas es, por una parte, garantizar la libre circulación tanto de los vehículos con estacionamiento habitual en el territorio de la Unión como de los ocupantes de dichos vehículos y, por otra parte, garantizar que las víctimas de accidentes causados por estos vehículos reciban un trato comparable, sea cual fuere el lugar, dentro del territorio de la Unión, en que haya ocurrido el accidente (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de junio de 2011, Ambrósio Lavrador y Olival Ferreira Bonifácio, C-409/09, EU:C:2011:371, apartado 23; de 23 de octubre de 2012, Marques Almeida, C-300/10, EU:C:2012:656, apartado 26, y de 4 de septiembre de 2014, Vnuk, C-162/13, EU:C:2014:2146, apartado 50).

33. Además, la evolución de la normativa de la Unión en materia de seguro obligatorio pone de manifiesto que ese objetivo de protección de las víctimas de accidentes causados por estos vehículos ha sido constantemente perseguido y reforzado por el legislador de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de septiembre de 2014, Vnuk, C-162/13, EU:C:2014:2146, apartados 52 a 55).

34. En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado esencialmente que el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «circulación de vehículos» que figura en la citada disposición no se limita a las situaciones de



circulación vial, es decir, de circulación en la vía pública, sino que incluye cualquier utilización de un vehículo que sea conforme con su función habitual (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de septiembre de 2014, Vnuk, C-162/13, EU:C:2014:2146, apartado 59).

35. De las consideraciones anteriores se desprende, por un lado, que la extensión del concepto de «circulación de vehículos» no depende de las características del terreno en el que se utilice el vehículo automóvil.

36. Además, ninguna disposición de las directivas sobre el seguro obligatorio limita el alcance de la obligación de seguro, ni de la protección de las víctimas de accidentes causados por vehículos automóviles que pretende garantizar esta obligación, a la utilización de estos vehículos en determinados terrenos o en determinadas vías.

37. Por otro lado, procede señalar que los vehículos automóviles a que se refiere el artículo 1, punto 1, de la Primera Directiva están destinados, independientemente de sus características, a su uso habitual como medios de transporte.

38. De esta circunstancia se deriva que el concepto de «circulación de vehículos», a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva, incluye toda utilización de un vehículo como medio de transporte.

39. A este respecto, el hecho de que el vehículo que haya intervenido en un accidente estuviera inmovilizado en el momento en que se produjo no excluye, por sí solo, que el uso del vehículo en ese momento pueda estar comprendido en su función de medio de transporte y, en consecuencia, en el concepto de «circulación de vehículos», a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva. Además, no es determinante a estos efectos que el motor estuviera o no en marcha en el momento de producirse el accidente.

40. Una vez hecha esta precisión, cuando se trata de un vehículo, como el tractor del presente caso, que, además de su uso habitual como medio de transporte, está destinado a utilizarse en determinadas circunstancias como maquinaria de trabajo, debe determinarse si, cuando interviene en la producción de un accidente, el vehículo se utiliza principalmente como medio

de transporte, en cuyo caso este uso puede quedar comprendido en el concepto de «circulación de vehículos», a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva, o como maquinaria de trabajo, en cuyo caso el uso no se incluye en este mismo concepto.

41. En el presente contexto, se desprende de las indicaciones proporcionadas por el tribunal remitente que, cuando acaeció el accidente en el que intervino el tractor, éste se estaba utilizando como generador de la fuerza motriz necesaria para accionar la bomba de la pulverizadora de herbicida de la que disponía para esparcir el herbicida sobre las viñas de una explotación agrícola. Por tanto, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponda hacer al tribunal remitente, este uso se vincula principalmente a la función del tractor como maquinaria de trabajo y no como medio de transporte, de modo que no está comprendido en el concepto de «circulación de vehículos», a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva.

42. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva debe interpretarse en el sentido de que no está comprendida en el concepto de «circulación de vehículos», a que se refiere dicha disposición, una situación en la que un tractor agrícola que ha intervenido en un accidente tiene por función principal, en el momento de producirse éste, no su uso como medio de transporte, sino la generación, como maquinaria de trabajo, de la fuerza motriz necesaria para accionar la bomba de una pulverizadora de herbicida.

Sobre la tercera cuestión prejudicial

43. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta si el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como el artículo 4, apartado 4, del Decreto-ley 291/2007, que excluye de la obligación de aseguramiento la responsabilidad civil que resulta de la utilización de vehículos «en funciones meramente agrarias o industriales».

44. A este respecto, ha de señalarse que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Jus-

ticia disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial presentada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta patente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder eficazmente a las cuestiones planteadas (sentencia de 20 de julio de 2017, *Piscarreta Ricardo*, C-416/16, EU:C:2017:574, apartado 56 y jurisprudencia citada).

45. En el presente caso, como se desprende de la resolución de remisión, el accidente que ocasionó el fallecimiento de la Sra., tuvo lugar el 18 de marzo de 2006, es decir, más de un año antes de la adopción del Decreto-ley 291/2007.

46. Ahora bien, no resulta de los autos remitidos al Tribunal de Justicia que el Decreto-ley 291/2007 tenga efectos retroactivos ni que la norma prevista en el artículo 4, apartado 4, de éste sea aplicable al asunto principal por cualquier otro motivo. El tribunal remitente no ha facilitado ninguna explicación sobre las razones por las que estima que, en ese contexto, le es necesaria una respuesta a la tercera cuestión prejudicial para resolver el litigio de que conoce.

47. Además, de la respuesta escrita del Gobierno portugués a una cuestión planteada por el Tribunal de Justicia se desprende que a los hechos del litigio principal no les era aplicable *ratione temporis* el Decreto-ley 291/2007, sino el Decreto-Lei n.º 522/85 — Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil Automóvel.

48. En estas circunstancias, resulta manifiesto que la tercera cuestión prejudicial es hipotética y, por tanto, inadmisibles.

Costas

49. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como sobre el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, debe interpretarse en el sentido de que no está comprendida en el concepto de

«circulación de vehículos», a que se refiere dicha disposición, una situación en la que un tractor agrícola que ha intervenido en un accidente tiene por función principal, en el momento de producirse éste, no su uso como medio de transporte, sino la generación, como maquinaria de trabajo, de la fuerza motriz necesaria para accionar la bomba de una pulverizadora de herbicida.



Por **Juan José Marín López**
Catedrático de Derecho Civil. Abogado

1 La sentencia del TJUE de 28 de noviembre de 2017, C-514/16, Rodrigues de Andrade, EU:C:2017:908, profundiza en la definición del concepto «circulación de vehículos» como elemento que necesariamente ha de concurrir para abrir paso a la cobertura de daños por el seguro obligatorio de automóviles. Y lo hace en un sentido que presenta elementos muy novedosos respecto de la sentencia de 4 de septiembre de 2014, Vnuk, C 162/13, EU:C:2014:2146, que era hasta este momento el referente obligado en la materia. De hecho, la sentencia objeto de esta nota supera ampliamente, a la vez que concreta, el muy etéreo y vago criterio sentado por la sentencia Vnuk, según el cual la circulación de vehículos «incluye la utilización de un vehículo que es conforme con la función habitual de dicho vehículo» (sentencia Vnuk, apartado 59). Adicionalmente, la sentencia Rodrigues de Andrade no ha sido dictada, como suele ser habitual en el Tribunal de Justicia, por una sala compuesta de tres o cinco Jueces, sino por la Gran Sala, circunstancia que demuestra la singular importancia que el Tribunal desea imprimir a este pronunciamiento (cfr. artículo 60.1 del Reglamento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012; DO L 265, 29.9.2012, p. 1). Atendida esa importancia, llama la atención que el asunto fuera juzgado sin conclusiones del Abogado General, siempre enriquecedoras del debate.

Nuevo paso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la definición de la «circulación de vehículos» como elemento determinante de la cobertura del seguro obligatorio de automóviles

2. La cuestión sometida a la interpretación del TJUE consiste en determinar si un determinado accidente constituye un supuesto de «circulación de vehículos» en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como sobre el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (la comúnmente denominada «Primera Directiva»), que se corresponde en la actualidad con el artículo 3.1 de la versión codificada aprobada por la Directiva 2009/103/CE. La respuesta positiva supondría la cobertura de los daños por el seguro obligatorio del vehículo causante del accidente, mientras que la negativa abocaría a la solución contraria. Los hechos, tal como son sometidos al TJUE por el tribunal portugués promotor de la cuestión prejudicial, son los siguientes. La Sra. Maria Alves prestaba servicios como trabajadora agrícola en una finca del matrimonio Rodrigues de Andrade. El 18 de marzo de 2006 se ocupaba de la tarea de echar herbicida a las viñas, en un terreno pendiente dispuesto en bancales. El herbicida se encontraba dentro de un bidón pulverizador, suspendido de la parte trasera de un tractor, a la que había sido acoplado. El tractor estaba inmovilizado en un camino llano de tierra, con el motor en marcha para accionar la bomba pulverizadora del herbicida. El peso del tractor, la trepidación del motor y de la bomba de salida de la pulverizadora y la manipulación (entre otros, por la Sra. Alves) de la manguera que salía del bidón, con la que se efectuaba la pulverización, junto con las fuertes lluvias que caían ese día, provocaron un deslizamiento de tierras que hizo volcar el tractor. El tractor se deslizó por los bancales

COMENTARIO

y rodó en dirección a los cuatro trabajadores que se encontraban en los bancales inferiores realizando la tarea de pulverización de la viña con el herbicida. Arrolló a la Sra. Alves, quien falleció como consecuencia del accidente. El viudo de la Sra. Alves, que recibió una indemnización en virtud de un seguro de responsabilidad por accidentes de trabajo, formuló demanda en solicitud de una indemnización al amparo del seguro obligatorio de automóviles (el llamado seguro de «tractores y maquinaria agrícola» mencionado en el apartado 12 de la sentencia Rodrigues de Andrade, en relación con su apartado 26). Y es en el seno de este procedimiento cuando el Tribunal da Relação de Guimarães promueve la cuestión prejudicial.

3. La doctrina que el Tribunal de Justicia sienta en la sentencia en estudio, que tienen un extraordinario impacto para la (re)interpretación del concepto «hecho de la circulación» del artículo 2 del Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, puede sintetizarse del siguiente modo:

- (a) Un tractor agrícola es un «vehículo» a los efectos del Derecho de la Unión sobre el seguro obligatorio de automóviles. Puesto que por vehículo se entiende un «vehículo automóvil destinado a circular por el suelo, accionado mediante una fuerza mecánica y que no utiliza una vía férrea» (artículo 1.1 de la Primera Directiva), un tractor agrícola responde a esa descripción. El TJUE precisa que «esta definición no depende del uso que se haga o pueda hacerse del vehículo» por lo que «el hecho de que un tractor pueda, en determinadas circunstancias, ser utilizado como maquinaria agrícola es irrelevante a efectos de la constatación de que responde al concepto de “vehículo”» (sentencia Rodrigues de Andrade, apartado 29). Lo relevante es si el vehículo causante del accidente presenta las características objetivas señaladas en el artículo 1.1 de la Primera Directiva. De ser así nos encontramos con un «vehículo» en el sentido de la Derecho de la Unión, y no deja de serlo por el uso (más o menos) agrícola que eventualmente pueda hacerse de él.
- (b) El concepto «circulación de vehículos» del artículo 1.3 de la Primera Directiva es un concepto autónomo del Derecho de la Unión cuya interpretación no puede dejarse a la apreciación de cada Estado miembro (sentencia Rodrigues de Andrade, apartado 29, reiterando la doctrina de la sentencia Vnuk, apartados 41 y 42). En la interpretación de ese concepto, o de cualquier otro equivalente acuñado por el Derecho interno (por ejemplo, el «hecho de la circulación» de nuestro ordenamiento jurídico), los tribunales no pueden sino seguir la interpretación dada por el Tribunal de Justicia.
- (c) Puesto que el objetivo del seguro obligatorio del automóvil de protección de las víctimas de accidentes ha sido constantemente reforzado y perseguido por el legislador de la Unión, el concepto «circulación de vehículos» del artículo 1.3 de la Primera Directiva «no se limita a las situaciones de circulación vial, es decir, de circulación en vía pública, sino que incluye cualquier utilización de un vehículo que sea

conforme con su función habitual» (sentencia Rodrigues de Andrade, apartado 34, confirmando en este punto la sentencia Vnuk, apartado 59). De hecho, la sentencia Vnuk apreció la existencia de una «circulación de vehículos» en un accidente ocurrido en el interior de una finca agrícola cuando un tractor, en movimiento marcha atrás, chocó con una escalera y provocó la caída de la persona subida a ella. La circulación por vías no públicas puede ser también una «circulación de vehículos» cubierta por el seguro obligatorio.

- (d) Del mismo modo, «la extensión del concepto “circulación de vehículos” no depende de las características del terreno en que se utilice el vehículo automóvil» ya que «ninguna disposición de las directivas sobre el seguro obligatorio limita el alcance de la obligación de seguro, ni de la protección de las víctimas causadas por vehículos automóviles que pretende garantizar esa obligación, a la utilización de estos vehículos en determinados terrenos o en determinadas vías» (sentencia Rodrigues de Andrade, apartados 35 y 36). Estas afirmaciones, que no se encontraban en la sentencia Vnuk, suponen un salto cualitativo en la interpretación del concepto «circulación de vehículos» en la medida en que consagran, en orden a la apreciación de dicho concepto, la irrelevancia o indiferencia del terreno por el que circula el vehículo. La posterior sentencia de 20 de diciembre de 2017, Núñez Torreiro, C 334/16, EU:C:2017:1007, apartados 30 y 31, repite literalmente esas mismas palabras.
- (e) El concepto «circulación de vehículos» incluye «toda utilización de un vehículo como medio de transporte» (sentencia Rodrigues de Andrade, apartado 38). Tampoco esta aseveración aparecía recogida en la sentencia Vnuk. Con ella parece querer significarse que, siempre que el vehículo sea empleado para transportar («llevar a alguien o algo de un lugar a otro», según la primera acepción del Diccionario de la RAE), nos encontramos ante un supuesto de «circulación de vehículos».
- (f) Además, «el hecho de que el vehículo que haya intervenido en un accidente estuviera inmovilizado en el momento en que se produjo no excluye, por sí solo, que el uso del vehículo en ese momento puede estar comprendido en su función de medio de transporte y, en consecuencia, en el concepto “circulación de vehículos”» (sentencia Rodrigues de Andrade, apartado 39). Este criterio es ciertamente llamativo porque «circulación de vehículos» y vehículo «inmovilizado» son conceptos antagónicos. Pero es sabido que nuestro Tribunal Supremo ha considerado como «hechos de la circulación» accidentes en los que el vehículo no se encontraba en movimiento: el incendio de un vehículo permanentemente estacionado en la vía pública y cubierto con mantas y trapos viejos para evitar los efectos de las heladas (sentencia 915/2000, de 10 de octubre, ES:TS:2000:7248), el incendio de un autobús estacionado en un aparcamiento público que se propagó a los contiguos (sentencia 1116/2008, de 2 de diciembre, ES:TS:2008:6718, que sienta expresamente doctrina jurisprudencial) y el incendio de un remolque frigorífico que se encontraba realizando labores de carga en la plataforma baja de Mercamadrid debido a un cortocircuito en el compresor frigorífico (sentencia 816/2011, de 6 de febrero, ES:TS:2012:1581).

COMENTARIO

(g) Por último, añade el Tribunal de Justicia, «no es determinante a estos efectos que el motor estuviera o no en marcha en el momento de producirse el accidente» (sentencia Rodrigues de Andrade, apartado 39). Este elemento no puede confundirse con el indicado en la letra anterior, pues una cosa es que el vehículo se encuentre inmovilizado y otra que esté o no con el motor en marcha. Del pasaje entrecomillado se desprende que el Tribunal de Justicia no descarta la existencia de «circulación de vehículos» incluso si el vehículo está inmovilizado y sin el motor en marcha. Así, de hecho, lo ha entendido también nuestro Tribunal Supremo en algunas de las sentencias precitadas, relativas a hechos en los que el vehículo estaba inmovilizado y con el motor detenido.

4. En su aplicación al caso concreto, el Tribunal de Justicia concluye que el accidente controvertido no constituye un caso de «circulación de vehículos». Cuando el vehículo en cuestión, además de su uso habitual como medio de transporte, está destinado a utilizarse en determinadas circunstancias como maquinaria de trabajo, hay que determinar si, cuando interviene en la producción de un accidente, el vehículo se utiliza principalmente como medio de transporte, en cuyo caso este uso puede quedar comprendido en el concepto de «circulación de vehículos», o como maquinaria de trabajo, en cuyo caso el uso no se incluye en este mismo concepto. En el caso analizado, cuando acaeció el accidente en el que intervino el tractor, éste se estaba utilizando como generador de la fuerza motriz necesaria para accionar la bomba de la pulverizadora de herbicida de la que disponía para esparcir el herbicida sobre las viñas de una explotación agrícola, uso que se vincula principalmente a la función del tractor como maquinaria de trabajo y no como medio de transporte. Por tal razón no está comprendido en el concepto de «circulación de vehículos»



Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Reclamación en virtud del Contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías. La cláusula por la que se exonera de responsabilidad a la aseguradora en supuestos de robo en espacios o recintos sin la debida diligencia se considera limitativa de los derechos del asegurado

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 7 de noviembre de 2017.
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la calificación que corresponde, bien de cláusula limitativa de derechos del asegurado, o bien de cláusula delimitadora del riesgo cubierto, a una cláusula contenida en las condiciones generales de un contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías. Todo ello, con relación al cumplimiento de los deberes formales del asegurador previstos en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, LCS).

2. La cláusula objeto de la *litis*, contemplada en las condiciones generales del contrato de seguro, en el capítulo dedicado a la «ampliación de cobertura», presenta el siguiente tenor:

«[...]Artículo 19.º. Robo» Por esta garantía quedan cubiertas las pérdidas que el Asegurado sufra por la desaparición o deterioro de las mercancías aseguradas a consecuencia del robo o tentativa del mismo.

No serán a cargo del Asegurador las reclamaciones de robo o tentativa del mismo, cuando el medio de transporte o contenedor y/ o la carga, hayan sido dejados estacionados o depositados en calles, almacenes, muelles u otros espacios o recintos, sin la debida vigilancia.

Por debida vigilancia se entenderá:

- En paradas (que no correspondan con operaciones de carga y/ o descarga) cuya duración no exceda de 3 horas, y que no se realicen entre las 22 horas y las 6 horas del día siguiente: El vehículo deberá encontrarse completamente cerrado, utilizando todos los dispositivos de cierre, alarma y bloqueo de que disponga, en lugares propios de estacionamientos de vehículos, quedando excluidos aquellas calles o zonas solitarias.

- En paradas que excedan de 3 horas, o que se realicen entre las 22 horas y las 6 horas del día siguiente (que no correspondan con operaciones de carga y/ o descarga): Además de lo estipulado en el párrafo anterior, el vehículo deberá quedar estacionado en zonas de aparcamiento custodiado ininterrumpidamente, o en garajes con vigilancia permanentemente.

Los reconocimientos deberán practicarse antes de hacerse cargo el receptor de las mercancías:

A) En los muelles de descarga, dentro de las cuarenta y ocho horas de verificada ésta, cuando las mercancías no estén sujetas a visita aduanera.

B) En la aduana, si estuvieran sujetas a visita aduanera, pero siempre necesariamente, dentro del plazo de veinte días después de verificada la descarga. En este caso, deberá suministrarse al asegurador el comprobante de que los bultos habían sido ya descargados con señales de violación o rotura en sus envases.

Incumplida cualquiera de las condiciones que preceden, el Asegurador quedará exento de cualquier responsabilidad».

