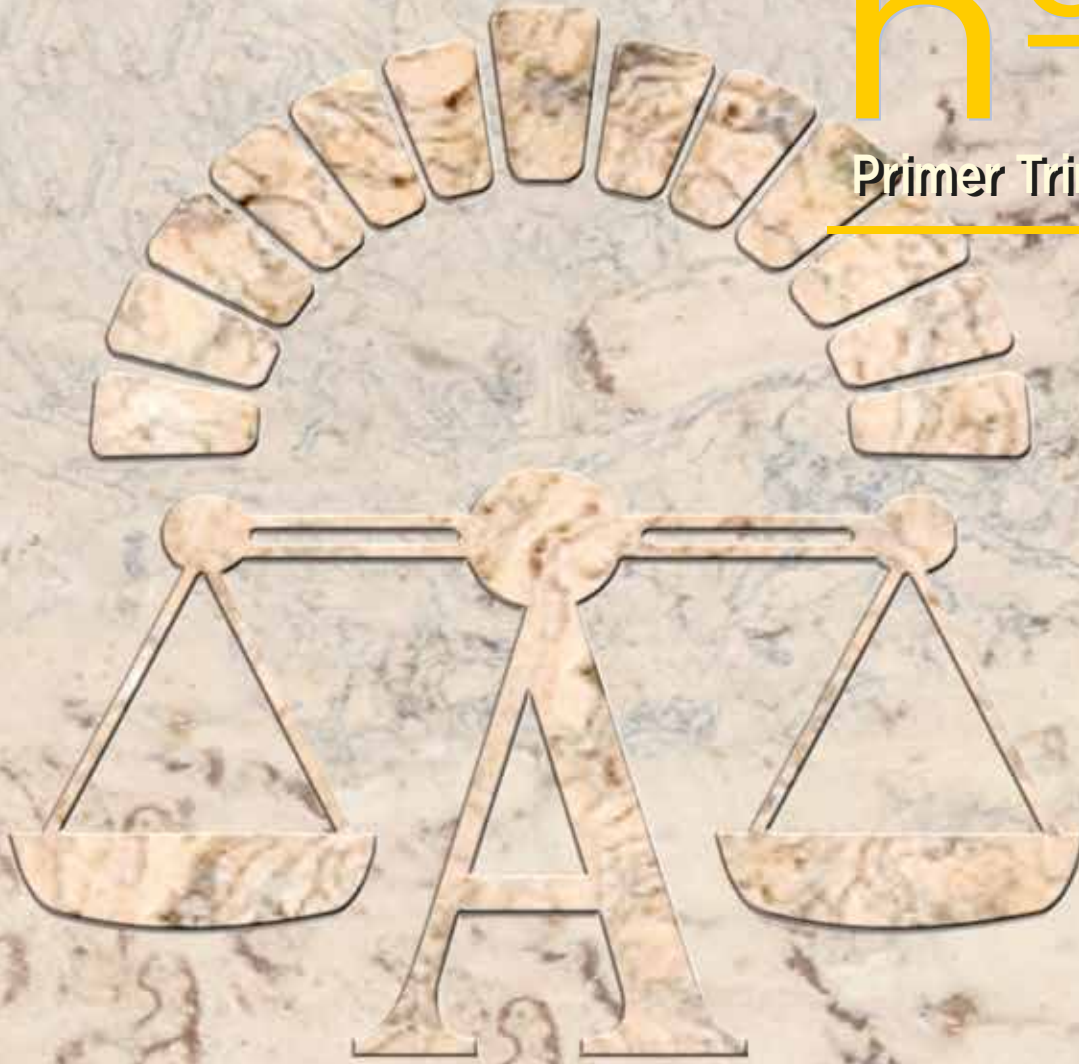


nº 65

Primer Trimestre. Año 2018



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

A vueltas con la pérdida de calidad de vida. Primeras resoluciones judiciales

Responsabilidad civil de los centros docentes de enseñanza no superior. Mención al acoso escolar

La acción de repetición por conducción ebria a efectos de la prescripción

La superación de los límites del sistema de valoración de daños cuando se utiliza con carácter orientativo

GPS DERECHO DE LA CIRCULACIÓN



Soluciones a los problemas Civiles, Penales y Administrativos en materia de tráfico.

Obra Actualizable.

¿Qué es GPS?

GPS es, sobre todo una HERRAMIENTA DE CONSULTA, un LIBRO PRÁCTICO donde encontrar apoyo y soluciones a los problemas del día a día.

¿Quién hace GPS?

Los autores de GPS son profesionales con muchos años de experiencia y con una trayectoria profesional exitosa, generosos porque comparten su know-how con los lectores y porque ofrecen SOLUCIONES REALES Y PRÁCTICAS a los problemas planteados.

¿Qué hace a GPS distinto de sus competidores?

- 1.- El precio: 99 euros, IVA incluido.
- 2.- La estructura: es una estructura que responde a los problemas con los que se va encontrando el profesional.
- 3.- La claridad: es una obra con todo el rigor pero no por ello difícil de manejar. Es clara y sencilla de manejar, con un índice analítico completo y con la terminología que se usa habitualmente en las profesiones jurídicas.
- 4.- Acceso gratuito al e-book y a las actualizaciones que se produzcan, lo que lo distingue de todos los libros similares que existen en el mercado.

Una herramienta clara, rigurosa, actualizada para el ejercicio profesional.



Para más información:



solicitudinfo@tirant.com




914 45 47 85



nº65

Primer Trimestre. Año 2018



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 65

EDITORIAL

Las comisiones de seguimiento de las normas ¿Otra forma de legislar?

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

DOCTRINA

- A vueltas con la pérdida de calidad de vida. Primeras resoluciones judiciales al respecto.
Mª Cruz Aparicio Redondo 9
- Responsabilidad civil de los centros de enseñanza no superior.
Mención al acoso escolar.
Gerardo Vaz de Ramón.....23
- La acción de repetición por conducción ebria a efectos de la prescripción en los seguros de responsabilidad civil automovilística.
Ana María de Toro Negro.....47
- La superación de los límites del sistema de valoración de daños en el ámbito de circulación cuando se utiliza con carácter orientativo en otros ámbitos.
Covadonga Fernández Iglesias.....67

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 6 de febrero de 2018
RESPONSABILIDAD CIVIL: Condena a la aseguradora por la mala praxis médica de un profesional integrado en el catálogo de servicios de una póliza de asistencia sanitaria. La sala considera que el régimen de intereses moratorios del artículo 20 de la LCS no está previsto únicamente para el incumplimiento de la prestación característica e inmediata del asegurador, sino que alcanza a todas las prestaciones convenidas vinculadas al contrato de seguro de asistencia sanitaria. Se condena a la aseguradora al pago de dichos intereses desde la fecha en que tuvo conocimiento de los hechos.....89
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 7 de marzo 2018.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Daños producidos a una espectadora de un partido de fútbol como consecuencia de un balonazo proyectado desde el campo.
Doctrina del riesgo.97

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 8 de marzo de 2018.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad civil de letrado. Acción directa contra la aseguradora que cubría su responsabilidad profesional a la fecha del siniestro pero no a la fecha de reclamación. Se estima el recurso interpuesto al considerarse la cláusula de delimitación temporal de cobertura como limitativa, sin que conste acreditado el cumplimiento con los requisitos del artículo 3 de la LCS.103

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 16 de marzo de 2018.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Se inadmite el informe pericial de la aseguradora en el procedimiento judicial al no haberse aportado con la oferta motivada en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la LRCSCVM.....115

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes*.....123

NOTICIAS

→ Jornada "El Baremo hoy".....143

→ XVII Congreso Nacional Asociación Española De Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 16, 17 y 18 de noviembre en Vitoria-Gasteiz Fotografías no incluidas por error en la sección de noticias de la revista anterior.....145

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 Macias, 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**



asociacionabogadosrcs.org

Las comisiones de seguimiento de las normas ¿Otra forma de legislar?

por Javier López y García de la Serrana
Director

no sólo para los ciudadanos, también para los juristas el ordenamiento jurídico ha llegado a ser “inmanejable”. “Simplemente llegar a saber qué está en vigor es un verdadero problema”, argumentando que el problema no es sólo técnico, sino que la seguridad jurídica “sale muy dañada”. “Se puede traducir en la regla ‘menos leyes, mejores leyes’, considerando que en España “sobra la mitad de la normativa vigente” y que hay que “simplificar, racionalizar y ordenar”.

En el mismo sentido y para ser conscientes del problema del que hablamos, en la página WEB Institución Futuro: <http://ifuturo.org> podemos encontrar la estadística realizada donde puede apreciarse por ejemplo que la cifra de nuevas normas de las CCAA se ha disparado con los años. En 2014 se publicaron 813.256 páginas en los boletines oficiales autonómicos con diversas normas. Madrid está a la cabeza, con 94.159 páginas con normas publicadas, seguida de Castilla y León. “En el lado contrario País Vasco y Navarra. Estas cifras por sí solas no indican si la calidad legislativa es buena o mala en España; lo que sí ponen de manifiesto es que existe un exceso normativo que difícilmente puede poner a España en una posición competitiva frente a otros países”. La CEOE aboga por “una Administración y una legislación simplificada, moderna, estable y al servicio de las necesidades de las empresas y los ciudadanos”.

Extraemos por tanto la conclusión de que algo está fallando y de que nuestro sistema legislativo no parece dar respuesta a las necesidades de la Sociedad, no es un sistema dinámico, resolutivo y acorde a la realidad de las situaciones, sino que a pesar de la desmesurada actividad normativa el resultado no se adapta a los vacíos, dudas o resolución de distintas interpretaciones a las que dan lugar las propias legislaciones. En este sentido se hacen necesarias otras herramientas que contribuyan al desarrollo normativo y adapten

Vivimos en un momento en el que por todos es sabido el exceso de legislación al que estamos sometidos, pues son tantas las normas que a diario se crean a nivel estatal, autonómico o local que difícilmente podemos estar al corriente del contenido y la publicación de la totalidad de las mismas, incluso los que profesionalmente nos dedicamos al Derecho y por tanto debiéramos estar obligados doblemente al conocimiento puntual de las mismas.

Este hecho viene siendo analizado por las Autoridades competentes en búsqueda de una solución, y así por ejemplo leíamos en la entrevista otorgada a la Agencia EFE de 15 de Abril de 2016 por el director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Benigno Pendás, que esta institución estudiará cómo “adelgazar” el ordenamiento jurídico para hacerlo más eficaz y evitar un exceso que, a su juicio, produce inseguridad jurídica. Uno de los cometidos del CEPC en esta legislatura según su director, es estudiar cómo “simplificar” el “enorme volumen legislativo” existente que “se ha hecho incontrolable”. Con este fin, se constituirá en su seno un grupo de expertos que trasladará sus conclusiones al Gobierno. El director del CEPC explicaba que,

las normas a esas necesidades que la Sociedad o el propio desarrollo de la materia demanda continuamente. Esas herramientas sin duda deben tener su origen y poner de manifiesto la opinión de aquellos sectores de la Sociedad que de manera más directa se ven afectados por la materia a desarrollar, hacer partícipes de este modo a los ciudadanos y tomar en consideración las propuestas que éstos puedan ofrecer para contribuir a la mejor adaptación de la norma a nuestra realidad.

Y es así como precisamente se viene propugnando en nuestro entorno europeo, sirviéndonos de ejemplo el artículo publicado en la página WEB de la Comisión Europea ec.europa.eu, bajo el nombre Legislar Mejor: Porqué y Cómo. En el mismo se informa que para conseguir mejores resultados, la Comisión está haciendo más transparente la elaboración de políticas y legislación y está prestando más atención a las personas. Esta mejora de la legislación se basa en pruebas concretas y en un procedimiento transparente que implica a los ciudadanos y a las partes interesadas, empresas, administraciones públicas e investigadores en todo el proceso. Y añade que la mejora de la legislación tiene por objeto garantizar una toma de decisiones abierta y transparente; la participación de los ciudadanos y otras partes interesadas a lo largo de todo el proceso legislativo y de elaboración de normas. Y es que con ello a la vez se conseguirá que las cargas reglamentarias sean mínimas para las empresas, ciudadanos o administraciones públicas.

Pues bien, una de estas herramientas sin duda son las Comisiones de Seguimiento creadas a la luz de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que ha introducido una nueva regulación orientada a reforzar la participación ciudadana, la seguridad jurídica y la revisión del ordenamiento. Se establecen así por primera vez las bases sobre las que se debe desenvolver la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de la Administración, con el objeto de garantizar la audiencia y participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento. Con dicho objetivo el artículo 130.1 de la citada Ley 39/2015 prevé la forma de cómo deberá realizarse esa evaluación normativa y adaptación de la normativa a los principios de buena regulación, estableciendo la obligación de las Administraciones Públicas de revisión periódica de la normativa vigente para comprobar si han alcanzado sus objetivos, así como la elaboración de un informe público que plasmará el resultado de la evaluación realizada.

Y con tal propósito nace también la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración, integrada por representantes de los distintos



sectores más vinculados con la materia. Pues bien, fruto del trabajo de esta Comisión es la Guía de Buenas Prácticas que el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad ha publicado para la aplicación del Baremo de Autos de acuerdo con el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. Se trata de una serie de recomendaciones que vienen a facilitar la interpretación y adaptación de las normas contenidas en el citado Baremo, y que ponen al alcance de todos los operadores jurídicos que intervienen en la materia la forma más fácil de conseguir una aplicación unitaria de aquellas.



Se trata por tanto de, tal y como se explica en la presentación de esta Guía de Buenas Prácticas, el respaldo y cumplimiento de la evaluación ex post del Baremo, puesto que obedece al deber de revisar de forma continua la adaptación de la normativa a los principios de buena regulación y cumple con la obligación de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor, con el objeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos. No tienen por objeto sustituir la tarea interpretativa de los tribunales en la aplicación del Derecho, sino servir de herramienta a los operadores jurídicos para fomentar la colaboración, buena fe y la transparencia generalizadas en la aplicación de la normativa. Gozan del

respaldo que les otorga el ser el resultado de un proceso participativo en el que interactúan los representantes de todos los sectores implicados y por ello generan un sentido de pertenencia y de auto-vinculación. En este sentido podemos traer a colación la tan citada diferencia entre “auctoritas vs potestas” y reflexionar sobre la misma, pues debemos reconocer que es cierto que estas recomendaciones no tienen carácter normativo, ni pretenden tenerlo, y de ahí que su aplicación no resulte de carácter obligatorio como lo serían si gozaran de ese rango o poder legal, pero sí que tienen la “auctoritas” de, como antes señalábamos, ser el producto de un consenso entre las partes interesadas, quienes se ven revestidas por la autoridad que

les da el conocimiento cercano y real sobre la evolución en la aplicación del nuevo Baremo. Se trata por tanto de hacer ver a nuestros Jueces y Tribunales que cuentan con una herramienta magnífica para adaptar la interpretación y aplicación del nuevo Baremo y dar solución a los vacíos o conflictos que pueden rodear a cada supuesto en concreto, facilitando por tanto su labor.

De hecho, algunos de nuestros Tribunales ya han empezado a hacerlo, como por ejemplo la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de marzo de 2018**, que cita y toma como referencia la Guía (o Código, según la renombra en alguna ocasión) de Buenas Prácticas, en su actualización de marzo de 2018, para considerar que no es obligatorio que la reclamación previa extrajudicial que debe realizar el lesionado esté cuantificada conforme a lo previsto en el artículo 7.1 de la LRCSCVM; cuestión ésta tan peliaguda y sobre la que inicialmente se estuvo comentando largo y tendido en los distintos foros de debate sobre la materia. Igualmente aplica la Guía de Buenas Prácticas, como si de una norma a seguir se tratara, para determinar si la oferta motivada cumple los requisitos necesarios para evitar los intereses del art. 20 LCS.

Asimismo podemos leer el artículo publicado recientemente en la Revista de Responsabilidad

Civil, Circulación y Seguro de INESE de Abril 2018, escrito por la magistrada **M^º CRUZ APARICIO REDONDO**, bajo el título “Reclamación Previa y Oferta/Respuesta motivada a la luz de la guía de buenas prácticas. Consecuencias Procesales”. En el mismo concluye que *“la Guía de Buenas Prácticas merece una valoración positiva, al constituir un instrumento útil para resolver las dudas derivadas de la aplicación de la Ley durante los dos primeros años de su vigencia, y ofrecer una pauta de interpretación sobre las cuestiones que aún siguen siendo controvertidas.*

Pero consciente de las dificultades que la aplicación de esta Guía puede generar, la magistrada añade que *“No obstante, el éxito de la reforma es responsabilidad de todos los implicados: aseguradoras, perjudicados, letrados, médicos y, como no, jueces y magistrados. Tenemos la herramienta, demostremos también la voluntad.”* Y es que ciertamente está en nuestras manos poder conseguir que las normas se adapten a la realidad de cada momento a través de este tipo de instrumentos, debiendo por tanto confiar en que las recomendaciones que elaboran las Comisiones de Seguimiento tienen un único propósito, no partidista sino general, que es conseguir la mejor y más efectiva satisfacción de los derechos protegidos en cada precepto legal.





doctrina

A vueltas con la pérdida de calidad de vida. Primeras resoluciones judiciales al respecto

M^ª Cruz Aparicio Redondo
Magistrada del Juzgado de 1^ª Instancia n.º. 11 de Bilbao

Sumario

I.- Introducción.

II.- PCV en secuelas (arts. 107-109; Tabla 2.B).

III.- PCV en lesiones temporales (arts. 137-139. Tabla 3.B).

IV.- Conclusión.

El objeto de este trabajo es, sin ánimo de reiterar las conclusiones alcanzadas en otras publicaciones sobre esta materia¹, exponer

¹ - *Cómo valorar la pérdida de la calidad de vida en los artículos 107, 108 y 109 de la Ley 35/2015*. Juan Antonio Cobo Plana. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, ISSN-e 1887-7001, N.º. 55, 2015, págs. 19-44.

- *El perjuicio de pérdida de calidad de vida en secuelas*. Juan José Marín López. Ed. Sepin (SP/DOCT/22480), noviembre 2016.

las primeras resoluciones de Audiencias Provinciales dictadas sobre la pérdida de calidad de vida, a fin analizar el tratamiento de este perjuicio personal particular en la práctica judicial. Algunas de las sentencias citadas también resuelven otros aspectos novedosos de la actual regulación, a los que no se hará referencia por exceder del objeto de este artículo.

I. INTRODUCCION

Entre las novedades introducidas por la Ley 35/2015 se encuentra el perjuicio personal particular por pérdida de calidad de vida.

Como **perjuicio particular**, nos encontramos en el segundo escalón de individualización del daño, por lo que no se reconoce a todos los perjudicados, sino sólo a aquéllos que sufran el específico daño que se pretende resarcir.²

Tratándose de un **perjuicio personal**, se indemniza un **daño no patrimonial**, en concreto, el perjuicio moral particular que sufre la víctima por el **impedimento o la limitación** que producen en su **autonomía o desarrollo personal**:

- las **lesiones** sufridas o su **tratamiento** (en el caso de lesiones temporales) (art. 137),
- y las **secuelas** (art. 107).

Para su comprensión, es preciso tener en cuenta otra novedad de la reforma, como son las **definiciones**, en concreto contenidas en los arts. 50-54:

El art. 50 explica que *“la pérdida de autonomía personal consiste en el menoscabo físico, intelectual, sensorial y orgánico que impide o limita la realización de las actividades esenciales de la vida ordinaria”* que, conforme al art. 51, son: *comer, beber, asearse, vestirse, sentarse, levantarse y acostarse, controlar los esfínteres, desplazarse, realizar tareas domésticas, manejar dispositivos, tomar decisiones y realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física intelectual, sensorial u orgánica”*.

Por su parte, el art. 53 define la **pérdida de desarrollo personal** como *“el menoscabo físico intelectual, sensorial u orgánico que impide o limita la realización de actividades específicas de desarrollo personal”*, *“tales como las relativas*

al disfrute o placer, a la vida de relación, a la actividad sexual, al ocio y la práctica de deportes, al desarrollo de una formación y al desempeño de una profesión o trabajo que tienen por objeto la realización de la persona como individuo y como miembro de la sociedad” (art. 54).

De lo anteriormente expuesto se concluye que el perjuicio particular de **pérdida de calidad de vida** se produce no sólo por el **impedimento**, sino también por la **limitación**, tanto de la **autonomía personal** (art. 50), cuando resulta afectada la realización de las actividades esenciales de la vida ordinaria (art. 51), como del **desarrollo personal** (art. 53), cuando las lesiones inciden en las actividades específicas de desarrollo personal (art. 54).

Como señala Cobo Plana³, los tres ejes, o las tres dimensiones a tener en cuenta para valorar este perjuicio son:

- Eje 1º: La autonomía para realizar las actividades esenciales de la vida.
- Eje 2º: La realización de las actividades específicas no laborales del desarrollo personal.
- Eje 3º: La realización de las actividades específicas laborales del desarrollo personal.⁴

Este perjuicio particular puede reconocerse, tanto si las lesiones derivadas del accidente provocan **ex novo** la pérdida de calidad de vida, como si **agravan** un estado previo en el que la misma ya estaba comprometida. No constan sentencias que analicen este último supuesto de agravación aplicando la regulación actual, pero hay resoluciones que se pronuncian al respecto teniendo en cuenta el sistema de valoración anterior.

La SAP Barcelona, sec. 14ª, de 28 de julio de 2017 (rec. 822/2015), revoca la sentencia de instancia que no acogió la pretensión de la

³ Juan Antonio Cobo Plana, *Metodología para valorar el daño corporal con el nuevo baremo de tráfico*. Ed. Bosch, pag. 232.

⁴ La referencia en este perjuicio a la actividad laboral o profesional no debe dar lugar a equívocos. No se valora aquí la pérdida o limitación de esta actividad desde el punto de vista patrimonial (pérdida o reducción de ingresos), extremo que es objeto de compensación mediante la indemnización por lucro cesante. Estamos ahora analizando un perjuicio personal que, en este punto concreto, pretende compensar *“el perjuicio moral o extrapatrimonial que comporta no poder desempeñar un trabajo o profesión ... ya que el trabajo, además de un medio de procurarse la subsistencia, supone un instrumento de desarrollo personal que incide directamente sobre la autonomía de la persona, la mantiene activo y la hace sentir útil.”* Miquel Martín Casals. Artículo monográfico. Noviembre 2014. *Líneas generales de la Propuesta de reforma del sistema valorativo y de sus disposiciones directivas*. Ed. Sepin (SP/DOCT/18912).

² *“Por ello, nuestro objetivo real, ...no debe ser la valoración generalizada de una pérdida estandarizada de habilidades, capacidades o destrezas; ni tampoco debe ser la gravedad genérica de la limitación que esas pérdidas generan en todas las personas; debemos centrarnos en cómo esa pérdida de habilidades, capacidades o destrezas altera la específica y determinada vida de un solo individuo”*. Juan Antonio Cobo Plana, *Metodología para valorar el daño corporal con el nuevo baremo de tráfico*. Ed. Bosch, pag. 232.

actora (mujer de 95 años que es atropellada) de incluir en la indemnización la correspondiente a una incapacidad permanente total (actualmente, PCV moderado), por importe de 100.000 euros. Es un hecho no controvertido que, con anterioridad al accidente, la víctima tenía reconocida una dependencia severa (Grado II) por la Ley de Dependencia. No obstante, la recurrente insiste en que antes del siniestro tenía un nivel 53 en el índice Barthel (61 sería dependencia moderada), y cuando es dada de alta, dicho índice descendió hasta el 25 (19 sería dependencia total), produciéndose dicho empeoramiento como consecuencia de las nuevas patologías físicas incapacitantes derivadas del atropello.

El forense recoge en su informe que, antes del accidente, la víctima era independiente para la alimentación, dependiente para baño e higiene, vestido con ayuda, y tenía una deambulación autónoma con supervisión, pues salía a la calle con bastón. Después del siniestro, necesitaba de ayuda para la bipedestación, de forma que podía dar algunos pasos con andador, pero con asistencia de otra persona, precisando silla de ruedas para traslados largos, también con ayuda de tercera persona para su propulsión.

Se considera por ello acreditado un empeoramiento en la autonomía de la demandante, derivado del accidente, que debe ser resarcido, aunque no en el grado interesado (total, que equivale a un grado moderado), ni en la cantidad reclamada (100.000 euros), sino en 5.000 euros, lo que supone el reconocimiento de un factor corrector de incapacidad permanente parcial que, con la regulación actual, equivaldría a una pérdida leve de calidad de vida.

En consecuencia, es importante que el **informe médico** recoja en relación con este perjuicio moral particular de pérdida de calidad de vida:

- La edad del perjudicado.
- La profesión u ocupación del lesionado.
- Actividades esenciales de la vida diaria y específicas de desarrollo personal (laborales y no laborales) que se realizaban con anterioridad del accidente, y que se han visto impedidas o limitadas por las lesiones, tratamiento y secuelas derivados del mismo.⁵
- Grado de la PCV.

⁵ Juan Antonio Cobo Plana propone un acertado cuestionario, que complementa con una serie de tablas en la pag. 239 ss., para abordar esta cuestión en las págs. 167-169 de su libro, *Metodología para valorar el daño corporal con el nuevo Baremo de Tráfico*. Ed. Bosch.

II. PERJUICIO MORAL POR PÉRDIDA DE CALIDAD DE VIDA EN SECUELAS. Tabla 2.B (art. 107-109).

La legislación anterior contemplaba en la Tabla IV, entre los factores de corrección, aquel relativo a las lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima.

En la regulación actual, el art. 107 establece que la indemnización por PCV *“tiene por objeto compensar el perjuicio moral particular que sufre la víctima por las secuelas que impidan o limitan su autonomía personal para realizar las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o su desarrollo personal mediante actividades específicas”*.

Deben realizarse un par de consideraciones en relación con este perjuicio de pérdida de calidad de vida en las secuelas, al margen de los ya expuestos con carácter general en la introducción:

1.- Resulta irrelevante la gravedad de las secuelas que causen la pérdida de calidad de vida (con un pequeño matiz en el grado leve, al que luego se hará referencia).⁶

2.- Aunque el precepto se refiera en plural a “secuelas”, es indiferente que la pérdida de calidad de vida sea producida por **una sola, o por varias concurrentes**.

- GRADOS (art. 108)

1. **Muy grave:** *“el lesionado pierde su autonomía personal para realizar la casi totalidad de las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria”*.

Este grado está reservado a los **grandes lesionados**, definidos en el art. 52 como aquéllos que no pueden llevar a cabo las actividades esenciales de la vida ordinaria o la mayor parte de ellas.

Al margen de otras consideraciones efectuadas sobre este concreto grado de pérdida de calidad de vida, entiendo conveniente analizar una conclusión alcanzada por la Dra.

⁶ *“... cuando pensamos en la calidad de vida como perjuicio personal particular no estamos valorando la gravedad de la secuela que será la causa de esa alteración de la calidad de vida, porque esa gravedad la considera daño común y ya la ha valorado a través del baremo de la tabla 2.A (Baremo médico) del perjuicio personal básico”,* sino la importancia y el número de las actividades afectadas. Dr. Juan José Cobo Plana. *Cómo valorar la pérdida de la calidad de vida en los artículos 107, 108 y 109 de la Ley 35/2015*. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro. Nº 55. Tercer trimestre, año 2015.

M^a Teresa Criado del Río⁷. Ésta sostiene que, para determinar las actividades esenciales de la vida ordinaria que, por no poder realizar el lesionado, pueden ocasionar una pérdida de autonomía personal, también hay que analizar si esta autonomía puede alcanzarse a través de ayudas técnicas o productos de apoyo.⁸ Considera que, si estos instrumentos permiten al lesionado compensar la pérdida de autonomía derivada de las lesiones, no deben tenerse en cuenta las actividades esenciales “recuperadas” a través de los mismos para valorar la pérdida de calidad de vida (el perjudicado sólo recibiría en este caso la correspondiente indemnización por daño emergente, pero no por perjuicio moral particular por pérdida de calidad de vida). Concluye, en definitiva, que sólo deben tenerse en cuenta para valorar el perjuicio moral particular las actividades esenciales de la vida ordinaria para las que el lesionado necesita la ayuda de una tercera persona.

No comparto dicha opinión, desde mi punto de vista, contraria al principio de reparación íntegra y de vertebración (art. 33 LRCSCVM). Una cosa es el daño moral por la pérdida de autonomía personal, que se compensa con el perjuicio personal particular de pérdida de calidad de vida (Tablas 2.B), y otra los gastos en los que se incurre para compensar dicha pérdida de autonomía, y que suponen un perjuicio patrimonial que se resarce con las indemnizaciones de ayudas técnicas o productos de apoyo (Tabla 2.C). También se contempla como perjuicio patrimonial, la necesidad de ayuda de tercera persona (atendiendo exclusivamente al tipo de secuela sufrida), para compensar *“el valor económico de las prestaciones no sanitarias que precisa el lesionado cuando resulta con secuelas que implican una pérdida de autonomía personal”* (art. 120.1. Tablas 2.C.2 y 2.C.3). Si un lesionado sufre, por ejemplo, una paraplejia D1 (O1012), perdiendo por ello la capacidad para desplazarse por sí mismo, y consigue hacerlo utilizando una silla de ruedas, hay que compensar, mediante el perjuicio de pérdida de calidad de vida, el perjuicio moral que ocasiona la necesidad de tener que usarla, cuando antes se desplazaba sin su ayuda. Además, habrá que indemnizar, entre otros,

⁷ *El nuevo Baremo de Tráfico: Perspectiva médico legal. Ley 35/2015, de 22 de septiembre.* Ed. Pirineo. Pag. 138.

⁸ Art. 58: *“A efectos de esta Ley son ayudas técnicas y productos de apoyo para la autonomía personal para personas con discapacidad los instrumentos, equipos o sistemas utilizados por una persona con discapacidad, fabricados especialmente o disponibles en el mercado, que potencian la autonomía personal o que tienen por objeto prevenir, compensar, controlar, mitigar o neutralizar deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones en la vida de relación. También se incluyen aquellos que potencian su autonomía personal.”*

los perjuicios patrimoniales del coste de la silla de ruedas y de ayuda de tercera persona⁹.

2. Grave: *“el lesionado pierde su autonomía personal para realizar:*

- *algunas de las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria*
- *o la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal.*
- *El perjuicio moral por la pérdida de toda posibilidad de realizar una actividad laboral o profesional también se considera perjuicio grave”.*

Se usa en el precepto la conjunción disyuntiva “o”: *“el lesionado pierde su autonomía personal para realizar algunas de las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal”*. La duda que se suscita es la siguiente: si el perjudicado, además de tener afectadas algunas actividades esenciales, tuviera un impedimento o limitación para la realización de actividades específicas de desarrollo, ¿podría reconocérsele un grado muy grave en vez de uno grave?. Es decir, la utilización “o”, en vez de “y”, ¿significa?:

- OPCION A: No se han tenido en cuenta, por olvido, dichos supuestos “mixtos”, en lo que resultan afectadas tanto actividades esenciales, como de desarrollo (lo que, teniendo en cuenta la composición de la Comisión de Expertos, parece descartable). Si eso fuera así, estando afectadas, por ejemplo, la mitad de las actividades esenciales (son “algunas”, pero no la “casi totalidad”), y existiendo también limitación en las actividades de desarrollo, se podría llegar a apreciar un grado muy grave.
-
- OPCION B: El legislador entiende que, siempre que se vean impedidas o limitadas actividades esenciales, también va a haber actividades específicas de desarrollo afectadas (no parece existir un supuesto en el que ello no sea así). Por este motivo no se refiere expresamente a los supuestos en que hay afectación de ambos tipos de actividad, dando por supuesto que, cuando hay pérdida de autonomía, también la hay

⁹ *“Con el nuevo sistema, queda clara la distinción entre ambos perjuicios. La tabla 2.C, dentro del daño patrimonial, regula como daño emergente la necesidad de ayuda de tercera persona, y la 2.B, regula el perjuicio personal particular de los grandes lesionados, que es el muy grave...”*. José A. Badillo y Antonio E. Estévez. *El nuevo baremo de daños. La Ley 35/2015, de 22 de septiembre., de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación* Ed. Thomson Reuters-Aranzadi. Pags. 93-94.

de desarrollo. Siguiendo dicha tesis, en el caso analizado, la PCV seguiría siendo grave.

De las opciones planteadas para resolver la duda sobre la utilización en el art. 108.3 de la conjunción disyuntiva “o”, en vez de la copulativa “y”, me decanto por la segunda, por las siguientes razones:

- Interpretación literal y lógica del precepto.
- El grado muy grave está “reservado” a los grandes lesionados del art. 52.
- La medición de la PCV según el art. 109, y la técnica del solapamiento en él prevista minimizaría, en estos casos, la consecuencia de conceder un grado muy grave o uno grave. Si el lesionado que ve afectada la mitad de las actividades esenciales y, además, la mayor parte de las específicas de desarrollo, fuera un chico de 16 años, nos iríamos al máximo de la horquilla del grave (40.000 a 100.000 euros), en vez de al mínimo de la correspondiente al muy grave (90.000 a 150.000 euros). Esto nos permitiría fijar una indemnización que respete el principio de reparación íntegra, sin necesidad de forzar la letra de la Ley.¹⁰

Por lo que respecta a la pérdida de toda posibilidad de realizar una **actividad laboral o profesional**, cabe hacer las siguientes consideraciones (extrapolables a los grados moderado y leve)¹¹:

- No es necesario una declaración de incapacidad del INSS para reconocer el perjuicio de PCV. El impedimento o limitación para la actividad laboral o profesional puede ser acreditada mediante informe médico.
- No obstante, tal y como ocurre en el art. 138.5 con la baja laboral, si hay una declaración del INSS, hay una presunción iuris tantum de que existe dicha afectación.
- En el mismo sentido, si el INSS rechaza la solicitud de incapacidad permanente interesada, ello no quiere decir que deba rechazarse automáticamente en el ámbito

¹⁰ Alcanzan la misma conclusión, el catedrático de Derecho Civil Juan José Marín López Ver Nota 1), y Juan José Pereña Muñoz, Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Salamanca. *El nuevo sistema de valoración del daño personal (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)* (Obra colectiva). Cap. IV. *Indemnización por secuelas* (pag. 244).

¹¹ Resulta interesante en esta cuestión el artículo *Graduación del perjuicio personal particular por pérdida de calidad de vida, con base al grado de afectación de la posibilidad de realizar una actividad laboral o profesional, particularmente la relativa al perjuicio grave: SAP Barcelona 25/7/2016*. Ismael Solera Calleja. Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro, ISSN 1133-6900, N.º. 10, 2016, págs. 46-48

civil la indemnización por PCV, aunque tal denegación es una prueba más a tener en cuenta.¹²

La Sentencia del J^º de lo Penal, num. 3 de Vigo, de 16 de marzo de 2017 (ROJ: SJP 13/2017- ECLI:ES:JP:2017:13) reconoce una pérdida grave de calidad de vida a una menor, víctima de un delito de negligencia profesional, que sufrió como secuelas: la amputación supracondílea del miembro inferior derecho en grado muy importante (60 puntos), un trastorno depresivo reactivo en grado leve (7 puntos), y un perjuicio estético importantísimo (50 puntos).

Como consecuencia de las secuelas perdió autonomía personal para realizar algunas actividades esenciales (como la deambulación), vio limitada su capacidad de ocio y relaciones interpersonales, debido a su repercusión estética y psicológica, y su actividad habitual como deportista, puesto que la misma ejercía como gimnasta acrobática de élite con licencia federativa de la Federación Gallega de Gimnasia. Se precisa que, dedicándose al deporte de élite, las secuelas le van a limitar, no solo en el desenvolvimiento de su vida diaria sino también en el aspecto profesional. Atendiendo a dichas circunstancias, y a la edad de la perjudicada (16 años), se fija una indemnización de 100.000 euros; sin embargo, se advierte un error al señalar que dicha suma se extrae de una horquilla de 90.000 a 150.000 euros, ya que la misma está prevista para la pérdida muy grave de calidad de vida, que aquí no se reconoce. No obstante, la PCV grave (que es la que se estima), tiene aparejada una horquilla de 40.000 a 100.000 euros, por lo que es posible que, lo que parece un mero error material al remitirse a la horquilla correspondiente, no habría modificado el resultado, teniendo en cuenta la edad de la víctima (16 años).