3. En síntesis, la entidad F. Lli Pereti de Massimo Fereti S.A.S, propietaria de la mercancía transportada, presentó una demanda contra el transportista de la misma, don Everardo , y contra su compañía aseguradora, Axa Seguros Generales S.A, por la que solicitaba la condena solidaria al pago de la cantidad de 207.509,50 €, más los intereses del artículo 20 LCS , por la pérdida de la mercancía a consecuencia del robo del trailer en una zona de estacionamiento no vigilada de la Junquera.

El transportista alegó la falta de prueba respecto de la cuantía reclamada, así como que tenía cobertura de seguro por el robo de la mercancía.

La compañía aseguradora se opuso a la demanda y alegó la citada falta de prueba de la cuantía reclamada y que, en todo caso, no se trataba de un riesgo cubierto en el contrato de seguro.

4. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. En lo que aquí interesa, consideró que la cláusula decimonovena de las condiciones generales del contrato de seguro no definía el riesgo, sino que venía a excluir la cobertura del mismo en casos concretos imputables a la conducta del asegurado, por lo que debía calificarse de cláusula limitativa de los derechos, sin que en el presente caso se hubiera cumplido con las formalidades previstas en el artículo 3 LCS , pues dicha cláusula ni venía resaltada, ni firmada en el contrato de seguro. Aparecía en el pliego de las condiciones generales sin que, a su vez, estuviera resaltada o constase la firma del asegurado.

5. Interpuesto recurso de apelación por la compañía aseguradora, la sentencia de la Audiencia desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia de primera instancia.

6. Frente a la sentencia de apelación, la compañía aseguradora interpone recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- Contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías. Cláusula relativa a la «exoneración de responsabilidad de la aseguradora por el robo de la mercancía estacionada en espacios o recintos sin la debida vigilancia».

Carácter limitativo de derechos del asegurado de la referida cláusula, artículo 3 LCS . Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC , por interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, se denuncia la infracción del artículo 3 LCS por aplicación indebida de los requisitos y exigencias que impone a una cláusula que no es limitativa, sino delimitadora del riesgo objeto de cobertura.

Argumenta que existe una disparidad de criterios en cuanto a la interpretación que ha de darse a las cláusulas sobre cobertura de robo incluidas por la práctica totalidad de las entidades aseguradoras en las pólizas de seguro de transporte terrestre de mercancías, de redacción idéntica, entendiéndose por algunas Audiencias Provinciales que este tipo de cláusulas tiene la consideración de cláusulas limitativas

de los derechos del asegurado, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 3 de la LCS y entendiéndose por otras Audiencias Provinciales como cláusulas delimitadoras del riesgo a las que no resultan de aplicación el artículo 3 de la LCS . Añade que, en el presente caso, la cláusula 19.ª constituye una cláusula delimitadora del riesgo a la que no le resulta de aplicación el artículo 3 LCS , conforme a la decisión de la mayoría de Audiencias Provinciales.

2. El motivo debe ser desestimado.

Constatado el criterio dispar seguido por las Audiencias Provinciales en torno a la citada cláusula, esta sala, con relación a la distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo objeto de la cobertura del seguro y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado tiene declarado, entre otras, en la sentencia 273/2016, de 22 de abril, lo siguiente:

«[...] La sentencia 853/2006, de 11 de septiembre, sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de esta



Sala 1.a, (verbigracia sentencias núm. 1051/2007, de 17 de octubre ; y 598/2011, de 20 de julio), según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concreten: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en qué ámbito temporal.

Otras sentencias posteriores, como la núm. 82/2012, de 5 de marzo , entienden que debe incluirse en esta categoría la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada. Se trata, pues, de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes).

Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido. Deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS , de manera que deben ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas por escrito; formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (sentencias 268/2011, de 20 de abril ; y 51612009, de 15 de julio).

La jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. El principio de transparencia, fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas introductorias o particulares».

En el presente caso, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, la cláusula objeto de la litis no puede ser calificada como una cláusula delimitadora del riesgo, dado que su contenido, interpretado de forma sistemática, no se ajusta a la naturaleza y función de esas cláusulas, esto es, no trata de individualizar el riesgo por robo de la mercancía y de establecer su base objeti-

va. Por el contrario, el criterio que incorpora, de un modo determinante [«estacionamiento en espacios o recintos, sin la debida vigilancia»], fuera de establecer o definir la base objetiva del riesgo, viene a limitar la cobertura inicialmente pactada con establecimiento de una reglamentación que se aparta del contenido natural del contrato celebrado, y de lo que puede considerarse usual o derivado de las cláusulas introductorias o particulares (entre otras, STS 273/2016, de 22 de abril).

De ahí que por la trascendencia que tiene para el asegurado, dicha cláusula deba quedar sujeta a las exigencias formales del artículo 3 LCS a fin de garantizar el pleno conocimiento por el asegurado de la misma y de su respectivo alcance, todo ello conforme a la reiterada aplicación del principio de transparencia en el contrato de seguro .

TERCERO.- Costas y depósito

1. La desestimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .

2. Asimismo, procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Axa Seguros Generales S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 20 de febrero de 2015, por la Audiencia Provincial de Lérida, sección 2.ª, en el rollo de apelación núm. 703/2013 . 2. Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente. 3. Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición de dicho recurso. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena

Por José A. Badillo Arias
Profesor de Derecho Mercantil.
Universidad de Alcalá

La problemática que se ha planteado durante años en el sector asegurador, viene dada por la distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, por las diferentes consecuencias jurídicas que tienen unas y otras. Las primeras integran el contrato de seguro y basta que sean conocidas por el tomador/asegurado. En cambio, las limitativas de derechos, deben ser aceptadas de forma específica por el contratante.

La STS de 14 de julio de 2015 (RJ 2015, 4129), en su fundamento de derecho tercero, nos recuerda que la jurisprudencia de la Sala ha distinguido las cláusulas delimitadoras del riesgo de las cláusulas limitativas de derechos, a partir de la Sentencia de Pleno de 11 de septiembre de 2006, reiterada en otras posteriores. Entre las primeras, las delimitadoras del riesgo, se encuentran aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada. Responden a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o en coherencia con el uso establecido, evitando delimitarlo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza.

Reclamación en virtud del Contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías. La cláusula por la que se exonera de responsabilidad a la aseguradora en supuestos de robo en espacios o recintos sin la debida diligencia se considera limitativa de los derechos del asegurado

La STS de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5809), dispone que “las cláusulas limitativas de derechos se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido”.

Se puede afirmar que queda claro el régimen de unas y otras cláusulas; sin embargo, lo que no está tan claro y esto ha dado lugar a una abundante jurisprudencia, en muchos casos contradictoria, es cuando estamos ante una cláusula delimitadora del riesgo y cuando ante una limitativa de derechos del asegurado, porque su encaje en una u otro tipo no siempre es fácil.

En tal sentido, la STS de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5809), declaró que “No siempre han sido pacíficos los perfiles que presentan las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado. Las fronteras entre ambas no son claras. Llegándose incluso al caso de que las cláusulas que limitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado”.

El caso que nos ocupa, analizado en la STS de 7 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 4722), se trata de un seguro de transporte de mercancías por carretera, en el que se garantiza la desaparición o deterioro de las mercancías aseguradas a consecuencia del robo o tentativa del mismo, si bien, se establece una cláusula que excluye cobertura del asegurador, cuando el medio de transporte o contenedor y/o la carga, hayan sido dejados estacionados o depositados en calles, almacenes, muelles u otros espacios o recintos, sin la debida vigilancia.

COMENTARIO

Tras la negativa de la entidad aseguradora a asumir el robo del contenido del tráiler, la entidad propietaria de la mercancía transportada, presentó una demanda contra el transportista de la misma y contra su compañía aseguradora, solicitando la condena solidaria al pago de la cantidad de 207.509,50 €, más los intereses del artículo 20 LCS, por la pérdida de la mercancía a consecuencia del robo del tráiler en una zona de estacionamiento no vigilada de la Junquera.

El transportista alegó la falta de prueba respecto de la cuantía reclamada, así como que tenía cobertura de seguro por el robo de la mercancía; mientras que la compañía aseguradora se opuso a la demanda, alegando la citada falta de prueba de la cuantía reclamada y que, en todo caso, no se trataba de un riesgo cubierto en el contrato de seguro.

Tanto el juzgado de 1ª Instancia, que estimó la demanda y condenó a los demandados, como la Audiencia Provincial, que confirmó la sentencia de instancia, entendieron que la cláusula citada, que excluía la cobertura de robo en lugares abiertos, era una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, que no reunía los requisitos del artículo 3 LCS, por lo que no tenía validez.

Ante la desestimación de sus pretensiones, la entidad aseguradora planteó recurso de casación, argumentando que se trataba de una cláusula delimitadora del riesgo y, por tanto, oponible al asegurado. Alega que había disparidad en la jurisprudencia menor a la hora de calificar esta cláusula de exclusión del robo, si bien, la mayoría de las Audiencias Provinciales se inclinaban por considerarla como delimitadora del riesgo asegurado.

Sin embargo, el alto tribunal, que desestima el recurso, después de analizar lo que debe entenderse por cláusulas delimitadoras del riesgo y limitativas de los derechos del asegurado, considera que la cláusula que analizamos es limitativa de los derechos del asegurado, por cuanto que viene a limitar la cobertura inicialmente pactada con el establecimiento de una reglamentación que se aparta del contenido natural del contrato celebrado, y de lo que puede considerarse usual o derivado de las cláusulas introductorias o particulares.

De ahí, añade la sentencia, que por la trascendencia que tiene para el asegurado dicha cláusula, deba quedar sujeta a las exigencias formales del artículo 3 LCS a fin de garantizar el pleno conocimiento por el asegurado de la misma y de su respectivo alcance, todo ello conforme a la reiterada aplicación del principio de transparencia en el contrato de seguro.

La Sala, citando otras sentencias suyas, considera que “la jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. El principio de transparencia, fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas introductorias o particulares”.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Inicio del cómputo de prescripción en acciones derivadas de responsabilidad extracontractual. Habrá de considerar para determinar el alta definitiva, las complicaciones o consecuencias lesivas derivadas del accidente que puedan aparecer en momentos posteriores

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª,
de 19 de diciembre de 2017.
Ponente: Excmo. Sr. D. José A. Seijas Quintana

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Don Casimiro, recurrente, tuvo un accidente de tráfico cuando circulaba con su ciclomotor el día 14 de diciembre de 2007 en el que resultó lesionado. El día 19 de agosto de 2008 recibió el alta médica, a pesar de lo cual continuó recibiendo tratamiento: el primer acto médico consistió en una resonancia magnética (2 de noviembre de 2009), tras lo cual fue revisado por la unidad de traumatología (3 de mayo de 2010), unidad de artroscopia (25 de enero de 2011), siendo operado el 23 de junio de 2011 y recibida alta médica el 23 de junio de 2011. La demanda se formula el 4 de septiembre de 2012.

La sentencia del juzgado consideró que la acción formulada por el Sr. Casimiro no había prescrito. Sitúa el día inicial en la fecha de la segunda alta, lo que descarta la sentencia de la Audiencia que considera que ha transcurrido más de un año desde la primera, hasta que se formula la demanda, sin tomar en cuenta los hechos posteriores. Según se recoge en la sentencia del juzgado y no se discute en el recurso de apelación, dice la sentencia:

«el actor sufrió un accidente el 14 de diciembre de 2007, por el que recibió el alta médica el 19 de agosto de 2008, comenzando a computarse en dicho momento el plazo de prescripción de la acción que no consta interrumpido por reclamación judicial o extrajudicial dentro del plazo de un año. Si bien se señala en la sentencia que a pesar de dicho alta médica el actor continuó recibiendo tratamiento, el primer acto médico que consta en la sentencia, consistente en una resonancia magnética, es de 2 de noviembre de 2009, tras lo cual fue revisado por la unidad de traumatología el 3 de mayo de 2010, unidad de artroscopia el 25 de enero de 2011, operado el 23 de junio de 2011 y recibida alta médica el 23 de junio de 2011. Atendiendo a dichas fechas, la acción para la reclamación de los daños sufridos en el accidente prescribió el 19 de agosto de 2009, esto es, transcurrido un año desde la estabilización de las lesiones el 19 de agosto de 2008, sin que se haya acreditado su interrupción durante dicho periodo, ni conste que aparecieron sobrevenidas lesiones o consecuencias del siniestro durante dicho plazo».

SEGUNDO.- Don Casimiro formula recurso de casación en el que, en un único motivo, denuncia infracción de los artículos 1968.2 y 1969 del Código Civil, que establecen que el plazo de ejercicio de determinadas acciones, entre las que se encuentran las que nacen de la culpa extracontractual, y el comienzo del plazo desde que el perjudicado puede ejercitar la referida acción. Se invoca también la jurisprudencia de esta sala expresada en las sentencias de 14 de febrero de 1994 y 20 de mayo de 2009.

El recurso se estima.

1. La jurisprudencia de esta sala es reiterada en el sentido de que, con carácter general, el momento del alta definitiva es el momento en que las secuelas han quedado determinadas y en el que comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, o, en su caso, a partir del momento de fijación de la incapacidad o defectos permanentes originados por el suceso lesivo, lo que no excluye que en atención

a las circunstancias especiales concurrentes en casos determinados pueda apreciarse que el plazo de prescripción se inicia en un momento posterior por resultar necesarias ulteriores comprobaciones para determinar el alcance de las secuelas (sentencias 368/2009, de 20 de mayo; 272/2010, de 5 de mayo; 22/2015,19 de enero). Así es porque en esa fecha se establece la curación de las lesiones (médicamente se entiende que han curado) y se fijan las secuelas que pueden quedar. Hay secuelas que quedan fijadas sin transcurso de tiempo. Otras necesitan tratamiento, terminado el cual, si se entiende inmodificable la mejoría, se consideran médicamente estables. A partir de ese momento el perjudicado estará en condiciones de poder reclamar con conocimiento de todos los datos (sentencia 22/2015,19 de enero).

Esta doctrina obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento (sentencias 272/2010, de 5 de mayo y 399/2009, de 12 de junio).

2. Tanto en la sentencia del juzgado como en la de apelación se reconoce la existencia de las tres intervenciones sufridas por el demandante, con una diferencia en cuanto a la determinación del día inicial que la primera fija el día 8 de noviembre de 2011 en que considera estabilizadas las lesiones a partir del tratamiento continuado de las mismas, posterior al día 19 de agosto de 2008, mientras que la segunda fija la estabilización lesional en agosto de 2008, sin tener en cuenta las intervenciones y tratamientos posteriores.

3. La sentencia priva al lesionado del derecho a reclamar todos los daños y perjuicios como consecuencia del accidente sufrido, lo que es contrario a la doctrina de esta sala sobre el comienzo del plazo de prescripción. Las consecuencias lesivas no quedaron médicamente fijadas en el 2008 sin posible modificación. Hubo complicaciones en un momento posterior, determinante incluso de una nueva operación mediante artroscopia. Se trata de unas consecuencias lesivas vinculadas al accidente por lo que es en ese segundo momento, es decir, cuando se le da de alta definitiva, como señaló la sentencia del juzgado, y no en el anterior, cuando comienza el plazo de reclamación.

TERCERO.- La cronología de los hechos permite considerar que la acción ejercitada en la



demanda no ha prescrito por lo que procede estimar el recurso, lo que comporta la casación de la resolución impugnada y la devolución de las actuaciones al tribunal de apelación para, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por prescrita, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas en los recursos de apelación, que no han sido enjuiciadas.

CUARTO.- Conforme al art. 398.2 LEC no se hace especial pronunciamiento respecto de las causadas en ambas instancias y recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º - Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación legal de don Casimiro,

contra la sentencia dictada con fecha 4 de junio de 2015 por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria en el recurso de apelación núm. 363/2014 .

2.º- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto en cuanto aprecia prescripción de la acción ejercitada en la demanda.

3.º- Devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que, rechazada ya la prescripción por esta Sala, vuelva a dictar sentencia sobre todas las demás cuestiones objeto de debate.

4.º- No hacer especial pronunciamiento respecto de las causadas en ambas instancias y recurso de casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Por Mariano Medina Crespo
Abogado
Doctor en Derecho

La sentencia de referencia estima el recurso interpuesto por el actor; y, tras casar la sentencia recurrida, devuelve las actuaciones a la AP para que conozca del fondo del asunto, una vez desechado que la acción ejercitada de responsabilidad civil automovilística estuviera prescrita cuando se presentó la demanda. En este caso, el TS considera que no debe privarse de una segunda instancia a las partes, por lo que, en lugar de asumirla y acometer como Tribunal de Apelación la resolución de fondo (la que podría haber consistido en confirmar la sentencia de primer grado, según ha sido sólito durante mucho tiempo) la deja en manos de la AP para que resuelva la alzada interpuesta por la aseguradora demandada, proporcionando respuesta a los motivos que no abordó por haber acogido la prescripción extintiva del eventual derecho resarcitorio del lesionado.

Se está ante un supuesto y ante una solución que suscitan diversas dudas. Tras el accidente acaecido en 14 de diciembre de 2007, el lesionado fue dado de alta en 19 de agosto de 2008; pero se hace constar que, después de ella, “continuó recibiendo tratamiento” (sin efectuarse determinación alguna sobre su concreta consistencia), así como que “el primer acto médico” que siguió al alta consistió en practicar una RMN en 2 de noviembre de 2009 para, tras una revisión traumatológica habida en 3 de mayo de 2010 y tras realizarse una artroscopia en 25 de enero de 2011, se efectuó una operación seis meses después, en 23 de junio, en cuya misma fecha se alcanzó el alta. La demanda se presentó en 4 de septiembre de 2012, es decir, cuando había transcurrido más de un año desde esta segunda alta.

Las dudas que provocan esas últimas fechas llevan a sospechar que podía haber algún tipo de errata, pero examinada la sentencia recurrida, se confirma que las fechas que recoge son las que consigna el TS. Esto supondría que, de ser correctas las fechas indicadas y no haberse interrumpido la prescripción después de la segunda alta, presentada la demanda más de un año después, había prescrito la acción ejercitada, salvo que la situación de alta real se produjera como muy tarde el 4 de septiembre de 2011, aunque la sentencia comentada nada dice al respecto.

Ello llevaría a considerar que la acción ejercitada habría prescrito por formularse la demanda después de haber transcurrido el plazo anual desde esa fecha, salvo que el alta correspondiera a la hospitalaria, pero no a la de quedar el lesionado definitivamente curado o no curado después de la operación (estabilización lesional). Las dudas que provocan esas últimas fechas llevan a sospechar que podía haber algún tipo de errata, pero examinada la sentencia recurrida, se confirma que las fechas que recoge son las que consigna el TS. Esto supondría que, de ser correctas las fechas indicadas y no haberse interrumpido la prescripción después de la segunda alta, presentada la demanda más de un año después, había prescrito la acción ejercitada, salvo que la situación de alta real se produjera como muy tarde el 4 de septiembre de 2011, aunque la sentencia comentada nada dice al respecto. Pero la razón por la que la AP estimó prescrita la acción estribó en que la demanda se había presentado más de un año después de haberse obtenido la primera alta, haciendo referencia a que las actuaciones médicas posteriores no podían rehabilitar una prescripción ya producida. Por otra parte, la AP declaró que no había constancia de que hubiera lesiones sobrevenidas durante el tiempo transcurrido entre el alta inicial y la resonancia magné-

COMENTARIO

tica, aunque alude a una “recaída” del lesionado que no podía subsanar una prescripción ya consumada. Frente a lo anterior, el TS estimó que el lesionado no podía ejercitar su acción antes de la segunda alta, tras la cual conoció el alcance real de las lesiones padecidas y, por tanto, los perjuicios causados por ellas. La continuación de los tratamientos médicos después de la primera alta sugiere que ésta no debió tener lugar, aunque la falta de concreción de esos tratamientos que se dicen producidos (a lo largo de más de un año) genera cierta extrañeza; y ello podría haber justificado que se estimara prescrita la acción resarcitoria originaria, sin perjuicio de que, al sufrir las lesiones un curso peyorativo por una tardía recaída que dio lugar a una serie de pruebas médicas y, en definitiva, a una intervención quirúrgica, se habilitaría una nueva acción resarcitoria, cuyo plazo de prescripción extintiva debería computarse desde la fecha de la segunda alta.

Por otra parte, resulta llamativo que la desestimación de la prescripción se funde explícitamente en el principio de indemnidad y, por tanto, en el derecho del perjudicado a ser resarcido íntegramente de sus perjuicios. Es la primera vez que veo que la desestimación de la prescripción extintiva de una acción de responsabilidad civil se funde en el principio de la integridad reparatoria, haciéndose referencia explícita a que la sentencia impugnada privó al lesionado de su derecho a obtener un resarcimiento completo. El problema es que no es fácil dejar de pensar que, en rigor, se estaba ejercitando una acción resarcitoria que, en el trance de su enjuiciamiento judicial, tendría, quizá, que descomponerse en dos acciones sucesivas con un importante período intermedio, al haber, de un lado, los perjuicios sufridos hasta el alta originaria y, de otro, los padecidos desde la recaída hasta la segunda alta, con posibilidad de apreciar que habría prescrito la primera, pero no la segunda en la medida en que desde la nueva alta y la presentación de la demanda no hubiera transcurrido un año. Para justificar la evitación de esa dualidad de situaciones, tendría que haberse reflejado la consistencia de los tratamientos médicos continuados desde la fecha de la primera alta y desautorizar la emisión de ésta. Pero, en todo caso, no puede dejar de resaltarse que vincular la desestimación de la prescripción extintiva con el principio de la reparación íntegra, es verdaderamente singular, máxime cuando no puede soslayarse que, dado que se estaba ante un accidente de circulación con resultado de lesiones, el resarcimiento de los daños y perjuicios quedaba sujeto por imperativo legal a la parcialidad resarcitoria a la que sirve el Baremo de Tráfico, como una excepción al mandato general (legalmente implícito) de la reparación completa, reconocido (nuda verba) por la jurisprudencia desde hace más de cien años.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Estima parcialmente la reclamación formulada por la caída en portal de Comunidad de Propietarios que carece de la iluminación suficiente por encontrarse fundidas las bombillas. Atribuye el 70% de la responsabilidad a la Comunidad de Propietarios así como a su aseguradora y el 30% a la persona que se cayó

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora
de 13 de octubre de 2017.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Ana Descalzo Pino

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Se recurre por la parte que ha visto desestimadas sus pretensiones, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Benavente en fecha 8 de marzo de 2017, en los autos de juicio ordinario nº 24/2016. Dicha resolución desestima la reclamación de indemnización de daños y perjuicios pretendida por la actora frente a la Comunidad de Propietarios de la Avda del Ferial nº 77 de Benavente y su Compañía Aseguradora, Generali España, S.A., por los hechos ocurridos en el portal de la Comunidad en fecha 23 de diciembre de 2013 cuando la demandante, por la falta de luz en el portal, cae al suelo causándose daños personales y materiales por los que solicitaba una indemnización total de 28.868,20 euros.

Mantiene la apelante que dicha resolución es contraria a derecho y alega como motivos de apelación, tanto el error en la valoración de la prueba en que incurre la Juez a quo, como el error en la aplicación del derecho, pues resulta acreditada la causa de la caída, falta de iluminación del portal por encontrarse fundidas las bombillas, no pudiendo trasladar dicha responsabilidad a la propia lesionada pues, a diferencia de lo afirmado en la sentencia, aquella no incurrió en ninguna infracción del deber objetivo de cuidado. Solicita por ello la revocación de la sentencia dictada y en su lugar se proceda a estimar el recurso en su integridad, concediendo a la perjudicada la totalidad de la cantidad reclamada.

La compañía de Seguros demandada se opone al recurso interpuesto e interesa la íntegra de estimación del mismo, al entender que la resolución recurrida es totalmente conforme a derecho, siendo responsabilidad de la demandante el haberse caído. Impugna asimismo la suma reclamada al mantener que no se corresponde con los daños causados.

SEGUNDO.- Expuesta la posición mantenida por las partes en el presente litigio, no resulta controvertido en esta apelación, que:

-La actora, el día 23/12/2013, como hacía desde hace 15-20 años, acudió a la peluquería XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, que se integra en la Comunidad de propietarios demandada, donde permaneció hasta las 19:00 horas aproximadamente. A esa hora abandonó la peluquería cogiendo el ascensor para bajar a la planta del portal. Una vez hubo salido del ascensor y pasada la zona donde se ubica el mismo accedió a la zona del portal donde se encuentran las escaleras y la rampa. Es en dicho lugar donde la actora tropieza y cae al suelo.

- El portal donde se produjo la caída de la actora, tal y como se expone en la sentencia dictada a la vista del resultado de la prueba practicada, *“está conformado por tres zonas; una primera zona donde no existe sistema eléctrico y que corresponde con el acceso desde la vía pública, donde se encuentran los telefonillos y primera puerta de acceso al interior del edificio; una segunda zona o zona intermedia compuesta por escaleras y rampa, donde se produjo la caída, que finaliza en una puerta acristalada que da acceso a la tercera zona o zona de ascensores.*

La zona segunda o zona intermedia donde se produjo la caída de la Sra. Negro, carecía de alumbrado artificial, encontrándose las bombillas fundidas, como han indicado los diferentes testigos que depusieron en el acto del juicio, incluido la Policía Local

que también lo hace constar en su atestado, extremo igualmente ratificado por el perito designado judicialmente D/Dña. Andrés Valle, mientras que en la tercera zona o zona de ascensores existen dos puntos de luz y otro más en la primera planta que escasamente influye en la iluminación total del portal, según indicó este último en su dictamen.

-La zona segunda donde se produce la caída carecía de iluminación, siendo ésta prácticamente inexistente, dada la ubicación de dicha zona y la hora en la que se produjo el accidente, tal y como resulta de las declaraciones de los testigos y de la Policía Municipal, teniendo los agentes que auxiliarse de linternas. La causa de la caída fue la deficiente visibilidad en dicha zona, tal y como resulta no solo del atestado policial sino igualmente del resto de la prueba practicada en las actuaciones.

La sentencia recurrida concluye que la responsabilidad de la caída fue de la actora al entender que dadas las circunstancias concurrentes *“la prudencia dictaba era o bien, no iniciar la bajada, o bien interrumpir la bajada al apreciar por sí misma la dificultad que ello entrañaba al no distinguirse los peldaños de la escalera por lo que no habiendo actuado así, la actora asume los riesgos de su imprudente decisión no pudiendo recaer responsabilidad alguna a la comunidad de Propietarios, que si lo es por dicho defecto técnico, cualquiera que fuese el origen de la disfunción (tormenta que provocó el fundido de las bombillas o cualquier otra), sin embargo, fue la propia demandante la que se expuso de forma negligente al riesgo que suponía descender por un tramo de escalera no iluminado, prescindiendo de cuantas medidas precautorias le resultaban exigibles según las circunstancias concurrentes en el momento del accidente. Esta omisión de los deberes de cuidado provoca la absorción total de la culpa por la víctima, y hace quebrar la relación causal que apriorísticamente podría ligar las deficiencias o falta de funcionamiento del sistema de iluminación con el accidente”.*

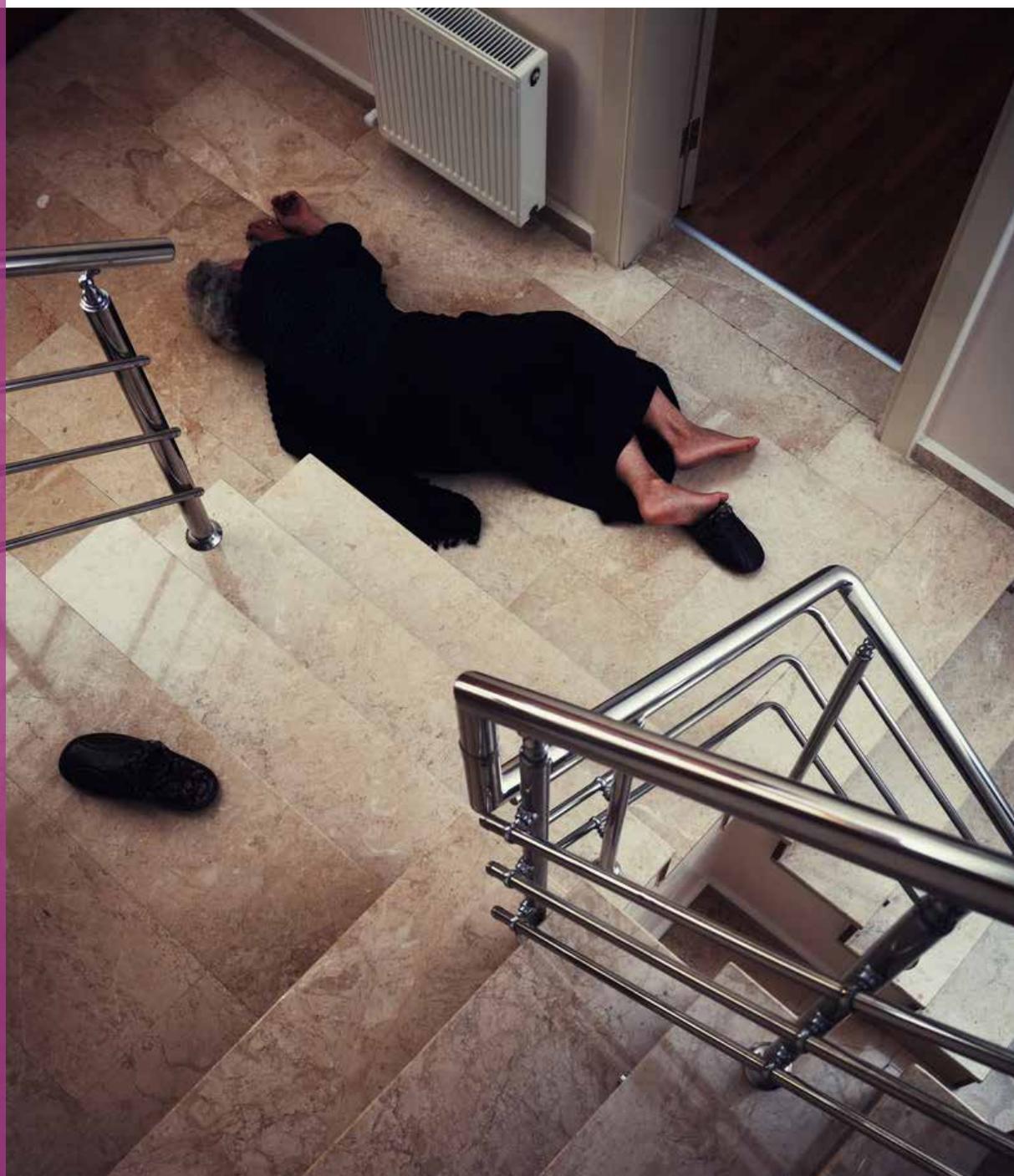
Esta Sala no comparte la anterior conclusión conforme seguidamente se expone.

TERCERO.- Nos encontramos ante una caída producida en una zona común de un edificio en régimen de propiedad horizontal. La acción se ejercita al amparo del artículo 1902 del Código, al entender que concurre una situación de responsabilidad de la comunidad y por ello de la aseguradora, por la falta de iluminación de una zona común de la comunidad.

En relación a esta cuestión, tal y como tiene declarado con reiteración nuestro Tribunal

Supremo procede señalar que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva; que la Jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño; y, que es un criterio de imputación del daño al que lo padece, la asunción de los riesgos generales de la vida, de los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar o de los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida

(STS de 17 de julio de 2.003, 31 de octubre de 2.006, 22 de febrero y 6 junio de 2.007 y 31 de mayo de 2011, entre otras muchas). En los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados (STS de 22 de febrero de 2.007). Ello implica que el actor estará obligado a acreditar la existencia por parte de la comunidad de propietarios de una acción u omisión culposa que implique la infracción de los deberes de diligencia exigible



a la persona normal, esto es, la llamada «diligencia del buen padre de familia», como criterio de comparación a los efectos de determinar el alcance de la infracción del citado deber de diligencia.

La sentencia entiende que fue la infracción de los más elementales deberes objetivos de cuidado por parte de la apelante la causa del siniestro al iniciar la bajada sin iluminación alguna, rompiendo así el nexo causal que podría exigirse por el no funcionamiento del sistema de iluminación. Sin embargo, esta Sala entiende que la conducta mantenida por la actora no rompe el nexo causal puesto en marcha por la Comunidad de Propietarios al no funcionar el sistema de alumbrado de dicha zona del portal, poniendo en peligro la seguridad de todas aquellas personas que hicieran uso del mismo, personas a las que no se puede exigir, una vez se encuentren en el interior del portal y en concreto en la zona sin iluminación, que se detengan y no continúen la marcha, bien de entrada o de salida (como es el caso), hasta tanto llegue alguna otra persona que lo ilumine, bien con linterna, con teléfono móvil, con velas, etc..., iluminación esta que no se sabe cuándo ni cómo se va a producir, ni si se va a producir, exigiendo al usuario que transita por dicha zona a que permanezca en una situación no acomodada al normal actuar de cualquier persona. Piénsese que la actora era una persona de 78 años y por ello, seguramente no disponía o llevaba los dispositivos móviles con los que cualquiera de nosotros se hubiera iluminado para salir a la calle. No puede exigirse que la misma se quedara quieta hasta que llegara otro vecino, ni tampoco que volviera sobre sus pasos para ver si alguien le podía acompañar, actuación esta que si bien podía ser la prudente o recomendada no es la normal de un ciudadano medio.

Por ello se entiende, que es la Comunidad de Propietarios la responsable al mantener, en contra de toda la normativa aplicable al efecto, aquella zona sin iluminación poniendo en riesgo la seguridad de las personas que transitaran por aquella, puesta en marcha del nexo causal que no es eliminado por la conducta mantenida por la recurrente. Se entiende por este Órgano que la principal culpa en la causación del siniestro reside en la Comunidad de Propietarios.

Sin perjuicio de lo anterior, el análisis de todo lo actuado lleva a considerar asimismo, que la conducta seguida por la demandante no fue todo lo prudente que hubiera sido aconsejable toda vez que, si bien no puede afirmarse que la ausencia de iluminación fuera absoluta (no se acepta en este extremo lo consignado en la sentencia), únicamente se ha acreditado que

era insuficiente, pues la que pudiese entrar de la calle y la proveniente de la zona de los ascensores no era bastante para iluminar aquella zona y poder deambular por la misma en condiciones de seguridad. Por ello, pudiese haber sido aconsejable que la actora no iniciase el descenso de las escaleras para salir a la calle, al no tener suficiente visibilidad, sino el volver sobre sus pasos y solicitar ayuda para salir. Al no hacerlo así contribuyó a la caída, contribución que se pudiese estimar prudencialmente en un 30% pues la causa principal del siniestro es imputable a la Comunidad de Propietarios.

Se estima pues parcialmente el recurso interpuesto, revocando la sentencia dictada y estimando en parte la acción de responsabilidad extracontractual que se ejercita frente a los demandados.

CUARTO.-Respecto a la cuantía de la indemnización a conceder ha de señalarse que las lesiones y secuelas por las que se reclaman no van a ser acogidas, bastando para ello el comprobar el historial médico de la apelante con osteoporosis avanzada, artrosis generalizada, intervención de hernias discales a nivel cervical y lumbar, nefrectomía izquierda; y traumatismos previos; patologías algunas de ellas que se encuentran directamente relacionadas con la lesión sufrida por la misma como consecuencia de la caída y que por ello, han contribuido no sólo en la evolución de las mismas sino también en el estado actual de la demandante. Así lo manifiestan tanto el perito de la demandada, como el perito judicial y el médico forense, concediéndose por esta Audiencia los daños personales, lesiones y secuelas recogidos por el médico forense, no sólo por la objetividad e imparcialidad del mismo sino igualmente porque aquel no se limitó al examen de la documentación obrante en las actuaciones, el historial clínico, sino que igualmente reconoció a la paciente, exploración esta que no llevó a cabo el perito de la parte demandada, tal y como manifiesta en el acto de juicio. No se acoge el informe pericial de la actora el cual, ha obviado completamente los antecedentes de la lesionada que a su entender no influyen en el estado de la misma, extremo este que es negado por los otros peritos.

Así, resulta acreditado que a la demandante se le ocasionaron los siguientes daños personales y materiales por la lesión habida consistente en la fractura de la cabeza humeral:

Días de incapacidad- 154 (los solicitados por la actora), de los cuales se entiende que todos lo son de incapacidad total, tal y como informa el médico forense en el acto de vista. Procede



por dicho concepto y aplicando el baremo de marzo de 2014, la cuantía de **8.995,14 euros**, a razón de 58,41 euros día.

Secuelas.-

-Agravación de la artrosis previa, 5 puntos.

Se está a lo informado por el forense, el cual manifiesta que la exploración de la lesionada esta dificultada por su estado anterior que impide realizar una comparación adecuada entre la movilidad de ambos hombros, así como que presenta dolor a la movilización activa del hombro derecho cuyo arco, a la movilización pasiva es similar a la del hombro izquierdo.

-Hombro doloroso. Se va a conceder por esta secuela 1 punto, dado que aun cuando la misma no se recoge como secuela en el informe del médico forense, quien no le otorga puntuación alguna, si manifiesta en el acto de juicio al ratificar su informe, que aun cuando es secundaria al agravamiento de

la artrosis existente antes del accidente, si puede haberse incrementado el mismo con motivo de este siniestro.

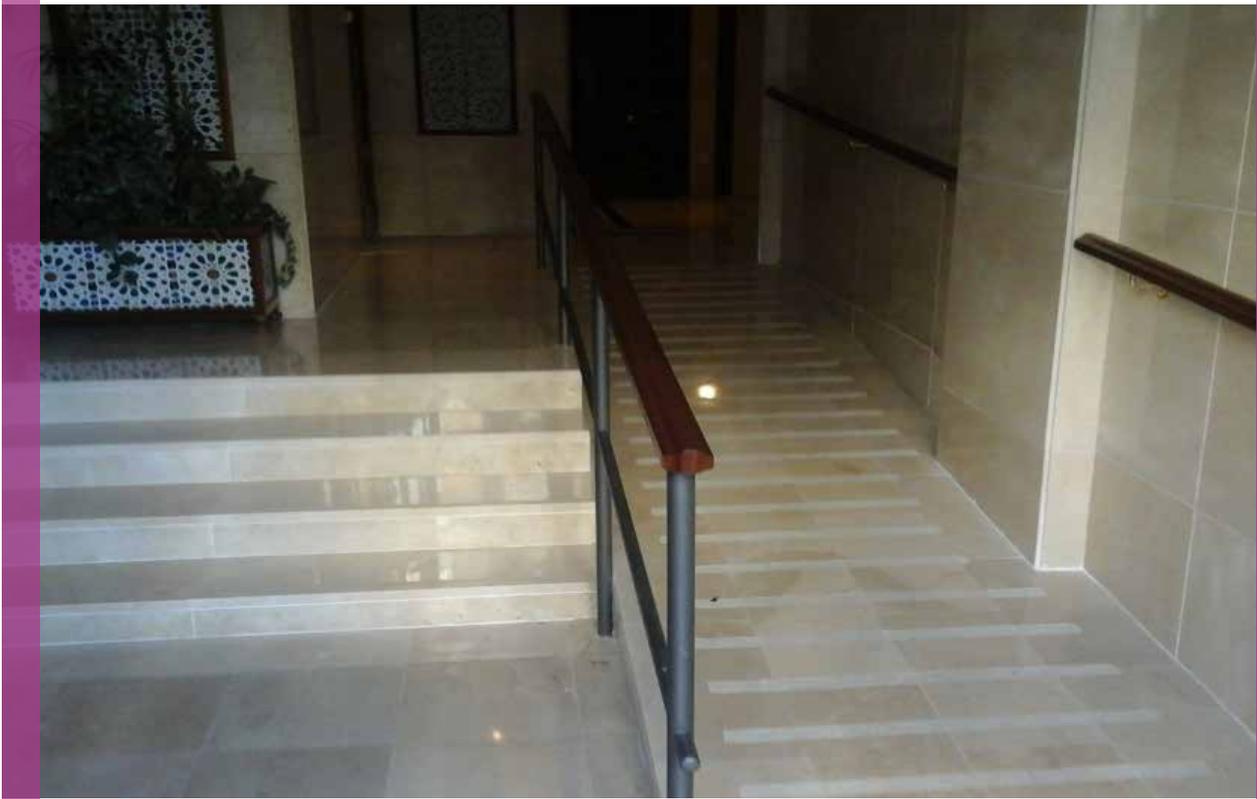
Total puntuación 6 puntos a razón de 631,54 euros, la suma de **3.789,24 euros**.