Otro aspecto interesante de esta sentencia es que aplica el sistema de valoración introducido por la Ley 35/2015 aunque los hechos ocurrieron en febrero de 2015, antes de su entrada en vigor. Ello no constituye una aplicación retroactiva del baremo puesto que, al no tratarse de un accidente de tráfico, aquél se aplica a los solos efectos orientativos, para fijar de manera fundamentada y lo más

¹² Así concluyen la mayoría de los participantes en la encuesta *Lesionado en accidente de tráfico al que la Seguridad Social rechaza la solicitud de incapacidad permanente parcial: ¿vincula al juez civil? ¿Cómo lo regula la Ley 35/2015?*. Coordinada por Vicente Magro en la Revista Derecho de la Circulación num. 54, julio 2017, Lefebvre-El Derecho. (EDO 2017/506641).

objetiva posible el quantum indemnizatorio.¹³

Teniendo en cuenta lo anterior, en el supuesto enjuiciado por la **SAP Asturias, sec. 5, de 27 de abril de 2017** (rec. 138/2017), consistente en la caída de una persona al ser embestida por un perro en el año 2012, la actora no tendría que haberse aquietado a la decisión del juez de instancia de no aplicar el nuevo sistema de valoración, utilizado por la demandante para calcular la indemnización reclamada según la reforma introducida por la Ley 35/2015.

No obstante, en estos casos ajenos al ámbito motorizado es recomendable calcular la indemnización con uno y otro baremo, y cuantificar la reclamación con el que resulte más favorable a los intereses de la víctima.

3. Moderado: *“el lesionado pierde la posibilidad de llevar a cabo:*

- *una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal.*

- *El perjuicio moral por la pérdida de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo también se considera perjuicio moderado”.*

Juan José Pereña, Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Salamanca, critica que en el grado moderado se omite toda referencia a las actividades esenciales, de forma que, exigiendo el perjuicio grave la afectación de “algunas de las actividades esenciales” (entendiendo la mayoría de los autores que deben ser al menos 2 ó 3), quedarían excluidos del perjuicio por pérdida de calidad de vida los supuestos en los que la secuela impidiera o limitara solo una actividad esencial, y no llegara a afectar una parte relevante de las

¹³ La Doctrina se muestra en general partidaria de esta posibilidad de aplicar el nuevo sistema de valoración a hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Ley 35/2015 (1 de enero de 2016), fuera del ámbito motorizado. Sepin. Encuesta Jurídica. Marzo 2017 (SP/DOCT/22519). Coord. José A. Seijas Quintana. *Fuera del ámbito del automóvil: ¿Podría ser de aplicación el Baremo anterior si es más beneficioso para el perjudicado*. Las consideraciones en él contenidas son extrapolables al planteamiento inverso, es decir, si podrían calcularse las indemnizaciones conforme al nuevo sistema aun cuando los hechos causantes del daño hayan ocurrido antes de su entrada en vigor.

También Emilio Palomo Balda, Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ País Vasco, en Ponencia *Cálculo de la indemnización por accidente de trabajo según el nuevo Baremo*. Seminario Escuela Judicial, Madrid, 21 septiembre de 2017.

Finalmente, Ignacio Montoso Iturbe-Ormaeche, en *Dudas sobre la aplicación del ‘nuevo baremo’ en el ámbito penal*. Diario La Ley, N° 8997, Sección Dossier, 9 de junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

actividades específicas de desarrollo.¹⁴

Busquemos un ejemplo de secuela que impide o limita sólo una actividad esencial, como la de “incontinencia urinaria permanente” (O7011), que solo afectaría al control de esfínteres. Cuando se analiza la influencia de la misma en las actividades específicas de desarrollo, pueden entenderse limitadas, en mayor o menor medida, todas ellas, lo que permitiría incluso el reconocimiento de un perjuicio grave (“la mayor parte de las actividades específicas de desarrollo”). De esta forma volvería a confirmarse lo ya expuesto en relación con el perjuicio grave: siempre que se vea afectada, aunque sólo sea una actividad esencial, estarán comprometidas actividades específicas de desarrollo, por lo que no parece posible que la pérdida de autonomía no conlleve también una pérdida de desarrollo personal que permita indemnizar el perjuicio de calidad de vida.

La **SAP Palencia, sec. 1ª (penal), de 22 de noviembre de 2017** (rec. 68/2017) reconoce un grado moderado a la víctima de un delito de

¹⁴ *El nuevo sistema de valoración del daño personal (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)* (Obra colectiva). Cap. IV. *Indemnización por secuelas* (pag. 245).

También aborda esta cuestión Juan José Marín López (ver Nota 1): *“... la pérdida de autonomía personal para realizar actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria no aparece contemplado como un supuesto del que pueda derivarse un perjuicio moderado. El artículo 108.4 se refiere a la pérdida de actividades específicas para el desarrollo personal (una «parte relevante» de ellas), pero no a la pérdida de autonomía personal para la realización de actividades esenciales. Esta omisión quizá obedece a que, en el diseño del legislador, la citada pérdida de autonomía personal presenta una incidencia de tal magnitud sobre el estado de la víctima que solo puede ser calificada como grave (si la pérdida afecta a «algunas» de las actividades esenciales; artículo 108.3) o muy grave (si la pérdida afecta «la casi totalidad» de esas actividades; artículo 108.2), pero nunca como moderado, ni menos aún como leve. Con todo, hay elementos para pensar que la calificación de la pérdida de la autonomía personal para realizar actividades esenciales como grave o muy grave no agota todo el universo de los posibles supuestos de hecho ya que quedarían inclasificados aquellos casos en que el lesionado sufre la pérdida de una o dos actividades esenciales, hipótesis que, según la tesis mantenida supra (cfr. apartado 22), no daría lugar a un perjuicio grave. Aun así, es dudoso decidir si estos supuestos no subsumibles en la hipótesis de perjuicio grave pueden ser reconducidos a su calificación como moderado, o incluso como leve. A favor de la respuesta afirmativa milita el hecho de la propia racionalidad intrínseca del nuevo baremo, su propio carácter de sistema «completo», que se opondría al hecho de dejar fuera de la órbita del perjuicio por pérdida de calidad de vida supuestos de pérdida de autonomía personal del artículo 50, aunque sean de baja intensidad y, por ende, solo den lugar a una eventual calificación como moderado o como leve. Pero en pos de la respuesta negativa podría argumentarse el hecho de que el legislador no ha previsto de manera expresa esas hipótesis como generadoras de un específico perjuicio personal particular consistente en la pérdida de calidad de vida, por lo que resultaría contra legem introducirlos por vía interpretativa”.*

lesiones imprudentes que sufre una secuela de limitación de movilidad de la rodilla (1 punto), gonalgia (2 puntos), y perjuicio estético ligero (6 puntos), lo que demuestra lo ya expuesto sobre la falta de relación entre la gravedad de las secuelas y el perjuicio de pérdida de calidad de vida.

La recurrente (demandada) defiende que no queda acreditada la PCV, ni siquiera en grado leve, puesto que las secuelas no superan los seis puntos. Sin embargo, la AP confirma la decisión del juzgado de lo penal, que la estima en grado moderado, en atención a la declaración de incapacidad para el ejercicio de su profesión habitual (parece que la perjudicada trabajaba en una empresa de limpieza), basada en el informe del EVI que reconoce limitaciones orgánicas y funcionales producidas por las secuelas derivadas del siniestro, que le limitan para trabajos de exigencia física, bipedestación o carga de pesos (el Jº de Penal también recoge la declaración de la lesionada, que refiere que *“le duele la pierna si está de pie, le cuesta andar, no puede subirse a los sitios a coger algo o arrodillarse, todo lo cual limita su actividad diaria y de ocio”*). Se cuantifica la indemnización en 20.000 euros (en una horquilla de 10.000 a 50.000 euros).

La SAP de Murcia, sec. 2ª (penal), de 27 de diciembre de 2017 (rec. 113/2017) ratifica la decisión del juez de estimar un perjuicio moderado de calidad de vida a una persona que, como consecuencia de las lesiones sufridas, quedó parcialmente afectada para el desarrollo de sus actividades habituales (la sentencia del Jº de instrucción considera probado que el lesionado *“muy habitualmente se dedicaba a la práctica del deporte dentro de sus actividades de ocio y desarrollo personal; actividades de esfuerzo que por desgracia no podrá seguir desempeñando como consecuencia del siniestro”*), además de no poder desempeñar con carácter permanente el trabajo de mecánica que realizaba antes del siniestro. Por ello se le reconoce una indemnización de 40.000 €, dentro de una horquilla de 10.000 a 50.000 euros.

4. Leve: “el lesionado

- con secuelas de más de seis puntos (al menos siete) pierde la posibilidad de llevar a cabo actividades específicas que tengan especial trascendencia en su desarrollo personal (cuestión subjetiva que deberá acreditarse en cada caso concreto).
- El perjuicio moral por la limitación o pérdida parcial de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo se considera perjuicio leve con independencia del número de puntos que se otorguen a las secuelas”.

La exigencia de que las secuelas que provocan la pérdida de calidad de vida superen los seis puntos se aparta de la regla general, según la cual, la gravedad de las secuelas es indiferente a los efectos de este perjuicio moral particular.¹⁵

En cualquier caso, este primer requisito no es suficiente para reconocer la PCV. Además, es necesario que por ello se pierda la posibilidad de “llevar a cabo actividades específicas que tengan especial trascendencia en el desarrollo personal del perjudicado”. No se exige una puntuación mínima, sin embargo, cuando la actividad específica de desarrollo afectada (de modo parcial) es sea laboral o profesional.

El fiscal Juan José Pereña entiende que *“la redacción del art. 108.5 exige que se trate de más de una de las actividades enumeradas en el art. 54”*¹⁶. No comparto este criterio, al entender que el precepto se refiere de forma genérica a cualquiera de las actividades enumeradas en el art. 54, que pudiera ser una.

La Sentencia del Juzgado de Menores num. 2 de Alicante, de 12 de diciembre de 2016, reconoce una pérdida leve de calidad de vida

¹⁵ Martín-Casals efectúa la siguiente crítica a la configuración del perjuicio leve: *“por razones de ajuste económico del sistema, se limita a aquellas secuelas de más de seis puntos cuando, como es bien sabido, la pérdida de la posibilidad de llevar a cabo actividades de desarrollo personal no tiene por qué estar necesariamente relacionada con un perjuicio psicofísico de más de un determinado número de puntos (ejemplo clásico y manido: el pianista aficionado que ya no puede tocar el piano por sufrir una lesión en un dedo cuya valoración es inferior a 7 puntos)... La incongruencia supone un sacrificio puntual de la coherencia del sistema para hacerlo económicamente viable y sería muy deseable que se superara en un futuro no muy lejano”*. Artículo monográfico. Noviembre 2014. *Líneas generales de la Propuesta de reforma del sistema valorativo y de sus disposiciones directivas*. Ed. Sepin (SP/DOCT/18912).

Sin embargo, si el pianista fuera un reputado concertista que vive de esta profesión, al no poder seguir llevándola a cabo, nos encontraríamos con un perjuicio de calidad de vida moderado, por la pérdida de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo.

En el mismo sentido, José A. Badillo y Antonio E. González, advierten que *“esta exigencia de tener más de seis puntos es una de las cuestiones más polémicas del sistema y su previsión ha sido para que no se produzca un elevado impacto del nuevo sistema con respecto al anterior, pero puede conculcar los principios de reparación íntegra y vertebración del daño, que informan el sistema. No cabe duda de que la mayor parte de las secuelas son menores de dicha puntuación y si se reconociera este perjuicio supondría un coste considerable”*. El nuevo baremo de daños. La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Ed. Thomson Reuters-Aranzadi. Pag. 95.

¹⁶ *El nuevo sistema de valoración del daño personal (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)*. Ed. Comares. Cap. IV, pag. 246.

a un menor (15 años) que pierde la visión de un ojo en una pelea. Fundamenta su decisión en el informe del forense, que entiende “*no existe limitación para las actividades esenciales de la vida ordinaria, y que las actividades específicas de desarrollo personal que el lesionado ha perdido la posibilidad de llevar a cabo ... son aquellas deportivas o de ocio que requieran de la integridad de visión de ambos ojos o que conlleven un riesgo importante como boxeo o similares*”.

La Sentencia del J^o 1^o Inst. num. 10 de Oviedo de 16 de enero de 2018 (ROJ: SJPI 4/2018 – ECLI:ES:JPI:2018:4) analiza la PCV en relación con una mujer que sufre varias secuelas concurrentes valoradas en 14 puntos, entre ellas, una secuela de limitación de muñeca (4 puntos). Comprobado el primer requisito de superar la valoración de las secuelas los seis puntos, se analiza a continuación si la demandante padece alguna limitación en su desarrollo por verse afectada alguna actividad específica de especial trascendencia. Se concluye que, debido a la limitación de muñeca, según la perito propuesta por la actora, puede verse afectada para cocinar o hacer punto, y le reconoce por ello una indemnización de 1.500 euros, es decir, el mínimo de la horquilla (de 1.500 hasta 15.000 euros).

Esta sentencia es un claro ejemplo de que el legislador, al establecer como uno de los requisitos para la pérdida leve de calidad de vida, el de que el lesionado tenga secuelas de más de seis puntos, pensaba en que este límite podía superarse, bien porque la **única secuela** padecida se valorara en siete ó más, bien porque los puntos de las secuelas **concurrentes**, cada una de ellas valoradas en menos de seis puntos, superara dicho mínimo.

También resultaría indiferente que sólo una de esas secuelas concurrentes causara la pérdida de calidad de vida (como en el caso analizado por la resolución citada, que la atribuye a la limitación de muñeca), así como que esta única secuela “invalidante” estuviera valorada en menos de siete puntos (4 en este caso) pues, una vez superados por las secuelas concurrentes los seis requeridos en el art. 108.5, lo único que se debe analizar es si existe pérdida o limitación de actividades específicas de desarrollo de especial trascendencia.

Por otra parte, siendo el Baremo un **sistema de limitación de indemnizaciones** (en palabras de Martín Casals), o de **reparación parcial** (según Medina Crespo), entiendo que, fuera del ámbito motorizado, en el que su aplicación no es preceptiva, sino orientadora (art. 32 LRCCVM), no debería operar esa limitación de los seis puntos. De esta forma, en el caso de la sentencia de Oviedo, aunque la única

secuela sufrida hubiera sido la limitación de muñeca, con 4 puntos, tratándose de una caída en un supermercado, y no de un accidente de circulación, podría defenderse el reconocimiento de una pérdida leve de calidad de vida, aunque la secuela no superase los 6 puntos.¹⁷

En cambio, en el ámbito de los accidentes de tráfico, no podría prescindirse de dicha limitación, ni siquiera acudiendo al perjuicio excepcional (art. 33.5 en relación con el art. 112 LRCSCVM), ya que no se cumple la exigencia de encontrarnos ante un perjuicio no contemplado por el sistema, que sí lo hace en este caso, estableciendo esta puntuación mínima, salvo que se trate de la actividad laboral o profesional.

- **Medición del perjuicio por pérdida de calidad de vida (art. 109 y Tabla 2.B).**

Cada uno de los grados del perjuicio se cuantifica mediante una **horquilla** indemnizatoria que establece un mínimo y un máximo expresado en euros.

Muy grave
De 90.000 hasta 150.000 euros.

Grave
De 40.000 hasta 100.000 euros.

Moderado
De 10.000 hasta 50.000 euros.

Leve
De 1.500 hasta 15.000 euros.

Los parámetros para la determinación de la cuantía del perjuicio son:

- **la importancia y el número de las actividades afectadas**
- **y la edad del lesionado que expresa la previsible duración del perjuicio”.**

El máximo de la horquilla correspondiente a cada grado de perjuicio es superior al mínimo asignado al perjuicio del grado de mayor gravedad precedente.

¹⁷ Entiendo que, por este motivo, el Dictamen 3/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial (pag. 57) indica: “*La limitación, no justificada (se refiere a la exigencia de secuelas de más de seis puntos) puede dar lugar a distorsiones incompatibles con los principios del art. 33.1 a 4 (reparación íntegra) ...cuando se trate de secuelas de muy acusada trascendencia en la limitación de actividades específicas de desarrollo ... Con valoración de las circunstancias concurrentes, el Fiscal optará en su caso, pese a la literalidad del texto, por la aplicación del art. 108.5 y estimación del perjuicio como leve, previa consulta con la Unidad Coordinadora de Seguridad Vial*”.



Se produce de este modo un **solapamiento** de las cantidades asignadas en las horquillas, de tal forma que alguien muy anciano sufre un perjuicio muy grave, podría obtener una indemnización menor (90.000 euros) que un niño que sufre un perjuicio grave (100.000 euros).

III. PERJUICIO MORAL PARTICULAR DE PÉRDIDA TEMPORAL DE CALIDAD VIDA EN LESIONES TEMPORALES.

Tabla 3.B (arts. 137-139).

En el baremo anterior se regulaban las indemnizaciones por incapacidad temporal en la Tabla V.a), en la que se hacía referencia a los días de estancia hospitalaria, días improductivos y días no improductivos.

En la actual regulación, el perjuicio particular de pérdida de calidad de vida *“compensa el perjuicio moral particular que sufre la víctima por el impedimento o la limitación que las lesiones sufridas o su tratamiento producen en su autonomía o desarrollo personal”* (art. 137).

Se trata de compensar el daño moral sufrido por la repercusión que las lesiones temporales o su tratamiento tienen sobre los distintos ámbitos

de la vida de la persona. Si en el perjuicio personal básico se indemniza el perjuicio común (dolor, sufrimiento, malestar ...) sin valorar la incidencia de las lesiones en las actividades de la víctima, en este segundo nivel de individualización del daño (perjuicio personal particular por pérdida de calidad de vida) se indemniza la afectación de las distintas actividades del perjudicado en los casos en los que la misma se produzca, que no tienen porqué ser en todos.

- GRADOS (art. 138).

Los **grados** del perjuicio personal por pérdida de calidad de vida se establecen en el **art. 138** son tres: **muy grave, grave y moderado**. No se contempla el leve incluido en las secuelas, por lo que, para el reconocimiento de este perjuicio en lesiones temporales, será preciso que se vean afectadas, al menos, una parte relevante de las actividades específicas de desarrollo, o la actividad laboral o profesional.

“Los grados de perjuicio son excluyentes entre sí, y aplicables de modo sucesivo. En todo caso, se asignará un único grado a cada día”. Lo mismo sucedía en la regulación anterior con los días de estancia hospitalaria, los improductivos y los no improductivos.

Se analizan a continuación cada uno de estos tres grados:

1) **Muy grave:** *“el lesionado pierde temporalmente su autonomía personal para realizar la casi totalidad de actividades esenciales de la vida ordinaria. El ingreso en una unidad de cuidados intensivos constituye un perjuicio de este grado”.*

2) **Grave:** *“el lesionado pierde temporalmente su autonomía personal para realizar*

** una parte relevante de las actividades esenciales de la vida ordinaria*

** o la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal.*

La estancia hospitalaria constituye un perjuicio de este grado”.

3) **Moderado:** *“el lesionado pierde temporalmente la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal”.*

Aclara la Doctrina que el ingreso en UCI y la estancia hospitalaria *“son ejemplos o más bien circunstancias en las que de forma automática deberá entenderse que si se dan deberán cuantificarse estos días en la categoría correspondiente, pero no son categorías que vengan definidas por los ejemplos, su determinación,..., vendrá en relación a las definiciones de los artículos 51 y 53-54 de la Ley y el grado, número e importancia de la afectación de cada una de las actividades allí definidas”.*¹⁸

Pensemos en un tetrapléjico que ha sido dado de alta y se encuentra en su casa esperando la estabilización lesional. Aunque no esté en la UCI ni en el hospital, esta persona se encuentra temporalmente impedida para la realización de la casi totalidad de las actividades de la vida ordinaria, por lo que, aunque en su domicilio, sufre un PPP muy grave.

De igual forma, un lesionado con una rotura de cadera y un brazo enyesado, aunque esté en su casa, está temporalmente impedido para

¹⁸ Xavier Coca Verdaguer. *La indemnización por lesiones temporales y el perjuicio personal básico en secuelas.* Curso sobre la ‘nueva’ responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor: BAREMO y faltas despenalizadas. CGPJ, Madrid, 4-6 de octubre de 2017.

En el mismo sentido el Dictamen 3/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial: *“Los conceptos utilizados son en realidad los del art. 108 en sede de secuelas y como en este precepto la clave radica en la descripción de los grados de limitación en la autonomía o desarrollo personal y no en los supuestos calificados expresamente por el legislador con un régimen de presunción normativa”.*

realizar una parte relevante de las actividades esenciales de la vida ordinaria o, al menos, la mayor parte de las actividades de desarrollo personal, por lo que se le debería reconocer un PPP grave.

Se advierte en el enunciado de la pérdida grave de calidad de vida una diferencia entre las secuelas y las lesiones temporales, por lo que respecta a las actividades esenciales, ya que el art. 108.3 (secuelas) exige la pérdida de autonomía personal para realizar **algunas** de ellas, y el art. 138.3 (lesiones temporales) exige la pérdida temporal de autonomía personal para realizar **una parte relevante de las actividades esenciales.**

Explica José Pérez Tirado que, al utilizar la expresión “algunas de las actividades esenciales” en la PCV grave por secuelas, lo que se pretendía era dejar abierta la posibilidad de aplicar indistintamente, bien un criterio cuantitativo, bien un criterio cualitativo. Así, dependiendo de las actividades esenciales afectadas, unas veces bastará con dos para considerar que la pérdida de autonomía es grave (por ej. comer y beber), y otras será necesaria la limitación o pérdida de tres o cuatro actividades esenciales. Sin embargo, para las lesiones temporales se optó por la expresión “una parte relevante”, para que la afectación de una sola de las esenciales, por su importancia y significación, pudiera permitir la calificación de grave.

En la práctica judicial, aunque lo deseable sería que tanto los escritos iniciales de las partes, como los informes médicos a ellos acompañados, y posteriormente las sentencias, especificaran las actividades esenciales o específicas de desarrollo afectadas, lo cierto es que se advierte una cierta tendencia a reiterar lo que se venía haciendo con el Baremo anterior, que es considerar un período inicial agudo como moderado y, el resto del período de estabilización, entender que sólo hay un perjuicio básico.

- La SAP Asturias, sec. 6ª, de 23 de junio de 2017 reconoce 77 días de perjuicio básico, y 5 de pérdida temporal de calidad de vida moderados, coincidiendo estos últimos con el período en el lesionado debió llevar collarín, al entender que durante los mismos *“la víctima ha estado impedida para el desarrollo de su vida diaria en términos equivalentes a cómo lo hacía inmediatamente antes del hecho lesivo”*, justificación que en principio es válida para cualquier grado, pues lo determinante es saber qué actividades se han visto afectadas.

- La SAP Asturias, sec. 4ª, de 6 de septiembre de 2017 (rec. 316/2017), al margen de las dudas que suscita al Tribunal el informe

del médico asistencial presentado con la demanda, y en atención al informe médico aportado por los demandados, ratifica la sentencia de instancia en cuanto a la estimación de 6 días de perjuicio de PCV moderado, *“período más amplio que el que se había indicado para la llevanza del collarín”* (3-4 días).

- La SAP de Asturias, sec. 7ª, de 6 de octubre de 2017 (rec. 382/2017) eleva a siete los cinco días de PCV moderada estimados en instancia, deduciéndose que ello es así por haber prorrogado el MAP los 3-5 días indicados en el servicio de urgencia durante los cuales se debía portar collarín, además de haber llevado cabestrillo los dos primeros días.
- La SAP Asturias, sec. 4ª, de 10 de octubre de 2017 (rec. 375/2017), reconoce siete días de pérdida moderada de calidad de vida, desde el día del accidente, hasta el primer día de rehabilitación.
- La SAP de Salamanca, sec. 1ª, de 3 de noviembre de 2017 (rec. 463/2017), reduce los días de perjuicio moderado de 72 a 41 días, básicamente por una valoración distinta de las periciales a la realizada por el juez de instancia. Este último se decanta por el dictamen aportado por la actora, que concuerda con los informes del médico asistencial, y que recogen, como principal limitación, la existencia de mareos que obligan al lesionado a permanecer sentado y a ir acompañado, ante la posibilidad de perder el equilibrio. Añade que se desconoce el motivo por el que la demandada computa cuarenta días de perjuicio moderado. Sin embargo, la AP considera que el perito propuesto por la aseguradora es más objetivo, y entiende razonables las dudas planteadas por aquél sobre el dolor y los mareos.

Hay sentencias que, para pronunciarse sobre la PCV, sí se refieren a la afectación o no de las actividades de los lesionados. Entre ellas cabe citar las que a continuación se exponen.

- La SAP Granada, sec. 4ª, nº 251/2017, de 3 de noviembre, ratifica la decisión de instancia de estimar una PCV moderada durante los 28 días que el actor *“hubo de dejar de practicar los deportes que hacía (pádel y bicicleta) y fue cambiado de funciones de su actividad laboral ...”*, calificando los 28 restantes de perjuicio básico, a partir de apreciarse una mejoría en el estado del demandante.
- La SAP Asturias, sec. 1ª, de 23 de octubre de 2017 (rec. 76/2017) confirma la decisión del juzgado de instancia de desestimar

la pretensión relativa al PPCV moderado interesado en la demanda, basándose para ello en el informe pericial que establecía el carácter básico de los días de estabilización lesional *“porque no le limita ni le impide otras actividades, es ama de casa, no hay baja laboral y no hay ninguna actividad personal impedida, y aun cuando pudiera tener algunas molestias en la pierna ello tampoco le obstaculiza la realización de actividad alguna”*. Añade que, aun cuando en el recurso se alega que la demandante trabajaba como limpiadora particular en hogares, no se ha probado tal extremo con actividad probatoria alguna.

- Especial referencia a la afectación de la actividad laboral o profesional

El art. 138.5 añade que *“el impedimento psicofísico para llevar a cabo la actividad laboral o profesional se reconduce a uno de los tres grados precedentes”*. De lo anterior se desprende que, existiendo parte de baja, se presume que, al menos, existe una PCV moderada.

Advierte el Fiscal Pablo Lanzarote Martínez que esta novedad quiebra con la jurisprudencia anterior, que no identificó el día de baja laboral con el día impositivo, aunque consideró aquél como un indicio para calificarlo como tal. No obstante, entiende que el art. 138.5 resulta coherente con la regulación de la PCV, por cuanto la ILT implica la imposibilidad de llevar a cabo una parte relevante de las actividades específicas de desarrollo.¹⁹

En un sentido análogo al anteriormente expuesto, la SAP Asturias, sec. 6ª, de 6 de octubre de 2017 (rec. 323/2017), recuerda que *“... si bien no puede estimarse que esos días impositivos estén directamente vinculados a los de baja laboral, y así ha tenido ocasión de señalarlo el TS, en sus sentencias de 21 de enero de 2013 y 20 de junio de 2011, ello no obstante en esta última, ya se destaca que la baja laboral ‘constituya elemento de juicio revelador de tal carácter impositivo’, lo que parece evidente dado que sin duda entre esas actividades habituales cobran indudable relevancia, por ser las que normalmente ocupan la mayor parte de los esfuerzos y actividades físicas y mentales en el transcurrir de las personas, las laborales, ...”*

En definitiva esa situación de baja laboral controlada por la sanidad pública durante todo el período de sanidad, constituye junto a la entidad de la sintomatología que presentaba una prueba

¹⁹ *El nuevo sistema de valoración del daño personal (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)*. Ed. Comares. Cap. V, pag. 310.

de que la actora durante el período de sanidad en este caso estuvo limitada para llevar a cabo las actividades habituales de su vida diaria de relación en términos equivalentes a cómo lo hacía inmediatamente antes del hecho lesivo”.

Otras sentencias que se pronuncian al respecto son las siguientes:

- SAP Cantabria, sec. 4ª, de 23 de noviembre de 2017 (rec. 416/2017): “... no cuestionándose la situación de baja laboral de la actora durante este tiempo, es de aplicación el art. 138.5 ..., norma de la que se sigue que, cuando el perjudicado esté impedido para llevar a cabo la actividad laboral o profesional, deba ser resarcido al menos como sufriente de un perjuicio moderado ...”.
- SAP Asturias, sec. 7ª, de 23 de noviembre de 2017 (rec. 507/2017), en un supuesto en el que ambas partes estaban de acuerdo en la pérdida moderada de calidad de vida durante los 39 días que duró la baja laboral.

En sentido distinto, la SAP Zaragoza, sec. 6ª, (penal), de 5 de julio de 2017 (rec. 611/2017), no admite que la situación de ILT determine por sí una PCV: “los 123 días de baja laboral no pueden establecerse per se, como base de cálculo de la indemnización por incapacidad temporal, al tratarse de conceptos distintos. El Médico Forense tiene en cuenta las limitaciones que las lesiones tuvieron en las actividades ordinarias que venía desarrollando el lesionado, esto es, el grado de incidencia que producían en la vida ordinaria del mismo, expresando en su informe que de los 123 días invertidos por el recurrente en la estabilización de las lesiones debían desglosarse, en lo referido al perjuicio por pérdida de calidad de vida, en 30 días de perjuicio moderado y 93 días de perjuicio básico, apreciación asumida ..., al ajustarse a criterios fijados por el baremo vigente en la fecha que se produjo el siniestro”.

Entiendo posible una interpretación que concilie ambas posturas, y que resulta admisible desde el punto de vista jurídico: acreditada la situación de baja laboral, se presume que existe un PPP por PCV que habrá que reconducirse a uno de sus grados. Pero dicha presunción no es absoluta, y admite prueba en contrario, recayendo sobre la aseguradora la carga de acreditar tal extremo. En este sentido, la parte demandada tendría que probar que la baja no se justificaba con el estado real del lesionado aportando, por ejemplo, el informe de un detective en el que se muestre al perjudicado desarrollando actividades incompatibles con la patología que padece, por conllevar un sobreesfuerzo físico que teóricamente no podría realizar con la sintomatología que justifica la baja.

Así lo entiende la SAP Asturias, sec. 5ª, de 17 de noviembre de 2017 (rec. 437/2017) es reflejo de lo anteriormente expuesto. Habiendo estado de baja el lesionado del 15 de febrero al 15 de abril de 2016, sólo se reconocen 16 días de pérdida temporal de calidad de vida moderada, hasta el 1 de marzo de ese año, fecha en la que el informe del detective capta las imágenes que “muestran al perjudicado saliendo del vehículo y manejando la manguera a presión con movimientos y en posiciones que mal se compadecen con el estado de una persona con contracturas paravertebrales y limitación de movilidad ...”. Entiende el Tribunal que “la declaración por el art. 138 de la LRCSCVM de impedimento psicofísico para llevar a cabo la actividad laboral como un supuesto de perjuicio personal en alguno de sus grados, no viene condicionada a su declaración como tal por los Servicios de la Seguridad Social o la correspondiente Mutualidad Laboral, sino a la concurrencia en la realidad de ese impedimento apreciado por el Tribunal a la vista de la prueba desarrollada en autos, de forma que la sentencia recurrida no lo desconoce si, analizada la prueba, no aprecia en el accionante un estado que le imposibilite para el trabajo”.

Por su parte, la SAP La Rioja, sec. 1ª, de 2 de noviembre de 2017 (rec. 247/2017) no considera desvirtuada la eficacia probatoria de la baja laboral del lesionado (51 días) con el informe pericial aportado por la aseguradora, según el cual, una vez superada la fase aguda, coincidente con las tres primeras semanas, el actor podía, al menos de forma parcial, haber desarrollado las partes menos exigentes de su actividad laboral (trabajos de mantenimiento y reparación de maquinaria), como tareas de dirección, proyectos y presupuestos, al entender que ello no es equiparable a la posibilidad de realizar una parte relevante de las actividades específicas de desarrollo (tampoco podía realizar su práctica deportiva habitual).

En todo caso, no es necesario estar de baja para que se reconozca un pérdida temporal de calidad de vida moderada, pues lo que determina el reconocimiento del perjuicio es la pérdida temporal del desarrollo personal por verse limitadas o impedidas una parte relevante de las actividades específicas.

- De este modo, la SAP Sevilla, sec. 8ª, de 29 de septiembre de 2017, rec. 7198/2017, confirma la sentencia de instancia, que había reconocido una pérdida de calidad de vida moderada durante 38 días a un policía nacional que, aun no habiendo recibido la baja, tuvo que adecuar sus funciones al estado lesional que presentaba. Esta resolución señala expresamente que “en el perjuicio personal particular moderado, de conformidad con el artículo 138.4 de la

Ley, se indemniza la pérdida temporal de poder llevar a cabo una parte importante de las actividades específicas de desarrollo personal, no siendo equiparables a los días de baja". La alusión expresa al apartado 4 del art. 138 permite concluir que, con la anterior afirmación, no se pretende rechazar que los días de baja supongan una PCV (lo que se establece en el apartado 5 del citado precepto), sino que la misma no es necesaria para poder reconocer este perjuicio, siempre que haya una parte relevante de las actividades específicas de desarrollo afectadas.

Obsérvese que la limitación o pérdida parcial de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo se considera, en el ámbito de las secuelas, un perjuicio leve (art. 108.5), grado que no está contemplado en las lesiones temporales. Por tanto, para reconocer una pérdida moderada de calidad de vida en el supuesto enjuiciado, se ha considerado acreditado que se han visto afectadas otras actividades específicas de desarrollo (de hecho, una parte relevante de las mismas).

- En el mismo sentido, la SAP Asturias, sec. 7ª, de 16 de febrero de 2017 (rec. 44/2017), que confirma decisión de instancia, que reconoce un perjuicio moderado de calidad de vida durante los primeros cinco días de los 79 días necesarios para alcanzar la estabilización lesional. La aseguradora

cuestiona esta decisión, por cuanto no consta baja laboral. El Tribunal recuerda que, siendo la laboral o profesional una de las actividades específicas de desarrollo, el art. 54 enumera otras. Por otra parte, el perito informó que la actora se encontraba de baja maternal, y que las contracturas que presentaba a nivel cervical y lumbar, y el hecho de que se pautara collarín durante 5 días, tiene que haber afectado de forma importante a la realización de este tipo de actividades (deportiva, tareas del hogar, etc.).

MEDICIÓN (art. 139)

Para la valoración de la PCV en lesiones temporales, la tabla 3.C establece una cantidad diaria según el grado del perjuicio, que incorpora ya el importe del perjuicio personal básico (a diferencia de lo que ocurre con las secuelas, en las que la indemnización por PCV se suma al PPB).

Tabla 3.B Perjuicio Personal Particular	
Por pérdida temporal de calidad de vida Indemnización por día (incluye la indemnización por perjuicio básico)	
Muy Grave	100 € (70 + 30)
Grave	75 € (45 + 30)
Moderado	52 € (22 + 30)



IV. CONCLUSIONES

Por el momento, hay que acudir a la jurisdicción penal para encontrar resoluciones que analicen la pérdida de calidad de vida en secuelas. Por lo que respecta al ámbito civil, el tratamiento de este perjuicio se circunscribe prácticamente a las lesiones temporales, en concreto, al grado moderado. En este punto, se aprecia una inercia heredada de la regulación anterior (días improductivos y no improductivos), al reconocerse el grado moderado en un primer período inicial agudo, especialmente si se prescribe collarín, reconduciendo el resto del período de curación o de estabilización lesional al perjuicio personal básico.

Se echa en falta, tanto en las demandas,

como en los informes médicos, y también en las sentencias, una mejor adaptación al tratamiento legal de la PCV, haciendo referencia al impedimento o limitación de las concretas actividades afectadas, bien esenciales, bien específicas de desarrollo, así como una mayor motivación al concretar la cuantía de la indemnización dentro de la horquilla asignada a cada grado en las secuelas.

Finalmente, se aprecian reticencias (especialmente en el ámbito de las lesiones temporales) para apreciar el perjuicio de PCV atendiendo exclusivamente al impedimento para llevar a cabo la actividad laboral o profesional, pese a lo dispuesto en el art. 138.5, así como respecto a la prueba adecuada para acreditar aquélla, y sus efectos.





Responsabilidad civil de los centros docentes de enseñanza no superior. Mención al acoso escolar

Gerardo Vaz de Ramón
Abogado

Sumario

I.- INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CENTROS DOCENTES DE ENSEÑANZA NO SUPERIOR POR SITUACIONES DE ACOSO ESCOLAR

- a) Aproximación al concepto de acoso escolar
- b) Los planes de convivencia de los centros escolares
- c) Los tipos de actividades que se desarrollan en el centro
- d) Los tipos de responsabilidades

II.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS CENTROS DOCENTES DE ENSEÑANZA NO SUPERIOR CON ESPECIAL MENCIÓN AL ACOSO ESCOLAR. EL ARTÍCULO 1903.5 CC

- a) Tipo de responsabilidad
- b) Requisitos y jurisprudencia
- c) Causas de exoneración
- d) La acción directa contra las aseguradoras de los centros docentes

III.- ESPECIAL MENCIÓN AL ACOSO A TRAVÉS DE LAS TIC: EL CYBERBULLING. ASPECTO CIVIL Y PENAL

IV.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES. EL ARTÍCULO 1903.2 CC

- a) Tipo de responsabilidad
- b) Elementos
- c) RC ex delicto
- d) RC de los padres por actos cometidos por sus hijos por medios tecnológicos

V.- LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO. EL DAÑO MORAL Y SU VALORACIÓN

- a) Daños indemnizables
- b) Daño moral
- c) Valoración

VI.- CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como finalidad abonar la responsabilidad civil de los centros y padres, con especial mención al acoso escolar, así como sus posibles sanciones desde el punto de vista jurídico ya que, por lo general, las acciones propias de acoso constituyen ilícitos penales y/o civiles merecedores de un especial reproche a los que el ordenamiento jurídico debe ofrecer una respuesta unívoca, contundente y eficaz, tanto desde el punto de vista preventivo como, una vez consumadas, desde la perspectiva sancionadora (penal, en los casos más graves o de tipo disciplinario o educativo) y del resarcimiento (civil) de los daños y perjuicios causados.

1.- INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CENTROS DOCENTES NO UNIVERSITARIOS POR SITUACIONES DE ACOSO ESCOLAR.

A) APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ACOSO ESCOLAR

Con carácter previo y a modo introducción conviene definir o acotar lo que se entiende por acoso ya que, por lo general, los letrados que tratamos este tipo de asuntos vemos con asiduidad que cualquier acto, por puntual que sea, se viene calificando «**incorrectamente**» como acoso.

En primer lugar, conviene decir que todas las modalidades de acoso son actos de agresión en sentido amplio, ya sea física, verbal o psicológica¹, si bien no toda agresión o violencia en las aulas da lugar a acoso. La Instrucción 10/2005, de 6 de octubre², de la Fiscalía General del Estado incide en la necesidad de deslindar el acoso escolar de los incidentes violentos, aislados u ocasionales entre alumnos o estudiantes. Según la misma, «el acoso se caracteriza, como regla general, por una continuidad en el tiempo, pudiendo consistir los actos concretos que lo integran en agresiones físicas, amenazas, vejaciones, coacciones, insultos o en el aislamiento deliberado de la víctima, siendo frecuente que el mismo sea la resultante del empleo conjunto de todas o de varias de estas modalidades».

La agresión puede ser inmediata o directa cuando el acoso consiste en ataques abiertos a la víctima, pero también mediata o indirecta cuando a la víctima se le excluye y aísla socialmente del grupo causándole daños

psicológicos (estados de ansiedad recurrente, o cuadros depresivos o ansioso-depresivos, disminución del nivel de autoestima, conductas compulsivas, antisociales, etc.) que pueden llegar a ser irreversibles.

La jurisprudencia por su parte define el acoso escolar **«cualquier forma o conjunto de actitudes agresivas, intencionadas y repetidas, que ocurren sin motivación evidente, adoptadas por uno o más estudiantes contra otro u otros».**

En el ordenamiento español, la **4ª Constitución Española de 1978** declara como derechos fundamentales junto al **derecho a la educación** (art. 27), el **derecho a la integridad física y moral** (art. 15), el **derecho a la libertad y a la seguridad** (art. 17) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24). La educación debe tener por objeto, conforme a nuestra Norma Fundamental, el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (art. 27.2 CE), finalidad coherente con un sistema que pretende configurar la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, junto con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, como «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE).

Por tanto y, como resumen de lo anterior, para que podamos hablar de acoso tienen que concurrir **TRES REQUISITOS**⁵:

- 1º.- Su presencia no puede limitarse a un acontecimiento aislado, sino que **se repite y se prolonga durante cierto tiempo** aumentando el riesgo del menor que sufre el acoso.
- 2º.- Que la situación se produzca en el **marco de desigualdad**, debido a que el acosador o acosadora suele estar apoyado por un grupo que le facilita y potencia la conducta violenta, mientras que la víctima se manifiesta incapaz de salir por sí misma de la situación de acoso.
- 3º.- Que se mantengan en el tiempo entre otras razones, por la ignorancia o pasividad de las personas que rodean a los agresores y a las víctimas sin intervenir directamente.

¹ RAQUEL LUQUIN BERGARECHE. - Responsabilidad Civil por daños causados a menores por acoso escolar. Revista Aranzadi Civil-Mercantil 5/2017

² Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de la justicia juvenil.

³ STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de diciembre de 2009

⁴ Constitución Española de 1978

⁵ Sentencia núm. 120/2005 de 27 mayo, de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª)

B) LOS PLANES DE CONVIVENCIA DE LOS CENTROS ESCOLARES

Hacemos especial mención a los planes de convivencia de los centros docentes y sus reglamentos de régimen interior por dos cuestiones: primero, por su **importancia a efectos preventivos** y, en segundo lugar, por su **carácter sancionador** en caso de incumplimiento por el alumnado.

El Plan de Convivencia de los Centros Escolares⁶ viene regulado en el artículo 124 de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y exige a los centros que cada curso escolar elaboren un plan de convivencia en el que se concreten las actividades a realizar durante el curso, los derechos y deberes de los alumnos y **las medidas correctoras en caso de incumplimiento**.

Conviene subrayar que el párrafo segundo del apartado segundo de la citada normativa⁷ establece que *“todas las conductas que atenten contra la dignidad personal de otros miembros de la comunidad educativa, que tengan como origen o consecuencia una discriminación o acoso basado en el género, orientación o identidad sexual, o un origen racial, étnico, religioso, de creencias o de discapacidad, o que se realicen contra el alumnado más vulnerable por sus características personales, sociales o educativas tendrán la calificación de falta muy grave y llevarán asociada como medida correctora la expulsión, temporal o definitiva, del centro. Las decisiones de adoptar medidas correctoras por la comisión de faltas leves serán inmediatamente ejecutivas(...).”*

Además, como sostiene **RAQUEL LIQUIN BERGARECHE**, es necesario un protocolo de

actuación⁸ que defina en cada centro las fases o pasos a seguir verificado un supuesto de acoso por denuncia de la víctima o de tercero o por observación directa de los profesionales, tales como: la identificación y comunicación de la situación al tutor, director o responsable, la adopción de actuaciones inmediatas (reunión de equipo directivo con orientadores y tutores e información al servicio de Inspección competente, adopción en su caso de medidas cautelares o urgentes para la salvaguarda física y psíquica de la supuesta víctima de acoso, traslado a las familias y responsables legales del alumnado implicado así como al resto de los profesionales que atienden a la víctima, a la Comisión de Convivencia del centro y la Inspección educativa; recogida de documentación y realización de observación sistemática de indicadores y, en su caso, entrevistas al alumnado y sociogramas, informe contrastando la información aportada por las distintas fuentes y finalmente, aplicación de las correcciones pedagógicas y/o medidas disciplinarias procedentes (según la naturaleza, la gravedad del hecho y las circunstancias concurrentes) y otras actuaciones.

Llegados a este punto conviene destacar que **las competencias** para regular, en lo que se refiere al desarrollo de la norma, los planes de convivencia y los protocolos de actuación, **son autonómicas**, lo cual nos impide analizar pormenorizadamente en este trabajo la totalidad de regulaciones autonómicas, si bien, todas ellas se nutren de una norma común, publicada con anterioridad a la vigente Ley de Educación del año 2006: el **Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo**⁹ por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia de los centros, del cual se extraen las siguientes obligaciones para los centros:

1º) Obligación de aprobar un **reglamento de régimen interior**, aprobado por el Consejo Escolar, que contendrá las normas de convivencia del centro y las correcciones que correspondan por las conductas contraías a las citadas normas (artículos 9 y 41).

2º) Que los centros deben tener en cuenta que las correcciones que hayan de aplicarse por el incumplimiento de las normas de convivencia habrán de tener un carácter educativo y recuperador (artículo 43).

3º) A efectos de responsabilidad civil, la obligación de sus alumnos (padres o

⁶ Art. 124 de la vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación: «1. Los centros elaborarán un plan de convivencia que incorporarán a la programación general anual y que recogerá todas las actividades que se programen con el fin de fomentar un buen clima de convivencia dentro del centro escolar, la concreción de los derechos y deberes de los alumnos y alumnas y las medidas correctoras aplicables en caso de su incumplimiento con arreglo a la normativa vigente, tomando en consideración la situación y condiciones personales de los alumnos y alumnas, y la realización de actuaciones para la resolución pacífica de conflictos con especial atención a las actuaciones de prevención de la violencia de género, igualdad y no discriminación. 2. Las normas de convivencia y conducta de los centros serán de obligado cumplimiento, y deberán concretar los deberes de los alumnos y alumnas y las medidas correctoras aplicables en caso de incumplimiento, tomando en consideración su situación y condiciones personales. Las medidas correctoras tendrán un carácter educativo y recuperador, deberán garantizar el respeto a los derechos del resto de los alumnos y alumnas y procurarán la mejora en las relaciones de todos los miembros de la comunidad educativa. Las medidas correctoras deberán ser proporcionadas a las faltas cometidas.

⁷ Art. 124 LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

⁸ RAQUEL LUQUIN BERGARECHE. - Responsabilidad Civil por daños causados a menores por acoso escolar. Revista Aranzadi Civil-Mercantil 5/2017

⁹ Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia de los centros.

representantes legales) de reparar el daño causado o hacerse cargo del coste económico de su reparación en todos aquellos daños que de forma intencionada o por negligencia causen a las instalaciones del centro o su material (artículo 44).

4º) La relación de conductas contrarias a las normas de convivencia del centro que se refieren en el capítulo II de la norma.

En cuanto se refiere a la Comunidad de Madrid las **normas de convivencia** se regulan en el Decreto 15/200710, estableciendo en su artículo 4 que el reglamento de régimen interior es la norma interna del centro en la que se concretarán los derechos y deberes del alumnado y de los demás miembros de la comunidad educativa, siendo **normas de carácter educativo** que deberán contribuir a crear el adecuado **clima de respeto**, así como de responsabilidad y esfuerzo en el aprendizaje.

En cuanto a la labor e importancia de los centros para erradicar los casos de acoso (o bullying) dice la **sentencia núm. 120/2005 de 27 mayo**, de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) que “el ámbito educativo, incluidos los centros escolares, entre otras razones por la especial importancia que tiene en el entramado social en orden a la transmisión de valores y a la socialización de los niños y adolescentes, **tienen que conocer todos los estudios que puedan afectar en mayor o menor a la infancia**, a diferencia de los padres a los que no le es exigible una preparación o capacitación educativa especial que domine todos los aspectos educativos, en particular la detección de una victimización por acoso escolar de su hijo o hija, aunque probablemente en el futuro será conveniente que en la prevención de esta lacra se aumente la formación de los propios padres”.

C) LOS TIPOS DE ACTIVIDADES QUE SE DESARROLLAN EN EL CENTRO

Adentrándonos ya en la materia objeto de este trabajo conviene hacer mención, por su especial importancia de cara a la imputabilidad de responsabilidad a los centros docentes, de las actividades que en el mismo desarrolla su alumnado y que genera riesgos indemnizables, las cuales vienen recogidas en el **Real Decreto 1694/1995**11:

1º) **Actividades propias de la enseñanza**

¹⁰ Decreto 15/2007, de 19 de abril, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los centros docentes de la CC.AA. de Madrid.

¹¹ Real Decreto 1694/1995, de 20 de octubre, por el que se regulan las actividades escolares complementarias, las actividades extraescolares y los servicios complementarios de los centros concertados.

incluidas en la programación docente de cada curso (“enseñanza curricular”).

2º) **Actividades extraescolares**, que son las realizadas en el intervalo de tiempo comprendido entre la sesión de mañana y de tarde del horario de permanencia en el mismo de los alumnos, así como las que se realicen antes o después del citado horario, dirigidas a los alumnos del centro. Ejemplo de ello son actividades extraescolares de enseñanza de idiomas, robótica, actividades deportivas, salidas programadas, visitas institucionales, etc¹².

3º) **Actividades complementarias**, son las establecidas por el centro con carácter gratuito dentro del horario de permanencia obligada de los alumnos en el mismo y como complemento de la actividad escolar, en las que pueda participar el conjunto de los alumnos del grupo, curso, ciclo, etapa o nivel.

Actualmente se considera actividad complementaria y extraescolar al mismo tiempo, “el viaje de fin de curso”,

4º) **Servicios complementarios** de los centros el comedor, el transporte escolar, el gabinete médico o psicopedagógico o cualquier otro de naturaleza análoga.

Actualmente se considera servicio complementario la contratación de licencias para usos de plataformas docentes.

D) LOS TIPOS DE RESPONSABILIDADES

El instituto de la responsabilidad civil se regula en nuestra ordenamiento positivo por medio de distintos preceptos, en los que se regulan distintos sistemas de responsabilidad, tienen su origen en la acción, de la que es consecuencia el daño cuyo resarcimiento se reclama, regulándose tres distintos sistemas de responsabilidad cual son¹³, el de la **responsabilidad contractual**, la **extracontractual** y la **delictual**, sistemas de responsabilidad que según su origen poseen normas reguladoras propias, y que si bien coinciden en los elementos básicos, **la necesidad de una acción u omisión por parte del agente, la existencia de un resultado lesivo y la relación de causalidad entre la acción y el resultado** (Art. 1902 CC), constituyendo los elementos diferenciadores de los distintos sistemas previamente reseñados, el que la acción que se impute al agente sea consecuencia de un cumplimiento

¹² ÁNGEL JUAN NIETO GARCÍA, la RC y penal de los centros docentes.

¹³ Sentencia de 21 de octubre de 2002, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), sobre la RC de los padres.

o incumplimiento contractual, que la acción sea constitutiva de un ilícito penal, o finalmente que la acción constituya la infracción de un principio general del derecho cual el “alterum non laedere”, o interdicción de causar un mal a otro, como el elemento, básico y fundamentador de la convivencia social; sirve como fundamento de la citada institución, el de la responsabilidad personal, como primer pilar del mismo, más en unión de la citada responsabilidad por actos propios, regula nuestro ordenamiento jurídico, al igual que los sistemas de nuestro entorno, la responsabilidad por hecho ajeno, o la imposición legal de responsabilidad o de responder por hecho de otro, y dentro de la responsabilidad por hecho ajeno se encuentra la **responsabilidad de los padres y tutores** por los daños producidos por los hijos o menores que se encuentren bajo su guarda o custodia, **la de los centros docentes** por los daños producidos a terceros por los pupilos, la de los criados y dependientes por los daños producidos en el desarrollo de sus actividades, responsabilidad (Art. 1903 CC), que se fundamenta en los principios de la culpa “in eligendo” o “in vigilando”.

2.- DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DE LOS CENTROS DOCENTES DE ENSEÑANZA NO SUPERIOR

Por lo general, la responsabilidad de los centros por daños causados a su alumnado (incluyendo los casos de acoso) es una **responsabilidad extracontractual** (como veremos a continuación). Esto genera que los padres únicamente puedan reclamar al centro por responsabilidad contractual en los casos en el que el daño o la RC se origine como incumplimiento de un contrato, por ejemplo, el caso de un colegio privado (*caso real*) en el que los padres deciden no pagar la cuota de enseñanza a la vista de que el alumno tiene un problema en el habla que genera que el alumno no ascienda como debiera de curso, y que los padres lo achacan a un actuar deficiente en el servicio de logopeda del centro; todo ello, dentro del marco del **contrato de enseñanza estipulado entre las partes**.

Otro ejemplo lo encontramos en el caso SARECO¹⁴, en el que se condena a la empresa responsable del servicio de comedor por responsabilidad contractual puesto que en el contrato suscrito con los padres también asumían el servicio de vigilancia de los menores durante el descanso. En efecto, sostiene la sentencia que “estamos ante un incumplimiento contractual puesto que la mercantil asumió, además de repartir la comida, la vigilancia de los

menores durante este periodo de dos horas de descanso y, en efecto, la responsabilidad que se le invoca, se fundamenta en la **responsabilidad contractual**, de la que el Código Civil señala, en su art. 1.101 que quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en negligencia”.

Si bien es cierto que con la reforma del artículo 1903 del Código Civil de 07/1/1991 quedó clara la responsabilidad extracontractual del centro, la jurisprudencia acude a la teoría de la yuxtaposición a efectos de reclamar daños a los centros; esto es, **reclamar vía responsabilidad contractual y extracontractual de manera alternativa o subsidiaria al mismo tiempo**.

Sostiene la sentencia de 2/3/1995, de la AP Girona, que, a su vez, se hace eco de la doctrina recogida por el TS en sentencia de 29/11/1994, que “no es suficiente que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana en la órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial siendo aplicables los arts. 1902 y siguientes. También se ha dicho que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro («alterum non laedere»), hay una **yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativamente o subsidiariamente, u optando por una u otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de que ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible. Sólo si se demanda con base en responsabilidad contractual, no procedería entrar a analizar la responsabilidad «Aquiliana»”.**

En el caso que analiza la citada sentencia¹⁵, donde una menor es dañada por un elemento estructural del centro, se estima “*la presencia de un supuesto de responsabilidad extracontractual del art. 1903 del CC, donde responde el centro educativo en cuestión sosteniendo que “aunque dicho precepto no es específicamente aplicable al presente supuesto, dicho artículo es la especie de un género mayor, esto es, la idea del riesgo como fundamento de la responsabilidad aquiliana, que supone, que aquel que ejerce una actividad, en el caso, una entidad religiosa titular de un Centro educativo, responda de los daños derivados del ejercicio de tal actividad, con independencia de que exista o no culpa por su parte*. Por ello el IX Convenio Colectivo de Enseñanza Primaria, publicado

¹⁴ Sentencia núm. 320/2010 de 11 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), sobre la responsabilidad contractual.

¹⁵ Sentencia de 2/3/1995, de la AP Girona.

por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 17 mayo 1991 establece en su art. 75 que «todos los Centros deberán contar con dos pólizas de seguros que garanticen las coberturas de responsabilidad civil y accidentes individuales de todo el personal afectado por este convenio».

3.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA-CONTRACTUAL DE LOS CENTROS DOCENTES DE ENSEÑANZA NO SUPERIOR CON ESPECIAL MENCIÓN AL COSO ESCOLAR. EL ARTÍCULO 1903.5 CC

A) TIPO DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad del art. 1903.5, en relación con el artículo 190216, es una responsabilidad en principio cuasi-objetiva, que solo cesa si se acredita que se ha actuado con toda la diligencia exigible para prevenir el daño, **presumiéndose de lo contrario que hubo una falta de control que es imputable al centro**, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia imperante al respecto.

BERKOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁵ opina acerca del artículo 1903 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad subjetiva o por culpa, aunque, la culpa o negligencia funciona dentro del mismo como hecho impeditivo de la pretensión resarcitoria: el demandante no tiene que acreditar la culpa para obtener el resarcimiento, **pero el demandado puede acreditar un comportamiento diligente para quedar exonerado de responsabilidad**. Esta culpa-hecho obstativo, se suele denominar culpa «in vigilando», «in educando», «in custodiendo» o «in eligiendo», según los casos, haciendo referencia a que consiste en un incumplimiento de los deberes de diligencia relativos a la vigilancia, educación, custodia o elección del dependiente. No se trata, por tanto, de una verdadera responsabilidad vicaria, sino por culpa propia.

El Tribunal Supremo afirmó en **sentencia de 10 de marzo de 1997**, que «La nueva redacción del artículo 1903, establece según el general sentir de la doctrina y de la jurisprudencia de

¹⁶ El art. 1.902 CC: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

Art. 1903.5 CC: Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesaran cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.»

esta Sala, una **responsabilidad prácticamente objetiva**, en cuanto señala que las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior, responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. Es decir, se soslaya prácticamente el elemento de culpabilidad (SAP Madrid 737/08).

Completando la doctrina del Tribunal Supremo conviene mencionar la **sentencia de 17 de diciembre de 2004** que recoge que «la esencia de la culpa consiste en **no prever lo que pudo y debió ser previsto o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso**», por lo que admitida la frecuencia de tales sucesos la entidad demandada no ha probado las medidas adoptadas para su prevención y control, no resultando suficiente con la manifestación del director del centro en el sentido de que los profesores intervenían si se producía un altercado porque no se explican las concretas medidas adoptadas para prevenir estos hechos máxime si se atiende a su habitualidad y reiteración que admite y refiere el propio centro.

Por tanto, como recoge la **sentencia núm. 120/2005 de 27 mayo**, de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) “a nuestro juicio, sin embargo y pese al tenor literal del art. 63.1 LORRPM, el criterio de imputación de responsabilidad de los titulares de los centros docentes de enseñanza no superior (nos ceñiremos a los privados o concertados), **debería fundamentarse en la culpa o negligencia «in vigilando» sobre unos alumnos menores a los que los progenitores y titulares de funciones tuitivas han delegado las funciones de guarda inmediata, control y supervisión**. E igualmente culpabilísimo debe ser el criterio de imputación (por culpa «in educando», en este caso) **de padres y tutores**, aun siendo conscientes de las enormes dificultades en el ámbito probatorio tanto de la culpabilidad como de la necesaria acreditación por el actor del nexo de causalidad.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción es de **un año**, salvo interrupción, según dispone el artículo 1968 17 del Código Civil. Dicho artículo ha sido matizado por la jurisprudencia en el sentido de entender que el plazo de un año empezará a correr, a elección del perjudicado, cuando suceda el accidente o, en su defecto, **a partir del momento de estabilización de las lesiones**.

¹⁷ Artículo 1.968 del Código Civil: “la acción para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902 es de un año desde que lo supo el agraviado».

B) REQUISITOS Y JURISPRUDENCIA

B.1.- REQUISITOS

BERKOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, respecto de la culpa en los centros docentes, señala que descansa en los siguientes presupuestos:

- a) Ha de tratarse de un centro docente de enseñanza no superior, lo cual incluye tanto a los colegios en sentido estricto como a cualquier institución en la que se impartan enseñanzas de esta índole: guarderías, campamentos, centros de educación especial etc.
- b) Daño causado por un alumno del centro, menor de edad. Dentro de esta categoría será preciso incluir, por analogía, también a los incapacitados y a los que debieran haberlo sido v. gr. por encontrarse escolarizados en un centro de educación especial.
- c) El alumno debe encontrarse bajo el control del profesorado del centro desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias: se incluyen tanto los recreos, como las excursiones, visitas culturales y cualquier otra actividad formativa desarrollada por el centro. En cuanto a la posibilidad de exonerarse mediante la demostración de una actuación diligente (último párrafo del artículo 1903 Código Civil), el TS aunque ha ido progresivamente agravando la diligencia exigida, todavía no ha aplicado su doctrina del riesgo a este régimen de responsabilidad, pese a que solventan el litigio culpabilísticamente, las STS 31-10-1998 y 5-11-2004 si mencionan la doctrina del riesgo.

Así lo recoge también la sentencia núm. 120/2005 de 27 mayo, de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) que establece que *“conforme proclama una consolidada jurisprudencia del TS, cuando los hechos ilícitos cometidos por menores de edad acaecen durante el período de tiempo en que se hallan bajo el control y vigilancia del profesorado del Centro, dado que los padres no pueden ejercer tales deberes sobre sus hijos, en cuanto que desde el momento de su entrada hasta la salida del Centro sus funciones quedan traspasadas a los profesores, es por lo que en estos casos se ha de apreciar que hay una omisión de ese deber por parte de estos últimos, y no de los padres, al haberseles traspasado la vigilancia y cuidado sobre los menores (3-12-91, 15-12-94 y 10-12-96 entre otras)”*.

En igual sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1991 (reproducida, por sentencia 173/2016, de 25 de abril, de la AP Barcelona (sección 1ª) que dice que *“dichas funciones de vigilancia se entiende que los padres las delegan en el Centro, desde el momento en que los menores acceden al mismo hasta que se produce su salida ordenada”*. Por

tanto, en este concreto periodo el menor estaba fuera del ámbito de influencia y vigilancia de sus padres, por lo que hay que considerar probada la diligencia para prevenir el daño a que se refiere la ley.

Por otra parte y además de lo anterior, debe hacerse hincapié, en lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tiene declarado con reiteración, en orden a la aplicación de la acción ejercitada es la acción de responsabilidad por culpa extracontractual del artículo 1902 del Código Civil en relación con el 1903, que requiere para apreciar culpa la concurrencia de los tres elementos tradicionales de la responsabilidad aquiliana: acción causante, resultado dañoso y nexo causal.

1º) una ACCIÓN U OMISIÓN CULPOSA O NEGLIGENTE que pueda imputarse al demandado (CENTRO DOCENTE), y que, por general, radica en que el centro logre probar que adoptó todas las medidas a su alcance para poner fin a la situación, situación que no concurrirá si no prueba la vigilancia, atención o cautela determinada con relación al menor.

Sentencia A.P. de Madrid, sec. 14ª, S 27 de octubre de 2005: *“para apreciar la responsabilidad dimanante del art. 1903, párrafo 5º CC, es preciso constatar que la acción u omisión haya partido de «alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro»*.

2º) la CAUSACIÓN DE UN DAÑO EFECTIVO Y REAL que, por lo general, será el daño psicológico producido por el hostigamiento al que es sometido el menor, cuya prueba corresponde a la parte actora ex art. 217.2 LEC (sentencia núm. 174/2017 de 24 abril, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª)

3º) un necesario NEXO DE CAUSALIDAD entre el daño y la conducta culposa, esto es, entre las medidas de organización y vigilancia adoptadas y el resultado dañoso producido (STS 510/2009).

El elemento subjetivo o culpabilístico pertenece al ámbito del nexo causal, y por imperativo del art. 1903 pfo 5º CC la carga de la prueba se desplaza sobre el demandado, cuya responsabilidad sólo «cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño». (Prueba que, por tanto, interrumpe el nexo causal.)

Un claro ejemplo de ausencia de nexo causal, por ausencia de elemento de culpa,

sería el que establece la sentencia num. 662/2007 de 4 junio, del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), por la acusación de lesiones en un vestuario, sosteniendo que “no se aprecia responsabilidad directa, por cuanto falta el esencial presupuesto del nexo causal que exige el artículo 1902 del Código civil. No puede, ni por asomo, imputarse responsabilidad a un centro docente y a su director, por la omisión de vigilancia en el interior de un vestuario. Con un normal criterio de racionalidad, no se puede llegar a los extremos que parece pretenderse en la demanda, como vigilar un vestuario, ya que se llegaría a extremos “ab absurdum” como imponer, so pena de responsabilidad, vigilancia y control en comedores, vestuarios, lavabos, retretes, etc. Llegando a la violación de la intimidad, derecho constitucional, para evitar riesgos imprevisibles”.

A lo anterior, cabe añadir los siguientes matices configurados por nuestra jurisprudencia:

- a) Como se ha mantenido, existe una INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA, siendo el centro escolar el que debe probar una actuación con toda la diligencia de un buen padre de familia conducente a evitar el daño, pues de lo contrario se partirá de que hubo una falta de control, un defecto o ausencia de las medidas de vigilancia y protección en su caso precisas (sentencia núm. 68/2017 de 1 marzo de la Audiencia Provincial de Barcelona).

En igual sentido, la sentencia núm. 174/2017 de 24 abril, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª) que dice que: “la responsabilidad en la que incurren las personas o entidades titulares de un Centro de Enseñanza, no pierde las características propias de la responsabilidad extracontractual, sigue tratándose de una responsabilidad aquiliana en la que elemento subjetivo de la culpa es esencial, no obstante el art. 1903 opera un desplazamiento de la carga de la prueba al demandado al establecer en el último apartado del precepto que “la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Por tanto, la carta de la prueba de exoneración de responsabilidad recae en el centro docente ex art. 217.6 LEC, ya que los padres del menor (víctima) son ajenos al círculo en que acaecen los hechos, y es el centro escolar demandado quien, por su proximidad con la fuente de la prueba y disponibilidad de los medios de justificación de los hechos, soporta el deber de demostrar la forma en que ocurrió el accidente.

- b) Cuanto más pequeño sea el menor, mayor será la diligencia a tener en cuenta por el centro. A tal respecto, sentencia num. 883/1995 de 10 de octubre, del TS (Sala de lo Civil), que sostiene que: “la culpa extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo, lugar, y es indudable que las concurrentes en un Colegio para niños de corta edad -el fallecido, de nueve años- exigen una máxima diligencia en evitación de los daños que éstos puedan sufrir incluso a consecuencia de conductas propias de la infancia y, por lo mismo, quizá imprudentes. En el caso, la ausencia de aquella diligencia se pone de manifiesto si se observa, con un mínimo rigor, que no existía un control efectivo del acceso de los alumnos, durante el recreo, al «patio de abajo», ni una vigilancia suficiente de sus juegos en el mismo y que se mantuvo en este patio un armazón metálico inútil para su finalidad originaria como canasta de baloncesto, en el que los niños solían colgarse usándolo a modo de columpio con el consiguiente peligro”.

- c) Las medidas de organización que deben adoptarse estarán en función lógicamente de la actividad de los alumnos en cada momento y, por tanto, del mayor o menor riesgo que tal actividad entrañe para los alumnos (STS 510/2009).

B.2.- JURISPRUDENCIA

CASO DE ACOSO, recogido por la sentencia núm. 120/2005 de 27 mayo, de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª)

Así, a diferencia de lo que sostiene la apelante, la niña objeto del hostigamiento moral puso en conocimiento de la tutora en varias ocasiones los tratos vejatorios y agresiones de todo tipo que estaba sufriendo, y ésta no actuó con la diligencia debida. En el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales de un niño, cuando como en el caso estaban siendo totalmente conculcados (derecho a la libertad, integridad física, dignidad, etc.), aunque estén en juego otros intereses o derechos de otros niños, no caben contemplaciones o consideraciones que toleren en mayor o menor medida estos comportamientos abusivos, entre otras razones porque tal tolerancia no es educativa para ningún niño.

Por otro lado, aun suponiendo que se haya justificado que la menor respondiera que estaba bien cuando fue preguntada sobre su situación, lo que no ha ocurrido, el Centro debió constatar que tal afirmación no obedecía a la

propia situación de temor, de acoso o abuso que vivía la niña, puesto que los menores que son objeto de este tipo de comportamientos de maltrato precisamente pueden dar respuestas de este tipo (silencios, evasivas, etc.) para tratar de evitar males mayores (supuestos o reales) por parte de los «abusadores», y debió cerciorarse de modo absoluto que efectivamente había terminado la conducta ilícita de los compañeros, puesto que lo cierto es que continuaron los comportamientos antijurídicos sobre la hija de los actores durante más tiempo.

RESPONSABILIDAD DEL CENTRO POR DAÑOS A UN MENOR OCURRIDOS UNA VEZ ACABADA LA JORNADA ESCOLAR PERO EN EL CENTRO, recogido en la sentencia de 3 diciembre 1991, del TS

Alegaba el actor que, estando en el patio de recreo su hijo David, fue lesionado en el ojo derecho por una ballesta que llevaba un alfiler disparada por la menor María, alumnos ambos del Colegio Público Fermín Repáraz. El menor David ha quedado casi sin visión en el ojo lesionado.

Es claro que el padre de ésta no ejercía su labor de guarda, que se entiende por la común experiencia que delega en el Centro, y de ahí que mal puede fundarse su responsabilidad en el párrafo 2.º del art. 1903 del Código Civil. Esta obligación de guarda renace desde el momento en que el Centro Escolar acaba la suya, que no ha de interpretarse de manera rígida, pues impondría con carácter general a los padres la obligación de recoger a los menores inmediatamente de acabada cada clase, cosa por completo absurda, sino con la suficiente flexibilidad que cada caso demande. Si es habitual en el Centro que los alumnos se queden en el patio de recreo un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva antes de ser recogidos o trasladarse a sus domicilios, es obligado deducir que los padres cuenten con que hasta entonces están en el Centro y vigilados por su personal. Distinto hubiera sido si el Centro recurrido tuviese establecido como norma el cierre inmediato de todas sus instalaciones acabada la jornada, porque entonces sí estaban obligados los padres a prever este hecho y la guarda inmediata de sus hijos menores. En el caso de autos, las pruebas practicadas ponen de relieve que era la primera de las situaciones la que se daba, por lo que era el Centro Escolar el que exclusivamente tenía a su cargo el deber de vigilancia.

RC DEL CENTRO POR ACCIDENTE EN EL DESARROLLO DE UNA PRUEBA DE SALTO EN LA CLASE DE GIMNASIA, recogido en sentencia núm. 1098/1999 de 22 diciembre, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)

De las pruebas practicadas se deduce que *la producción del accidente se debió a no haberse observado por la profesora que ordenaba y dirigía el ejercicio la diligencia media que le era exigible, dado que no adoptó las medidas de precaución y seguridad que la prudencia imponía en atención a un riesgo previsible en relación con la naturaleza de la actividad y las demás circunstancias concurrentes, obrando con evidente descuido y exceso de confianza, sin dar la debida consideración al peligro que entrañaba la clase de educación física que había mandado efectuar a los alumnos, riesgo que por su preparación y titulación no le era ajeno*. Entre las circunstancias aludidas cabe reseñar: la edad de los alumnos; el tipo de aparato, que entrañaba, no una excesiva, pero sí una cierta peligrosidad; la dificultad del ejercicio, harto patente y que además se revela por las caídas producidas y el temor de aquéllos a realizar el salto; la falta de técnica en la realización del ejercicio, el que habría requerido una mayor y lenta preparación, sin que sea suficiente una mera explicación verbal; la presión añadida que pesaba sobre los alumnos que temían no aprobar la asignatura si no lograban, o al menos intentaban el ejercicio, y sobre todo, hay que resaltarlo, el no haber estado la profesora más cerca al lugar del salto, o de la caída, bien personalmente o por medio de personas expertas que le auxiliaren para el caso de producirse el desequilibrio, pues éste era previsible, incluso por la causa de pisar mal el trampolín, algo posible dadas las circunstancias expuestas, y todo ello con más razón todavía si se tiene en cuenta que era el primer día (la primera clase) en que los alumnos del grupo actuante realizaban el ejercicio.

ACCIDENTE EN LA SALIDA AL RECREO, recogido en la sentencia núm. 174/2017 de 24 abril, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª).

Pues bien, esa diligencia exigible al centro para prevenir el daño, en el presente caso, hubiera venido determinada por la acreditación por parte de la demandada, de un extremo esencial, consistente en que, en aquel momento, existía un concreto profesor que controlase esa salida al patio de recreo, como lógica medida de organización a adoptar en función de la actividad de los alumnos, pues es previsible, bien la aglomeración, o que alguno o algunos, impregnados de ese furor colegial propio de la edad, pretendieran de modo precipitado o abandonando la fila de todos, como ocurrió en el presente caso, introducirse o salir al patio en cuestión para disfrute del reglamentario recreo, con las carreras propias que pueden hacer peligrar la integridad física de quien las inicia o de sus compañeros, cuestión no acreditada, como se ha dicho, y ni siquiera invocada por la demandada, **vigilancia directa y presencial**

precisa, a la que se acertadamente refiere la sentencia apelada.

DAÑOS CAUSADOS EN EL RECREO CON LLUVIA, recogido en la sentencia núm. 510/2009 de 30 junio, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª).

Si bien es cierto que en principio el recreo en un espacio cubierto por estar lloviendo no representa un especial peligro para niños de educación infantil y primaria, no lo es menos que si ese espacio es un pasillo en forma de L de 200 m² y en tal espacio se concentran unos 300 niños bajo la vigilancia de solamente tres profesoras, hechos probados según la sentencia impugnada que hay que respetar en casación, el riesgo de que sucedan hechos como los aquí enjuiciados es más que patente por la propia imposibilidad del personal docente de vigilar a tantos niños en un espacio tan reducido y la probabilidad de que tal concentración provoque en los niños reacciones o conductas agresivas que no se darían en otra situación.