-Incapacidad parcial. Limitación parcial para la ocupación o actividad habitual. La situación actual hace que requiera la ayuda de otras personas para la realización de las actividades cotidianas de los quehaceres diarios, limitación en la que sin duda contribuye la artrosis previa al acaecimiento del suceso objeto de enjuiciamiento. Por ello se va a conceder, valorando prudencialmente la situación de la lesionada la suma de **5000 euros**.

Total a indemnizar por las lesiones.

- 17.784,38 euros.

-Por daños materiales, 23,50 euros de ortopedia.



Suma a conceder por la totalidad de los daños.- 17.807,88 euros.

Teniendo en cuenta la concurrencia de culpas establecida en el anterior fundamento de derecho, procede conceder a la demandante el 70% de dicho importe, **12.465,51 euros**, el cual devengará los intereses del art. 20 de la LCS, entendiendo que no concurre causa de justificación prevista en el apartado 8º de ese artículo, conforme reiteradas sentencias de esta Sala acordes con la Jurisprudencia existente sobre dicha materia, pues la indeterminación de la causa del siniestro mantenida por la aseguradora no justifica su total inactividad ante las lesiones padecidas por un tercero.

QUINTO.- Respecto a las costas de instancia y dado el sentido del presente pronunciamiento que supone una estimación parcial de la demanda, no se va a hacer expreso pronunciamiento sobre las mismas, art. 394 de la LEC.

Al estimarse en parte el recurso de apelación no se va a hacer expresa condena sobre las costas causadas en esta alzada, art. 398-2 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás normal de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dª XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX frente a la sentencia dictada en fecha 8 de marzo de 2017, por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Benavente, Zamora, DEBEMOS Revocar dicha resolución, en el sentido de estimar en parte la demanda y condenar a las demandadas a indemnizar a la actora en la suma de **12.465,51 euros**, más los intereses del art 20 de la LCS a cargo de la aseguradora demandada, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas causadas en la instancia.

No procede hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y otra a los autos originales para su remisión al Juzgado de procedencia para su ejecución, lo pronunciamos mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN

Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente de la misma, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.

Por Víctor López Rodríguez
Abogado

El principal debate planteado ante el órgano ad quem vía Recurso de Apelación, después de la desafortunada resolución desestimatoria de la pretensión en la instancia, se centra en resolver si el evento dañoso -responsabilidad extracontractual- se produjo por falta de diligencia de la Comunidad de Propietarios, o bien, si existe culpa exclusiva de la perjudicada habiendo sido finalmente resuelto parcialmente a favor de la actora.

La Sala asume el criterio Jurisprudencial marcado por la STS de fecha 19/02/2007 en la que actúa como Ponente el Excmo. Sr. D^o. José Antonio Seijas Quintana que a su vez ha sido desarrollada por numerosas Audiencias Provinciales, entre otras, la SAP de Córdoba -Sección 1^a- de fecha 15/06/2015 actuando como Ponente el Ilmo. Sr. D^o. Pedro José Vela Torres a través de las cuáles se obliga a las Comunidades de Propietarios a extremar las precauciones cuando pueda estar en peligro la vida de las personas. Ello provoca que se deban adoptar los medios y medidas de seguridad disponibles entre las que cabe incluir las que suponen una efectiva actuación de vigilancia, control y mantenimiento de los elementos comunes con la finalidad de evitar que la dejadez transforme el peligro potencial en la producción del daño efectivo.

Al hilo de este criterio la Sala, atendiendo a las especiales circunstancias del asunto, considera que la Comunidad de Propietarios no actuó con la diligencia exigible a tenor de las exigencias de vigilancia, control y mantenimiento que debe desplegar en los elementos comunes cuya gestión le corresponde ya que la zona del portal -denominada 2^a- tenía las bombillas fundidas lo que conlleva la existencia de iluminación insuficiente conforme resultó acreditado a través del Atestado de la Policía Local, Informe Pericial -Ingeniero Industrial-, testifical de varios comuneros que asistieron a la víctima instantes después a la caída y la propia actuación desplegada por la Presidenta de la Comunidad de Propietarios al conocer la existencia del siniestro procurando con celeridad la colocación de nuevas bombillas que dotaran de luminosidad al portal.

Rechaza la Sala la existencia de culpa exclusiva de la víctima, tesis planteada por la defensa de la Comunidad de Propietarios y Aseguradora al hilo del denominado "Caso Loles León" -STS 842/2009 de 5 de enero de 2010-, que ninguna similitud tiene con el supuesto objeto de análisis ya que en el citado la conocida artista abre la puerta de la habitación de hotel procediendo a su acceso a pesar de la total oscuridad de la zona para posteriormente tropezar con obstáculo y caer al suelo.

Caída en portal de comunidad de propietarios que carece de iluminación suficiente por estar fundidas las bombillas. Atribuye el 70% de la responsabilidad a la comunidad de propietarios así como a la aseguradora y el 30% a la perjudicada

COMENTARIO

Con una literatura fina, brillante y ecuánime -acogiendo la tesis de la actora- en la resolución se razona que la conducta de la perjudicada no destruye el nexo causal que se activó por la Comunidad de Propietarios ante la iluminación insuficiente de la zona común que pone en peligro a los usuarios.

La perjudicada llevada por la confianza que le daba, en primer término, conocer el portal habida cuenta de que acudía desde hace veinte años a la peluquería ubicada en el inmueble y, en segundo lugar, el halo de luz que desprendía el propio ascensor del que segundos antes se había apeado, no convierte su conducta en temeraria al continuar con la acción de salida de la Comunidad de Propietarios ya que no se puede exigir a una persona de 78 años una vez se encuentra en el portal deficientemente iluminado que se detenga o no continúe la marcha hasta que llegue un tercero que lo ilumine -la víctima no disponía de dispositivos luminosos- o ayude a la maniobra de abandonar el portal sin conocer cuando se produce si es que se produce tal ayuda.

La reacción de la víctima es la que hubiera realizado cualquier ciudadano medio atendiendo a las circunstancias de la persona, tiempo y lugar. Atendiendo a tales criterios, aunque se excluya la culpa exclusiva de la víctima, le sirve a la juzgadora para justificar la concurrencia de culpas en el porcentaje de 70% para la Comunidad de Propietarios y Aseguradora y el 30% para la perjudicada.

Finalmente se debe destacar, a pesar de la reducción indemnizatoria sufrida en cuanto al principal solicitado derivado de la concurrencia de culpas en los porcentajes descritos, que fue concedida la aplicación del Artículo 20 de la LCS al considerar que ha existido desde la causación del siniestro una total inactividad de la aseguradora a pesar de las importantes lesiones padecidas por la perjudicada y las numerosas reclamaciones extrajudiciales giradas sin éxito alguno. Tal concesión de algún modo provocó aminorar la reducción indemnizatoria sufrida por la perjudicada elevando las cantidades de resarcimiento al importe total de 18.468,85 Euros para así quedar más próxima a la "restitutio in integrum" perseguida.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

“Aplicación del nuevo Baremo de la Ley 35/2015 en lesiones menores. Condena a la aseguradora a abonar la cantidad de 3.905,59 euros como indemnización por lesiones temporales y secuelas, más interés moratorios y costas. La sala analiza el valor que debe darse a los informes de biomecánica, la estimación del perjuicio de calidad de vida temporal (por actividades deportivas) y la aplicación del artículo 135 de la LRCSCVM en relación a la secuela por traumatismo cervical menor”

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 3 de noviembre de 2017.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Moisés Lazuen Alcón

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada en 31-3-17 por el Juzgado de la Instancia nº 14 de Granada, en Juicio Verbal 1189/16 por demanda de frente a España, S.A. sobre reclamación de cantidad de 3.905'59 € por lesiones en tráfico se interpuso por la representación de los codemandados recurso de apelación, que ha originado el Rollo 273/17 de esta Sala que resolvemos y que articula sobre la base de error en la valoración de la prueba con petición de absolución y subsidiariamente de estimarse la existencia de nexo causal, se elimina la indemnización por secuela permanente (art. 135 Baremo) y en su caso se valore en relación al periodo de inca-

pacidad temporal, 56 días de perjuicio personal básico.

SEGUNDO.- A la vista del contenido del recurso, debemos poner de manifiesto, con carácter previo, que aún cuando por virtud del presente recurso de apelación, la Sala cuenta con la facultad de revisar, con plena Jurisdicción, el material probatorio aportado al proceso, tal actuación debe partir de la consideración de que cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez de primer grado, sobre la base de la actividad desarrollada en el acto del JUICIO, debe partirse, en principio, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por quien ha presidido el acto solemne del juicio, en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción, concentración y oralidad. Afirmación a la que debemos añadir la consideración de que el uso que haya hecho Juez de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente la sentencia STC 17 -12 -85 , 23-6 -8 6 , 13-5-87 , 2 -7 - 90, 4-12-92 y 30- 10-94, entre otras), únicamente deba ser rectificado, bien cuando en verdad sea ficticio, o bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador "a quo", de tal magnitud y diafanidad, que haga necesaria, con criterios objetivos y sin riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

Asimismo, hemos de precisar, como decíamos en la sentencia de esta Sala de 3-6-11, que la relación de causalidad entre la acción y omisión y el daño producido, no puede verse alterada por la aplicación de la teoría del riesgo o la objetivación de la responsabilidad, no siendo suficiente para su acreditación las simples conjeturas ni la existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una posible interrelación de acontecimientos, siendo precisa una prueba terminante relativa al nexo causal, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a reparar el daño (STS 1-4-97 y 31-7-99).

Es reiterada la jurisprudencia que considera el nexo de causalidad requisito esencial de la culpa, en cuanto provoca que el daño causado pueda ser imputado a la acción u omisión del agente. Así la STS de 2-4-96, con cita de

otras varias, dice que indiscutida doctrinal y jurisprudencialmente la tendencia objetivadora de la responsabilidad, en todo caso, precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entra la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo, y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba.

Finalmente, en orden a la efectividad del informe biomecánico, que como dice la SAP de Cádiz de 11-9-14, se pretende establecer la relación entre la intensidad del hecho lesivo y las lesiones, y a tal efecto valorará SI las variables mecánicas del accidente en relación con la biomecánica lesiona son adecuadas a las consecuencias lesivas producidas. Al efecto, existen dos posturas básicas: bien objetivar y aplicar a la generalidad de los casos los umbrales del dolor o umbrales patogénicos, bien estimar que las colisiones a baja velocidad también pueden serlo en función de las concretas circunstancias concurrentes. En el estado actual de la ciencia, los estudios empíricos sobre el "whiplash", es decir, del latigazo cervical, muestra cómo en su producción influyen factores de muy diferente naturaleza, de al forma que el delta-V (esto es el cambio de velocidad que puede experimentar un vehículo con ocasión del impacto sufrido, aunque en realidad, lo que realmente interesa es cómo se proyecta esa delta-V sobre el ocupante, lo que sucede a la persona que va dentro del vehículo con ocasión de la colisión) no es un predictor concluyente para las lesiones de columna vertebral en los accidentes de tráfico a la vida real. Los científicos críticos en la fijación, probablemente acrítica, de los umbrales patogénicos, destacan que las condiciones en que se realizan las pruebas experimentales no son representativas de los que se viven en el mundo real, y así se realizan sobre pocos sujetos, casi siempre varones, que toman asiento en el vehículo de forma correcta y que adoptan la lógica prevención ante una inminente colisión trasera. Todo ello, como queda dicho, ajeno a la vida real y sin tener en cuenta la multitud de factores en presencia, que van desde la predisposición del sujeto (nótese que incluso se ha correlacionado el estado psicológico previo con la posibilidad de sufrir secuelas), hasta el tipo y ubicación del reposacabezas.

Por su parte, en la jurisprudencia de las A. Provinciales, no sin vaivenes y contradicciones, quizás explicables por el casuismo propio de la

materia y por la justicia del caso concreto, se va abriendo una línea proclive a relativizar el valor de los informes de biomecánica, al menos en el aspecto que nos ocupa. Al efecto, es preciso determinar qué debe ser entendido como colisión a baja velocidad. La SAP de Las Palmas de 4-9-12, dice: "Se ha de tener presente que en el campo de la accidentología clínica se entiende por colisión a baja velocidad, la que sucede con una velocidad igual o inferior a 16 km/h (10 millas/h), debiendo recordarse que en la perspectiva médica y accidentología está comprobado científicamente su potencial lesivo y así, vevigracia, en una monografía de René Caillet, dedicada al dolor cervical y que correspondía a una edición española (Barcelona 1988) ya se hacía comprender que accidentes aparentemente inofensivos, pueden tener consecuencias nada desdeñables para los ocupantes de automóviles". Ha sido lugar común en esta materia que en las colisiones que produjeran un incremento de velocidad inferior a 8 km/h era imposible la causación de lesiones vertebrales. Pero ello no debe significar en el momento actual que siempre que se pruebe, mediante una prueba pericial, que de forma objetiva e inequívoca acredite ese dato, es decir, que el citado delta-v fuese inferior a los 8 km/h, no había lesiones corporales, pues igualmente está demostrado la posibilidad de lesiones a menor velocidad (algunos

estudios han reducido el límite a los 4 km/h), en atención a las circunstancias personales de la víctima y circunstancias del siniestro. Así, pues, la intensidad de la colisión, por sí misma, no puede erigirse en criterio definitorio, como tampoco lo es el informe de biomecánica evacuado al respecto. Mucho más, si tenemos en cuenta que de ordinario se construyen a partir de meras hipótesis sobre las circunstancias del siniestro y-o sobre datos que no han sido debidamente introducidos en el proceso a través de medios que permitan su contradicción, como serían los interrogatorios de partes y testigos.

Pero es que, además, en algunas resoluciones se pone en tela de juicio la pretendida eficacia probatoria del informe de reconstrucción de un siniestro a la hora de determinar la existencia de relación de causalidad, porque en el mismo se parte de una premisa que se califica de inaceptable y que lo invalidaría, como es la de hacer traslación a un organismo vivo de la conclusiones que se extraen en un vertiente simplemente física o mecánica. Se argumenta que es un hecho incuestionable que un siniestro da lugar a lesiones distintas a personas situadas en el interior de un mismo vehículo, por lo que no puede aceptarse que, partiendo de unas premisas de carácter físico sobre un siniestro, se extraiga como consecuencia ineludible que



una determinada consecuencia no puede ser puesta en relación causal con el hecho de la circulación analizado. Y es que este tipo de informes periciales que se basan en parámetros ciertos (masa de los vehículos, huella de frenada, daños y deformaciones del vehículo, posición final...), como queda dicho, manejan otros inferidos solamente a partir de estudios y análisis empíricos. Por tanto muy pequeñas variaciones en esos parámetros de referencia, por ejemplo, motivadas por la configuración o estructura del vehículo dañado, por la posición que ocupaban los ocupantes que resultaron lesionados, o por la propia predisposición orgánica de los mismos, darán lugar a alteraciones extraordinariamente significativos sobre las conclusiones así extraídas.

TERCERO.- Pues bien, cree este Tribunal "ad quem)" que la valoración probatoria que efectúa la apelada sentencia es plenamente ajustada a derecho y debe ser mantenida, pretendiendo aquella sustituir el objetivo e imparcial criterio de la juzgadora de instancia por el suyo parcial e interesado. En efecto no cabe duda que en el fondo del recurso, lo que subyace es la discrepancia valorativa respecto de la prueba pericial, al entender la apelante que el informe pericial por ella aportado -que niega el nexo causal, por la levedad del golpe por alcance- es más objetivo y por ello debe prevalecer sobre el aportado por el actor.

No podemos soslayar el carácter de la valoración de la prueba pericial conforme a las reglas de la sana crítica (ex art. 348 LEC) y desde esa perspectiva la apelada sentencia se decanta por la pericia del Dr. Izquierdo Girón "al entender que su dictamen es el más coherente y completo con relación al resto de la documental médica obrante en autosu, y la Sala no ve razones para contradecir tal conclusión. Consecuentemente y conforme el art. 138-40, siendo el perjuicio moderado aquel en que el lesionado pierde temporalmente la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal (descritas en el art. 54), no cabe duda a la vista de la pericial aludida, que hubo de dejar de practicar los deportes que hacía (padel y bicicleta) y fue cambiado de funciones de su actividad laboral (paso a expedir combustible) y ello, a consecuencia de la lesión cervical. Y no es sino no a partir del día 28 desde la ocurrencia del siniestro (que aconteció en 16-4-16) en que se produjo una mejoría en el estado del actor (hasta el 10-6-16)' por lo que estos 28 días restantes fueron de perjuicio básico.

De lo que resulta, en este extremo que ha de ratificarse el criterio de la sentencia.

CUARTO.- En orden a la secuela de cervicalgia, también hemos de ratificar la conclusión de la apelada sentencia, si conforme al art. 135, existe informe médico concluyente que acredita su existencia tras el periodo de lesión temporal, y no cabe duda a la vista de la pericial actora, (que otorga dos puntos por el concepto de algias postraumáticas cronificadas y permanentes y-o síndrome cervical asociado y o agravación de artrosis previa), de la procedencia de su reconocimiento, máxime cuando -pese a tratarse de síntomas de naturaleza sobre todo subjetiva- a la vista de la evolución de la lesión, el tratamiento prescrito, la ausencia de antecedentes y las exploraciones médicas realizadas al actor. Y a todo lo anterior no cabe oponer el contenido del aportado informe biomecánico -con remisión a la doctrina expuesta en el primer fundamento jurídico puesto que a la postre el contenido del mismo queda desvirtuado por la documental aportada (parte amistoso, informes y dictámenes médicos etc) que objetivan tanto la realidad de la lesión como el nexo causal entre ésta y el siniestro acontecido.

Ello hace en fin, que el recurso no deba prosperar, ni siquiera en su petición subsidiaria, con paralela confirmación de la sentencia apelada y con imposición a la parte apelante de las costas de la alzada (art. 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

La Sala ha decidido con desestimación del recurso interpuesto confirmar la sentencia dictada en 31-03-17 por el juzgado de la Instancia nº 14 de Granada, con imposición a la parte apelante de las costas de la alzada.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación, por interés casacional, y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, que deberá interponerse ante este Tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el siguiente a su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y para que así conste, extendiendo y firmo el presente testimonio en GRANADA, a catorce de noviembre de dos mil diecisiete.

Por Raquel Ruíz García
Abogada

La presente sentencia objeto de análisis viene a tratar uno de los temas más debatidos en el ámbito asegurador, como es el de valorar la existencia de nexo causal entre el accidente y una lesión que ha sido susceptible de provocar una secuela permanente en un traumatismo menor de columna vertebral, determinándose en la resolución indicada, que conforme a lo dispuesto en el artículo 135 de la LRCSCVM, se ha aportado al procedimiento un informe médico concluyente que acredita la existencia de una secuela tras el periodo de lesión temporal y que se han cumplido los criterios de causalidad genérica.