Por tanto, se aprecia culpa del centro ya que la lluvia no imponía necesariamente que los niños de varios grupos hubieran de concentrarse en el espacio común cubierto cuando se daba la alternativa de que cada grupo hubiera disfrutado del recreo en su correspondiente aula bajo la supervisión de la profesora encargada o de otra que la sustituyera durante el tiempo imprescindible para descansar, **incumbiendo precisamente a la dirección del centro docente la organización necesaria para que tal solución alternativa fuera posible antes de permitir que trescientos niños se concentraran en 200 m² en forma de L, y por tanto sin visibilidad simultánea por las tres profesoras presentes, para disfrutar del recreo, lo que por demás explica que a las tres les pasara inadvertido el empujón que a la niña le dio otro alumno.**

C) CAUSAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Continuando con lo anterior, podemos sostener que el centro se verá absuelto de toda responsabilidad si no concurren los requisitos clásicos de la responsabilidad aquiliana en relación con el art. 1903.5 CC, o, aun concurriendo, porque el centro haya logrado demostrar que actuó con toda la diligencia propia de un buen padre de familia.

A lo anterior, cabe añadir la concurrencia del CASO FORTUITO y la FUERZA MAYOR, regulados en el artículo 1.105 del Código Civil¹⁸, que sostiene que "nadie responderá de aquellos

¹⁸ Artículo 1.105 CC: Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables.



sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables.

En cuanto a los elementos para la concurrencia del caso fortuito o la fuerza mayor, como establece a sentencia núm. 336/2013 de 10 junio, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) es necesario determinar si el accidente del menor fue un hecho imprevisible e inevitable en los términos del artículo 1.105 del Código Civil, es decir, si se trata de un hecho o acontecimiento independiente de la voluntad de la demandada, y por ello, no imputable a ella; que sea imprevisible, o siendo previsible es inevitable, y que entre el acontecimiento, la imposibilidad y el consiguiente daño exista un nexo de causalidad, sin que intervenga en la actividad ningún factor doloso o culposo por parte del deudor.



En tal sentido señala la STS. de 9 de febrero de 1.998 que «identificado con la fuerza mayor en el artículo 1105, es todo suceso culposo imposible de prever, o que previsto sea inevitable, y, por tanto, realizado sin culpa alguna del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del sujeto, de forma que para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible e inevitable». En el mismo sentido, la STS. de 18 de Diciembre de 2006 , señala que «la concurrencia de los requisitos para la aplicación del art. 1.105 CC , es decir, la imprevisibilidad y la inevitabilidad exige una prueba cumplida y satisfactoria (Sentencias 28 de diciembre de 1997) y 2 de marzo de 2001),

incumbiendo la carga de la prueba a quien alega la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor. Añade posteriormente la sentencia que en el acontecimiento debe existir una total ausencia de culpa (STS 23 de noviembre de 2004), porque la culpa es incompatible con la fuerza mayor y el caso fortuito (STS 2 de enero de 2006). Por tanto, es patente que en el presente caso no nos hallamos ante un caso de fuerza mayor, ni tampoco ante un supuesto de caso fortuito, pues al igual que en la fuerza mayor, la apreciación del caso fortuito comporta, como requisito necesario la ausencia de culpa (artículo 1.183 del Código Civil), circunstancia que, como ya se ha expuesto, no concurre en el presente caso en el que se ha apreciado una actuación negligente.

Expuesto lo anterior, acompañamos un par de ejemplos de sentencias absolutorias a favor de los centros:

AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD POR CONCURRENCIA DE CASO FORTUITO, recogido en la sentencia num. 1266/2001 de 28 de diciembre

Respecto a la responsabilidad del Colegio, y a tenor de lo expuesto en relación con la doctrina e esta Sala, hay que tener presente, que no se puede atribuir una responsabilidad culpable omisiva, ya que tenía el recreo vigilado por una profesora, que fue la que atendió en el primer momento a la menor lesionada, y que de acuerdo con la prueba practicada, el accidente se produjo cuando practicaban un juego sin riesgo y de general uso entre las niñas de esa edad, por lo que no se puede apreciar actitud omisiva de la vigilante del recreo de las niñas. Supuestos distintos serían cuando los juegos o actividades lúdicas fueran peligrosos y entrañaran algún riesgo, como es el caso contemplado en las sentencias de esta Sala de 18 de octubre de 1999 y 11 de marzo de 2000, supuestos en los que aplicando la doctrina progresiva consistente en recaer la carga de la prueba de la culpa, en vez de en los demandantes en los demandados, inversión de la carga de la prueba, que en este caso, los demandados han acreditado que obraron con la debida diligencia, y el accidente se debió a caso fortuito, por la FALTA DE PREVISIBILIDAD de un resultado como el que se produjo.

AUSENCIA DE CONCURRENCIA PARA DECLARAR LA EXISTENCIA E LOS ELEMENTOS DEL CASO FORTUITO, recogidos en la sentencia 173/2016, de 25 de abril, de la AP de Barcelona

No es posible calificar el suceso de caso fortuito porque la demandada conocía su práctica habitual y reiterada (de hecho señaló en el juicio que los jóvenes venían practicándolo aquella mañana), ni tampoco puede excluirse toda posibilidad de prevención y control, y en cualquier caso, la parte demandada (centro docente) no refiere haber organizado actuación protocolizada alguna encaminada a la indicada prevención y control, por lo que no concurren los supuestos a que se refiere el artículo 1105 del Código civil, y el suceso ha de enmarcarse dentro de la órbita de responsabilidad del centro.

SE DECLARA PROBADO QUE EL CENTRO NO DESPLEGÓ TODA LA DILIGENCIA PROPIA DE UN BUEN PADRE DE FAMILIA, recogido en la sentencia núm. 120/2005 de 27 mayo, de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª)

Se aduce que el centro desplegó toda la di-

ligencia de un buen padre de familia, conforme al art. 1903 CC pero es diáfano que no es así, puesto un «buen padre de familia», desde una perspectiva responsabilizadora y de imposición de límites, fundamentos de cualquier planteamiento educativo, no puede permitir que unos niños sometan a un verdadero acoso escolar o «bullying» a otro niño.

SE DECLARA PROBADO QUE EL CENTRO NO DESPLEGÓ TODA LA DILIGENCIA PROPIA DE UN BUEN PADRE DE FAMILIA, recogido en la sentencia núm. 68/2017 de 1 marzo de la Audiencia Provincial de Barcelona

No consta por tanto el agotamiento de la diligencia de un buen padre de familia, que no viene definida solo por “estar pendiente del niño” y preguntarle, siendo posible que las víctimas de acoso sean con frecuencia reservadas a la hora de exponer su situación, sino por prever las posibles situaciones de conflicto y evitarlas con la presencia de los adultos encargados de los menores o como se ha expuesto con una atención directa sobre los alumnos en conflicto con el hijo de la apelada.

D) LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA LAS ASEGURADORAS DE LOS CENTROS DOCENTES

Es doctrina consolidada del TS la que recoge la posibilidad de accionar, de forma directa, contra la aseguradora del centro en asuntos de RC extracontractual.

Así lo recoge, entre otras, la sentencia núm. 229/2001 de 7 de marzo, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) que sostiene que:

“La acción que pudiera haberse dirigido contra dicha aseguradora es la directa, prevista en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro y a la que se ha referido breve y claramente la sentencia de 12 de julio de 1996 (*la responsabilidad directa que autoriza el artículo 76 de la Ley Básica, no se deriva del contrato de seguro, puesto que el tercero perjudicado no ha intervenido en tal contrato; y su derecho a recibir una indemnización del asegurador, nace del hecho culposo y de la Ley, lográndose así liberar al causante del daño [asegurado] frente al perjudicado. Entre asegurador y asegurado priva la relación contractual, pero ambos son deudores directos frente al perjudicado por ministerio de la ley*). Tal acción directa es una facultad procesal que la ley concede al perjudicado y da lugar a responsabilidad solidaria de causante del daño y compañía aseguradora. Ambos extremos excluyen la aplicación del litisconsorcio pasivo necesario: aquella acción la puede ejercer el perjudicado o no, pero nunca se le impone como deber; la solidaridad de obligados impide la apreciación del litisconsorcio, en aplicación del artículo 1144 del Código Civil”.

4.- ESPECIAL MENCIÓN AL ACOSO A TRAVÉS DE LAS TIC: EL CYBERBULLING. ASPECTO CIVIL Y PENAL.

Internet y los servicios que a través de ella se prestan se han convertido en un elemento imprescindible para nuestras vidas¹⁹. Además, la explosión de la conectividad ubicua mediante el uso masivo de dispositivos móviles inteligentes, especialmente los smartphones, y redes de datos móviles cada vez más rápidas, hace que todos estos servicios se puedan consumir en cualquier lugar y a cualquier hora del día o de la noche, por lo que podemos hablar de “personas conectadas” más que de dispositivos y ordenadores conectados.

Esto, unido a otros factores como la facilidad de utilizar un “perfil anónimo” y la rapidez de llegar a la otra persona fuera del centro, son algunos de los factores que generan que actualmente se estén produciendo muchos casos de acoso a través de las nuevas tecnologías en herramientas tan conocidas como aplicaciones de mensajería instantánea (WhatsApp) o redes sociales (Instagram, Facebook, twitter, etc.).

Como reconoce D^a. Isabel Fernández Olmo en su artículo “El sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles”²⁰ hoy en día se ha generalizado la necesidad de estar “a tiempo completo” disponible y localizable. Esta conexión permanente de nuestros jóvenes, que nunca o casi nunca desconectan sus móviles, los hace tremenda y especialmente vulnerables, y como el uso de los mismos no se limita tan solo al domicilio familiar, sino que lo hacen en cualquier momento y lugar del día, dificulta mucho que los adultos detectemos los momentos y las situaciones en los que se ha podido producir una vulneración a la intimidad del adolescente.

El “cyberbullying” no está expresamente tipificado en el Código Penal. El cyberbullying supone el hostigamiento de un menor hacia otro menor, de diversas formas: burlas, insultos, vejaciones, chantajes, amenazas, utilizando las nuevas tecnologías; con el matiz de que en los casos de ciber-acoso, la conducta atenta mucho más a su dignidad, por efecto de la ubicuidad de nuestros mecanismos de comunicaciones electrónicas, en las que se genera una situación de peligro para la integridad a pesar de la lejanía en la que pudiera estar el agresor y su herramienta de comisión delictiva.

El acoso reiterado a una persona, sea mayor

¹⁹ Guía de privacidad y seguridad en internet de la AEPD de 2017

²⁰ D^a. Isabel Fernández Olmo, Fiscal-delegada de la Fiscalía de Menores de Málaga, el sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles

o menor de edad, no cuenta por tanto con una tipificación única en el Código Penal. Hay que derivarlo a la figura delictiva del art. 173 Código Penal: **delito contra la integridad moral**: “1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado...”; delito del que pudieran resultar imputables, por la vía de la comisión por omisión, el director del centro o el resto de docentes si no actúan ante un caso de acoso del que han tenido conocimiento según se deduce de la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía.

Al hilo de la falta de regulación penal del cyberbullying, también conviene destacar que, con una finalidad preventiva de este preocupante fenómeno causante de alarma social, la reciente Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se hace eco de la situación y establece que “los poderes públicos promoverán la realización de acciones dirigidas a fomentar el conocimiento y cumplimiento de los deberes y responsabilidades de los menores en condiciones de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal» (art. 9 bis) ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación.²¹

Con la conducta de acoso en el ámbito escolar, en sus diferentes modalidades comisivas, con la participación o no de más de una persona en su ejecución, y con instrumentos más o menos sofisticados empleados para ejecutarlo o favorecerlo (redes sociales, chats privados, difusión de imágenes o fotografías, actos sutiles y reiterados de intimidación o amenazas,...) se lesiona gravemente la dignidad personal del acosado (art. 10.1 CE), y en los casos más graves el mismo derecho a la vida de la víctima o, más frecuentemente, su integridad física y sobre todo, moral (art.15 CE), su derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18 CE).

²¹ La Ley 26/2015 de 28 de julio, además, regula (art. 9 quinquies) los siguientes deberes de los menores relativos al ámbito social: «1. Los menores deben respetar a las personas con las que se relacionan y al entorno en el que se desenvuelven; 2. Los deberes sociales incluyen, en particular: a) Respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen con independencia de su edad, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, sexo, orientación e identidad sexual, discapacidad, características físicas o sociales o pertenencia a determinados grupos sociales, o cualquier otra circunstancia personal o social; b) Respetar las leyes y normas que les sean aplicables y los derechos y libertades fundamentales de las otras personas, así como asumir una actitud responsable y constructiva en la sociedad; c) Conservar y hacer un buen uso de los recursos e instalaciones y equipamientos públicos o privados, mobiliario urbano y cualesquiera otros en los que desarrollen su actividad; d) Respetar y conocer el medio ambiente y los animales, y colaborar en su conservación dentro de un desarrollo sostenible»

En lo relativo a la actuación del centro docente y su posible **responsabilidad civil**, si conviene tener en cuenta que el centro **tiene la obligación de actuar** en todos aquellos casos de cyberbullying en los que el autor y la víctima sean alumnos del centro y los actos de hostigamiento pudieran tener incidencia en el centro. Un ejemplo de ello, es el artículo 10 del **DECRETO 15/2007, de 19 de abril**, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los centros docentes de la Comunidad de Madrid, que establece que *“los centros corregirán los actos contrarios a las normas establecidas en el Reglamento de Régimen Interno que realicen los alumnos en el recinto escolar o durante la realización de actividades complementarias y extraescolares y servicios educativos complementarios”*, añadiendo, en su siguiente apartado que *“igualmente se podrán corregir todos aquellos actos de alumnos realizados fuera del recinto escolar cuando tengan su origen o estén directamente relacionadas con la actividad escolar o afecten a los miembros de la comunidad educativa”*.

Aunque no hay excesiva jurisprudencia en lo relativo a casos de cyberbullying si quiero avanzar que en el siguiente apartado “RC de los padres” se analizará la sentencia de 27/05/2016 de la AP de Guipúzcoa en la que se condena a los padres y al centro, como responsables solidarios, por un caso de acoso en redes sociales.

5.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES

A) TIPO DE RESPONSABILIDAD

En relación a la **responsabilidad de los padres de un menor** que comete un acto ilícito penal la doctrina de la Sala I del Tribunal Supremo ha declarado que la responsabilidad prevista en el artículo 1903 del Código Civil **es directa y cuasi objetiva**, aunque el precepto que la declara sigue a un artículo que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad, y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, justificada por la **trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad**, con presunción de culpa, por tanto, en quien la ostenta, y con la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido ampararse en que la conducta del menor, debido a su escasa edad y falta de madurez, no puede calificarse de culposa, pues la responsabilidad dimana de la culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia (STS de fechas 8 de marzo y 10 de noviembre de 2.006). En igual sentido, **sentencia núm. 783/2008 de 30 diciembre**, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8ª).

B) ELEMENTOS

1º- Estamos ante una responsabilidad que se justifica en la **transgresión del deber de vigilancia** que compete a los padres sobre sus hijos dimanante de la patria potestad.

2º.- Hay una **presunción de culpa de los padres**, por lo que estamos ante una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva. En consecuencia, de lo anterior, deben ser los padres quienes prueben que obraron con toda la diligencia exigible. A este respecto, **sentencia de 21 de octubre de 2002**, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª).²²

3º) Aunque los daños se causen en horas lectivas, los padres tienen responsabilidad si se deduce “culpa in educando” en los mismos. Un ejemplo de ello nos lo encontramos en la **sentencia núm. 193/2004 de 12 noviembre**, de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª) en la que se condena a unos padres por los daños causados por sus hijos en horario lectivo con el argumento de que de los daños causados se desprende una **ausencia de formación en valores sociales**. En concreto, matiza la sentencia que:

“Pues bien, la conducta en que incurrieron los menores (escapándose del colegio en horario lectivo) de dar fuego a un spray y sobre él verter un líquido disolvente, en un lugar público, lo que generó una llamarada, unido al hecho de que ese objeto incendiado se dejó en una vía Pública, con evidente riesgo de generar daños a los vehículos allí estacionados, revela una ausencia de formación en valores sociales de comportamiento público no generadores de actos o hechos susceptibles de causar un daño a las personas o cosas, del que evidentemente son en principio responsables los padres, como responsables de la educación del menor, lo que revela la concurrencia de una culpa in educando, que sin perjuicio de otras responsabilidades, puede ser exigida a los padres en supuestos como el presente de conformidad con lo establecido en el art. 1903, párrafo 2º del CC (LEG 1889, 27), ya que no consta que los mismos agotaran toda la di-

²² **Sentencia de 21 de octubre de 2002, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª)**: el art. 1903 del Código Civil, a los fines de determinar si procede declarar o no la responsabilidad pecuniaria de los padres y frente a terceros, se justifica, tradicional y doctrinalmente, por la trasgresión del deber de vigilancia que a los primeros compete, omisión de la obligada diligencia “in custodiando o in vigilando”, que el legislador contempla partiendo de una **presunción de culpa** concurrente en quien desempeña los poderes y los deberes integrantes de la patria potestad, de forma que puede ser configurada como una responsabilidad por riesgo o “cuasi objetiva”, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba contra los padres.

ligencia exigible para inculcar como dice el Juzgado a quo valores de comportamiento social, que hiciese evitable la conducta en que incurrieron los menores, que no queda cumplida por la escolarización de los menores en centros públicos”.

4º) La responsabilidad de los padres ex delicto del artículo 61 de la ley del menor prevé la posibilidad, a discreción del tribunal, de moderar la indemnización a la mitad si no se aprecia dolo o negligencia grave. Al hilo de ello, nos encontramos con la sentencia 198/2011 de 4 mayo, de la Audiencia Provincial de Cantabria, que desestima aplicar dicha moderación por quedar probado que “el recurrente-padre ha favorecido la conducta delictiva del menor con su escasa o nula implicación en su educación [...], incumbiéndole también como titular la patria potestad un deber de vigilancia que comprende los deberes de educación”.

Conviene matizar que este privilegio, como sostiene la sentencia 783/2008, de 30 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8ª) no se contempla si se invoca el art. 1903 del Código Civil.²³

C) RC EX DELICTO. - ART. 61.3 LO 5/2000

Traemos a colación la sentencia núm. 198/2011 de 4 mayo, de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª) para analizar el citado artículo; de la que podemos extraer las siguientes conclusiones:

1ª) Que el artículo 61.3 de la LO 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores invoca la **responsabilidad civil solidaria de ambos progenitores** por los daños y perjuicios causados por sus hijos de tipo delictivo, con la posibilidad de moderación si no hay dolo o negligencia comentada en el apartado anterior.

2ª) Que, en la interpretación de dicho precepto, se ha declarado que la responsabilidad civil de padres y guardadores viene calificada

de objetiva por la doctrina, ya que el responsable no queda exonerado de la misma aun cuando acredite la ausencia de culpa o negligencia en su labor de guarda.

3ª) La actual regulación pretende encontrar dos finalidades: por un lado se amparan los derechos de las víctimas eximiéndolas de tener que probar la culpa del responsable civil, protegiéndola asimismo de la más que probable insolvencia del menor infractor, mientras que por otro se busca una **mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores**, responsabilizándolos de las consecuencias civiles que los menores cometan al transgredir los deberes que tienen sobre ellos; siendo por ello que viene a establecerse un principio de **responsabilidad cuasiobjetiva**.

4ª) El fundamento de dicha responsabilidad cuasi-objetiva está en la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres y asimilados incumbe, en el desempeño de la patria potestad²⁴, y que comprende también los deberes de educación y formación integral del menor, en la tolerancia y respeto de los derechos individuales y propiedad de los demás, estimándose inadecuadas tanto las conductas de dejadez en la educación, como las actitudes de protección y de justificación a ultranza de la conducta del menor.

La dicción legal implica la **inversión en la carga probatoria** para proceder a la moderación, de manera que es a los padres o asimilados que invocan la procedencia de la moderación, a quienes corresponde acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor, de forma que cuando no prueben en modo alguno que obraron con la diligencia debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral respecto de su hijo menor de edad, no proceder efectuar moderación alguna” (SAP Burgos, 20-10-2009, con cita de la de la SAP Valencia, 16-2-2006). Se trata, en consecuencia, de una **responsabilidad objetiva, ajena a la noción de culpa civil, para quienes responden por hechos ajenos, prescindiéndose totalmente de los criterios de imputación subjetiva, los cuales únicamente se tienen en cuenta para dejar al arbitrio del Juzgador la moderación de la responsabilidad**.

²³ Sentencia 783/2008, de 30 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8ª): por la parte demandada se solicita se reduzca a la mitad esa indemnización por aplicación del artículo 61 de la ley del menor que prevé esa reducción a la mitad en el caso de que no se apreciara dolo o negligencia grave, pretensión de la parte demandada que procede desestimar por cuanto, en primer lugar, esa previsión incluida en el citado precepto constituye una facultad discrecional del tribunal, además de que como, antes se ha hecho referencia, para estimar la responsabilidad de los demandados no se aplica el citado artículo 61 sino el artículo 1.903 del Código Civil, que no hace esa previsión, sin que se considere en todo caso proceder a esa reducción dado que los hechos realizados por los menores fueron persistentes y prolongados en el tiempo.

²⁴ Artículo 154 Código Civil: la patria potestad comprende los siguientes deberes y facultades: i) Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, y ii) Representarlos y administrar sus bienes. Artículo 156 Código civil: la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro.

D) RC DE LOS PADRES POR ACTOS COMETIDOS POR SUS HIJOS POR MEDIOS TECNOLÓGICOS

Como sostiene **D^a. ISABEL FERNÁNDEZ OLMO**²⁵ la responsabilidad de los padres y educadores debe resaltarse en especial ante los actos cometidos por medios tecnológicos, ya que es a ellos a quien compete la formación, vigilancia y control de los menores a su cargo, especialmente cuando en la gran mayoría de las ocasiones son ellos los que les han facilitado los nuevos medios tecnológicos sin ningún tipo de restricción ni supervisión por su parte; todo ello, además sin perjuicio de la responsabilidad civil de los centros educativos, cuando las conductas se desarrollen dentro del entorno escolar o con incidencia en el mismo.

A este respecto, la **sentencia num. 139/2016 de 27 mayo**, Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2^a), **condena solidariamente a un centro y a un padre de un alumno por no haber actuado con la diligencia debida ante los comentarios que estaba profiriendo su hija en las redes sociales**. Sostiene la sentencia que:

“Resulta acreditado que D. Juan Antonio actuó con respecto de su hija menor Purificación, y cuando contaba con 13 años de edad, **sin la diligencia que de él era exigible**, teniendo en cuenta que, como progenitor suyo que es, **debió extremar las precauciones a adoptar en el control de la misma**, en concreto en lo que hace referencia al control de los aparatos y dispositivos electrónicos y tecnológicos de que disponía, y que sin duda alguna le habían sido proporcionados o puestos a su disposición por él, pues otra cosa no ha acreditado el mismo, y del uso que hacía de los mencionados medios de comunicación, y sin embargo ninguna precaución ha acreditado que adoptara en el momento de hacerle entrega de los citados aparatos, ninguna pauta consta que le hubiera impuesto con relación a los mismos, antes de los hechos que nos ocupa, ningún control consta que ejerciera sobre ella a ese respecto, y ninguna actividad consta que desplegara en relación a la misma, encaminada a vigilar ese uso que hacía de tales aparatos y a asegurarse de que el mismo era correcto, lo que motivó que la menor pudiera acceder a las redes de comunicación que le ofrecía internet, en concreto a una cuenta de Tuenti, e introducir en ellas los tremendamente duros, y sin duda alguna ofensivos, comentarios sobre su profesora D^a. Dolores.

E igualmente, y de esa misma prueba practicada en el curso del procedimiento, resulta acreditado que la dirección del Colegio Inglés

San Patricio, tampoco actuó con la diligencia que también le era exigible, teniendo en cuenta que, en atención a la edad de la mencionada niña y de algunos de sus compañeros de curso en esas fechas, **debió controlar y vigilar la actuación de los mismos tanto en clase como en el resto de las dependencias del centro**, extremando tales precauciones y adoptando las medidas precisas en orden no sólo a controlar el uso de los medios y dispositivos técnicos de que los mismos disponían, sino también en orden a **implantar las normas oportunas en relación a ellos**, que hubiesen debido ser respetadas en dicho Centro y en todas sus dependencias, para evitar las situaciones de indisciplina y de rebeldía con relación a sus profesores que en el curso mencionado se produjeron, máxime teniendo en cuenta la circunstancia de que tuvo conocimiento de la actuación que los mencionados niños desarrollaban con la mayor parte de ellos y de los problemas que estaban provocando, pues esos problemas, así como la situación creada, **le fueron comunicados en varias ocasiones, entre otros profesionales, por la propia demandante**, sin que, ante dichas comunicaciones, adoptara solución alguna, salvo la de restar importancia a los acontecimientos que le eran narrados, lo que propició que el problema adquiriera dimensiones extremas, hasta que se puso fin al mismo, cuando ya la situación devino insostenible, y una vez iniciada por D^a. Dolores la baja que le fue pautada, debido a la depresión en que cayó la misma, tras conocer los correos a que ya se ha hecho referencia, incluidos en Tuenti por parte de su alumna Purificación, y ante el impacto que causó no sólo entre el profesorado, sino también entre los padres de alumnos, y la alarma que en todos creó, al conocerlos, mediante la adopción de las severas normas que implantó, a instancia del Consejo Escolar y tras la reunión mantenida el 12 de diciembre de ese año 2.011”.

6.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO DE LOS CENTROS DOCENTES DE ENSEÑANZA NO SUPERIOR EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES

A) LA RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS

La responsabilidad civil exigida en la pieza de responsabilidad civil en la jurisdicción de menores es una responsabilidad «ex delicto», puesto que así se deduce entre otros del artículo 2 en relación con el art. 1 de la LORPM.

El art. 61 de dicho Cuerpo Legal ha establecido una responsabilidad solidaria de los menores y de sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, pero no ha excluido la posibilidad de que también puedan ser responsables civiles de ese hecho criminal otras personas físicas o jurídicas.

²⁵ D^a. ISABEL FERNÁNDEZ OLMO, *el sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles*.

Así, contempla expresamente el art. 61.4 LORPM que se pueda aplicar el art. 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, lo que nos lleva a una eventual responsabilidad civil de las Administraciones Públicas (centros educativos públicos incluidos o la Administración educativa), e igualmente una responsabilidad civil de las aseguradoras que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores a los que se refiere la Ley especial (seguros de los centros escolares).

Pero, también se ha de tener en cuenta que la Disposición Adicional Primera de la LORPM establece que tiene el carácter de norma supletoria para lo no previsto expresamente en la citada Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) . En este sentido, las normas que regulan la referida Pieza contienen un reenvío al Código Penal, y más específicamente el art. 62 LORPM, sobre la extensión de la responsabilidad civil, remite al capítulo I del Título V del Libro I del CP (arts. 109 a 115 CP); el art. 63 LORPM prácticamente reproduce el art. 117 CP, y el art. 61.4 LORPM, ya expuesto, recoge una previsión

que se aproxima al art. 121 CP con relación a las responsabilidades de las Administraciones Públicas

Y tal remisión específica al Código Penal de ciertas normas que regulan la Pieza, junto con la consideración de derecho supletorio del Código Penal en el ámbito sustantivo y la catalogación de la responsabilidad penal de los menores como una responsabilidad penal «ex delicto» permite concluir que todos los preceptos del Código Penal que normativizan la responsabilidad civil derivada del delito son aplicables en la jurisdicción penal de menores, y concretamente sería posible aplicar sin ninguna dificultad la responsabilidad contemplada en el art. 120 CP, y específicamente la prevista en el apartado tercero, que prevé una responsabilidad de las personas jurídicas en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares.

En base a las consideraciones expuestas, sostiene la sentencia núm. 120/2005 de 27 mayo, de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) que “sería posible ejercitar en la citada pieza una acción contra el menor responsable y sus padres como responsables directos y solidarios y contra un Centro educativo privado o público



como responsable civil subsidiario, al amparo de los artículos 120.3 y 121 CP. Esta es una posición que mantienen ciertos autores y algunos de ellos también han sostenido que dentro de la mención de «guardadores» que se recoge en el art. 61.3 LORPM también se incluye al Centro docente, puesto que durante la jornada lectiva ejerce funciones de guarda”.

En apoyo de que es posible el ejercicio de una acción «ex delicto» contra un Centro educativo, según señalaba la circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado y ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 18 de noviembre de 2003), traemos a colación la sentencia núm. 120/2005 de 27 mayo, de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), que dice así:

“Así, se afirma que «aunque la LORPM no regula el supuesto previsto en el art. 1903.5 CC, cabe entender que puede demandarse como responsables civiles a los titulares de centros docentes de enseñanza por los daños y perjuicios derivados de delitos y faltas cometidos por los menores de edad, «durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias». La omisión de la LORPM no debe interpretarse en el sentido de que se reserve la acción civil para su ejercicio en exclusiva contra las personas expresamente señaladas en el precepto. Con el fin de evitar el conocido «peregrinaje de jurisdicciones» y conforme al principio de economía procesal –que exigiría que todos los eventuales responsables pudiesen ser demandados en un mismo proceso– de acuerdo con el principio de protección de la víctima, la interpretación que deberán defender los fiscales es la de que los centros docentes también pueden ser demandados con tal carácter en la pieza separada de la LORPM. A estos efectos puede fundamentarse la petición en la figura del guardador del art. 1.3 de la LORPM, en la que puede incluirse también al centro docente, por ser quien en esos momentos está ejerciendo funciones de guarda.

Mas adelante se dice que «(...) también cabrá anclar la reclamación dirigida contra el centro educativo en el art. 1903.5 CC, pues no debe, a este respecto, olvidarse la cláusula general de supletoriedad contenida en el art. 4.3 del Título Preliminar del Código Civil».

Y, en lo que respecta a la normativa aplicable y a los criterios de interpretación que se han de tener en cuenta, se sostiene de forma rotunda que si para fundamentar

la responsabilidad de los centros docentes ha de acudirse al Código Civil (LEG 1889, 27) , habrán de tenerse muy presentes los criterios de interpretación que al respecto viene manteniendo la Sala Civil del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS (Sala de lo Civil), de 21 noviembre 1990 (RJ 1990, 9014) núm. 524/1993, de 20 mayo (RJ 1993, 3718) , núm. 210/1997, de 10 marzo (RJ 1997, 2483) núm. 178/1999, de 8 marzo (RJ 1999, 2249) , núm. 349/2000, de 10 abril (RJ 2000, 2358) y núm. 266/2001, de 21 marzo (RJ 2001, 4747)). Alternativamente, podría articularse la reclamación civil en la responsabilidad subsidiaria del centro conforme a lo dispuesto en el art. 120.3.º



CP, teniendo en cuenta la supletoriedad del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) en virtud de la Disposición Final Primera LORPM”.

B) LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

Continuando con el análisis de la sentencia núm. 120/2005 de 27 mayo, de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) conviene resaltar los fundamentos que refiere la misma en cuanto a la interrupción de la prescripción:

1º) Que el perjudicado por una infracción penal tiene dos vías para reclamar los daños

y perjuicios derivados de un ilícito criminal: una es la especial, derivada del delito, prevista en la LORPM, y otra la acción ejercitable ante la jurisdicción civil. Entre tanto no haya acabado la posibilidad de ejercitar la acción en la pieza o se haya reservado la acción civil para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la LEC, según prevé el art. 61.1 LORPM, no se puede entender que empieza a correr el tiempo de prescripción de la acción civil derivada del art. 1903 CC .

Es más, teniendo en cuenta que la acción a ejercitar ante el Juez de Primera Instancia



puede ser también la derivada del delito, una vez que se declara la responsabilidad penal de un menor, si se produce la reserva de acciones.

2º) Si analizamos el hecho desde el punto de vista civil, aceptando que el menor y sus padres eran responsables, conforme a los arts. 1902 y 1903.1 CC es claro que el procedimiento penal interrumpiría la prescripción respecto de ellos (art. 114 LECrim), pero también habría de entenderse interrumpida respecto del Centro educativo, según el art. 1974 CC puesto que se trata de una “obligación solidaria propia” que deriva de un diferente título de imputación.

3º) La jurisprudencia del TS (con alguna opinión discordante) ha entendido que no es aplicable tal precepto civil en supuestos de “responsabilidad solidaria impropia”, esto es, aquella que ha sido fijada como tal jurisprudencialmente y no por la Ley o el contrato, de manera singular en los procesos de responsabilidad decenal, porque el título de imputación de la responsabilidad es el mismo, pero en el caso de la responsabilidad del colegio respecto de la conducta de un alumno, la responsabilidad de éste es por el acto propio, pero la del Centro educativo es por la falta de cuidado, de control o de vigilancia sobre el alumnado, es decir, la responsabilidad tiene su origen en otra fuente, en un comportamiento diferente al del alumno. En conclusión, no existe una solidaridad impropia y, por tanto, la interrupción de la prescripción que se produce por el proceso penal perjudica a todos los responsables.

7.- LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO. EL DAÑO MORAL Y SU VALORACIÓN

A) Daños indemnizables

Generalmente todas las conductas de acoso, cuando son reconocidas como “bullying” son constitutivas de delitos de mayor o menor gravedad. Por lo tanto, siempre estamos ante actos que atentan contra la dignidad e integridad física y moral de los menores y que, en su gran mayoría conllevan aparejadas secuelas psicológicas de por vida, con el implícito daño moral que estos padecimientos conllevan.

Los principales conceptos susceptibles de indemnización, siempre que consten debidamente acreditados son: días de incapacidad (temporal o permanente), secuelas (derivadas de lesiones físicas o psíquicas), incapacidad, daños patrimoniales, gastos de curación, informes médicos, informes técnicos y, por supuesto, el daño moral, entendido este como daño moral no unido a un daño fisiológico.

b) DAÑO MORAL

En primer lugar, hacemos referencia a la sentencia núm. 120/2005 de 27 mayo, de la Audiencia Provincial de Álava, que dice que en concepto de daño moral deben quedar incluidos los siguientes conceptos:

1º) Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito.

2º) Puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito.

En cuanto al daño moral en supuestos de acoso, sostiene la meritada sentencia que “el hecho de que una niña o adolescente sufra esa sensación de impotencia, zozobra, indefensión, humillación, etc., genera, según estudios científicos, que los acosados se sientan avergonzados y su autoestima se destruya, pudiendo ello repercutir de forma negativa en la vida académica, social y familiar e incluso puede generar en la víctima sentimientos de culpabilidad; situación que, sin duda, puede encuadrarse en el concepto de daño moral que ha elaborado el Tribunal Supremo, el Magistrado del Juzgado de Primera Instancia, de manera razonable y razonada, ha valorado el informe del Equipo Psicosocial, y ha asumido su contenido, donde aparece el **daño psíquico** que sufrió la niña en la época del acoso con repercusión en su vida social y familiar.

Añade que, si además de ese sufrimiento moral se hubiesen detectado secuelas psicológicas o corporales objetivas, también éstas deberían haber sido resarcidas, según la jurisprudencia del TS, pero es plenamente compatible la constatación de un daño moral sin que se deban apreciar secuelas o lesiones psíquicas, conforme la doctrina del TS”.

Por último, concluye sosteniendo que “*el daño moral resulta imputable objetivamente a la falta de cuidado y vigilancia por parte del Centro, cualquiera que sea el criterio de esa imputación objetiva que se utilice (riesgo general de la vida, prohibición de regreso, incremento del riesgo, el fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad o la adecuación)*”.

Expuesto lo anterior, también conviene mencionar la sentencia del TS (Sala 1ª) del

22/2/2001²⁶, por entrar a valorar la **diferencia entre daño moral y daño material**:

“El daño moral... integra... todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado... por el acaecimiento de una conducta ilícita y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica... Y puede en esa línea entenderse como daño moral en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su «quantum» económico, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico.”