En la resolución se viene a poner el acento en el criterio de la intensidad, sobre el que hay una importante controversia científica al respecto, existiendo una corriente jurisprudencial de las Audiencias Provinciales que viene relativizando el valor de los informes periciales biomecánicos, habiéndose pronunciado en tal sentido la Sentencia de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Gijón de 06-10-17, la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Granada de fecha 25-11-17, la dictada por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de 23-10-17 o la Sentencia de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 06-10-17 entre otras.

La crítica a la prueba pericial biomecánica viene dada porque no tiene en consideración las condiciones personales de cada uno de los ocupantes del vehículo que resultan lesionados, al efecto de poder determinar el alcance que la colisión ha podido tener sobre los mismos, sin que quepa descartar la relación de causalidad por el solo hecho que el vehículo alcanzado presente daños de escasa entidad. De este modo las consecuencias lesivas en este tipo de colisiones de baja velocidad no son las mismas en todos los sujetos, pues el grado de tolerancia al choque depende de factores tales como es la edad, el sexo, la existencia de lesiones previas, la dirección en el que vehículo fue golpeado, la posición de la cabeza y del cuerpo en el momento de recibir el impacto, el estado de preparación del sujeto ante el golpe, los cambios degenerativos previos del ocupante del vehículo, etc.



De este modo y aunque el artículo 135 en su apartado 1.d) determine la necesidad de establecer la intensidad suficiente, comprobamos que este criterio en el caso de las lesiones cervicales no cuenta con un criterio científico, estando demostrada la posibilidad de lesiones de este tipo a menor velocidad, habiendo reducido algunos estudios el límite incluso a los 4 Km/h, por lo que no es un axioma el que cuanto menos es el grado de deformación del vehículo, el potencial lesivo de su ocupante sea menor



COMENTARIO

Los informes de biomecánica parten de unas puras hipótesis de trabajo sobre las que se alcanzan unas conclusiones, lo que pone de manifiesto las graves carencias de las que adolecen, al no analizar a los lesionados en relación con el mecanismo de la colisión, a lo que se une la carencia igualmente de conocimientos médicos.

De este modo y aunque el artículo 135 en su apartado 1.d) determine la necesidad de establecer la intensidad suficiente, comprobamos que este criterio en el caso de las lesiones cervicales no cuenta con un criterio científico, estando demostrada la posibilidad de lesiones de este tipo a menor velocidad, habiendo reducido algunos estudios el límite incluso a los 4 Km/h, por lo que no es un axioma el que cuanto menos es el grado de deformación del vehículo, el potencial lesivo de su ocupante sea menor.

Estamos siendo testigos de cómo los Tribunales vienen a dejar patente a través de sus resoluciones que un traumatismo cervical menor es susceptible de provocar una secuela, considerando por lo tanto que no es excepcional la existencia de la misma tras un periodo de lesión temporal, excepcionalidad que como conocemos fue eliminada del texto inicial del apartado 2 del artículo 135 en el Proyecto de Ley tras su paso por el Congreso, siendo clara igualmente la intención del legislador de no considerar excepcional la existencia de una secuela tras un traumatismo menor cervical

De este modo y aunque el artículo 135 en su apartado 1.d) determine la necesidad de establecer la intensidad suficiente, comprobamos que este criterio en el caso de las lesiones cervicales no cuenta con un criterio científico, estando demostrada la posibilidad de lesiones de este tipo a menor velocidad, habiendo reducido algunos estudios el límite incluso a los 4 Km/h, por lo que no es un axioma el que cuanto menos es el grado de deformación del vehículo, el potencial lesivo de su ocupante sea menor.

Estamos siendo testigos de cómo los Tribunales vienen a dejar patente a través de sus resoluciones que un traumatismo cervical menor es susceptible de provocar una secuela, considerando por lo tanto que no es excepcional la existencia de la misma tras un periodo de lesión temporal, excepcionalidad que como conocemos fue eliminada del texto inicial del apartado 2 del artículo 135 en el Proyecto de Ley tras su paso por el Congreso, siendo clara igualmente la intención del legislador de no considerar excepcional la existencia de una secuela tras un traumatismo menor cervical se podrá utilizar el axioma que cuanto menor sea el grado de deformación de un vehículo una premisa inaceptable como es la de pretender trasladar a un organismo vivo las conclusiones que extraen de una vertiente física o mecánica.



perlas cultivadas

por José María Hernández - Carrillo Fuentes
Abogado

Suele ocurrir, en inexorable aplicación de la Ley - ... de Murphy - que cuando litigamos accionando y perdemos, perdón, no es estimando nuestro suplico, nos imponen las costas, y cuando ocurre al contrario - inexplicablemente -, no las imponen al contrario. Ante un supuesto similar, recurrió el demandado que ve desestimada la acción contra él, pero no se vio recompensado con la imposición de costas, por tratarse de versiones enfrentadas; puso remedio, la sentencia nº 3015/2017, de 15 de diciembre de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada - en ponencia del Ilmo. Sr. Gallo Erena -

“QUINTO.-, la nueva regulación que hace la vigente LEC, en el artículo 394, de éstas en el proceso declarativo, sigue manteniendo el criterio del vencimiento objetivo e incluso en algún sentido lo refuerza. De esta forma desaparece la posibilidad genérica de que el juez, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales, que posibilitasen, en cualquier caso, la de no imposición de costas, lo que queda limitado en el art. 394.1 de la LEC, por la posible concurrencia de, “serias dudas de hecho o de derecho” que el tribunal aprecie, debiendo razonarlas. Solo su presencia posibilitará excluir el criterio general de imposición.

La temeridad, que supondría litigar de forma contraria a lo exigido en el art. 247 LEC, viene también recogida en el art. 394.2 LEC y actúa como criterio impositivo corrector determinando la condena en costas pero solo en los supuestos de estimación a desestimación parcial. En estos casos, no habiendo temeridad, la estimación o desestimación parcial de las pretensiones no dará lugar a la condena en costas.

El art. 523 de la anterior LEC se refería a “circunstancias excepcionales” como causa de exclusión del principio general del vencimiento objetivo. Estas, eran interpretadas por la jurisprudencia como “circuns-

tancias contrarias a lo normal, dignas de tenerse en cuenta, equitativas en razón al problema debatido, en fin moralmente justificativas de la discrecionalidad del juzgador para apartarse del régimen general”.

El art. 394 además de limitar estas “circunstancias” a lo que denomina “serias dudas de hecho o de derecho” viene a interpretar su expresión anterior, disponiendo que para apreciar que el caso es jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares. Para aplicar esta excepción el Juez ha de valorar tres conceptos como son los de “dudas”, el caso no podrá presentarse claro desde el punto

de vista fáctico o jurídico, “serias”, la falta de claridad ha de ser importante y trascendente en si misma y desde el punto de vista jurídico se impone una pauta para apreciar su concurrencia que será la jurisprudencia recaída “casos similares”.

Por lo tanto el Juez deberá analizar la complejidad de la situación fáctica en relación a las consecuencias de la carga de prueba y las dudas que planteen los aspectos jurídicos del caso que está enjuiciando en relación a los posibles precedentes jurisprudenciales contradictorios, para aplicar la excepción cuando pueda establecer la similitud que le sirva para razonar la misma.

La posibilidad de esta imposición constituye un riesgo común que todo potencial litigante debe valorar y asumir antes de instar la actividad procesal de los Jueces y Tribunales, sopesando, con el adecuado asesoramiento profesional, las posibilidades de éxito de las acciones judiciales que se propongan ejercitar absteniéndose de promover las que, en buena técnica jurídica y según normales criterios de experiencia forense, se manifiesten infundadas..., acotando razonablemente contra quien se dirigen y cuantificando adecuadamente, justificándose con su correspondiente sustento fáctico, el importe de lo que se reclame.”



En estos tiempos que disfrutamos de modernidad, digitalización, jurimetría, medios técnicos al servicio de la Justicia y el justiciable, aun es posible padecer una increíble penuria, y no en una pedanía apartada del más recóndito juzgado de paz de una pedanía de una paupérrima comunidad, o ciudad autónoma, sino en “el Foro”, la Comunidad Autónoma de Madrid.

En un Juzgado de Primera Instancia de Granada, en el marco de un Procedimiento Ordinario, se acordó la Práctica de una prueba de video conferencia, remitiéndose mediante Auxilio Judicial Nacional a los Juzgados de 1ª Instancia de Madrid (C/del Poeta Joan Maragall 66) que lo turna a uno de ellos el cual, en Diligencia de 3 de noviembre de 2017 del Sr. Letrado de la Administración de Justicia, contesta:

“A la vista de la solicitud interesada por el Juzgado de Primera Instancia nº -- de Granada, devuélvase el mismo sin cumplimentar, toda vez que este órgano judicial no dispone de sistema de videoconferencia, siendo que en todo el edificio de CAPITAN HAYA (sede de los Juzgados de 1ª Instancia) donde hay 50 Juzgados, solo dispone de un aparato para videoconferencias, lo que hace prácticamente inviable la práctica de las mismas”

“En relación ya al art. 384.1 dirá la STS 612/2017 : “Aquí, ocurre lo propio. La pérdida de puntos del permiso de conducción por las sanciones recibidas, es indicativo de que se carece de las características adecuadas para conducir un vehículo en tanto que el conductor desprecia las normas de circulación legalmente dispuestas para ello, y tal desprecio ha puesto reiteradamente en peligro el bien jurídico protegido, optando el legislador

por definir este tipo legal que suprime la vigencia de su permiso de circulación, obtenido regularmente en su día”.

CUARTO.- La duplicidad de regímenes sancionadores de una misma acción -argumento basilar del Tribunal Provincial- no puede llevar a la precipitada conclusión de destipificar la conducta penal, aunque solo sea parcialmente. Así lo afirman varios de los precedentes citados. Es criterio interpretativo válido la contemplación conjunta del ordenamiento comparando el ámbito penal con el administrativo. Pero esa óptica no puede degenerar en una interpretación que, más que recreadora, sería parcialmente abrogante, en contradicción patente con la voluntad de la ley. Proyectada a muchos otros ámbitos administrativamente regulados en que la infracción penal cuenta también con paralelos en el mundo administrativo (legislación de seguridad ciudadana, normativa tributaria, extranjería, medio ambiente...) arrastraría consecuencias inasumibles y devastadoras, expulsando del Código Penal acciones que inequívocamente el legislador ha seleccionado para situarlas en ese núcleo del minimum ético

El art. 384.1 CP sanciona con toda claridad la conducción de un vehículo de motor en los casos de cancelación de vigencia del permiso por pérdida total de puntos, sin introducir matiz o especificación alguna. Es un delito doloso: el sujeto debe conocer que el permiso carece de vigencia. Eso, de entrada, ya abre un cierto hueco al ámbito sancionador administrativo (desconocimiento por negligencia, que no alcanza el dolo eventual, de la resolución administrativa privando del permiso; creencia errónea de que ha recobrado vigencia del permiso...) a añadir al apuntado por el Ministerio Fiscal (tipo de autorización).

Como arguye el Fiscal en su trabajado dictamen, todo ilícito penal en esta materia parte, como mínimo, de una infrac-

Como la más reciente - que conozca - de las sentencias dictadas por la Sala 2ª del Tribunal Supremo - en ponencia del Ilustrísimo Sr. Del Moral García -, tras la Sentencia 612/2017, de 13 de septiembre, la sentencia 15/2017, de 31 de octubre, y 735/2017, de 15 de noviembre es esta sentencia nº 760/2017, de 27 de noviembre sobre el delito contra la seguridad vial por conducción de vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia de permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente - en un supuesto en que el Juzgado de lo Penal nº 1 de Toledo , absolvió confirmándolo la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Toledo, que efectuando una interpretación correctora del texto legal penal por comparación con la infracción administrativa, asigna al Art. 384.1 C.P. la exigencia de un riesgo, aunque sea hipotético, no la mera desobediencia:

ción administrativa; pero no a la inversa. De ahí que el art. 85 de la Ley de Seguridad Vial establezca la suspensión de las actuaciones del procedimiento administrativo sancionador cuando se ponga de manifiesto un hecho con apariencia de delito perseguible de oficio, admitiendo, por ende, la primacía del Derecho penal sobre el administrativo (art. 74 Texto Refundido).

Se regulan, en efecto, como faltas administrativas muy graves conductas que podrían subsumirse en el catálogo de los delitos tipificados en los arts. 379 y siguientes del Código Penal. Coexiste, así pues, una pluralidad de comportamientos con un contenido sustancialmente análogo; comportamientos que no pueden entenderse desplazados del orden penal por su previsión administrativa, como convenientemente argumenta el Ministerio Fiscal.

El delito no requiere la creación de un riesgo concreto para la seguridad vial. Se presume el riesgo al presumirse en el acusado, en virtud de previsiones administrativas fundadas en la reiteración de infracciones, una falta de aptitud deducida normativamente de su habitualidad en el desprecio de normas de tráfico esenciales y su propensión arraigada a vulnerar las reglas de la circulación viaria. Solo decae esa presunción -peligrosidad implícita- cuando se recuperan los puntos realizando los oportunos cursos en la forma establecida normativamente.

Ciertamente también está presente -no puede olvidarse el propósito legislativo de blindar penalmente la eficacia de la legítima decisión administrativa y castigar la contumacia frente a ella, es decir el quebrantamiento de una decisión reglada de carácter sancionador (STEDH de 23 de septiembre de 1998) de la autoridad correspondiente en una materia especialmente sensible. Pero eso no difumina la centralidad del bien jurídico "se-

guridad vial" a través de una técnica bien conocida (delitos de peligroso abstracto).

La Audiencia propugna unos requisitos típicos que en modo alguno exige el legislador.

Es destacable finalmente que este criterio coincide, con la doctrina abrumadoramente mayoritaria de las Audiencias."

Constituye una excelente aportación - y por ello nos retrotraemos un poco en el tiempo - como suelen serlo las del ponente, Ilmo Sr. De Paul Velasco la sentencia nº 8/2016 (nº 512/2016 de la Sección 4ª), de 24 de octubre, del Tribunal del Jurado, de la Audiencia Provincial de Sevilla, sobre la "indemnizabilidad" de los sobrinos como perjudicados, (también en el "Nuevo Baremo"):

"DECIMOQUINTO.- En primer lugar, es hecho indiscutido y en todo caso suficientemente probado, y como tal ha sido declarado por este magistrado-presidente - sin intervención del jurado, al que su ley reguladora no atribuye funciones en materia de responsabilidad civil-, que el fallecido Sr. D J, como corresponde a su condición sacerdotal, era célibe, que por su avanzada edad no dejó ascendientes supérstites y que, por último, vivía solo, como le permitía su autonomía personal.

Así las cosas, como subrayó la defensa del acusado en el trámite del artículo 68 de la Ley del Jurado, el único perjudicado reconocido como tal por los baremos automovilísticos (tanto el del Real Decreto Legislativo 8/2004 como el de la Ley 35/2015) habría de ser el hermano superviviente de la víctima; puesto que los sobrinos no figuran en el elenco de perjudicados por causa de muerte de ninguno de los sistemas (regla general 4 y tabla I del Anexo, en el sistema anterior, y artículo 62.1 de la ley,

en el actual). Ni siquiera, de optarse por el sistema de la Ley 35/2015, los sobrinos podrían acogerse en el caso de autos a la categoría de "allegados", por falta del requisito de convivencia que exige su artículo 67.

Ahora bien: extraer de esta simple constatación normativa la automática exclusión resarcitoria de los sobrinos del

fallecido sería en el caso que nos ocupa notoriamente iniquo, como lo demuestra la reducción al absurdo de que el asesinato del Sr. A H no diera lugar a ninguna responsabilidad civil si se hubiera dado la circunstancia de que su anciano hermano le hubiera premuerto. En realidad, la única conclusión válida de la preterición legal de los sobrinos de la víctima es una doble comprobación: la de las dificultades casi insuperables que afronta cualquier sistema de baremos, incluso los más perfeccionados, para aprehender en sus reglas y tablas la proteica casuística de las relaciones familiares en la realidad social, y la de las limitaciones con que tropieza la aplicación de sistemas legales de valoración del daño creados para otros ámbitos de la responsabilidad civil a la derivada de delitos dolosos, especialmente cuando son tan graves como un asesinato.

Ante todo, y aun dejando aparte, de momento, el caso singularísimo de D.ª Zira B, no parece que pueda discutirse seriamente que la muerte



violenta y especialmente trágica de su tío causó no solo a ella, sino a todos sus sobrinos, un intenso y prolongado daño moral, un sentimiento de aflicción, dolor y pérdida, con entidad suficiente, en principio, para hacerse acreedor al resarcimiento económico a cargo del causante de ese perjuicio. El informe pericial en el acto del juicio del Sr. P J y la Sra. J R ...no hace sino confirmar e iluminar algo que es de general experiencia y que pudo apreciarse en el lenguaje verbal y no verbal de los propios interesados al prestar testimonio en la vista.

Ciertamente, los sistemas legales de valoración del daño excluyen a los sobrinos de la víctima fallecida; pero no por

desconocer que también ellos sufren un perjuicio moral por la muerte de su tío, sino por la necesidad estructural de poner un límite al círculo de perjudicados resarcibles, que de otro modo resultaría potencialmente indefinido, imposibilitando el funcionamiento de cualquier sistema indemnizatorio y de aseguramiento. Por ello, en las condiciones sociológicas actuales, de predominio absoluto en Occidente de la familia estrictamente nuclear, se considera que los sobrinos de la víctima, al quedar fuera de ese concepto restringido de familia, no experimentan un perjuicio lo bastante relevante para permitir que sean indemnizados por la muerte de aquella. Pero los presupuestos que justifican esa exclusión son muy diferen-

tes de los que concurren en el caso de autos, en el que se dan tres circunstancias de la mayor relevancia, a saber:

- a) que el fallecido nunca tuvo una familia adquirida, por lo que no tenía otros parientes cercanos que su hermano y sus sobrinos carnales y sus relaciones familiares no se ajustaban por ello al modelo más extendido de familia nuclear;
- b) que el hecho causante es un delito doloso, que comúnmente se admite que produce un mayor daño moral (en este sentido, por ejemplo, sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 752/2009, de 3 de julio)

y en el que no interviene ningún mecanismo de aseguramiento cuyas bases actuariales haya que preservar, tratándose, además, un asesinato particularmente doloroso para los parientes de la víctima por sus circunstancias y autoría;

- c) que el fallecido, por su edad y su condición sacerdotal, desempeñaba, como puso de relieve el informe pericial antes mencionado, un papel de autoridad y referencia moral sobre el resto de su familia superior al que cabría esperar de un tío en la generalidad de los casos y que es de suponer que fuera especialmente intenso sobre los tres sobrinos que habían perdido ya a sus padres; bastando citar a este respecto la intervención del Sr. A H en las relaciones familiares de su sobrina Z B , que acabó dando lugar a su muerte.

Estas tres circunstancias justifican que la aplicación orientativa del sistema legal de valoración haya de complementarse con el recurso a la analogía, para reconocer la condición de perjudicados resarcibles a los cinco sobrinos de la víctima. La legitimidad de la integración por vía analógica del elenco de perjudicados reconocidos en el sistema legal de valoración cuenta con el aval de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 200/2012, de 26 de marzo . Ahora bien, es importante subrayar que no se trata en este caso de la analogía legis (expresamente admitida por el artículo 62.3 de la Ley 35/2015 , y que es también a la que se refiere la sentencia citada), sino de la más laxa analogía iuris, lo que habrá de conllevar las lógicas consecuencias en cuanto al montante indemnizatorio.