C) VALORACIÓN

En lo que respecta al sistema de valoración utilizado para calcular los importes indemnizables, la jurisprudencia viene aceptando el uso del sistema de valoración aplicable a los accidentes de tráfico (actualmente, la **ley 35/2015, de 22 de septiembre**, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación), como sistema orientativo. En tal sentido, la **sentencia 711/2009 de 5 de noviembre del TS** que sostiene que “es doctrina reiterada de esta sala el admitir la aplicación del sistema da valoración de tráfico **con carácter orientativo** a la indemnización de daños y perjuicios ajenos al ámbito de la circulación de vehículos de motor (SSTS 10-2 y 20-12-06)”.

Otro ejemplo lo encontramos en la **sentencia num. 672/2005, de 27 octubre, de la AP de Madrid (Sección 14ª)** que computa la indemnización correspondiente del menor acudiendo al sistema de valoración de tráfico al estimarlo ajustado al **resarcimiento del daño**.

Sin embargo, hay que recordar que el uso del baremo no es vinculante, pudiendo acudir a otros instrumentos de valoración como sostiene la **sentencia 241/12 de 11 de mayo de la AP de Madrid** que reza así: “el único principio que debe tener en cuenta el juzgador para fijar el monto de la indemnización debida, atendidos los hechos probados, es el de indemnidad de la víctima, al amparo de los art. 1106 y 1902 CC, no es menos cierto que la determinación de la

cuantía que ha de servir de compensación de los daños ocasionados al actor es el resultado de una actividad de apreciación que corresponde al juzgador, para lo que goza de amplia libertad que abarca la posibilidad de servirse de sistemas objetivos”.

8.- CONCLUSIONES

1ª). El «**bullying**» o acoso escolar es un fenómeno que ha existido siempre, y las investigaciones, la literatura científica y los estudios criminológicos y educativos realizados en el entorno escolar ya advertían hacía años (antes del 2002) de la existencia de este problema de violencia física y psíquica en las aulas (contra profesores y entre alumnos), y aconsejaban la adopción de medidas de prevención por parte de los centros escolares.

2ª) La Instrucción de la Fiscalía 10/05, considera el acoso escolar como el catálogo de conductas, en general permanentes o **continuadas en el tiempo** y desarrolladas por uno o varios alumnos sobre otros susceptibles de provocar en la víctima sentimientos de terror, de angustia e inferioridad idóneos para humillarle, envilecerle y quebrantar en su caso su resistencia física y moral. Por lo tanto, para poder hablar de acoso, se requiere una reiteración sucesión de actos en el tiempo así como una intencionalidad en las conductas violentas por los agresores (por lo general, grupo de alumnos).

3ª) Los centros de enseñanza no superior deben aprobar **planes de convivencia** en los que se concreten las actividades a realizar durante el curso, los derechos y deberes de los alumnos y las medidas correctoras en caso de incumplimiento; lo cual suele venir recogido en los reglamentos de régimen interior de los colegios, redactados al amparo de la normativa autonómica de cada CC.AA.

4ª) Las actividades realizadas por los centros de enseñanza no superior, susceptibles de generar responsabilidad civil extracontractual para el mismo son cuatro:

I. **Actividades curriculares o propias de la enseñanza**: las incluidas en la programación docente de cada curso.

II. **Actividades extraescolares**: las dirigidas a alumnos del centro y realizadas en el intervalo de tiempo comprendido entre la sesión de mañana y de tarde del horario de permanencia en el mismo de los alumnos, así como las que se realicen antes o después del citado horario, dirigidas a los alumnos del centro (Ej. Enseñanza de idiomas, robótica, actividades deportivas, salidas programadas, visitas institucionales, etc.).

²⁶ Sentencia TS Sala 1ª, S 22-2-2001, núm. 139/2001, rec. 358/1996



III. Actividades complementarias: las establecidas por el centro con carácter gratuito dentro del horario de permanencia obligada de los alumnos en el mismo y como complemento de la actividad escolar, en las que pueda participar el conjunto de los alumnos del grupo, curso, ciclo, etapa o nivel. Actualmente se considera actividad complementaria y extraescolar al mismo tiempo, “el viaje de fin de curso”,

IV. Servicios complementarios: se consideran tales el comedor, el transporte escolar, el gabinete médico o psicopedagógico o las licencias para usos de plataformas docentes.

5º) La responsabilidad de los centros por daños causados a su alumnado (incluyendo los casos de acoso) es, por lo general, una **responsabilidad extracontractual**. Esto genera que los padres únicamente puedan reclamar al centro por responsabilidad contractual en los casos en el que el daño o la RC se origine como incumplimiento de un contrato. Ahora bien, en caso de duda sobre el tipo de responsabilidad, la jurisprudencia admite acudir a la **teoría de la yuxtaposición**, esto es, la concurrencia de una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativamente o subsidiariamente, u optando por una u otra.

6º) La responsabilidad extracontractual de los centros docentes de enseñanza no superior prevista en el art. 1903.5, en relación con el artículo 1902, es una **responsabilidad en principio cuasi-objetiva**, que solo cesa si se acredita que se ha actuado con toda la diligencia exigible para prevenir el daño, presumiéndose de lo contrario que hubo una falta de control que es imputable al centro. Por tanto, el **criterio de imputación** debe fundamentarse en la **culpa o negligencia «in vigilando»** sobre unos alumnos menores a los que los progenitores y titulares de funciones tuitivas han delegado las funciones de guarda inmediata, control y supervisión.

7º) La acción de responsabilidad por culpa extracontractual del artículo 1902 del Código Civil en relación con el 1903, que requiere para apreciar culpa la concurrencia de los tres elementos tradicionales de la **responsabilidad aquiliana: acción causante, resultado dañoso y nexa causal**. Por tanto, para apreciar responsabilidad en los centros será necesaria:

a) una **ACCIÓN U OMISIÓN CULPOSA o NEGLIGENTE** que pueda imputarse al centro docente y que, por general, radica en que el centro logre probar que adoptó todas las medidas a su alcance para poner fin a la situación, situación que no concur-

rirá si no prueba la vigilancia, atención o cautela determinada con relación al menor.

Por tanto, existe una **INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA**, siendo el centro el que debe probar una actuación con toda la diligencia de un buen padre de familia conducente a evitar el daño ex art. 217.6 LEC, ya que los padres del menor (víctima) son ajenos al círculo en que acaecen los hechos, y es el centro quien, por su proximidad con la fuente de la prueba y disponibilidad de los medios de justificación de los hechos soporta el deber de demostrar la forma en que ocurrió el accidente.

b) la **CAUSACIÓN DE UN DAÑO EFECTIVO Y REAL** que, por lo general, será el daño psicológico producido por el hostigamiento al que es sometido el menor, cuya prueba corresponde a la parte actora ex art. 217.2 LEC (sentencia núm. 174/2017 de 24 abril, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª)

c) un necesario **NEXO DE CAUSALIDAD** entre el daño producido y la conducta culpable, esto es, entre las medidas de organización y vigilancia adoptadas y el resultado dañoso producido (STS 510/2009).

8ª) El centro se verá **exonerado de responsabilidad** en todos aquellos supuestos en los que estemos ante un **CASO FORTUITO** o de **FUERZA MAYOR**, según dispone el art. 1.105 Código Civil.

Para poder hablar de la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor será necesario que el hecho o acontecimiento se haya producido de forma independiente a la voluntad del centro, y que haya siendo imprevisto, o, siendo previsto, inevitable, así como que entre el acontecimiento, la imposibilidad y consiguiente daño exista un nexo de causalidad sin concurrencia de culpa por parte del centro.

9ª) En los casos de RC extracontractual de los centros, los perjudicados pueden ejercer la **acción directa** contra la aseguradora de los mismos ex. art. 76 de la Ley 50/1980, del contrato de seguro pues, tal acción, como recoge la sentencia núm. 229/2001 de 7 de marzo, del Tribunal Supremo, es una facultad procesal que la ley concede al perjudicado y da lugar a **responsabilidad solidaria de causante del daño y compañía aseguradora**.

10ª) En cuanto al bullying y cyberbullying nos encontramos con una clara falta de regulación armonizada (así lo reconoce la propia instrucción 10/2005, de 6 de octubre, de Fiscalía General del Estado) que además de incertidumbre jurídica ha obligado a que, por

ejemplo, la **fiscalía de menores de Valencia** haya solicitado incluir el **acoso escolar** en la **legislación penal** tras el auge de la violencia entre menores de los últimos años y de que no se incluyera en la reforma realizada en 2015 (noticia de “LEVANTE, el mercantil valenciano” de 04/07/17).

11ª). En cuanto al **cyber-bullying** decir que los centros tienen la obligación de intervenir y sancionar disciplinariamente en todos aquellos casos en los que el agresor y la víctima sean alumnos del centro, y la conducta pudiera tener incidencia en el mismo; todo ello, siempre y cuando el centro ostente pruebas suficientes para ello sin violar derechos constitucionales como el secreto a las comunicaciones o el derecho a la intimidad, derechos fundamentales muy presentes a la hora de la obtención de las **pruebas electrónicas**.

12ª) La **responsabilidad de los padres del artículo 1903.2** es **directa y cuasi objetiva**, justificada en la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad, con presunción de culpa. Los padres podrían tener responsabilidad por los hechos causados por los hijos en horario lectivo si de los mismos se deduce una “**culpa in educando**” o ausencia de formación en valores sociales (ej. Escaparse del centro y quemar un vehículo en la acera del mismo).

Fuera de estos casos, también existirá culpa si el progenitor actuó sin la diligencia que de él era exigible. A tal respecto, y, por su relevancia, mencionamos la sentencia 139/2016, de 27 de mayo de la AP de Guipúzcoa, en la que se condena a un colegio y al progenitor del alumno acosador, por entender que no queda probado que el padre extremase las precauciones a adoptar en el control de su hija en lo relativo al control de los dispositivos electrónicos que disponía y que el le había proporcionado; lo que permitió la reiteración de los actos de acoso en la red.

13ª) El artículo 61.3 de la LO 5/2000, permite la **moderación de la responsabilidad de los padres** si no hay dolo o negligencia en su conducta; privilegio que no se contempla en el art. 1903 CC.

14ª) La jurisprudencia que desarrolla el artículo 61.3 de la LO 5/2000, entre ellas, sentencia 120/2005, de la AP de Ávila, establece que, en base al citado artículo sería posible ejercitar en la citada pieza de RC, una acción contra el menor responsable y sus progenitores como responsables directos y solidarios y contra un **centro educativo público o privado como responsable civil subsidiario al amparo de los artículos 120.3 y 121 CP**.

15ª) El ejercicio de la acción penal en la jurisdicción de menores **interrumpe el plazo** para el ejercicio de la acción en la jurisdicción civil hasta que el mismo no haya concluido. También la interrumpe para el centro, al estar ante una **obligación solidaria propia**.

16ª) Los actos susceptibles de acoso escolar son actos que atentan contra la dignidad e integridad física y moral de los menores y que, en su gran mayoría, conllevan aparejadas secuelas psicológicas de por vida, con el implícito **daño moral** que estos padecimientos conllevan.

Por lo general, en supuestos de acoso escolar serán indemnizables los siguientes conceptos: días de incapacidad (temporal o permanente), secuelas (derivadas de lesiones físicas o psíquicas), incapacidad, daños patrimoniales, gastos de curación, informes médicos, informes técnicos y, por supuesto, el daño moral, entendido este como daño moral no unido a un daño fisiológico.

17ª) En cuanto a la valoración del daño, la jurisprudencia del supremo, entre ellas STS 711/2009, de 5 de noviembre, sostiene que “es doctrina reiterada de esta sala el admitir la aplicación del sistema de valoración de tráfico con carácter orientativo a la indemnización de daños y perjuicios ajenos al ámbito de circulación de vehículos a motor por

considerarlo ajustado al resarcimiento del daño, si bien pudieran utilizarse otros sistemas de valoración igualmente objetivos”.

10.- BIBLIOGRAFÍA

ÁNGEL JUAN NIETO GARCÍA, La responsabilidad civil y penal de los centros docentes por daños y perjuicios en el alumnado en el ejercicio de actividades propias de la organización escolar. Revista Aranzadi Doctrinal num. 1/2011.

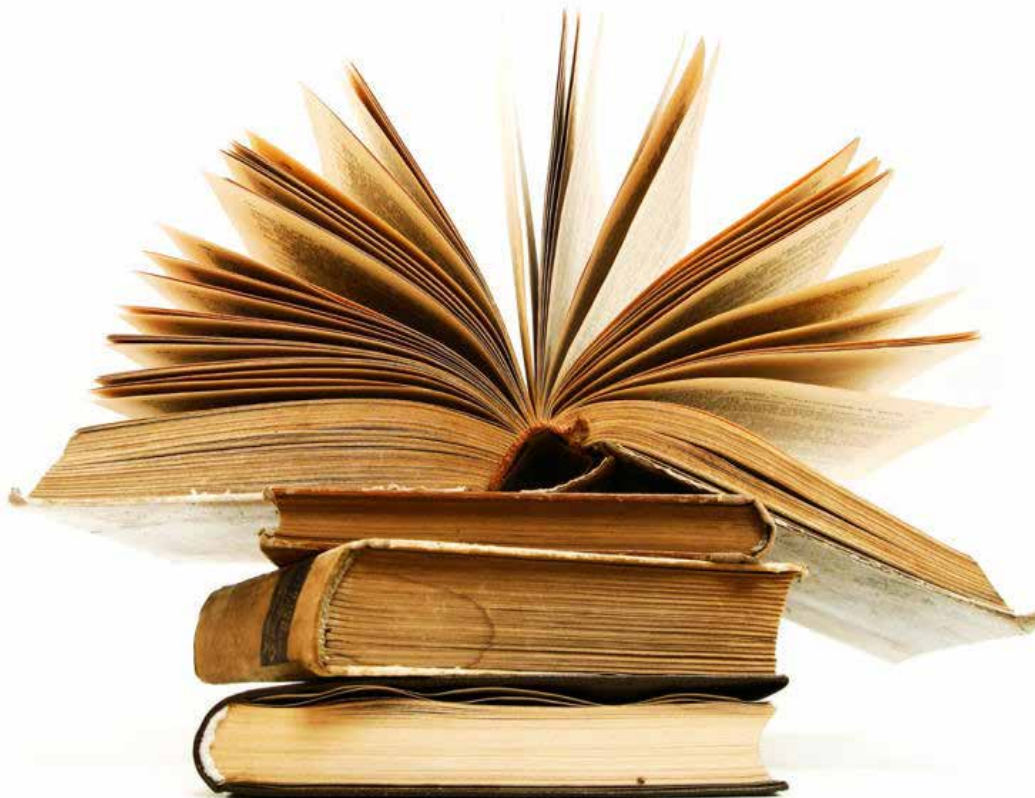
ISABEL FERNÁNDEZ OLMO, el sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles.

JOAQUÍN CABEZUDO RODAS, el juez en el colegio.

PEDRO ZELAYA ETXEGARAY, la nueva responsabilidad civil de los centros docentes en el CC español.

RAQUEL LIQUIN BERGARECHE - RC por daños causados a menores de edad: una aproximación crítica. ARANZADI. Revista Aranzadi Civil-mercantil 5/2017.

RODRIGO BERKOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Comentarios al artículo 1903 del Código civil. Grandes Tratados. Editorial Aranzadi, SA. enero de 2009.





doctrina

La acción de repetición por conducción ebria a efectos de la prescripción en los seguros de responsabilidad civil automovilística

Ana María de Toro Negro
Abogada

Sumario

INTRODUCCIÓN.

I.- RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO DE REPETICIÓN. CUESTIONES PRÁCTICAS DEL ART.10 DEL TR DE LA LRCSCVM.

1. Naturaleza jurídica de la acción de repetición y su distinción de otras figuras afines.
 - 1.1. Cuestiones previas.
 - 1.2. Acción de subrogación o ex art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980 de 8 de Octubre.
 - 1.3. Acción de reembolso, in rem verso (o de enriquecimiento sin causa).
 - 1.4. Acción de regreso o ex art. 1145 del CC frente a la repetición.

II.- FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DERECHO DE REPETICIÓN.

III.- LA PRESCRIPCIÓN EN EL ART.10 DE LA LRCSCVM Y SU DÍES A QUO.

- 3.1. Cuestiones previas.
- 3.2. Art. 10 del TR de la LRCSCVM.
- 3.3. Naturaleza jurídica.
- 3.4. El días a quo del cómputo del plazo en la ejecución.
- 3.5. Especialidad del días a quo en los casos de conducción bajo los efectos del alcohol.
- 3.6. Condena penal, intencionalidad y repetición.
- 3.7. La interrupción de la prescripción: justificación y consecuencias de su no apreciación.

IV.- CONCLUSIONES.

VI.- BIBLIOGRAFÍA.



“Si no podemos ser los guardianes de nuestros hermanos, seamos al menos sus aseguradores”

(POUND. New Haven 1969)

INTRODUCCIÓN

En el seguro de daños, cuando un asegurado ocasiona perjuicios a un tercero, la compañía de seguros debe indemnizarlos, con carácter general, en virtud del derecho a ser resarcido del perjudicado/víctima, aunque no sea el único derecho que se genera con ocasión de un accidente, al menos no en los casos de conducción ebria.

El art. 10 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor, prevé que la conducción bajo los efectos del alcohol, sea un supuesto de hecho (junto a otros que también están específicamente tasados en él), que dan origen al derecho de repetición a la Aseguradora, para que ésta y sólo después de haber efectuado el pago de la indemnización al perjudicado, pueda repercutir el mismo a su asegurado, si se cumplen ciertos presupuestos

(no sólo los de carácter sustantivo, sino también los hay de naturaleza procesal).

Es por ello, que la repetición en los casos de conducción etílica, presenta unas particularidades que merecen ser analizadas a la vista de los debates jurídicos suscitados en el ámbito de la doctrina y sobretodo de la jurisprudencia, que trata de fijar sus criterios interpretativos y tanto en el seno del seguro obligatorio como voluntario, con marcadas diferencias.

De entre estas particularidades hemos querido destacar la prescripción que afecta desde el punto de vista procesal al ejercicio de la acción.

El ejercicio de la acción de repetición en el ámbito de los seguros, vinculada a la demostración de la “conducción bajo los efectos del alcohol” (un hecho que en no pocas ocasiones puede ser constitutivo de delito), hace que la responsabilidad civil que tratamos de determinar pueda no ser del todo indiferente al proceso punitivo previo.

Consecuentemente, la prescripción de la acción, y más concretamente la determinación de



su *dies a quo*, puede determinar especialidades a los efectos descritos.

El objetivo pretendido con este trabajo, ha sido el tratar de poner en relieve, desde un punto de vista práctico, que entre el derecho de repetición y la conducción ebria existen importantes vínculos que hacen especial su tratamiento y consideración respecto de otros casos en que la repetición procede, a efectos prescriptivos.

El instituto de la prescripción en este caso particular de la conducción ebria, nos parece que proporciona además “un interesante juego jurídico” a la actuación letrada ante los Tribunales, digno de meritorio estudio.

I. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO DE REPETICIÓN. CUESTIONES PRÁCTICAS DEL ART.10 DEL TR DE LA LRCSCVM

El art. 10 del RDLg 8/2004 de 29 de Octubre (al que ya hemos hecho referencia en nuestra introducción) por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor y por el que se delimita esa responsabilidad en

los seguros de los vehículos a motor, establece que:

1. “El Asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización, podrá repetir:

a) *Contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.*

b) *Contra el tercero responsable de los daños.*

c) *Contra el tomador del seguro o asegurado, por las causas previstas en la Ley 50/1980 de 8 de octubre de Contrato de Seguro y conforme a lo previsto en el contrato, en el caso de conducción del vehículo por quien carezca del permiso de conducir.*

En cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición con arreglo a las leyes.

2. El derecho de repetición del asegurador prescribe después de un año desde la fecha en que se pagó la indemnización”.

De su análisis podemos extraer estas cuestiones que no en pocas ocasiones resultan controvertidas y que resumidamente presentamos como las siguientes:

1) *La de la naturaleza jurídica de su esencia.* Como acción, comparte similitudes con otras de su categoría (nos referimos concretamente a la “acción de subrogación” y a la “acción de regreso”), pero también aporta diferencias conceptuales entorno a esa naturaleza.

2) *La del nacimiento del derecho.* El origen de éste para la Aseguradora es “el pago hecho por ésta frente al perjudicado”, de ahí la relación de la acción de repetición con la acción directa ex art. 76 de la LCS y de las discutidas, como veremos, diferencias de la misma dentro del ámbito del seguro obligatorio y voluntario.

3) De lo anterior se deduce una consecuencia procesal muy lógica: la de la *legitimación para su ejercicio*, que igualmente presentará sus peculiaridades, según estemos en el ámbito de la contratación voluntaria o en el del seguro obligatorio.

4) *Supuestos prácticos en el ejercicio de la acción.* Así lo será para, la conducción de be-

bidas alcohólicas o drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (tema que en este caso nos ocupa), pero también para otros supuestos tales como: la conducción sin permiso de conducir, el daño causado por el asegurado y/o conductor cuando medie dolo y en último término y como criterio residual, para cualquier otro supuesto que por ley o contrato se posibilite la acción de repetir.

5) Finalmente, la *temporalidad de la acción*, siendo este el objeto central de este artículo.

Y es que presupuesto el derecho y ejercitada *de facto* la acción, ésta nace con límite temporal prescriptivo. Límite que también puede ser interrumpido, como analizaremos y que será el de un año contado desde el pago de la prima en términos generales, dando en la práctica motivos discutidos de amplia literatura forense.

1. Naturaleza jurídica de la acción de repetición y su distinción de otras figuras afines

1.1. Cuestiones previas

Abordamos en primera instancia la respuesta a qué entendemos por acción de repetición.

Así, en términos generales, atribuimos el ejercicio de la acción de repetición *“a quien ha sido desposeído, obligado o condenado, contra tercera persona que haya de reintegrarle o responderle”*.

Dentro del derecho de obligaciones, la acción de repetición facultaría al que paga contra la persona que ha de reintegrarle, extinguiendo la obligación, *“aunque provenga de un tercero que goce de total autonomía frente al deudor y que haya decidido voluntariamente atender una deuda ajena”*¹ (art. 1210 del CC).

Con la acción de repetición la Aseguradora ejercita una acción nueva y diferente contra el asegurado.

La posición de la doctrina frente a la repetición pasa por entenderla como instrumento tendente a reintegrar el desembolso inicial que hizo la Aseguradora, existiendo no obstante una gran disparidad de opiniones a la hora de determinar cuándo procede acudir a la *actio in rem verso* en sentido estricto, o cuando a la su-

brogación de acciones², ya que procesalmente son varias las alternativas que podrían ofrecerse para optar al reembolso de lo adelantado por parte de la Aseguradora que hace frente a la indemnización.

La confusión terminológica en la definición de acciones de repetición, regreso y reembolso (o *“in rem verso”*) *“también ha alcanzado a la jurisprudencia que las ha manejado en múltiples ocasiones como manifestaciones del mismo instituto³, con su consecuente repercusión jurídica⁴.”*

Por tanto, puesto que somos conscientes de que realmente esas confusiones terminológicas son frecuentes, es preciso distinguir sus diferencias a fin de definir correctamente los diversos mecanismos de los que puede disponer la Aseguradora, para lograr reequilibrar una situación que podíamos calificar de materialmente injusta y desde ahí situar a la repetición, más concretamente, a la repetición en los casos de alcoholemia.

1.2. Acción de subrogación o ex art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980 de 8 de Octubre

Pese a que en no pocas ocasiones se ha identificado con la de repetición, la subrogación, es una acción eminentemente indemnizatoria, cuya obligación a cargo de la Aseguradora nace como consecuencia de haber indemnizado ésta al perjudicado, característica que a bien, comparte con la repetición.

En orden a la prescripción de la acción, señala la sentencia de la AP de Baleares, en sentencia de 23 de junio de 2004⁵, que *“la cuestión del plazo de prescripción de la acción de subrogación regulada en el artículo 43 de la Ley de Contrato del Seguro no es pacífica en la doctrina”*. Tampoco diríamos que una cuestión baladí por lo motivado por el Supremo, como veremos a continuación.

² P.ej.: subrogación por pago.

³ Véase al respecto la *sentencia del TS, Sala 1ª de 24 de julio de 2007, rec. 3198/2000* que literalmente se refiere a «la acción de regreso, de repetición, o reembolso o «in rem verso», fundada en la doctrina general de las obligaciones». Referencia en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/jurisprudencia/Sentencia%20240707.pdf> (en último acceso de fecha 5 de Diciembre 2016).

⁴ FERNANDA VIDAL, M.: *Procesos declarativos del automóvil. Incidencia de la LEC*. Edit. LA LEY. 2006. Págs.668 y ss.

⁵ Ver MESA SÁNCHEZ DE CAPUCHINO, A.: “Acción subrogatoria, acción de reembolso y acción de repetición. Solidaridad impropia. Prescripción: días a quo”. *Práctica de Tribunales, Nº 118*. 2016. Referencia en LA LEY 7950/2015. Pág.2.

¹ La LEY en <http://www.guiasjuridicas.wolterskluwer.es>. Pág. 1 (en último acceso de fecha 5 de Abril 2016).

Cuando en el tema prescriptivo, repetición y subrogación se confunden etimológicamente hablando, es donde esta acción plantea sus mayores problemas interpretativos, ya que la doctrina se posiciona desde diferentes argumentos, para dar respuesta a esta prescripción, según donde entienda su causa u origen:

- Luego así, si su origen es personal y su esencia se confirma en el mismo hecho de haber verificado el pago el asegurado, el plazo de prescripción será el de 5 años tras la reforma de la LEC por ley 42/2015, al margen de la responsabilidad objetiva del art. 1902 del CC⁶.

- Para quienes defienden su origen contractual, aplicando las reglas propias del vínculo inter-partes, la prescripción sería de dos años como preceptúa el art. 23 de la LCS, aunque no es la opción más considerada en la práctica por los Tribunales.

- Finalmente, para quienes la hacen derivar del propio hecho-conducta imprudente que la motivó, resulta del todo intrascendente el origen (contractual o extracontractual) de dónde traiga su causa, porque argumentan que la acción nace consecuentemente de la imprudencia. Es una opción que argumentalmente comparto, por ser la que más claramente permite vincular una vez más proceso penal y proceso civil pese a sus obvias diferencias y como creo que ocurre en el caso de la repetición por alcohol al volante.

Con la subrogación el tercero que ejercita el derecho por el que pasa a ocupar la posición ju-

⁶ Ver sentencia de la AP de Guadalajara, nº 228/1996 de 18 de Octubre. Referencia EL DERECHO EDJ 1996/6675. Sentencia de la AP de Pontevedra, sección 1ª, nº340/2016 de 27 de Junio. Referencia EL DERECHO EDJ 2016/141214. Motivación a la sentencia de la AP de Pontevedra, sección 6ª, nº 668/2016 de 27 de diciembre, que hace la sentencia de la AP de la Rioja, sección 1ª, nº 67/2017 de 21 de Abril. Referencia en EL DERECHO EDJ 2017/87855, donde se afirma que nos encontramos ante un caso del art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro, que regula un supuesto de subrogación legal (art.1203-3 del CC), por cuya virtud, una vez que el asegurador satisface la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que corresponden a su asegurado por razón del siniestro en el que resulta perjudicado y frente a los responsables de dicho siniestro. Sentencia de la AP de Murcia, sección 4ª, nº 294/2017 de 11 de Mayo, que habla de la repetición como acción de subrogación. Referencia en EL DERECHO EDJ 2017/121703. En el mismo sentido TORAL LARA, E.: "Plazo para el ejercicio de la Acción de subrogación". *Práctica de derecho de daños*, Nº 130, segundo trimestre 2017. Págs. 1-3. Referencia LA LEY 530/2017,

rídica que tenía el acreedor satisfecho, por novación subjetiva⁷, adquiriendo el mismo crédito que este tenía contra el deudor, con todos sus accesorios y garantías, lo que significa que opera automáticamente (art. 1210 del CC), no en virtud de una acción nueva, como decimos, sino de la misma que correspondía a su asegurado. Esta es su especial diferencia con la repetición, para quien la acción es nueva e independiente del crédito principal.

A propósito de esta diferencia entre la acción de subrogación del art. 43 de la LCS y la repetición del art. 10 del TR de la LRSCVM no podemos obviar el trabajo que realiza la Sala 1ª del TS, Sección 1ª, 12/2013, de 21 de enero⁸, cuando junto al interés jurídico de deslindar conceptualmente ambas acciones, aborda además la problemática del *dies a quo* de la prescripción de la acción de repetición para la compañía de seguros, cuando esta ha efectuado pagos en distintos momentos al perjudicado.

El Supremo se pronuncia en este caso que tiene motivo en la circulación bajo los efectos del alcohol, sobre si dentro de la acción de repetición pueden o no reclamarse los intereses de demora del art. 20 LCS.

Este hecho es importante, pues en el caso de la existencia de varios pagos por la compañía de seguros al perjudicado, sólo comenzaría el plazo de prescripción de la acción de repetición, cuando se haya abonado el principal, no los intereses de demora, si se considera que éstos no son repercutibles en la acción de repetición, siendo muy usual que dichos intereses se abonen después del principal, pues es práctica común que se paguen cuando se calculan en la correspondiente liquidación de intereses, a pesar que ya están fijados en cuanto a las bases, en la resolución que le sirve de título.

Deja el Supremo bien claro que la acción de repetición sólo puede nacer y por lo tanto comienza la prescripción de la acción, cuando ésta se puede ejercitar, que es tanto como decir, que se ha producido el pago o abono de la

⁷ En la figura del Seguro de Caución, existe una repetición frente al tomador, no existe subrogación en los derechos del asegurador, así se deduce del estudio de LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: "El seguro de Caución". *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* nº 9 y 11. 2004. Passim.

⁸ Ver el comentario a esta sentencia que realiza HURTADO YELO, J.J.: "El *dies a quo* en la prescripción de la acción de repetición de la compañía de seguros. Análisis de la STS Sala 1ª, Sección 1ª, 12/2013, 21 de enero". *Tráfico y Seguridad Vial*, Nº 172. 2013. Referencia en LA LEY 1840/2013. Págs. 2-5.

indemnización, aunque sea parcial este, siempre que la compañía de seguros conociera el importe total de lo debido, es decir, cuando “*la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar*”(así es como dice la sentencia).

La fijación del importe del principal a abonar por la compañía de seguros, y la determinación de los intereses impuestos, aunque no estén liquidados, en caso de pago parcial por la compañía de seguros, no impide el inicio de la prescripción de la acción de repetición por la compañía de seguros, pues la cantidad final a abonar es fácilmente determinable por una simple operación matemática y por tanto puede ser conocida por la compañía de seguros.

1.3. Acción de reembolso, *in rem verso* (o de enriquecimiento sin causa)

Con el derecho de reembolso, en el ámbito civil, el pagador está facultado únicamente a reclamar del deudor lo que haya pagado sin su expresa oposición, siendo su crédito equivalente a la prestación realizada, e independiente del crédito que originariamente tuviera el primitivo acreedor (art. 1158.2 del CC). Hasta aquí la similitud con la repetición. ¿Particularidad?, que no será por todo el importe de lo pagado, sino únicamente “aquello en que al deudor hubiera sido útil el pago”, es decir, el importe considerado como *enriquecimiento injusto* (art. 1158.3 del CC)⁹.

Es importante esta idea del enriquecimiento sin causa que comparte con la repetición porque en puridad la responsabilidad civil no debería (no puede) actuar como mecanismo de enriquecimiento injusto ni del dañante, ni del dañado. Por eso, la propia ley procesal, hace responsable de la carga de la prueba al dañado (art. 217 de la LEC) exigiéndole la prueba del perjuicio para poder condenar al causante y

⁹ La Doctrina a propósito de la RC, habla también de las funciones que ésta tiene dentro del ámbito aseguratorio de la circulación de los vehículos a motor. Así, junto a las funciones positivas de compensación o reparación del daño, tanto personal como patrimonial o moral, se nos dice que también tiene una función negativa cuyo fundamento reside precisamente, en que no tenga causa en el enriquecimiento injusto. Así en LARROSA AMANTE, M.A.: *Responsabilidad civil extracontractual derivada de hechos de la circulación en Derecho de la Circulación. Nuevo régimen jurídico del tráfico, la seguridad vial y la movilidad sostenible*. MARTÍNEZ NIETO, A., (Coord.) LARROSA AMANTE, M.A., FERNANDA VIDAL, M., HURTADO VELO, J.J., PERIS, J., CUESTA PASTOR, P.J., MAGRO SERVET, V., HERNÁNDEZ RAMOS, C., CUELLAR OTON, J. P., ALONSO NÚÑEZ, N., GUERRA VIDAL, B. Edit. La Ley. Madrid. 2014. Pág. 298.

para que su indemnización se haga efectiva en sede de resarcimiento de daños¹⁰.

1.4. Acción de regreso o ex art. 1145 del CC frente a la repetición

Baste citar como ejemplo que es la que ejercita (p.ej.) un condenado solidario que ha abonado la totalidad de la deuda frente a otro condenado solidario, o la que pudiera ejercitar un deudor solidario frente a otros no demandados y que puede tener repercusiones prácticas de importancia cuando la jurisprudencia, aunque sea menor, a efectos de prescripción general les atribuye el plazo de 5 años¹¹.

Con la acción de regreso surge *ex novo* un nuevo derecho, (también una nueva acción, como en la repetición), para que el deudor solidario pueda reclamar la parte correspondiente al resto de codeudores, circunstancia que comparte con la repetición como acción recuperatoria, independiente y autónoma del crédito original satisfecho, que tan sólo abarca o comprende el valor del desembolso, permitiéndole recobrar exclusivamente lo pagado y “evitando situaciones indeseables de abuso y de enriquecimiento injusto”¹².

Conclusivamente:

Pese a haber diferencias sustanciales como vemos entre estas figuras similares, nos quedamos básicamente con el vínculo evidente y común a todas ellas¹³: el restablecimiento del equilibrio, como criterio neutralizador del enriquecimiento injusto al que vamos a dedicar el siguiente apartado por razones justificadas, ya que nos abre la puerta a uno de los fundamentos jurídicos sobre el que descansa la repetición.

¹⁰ En teoría la indemnización que cubre la Aseguradora, no podrá ser por un importe inferior al daño realmente causado y esto es motivo también de debate en la jurisprudencia y doctrina.

¹¹ En éste sentido puede entenderse de la SAP Pontevedra, sección 1ª de 2 de Octubre 2008. Referencia EL DERECHO EDJ 2008/28604).

¹² Tal como la de reembolso. Véase LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: “El derecho de repetición del Asegurador” en *Revista de Derecho de circulación y seguros* / www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina (en último acceso de fecha 15 de Noviembre 2015). Págs.1-2. También en FERNANDA VIDAL, M. en obr.cit. Pág. 669.

¹³ En justicia de la igualdad de partes, podría resultar incomprensible que sean las compañías de seguros las que paguen las consecuencias de un siniestro por mera liberalidad. Realmente lo hacen por un vínculo contractual o no.



2. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DERECHO DE REPETICIÓN

Consolidados los contenidos que hablan de la acción de repetición en el art. 10 del TR de la LRCSCVM¹⁴, cuya interpretación trata de dar forma la jurisprudencia de los Tribunales y superada esta dificultad de la distinción sustantiva respecto de otras instituciones con las que guarda cierta analogía, disponemos de los elementos básicos que nos permiten señalar las dos máximas sobre las que descansa el derecho de repetición, en esencia fundamentales para entender su ejercicio:

1. *El principio de indemnidad del perjudicado*, por el que se ejercita la acción directa y que hace que este perjudicado/víctima, siendo “el inocente del siniestro automovilístico”, deba de ser indemnizado independientemente de que el hecho generador (riesgo ya producido) del daño provenga de ilícito civil

¹⁴ Arts. 76 de la LCS, 117 del CP y art.10 del TR de la LRCSCVM.

o penal del propio asegurado¹⁵;

2. Y por otro lado y no menos importante (en el equilibrio de la balanza, como contrapeso si se quiere de la acción directa¹⁶), *el vínculo contractual o ex lege, entre Aseguradora/asegurado*, que permite que puedan excluir-

¹⁵ MARTÍN RIOS, P.: “Actuaciones de la víctima en el proceso penal” en *Víctima y Justicia penal. Reparación e intervención y protección a la víctima en el proceso penal*. Edit. Atelier. Barcelona 2012. Pág.251 y ss.

¹⁶ Debe recordarse que en principio a la acción directa se le excluye y por ley la posibilidad de oponer las excepciones personales que la Aseguradora pueda tener frente a su asegurado, erigiéndose en el único modo de proceder cuando el dolo del asegurado tiene lugar y el seguro ya ha indemnizado injustamente, o cuando (p.ej.) ha multiplicado los riesgos por encima de lo pactado como bien dice VELASCO NUÑEZ, E. “Principio de la no asegurabilidad de los daños y perjuicios derivados de una actuación dolosa” en *Viabilidad y casuística del derecho de repetición de las compañías aseguradoras frente a los asegurados. Práctica de Tribunales nº 42, sección estudios*. 2007. Referencia en LA LEY 5156/2007 (en último acceso de fecha 1 de Octubre 2016). Pág.4.



se entre sí la responsabilidad y por tanto restituirse lo adelantado (de ahí nuestro interés en delimitar conceptualmente el término repetición de otros afines y ver la idea subyacente y común a todos ellos, que era el “equilibrio de lo justo”).

Es verdad que la intervención de la Aseguradora se produce en base a un SOA contratado¹⁷.

La reparación que correspondería asumir al propietario del vehículo y/o conductor¹⁸, la asume la entidad Aseguradora dando contenido al concepto de responsable civil directo, por ser la que representa la mayor solvencia económica frente al asegurado, pero también lo es, el que no lo va a ser en todos los supuestos o de manera ilimitada y al margen de entender (por supuesto en otro orden de cosas), que la responsabilidad no nace por estar asegurados, sino con independencia de si lo estamos o no¹⁹.

Así, no podrá ejercer indiscriminadamente la repetición toda Aseguradora frente a otros, como responsable civil directo. Baste recordar que en estos casos quien así es declarado en un procedimiento penal previo, no puede repetir contra los responsables civiles subsidiarios

¹⁷ Acuérdesse que éste se hace amparado por la normativa comunitaria. Así por 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 a motor, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, que recoge sustantivamente lo estipulado en las Directivas 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 del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (DO L103 de 2 de mayo) y Segunda Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983 y que versa sobre la misma materia, respectivamente.

¹⁸ Los supuestos están recogidos en la ley y en las pólizas de los contratos particulares entre Aseguradora y asegurado. Ver FERNÁNDEZ GALLEGU, M.: “La intervención de la entidad aseguradora y la responsabilidad del causante del daño. El derecho de repetición en el seguro del automóvil” en *Responsabilidad civil y aseguradoras*. Edit. Bosch. 2016. Págs. 133 y ss.

¹⁹ GRANADOS PÉREZ, C.: “Responsables civiles directos” en *Responsabilidad Civil ex delicto*. GRANADOS PÉREZ, C., O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., (Coord.) Edit. La Ley. 2010. Págs. 272 y ss. donde se pone de manifiesto que no ha de olvidarse que el art. 116.1 del CP, dispone que “toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivan daños o perjuicios”, por tanto, aunque exista seguro. Y en otro sentido IZQUIERDO TOLSADA, M. “Los factores atributivos de la responsabilidad por actos propios” en *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte General*. Edit. Dykinson. Madrid. 2015. Págs. 267-269, donde se habla de la responsabilidad por aseguramiento y del seguro como pretendido factor de atribución y que entendemos enlaza con la diligencia del perjudicado que con previsión ha asegurado el riesgo para caso de siniestro.

(entre ellos, otra compañía aseguradora), dado que éstos últimos por su carácter de “subsidiarios” sólo son responsables civilmente en defecto de los que lo sean criminalmente²⁰.

De otro lado, es importante poner de manifiesto que por la primacía del principio de indemnidad del perjudicado, no puede quedar sacrificada la Aseguradora en supuestos en los que se deducen daños materiales o personales, por acciones ilegales tales como la conducción sin carnet o como es el caso que tratamos de analizar: la conducción en estado de embriaguez²¹.

Por eso, resumidamente concluimos, que el fundamento último (ético-social) de este derecho de repetición que se da en el ámbito de la conducción al volante, descansa en la idea de lo que es justo, porque hace devolver las consecuencias económicas del mal producido, a quien realmente tuvo la culpa de ese mal indemnizable en todo caso y todo ello porque no sólo existe un contrato de seguro que excluye la cobertura de ese riesgo, sino porque el responsable civil de un daño, no es otro que el que lo ha causado.

La Aseguradora es responsable civil por el daño acreditado indudablemente, por ser éste en puridad el fundamento de toda responsabilidad civil, pero también hacia el causante del daño, entendemos, se deduce una responsabilidad personal, en el sentido que explicamos.

3. LA PRESCRIPCIÓN EN EL ART. 10 DE LA LRCSCVM Y SU *DIES A QUO*

3.1. Cuestiones previas

Abordada en primera instancia la cuestión de lo que se entiende por acción de repetición, frente a lo que no es por distinción frente a otras figuras afines, nos adentramos en el por qué la repetición a efectos prescriptivos “excepciona en términos relativos” la regla contenida en el art. 10 del Texto Refundido de la LRCSCVM, que establece el cómputo del *dies a quo* en el año contado a partir del pago al perjudicado.

²⁰ Así en la *sentencia del TS de la Sala 1ª de lo Civil de 30 de mayo 2007* (RJ 4339 y *La Ley* núm. 6772, 5.9.2007; MP: Rafael de la Cuesta Cascajares; *FIATC contra Sabadell Grupo Asegurador, S.A. y Montajes Industriales Lleca, S.A.*). Ver también en este sentido la obra de ARQUILLO COLET, B.: “La aseguradora declarada responsable civil directa en un proceso penal no puede repetir contra los responsables civiles subsidiarios”. *Revista INDRET para el Análisis del Derecho*, Nº 1. 2008. Págs. 1 a 8.

²¹ E incluso ambas a la vez. Véase *las sentencias de la Sala 5ª del TJUE de 23 de Abril 2015, Sala 2ª de 26 de Abril 2016 y Sala 3ª del TJUE de 13 de Octubre 2011*. www.poderjudicial.es/.../www.Sentencia%20TJUE-cancelacion%20de%20vuel (en último acceso de fecha 26 de Septiembre 2016).

Para argumentar lo que decimos debemos remontarnos a la naturaleza penal del delito de conducción en estado ebrio.

El Código Penal, recoge en el Capítulo IV del Título XVII del libro II los delitos contra la seguridad vial. Concretamente su art. 379, tipifica la conducción bajo los efectos del alcohol (junto a la de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas) como delito de riesgo, cuya comisión en no pocas ocasiones, va a deducir unas consecuencias dañosas personales o materiales a los efectos que nos interesan y que a su vez, van a poner en marcha la maquinaria aseguradora, mediante la acción directa, siendo la compañía aseguradora la que en principio asume tales obligaciones indemnizatorias, como ya hemos apuntado.

Hay acción directa para el perjudicado, procedimiento que inicia éste para ser indemnizado, que ha de satisfacer la Aseguradora, pero también posibilidad de “neutralizar” esa acción directa por la Aseguradora, con la repetición, mecanismo jurídico que no es indemne al paso del tiempo para su ejercicio procesal.

La repetición nace con clara vocación temporal y también con discutido debate doctrinal y jurisprudencial, en cuanto a su cómputo (art. 10.2 del Texto Refundido de la LRCSCVM).

Además, hay una cuestión interesante, por obvio que pueda parecer en cuanto al ámbito de aplicación de la norma que regula la prescripción y que deviene del carácter universal de la legislación mercantil en todo el territorio nacional, en un momento histórico como el que vivimos, en el que algunos se empeñan en cuestionar la territorialidad de nuestra Carta Magna: *“el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación mercantil”*.

Las normas del Código Penal y Código Civil rigen directamente en todo el territorio del Estado, porque así lo explicita la Constitución Española en su art. 149.1.6ª y así lo interpreta el TS, sin que por el principio de territorialidad pueda operar, la aplicación sustantiva de otra norma autonómica a efectos de la prescripción de la acción de repetición²².

3.2 Art. 10 del TR de la LRCSCVM

El literal del art. 10.2 del RDLg 8/2004 de 29

²² Así en *sentencia de la Sala Primera de lo Civil del TS, Sec. Pleno, 534/2013, de 6 de septiembre* que discute la aplicación de la normativa civil catalana sobre el código civil español. Referencia: SEPIN/SENT/732686. Ver también en relación con la *sentencia de la AP de Barcelona, sección 1ª, nº 441/2013 de 7 de Octubre 2013*, sobre la aplicación del art.121-21 d) del CC catalán. Referencia EL DERECHO EDJ 2013/221055.

de octubre²³, por el que se aprueba el texto refundido de la LRCSCVM, según redacción dada por Ley 21/2007 de 11 julio, incorpora no sólo un plazo específico para el ejercicio de la acción, sino la concreción del momento de inicio de su cómputo, con clara exclusión del de dos años que establece el art. 23 de la LCS, según se deduce de la doctrina jurisprudencial del TS²⁴.

En el ámbito de la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción directa, caso particular se presenta cuando ese pago es realizado por varios codeudores. Para estos casos en que haya varios deudores solidarios en base al art. 1145 del CC, en puridad, ha de entenderse realizado cuando se reintegra totalmente al deudor solidario que pagó, la parte que le corresponde en la obligación.

En estas situaciones, es verdad que la relación obligatoria entre los deudores solidarios y el acreedor queda extinguida, (permaneciendo las relaciones obligacionales entre los distintos deudores solidarios), aunque lo sea por la sola actuación de uno de los deudores solidarios, pero ha de tenerse en cuenta, al deudor solidario que satisfizo el total de la deuda por aplicación del “principio de la *actio nata*”.

Por este argumento, no por ello se deja por obsoleta la jurisprudencia del TS, concretamente la de la Sala de lo Civil de 4 Enero 1999 y 29 Octubre 2012, (donde se afirmaba que el sólo pago de uno de ellos extingue la relación jurídica), pero a los efectos de repetición y esto es importante, respecto de terceros, no resulta indiferente cuál de los deudores solidarios la extinguió por completo y la fecha en que se produjo el reintegro por parte del titular de tal acción frente a terceros²⁵.

²³ No olvidemos que este RDLg 8/2004 da cumplimiento a lo preceptuado en la Disposición Final Primera de la Ley 34/2003 de 4 de Noviembre de Modificación y Adaptación a la Normativa Comunitaria de los Seguros Privados, por el que se insta al Gobierno a adaptar nuestro derecho interno a la normativa impuesta en las Directivas Comunitarias en materia de seguros.

²⁴ La acción de repetición del asegurador prescribe por el transcurso de un año, contado a partir de la fecha en que hizo el pago, siendo este el aplicable y no el de dos años previsto en el art. 23 de la LCS, toda vez que el previsto en aquel precepto es específico y de especial aplicación para las acciones de repetición. Así consta en la *sentencia de la Sala 1ª de lo Civil del TS, nº 727/2014 de 17 de Diciembre*. Referencia en http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_justel=1140891 (en último acceso de fecha 12 de Noviembre 2016).

²⁵ Así se detalla en la *sentencia del TS de 28 de Octubre 2015* que desestima el recurso de casación por infracción de doctrina. <http://www.peritosedaccidentes.com/accion-de-repeticion-plazo-de-prescripcion-su-computo-comienza-desde-que-se-hizo-el-pago-al-deudor-solidario-que-satisfizo-el-total-de-la-deuda-por-aplicacion-del-principio-de-la-actio-nata/> (en último acceso de fecha 12 de Noviembre 2017).

Son los casos (p.ej.) de seguro múltiple mancomunado, donde el perjudicado podrá dirigirse a cualquier Aseguradora de las concertadas en ese seguro múltiple, para reclamar su indemnización porque “*el seguro múltiple es solidario*”²⁶.

Tampoco puede quedar desapercibida a efectos prescriptivos, el estudio de la legitimación pasiva en el ejercicio de la repetición y sus consecuencias.

Así, el conductor que se haya aquietado en primera instancia por su allanamiento, impedirá que se le extiendan los efectos de la prescripción a su responsabilidad, puesto que la prescripción puede operar de manera diferente en este aspecto para el propietario y conductor de vehículo cuando ambos no coinciden en la misma persona²⁷.

3.3 Naturaleza jurídica

La prescripción extintiva, como institución, es considerada por la doctrina como un modo de extinción de los derechos por inacción de su titular durante el tiempo determinado por la ley, basándose para ello en el art. 1930.2 del CC que literalmente dice “*que también se extinguen del propio modo por la prescripción, los derechos y acciones de cualquier clase que sean*” y en el art. 1932.1 del mismo cuerpo normativo, que igualmente asiente que “*los derechos se extinguen por la prescripción*”.

Como es sabido el instituto de la prescripción extintiva “*supone una limitación al ejercicio tardío de los derechos, en beneficio de la certidumbre y de la seguridad jurídica, no fundada en razones de intrínseca justicia*”.

Una manera anormal de extinción del derecho o acción, que debe (entendemos) merecer un tratamiento restrictivo, tanto en lo relativo a la aplicación e interpretación de sus normas reguladoras, como en lo concerniente a la prueba de sus requisitos y que naturalmente, incumbe a quien alega la excepción (art. 217.3 de la LEC).

Por eso, es al demandado al que le corresponde acreditar la concurrencia de los hechos positivos y constitutivos de la prescripción, el transcurso del plazo legal y por ende, la fecha en que ha de comenzar su cómputo que, con carácter general y de conformidad con el art.

1969 del Código Civil²⁸, en la conducción ebria, es aquella a partir de la cual pudo ejercitarse la correspondiente acción.

De estas definiciones, entendemos es preciso matizar, que lo que se extingue no es el derecho, sino la acción, entendiendo por tal la posibilidad de ejercitar aquél ante los Tribunales, de tal manera que el derecho persiste, pero carece de uno de los elementos esenciales, tal y como lo entendió el Tribunal Constitucional²⁹.

Además, el plazo de prescripción de la acción de repetición del Asegurador es de naturaleza sustantiva, no procesal³⁰. Por eso no le resulta de aplicación los plazos a que se refiere el art. 135.1 de la LEC, ya que son plazos procesales; sino los del art. 133 del mismo cuerpo legal, en todo lo que se refiere a fecha de inicio y vencimiento³¹.

En la práctica jurisprudencial observamos que la tendencia generalizada es favorable a su no apreciación, cuando la intención de abandono no es clara, permitiendo al titular del derecho, su ejercicio efectivo³², “*sí queda evidenciado que el titular del derecho realizó una actuación adecuada para evidenciar su voluntad de ejercerlo, mostrando su interés en su*

²⁸ Véase al respecto el muy interesante artículo de HERNÁNDEZ-CARRILLO FUENTES, J. M.: “Comentarios a la sentencia nº 436/ 2017 de 15 de Junio, de la Sala Segunda del TS”. *Revista de la Asociación española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Nº 63. Tercer trimestre 2017.* Págs. 109-126. La sentencia recoge la interpretación de la prescripción y su cómputo en los casos de desplazamiento hacia atrás del vehículo, con tasa de alcohol por encima de la objetivada en la norma penal.

²⁹ Así en las sentencias de de 25 de noviembre de 1986 y 5 de noviembre de 1985 referenciadas en la obra de PÉREZ UREÑA, A.A.: *La prescripción de la acción de repetición en el caso de delito contra la seguridad vial. 2012.* http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/prescripcion-accion-repeticion-delito-seguridad_11_397180004.html(en último acceso de fecha 6 de Noviembre 2017). También en la *sentencia de la AP de A Coruña, sección 5ª, nº 163/2016 de 24 de Mayo. Referencia en EL DERECHO EDJ 2016/109130*

³⁰ Así en *sentencia de la AP de Murcia, sección 3ª, nº 209/2006 de 13 de Septiembre.* Referencia en ARANZADI INSTITUCIONES JUR/2006/239607.

³¹ BOTANA GARCÍA, G.A.: “El plazo de prescripción de la acción de repetición es de naturaleza sustantiva”. *Práctica de Derecho de daños nº 47.* Marzo 2007. LA LEY 1060/2007. Págs. 1 y 2.

³² “La seguridad jurídica sufrirá un grave quebranto si una situación que se ha prolongado durante largo tiempo sin ser impugnada pudiera ser atacada mediante acciones no hechas valer nunca por nadie. En aras de la seguridad jurídica es preferible correr el riesgo de un uso injusto por parte de algún obligado antes de dejar expuestas las relaciones jurídicas a reclamaciones viejas cuya legitimada se ignora por el tiempo transcurrido”. Así opina ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil, T.I, vol. 2º.* Barcelona, 1989. Págs. 486 y ss.

²⁶ Ver *sentencia de la AP de Ciudad Real, sección 2ª, nº 222/2015 de 21 de Octubre.* Referencia en EL DERECHO EDJ 2015/226888.

²⁷ Ver *sentencia de la AP de Madrid, sección 12, nº 231/2015 de 3 de Junio.* Referencia en ARANZADI INSTITUCIONES JUR/2015/200391.

conservación”³³.

Aquí lo que se hace valer es una institución de la prescripción que, debe operar siempre que se exteriorice y evidencia la voluntad de ejercer o conservar el derecho de que es titular la parte, es decir, que tenga en cuenta cualquier exteriorización o manifestación del ánimo o voluntad de reclamar por el que tiene el potencial derecho³⁴.

Definitivamente, debe ser invocado por la parte demandada y en cuanto introduce un hecho nuevo, ha de ser conocido por la contraria para que cumpla el principio de contradicción, constituyéndose como una *excepción material de naturaleza propia*, que debe ser expresamente alegada, para dejar sin efecto y enervar la acción ejercitada.

Hay una crítica desde la doctrina científica que entiende a la acción de repetición como una acción personal y no indemnizatoria: y es el corto plazo diseñado por el legislador para la prescripción. Quizás “hubiera sido más acorde con la naturaleza de la acción de repetición, el establecimiento del plazo de quince años previsto en el art. 1964 del CC”, como dice Matías MADRIGAL³⁵.

La Sala 1ª de lo Civil del TS, en esta materia, viene a puntualizar que el ejercicio de la acción de repetición puede delimitar además otros aspectos procesales, (p.ej.) los referidos al fuero de la competencia objetiva, haciendo que primen las normas del art. 50 y 51 de la LEC y no las del art. 52.1 regla 9 a la hora de determinar esta, “ya que la acción ejercitada al amparo del art. 43 de la LCS (...), no presenta especialidad ninguna”³⁶.

³³ Así consta en la motivación de la *sentencia de la AP de Murcia nº 98/2012 de 9 de febrero*, a propósito del derecho de repetición ejercitado por el Consorcio de Compensación de Seguros Referencia en ASESORIA&EMPRESAS <http://www.asesoriayempresas.es/jurisprudencia/JURÍDICO/136162/sentencia-ap-murcia-98-2012-de-9-de-febrero-consorcio-de-compensacion-de-seguros-accion-de-repetición> (en último acceso de fecha 10 de Noviembre 2016).

³⁴ En estos términos se expresa la *sentencia AP de Murcia, sección 4ª, nº 536/2017 de 14 de Septiembre*. Referencia en ARANZADI INSTITUCIONES JUR/2017/253117.

³⁵ MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, M.: “Derecho de repetición en supuestos de previa conducta dolosa y de conducción bajo los efectos del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas” en *Algunas consideraciones sobre el derecho de repetición de las compañías aseguradoras en el ámbito de la circulación. Diario La Ley. Sección Doctrina. Tomo 4.1997. Págs. 1 y ss.*

³⁶ Así en *sentencia del TS, Sala 1ª de lo Civil de 20 de Octubre 2016*. Referencia en SEPIN/AUTRJ/876523.



3.4. El *dies a quo* del cómputo del plazo en la ejecución

La *sentencia del TS nº 659/2009 de 22 de octubre*³⁷, en interpretación del art. 10 del TR de la LRCSCVM y a resultas de un procedimiento ordinario cuya cuantía no corresponde con la determinada en ejecución, ha determinado que:

- El *dies a quo* para la acción de repetición se inicia cuando la Aseguradora paga para su entrega al acreedor y éste la acepta o no la discute.

- Además si la cantidad es consignada a fin de evitar el embargo ejecutivo, el cómputo del plazo se inicia desde la declaración judicial firme que declare bien hecha la consignación. Aún cuando la indemnización finalmente coincida con aquella parte consignada en pago, se considera que hasta la firmeza de la sentencia, no está establecido definitivamente el importe de lo que habría de ser objeto de repetición.

- Por tanto, desde la firmeza de la resolución judicial que produzca efectos extintivos de la obligación y liberatorios para la entidad deudora, es desde donde se computa el plazo a efectos prescriptivos.

3.5. Especialidad del *dies a quo* en los casos de conducción bajo los efectos del alcohol

Como así queremos poner de manifiesto, la

³⁷ Referencia en EL DERECHO EDJ 2009/259049.



cuestión relativa al *dies a quo* de la acción de repetición en los supuestos de haberse seguido actuaciones penales por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, plantea en la práctica forense una discusión de relevancia propia.

Tal discusión estaría centrada en si se debe tener en cuenta la fecha de notificación de la sentencia, en la que efectivamente se ha determinado que la conducta observada por el asegurado, da derecho a la Aseguradora al ejercicio de la acción de repetición, es decir, si la prescripción de la acción de repetición por alcoholemia, comienza el día del pago (como dice el art. 10 del TR de la LRCSCVM), o bien al notificarse la sentencia firme del proceso penal, porque realmente las Audiencias Provinciales lo han resuelto no siempre de manera unánime.

Parecen ser dos, las opciones que se nos ofrecen a la vista de lo resuelto jurisprudencialmente por estas y es evidencia que recoge la AP de Madrid, cuando determina³⁸:

³⁸ La AP señala que para que exista derecho de repetición de la aseguradora, además del pago al perjudicado, se requiere que, se declare que el conductor circulaba bajo la influencia de bebidas alcohólicas. "A efectos de prescripción el *dies a quo* será el de la sentencia que reconozca la existencia de la causa de repetición (FJ 3)". La cuestión relativa al día inicial del cómputo del plazo de prescripción de la acción ejercitada cuando, efectuado el pago, existe proceso penal pendiente en relación con la alcoholemia ha sido resuelta de diferente forma por las sentencias de las Audiencias Provinciales. Así en *sentencia de la AP de Madrid, sección 8ª, nº 513/2017 de 23 de Noviembre*. Referencia en EL DERECHO EDJ 2015/297705.

- Que para unas Audiencias, sería determinante, la fecha de pago, por disposición expresa del citado art. 10 y que especialmente particulariza la AP de Barcelona (cuyo criterio también sigue la AP de Murcia³⁹) y en el que se distingue entre la fecha de pago efectuado por la Aseguradora, de la fecha de pago que por orden judicial dicta el Juzgado en primera instancia, computando el *dies a quo* desde esta última⁴⁰.

- Mientras que para otras, en caso de seguirse actuaciones penales, el *dies a quo* debería tener en cuenta, la fecha de notificación de la sentencia penal firme, entendiéndose que cuando afirma esto en este caso, justificaría sobradamente el hecho por el que nace el derecho de repetición, que en nuestro caso es el alcohol al volante⁴¹.

La opción de la fecha de pago, *stricto sensu*, con independencia de la existencia de sen-

³⁹ Ver *sentencia de la AP de Murcia, sección 11ª, nº 294/2017 de 11 de Mayo*. Referencia en EL DERECHO EDJ 2017/120703.

⁴⁰ Ver *sentencia de la AP de Barcelona, sección 17, nº 98/2017 de 15 de Febrero*. Referencia en EL DERECHO EDJ 2017/76541, donde se rechaza la excepción de prescripción de la acción, porque el pago del principal reclamado se efectúa un 23 de Abril 2013, pero se ordeno por el Juzgado un 4 de Octubre 2014 y la demanda por la que se ejercita la repetición era de fecha de 30 de Junio 2014. La Audiencia rechaza la fecha de pago y computa desde la orden judicial de pago.

⁴¹ Baste citar de nuevo a la referenciada *sentencia de la AP de A Coruña, sección 5ª, nº 513/2016 de 24 de Mayo*. Referencia en EL DERECHO EDJ 2016/109130.



tencia penal firme o no (como primera opción) y acogida por cierto sector doctrinal⁴², cuenta con apoyo en la jurisprudencia menor⁴³. Concedida así la prescripción, si el perjudicado no reclama en este período, exista o no causa penal

⁴² MAGRO SERVET, V.: *Manual práctico sobre Derecho de la circulación y del seguro en la siniestralidad vial*. LA LEY. 2011. Pág. 336, para el que: “En este caso, debe atenderse también al momento en el que la aseguradora realizó el pago, no el criterio de la fecha de la sentencia firme que determinó la condena del asegurado por este delito, y, por ende, de la aseguradora a su pago frente al perjudicado, al no oponer la aseguradora excepción alguna. Por ello, es evidente que el plazo de prescripción de un año comienza a correr desde que la aseguradora hizo el pago al perjudicado, a tenor de lo dispuesto en el art. 7 último párrafo de la LRCSCVM (actual art. 10 del TR de la misma Ley).

⁴³ Así en *sentencia de la AP de Vizcaya, sección 3ª, nº 455/2010 de 23 de Septiembre*, donde se dice que “no se interrumpe el plazo de prescripción por la pendencia penal de la causa en la que se dilucidan las posibles responsabilidades penales del conductor bajo influencia de bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes, ya que esta acción no nace de delito o falta ni de culpa civil sino que es una acción nacida de la propia Ley, de forma que no operan los artículos 111 y 114 de la LECrim (...) al entender la Sala que la causa penal que se siguió contra el asegurado, a diferencia de lo sostenido por la aseguradora, no suspende la prescripción, toda vez que la acción de repetición no nace “ex delicto”, sino “ex contractus”. Referencia en <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-455-2010-ap-vizcaya-sec-3-rec-143-2010-23-09-2010-9617541> (en último acceso de fecha 29 de Noviembre 2017). En el mismo sentido la *sentencia de la AP de Pontevedra, sección 1ª, nº 340/2016 de 27 de Junio*. Referencia EL DERECHO EDJ 2016/141214, dónde estima la excepción de prescripción de la demanda (la sentencia de instancia no apreciaba prescripción y aplicaba el art.1964 del CC a efectos prescriptivos, cinco años desde el pago) y aplica taxativamente el art. 10 del TR de la LRCSCVM.

pendiente, perderá la posibilidad de reclamar el importe abonado al conductor o propietario del vehículo.

Si además tenemos en cuenta que no basta para que nazca el derecho de repetición con el pago al perjudicado, sino que el propio precepto lo condiciona a “si el daño causado fuera debido a la conducción etílica (...)”⁴⁴, el *dies a quo* será el del pago, pero siempre y cuando ya conste el hecho que justifica la existencia del derecho de repetición, o a partir de éste, si el pago se efectuó con anterioridad. Lo contrario sería obligar a la Aseguradora a ejercitar una acción fundada en posibles futuribles fácticos, aún no verificados, con consecuencias procesales adversas, caso (p.ej.) de desestimación de la demanda⁴⁵.

Esta opinión sería viable, siempre y cuan-

⁴⁴ BAENA RUÍZ, E.: “La prescripción de la acción de repetición por alcoholemia, ¿comienza el día del pago o bien al notificarse la sentencia firme en el proceso penal?”. *Encuesta Jurídica*. Octubre 2010. Referencia en SEPIN/DOCT/7950.

⁴⁵ PÉREZ UREÑA, A.A.: *La prescripción de la acción de repetición en el caso de delito contra la seguridad vial*. 2012. http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/prescripcion-accion-repeticion-delito-seguridad_11_397180004.html (en último acceso de fecha 6 de Noviembre 2017). Págs.7 y ss. El autor considera que es la que más se ajusta al texto legal y a la práctica forense, siempre y cuando el pago total o parcial de la indemnización debida por parte de la aseguradora se lleve a cabo una vez firme la sentencia firme que determine la responsabilidad del asegurado, pero no cuando el pago total se haya abonado o consignado previamente a la sentencia penal, como hemos apuntado.

do el pago total o parcial de la indemnización debida por parte de la Aseguradora, se lleve a cabo una vez firme la sentencia que determine la responsabilidad del asegurado, pero no cuando el pago total se haya abonado o consignado previamente a la sentencia penal.

Hasta aquí el argumento de la primera opción.

Más, si tenemos en cuenta la peculiaridad que ofrece la repetición por alcoholemia, como así entendemos que la hay, habría que defender que si se sigue un proceso penal para determinar si el demandado circula o no bajo la influencia del alcohol, no puede interponerse en vía civil reclamación alguna con base en tal dato fáctico, hasta que ello no sea enjuiciado ante la jurisdicción penal y por tanto el *dies a quo* de la acción de repetición contra el conductor, sería el que coincide con la fecha de notificación de la sentencia firme en el proceso penal, es decir, que es desde el día en que el derecho pudo ejercitarse⁴⁶.

A más ahondamiento, es que el *dies a quo* para el cómputo del plazo anual “exige” considerar si la acción podía ser ejercitada, y en el caso que analizamos, tal circunstancia sólo concurrió desde que la sentencia penal firme condenó por el delito contra la seguridad del tráfico⁴⁷, puesto que con anterioridad no se cumplía con el presupuesto de la acción de repetición ejercitada, al no quedar acreditado el hecho objetivo que la sentencia declara.

Esta es la opción elegida por un sector mayoritario de la doctrina⁴⁸ y de la jurisprudencia, siendo también la opción que entendemos más razonable ya que no tendría sentido y cree-

mos que no es la intención del citado art. 10, privar del derecho de repetición al Asegurador, por haber transcurrido un plazo, sin que haya tenido la oportunidad de ejercitar su derecho de repetición, por no haberse aún declarado la existencia del presupuesto que puede generar tal derecho⁴⁹, obligando así a la Aseguradora a ejercitar una acción fundada en potenciales resultados, aún no acreditados, con consecuencias procesales adversas, tal y como hemos dicho anteriormente.

Además, esta opinión es perfectamente compatible con la normativa del Código Civil.

Así, con su art. 1969 (el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, se contará “desde el día en que pudieron ejercitarse”), y con más precisión con el art. 1968.2⁵⁰ del mismo cuerpo legal (“desde que lo supo el agraviado”), porque la prescripción por ende no puede desligarse de estas normas generales.

Siendo esto así, no podrá seguirse pleito civil alguno, hasta que recaiga resolución en el procedimiento criminal promovido en averiguación de un delito o falta, por el *principio de devolutividad absoluta de las cuestiones prejudiciales*⁵¹ que también resulta de las disposiciones específicas habidas en las leyes procesales⁵² (arts. 10.2 LOPJ y 114 LECrim, que hablan en concreto de la incidencia que el proceso penal tiene sobre el proceso civil y la imposibilidad de iniciar un procedimiento civil, cuando sobre la misma cuestión existe una causa penal “siempre que el hecho penal tenga influencia decisiva en la cuestión civil”⁵³).

Para el art. 116 LECrim, resulta claro que un mismo hecho no puede existir o dejar de exis-

⁴⁶ Es decir, el *dies a quo* para el cómputo del plazo anual exige considerar si la acción podía ser ejercitada, y en el caso tal circunstancia sólo concurrió desde que la sentencia penal firme condenó por el delito contra la seguridad del tráfico. Así en la *sentencia de la AP de Pontevedra, sección 1ª, nº 357/2017 de 12 de Julio*. Referencia en ARANZADI INSTITUCIONES/ JUR\2017\237872 y en la *sentencia de la AP de la Rioja, sección 1ª, nº 67/2017 de 21 de Abril*. Referencia en EL DERECHO EDJ 2017/87855.

⁴⁷ Así de tajante se declara en la *sentencia de AP de Pontevedra, sección 1ª, nº 357/2017 de 12 de Julio*. Referencia en ARANZADI INSTITUCIONES JUR/2017/237872.

⁴⁸ CARRERAS MARAÑA, J.M.: “La prescripción de la acción de repetición por alcoholemia, ¿comienza el día del pago o bien al notificarse la sentencia firme en el proceso penal?”. *Encuesta Jurídica*. Octubre 2010. Passim. Referencia en SEPIN/DOCT/7950. En casos como el que nos ocupa de repetición de la aseguradora frente al asegurado, cuando el siniestro ocurre bajo los efectos del consumo de alcohol y ha habido un procedimiento penal previo, la jurisprudencia es clara a la hora de fijar el *dies a quo* y atiende a la firmeza de la sentencia penal. Ver *sentencia de la AP de Alicante, sección 9ª, nº 46/2017 de 6 de Febrero*. Referencia en EL DERECHO EDJ 2017/86272.

⁴⁹ Así en *sentencia de la Sala 1ª de lo Civil del TS, nº 721/2014*. Referencia en SEPIN/SENT/790446.

⁵⁰ Así coincide lo que el art.1968.2 del CC establece para el ejercicio de acciones derivadas de la culpa extracontractual. Ver *sentencia de la AP Cuenca, sec. 1ª nº 5/2013 de 15 de enero*. Referencia: SEPIN/SENT/708932.

⁵¹ En esta línea argumental, la *sentencia de la AP de Ciudad Real, sección 2ª, nº 169/2009 de 7 de julio*. Referencia en EL DERECHO EDJ 2009/166579 y la *sentencia de la AP de Pontevedra, sección 6ª, nº 552/2011 de 17 de junio*. Referencia en EL DERECHO EDJ 2011/150715, que declara que la referencia de la norma del art.10 de la LRCSCVM a la fecha del pago, como *dies a quo* para el inicio del cómputo de la prescripción.

⁵² “las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente, pero mientras estuviere pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación, hasta que aquella haya sido resuelta por sentencia firme”. El art. 111 de la LECrim y el art. 114 de la LECrim, establece que promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho.

⁵³ Así la *SAP de Barcelona nº 734/2011 de 20 de Diciembre*, ya referenciada.

tir para distintos órganos jurisdiccionales con lo cual no tiene que interrumpir la prescripción una acción que todavía no existe.

En este caso a nuestro entender el criterio más prudente sería la de no iniciar el proceso civil hasta tanto no se resuelva la causa penal y si el proceso no obstante se hubiera iniciado, la alternativa menos gravosa que propondríamos sería la solicitar la suspensión⁵⁴.

Independientemente la Aseguradora debería manejarse dentro de los niveles de observancia y diligencia respecto de la cuestión penal, en el sentido de informarse previamente de las circunstancias del siniestro y proceder a la consignación inmediata de la cantidad que va a sufragar esa RC, para al menos atenuar los efectos del art. 20 del LCS, mientras se aguarda la condena penal del delito y posteriormente repetir contra el asegurado, conductor o propietario del vehículo causante del daño.

Esta buena práctica sin duda, comportaría un ventajoso resultado económico para la compañía aseguradora repetidora.

3.6. Condena penal, intencionalidad y repetición.

A comienzo de este artículo hablábamos de los aspectos que se deducían del literal del art. 10 del TR de la LRCSCVM. Uno de ellos era el origen o nacimiento del derecho. Retrocediendo a este aspecto. En efecto, para que nazca el derecho de repetición no basta con el pago al perjudicado, ya que también el literal lo condiciona a (...) "si el daño causado fuera debido a la conducción bajo los efectos del alcohol".

A mayor precisión, para que exista el citado derecho de repetición, además del pago al perjudicado, se requiere que, previamente, haya habido una declaración de la existencia del presupuesto del mismo, es decir, que se declare que el conductor circulaba bajo la influencia de bebidas alcohólicas, que un tercero haya sido declarado responsable de los daños, o que (p.ej.) incluso, se haya decretado la nulidad o inexistencia de un contrato de seguro.

La misma *sentencia de la AP A Coruña, sección 5ª, nº 163/2016 de 24 de Mayo 2016*,⁵⁵ que afirma esto, también declara que no es óbice

⁵⁴ Demasiado artificioso resultaría sostener que lo que ha de hacerse en los supuestos de conducción ebria, pese a que en la práctica son harto frecuentes, es utilizar el proceso civil, para que una vez iniciado pase a ser suspendido, por pender una posible condena penal que acreditaría la conducción bajo los efectos del alcohol, evitando la prescripción que quedaría suspendida hasta el pronunciamiento en firme de la causa criminal.

⁵⁵ Referencia en EL DERECHO EDJ 2016/109130.

para poder ejercitar la acción de repetición el que haya un proceso pendiente.