En efecto, no hay ninguna prueba, sino que más bien cabe inferir lo contrario, de que el fallecido Sr. A H ejerciera en

la fecha de su muerte ni hubiera ejercido en ningún momento anterior las funciones propiamente parentales (las del artículo 154.1 del Código Civil) sobre cualquiera de sus sobrinos, de ninguno de los cuales consta una orfandad temprana o, mucho menos, una situación de abandono. En otras palabras: esa posición de preeminencia, autoridad, referencia moral, o como quiera llamarse, que la víctima ostentaba sobre sus sobrinos no puede equipararse a una "paternidad funcional", en el sentido del artículo 65.3 de la ley 35/2015 , antes citado. Por ello, el reconocimiento de la condición de perjudicados a sus sobrinos no puede llevar a atribuir a estos el mismo crédito resarcitorio que correspondería a los hijos que el fallecido no tuvo.

Por otra parte, entre los cinco sobrinos de la víctima debe establecerse una distinción entre las dos hijas de D. D J , el hermano supérstite de la víctima, y los otros tres, que, al haber fallecido ya sus padres respectivos, experimentan por la pérdida de su tío un perjuicio mayor que aquellas, que al fin y al cabo conservan todavía el afecto y la compañía de su anciano padre.

DECIMOSEXTO.- Mención separada merece la situación de D.^a Z B , quien reúne la doble condición de sobrina de la víctima y esposa de su victimario, lo que supone que el delito le irrogó perjuicio moral por dos vías distintas y complementarias y que ese perjuicio fue especialmente grave, por cuanto, como dijimos en el fundamento décimo, el asesinato del Sr. A H fue también un acto de agresión contra ella, a modo de venganza o represalia por su actitud hacia el acusado, intentando este hacerla responsable, de un modo retorcido, de la muerte de su tío.

Esta doble condición perjudicial de la Sra. Z B y esa mayor intensidad de su daño moral nos lleva a considerar que es ella, y no su tío D J -del que por cierto, nada sabemos,

más allá de su edad ya octogenaria-, la principal perjudicada por el delito, pese a la mayor proximidad del parentesco del aludido hermano de la víctima. Y siendo ella la perjudicada principal, habrá de ser la indemnización a ella correspondiente -limitada por el principio de congruencia- la que sirva como referente y tope de todas las demás, sin que ninguna pueda ser superior.

DECIMOSÉPTIMO.- Debe señalarse, por último, que a efectos de la cuantificación indemnizatoria resulta mucho más útil a los propósitos de esta sentencia tomar como referencia orientativa las cifras contenidas en concepto de "perjuicio personal básico" en la tabla 1.A del sistema establecido por la Ley 35/2015 que las homólogas del anterior Real Decreto Legislativo 8/2004, aunque las primeras no serían aplicables racione temporis de haber sido el hecho dañoso un accidente de circulación.

La razón de esta preferencia es que el nuevo sistema ofrece dos ventajas indudables: por un lado, la de separar radicalmente, por primera vez, los daños morales de los perjuicios económicos -que en el caso enjuiciado no se reclaman-; por otro, la de atribuir las indemnizaciones de forma autónoma a cada categoría de perjudicados y estrictamente individual dentro de cada una, de forma que el propio derecho al resarcimiento y la cuantía correspondiente a cada perjudicado no dependen ya de la existencia o no de otros de categoría preferente ni del número de personas que se encuentren en la misma situación que él, a diferencia de lo que ocurre en el sistema derogado, pero aún aplicable. Ambos cambios suponen un avance indudable en la adecuada individualización del resarcimiento, por lo que será el de la Ley 30/2015 el sistema que tomaremos como referencia orientativa.

DECIMOCTAVO.- Pese a esta aplicación orientativa, no

puede olvidarse, empero, que es un hecho comúnmente admitido, como ya hemos señalado en el fundamento 15.º, la mayor afflictividad psíquica de los daños causados dolosamente, pues en último término hay siempre un cierto grado de asunción voluntaria, al menos social y abstracta, de los riesgos derivados de la circulación automovilística, que no concurre obviamente en los delitos dolosos, que por ello generan un mayor daño moral. Teniendo en cuenta este factor, las indemnizaciones resultantes de la aplicación del sistema legal de 2015 se incrementarán en un factor porcentual, siguiendo una práctica también consagrada por la jurisprudencia y por la praxis judicial, sirviendo de ejemplo de lo primero la ya citada sentencia 752/2009 del Tribunal Supremo y de lo segundo el acuerdo 13.º de los tomados para unificación de criterios por las secciones penales de la Audiencia Provincial de Madrid el 29 de mayo de 2004.

El factor de incremento se cifrará en este caso en un cincuenta por ciento sobre las cuantías del sistema de 2015; porcentaje sensiblemente superior al treinta por ciento que ha venido constituyendo hasta ahora práctica habitual de este magistrado-presidente y del tribunal profesional que preside, en atención al hecho de que ese incremento porcentual operaba sobre indemnizaciones fijadas conforme al sistema legal de valoración anterior, que implícitamente resarcían no solo el daño moral sino también un perjuicio patrimonial básico o presuntivo, de modo que el incremento resultante representaba una proporción superior de lo que podría considerarse verdadera indemnización por daño moral.

DECIMONOVENO.- Establecidas así minuciosamente las bases a las que ajustaremos nuestra cuantificación indemnizatoria, queda solo aplicarlas a cada uno de los distintos perjudicados y ajustarlas a las

limitaciones determinadas por el principio de congruencia.

1.- A D. D J, el hermano octogenario de la víctima, la tabla 1.A del sistema de la Ley 35/2015 le atribuye una indemnización básica de 15.000 euros, que conforme a la tabla 1.B ha de experimentar un incremento del 25%, al tratarse del único perjudicado de su categoría. Añadiendo a ello el factor corrector extrasistemático por el mayor daño moral de los delitos dolosos, resulta una indemnización final, salvo error aritmético o de cifra, de 28.125 euros (15.000 x 1,25 x 1,5).

2.- Aplicando la analogía iuris justificada en el fundamento 15.º, equipararemos a cada uno de los cinco sobrinos de la víctima a la categoría de "allegados", a los que la tabla 1.A del sistema asigna una indemnización de 10.000 euros; si bien a D.ª N H y D.ª N L, hijas de D. D J, les aplicaremos una reducción porcentual del 25%, por las razones expresadas al final del citado fundamento 15.º Teniendo en cuenta esto y el factor corrector al alza por el carácter doloso del hecho causante, resulta para cada una de las dos citadas una indemnización de 11.250 euros (10.000 x

muerte de su tío a manos de su esposo. A falta de cualquier criterio objetivador en este delicado punto, y aherrojados por la congruencia, fijaremos la indemnización para esta perjudicada en la suma de 30.000 euros que para todos los sobrinos interesa la acusación particular; cifra que respeta así tanto las exigencias del repetido principio de congruencia como, aunque por poco, el criterio que sentamos en el citado fundamento 16.º de considerarla la perjudicada principal."

"QUINTO... En nuestro caso la indemnización responde al indudable daño moral causado a la víctima, ponderando que ésta, de acuerdo a lo declarado en el plenario por las psicólogas que han venido tratándola con posterioridad a los hechos, ha precisado tratamiento psicológico durante dos años por presentar, sintomatología postraumática con sentimientos de vergüenza, tristeza y apatía, lo que revela el sufrimiento psicológico y moral causado a la menor, que además presentaba patologías

La sentencia nº 25/2017, de 9 de noviembre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guadalajara particulariza el concepto de daño moral derivado de un delito de abuso sexual con prevalimiento a una menor de 15 años - acaecido antes de la elevación de la edad considerada con capacidad para consentir de trece, a quince años -, con un retraso mental leve, por una persona afín a la familia y policía local de profesión:

0,75 x 1,5) y para cada uno de los otros tres sobrinos una indemnización de 15.000 euros (10.000 x 1,5).

3.- Como se anticipó en el fundamento 16.º, la indemnización de 15.000 euros cuantificada en el fundamento anterior nos parece sencillamente ridícula para resarcir el daño moral infligido a D.ª Z B por la

previas, considerando que la cantidad de 8.000 euros -algo superior a la de 6000 € solicitada por el Ministerio Fiscal, pero inferior a los 20.000 que solicita la acusación particular) resulta adecuada como compensación por el daño moral sufrido.

Como se dice en la Sentencia de esta Sala de 20 de junio

de 2014 "la jurisprudencia del TS - ATS de fecha 27 de mayo del año 2.004 , entre otros)-viene sosteniendo "... la dificultad de acreditar los daños morales, pues no permiten disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, debiendo atenderse a la gravedad del hecho o a sus connotaciones psíquicas, infiriéndose inequívocamente de los hechos enjuiciados, sin que precisen de prueba plena (STS 17-5-02). Así como la determinación de la responsabilidad civil por daños materiales y físicos económicamente evaluables obedece a criterios compensatorios concretamente establecidos mediante las correspondientes pericias y otros elementos valorativos, así como al costo económico de la asistencia sanitaria y los perjuicios derivados de la pérdida de ingresos, cuando se trata de daños de índole moral, que por su propia naturaleza no son traducibles económicamente y por ello no pueden utilizarse como criterios o bases determinantes de la indemnización los mencionados para los daños físicos y materiales, la única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que éstos son su consecuencia o resultado causal, de tal suerte que la propia descripción del hecho constituye la base que fundamenta el "quantum" indemnizatorio señalado por el Tribunal sentenciador en el ejercicio de una prudente discrecionalidad ... (STS 27-3)

"CUARTO.-... la sentencia recurrida valora de forma conjunta la prueba, y alude a diversas circunstancias -entre las que no se encuentra la falta de mención de correo electrónico del tomador- para llegar a la conclusión de que la solicitud de seguro no fue válidamente formulada y por ello a la inexistencia de la cobertura pretendida. Y así sostiene en su fundamento segundo, en relación con el art. 11 del Reglamento del Seguro Obligatorio :

«Pues bien, en el presente caso cierto es que se emitió una solicitud de seguro del Citroën Xsara Bl....CP que nos ocupa el día 2 de mayo de 2012 y que el siniestro se produjo el último día del plazo de quince días de que venimos hablando, pero lo que no podemos estimar es, coincidiendo en ello con la juzgadora a quo, que se hubiese emitido por el tomador una solicitud con las exigencias de contenido mínimo a que se refiere el antedicho precepto pues quien se presentó como tomador, propietario y conductor, D. Roberto , no ya no era conductor el día del siniestro, lo que no ha de por sí solo impedir considerar que pudiera ser su conductor habitual, sino que no era propietario del vehículo que se pretendía asegurar, constando como tal en el atestado levantado por la Ertzaintza con ocasión de los hechos D.º S , de quien se ignora absolutamente qué relación podía tener con el Sr. R , quien omitió al identificarse como propietario cualquier indicación del concepto por el cual contrataba, no habiéndose

se tampoco traído ningún dato al respecto a las actuaciones. Es de señalar también que el domicilio indicado a efectos de notificaciones resulta ser inexacto como puede comprobarse en la comunicación remitida por correos en fecha 25 de marzo de 2014 (folio 126)».

"La sentencia del Tribunal Supremo 1700/2012 de 24 de septiembre, tras efectuar un análisis de este tipo penal, señala: "estas consideraciones podrían llevar a concluir que el tipo penal es aplicable desde el momento en que el causante de la situación de peligro, se marcha del lugar, sin detenerse a prestar su colaboración en la atención de las víctimas, y sin preocuparse de si efectivamente estaban ya siendo auxiliadas. Esa actitud vulneraría el deber específico e indelegable de solidaridad que constituiría

Solemos pensar que el otrora habitual problema con las solicitudes de seguro es un conflicto ya superado, pero nuestros tribunales aun han de enfrentarse al mismo para establecer que "no todo vale". Sentencia de 13 de Diciembre de dos mil diecisiete del Tribunal Supremo, Sala 1ª:



El artículo 195.3 C.P. delito de omisión del deber de socorro exige el desamparo práctico de la víctima, y nuestros Magistrados - no así las tesis acusatorias - lo discriminan en sus resoluciones. Sentencia nº 250/2017 de 28 de noviembre del 2017 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra:

más que el núcleo de la tipicidad aplicada, el título de imputación. Lo protegido sería el derecho a ser asistido.

No obstante lo cual tal conclusión en este caso ha de ser atemperada... Hay que seguir proclamando desde luego, que la concurrencia de terceros no excluye en un primer momento el deber de auxilio. Pero cuando se está en un sitio tan concurrido como el escenario del accidente, cuando el

responsable del hecho extrae de esa consideración la certeza de que no va a faltar el rápido aviso a los servicios sanitarios y el auxilio inmediato a las víctimas en tanto llega esa asistencia profesionalizada, y además puede intuir razonablemente que su aportación no sólo iba resulta irrelevante, sino que además podía verse anulada por una instintiva reacción contraria de alguno de los presentes, no es desatinado negar

la reprochabilidad penal de la conducta consistente en continuar su marcha... En este caso la conducta no llega a cubrir todas las exigencias del tipo del artículo 195.3, no ya porque la omisión de auxilio por el autor fuese inocua para la vida o salud de las víctimas (lo que no es decisivo), sino por sus más que probables percepciones subjetivas fundadas”.

En el presente caso no cabe ninguna duda de la existencia de numerosas personas en el lugar en el momento del atropello que atendieron inmediatamente a la víctima y avisaron a los servicios de urgencia que acudieron atenderla. No puede concluirse que hubiera habido un desamparo de la víctima. Ello unido a la falta de conocimiento por parte del acusado del alcance del atropello que realizó, de que fuera tan grave, permite establecer, como ha señalado el Alto Tribunal, que

no llega a cubrir la conducta del acusado todas las exigencias del tipo del artículo 195.3 CP. Por lo que procede su libre absolución por este delito.”

tos ha incidido negativamente desde un punto de vista moral en los entonces acusados penalmente y hoy demandantes, considerando la Sala que dicho

¿Es posible contemplar una indemnización de daño moral por dilaciones indebidas? En efecto, y lo recoge la sentencia de 21 de noviembre de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) de la Audiencia Nacional:

“CUARTO.- Las resoluciones impugnadas han reconocido una dilación indebida de siete años en el proceso penal de referencia y concedido una indemnización de 21.000 € en concepto de daño material, cuya indemnización no es aceptada por la parte actora, que en la demanda impetra la cantidad de 296.047,53 €.

“En primer lugar, el daño moral. Por este concepto las resoluciones combatidas no han otorgado indemnización alguna al considerar que la pretensión actora está huérfana de prueba. La Sala no comparte este punto de vista de la Administración demandada. Las propias resoluciones recurridas han reconocido una dilación indebida de siete años en la tramitación del proceso penal en el que los demandantes se vieron inmersos sucesivamente como imputados y acusados por una serie de cargos penales. Los entonces acusados tenían el deber o carga de soportar la tramitación del referido proceso penal, pero bien se entiende que dicho deber o carga se limita a la tramitación normal del procedimiento y no se extiende a una duración del mismo que exceda de los límites representados por el estándar del servicio público. Con arreglo a máximas de experiencia y pautas lógicas es de entender que una dilación indebida de siete años en un proceso penal cual el de au-

daño moral que ha afectado a cada uno de los demandantes merece una indemnización en cada caso de 24.500 €, cuya indemnización para cada uno de los interesados resulta de aplicar el baremo que usualmente utiliza este Tribunal en bien de los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley y teniendo en cuenta el número de años de dilación indebida como factor multiplicador. En definitiva, se reconoce a cada uno de los demandantes por este concepto de daño moral una indemnización de 24.500 €, lo que hace un total de 98.000 €.”

“El lapso de tiempo transcurrido desde que la Administración debió reconocer la homologación, una vez interesada por la Sra. Eugenia, y el momento en que dicha homologación se produjo en ejecución de la sentencia citada, evidencia que la actora estuvo indebidamente privada del título durante dicho período como consecuencia de una actuación administrativa ilegal, lo que pone de manifiesto, a su vez, la potencial causación de un perjuicio indemnizable toda vez que la interesada no tenía el deber jurídico de soportarlo pues, ni derivaba de su propia actuación, ni traía causa de fuerza mayor.

Tales certificaciones prueban, a juicio de esta Sala, que la negativa de la Administración a la homologación produjo a la recurrente un perjuicio identificable con las menores retribuciones percibidas, es decir, un lucro cesante, cuya relación causal con la actuación administrativa es clara. Constituyen una prueba eficaz a tal efecto pues ponen de manifiesto la reducción de sus remuneraciones como consecuencia de no haberse producido la homologación y, al propio tiempo, el incremento de las retribuciones desde que se acreditó aquélla.

La actora recurre la desestimación de su reclamación de responsabilidad patrimonial por razón de los daños sufridos como consecuencia de haberse denegado por el Ministerio de Educación y Ciencia la homologación de su Título de Bachelor of Science in Technical Architecture, - de la Universidad de Wales - al título español de Arquitectura Técnica.

La petición de homologación la realizó en noviembre de 2006, la Audiencia Nacional la estimó parcialmente en sentencia de 22 de noviembre de 2010, y en 2013 no obstante el Ministerio vuelve a denegarla, precisando nueva sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de noviembre de 2014, interpuesta a petición de responsabilidad patrimonial, es rechazada por el Ministerio el 16 de agosto de 2016, y se decidirá por sentencia de la Sección 6ª de la sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional:

En cuanto a los daños morales, razona la demandante que, a consecuencia de impedírsele por la Administración ejercer las actividades para las que habilitaba su título académico, habría soportado ... un sufrimiento moral que no tiene ninguna obligación jurídica de soportar, y que por ello debe ser indemnizado..., añadiendo que ... el sufrimiento psíquico de verse obligada durante años a desarrollar actividades de muy inferior cualificación a aquellas habilitadas por el título académico que la Administración se negó, sin fundamento, a homologarle, le generaron una situación de desequilibrio psíquico que hizo precisa la intervención de especialistas en psicología clínica. Y a tal efecto acompaña informe emitido por Psicólogo Especialista de fecha 22 de octubre de 2015 (folios 42 y 43 del expediente administrativo).

En este caso, entendemos que la reclamación en esa cuantía carece de cualquier soporte fáctico. En primer lugar, ha de coincidir con la Administración cuando destaca la circunstancia de que no existen antecedentes documentales de los supuestos desequilibrios producidos, pese a la gravedad de los que describe el informe que alude a ... varias intervenciones de carácter tanto diagnóstico como psicoterapéutico, con el objetivo de recuperar un estado emocional de tipo ansioso-depresivo, de elevada gravedad, que, a juicio del citado Especialista, configuraba un episodio vital con marcada pérdida de autoestima típico del denominado trastorno por estrés posttraumático..., y a una situación ... que se cronificó en una etapa posterior, más dañina y psicológicamente erosiva, por reiterados intentos frustrados, perpetuando el carácter invalidante...

No obstante, sí debe suponerse que la realización de tareas laborales de inferior cualificación a la correspondiente a los estudios propios del

título de Arquitecto Técnico implican un sufrimiento que debe ser indemnizado en aras de una reparación integral del daño, cifrándose el mismo en la cantidad de 6.000 euros.”

según su edad y patología, y considerando esa zozobra y peregrinaje hospitalario, hemos de estimar ajustado y proporcionada la indemnización total, por todos los conceptos reclamados, de 20.000 euros,

De pérdida de oportunidad, zozobra, peregrinaje hospitalario, y daño moral, trata la sentencia nº 757/2017, de la Sección Única Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Oviedo), de 29 de septiembre de 2017, respecto del fallecimiento del marido y padre respectivo de los reclamantes, consecuencia de cáncer de páncreas, por un error de diagnóstico:

“Por tanto, considerando el baremo de indemnizaciones de tráfico aplicado literalmente por la administración y por la aseguradora con carácter orientativo, puesto que junto a la pérdida de oportunidad que objetivamente sufrió la paciente a raíz del informe deficiente de Marzo de 2013 hemos de añadir el plus de específica lesión moral de la zozobra y deambular de la paciente que, ante la persistencia de su dolencia, tuvo que acudir a la sanidad privada con retorno infructuoso ante la agravación a la sanidad pública que, por añadidura tampoco le ofreció respuesta clara de posibles salidas y que la llevaron a seguir con el tratamiento de la sanidad privada. Así pues, teniendo en cuenta ese error de diagnóstico por informe errado que frustró la posibilidad de intervención quirúrgica, así como aceptando esa tasa de supervivencia a 5 años del 9%

a razón de 10000 euros para el esposo y de 5000 euros para cada hijo. Dichas cifras han de entenderse como deuda de valor y actualizadas.”

“Concretamente, durante la práctica de la cesárea en la que se utilizaba un bisturí eléctrico se produjo un incendio que causó a la hoy actora las quemaduras y otros daños por los que reclama ser indemnizada.

Pues bien a la hora de resolver la controversia enunciada debe partirse de la finalidad que debe cumplir la indemnización derivada del funcionamiento de la Administración que causa un daño, que no es otra que la reparación integral del daño causado (artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , aquí aplicable), lo cual supone que si bien son deseables

Muestra cierta de que conceptos como “reparación integral”, “estar siempre a las concretas circunstancias del caso”, “baremo” son utilizados y aplicados “pro domnato” por la jurisdicción Contenciosa-Administrativa, es la sentencia nº 1055/2017, de 28 de septiembre de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid:

critérios objetivos que sirvan para evaluar el mismo, ha de estarse siempre a las concretas circunstancias de cada caso, sin poder evitar un cierto margen de discrecionalidad y subjetividad.

En el caso que nos ocupa, los propios médicos forenses han declarado que su valoración se basa en el baremo y que no han tenido en cuenta circunstancias particulares porque para ellos una lesión de determinadas características vale lo mismo (valor objetivo), sin atender a otras circunstancias porque ello implica una valoración jurídica que ellos no pueden hacer.

Desde este punto de vista nos parece que la indemniza-

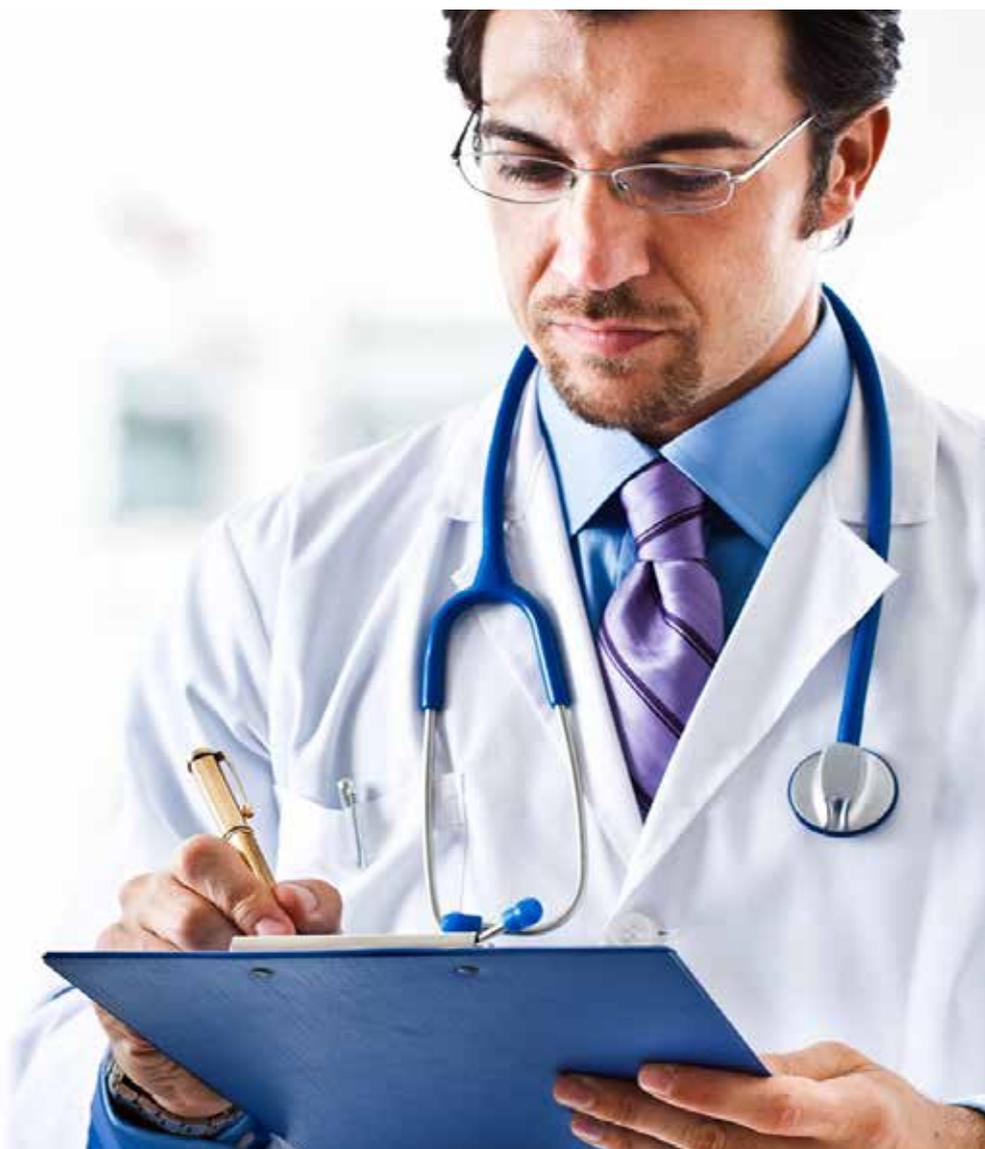
ción que reconoce la Administración con base en ese informe no responde al principio de reparación integral del daño causado, precisamente por no adaptarlo a las circunstancias particulares del caso por lo que la misma debe ser corregida.

En esta labor individualizada de la valoración del perjuicio estético nos parece de interés destacar que los médicos forenses sí están de acuerdo en que la cicatriz que presenta la actora es "repulsiva" y que "se queda en la retina", aspectos destacados también por el perito de la parte actora.

Igualmente debe tenerse en cuenta el lugar del cuerpo donde está la cicatriz (cara lateral externa del muslo izquier-

do), que es una zona expuesta, sus dimensiones (28 cm x 9 cm), que se ve desde lejos, así como la edad de D^a R (36 años al tiempo de los hechos).

Estas circunstancias que son las únicas que podemos calificar de objetivas y por ello acreditadas, no nos permiten valorar la lesión en la cantidad que solicita la parte actora, pero sí aumentar la reconocida por la Administración en 2000 euros, que es la cantidad que, a nuestro juicio, deben valorarse las circunstancias particulares que en este caso concurren y que no fueron tomadas en consideración por los médicos forenses en su informe."



El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala sexta) en Sentencia de 20 de diciembre de 2017, se pronuncia sobre una petición de decisión prejudicial en el marco de un litigio entre una aseguradora, Unespa, y el actor respecto del abono de una indemnización en el marco del Seguro obligatorio, y un accidente ocurrido en un campo de maniobras militares, en Chinchilla (Albacete), con un todo terreno Anibal, que vuelca en una zona destinada a vehículos de cadena:

“El artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2009/103 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite excluir de la cobertura del seguro obligatorio los daños producidos con ocasión de la conducción de vehículos automóviles por vías y terrenos no «aptos para la circulación», salvo aquellos que, sin tener tal aptitud, sean no obstante «de uso común.»

“El hecho de que, como se desprende del auto de remisión, el vehículo en cuestión circulara, cuando volcó, por un campo de maniobras militares cuyo acceso estaba prohibido a todo vehículo no militar y en una zona de dicho campo que no era apta para la circulación de vehículos de ruedas no puede influir sobre esta conclusión ni, por lo tanto, limitar la obligación de seguro que se desprende de esta disposición.”

“Finalmente, destaca que la normativa española supone que el alcance de la cobertura del seguro obligatorio dependa de las características del terreno en el que se use el vehículo del automóvil.”

“Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que el alcance del mencionado concepto no depende de las características del terreno en el que se utilice el vehículo automóvil (sentencia de 28 de noviembre de 2017, Rodrigues de Andrade, C 514/16, EU:C:2017:908, apartado 35).

Además, ninguna disposición de la Directiva 2009/103 limita el alcance de la obligación de seguro, y de la protección que esta obligación pretende conferir a las víctimas de accidentes causados por vehículos automóviles, a los casos de utilización de estos vehículos en determinados terrenos o en determinadas vías (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de noviembre de 2017, Rodrigues de Andrade, C 514/16, EU:C:2017:908, apartado 36).”

En el desgraciado suceso fruto del cual una interna del Centro penitenciario de Málaga es encontrada colgada de una sábana atada a la parte superior de la litera, tras ello, su familia reclamó indemnización por responsabilidad patrimonial que resolvió la Sentencia de 8 de noviembre de 2017 la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional:

“SEGUNDO.- Reconocida en vía administrativa la concurrencia de los condicionamientos legales exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, la cuestión litigiosa queda circunscrita, exclusivamente, a valorar si la cuantía económica fijada en el acto impugnado reúne los caracteres de reparación integral que dimana de esta institución.

En todo caso, la cantidad resultante de aplicar tales pre-

cedentes y baremos ha de atemperarse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial.

En el supuesto de autos la parte actora se limita a afirmar de forma apodíctica que el daño moral de los actores por el fallecimiento de su madre asciende a la suma de 300.000 euros, y se opone a la aplicación del baremo previsto en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, lo que no es correcto a tenor de la constante doctrina jurisprudencial que estima adecuado acudir a dichos baremos como criterio interpretativo, y, en segundo término, se limita a negar la concurrencia de culpas, cuando es un hecho incontrovertido que el fallecimiento de la interna devino por su propia voluntad de poner fin a su vida, y como hemos dicho en sentencias anteriores, baste a título de ejemplo la Sentencia 30 de marzo de 2011, recurso 861/2009, en un supuesto similar:

“ A juicio de esta Sala para la determinación del quantum indemnizatorio en el supuesto de autos ha de tenerse presente las circunstancias personales y familiares de la fallecida, las concurrentes en los perjudicados por su muerte, en el que es preponderante la existencia de una hija menor de edad, y la importante incidencia que la propia finada tuvo en resultado Lesivo... estimando correcta la fijada en 20.000

Curiosamente, -la responsabilidad patrimonial tiene importantes matices propios respecto de la Civil (y coincidencias)-, la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 5ª, Sentencias de 2 y 22 de noviembre de 2017, en ponencias de los Ilmos Sres. García de Paredes, y Benito Moreno, coinciden al enjuiciar dos supuestos acaecidos en el año 2012, el primero relativo al fallecimiento acaecido en la fragata "Blas de Lezo", y el segundo relativo a la congelación de extremidades y estrés postraumático de una militar del Batallón de Cazadores de Montaña, en Benasque. La primera Sentencia no apreció responsabilidad, pero llega a la misma conclusión que la segunda:

"DÉCIMO.- En efecto, como ha recordado esta Sección en sentencias anteriores, en casos como el que ahora se examina, la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura con un carácter complementario con respecto a los medios de reparación específicamente previstos para ello, en el sentido de que sólo si con los mecanismos específicos no se cubre todo el daño causado entrará en juego aquel otro previsto con carácter general y que sirve para obtener la reparación integral.

Ello hace necesario que el demandante acredite, puesto que es quien lo alega, que el daño causado por el funcionamiento de los servicios públicos no ha sido totalmente reparado por el cauce específico, pues lo contrario, además de suponer un enriquecimiento injusto, hace que no se reúnan los requisitos establecidos normativamente para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial general y su consiguiente obligación reparadora.

En definitiva, que se trata de dos títulos indemnizatorios distintos, criterio éste de compatibilidad que se ha seguido en innumerables Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Audiencia Nacional, y es pacíficamente, por hacer cita de las más recientes, las referidas a las indemnizaciones como consecuencia del accidente en el

Campo de Tiro de "El Palancar" de la Academia de Ingenieros del Ejército de Tierra en Hoyo de Manzanares (Madrid), con el resultado de cinco militares fallecidos y varios heridos.

Al respecto afirma la STS de 20 de mayo de 1996 que:

"La necesidad de evitar el enriquecimiento injusto comporta el principio de la compensación con otras reparaciones surgidas de regímenes jurídicos y por títulos ajenos al de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: el principio «compensatio lucri cum damno». No obstante, el mero reconocimiento legal de aquéllas no lleva consigo una exclusión del régimen de responsabilidad patrimonial. Sólo será así cuando la ley lo prevea o cuando las circunstancias del caso concreto demuestren que se ha llegado a una reparación total confrontando la valoración de los daños y perjuicios causados con la cuantía de la indemnización o compensación obtenida. En los demás casos, se impone únicamente el tener en cuenta la reparación obtenida por otros conceptos al hacer las valoraciones encaminadas a determinar la cuantía de la indemnización procedente a título de responsabilidad patrimonial".

En el caso que nos ocupa, a la actora se le ha reconocido una pensión extraordinaria

de retiro por inutilidad para el servicio por un importe mensual de 2.736,65 euros, en catorce pagas y no sujeta a IRPF, pero sí afectada por el límite legal establecido en las normas presupuestarias, que en el año 2015 se establece en 2.560,88 euros mensuales.

Así, hay que entender que a pesar de los gravísimos perjuicios sufridos por la reclamante como resultado del siniestro, las cantidades que le han sido reconocidas a través de las correspondientes vías específicas de reclamación no permiten justificar el reconocimiento de una indemnización complementaria con fundamento en el instituto de la responsabilidad patrimonial."

La primera Sentencia añadió:

Por último, hemos de señalar que, a la hora de acudir a estos parámetros con el fin de apreciar la reparación integral de los daños, incluidos los morales solicitados por los recurrentes, tenemos en cuenta lo prescrito en el Art. 34.2 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, también como criterio interpretativo, que dispone: "2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social."

"Las STS de 18 de octubre de 2001 y 4 de octubre de 2004, en relación al denominado contrato "de hospitalización" o "de clínica" establecen que: "... constituye un contrato atípico, complejo, perfeccionado por el acuerdo de voluntades entre el paciente y una clínica privada, que puede abarcar la presta-

La Sentencia nº 500/2017, de 5 de julio de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona hubo de resolver sobre la reclamación de la Fundación Privada Institut de Neurorehabilitació Guttman frente a quien sufrió un accidente de tráfico - y recibió su atención especializada durante un año - como ocupante de una motocicleta asegurada en SOVAG, y tras una primera instancia penal y absolució, la aseguradora y la lesionada alcanzaron un acuerdo por todos los conceptos; si bien quedó impagada la atención de la clínica, arguyendo la deudora la prescripción, que prosperó a la instancia, no así en apelación:

ción de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado, pero que, en todo caso, comprende los llamados extra médicos (de hospedaje o alojamiento) y los denominados asistenciales o paramédicos. Y aunque también puede abarcar los actos pura y estrictamente médicos, para ello es necesario que el paciente haya confiado a la clínica su realización por medio de sus propios facultativos”.

Como señala la SAP Vizcaya, sección 4, del 21 de noviembre de 2016 (ROJ: SAP BI 2100/2016), la jurisprudencia distingue entre el tratamiento facultativo en el marco de una relación clásica médico-enfermo, supuesto típico en los que la norma civil acude a la prescripción trienal, con aquel otro en que superando el acto médico, incluso en sentido amplio como la intervención quirúrgica, comprende distintos y variados servicios de asistencia hospitalaria que los pacientes obtienen en el marco de una infraestructura sanitaria en la que se encuentran hospitalizados, supuestos a los que

se aplica el plazo general de prescripción de las acciones personales. La sentencia citada recoge muchas otras que se pronuncian en este mismo sentido, como la SAP de Elche de 27 de mayo de 2016 , la SAP Navarra 18 noviembre de 2014 , la SAP Baleares del 15 de septiembre de 2014 , la SAP de Huesca 29 de abril de 2013 , la SAP de Murcia de 7 de mayo de 2013 , la STSJ de Navarra de 2 octubre de 2012 , entre otras.

En concreto, la SAP Baleares, sección 3, del 15 de septiembre de 2014 (ROJ: SAP IB 1761/2014) declara que: “La prestación de un acto médico en el entorno de la clásica relación medico-enfermo, que son los casos que sujeta la norma civil a la prescripción trienal, no debe confundirse con los distintos y variados servicios de asistencia hospitalaria que los pacientes obtienen en el marco de una infraestructura sanitaria en la que se encuentran hospitalizados, definiéndose el llamado contrato de clínica o de hospitalización, conforme a la STS de 11 de noviembre de 1991 como un contrato atípico

y complejo que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, los extramédicos (hospedaje y alojamiento) y los denominados asistenciales o paramédicos, además de los estrictamente médicos”.

CUARTO.- En el presente caso, el servicio médico que nos ocupa no lo constituye un acto médico aislado, ni se trata de una consulta médica que pueda considerarse como servicios prestados por un facultativo determinado. El ingreso en el Instituto Guttman en el que la demandada recibió durante casi un año alojamiento, alimentación, medicinas, asistencia de enfermería, curas, servicios colaterales de análisis, radiografías..., además de asistencia sanitaria y rehabilitadora por personal integrado en equipos médicos especializados, debe calificarse como un contrato de hospitalización al que nos hemos referido, por cuanto se trata de un contrato complejo que excede de la simple reclamación de honorarios profesionales.”





entrevista a...



TOMÁS GARCÍA FERREIRO

por M^o Carmen Ruiz-Matas Roldán

Socio fundador de FBA Consulting

Doctor en Farmacia en España, Tomás García Ferreiro se formó en Estados Unidos, concretamente en Nueva York (New York University, NYU) donde realizó un Master en gestión (MPA). Tras finalizar sus estudios fue adquiriendo experiencia profesional en importantes centros de esta ciudad, y posteriormente en España. Completa su formación con un postgrado en estadística y demografía, cursos en Control de Calidad y en Estadística en Gestión y Medicina.

Responsable de proyectos de I+D+i de FBA Consulting, ha sido entre otros el director de desarrollo del proyecto de i+d+i INDAGA . INDAGA es el software líder de satisfacción de clientes con benchmarking en 10 países.

¿En qué basa su negocio FBA Consulting?

FBA Consulting es una consultora que se dedica a proporcionar información p.ej. a los despachos de abogados, sobre todo lo relacionado con la opinión de sus clientes. Hemos aportando nuestra experiencia y conocimientos adquiridos en otros países como Estados Unidos a la hora de mejorar sistemas de benchmarking, de recomendación, captación y fidelización de clientes.

¿Qué ofrece FBA al sector de despachos de abogados?

Le ofrecemos alertas inmediatas de clientes insatisfechos, datos de benchmarking comparativos de nuestra base de datos de despachos de

abogados, tanto globales como por especialidad, p.ej. laboral, fiscal, etc. Información que llega a un magnífico nivel de detalle, con resultados por abogado, procurador, aseguradora, etc., facilitando el data mining, que frecuentemente nuestros clientes no son capaces de hacer por sí mismos. El software que utilizamos para todo esto se denomina INDAGA. INDAGA incluye además un módulo que permite aumentar el número de clientes a través de una mayor fidelización por medio de publicidad o cupones personalizados.

¿Cómo funciona INDAGA?

INDAGA tiene 3 módulos: Para la medición, se utilizan móviles tanto Android como iPhone, con el software INDAGA CAPTURE SMS. Para el aná-

lisis e informes, se utiliza INDAGA ANALYTICS para generar informes e INDAGA MOBILE como app para móviles (iOs y Android). El cliente al final del proceso recibe un SMS con el link del cuestionario. Hace clic en él y se despliega la encuesta. Al finalizar la encuesta puede ver una imagen publicitaria y/o un cupón de texto que alimenta el despacho online en la plataforma INDAGA. Esta publicidad se puede segmentar por perfil del cliente. Una vez contesta se pueden ver los resultados y alertas con INDAGA ANALYTICS e INDAGA MOBILE.

Puede obtener más información y ver un video de INDAGA en:

<https://fba-consulting.com/despachos>

¿En qué valores se sustenta FBA Consulting?

Rigurosidad en nuestro trabajo, flexibilidad ante nuestros clientes e innovación constante.