No es imprescindible que exista una sentencia condenatoria como requisito para el ejercicio de la acción de repetición del asegurador en el ámbito del seguro obligatorio, como es el caso que se ventilaba en esta apelación y que, por tanto, la sentencia penal condenatoria por las conductas contempladas en el apartado a) del párrafo primero de la norma citada, no exige como requisito para la acción de repetición que haya condena penal, sino simplemente, y en lo que concierne a este caso, que "el daño causado fuera debido... a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas".

La *sentencia de la AP de Álava, sección 1ª de 23 de Diciembre 2008*⁵⁶ viene a afirmar que la no existencia de una condena penal no significa que la respuesta sea negativa.

Así las cosas: nada desmerece que el hecho de conducir en estas condiciones sea constitutivo del delito previsto en el art. 379 del CP, cuya apreciación sólo puede hacerse en virtud de sentencia firme dictada por la jurisdicción penal, siendo también evidente que, ni todas las acciones consistentes en conducir un vehículo bajo tal influencia determinan una condena penal, ni ésta es la única vía procesal que permite demostrar la realidad de dicha conducta, ya que puede ser igualmente probada a través de los medios conducentes a tal fin dentro del procedimiento civil, aunque sin las consecuencias punitivas, que se derivan de la condena penal.

Nada desmerece la condena penal pero reiteramos, que no es un requisito para el nacimiento de la acción de repetición por alcoholemia.

Tampoco, en otro orden de cosas, la conducción bajo los efectos del alcohol presume la intencionalidad⁵⁷. Exista dolo o intencionalidad, o no exista, se articula para la Aseguradora este derecho a repetir, *ex lege*. Además, ya el nuevo código de circulación de 1995 introducía un nuevo giro en la asegurabilidad del riesgo de conducción bajo los efectos del alcohol⁵⁸.

La novedad que nos traía es que la acción de repetición realmente deriva del propio hecho (hecho de la circulación), que da origen a la indemnización y no del contrato de seguro en sí.

⁵⁶ Referencia en LA LEYDIGITAL360 11248/2009.

⁵⁷ Recuérdese que era otro de los matices que se deducían del art. 10 del TR de la LRCSCVM: el nacimiento del derecho de repetición.

⁵⁸ VEIGA COPO, A.: "La cobertura del seguro y la conducción bajo bebidas alcohólicas". *Tráfico y Seguridad Vial*, Nº 126.2009. Págs. 51-66.

En los delitos contra la seguridad vial, la conducción ebria, es considerada como “hecho de la circulación” entendemos precisamente, para justificar que estos supuestos tengan cobertura y no se deje la indemnización a la solvencia del causante. Entenderla al margen sería un grave menoscabo para el perjudicado.

Además, la conducción bajo los efectos del alcohol podría configurarse como un supuesto encajable dentro de las exclusiones del seguro obligatorio (art.5 de la LRCSCVM), cuyas indemnizaciones podría asumir el CCS como fondo de garantía que es.

3.7 La interrupción de la prescripción: justificación y consecuencias de su no apreciación

El art. 1973 del CC establece que “*La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales por reclamación extrajudicial y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor*”.

Es el precepto que en términos reales va a regir pues no va a verse alterado por lo estipulado en el art. 10 del TR de la LRCSCVM a efectos de interrupción del cómputo del plazo de prescripción⁵⁹ a la vista de lo motivado jurisprudencialmente en los Tribunales, haciendo que las Aseguradoras gozen de los mismos derechos, en cuanto a interrupción de la prescripción se refiere, que cualquier otro perjudicado.

A propósito de la interrupción de la prescripción, la *sentencia del TS, Sala 1ª de 13 de Mayo de 2014* (LA LEY 4613/2014) concluyó, que había de ratificarse la doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 10 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (LA LEY 1459/2004), por el que se aprobó el Texto Refundido de LRCSCVM; en el sentido de que la acción de repetición, sustentada en el seguro obligatorio, prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado a partir de la fecha en que se hizo el pago al perjudicado, sin perjuicio de la eficacia interruptiva del proceso penal seguido, por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, contra el conductor del vehículo.

La jurisprudencia del Supremo fija los criterios para que opere la interrupción de la pres-

⁵⁹ En estos términos ya se pronunció la *SAP de Madrid, sec. 9ª, de 16 de febrero de 2001*: “en cuanto a la excepción de prescripción, el art. 7 de la Ley de Responsabilidad establece que la acción de repetición prescribe en el plazo de un año desde que se haya procedido al resarcimiento, ahora bien dicho precepto no puede desvincularse de la reglas generales que en materia de prescripción establece el CC.

cripción⁶⁰, afirmando que para que haya lugar a esta, es preciso:

- que la voluntad: se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, que debe trascender del propio titular del derecho, de forma que se identifique claramente el derecho que se pretende conservar y la persona frente a la que se pretende hacerlo valer.

- y que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto que provoca la interrupción exige no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización.

Interesante lo son también los argumentos para alegar o no prescripción basados en quien tiene competencia para conocer determinados asuntos y que pudieran afectar a los efectos derivados de dicha prescripción.

La *sentencia del TS, Sala 1ª de lo Civil nº 623/2016 de 20 de Octubre*, a propósito de los efectos que despliega la prescripción del ejercicio de la acción de repetición, estipula que estos decaen por la simple alegación de que esta acción se haya ejercitado ante un juzgado de instancia y no se hayan hecho ante uno mercantil (este último especializado por razón de la materia)⁶¹. Tal “error” por cuestión de competencia en sí, sino lo es de manera “manifiesta y patente”, no acredita la mala fe de su ejercitante a efectos prescriptivos para el Supremo.

En el ejercicio de acciones derivadas de responsabilidad extracontractual la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos, retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva al constituir un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio.

También la reclamación extrajudicial, afecta a la prescripción interrumpiéndola, aunque sea de un importe parcial del que se adeude⁶².

⁶⁰ Ver al respecto la *sentencia de la AP de Murcia, sección 4ª, nº 536/2017 de 14 de Septiembre*. Referencia en ARANZADI INSTITUCIONES JUR/2017/153117. La sentencia recoge la doctrina que al respecto fija el Supremo en sentencias tales como (p.ej.) STS 13 de octubre de 1994, STS 27 de septiembre de 2005, STS 12 de noviembre de 2007, STS 25 de Mayo 2010, etc. entre otras.

⁶¹ Referencia en SEPIN/SENT/873801.

⁶² Así la *sentencia de la AP de Madrid, sección 11ª, nº 368/2016 de 11 de Julio*. Referencia en EL DERECHO EDJ 2016/164457, que establece el cómputo de la prescripción en la fecha de la firma de la sentencia condenatoria. Ver la *sentencia de la AP de Madrid, sección 14ª, nº 636/2007 de 15 de Noviembre*. Referencia en ARANZADI INSTITUCIONES JUR/2008/39482 y la *sentencia de la AP de Baleares, sección 5ª, nº 259/2017 de 26 de Septiembre*. Referencia EL DERECHO EDJ 2017/204572, entre otras.



No ocurre lo mismo, con la incoación o reapertura de una causa penal muy posterior al hecho dañoso, sobre los mismos hechos. La apertura o reapertura de un proceso penal posterior no puede servir para que se reavive la prescripción que ya se hubiera consumado. La prescripción no puede ser privada de sus consecuencias jurídicas de ese modo⁶³.

CONCLUSIONES

La Jurisprudencia se ha hecho eco de la magnitud e importancia que el proceso penal previo puede tener para la repetición.

Desde esta premisa, se inclina por una interpretación flexible a todos los efectos del literal del art. 10.2 del TR de la LRCSCVM, acorde con la necesidad de acreditar la influencia del alcohol en la conducción, sin llegar al exceso (no exigiendo por ello p.ej. la condena penal para repetir), y por otro lado, salvando los posibles defectos de una interpretación estricta de la norma en la práctica que nos llevaría a soluciones poco racionales (p.ej.), un proceso civil iniciado por daños personales en el que no se aprecien los efectos interruptivos de la prescripción de la acción de repetición por alcoholemia, porque no se haya acreditado el alcohol al volante.

En la conducción ebria estaría además, sustantiva y procesalmente justificada, ya que de no apreciarse los efectos interruptivos de la prescripción, en los casos en que exista un pro-

ceso penal abierto para determinar el ilícito de la conducción en estado ebrio, entendemos, podrían producirse esos resultados poco concuerdes de los que hablamos⁶⁴:

El primero de ellos, es que sin la sentencia penal la Aseguradora no podría probar el estado de embriaguez, presupuesto necesario para ejercitar la acción de repetición por este motivo en la vía civil (si partimos de la premisa que la conducción ebria es un hecho doloso, no sería necesaria la condena penal para repetir).

El segundo, es que provocaría en lo sucesivo el efecto de que las Aseguradoras no pagasen hasta el dictado de la sentencia penal para evitar la prescripción, con el consabido perjuicio para los perjudicados en su indemnización y la más que probable condena para la Aseguradora a los intereses del art. 20 de la LCS, cuya consignación hemos defendido que debiera cuidar de hacer la Aseguradora para evitar ser condenada.

Definitivamente, el proceso penal es prejudicial en numerosos casos del civil desde el punto de vista procesal, delimitando los efectos procesales del *dies a quo* del ejercicio de la acción de repetición, que se extinguen por la prescripción; y también es de interés sustancial, porque para la repetición resulta inevitable acreditar esa real influencia en la conducción, situación que se ventila en la mayoría de los casos en un proceso penal previo.

⁶³ Ver la *sentencia de la AP de Baleares, sección 5ª, nº 259/2017 de 26 de Septiembre*. Referencia en EL DERECHO EDJ 2017/204572.

⁶⁴ Así lo determina la *sentencia de la Sala 1ª de lo Civil del TS, nº 257/2014 de 13 de Mayo*. Referencia en SEPIN/SENT/764355. Véase al respecto lo que también determina en su obra BOTANA GARCÍA, G. A. en obr.cit. Passim.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil, T.I, vol. 2º*. 1989.

ARQUILLO COLET, B.: “La aseguradora declarada responsable civil directa en un proceso penal no puede repetir contra los responsables civiles subsidiarios”. *Revista INDRET para el Análisis del Derecho, Nº 1*. 2008.

BAENA RUÍZ, E.: “La prescripción de la acción de repetición por alcoholemia, ¿comienza el día del pago o bien al notificarse la sentencia firme en el proceso penal?”. *Encuesta Jurídica*. Referencia en SEPIN/DOCT/7950. 2010.

BOTANA GARCÍA, G. A.: “El plazo de prescripción de la acción de repetición es de naturaleza sustantiva”. *Práctica de Derecho de daños nº 47*. 2007. Referencia LA LEY 1060/2007.

CARRERAS MARAÑA, J.M.: “La prescripción de la acción de repetición por alcoholemia, ¿comienza el día del pago o bien al notificarse la sentencia firme en el proceso penal?”. *Encuesta Jurídica*. Referencia en SEPIN/DOCT/7950. 2010.

FERNANDA VIDAL, M.: *Procesos declarativos del automóvil. Incidencia de la LEC*. Edit. LA LEY. 2006.

FERNÁNDEZ GALLEGU, M.: “La intervención de la entidad aseguradora y la responsabilidad del causante del daño. El derecho de repetición en el seguro del automóvil” en *Responsabilidad civil y aseguradoras*. Edit. Bosch. 2016.

GRANADOS PÉREZ, C.: “Responsables civiles directos” en *Responsabilidad Civil ex delicto*. GRANADOS PÉREZ, C., O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., (Coord.) Edit. La Ley. 2010.

HERNÁNDEZ-CARRILLO FUENTES, J. M.: “Comentarios a la sentencia nº 436/ 2017 de 15 de Junio, de la Sala Segunda del TS”. *Revista de la Asociación española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Nº 63*. 2017.

HURTADO VELO, J.J.: “El días a quo en la prescripción de la acción de repetición de la compañía de seguros. Análisis de la STS Sala 1ª, Sección 1ª, 12/2013, 21 de enero”. *Tráfico y Seguridad Vial, Nº 172*. 2013. Referencia en LA LEY 1840/2013.

IZQUIERDO TOLSADA, M.: “Los factores atributivos de la responsabilidad por actos propios” en *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte General*. Edit. Dykinson. Madrid. 2015.

LARROSA AMANTE, M.A.: *Responsabilidad civil extracontractual derivada de hechos de la circulación en Derecho de la Circulación. Nuevo régimen jurídico del tráfico, la seguridad vial y la movilidad sostenible*. MARTÍNEZ NIETO, A., (Coord.) LARROSA AMANTE, M.A., FERNANDA VIDAL, M., HURTADO VELO, J.J., PERIS, J., CUESTA PASTOR, P.J., MAGRO SERVET, V., HERNÁNDEZ RAMOS, C., CUELLAR OTON, J. P., ALONSO NÚÑEZ, N., GUERRA VIDAL, B. Edit. La Ley. Madrid. 2014.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: “El seguro de Caución”. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros nº 9 y 11*. 2004.

- “El derecho de repetición del Asegurador”. *Revista de la Asociación española de Abogados especialistas en Responsabilidad civil y Seguros*. www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina (último acceso en fecha 15 Noviembre 2017).

MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, M.: “Derecho de repetición en supuestos de previa conducta dolosa y de conducción bajo los efectos del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas” en *Algunas consideraciones sobre el derecho de repetición de las compañías aseguradoras en el ámbito de la circulación*. *Diario La Ley. Sección Doctrina, tomo 4*. 1997.

MAGRO SERVET, V.: *Manual práctico sobre Derecho de la circulación y del seguro en la siniestralidad vial*. Edit. LA LEY. 2011.

- “La acción de repetición de la aseguradora en los supuestos de accidente por causa de la Alcoholemia del conductor asegurado”. *Tráfico y Seguridad Vial nº 125, Sección Doctrina*. Mayo 2009. (LA LEY 11818/2009).

MARTÍN RIOS, P.: “Actuaciones de la víctima en el proceso penal” en *Victima y Justicia penal. Reparación e intervención y protección a la víctima en el proceso penal*. Edit. Atelier. Barcelona. 2012.

MESA SÁNCHEZ DE CAPUCHINO, A.: “Acción subrogatoria, acción de reembolso y acción de repetición. Solidaridad impropia. Prescripción: días a quo”. *Práctica de Tribunales, Nº 118*. 2016. Referencia en LA LEY 7950/2015.

PÉREZ UREÑA, A.A.: *La prescripción de la acción de repetición en el caso de delito contra la seguridad vial*. 2012. http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/prescripcion-accion-repeticion-delito-seguridad_11_397180004.html (en último acceso de fecha 6 de Noviembre 2017).

TORAL LARA, E.: “Plazo para el ejercicio de la Acción de subrogación”. *Práctica de derecho de daños, Nº 130, segundo trimestre 2017*.

VEIGA COPO, A.: "La cobertura del seguro y la conducción bajo bebidas alcohólicas". *Tráfico y Seguridad Vial*, N° 126. 2009.

VELASCO NÚÑEZ, E.: "Principio de la no asegurabilidad de los daños y perjuicios

derivados de una actuación dolosa" en *Viabilidad y casuística del derecho de repetición de las compañías aseguradoras frente a los asegurados. Práctica de Tribunales nº 42, sección estudios.2007*. Referencia en LA LEY 5156/2007.





doctrina

La superación de los límites del sistema de valoración de daños en el ámbito de circulación cuando se utiliza con carácter orientativo en otros ámbitos

Covadonga Fernández Iglesias
Abogada

Sumario

INTRODUCCIÓN

I.- PRINCIPIO DE REPARACIÓN ÍNTEGRA

II.- APLICACIÓN DEL SISTEMA DE VALORACIÓN DE DAÑOS PERSONALES. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL. ETAPAS

III.- APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL BAREMO FUERA DEL ÁMBITO DEL ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN POR PARTE DE LAS DISTINTAS SALAS DEL TS

III.1. SALA 1º TS- CIVIL

III.2. SALA 2ª TS- PENAL

III.3. SALA 3ª TS- CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

III.4. SALA 4ª TS- SOCIAL

IV.- NUEVO BAREMO INTRODUCIDO POR LA LEY 35/2015

IV.1. INTRODUCCIÓN

IV.2. ANÁLISIS DE ARTÍCULOS DEL NUEVO BAREMO DONDE SE LIMITA LA REPARACIÓN ÍNTEGRA DEL DAÑO

V.- CONCLUSIONES

VI.- BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La noción de Responsabilidad Civil radica en una concepción de derecho natural conocida desde muy antiguo y que sirve de norma fundamental de la vida del hombre en sociedad: la de que nadie debe causar un daño injusto a otra persona, y en caso de causarlo, dicho daño debe ser reparado. El objetivo principal de la responsabilidad civil es procurar la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio. La responsabilidad civil posee además un aspecto preventivo, que lleva a los ciudadanos a actuar con prudencia para evitar comprometer su responsabilidad; y un aspecto punitivo, de pena pecuniaria.

Dos son los preceptos esenciales en los que se regula la responsabilidad civil en nuestro Código Civil (en adelante CC), extracontractual y contractual:

- El art. 1.902 del Código Civil establece que *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

- El art. 1106 del CC establece que *“La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”*.

La jurisprudencia ha establecido desde antiguo que la indemnización de los daños y perjuicios causados a un tercero debe ir encaminada a lograr la íntegra compensación de los mismos, para proporcionar al perjudicado la plena indemnidad por el acto dañoso, que ya en derecho romano se llamaba *restitutio in integrum* o *compensatio in integrum*. El daño corporal padecido por cualquier tipo de actuación por la que se deba responder, cualquier que sea el título de atribución (dolo, culpa, riesgo,...), obliga a la reparación completa.

Este principio, el de reparación íntegra del daño, es una de las piedras angulares del presente trabajo cuyo propósito es determinar, o al menos clarificar, la postura tanto de la doctrina como de la jurisprudencia en lo referente al mismo.

Tradicionalmente el resarcimiento íntegro ha constituido un concepto carente de elementos normativos de determinación. Téngase en cuenta que, como puntualiza PUIG BRUTAU, J., el art. 1902 CC no contiene regla alguna con que valorar el daño, ni se refiere al momento considerable para ponderarlo; ausencia de

reglas secundarias que la jurisprudencia se ha ocupado de resaltar¹. Pero al mismo tiempo, existen numerosas sentencias que proclaman la vigencia del principio de la reparación completa².

En virtud del principio de reparación íntegra cualquier sistema de valoración del daño debe estar dirigido a proporcionar una reparación que comprenda todos y cada uno de los daños padecidos, con referencia tanto a los extrapatrimoniales como a los patrimoniales. Podemos decir entonces que el principio tiene una doble dimensión, cuantitativa (todo el daño) y cualitativa (tanto el daño patrimonial como el extrapatrimonial o personal) donde la total indemnidad constituye la finalidad y al mismo tiempo el límite de la responsabilidad.

La efectividad del principio no significa que siempre hayan de resarcirse todos los daños y perjuicios padecidos, sino que han de repararse siempre que no haya explícitas razones que justifiquen el resarcimiento parcial o la negación de alguno de ellos. Pero la reparación plena es un concepto indeterminado. Se ha constituido tradicionalmente como un concepto carente de normas de determinación y por eso la jurisprudencia establece que *“la cuantificación del daño no está sujeta a previsión normativa alguna”*.

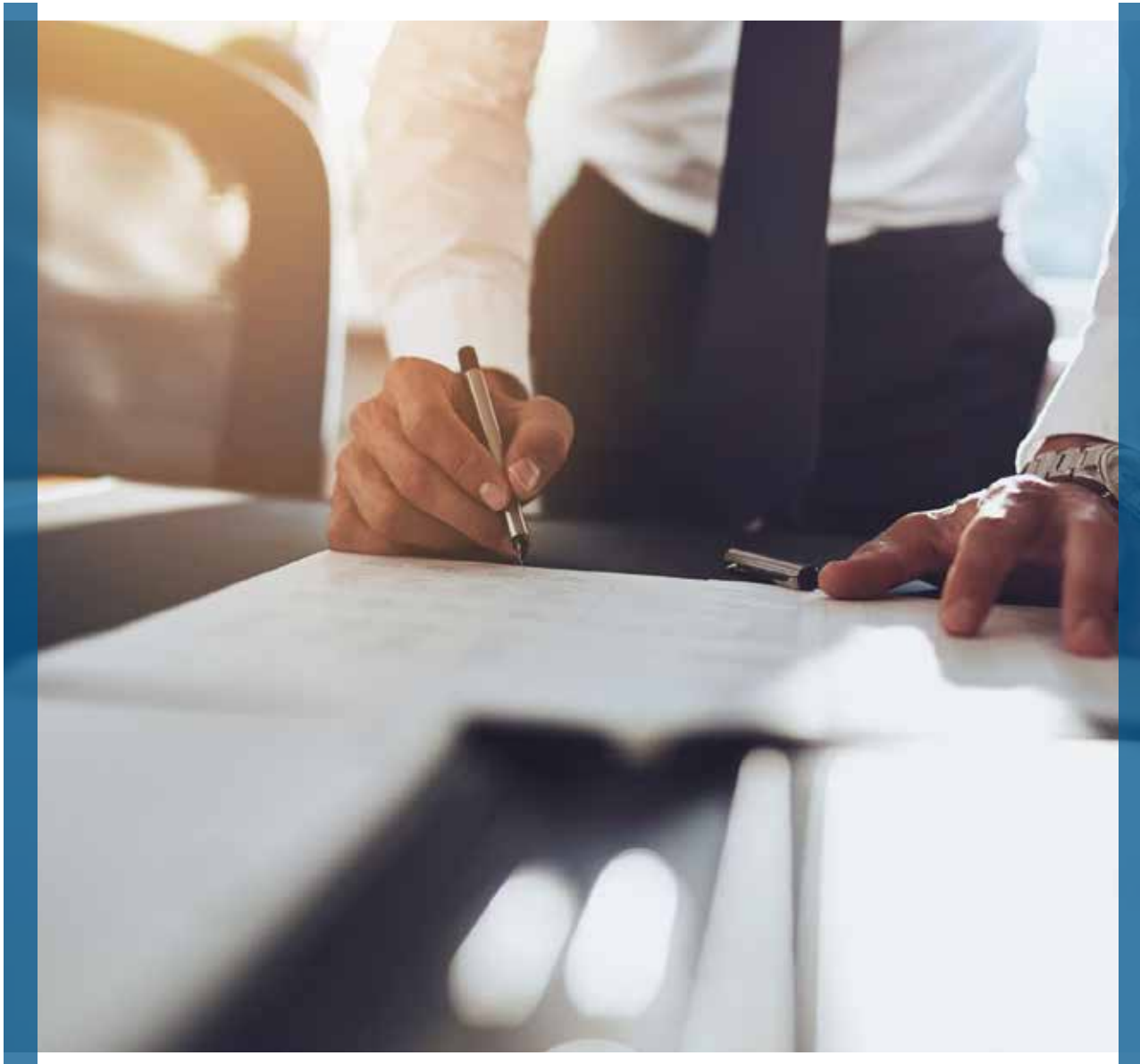
El único exponente que encontramos sobre regulación de la indemnización de los daños personales en el derecho español de daños, es el de aquellos daños causados en accidentes de tráfico, que están tasados legalmente mediante un sistema de Baremo que es de aplicación obligatoria, vinculante³.

Sólo existen normas de determinación específicas y vinculantes en el ámbito de la circulación, donde el Baremo introducido por la Ley 35/2015 proporciona las reglas y los límites para valorar el daño. Con este nuevo baremo se da solución a numerosos problemas que existían en el pasado, pero continúa produciéndose una

¹ STS, Sala 1ª, de 15 de diciembre de 1981 (ponente Sr. VEGA BENAYAS) y STS, Sala 1ª, de 13 de noviembre de 1981 (ponente Sr. FERNANDEZ RODRIGUEZ).

² STSs de la Sala 1ª de; 21 de julio de 2000 (ponente MARIN CASTÁN); 8 de febrero de 2001 (ponente MARTIN CASTÁN); 27 de julio de 2006 (ponente XIOL RIOS); 2 de octubre de 2006 (ponente ALMAGRO NOSETE); 4 de octubre de 2006 (ponente SEIJAS QUINTANA); 11 de mayo de 2007 (ponente GARCIA VARELA); 14 de junio de 2007 (ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA).

³ Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, ampliamente reformado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.



reparación parcial o sesgada ya que seguimos encontrando límites a la reparación integral del daño.

La Ley 35/2015, además de en la propia Exposición de Motivos, establece en el art. 33 que la reparación íntegra del daño es uno⁴ de los principios fundamentales del sistema de valoración.

Pero, a pesar de que la reparación íntegra sea la premisa fundamental de este sistema, lo que realmente existe, como veremos, es una reparación parcial y sesgada, existiendo límites y topes en dicho baremo que impiden alcanzar la reparación total. A lo largo de este trabajo examinaremos dichos límites. Y es que este sistema de responsabilidad civil por daños personales en accidentes de tráfico, contiene limitaciones que se justifican en virtud

⁴ Junto con el principio de reparación vertebrada y la objetivación en la valoración del daño.

de circunstancias de carácter económico-financiero y social ligadas a la especialidad de la actividad, considerando el legislador la necesidad de establecer dichas limitaciones.

Dichos límites operan en la fijación de los perjudicados, de los conceptos indemnizables y de los criterios para su cuantificación mediante la fijación de máximos y estableciendo criterios de bases técnicas. Queda por tanto en entredicho esa reparación integral del daño, pareciendo más ideal que real.

Por ello, el baremo no se debe aplicar estrictamente para valorar daños ajenos al tránsito motorizado, ya que proporciona únicamente una satisfacción parcial⁵. La utilización referencial del baremo no puede

⁵ Es una de las críticas que realiza el profesor MARTIN CASALS ya que entiende que el baremo no supera la confusión entre un sistema de valoración del daño y un sistema de limitación de las indemnizaciones.

impedir el resarcimiento íntegro ya que hay que valorar los perjuicios reales que quedan fuera de la esfera aplicativa del baremo.

Examinaremos la jurisprudencia del Tribunal Supremo con el fin de determinar cómo aplican o acogen dicho sistema de valoración para aplicarlo en otros ámbitos fuera del tránsito motorizado. Serán los jueces los que tengan la facultad de corregir las omisiones e insuficiencias del baremo, así como la posibilidad de considerar circunstancias excepcionales no previstas en sus tablas, cuando estemos ante daños no provocados en accidentes de circulación, donde su aplicación, como se expondrá, será orientativa o de referencia.

I.- PRINCIPIO DE REPARACIÓN ÍNTEGRA DEL DAÑO

El principio de reparación íntegra, como hemos visto, ocupa un lugar esencial y preeminente entre los principios que regulan la materia relativa a la reparación o resarcimiento de los daños y perjuicios. Este principio, conocido también como *restitutio in integrum* se dirige a lograr la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que éste quede colocado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar.

Ahora bien, para que un daño o perjuicio sea resarcible, tiene que ser personal, cierto (real, no meramente hipotético o conjetural, aunque cabe el probabilístico), efectivo (es decir, que no haya sido reparado ya) y causal (producido por el hecho imputable, bien sea directa o indirectamente), además de ser ajeno al comportamiento de la víctima (porque el autodaño queda al margen del instituto de la responsabilidad civil)⁶. Con ello no se agotan las características del daño resarcible, pues también tiene que ser relevante. Se ha dicho al respecto que todos los ordenamientos afirman con rotundidad la vigencia del principio del resarcimiento íntegro, aunque, a su vez, se reputa imprescindible delimitar la extensión del daño resarcible mediante la utilización de criterios de índole jurídica⁷.

Además, para que al perjudicado le sea reparada la totalidad del daño es preciso que se cumplan dos condiciones:

1. La reparación debe comprender todo el daño resarcible y no solamente una parte del mismo.

⁶ MEDINA CRESPO, M. El nuevo baremo de tráfico. Comentario crítico a las disposiciones generales. Bosch. Wolters Kluwer, 2017. Páginas 249 y siguientes.

⁷ SOLER PRESAS, A. *La valoración del daño en el contrato de compraventa*. Aranzadi, 1998. Páginas 37 y 38.

2. Esa reparación debe limitarse estrictamente al daño efectivamente producido, sin que pueda excederlo o superarlo, para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del sujeto perjudicado.

Se debe encontrar, en definitiva, el justo equilibrio entre la infracompensación y el enriquecimiento injusto del perjudicado. Pero este equilibrio puede no resultar tan sencillo como pudiera parecer *a priori* y aquí debemos hacer la distinción entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

Cuando de daños patrimoniales se trata, es posible realizar, en todo caso, dada su posibilidad de traducción a un equivalente pecuniario, una apreciación concreta y precisa del perjuicio sufrido por el titular del interés afectado, apreciación que permite determinar el resarcimiento necesario, ya sea en forma específica, ya por equivalente, para lograr la justa equivalencia entre éste y el daño y, consecuentemente, para alcanzar la tan deseada reparación integral. En ocasiones, como por ejemplo con los daños futuros o el lucro cesante, se pueden plantear problemas de prueba que lleven a reparar menos daños que los inicialmente alegados o reclamados por el perjudicado pero en cualquier caso, tratándose de daños patrimoniales siempre se podrá alcanzar ese equilibrio perseguido por el principio de reparación integral.

Por el contrario, en el caso de los daños no patrimoniales, que son aquellos perjuicios que recaen sobre intereses de las personas, que son, por naturaleza, insustituibles e insusceptibles de equivalencia pecuniaria, resulta más difícil alcanzar una equivalencia entre el perjuicio y su reparación. Los daños extrapatrimoniales quedan, así, al margen de la *restitutio in integrum*⁸, puesto que tales daños carecen de un módulo o valor de referencia o comparación.

⁸ La dificultad, o más bien, la imposibilidad de aplicación de dicho principio a la esfera de los perjuicios no económicos es una de las primeras objeciones frente al principio de reparación íntegra (VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pág. 115).

Objeción ésta que es compartida por VICENTE DOMINGO cuando señala que la aplicación del principio de la reparación integral es imposible cuando el daño es de naturaleza extrapatrimonial, por lo que concreta que “ni los daños a los bienes de la personalidad, ni los daños corporales ni los daños puramente morales por la muerte de un ser querido, pueden ser reparados integralmente” (VICENTE DOMINGO, E., “*El daño*”, Op. et loc. cit., págs. 281 y 282).

Por otra parte, es precisamente esa imposibilidad de la *restitutio in integrum* a los daños no patrimoniales la que] leva a MEDINA CRESPO a afirmar la crisis de ese principio; (*La valoración civil del daño corporal...*, Op. cit., Tomo I, pág. 146).

Para la completa reparación del daño es preciso tener en cuenta en cada caso concreto la magnitud y consistencia del daño así como su valor en dinero. El perjudicado tiene que demostrar la realidad y la certeza del daño para que éste sea reparable. Si se aporta prueba suficiente y convincente de la existencia y magnitud de los daños su reparación deberá ser integral.

El TC ha negado que “el principio de reparación íntegra” tenga rango constitucional. En este sentido, la Sala Primera del TS, en su sentencia de 25 de marzo de 2010 acepta que el principio de reparación íntegra no viene exigido por la Constitución.

II.- APLICACIÓN DEL SISTEMA DE VALORACIÓN DE DAÑOS PERSONALES. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL. ETAPAS

El sistema legal de valoración ingresó en nuestro ordenamiento como orientativo por la OM de marzo de 1991⁹ por la que se da publicidad a un sistema para la valoración de los daños personales en el Seguro de Responsabilidad Civil ocasionada por medio de vehículos de motor, y se considera al mismo como procedimiento apto para calcular las provisiones técnicas para siniestros y prestaciones pendientes correspondientes a dicho seguro. Ya en su preámbulo se hacía referencia a la necesidad de un sistema de valoración:

“En este contexto destaca el esfuerzo de investigación que diversas y prestigiosas instituciones y organizaciones han realizado con el fin de aportar soluciones a los problemas anteriormente puestos de manifiesto. Y la conclusión de tales estudios es que un instrumento muy útil para tal finalidad, aunque no sea el único, es la fijación de una tabla o baremo de indemnizaciones en materia de los denominados <daños personales> (muerte y lesiones) derivados de accidentes de tráfico, fundamentado en criterios objetivos y cuantías indemnizatorias suficientes y equitativas, que incorpore, además, tanto factores de corrección que permitan considerar las circunstancias subjetivas de la víctima y de su entorno, como un mecanismo de actualización anual automática de los importes de las indemnizaciones”.

Y además se consideraba que la puesta en práctica de dicho sistema en el ámbito del automóvil iba a presentar indudables ventajas; Sería un mecanismo de certeza considerable en un sector en el que existía una gran indeterminación e indefinición, consagrando así el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la

Constitución¹⁰; Fomentaba un trato análogo para situaciones de responsabilidad cuyos supuestos de hecho fueran coincidentes, en aplicación del principio de igualdad que consagra el art. 14 del citado texto fundamental¹¹; Serviría de marco e impulso a la utilización de acuerdos transaccionales y a su vez agilizaría al máximo los pagos por siniestros de esta índole por parte de las entidades aseguradoras, evitando demoras perjudiciales para los beneficiarios de las indemnizaciones, al no tener que esperar el pronunciamiento de los órganos judiciales; A su vez, esto derivaría, o ese era el espíritu, en una reducción de las actuaciones judiciales en este sector y la consiguiente disminución de la sobrecarga generalizada de trabajo de los juzgados y tribunales¹²; por último, se permitía a las entidades aseguradoras formular previsiones fundadas en criterios dotados de fiabilidad.

Con la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, se incorpora el sistema legal de valoración con carácter vinculante.

Esta introducción del sistema legal como orientativo por la OM de marzo de 1991 hasta incorporarse con carácter vinculante en la Ley 30/1995 dio lugar a opiniones contrarias al sistema. Por un lado se dudó de su constitucionalidad y por otro se rechazó su aplicación forzosa.

El Tribunal Constitucional decidió la constitucionalidad del sistema legal en su Sentencia 181/2000, de 29 de junio y sentó determinados principios:

- El sistema de valoración tiene carácter vinculante para los tribunales ordinarios.
- El carácter vinculante del sistema solo puede ser inconstitucional en los casos que la indemnización se fija apreciándose una responsabilidad subjetiva, pero no si la limitación de la indemnización opera en un caso de responsabilidad objetiva. En los sistemas de responsabilidad objetiva el legislador puede limitar la cuantía de las indemnizaciones.
- Limitación de la cuantía de las

¹⁰ Art. 9.3 CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

¹¹ Art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

¹² Extremo que sí que parece que ahora se está consiguiendo con la introducción de la Ley 35/2015.

⁹ BOE-A-1991-6601.

indemnizaciones solo en daños personales y no en los materiales¹³.

La Sentencia 181/2000 fue trascendental aunque sólo fuese por haber despejado una importantísima incógnita, a saber, si el sistema resarcitorio introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995 era, o no, vinculante¹⁴. El Tribunal Constitucional fue tajante; pese a las dudas que hubiesen podido suscitarse: "... [ha] de concluirse que el sistema tasado o de baremo introducido por la cuestionada Ley 30/1995, vincula, como es lo propio de una disposición con ese rango normativo, a los Jueces y Tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deben satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor. Tal vinculación se produce no sólo en los casos de responsabilidad civil por simple riesgo (responsabilidad cuasi objetiva) sino también cuando los daños sean ocasionados por actuación culposa o negligente del conductor del vehículo..."¹⁵.

Esta doctrina fue posteriormente reiterada por la STC de 15 de septiembre de 2003. Resuelta la constitucionalidad, quedaban las críticas a que el baremo no valoraba suficientemente el llamado lucro cesante, cuestión que abordó el TC en su sentencia núm. 42/2003, de 3 de marzo y 222/2004, de 29 de noviembre. En ellas se señala que la reparación del lucro cesante se canaliza a través de los factores de corrección de la Tabla IV del Baremo, y que la cantidad indemnizatoria no puede tacharse de confiscatoria, mientras el perjudicado no solicite y obtenga el máximo posible de las indemnizaciones complementarias por perjuicios económicos y por incapacidad permanente, según el tramo que corresponda a su situación y, simultáneamente, demuestra cumplidamente que la suma obtenida no basta para resarcir el lucro cesante que ha sufrido y dejado probado.

La Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor tenía vocación de vigencia efectiva, y obligaba, en consecuencia, a todos: a los protagonistas principales de la tragedia (causante, víctimas y otros perjudicados), a las entidades aseguradoras y, por supuestos, a cuantos intervienen en la resolución judicial o extrajudicial del conflicto; órganos jurisdiccionales incluidos, naturalmente.