FBA está comprometida con la innovación, ya que dedicamos más de un 20% de nuestra facturación a I+D+i. Esto hace que nuestras tasas de respuestas en las encuestas con INDAGA son más del doble del mercado, y nuestros CTR (click to rate, es decir las personas que hacen click en la publicidad) casi el triple de lo que puedas ver en otras herramientas. No conocemos otra herramienta en el sector que tenga la capacidad de análisis en tiempo real de INDAGA.

¿De qué manera su consultora ayuda a mejorar a la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro, y al sector de despachos de abogados en general?

Proporcionamos tanto a la Asociación como al sector en general una herramienta que les permitirá conocer como es la satisfacción de los clientes en el sector, y de forma individual conocer como está posicionado un despacho en particular respecto a los resultados del sector. Y en cada despacho podrán conocer los resultados de satisfacción de sus clientes y comentarios sobre sus abogados y procuradores. Nuestro trabajo compila toda la información disponible sobre esa experiencia, y entrega en tiempo real a nuestros clientes información sobre qué ha sucedido, cuándo, a quién, y por quien. La información de cada despacho es lógicamente confidencial. Cada despacho podrá saber cómo está el sector, pero sin identificar cada resultado individual con un despacho determinado.

Cada vez, más y más de nuestros clientes hacen corresponsables a sus proveedores. Por

ejemplo, ponen objetivos de satisfacción a sus abogados, u otros profesionales y cuando no se alcanzan, imponen una penalización por contrato. Y cada año que pasa, un número creciente de nuestros clientes hacen asumir a sus propios profesionales que lo satisfechos que salgan sus clientes va a repercutir en el negocio. Por eso es clave tener información no a nivel global, sino a nivel de cada área y abogado.

¿Cuánto tiempo lleva FBA Consulting?

Llevamos haciendo esto 17 años, mejorando continuamente INDAGA desde que se fundó la empresa en el año 2000. A lo largo de este tiempo nos hemos posicionado como líderes en España en la medición de satisfacción de clientes, y, al mismo tiempo, nos hemos expandido a los países más importantes de Latinoamérica.

¿A qué se debe la clave de su éxito?

Ofrecemos un servicio creado específicamente para este sector. Hemos validados psicométricamente los cuestionarios, ofreciendo una metodología común a todos nuestros clientes, y siendo capaces de hablar en el mismo lenguaje que nuestros clientes, al conocer sus necesidades. También me gustaría destacar el hecho de que somos la única empresa que posee un benchmarking del sector, con datos comparativos por área (laboral, fiscal, etc)

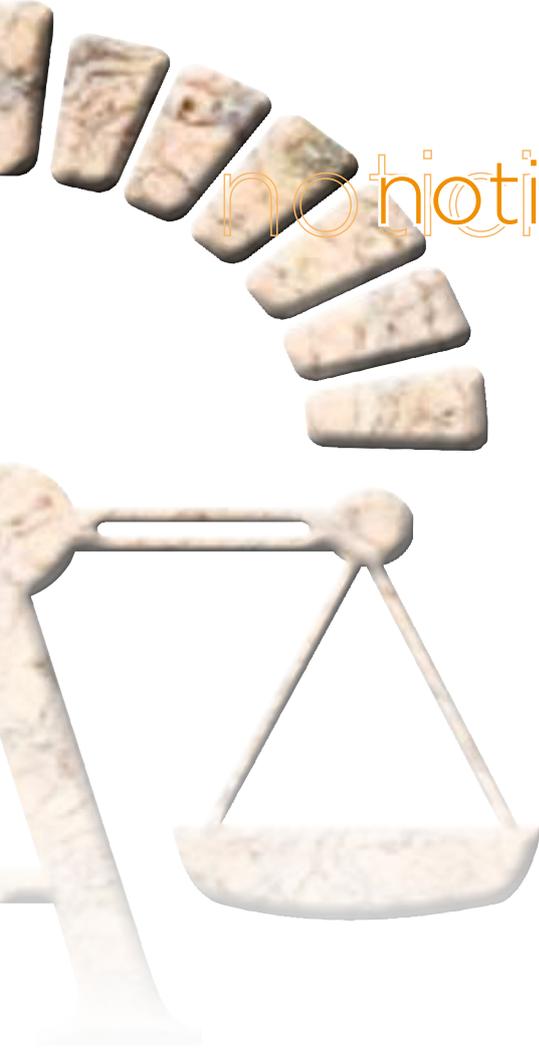
¿Qué es el benchmarking?

Supone estudiar a las organizaciones y utilizar sus mejores prácticas como un estándar comparativo al cual llegar o bien superar. Para ello se deben conocer a las mejores organizaciones, sus resultados y que es lo que hacen para obtenerlos. El benchmarking es por tanto un proceso para evaluar los servicios y procesos de trabajo de las organizaciones que son reconocidas como representantes de las mejores prácticas, con el propósito de realizar mejoras organizacionales.

¿Cuáles son sus tarifas?

Hemos firmado un acuerdo con la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro con un descuento de un 30% sobre nuestras tarifas estándar para el sector. Esto es un precio tremendamente competitivo. Todo esto es lo que nos ha hecho líderes en la medición de la experiencia de los clientes en España primero, y desde hace ya 3 años en Latinoamérica.

noticias y actividades



ACTA DE ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS, CELEBRADA EN VITORIA EL DÍA 16 DE NOVIEMBRE DE 2.017

1) Lectura y aprobación del Acta de la sesión anterior de 10 de noviembre de 2.016, correspondiente al XVI Congreso.

A continuación por Andrés Cid Luque, Vicepresidente de la A.E.A.E.R.C y S (en ausencia por motivos personales del Secretario de Actos José M^a Hernández-Carrillo Fuentes) se da lectura del Acta de la Asamblea General celebrada en Málaga el pasado 10 de noviembre de 2.016, que es aprobada por unanimidad sin ningún voto en contra ni abstención.

2) 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, y nuestro Presidente D. Mariano Medina Crespo, se dio cuenta de las siguientes actividades:

- a) Celebración en Granada de las Jornadas conjuntas España y Reino Unido, si bien, debido a las incidencias en esas fechas del Brexit, hubo una minoritaria asistencia británica.
- b) Se informó de que para la Comisión de seguimiento del Nuevo Baremo de accidentes de tráfico nuestra Asociación propuso al Sr. López García de La Serrana, que finalmente fue

nombrado para ello por la Dirección General de Seguros y el Ministerio de Justicia. Igualmente se informó que dicha Comisión de Seguimiento estaba elaborando el CODIGO DE BUENAS PRACTICAS para la aplicación del nuevo Baremo., siendo esta la nueva forma de legislar EX POST.

- c) Como novedades, se comentó la creación de una nueva página WEB de la Asociación, que era más versátil y más fácil para interactuar; así como del Facebook de la Asociación para poder pasar más noticias y dar más difusión a las sentencias interesantes.
- d) Se han entregado a los asociados y congresistas, nuevos regalos elaborados por la Asociación, consistentes en libros de Valoración de Daños, block de notas y alfombrillas para el ratón del ordenador.
- e) Se informó igualmente de la asistencia e intervención de los representantes de la Asociación en las Jornadas de Madrid.
- f) Se dio la palabra a la compañera de Vitoria Susana Sucunza, quien junto al Secretario General, informaron sobre la magnífica bolsa que se le entregaría a todos los congresistas (la más completa de los congresos celebrados hasta ahora) también se explicaron las diferentes actividades que se iban a desarrollar durante el actual Congreso de Vitoria.
- g) Se hizo un agradecimiento masivo de toda la asamblea, a la magnífica organización que efectuó el compañero de Málaga Andrés López Jiménez en el anterior congreso, el cual fue un auténtico éxito de asistencia y de eventos programados.

3) Análisis del gasto 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 Don 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 entregadas por el tesorero del Congreso de Málaga, y 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, destacar, que fruto del rigor en la gestión se obtuvo superávit. Son no obstante detalladas por el Secretario General, y aprobadas por unanimidad. Haciendo constar expresamente la felicitación del colectivo.

4) Presupuesto de 2.018.

Se excusó su presentación, postergando su envío en el futuro.

5) Congreso próximo y años venideros.

Se informó del inicio del desarrollo del Congreso del próximo año en la ciudad de Gijón, que está bastante avanzado.

En lo referente al futuro congreso del año 2019 se propuso la ciudad de SEVILLA, y paso a defender la propuesta el compañero José Manuel Sánchez Carrillo, exponiendo un video de su ciudad, e informó que había sido ratificada la propuesta por la Junta de Gobierno de su ciudad, y que tenía el respaldo y apoyo del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla.

6) Ratificación en su caso del Vocal de Tenerife D. Francisco José Ledesma de Taoro, que fue nombrado en la última asamblea celebrada en Málaga.

Se ratificó por unanimidad el nombramiento.

7) Nombramiento de Vocal de Cataluña y vocalía de Alemania.

Se propusieron y fueron aprobados por unanimidad a D. José Pérez Tirado para la vocalía de Cataluña, y a D. Carlos Moratorios Meissner para la de Alemania.

8) Ruegos y preguntas.

- a) Por el compañero Andrés Vargas se propuso que los asociados que cumplieren 70 años, quedasen exentos del abono de la cuota de la Asociación. Después de un debate, se acordó que así fuese, si bien, que para ello, tenía que haber estado inscrito con 5 años de antelación. Se aprobó por unanimidad, con el voto de abstención de nuestro Presidente D. Mariano Medina Crespo.
- b) Por el compañero José Pérez Tirado se propuso que se divulgase una ENCUESTA del R-D 1.148/2015, y se pasó al debate, sobre si deberían ser las respuestas anónimas o con nombre, y si se divulgarían los resultados de la misma, así como quien podría tener acceso a los resultados y conocimiento del contenido de las mismas, así como si podían ser solo para asociados, o abogados en general.

Se aprobó por unanimidad, salvo un voto de abstención, de que las respuestas, solo tendrían una persona que conociera su contenido, que sería el Secretario General de la Asociación, que en ningún caso se divulgarían, bajo ningún concepto la autoría del encuestado, y que se daría publicidad únicamente a resultados globales de la encuesta, aceptándose que pudiesen participar colegiados de fuera de la Asociación, si así estuviesen interesados; por lo que se comenzaría a dar publicidad de las preguntas de la encuesta.

Terminada la Asamblea, por el Sr. Presidente D. Mariano Medina Crespo, se da por concluida la XVII Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros.



XVII CONGRESO NACIONAL ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO, 16, 17 Y 18 DE NOVIEMBRE EN VITORIA-GASTEIZ.

El pasado mes de noviembre tuvo lugar la XVII edición del nuestro Congreso Nacional, cita de referencia nacional para los profesionales del derecho de RC y del seguro a la que asisten cada año más de 400 abogados especialistas en responsabilidad civil.

Este XVII Congreso Nacional fue dirigido por D. Javier López y García de la Serrana, secretario general de la Asociación, y Dña. Susana Sucunza Totoricagüena, vocal de la Asociación en Euskadi, y contó con la intervención de destacados especialistas en la materia como D^a M^a Ángeles Parra Lucán, magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, D. Eduardo Baena Ruíz, magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, D. Jesús Alfonso Poncela García, magistrado de la Audiencia Provincial de Álava, D. Antonio Marín Fernández, magistrado de la Audiencia Provincial de Cádiz, D. Juan José Pereña Muñoz, Fiscal Jefe de Salamanca, D. Mariano Yzquierdo Tolsada, catedrático de Derecho Civil, D. José Antonio Badillo Arias, Director del Consorcio de Compensación de Seguros en Madrid y director de la revista RC de Inese, D. Alberto Pérez Cedillo, vocal de la AEAERCS en Inglaterra, D. Lutz Carlos Moratinos Meissner, vocal de la AEAERCS en Alemania y D. Mariano Medina Crespo, presidente de la AEAERCS.

El congreso contó con 9 ponencias de gran nivel en las que se analizarán temas de actualidad dentro del mundo de la Responsabilidad Civil como son: “Cumplimiento normativo (compliance) y responsabilidad civil”; “La Carga de la prueba de la relación de causalidad. Valoración de los informes periciales”; “La falsa responsabilidad civil en el proceso penal (ineficacia de contratos, implicaciones registrales de las sentencias penales, declaraciones dominicales y aspectos de estado civil)”; “Las indemnizaciones por accidentes de tráfico en Inglaterra y Alemania. Cómo se cuantifica y cómo se reclama”; “Accidentes de trabajo causados por vehículos a motor: delimitación de responsabilidades y coberturas”; “Puntos oscuros del nuevo sistema de valoración de daños y perjuicios personales en accidentes de circulación”; “La integridad reparatoria del daño corporal y la malversación de la Compensatio lucrum cum damno”; “Treinta años de la Directiva de Producto para acabar aplicando el artículo 1902 CC en la RC de Producto”; “La transparencia en los contratos de seguro y la lesividad de las cláusulas que dejan sin contenido los mismos. Última jurisprudencia en materia de seguros”.

En la segunda jornada, además de las ponencias organizadas se llevó a cabo una mesa de trabajo sobre las “Solucio-

nes alternativas para la reparación del daño”, en la que participaron D. Gonzalo Iturmendi Morales. Abogado - Mediador de conflictos, D. Martín Garziandia. Abogado. Síndico, defensor vecinal del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz y D. Iñaki Subijana Zunzunegui. Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, debatiendo, respectivamente, sobre la mediación de conflictos de Responsabilidad Civil, el derecho Colaborativo en la Responsabilidad Civil y las aportaciones de la justicia restaurativa al Derecho de daños.

La noche del jueves día 16, se celebró un coctel de bienvenida en el Centro-Museo Vasco de Arte Contemporáneo, Artium, museo dedicado al arte y la cultura contemporáneas ubicado en Francia Kalea, 24 Vitoria-Gasteiz, y posteriormente se disfrutó de la actuación musical del Grupo Lobo & Carmine en Green Bay. El viernes 17, tras la clausura del Congreso, tuvo lugar la celebración de la esperada Cena de Gala con la actuación de Tribus Ocultas en el Hotel Jardines de Uleta Suites.

Y cerrando el programa, el sábado día 18, los asistentes se desplazaron a la Rioja Alavesa para disfrutar de una visita guiada por la villa de Laguardia y de una visita con almuerzo a las impresionantes Bodegas Del Marqués de Riscal.

XVII Congreso Nacional Asociación Española de Abogados

Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

16, 17 y 18, Noviembre 2017

El Congreso en imágenes

Inauguración



Entrega de Acreditaciones



1ª PONENCIA
D. Jesús Alfonso Poncela García
Magistrado de la Audiencia Provincial de Málaga



2ª PONENCIA
D. Antonio Marín Fernández
Magistrado de la Audiencia Provincial de Cádiz



3ª PONENCIA
D. Mariano Yzquierdo Tolsada
Catedrático de Derecho Civil





Ambiente de la 1ª, 2ª y 3ª Ponencias



Cóctel bienvenida



5ª PONENCIA

*Jose Antonio Badillo Arias
Profesor de Derecho Mercantil
Director de la revista RC de Inese*



6ª PONENCIA
*D. Juan José Pereña Muñoz
Fiscal Jefe de Salamanca*

**MESA REDONDA**

*D. Gonzalo Iturmendi Morales - Abogado-Mediador de conflictos
D. Martín Gartzandia - Abogado-Síndico, defensor vecinal del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz
Dña. Susana Sucunza - Toticagüena, vocal de la Asociación en Euskadi
D. Iñaki Subijana Zunzunegui - Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa*





7ª PONENCIA
D. Mariano Medina Crespo
Presidente de la AEAERCS



8ª PONENCIA
Dª Mª Ángeles Parra Lucán
Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo



9ª PONENCIA

D. Eduardo Baena Ruíz. Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo

**Coctel Precena**

CENA DE GALA















Excursión acompañantes



Excursión del Sábado

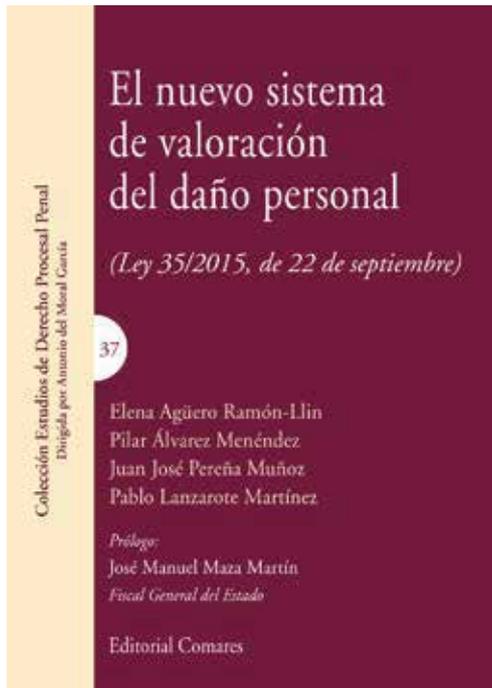




**ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO**

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350



EL NUEVO SISTEMA DE VALORACIÓN DEL DAÑO PERSONAL

(Ley 35/2015, de 22 de septiembre)

ELENA AGÜERO RAMÓN-LLIN • PILAR ÁLVAREZ MENÉNDEZ
JUAN JOSÉ PEREÑA MUÑOZ • PABLO LANZAROTE MARTÍNEZ

Prólogo de JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN

1.^a edición, noviembre 2017

384 páginas

OFERTA MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN 10% dto.: 29,70 euros

El 1 de enero de 2016 entró en vigor la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, cuya principal aportación consiste en la regulación de un novedoso sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, sistema que viene a sustituir al conocido como «baremo de indemnizaciones de tráfico» del año 1995.

La presente publicación ofrece una visión integral de la reforma operada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre. Sus páginas permiten bucear en los entresijos del que se ha venido a denominar «nuevo baremo», proporcionando a juristas y público en general una herramienta útil para comprender y utilizar el nuevo sistema de valoración.

La trayectoria profesional de los autores y en particular su experiencia en la aplicación del baremo ante juzgados y tribunales, permite además combinar el estudio técnico-jurídico que exige la reforma con un enfoque práctico cuya principal expresión encontramos en los numerosos ejemplos y casos que ilustran las explicaciones, comentarios y análisis crítico del texto.

Desde este prisma se aborda de manera seria y rigurosa la reforma de los artículos 1, 7, 13 y 14 de la LRC, deteniéndose los autores en el estudio exhaustivo y didáctico de las reglas y criterios para determinar y cuantificar las indemnizaciones de las víctimas y perjudicados en caso de muerte, secuelas y lesiones temporales. El estudio comprende tanto el texto articulado como la aplicación de las tablas anejas y sus bases técnicas. En definitiva, los engranajes del nuevo baremo quedarán al descubierto de manera sencilla y práctica.

Realizada por cuatro Fiscales especialistas en materia de seguridad vial, y prologada por el Fiscal General del Estado, constituye una obra esencial para todo aquel que quiera comprender el nuevo sistema de valoración.



COMARES
editorial

EDITORIAL COMARES, S.L.

Polígono Juncaril

C/ Baza, parcela 208

18220 Albolote (Granada)

Tlf.: 958 465 382

<http://www.editorialcomares.com>

E-mail: libreriacomares@comares.com

Foros de Aranzadi de Responsabilidad Civil. Al alcance de tu mano

GRANADA, SEVILLA Y MADRID

FORMACIÓN PRESENCIAL

Presentación

Los Foros de Responsabilidad Civil suponen una oportunidad de aprendizaje y actualización en responsabilidad civil mediante encuentros mensuales entre profesionales del derecho que permitirá una actualización y formación continua de los conocimientos necesarios para el desarrollo profesional.

Destinatarios

- Abogados, y muy particularmente para aquellos que estén especializados en Responsabilidad Civil.
- Profesionales relacionados directa o indirectamente con la responsabilidad civil.
- Tramitadores de siniestros.
- Compañías de seguros.
- Peritos.
- Médicos valoradores, etc.