¹³ STC 274/2005.

¹⁴ REGLERO CAMPOS, 2000; PINTOS, 2000-3; MEDINA, 2000-1, 2000-2; SOTO-NIETO, 2000-2; MARTINEZ NIETO, 2000; VICENTE, 2000.

¹⁵ Fundamento Jurídico 4º.

Decidida la constitucionalidad del sistema legal de valoración, se dio paso a TRES ETAPAS perfectamente diferenciadas en la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la posibilidad de aplicación, con carácter orientativo, fuera del ámbito de la responsabilidad civil derivada de la circulación para el que fue específicamente creado.

- 1) En un primer momento, el Tribunal Supremo se mostró **CONTRARIO** la posibilidad de su aplicación, ni siquiera con carácter orientativo, fuera del ámbito de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor. En concreto en la STS de la Sala 1ª, de 20 de junio de 2003 (sentencia nº 597/2003).

Las Audiencias Provinciales por aquel entonces siguieron este criterio, como por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de octubre de 2005, que rechazó la aplicación analógica del anexo con carácter orientativo fuera del ámbito de la circulación con aplicación literal de la doctrina contenido en la sentencia del TS de 2003.

Esta etapa fue y es criticada por numerosos autores ya que entienden que su aplicación fuera de su ámbito únicamente sería lesivo si se aplicase en los aspectos restrictivos y deficientes que tiene el sistema. El anexo entienden se utiliza para dotar de una mínima regulación y certeza a un modo de fijar la indemnización que carece de reglas legales y jurisprudenciales. También se critica que además de desautorizar el uso del baremo, no se introduzca ninguna una alternativa, otro criterio o regla a seguir para poder valorar el daño. MARTIN DEL PESO considera que "*haciendo uso del sistema con carácter orientativo se dota de criterios técnicos a la valoración, lo que repercute en una mayor seguridad y garantía para las partes, pues les da pautas para conocer la motivación que ampara el cálculo de una determinada indemnización*"¹⁶.

- 2) Años después, con la STS de 27 de noviembre de 2006, el Tribunal Supremo modifica su criterio dando paso al **INICIO DEL EFECTO EXPANSIVO DEL BAREMO O SISTEMA LEGAL DE VALORACIÓN**. En esta sentencia se resuelve un accidente laboral y la sala, para la fijación de la indemnización de daños y perjuicios, no rechaza la posibilidad

¹⁶ MARTIN DEL PESO, R. "*Aplicación del sistema valorativo de daños personales y su interpretación jurisprudencial fuera del tránsito motorizado*".

de tener en consideración, como criterio orientativo, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación previstos en el Anexo a la Disposición adicional 8ª de la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de los seguros privados.

Este mismo criterio ya se recogía en la sentencia de 26 de marzo de 1997: *“La cuantificación de los daños y perjuicios ha de efectuarse por el órgano jurisdiccional discrecionalmente, y por lo mismo escapa al control de casación, aunque ciertamente, la discrecionalidad con que en el ejercicio de la función de cuantificación actúan los Tribunales no impide que el órgano jurisprudencial acuda, como criterio orientativo, a lo consignado en un baremo, siendo cierto que los órganos de instancia tan solo cumplirán estrictamente su función jurisdiccional cuando el resultado de la prueba permita, por su coincidencia relativa con los términos del baremo, aceptar lo consignado en el mismo, y cuando, por el contrario, las probanzas practicadas en juicio arrojen un resultado sensiblemente diferente de los términos que se recogen en el baremo, el juzgado de instancia deberá, en cumplimiento de su funcional jurisdiccional, y para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad, recoger el resultado concreto de lo probado en autos”*.

Esta misma línea siguen otras sentencias como la STS 10 de febrero de 2006 (aplicación orientativa del sistema), STS 13 de junio de 2006 (el principio que ha de tener en cuenta el legislador es el de la indemnidad de la víctima, sin perjuicio de que a título orientativo, no vinculante, puedan tomarse en consideración tablas establecidas para el caso de responsabilidad nacida de los hechos de la circulación), etc.

- 3) Con la STS de 7 de mayo de 2009 se consolida el efectivo expansivo del baremo, y se ADMITE LA APLICACIÓN CON CARÁCTER ORIENTATIVO, no vinculante, fuera del ámbito de circulación. Considera que es el instrumento más adecuado para ofrecer satisfacción pecuniaria a la víctima, le dota de mayor seguridad y garantía y considera que salirse del baremo sería incongruente:

Observamos por tanto una clara evolución hacia la aplicación orientativa o de referencia, como ya recoge expresamente el nuevo Baremo en su Disposición Adicional 3ª, que expande y permite la posibilidad

de aplicar el sistema de valoración creado para los accidentes de tráfico a otros ámbitos cuando se produce un daño a un tercero. Dicha aplicación, como veremos a continuación, siempre será con carácter orientativo. En unos casos como se tomará como un cuadro de mínimos a partir del cual poder aumentar las indemnizaciones en caso de que el daño y perjuicio real sufrido quede perfectamente acreditado y otras, como referencia para valorar y cuantificar esos daños.

III.- APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL BAREMO FUERA DEL ÁMBITO DEL ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN POR PARTE DE LAS DISTINTAS SALAS DEL TS

Vamos a analizar y citar distintas resoluciones jurisprudenciales, diferenciando por salas, que aplican el sistema valorativo fuera del ámbito de la circulación para comprobar a qué supuestos lo ha ido extendiendo la jurisprudencia.

III.1.- SALA 1ª TS: CIVIL

Como hemos podido ver, la Sala 1ª del TS ha experimentado una clara evolución, pasando desde la negación y rechazo de la aplicación orientativa del baremo de tráfico fuera de su ámbito (sobre el año 2003), a en el año 2009 entender como consolidado el llamado efecto expansivo del baremo, aplicándolo orientativamente fuera del tránsito motorizado.

Además de las sentencias ya mencionadas, encontramos numerosas sentencias de la Sala 1ª del TS donde se aplica y se insiste en el **carácter orientativo y no vinculante** del baremo fuera del ámbito de la circulación.

- Así la STS de 10 de febrero de 2006 establece que *“puede resultar orientativo para fijar el pretium doloris y hacer efectivo el principio de reparación íntegra del daño”*. Siempre se utilizará con este finalidad, con el objetivo de perseguir la reparación íntegra del daño que, como estamos estudiando, es muy difícil de alcanzar.
- La STS de Pleno de 25 de marzo de 2010 acepta que el principio de reparación íntegra no viene exigido por la constitución. Permite incrementar el baremo siempre que se pruebe la existencia de “circunstancias excepcionales” relacionadas con las circunstancias personales y económicas de la víctima¹⁷. La STS de 13 de abril de 2011 sigue el criterio de la sentencia anterior pero en el caso concreto no entiende acreditadas las circunstancias extraordinarias y por lo tanto no incrementa el baremo.

¹⁷ En este mismo sentido STS 31/05/2010.



- Resulta muy didáctica la **STS de 31 de mayo de 2011¹⁸** que establece que cabe hablar de analogía y aplicación analógica del baremo, pero no existe laguna legal que justifique u obligue a su aplicación en todo caso.
- En numerosas sentencias de esta sala¹⁹ se afirma que el baremo no solo no menoscaba el principio de indemnidad de las víctimas, sino que la mayoría de las veces son ellas las que acuden a este sistema de valoración para identificar y cuantificar el daño entendiendo que, en una siempre difícil traducción a términos económicos del sufrimiento causado, no solo constituye el instrumento más adecuado para procurar una satisfacción pecuniaria de las víctimas, sino que viene a procurar al sistema de unos criterios técnicos de valoración, dotándole de una seguridad y garantía para las partes que la deriva del simple arbitrio judicial.
- En el **ámbito de la Responsabilidad Civil médica**, donde la discusión se centra tanto en la existencia del daño y de la responsabilidad como en su cuantificación, encontramos múltiples sentencias que aplican el baremo orientativamente.

La STS 5 de mayo de 2010 se refiere a la responsabilidad civil causada por lesiones debidas al tabaquismo en una persona que sufre amputaciones infracondileas en ambas piernas a consecuencia de la enfermedad de Buerger asociada al tabaquismo. El TS confirma la aplicación orientativa del baremo para la

¹⁸ Ponente XIOL RIOS.

¹⁹ STS 06/11/2008; STS 29/05/2012; STS 14/11/2012, etc.



cuantificación de la indemnización dado que no se ha cuestionado por la parte recurrente.

La STS 16 de enero de 2012 trata un asunto de pérdida de oportunidad por no estar debidamente informado del riesgo de la operación el paciente, que acabó con una secuela de parálisis. Se aplica el baremo orientativamente para calcular la indemnización.

En la STS de 30 de marzo de 2012 también se acoge el baremo con carácter meramente orientador, casando el TS la sentencia recurrida basándose en la única pericial obrante en autos no desvirtuada por otra prueba.

En relación con otro tipo de accidentes encontramos múltiples sentencias del TS donde también se aplica con carácter orientativo el baremo de tráfico:

- STS 5 de julio de 2011: Lesiones a un ciclista por la mordedura de un perro: indemnización en el supuesto de responsabilidad civil extracontractual incardinada en el art. 1.905 CC; se discute la responsabilidad del demandado en los hechos pero no la aplicación del baremo con carácter orientativo.

- STS 15 de octubre de 2012: Electrocutación de una menor de edad. *“La sentencia determina la indemnización conforme al sistema legal de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en su fijación para hacer efectivo el principio de reparación íntegra del daño sin discriminación ni arbitrariedad”.*

- STS 12 de abril de 2013: Electrocutación de una persona que genera la responsabilidad civil de la comunidad del propietarios del inmueble donde se produce el evento. Se discute tanto la aplicación del sistema de valoración como cuál sería el baremo aplicable al accidente, definiendo el TS la aplicación del sistema como orientativo.

• La interpretación más discutible de la jurisprudencia de la sala primera sobre la utilización extensiva del anexo es la recogida, entre otras, en la STS 858/2010, de 15 de diciembre, que recuerda que cuando se opta por la aplicación del sistema de valoración debe hacerse de forma íntegra y no solo en los aspectos que las partes consideren más favorables a sus intereses²⁰

La STS de 18 de junio de 2013, siguiendo la misma línea, establece que se puede aplicar el baremo pero para todo, no solo para lo que beneficie. Es decir, una vez invocado por el perjudicado el baremo, no es posible apartarse de él y someter algún aspecto indemnizatorio a reglas diferentes de las legalmente tasadas.

“Pues bien, para la determinación, valoración y cuantificación de los días de estabilización y secuelas, la parte actora se acogió al baremo vinculante para los accidentes de tráfico, pero orientativo en otros casos, como el que resulta de la responsabilidad civil médica. Y lo que no es posible es tenerlo en cuenta cuando le interesa y apartarse del mismo si le resulta perjudicial para, como en este caso, conseguir una renta vitalicia incompatible con la indemnización que se determina: el baremo establece la posibilidad de un doble sistema indemnizatorio a elegir entre una indemnización global que se establece en función de distintos factores, entre

²⁰ Entre otras, STS 06/11/2008, 22/06/2009 y 29/05/2012.



otros el de la edad de la persona lesionada, o la renta vitalicia. Lo que no es posible son los dos”.

Por todo ello, vemos que la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha defendido una discrecionalidad judicial en la decisión de la aplicación baremo en la valoración de daños no circulatorios, pero no ha sido así en el modo de aplicarlos. Es decir, una vez decidida la aplicación del sistema valorativo del baremo, se entiende debe respetarse el carácter cerrado del mismo y no admitir indemnizaciones complementarias.

Encontramos una excepción en la reciente STS nº 232/2016, de 8 de abril, donde la Sala Civil del TS va más allá de la autovinculación por la aplicación del sistema de valoración, y reconoce indemnización por daños morales, compatibles con los daños morales derivados del perjuicio personal recogidos en el baremo. En esta sentencia se confirman los criterios utilizados para fijar la responsabilidad civil por daños psicofísicos y morales padecidos por los pasajeros del buque “COSTA CONCORDIA” que encalló en la noche del 13 de enero de 2012 frente a la costa italiana. El TS mantiene el criterio del tribunal *a quo* que consideró compatible la aplicación del Baremo de 1995 y, al margen del mismo, resarcir un daño moral reconocido a todos los pasajeros del buque, asociado al sufrimiento de las horas de espera e incertidumbre de aquella noche. Estima la Sala que concurren circunstancias muy especiales que justifican la valoración de los daños morales como independientes y sin previa acreditación. Para el TS fue acertada la decisión de la Audiencia *a quo* de conceder indemnización por el daño moral inherente a “la situación de agonía, zozobra, ansiedad y

estrés” que vivieron los pasajeros, concediendo dicha indemnización tanto a aquellos de los integrantes de la asociación recurrente que no padecieron daños corporales, como a los que sí los padecieron. Se indemnizan daños morales ajenos al daño personal ya reconocido y recogido en el sistema.

III.2.- SALA 2ª TS: PENAL

La Sala Segunda del Tribunal se muestra hoy favorable a la posibilidad de utilizar el sistema legal de tasación de los daños corporales en materia de vehículos de motor para el cálculo de otras indemnizaciones, siempre que se haga con un carácter meramente orientativo y teniendo en cuenta las correcciones y adaptaciones que impongan las circunstancias. Aplica orientativamente el anexo para supuestos excluidos de su ámbito normal de uso²¹, incluso lo ha aplicado para el cálculo de los daños derivados de delito doloso, expresamente excluido de la LRC, lo que demuestra el alto grado de aceptación que tiene.

Lo destacable es que la Sala Segunda del TS ha establecido baremo como un **sistema o cuadro de mínimos** que aplica con carácter orientador y que incrementa en un 30, 40, 50% (a voluntad del juzgador) ya que son daños y perjuicios que se producen a consecuencia de la comisión de un delito, es decir, existe además del daño y ánimo o intención de causarlos y por

²¹ Recordemos que el apartado primero, regla 1ª, del sistema declara: “Este sistema se aplicará a la valoración de todos los daños y perjuicios a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso”.

lo tanto eso debe ser castigado o indemnizado en alguna medida²².

- La STS de 21 de mayo de 2013 declara que el baremo es un sistema de mínimos en todo caso, fundamentalmente por la mayor responsabilidad que crea un delito doloso. Así establece que: i) la aplicación del baremo a los delitos dolosos es facultativa y orientativa; ii) Cuando se aplica el baremo a los delitos dolosos dicho baremo constituirá un cuadro de mínimos: *“prevista dicha regulación para los supuestos de accidentes de tráfico acaecidos en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, no es exigible la aplicación del baremo cuando estemos ante delitos dolosos, aunque, partiendo de su posible utilización como elemento orientativo, las cantidades que resulten de sus tablas pueden considerarse un cuadro de mínimos, pues habiendo sido fijadas imperativamente para casos de imprudencia, con mayor razón habrán de ser al menos atendidas en la producción de lesiones claramente dolosas”*; iii) La responsabilidad civil por delito doloso es superior a la de delito imprudente²³; iv) Necesario respeto a los principios de rogación y de congruencia ya que el hecho de que se reclamen las responsabilidades civiles en un procedimiento penal no les priva de su naturaleza civil, por lo que tampoco puede superarse la concreta petición de las partes acusadoras²⁴.
- La STS núm. 153/2013, de 6 de marzo entiende, siguiendo también la jurisprudencia del mismo Tribunal, que *“el baremo previsto para los accidentes de circulación puede ser de aplicación a otros supuestos pero, como ello no es preceptivo, debe ser considerado como un “cuadro de mínimos” y que no cabría fijar indemnizaciones inferiores para otros supuestos como delitos dolosos”*.

²² En materia de violencia sobre la mujer hay un acuerdo por el que se incrementa automáticamente, sin necesidad de justificación, en un 20% las indemnizaciones previstas en el baremo de tráfico.

²³ En este sentido la STS nº 47/2007, de 8 de enero señala que: *“no se puede establecer un paralelismo absoluto entre las indemnizaciones por daños físicos y materiales derivados del hecho de la circulación de vehículos de motor con el resultado de los delitos dolosos. Los primeros no se mueven por criterios de equivalencia o justicia, sino por los parámetros que se marcan por el sistema financiero de explotación del ramo del seguro en sus diversas modalidades. Estos criterios, puramente economicistas, obtenidos de un cálculo matemático, chocan frontalmente con los daños físicos, psíquicos y materiales originados por una conducta dolosa y con la multiplicidad de motivaciones que pueden impulsarla, sin descartar la intencionada y deliberada decisión de causa los mayores sufrimientos posibles”*.

²⁴ Por todas, STS Nº 217/2006, con cita de las STS 1217/2003 y 1222/2003.

- La consecuencia de lo anterior es que la aplicación analógica del baremo previsto para los accidentes de circulación a supuestos diferentes a aquéllos como indemnizaciones derivadas de delitos dolosos o de otro tipo de delitos imprudentes, no es, obviamente, obligatoria, y si bien en muchos casos puede resultar proporcional, por establecer criterios objetivos, pudiendo verse incrementada la indemnización resultante en un determinado porcentaje, puede dar lugar también, en otras ocasiones, a situaciones injustas, por aplicación de los criterios que se siguen en dicha normativa para la determinación de los perjudicados y la fijación de las cuantías.
- La STS núm. 1346/2005, de 21 octubre, en relación con un delito de lesiones, rechaza que la aplicación orientativa del baremo constituya una infracción legal.
- La concesión de cantidades superiores al baremo en casos de delitos dolosos, máxime en supuestos especialmente traumáticos y violentos como pueden ser los supuestos de homicidios y asesinatos, se ha reconocido reiteradamente por la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS (SSTS 772/2012, de 22 de octubre y 799/2013, de 5 de noviembre, entre otras).
- SAP Madrid 488/2016, de 21 de septiembre, asunto “MADRID ARENA”: en este caso la Audiencia optó por no aplicar analógicamente el baremo de 1995 y fijar de forma discrecional las indemnizaciones por daño moral para los padres de las 5 víctimas mortales (en la cantidad de 250.000 €), para después curiosamente individualizar este importe básico tomando como referencia los factores correctores establecidos en el nuevo sistema de valoración²⁵.
- STS núm. 181/2017, de 22 de marzo, donde se hace hincapié una vez más a la aplicación voluntaria y orientativa del baremo.
- Digna de mención es también la reciente STS núm. 580/2017, de 19 de julio, en un delito de asesinato, respecto de los dos hijos que

²⁵ La Sala después de argumentar de forma concienzuda que no iba a seguir el criterio del Ministerio Fiscal consistente en aplicar el Baremo de forma analógica, con un incremento del 50% e interpretación extensiva de algunos factores y conceptos- en particular para los hermanos mayores de edad-, acaba recurriendo a una fórmula similar consistente en otorgar a los padres de cada víctima mortal la misma cantidad de 250.000 €, como daño moral básico, justificante la posterior individualización de dicha cantidad en cada caso concreto con remisión al nuevo sistema de valoración aprobado por Ley 35/2015, de 22 de septiembre, también para accidentes de tráfico. En concreto se cita el art. 75 que regula el perjuicio personal particular por muerte del hijo único, o el art. 71 que regula el perjuicio personal particular por ser perjudicado único en su categoría.

sobreviven a la madre fallecida. Se fija una indemnización para cada hijo incrementada en un 50% sobre la que correspondería de aplicar el baremo para accidentes de tráfico. El condenado al pago presenta recurso alegando que *“la gravedad de las circunstancias del caso no puede utilizarse como justificación bastante para la fijación de una cifra que incrementa en casi un 50% aquella que había de servir de referencia”*. El TS acaba resolviendo que la indemnización fijada de 120.000 euros para cada uno de los hijos por la pérdida de la madre, vistas las circunstancias del caso concreto, no puede considerarse irrazonable ni excesiva, y desde luego no se trata de una indemnización que clame por una reducción en sede de casación. Vuelve a recordar que la aplicación del baremo es facultativa y orientativa, si bien, de aplicarse dicho baremo en estos casos, el mismo constituirá un cuadro de mínimos (STS nº 47/2007, de 8 de enero, además de todas las ya mencionadas).

III.3.- SALA 3ª TS: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La Sala Tercera del Tribunal Supremo utiliza generalmente para valorar el daño corporal derivado de la responsabilidad de la Administración el sistema de valoración para accidentes de tráfico **de forma orientativa** y estima que se pueden conceder perjuicios superiores a los del baremo si están probados²⁶.

El orden contencioso-administrativo es el que enfatiza más el principio de la reparación íntegra como un imperativo valorativo, quizá como reacción frente a una jurisprudencia antecedente que, durante bastante tiempo, consideró que las Administraciones Públicas eran inmunes a la reparación de determinados daños (así, los morales, por no reputarlos susceptibles de ser evaluados económicamente), habiendo una tendencia a fijar indemnizaciones por cuantías inferiores a las que se establecían en el orden civil y en el penal.

- Como resumen de su doctrina podemos citar la STS de 6 de noviembre de 2012 que declara: *“Uno es que el sistema de valoración de los daños corporales en el ámbito de los accidentes de circulación, que sigue la demanda, tiene un valor simplemente orientador, no vinculante para los Tribunales de este orden jurisdiccional a la hora de calcular la indemnización debida por título de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, (entre otras, sentencia de 23 de diciembre de 2.009, recurso de casación 1.364/2.008).*

- La STS de 30 de abril de 2013: *“En este sentido y en relación con la utilización de varemos preestablecidos, esta Sala tiene declarado que el referido baremo de la Ley de Seguros Privados no tiene más valor que el puramente orientativo, con la finalidad de introducir criterios de objetividad en la declaración del “quantum” indemnizatorio, pero sin que pueda invocarse como de obligado y exacto cumplimiento, por lo que no puede alegarse su infracción o inaplicación como fundamento de un motivo de casación”*.
- La STS de 11 de mayo de 2015: *“ la aplicación del baremo del RD Legislativo 8/2004, sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, no tiene carácter vinculante, pues de acuerdo con la doctrina consolidada de esta Sala, antes citada, su aplicación se efectúa a efectos orientadores o analógicos, sin que limite las facultades de la Sala en orden a la concreción de la indemnización que estime aplicable para procurar la indemnidad del perjudicado, en atención a las circunstancias concurrentes”*
- Esta misma línea sigue la STS núm. 2227/2016, de 14 de octubre que considera que no procede el baremo a que se hace alusión para la fijación de la responsabilidad patrimonial sino que únicamente tiene



²⁶ STS, Sala 3ª, de 3 de mayo de 2012.

carácter orientativo: “Y, en segundo lugar, en relación con la posible aplicación del baremo al ámbito de la responsabilidad patrimonial, éste tiene un carácter meramente orientativo, no vinculante, ni obligatorio, con la única finalidad de introducir criterios de objetividad en la determinación del “quantum” indemnizatorio”.

III.4.- SALA 4º TS. SOCIAL

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo mantiene una posición pacífica sobre la **aplicación orientativa** del sistema de valoración para la determinación y cuantificación del daño personal derivado de un accidente laboral²⁷.

En el ámbito laboral, no solo es el Código Civil sino especialmente la ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), la que regula la responsabilidad del empresario. Así, en el art. 42.1 establece que: “El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento”. Su

²⁷ Por su interés en esta materia y rigor con que se analiza la responsabilidad civil en el ámbito de los accidentes laborales, nos remitimos a MUÑOZ MARIN y HUETE PEREZ, *La responsabilidad civil derivada de accidente laboral en el proceso penal*, Ed. CEF, 2014.

exigibilidad se funda en la existencia de culpa o negligencia del empresario (arts. 1.101 y 1902 CC).

El art. 15.5 de la LPRL señala: “Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal”. Vemos que la LPRL admite su aseguramiento mediante la correspondiente póliza pero lo configura como voluntario, siendo ésta la diferencia significativa respecto a lo que sucede en el tránsito motorizado, y que tiene trascendencia a la hora de la aplicación referencial u orientativo del baremo circulatorio.

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en su Disposición Final 5^a²⁸ estableció lo siguiente: “En el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno adoptará las medidas necesarias para aprobar un sistema de valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, mediante un sistema específico de baremo

²⁸ Sistema de valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.



de indemnizaciones actualizables anualmente, para la compensación objetiva de dichos daños en tanto las víctimas o sus beneficiarios no acrediten daños superiores”.

Se intentó introducir un baremo de mínimos (que a día de hoy no se ha llegado a realizar) donde la obligación de indemnizar se extiende a todos los daños y perjuicios, sin limitación cuantitativa o cualitativa alguna. Rige por tanto aquí también el principio de reparación íntegra y total del daño, de modo que la víctima pueda quedar totalmente indemne.

La crítica que se puede hacer, o el error más común de los abogados en social, es que no utilizan el baremo a modo de guía, sino que normalmente sujetan su reclamación estrictamente a los conceptos y cuantías establecidas en él. No se apartan razonadamente de los mismos, tal y como admite la jurisprudencia social, teniendo en cuenta que se opera en el marco de la responsabilidad por culpa y dentro de obligaciones cualificadas de seguridad, en aras a la total reparación del daño.

Al igual que en el ámbito civil, aquí tampoco se admite el espiguelo. Si se decide libremente acogerse al baremo de tráfico de forma orientativa, no se está facultado para aplicar fragmentariamente su estructura, criterios y/ cuantías, optando únicamente por lo que estimen les beneficien y rechazando los que entienden les perjudican, pues la coherencia apreciativa exige que se aplique correctamente a las diferentes categorías de daños y a los distintos conceptos perjudiciales, y en sus diferentes reglas y cuantías. De otro modo entiendo se perderían las ventajas de seguridad, previsibilidad, sencillez e igualdad de trato que implica la utilización de un baremo y se pondría en riesgo la coherencia interna del resultado valorativo, de modo que si se quiere apartar del baremo de forma puntual en alguna de sus previsiones, deberán exponerse las razones de forma que la reclamación sea congruente con las bases que acepta²⁹.

- Las bases de la aplicación orientativa o por referencia del baremo en el ámbito laboral se sientan con las **STSs del Pleno de 17 de julio de 2007**, ponente J. M. López y García de la Serrana, que consideran posible subir los límites y cuantías tipificadas en la ley, y fijan reglas de utilización del sistema para conjugar las indemnizaciones resultantes

²⁹ Por su rigor y relación con la materia hacer referencia a PALOMO BALDA, E. *“Cálculo de la indemnización por accidente de trabajo según el nuevo baremo”*. Páginas 24 y siguientes. Francis Lefebvre. 2016

con las prestaciones de la seguridad social³⁰

Se establece que a falta de normativa específica en materia de responsabilidad civil, se aplicará el sistema de valoración de daños prevista en la LRC para cuantificar la responsabilidad civil por daño personal en accidente laboral como orientación analógica. Observamos que a diferencia de los pronunciamientos de la Sala 1ª del TS, aquí se hace referencia expresa a la existencia de un vacío legal en la materia que justificaría la aplicación por analogía del sistema de valoración o baremo.

“1. Las anteriores reflexiones nos llevan, en definitiva, a una serie de conclusiones encadenadas. La primera de ellas consiste en reiterar la oportunidad- que no obligatoriedad- de que a falta de normativa específica, en materia de responsabilidad civil por AT se aplique como orientación analógica del sistema de valoración de daño previsto en la LRCSCVM, que en buena parte no ha hecho sino incorporar contrastados criterios de valoración de daños tradicionalmente aplicados por los tribunales y que a pesar de sus deficiencias tiene una reconocida utilidad”.

Si el juzgador decide apartarse del sistema en algún punto deberá razonarlo, puesto que cuando una tasación se ajusta a determinadas normas, no cabe prescindir de ellas sin razonar los motivos por lo que se no se sigue íntegramente.

³⁰ Se trata además, de un caso encomiable de utilización del principio de vertebración en el orden social, ya que se desmarca del panorama general y reconoce expresamente la fuerza normativa de dicho principio: *“ El juzgador, por imperativo de lo dispuesto en los arts. 24 y 120.3 de la Constitución, 218 de la Ley de enjuiciamiento civil, 97.2 de la Ley de procedimiento laboral y Resolución 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 14 de marzo de 1975 (principio general 1.3 del anexo), debe motivar suficientemente su decisión y resolver todas las cuestiones planteadas, lo que obliga a razonar la valoración que hace del daño y la indemnización que reconoce por los diferentes perjuicios causados. Ello supone que no puede realizar una valoración conjunta de los daños causados, reservándose para sí la índole de los perjuicios que ha valorado y su cuantía parcial, sino que debe hacer una valoración vertebrada del total de los daños y perjuicios a indemnizar, atribuyendo a cada uno un valor determinado. Esa tasación estructurada es fundamental para otorgar una tutela judicial efectiva, pues, aparte que supone expresar las razones por las que se da determinada indemnización total explicando los distintos conceptos y sumando todos los valorados, no deja indefensas a las partes para que puedan impugnar los criterios seguidos en esa fijación, por cuanto conocerán los conceptos computados y en cuánto se han tasado. Una valoración vertebrada requerirá diferenciar la tasación del daño biológico y fisiológico (el daño inferido a la integridad física), de la correspondiente a las consecuencias personales que él mismo conlleva (daño moral) y de la que pertenece al daño patrimonial, separando, por un lado, el daño emergente (los gastos soportados por causa del hecho dañoso) y, por otro, los derivados del lucro cesante (la pérdida de ingresos y de expectativas”.*

En el ámbito de la siniestralidad laboral las diferencias dañosas se darán principalmente al valorar la influencia de las secuelas en la capacidad laboral. Será entonces cuando razonadamente el juzgador pueda apartarse del sistema y reconocer una indemnización mayor a la derivada de los factores correctores por perjuicios económicos que establecían las Tablas IV y V del baremo de 1995, ya que, al no ser preceptiva su aplicación, puede valorarse y reconocerse una indemnización por lucro cesante mayor que la que pudiera derivarse de la estricta aplicación de aquel, siempre que se haya probado su realidad.

Esta jurisdicción es la que mejor ha pergeñado la doctrina que postula la utilización orientativa del sistema cuando se trata de daños corporales ajenos al tránsito motorizado pues, como venimos diciendo, ha perfilado la orientación con desvío justificado, diciendo que el órgano que decide manejarlo debe apartarse de él cuando las reglas del sistemas no se compadezcan con una reparación completa de los daños y perjuicios³¹.

La reforma que introduce la Ley 35/2015 ya asume e incorpora la homogeneidad entre la indemnización percibida por lucro cesante y las prestaciones públicas abonadas, ya que para el cálculo del lucro cesante en muerte y secuelas, se descontarán las prestaciones públicas que se perciban por el mismo concepto. El fundamento doctrinal descansa en la llamada *compensatio lucri cum damno* derivada del principio jurídico de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro.

- Siete años después de las sentencias del Pleno de julio de 2007, la Sala Cuarta del TS se vuelve a plantear la necesidad de clarificar doctrina en el Fundamento Jurídico Tercero de la **STS de 23 de junio de 2014 (recurso 1257/13)**³². Dejan fijadas varias cuestiones generales sobre la indemnización adicional, a saber: 1) Sistema de responsabilidad empresarial en contingencias profesionales; 2) Exigencia de culpa en la responsabilidad contractual; 3) Competencia del orden social; 4) Alcance general de la reparación económica; 5) Fijación en instancia y posible revisión; 6) Categorías básicas a indemnizar y 7) La *compensatio lucri cum damno*.

³¹ Destacan en este sentido las STS de 20/10/2008 y 15/01/2014.

³² Importante VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana, y al que se adhiere los Magistrados Excmo. Sra. Dña. María Milagros Calvo Ibarlucea, Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López, Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Luelmo Millán, Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la sentencia dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina nº 1257/2013.

Se vuelve a hacer hincapié en la reparación íntegra del daño: *“El trabajador tiene derecho a la reparación íntegra, de forma que «la indemnización procedente deberá ser suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios, que como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social», sin que pueda exceder del daño o perjuicio sufrido”*.

- Por último, no debemos olvidar la importante **STS de 2 de marzo de 2016**, ponente J.M. López y García de la Serrana. Resuelve un supuesto de enfermedad profesional producida como consecuencia del contacto durante años de un trabajador con el amianto. En este caso, el trabajador reclamaba 446.531 € por las lesiones y secuelas sufridas, si bien fallece cuando se estaba sustanciando el procedimiento. Por ello, el recurso de casación lo formalizaron su esposa e hija como herederas. La Sala se plantea si debe otorgar toda la indemnización a sus herederas o, si aplicando el nuevo sistema, debe hacerlo proporcionalmente al tiempo vivido del lesionado con estos daños, tal como establece el artículo 45 LRCSCVM; sin perjuicio de reclamar, entendemos que en juicio posterior, como perjudicadas por el fallecimiento de su esposo y padre.

La sentencia opta por otorgar a los herederos la cantidad reclamada por secuelas, como si viviera el trabajador, alegando que la dilación de la Administración de Justicia no puede perjudicar a las herederas del fallecido. En mi opinión, lo significativo de esta resolución es que dice textualmente que “el juez de lo social puede usar uno u otro “Baremo”, apartarse de las normas del mismo y moverse con libertad de criterio, siempre que justifique las razones de su decisión final”:

IV.- NUEVO BAREMO INTRODUCIDO POR LA LEY 35/2015

IV.1.- INTRODUCCION

El nuevo baremo ha tratado de armonizar los intereses contrapuestos de UNESPA y el Consorcio de Compensación de Seguros de una parte, y las asociaciones de víctimas de otra, dio lugar en el año 2015 al nuevo texto, la **Ley 35/2015, de 22 de septiembre**, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en un intento de conciliar los perjuicios sufridos por las víctimas de accidentes de vehículos a motor con la realidad económica y social actual.

El Seguro de Responsabilidad Civil fue el factor determinante de la efectiva realización del principio de la reparación íntegra. Ahora,

dado que son las compañías aseguradoras las que deberían soportar las consecuencias económicas de la realización de la integridad reparatoria, han introducido limitaciones que operan como un freno de la búsqueda de la reparación integral.

El Baremo derogado ya proclamaba, en el anexo 1 de la regla 7ª, que su finalidad era asegurar “la total indemnidad de los perjudicados”.

Siguiendo esta línea, el nuevo Baremo, Ley 35/2015, ya señala en su Preámbulo que: “se inspira y respeta el principio básico de la indemnización del daño corporal; su finalidad es la de lograr la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos para situar a la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tendría de no haberse producido el accidente”.

Y se realiza el análisis del por qué de esta necesidad: “Así que no cabe duda de que es necesario reformar el vigente Baremo para que cumpla su función de una forma efectiva, buscando un justo resarcimiento de los perjuicios sufridos por las víctimas y sus familias como consecuencia de un siniestro de tráfico. El principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios causados no es efectivo en toda su dimensión, provocando situaciones injustas y en ocasiones dramáticas, con una pérdida añadida de calidad de vida, cuando además, ya se ha sufrido un daño físico, psíquico y moral, y que impone el deber al legislador de encontrar las formas idóneas que garanticen el cumplimiento de tan importante principio”.

El baremo establece su ámbito de aplicación y alcance en el art. 32: “Este sistema tiene por objeto valorar todos los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal ocasionado por hechos de la circulación regulados en esta Ley”. Es por tanto únicamente aplicable a los daños personales derivados de accidentes de circulación. Pero la expresión “daño corporal” se entiende también referida a los daños patrimoniales derivados del daño personal.

La aplicación ajena a los hechos de circulación no puede fundarse en la analogía (STS 180/2007), por no existir propiamente una laguna ni concurrir identidad de razón (puesto que la responsabilidad se rige por principios específicos propios en el ámbito de la circulación) y solo puede tener un carácter orientativo o de referencia.

El TS, como hemos analizado *ut supra*, dejó claro que la aplicación orientativa del sistema en campos ajenos a la circulación no

constituye una aplicación analógica de las normas legales de tasación con arreglo a lo establecido en el art. 4.1 CC³³ (STS, Sala 1ª, de 10 de febrero de 2006).

La Disposición Adicional Tercera del nuevo Baremo dice: “El sistema de valoración regulado en esta Ley servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria”. En el propio baremo ya se está apuntando esa aplicación de carácter orientativo. El legislador se acoge al principio de que el baremo sirve “de referencia”, reconocimiento de que el baremo no puede ser sin más aplicado automáticamente a otros campos.

Así, autores como SEIJAS QUINTANA consideran que “lo cierto es que el baremo no sólo no menoscaba el principio de indemnidad de las víctimas, sino que la mayoría de las veces son ellos los que acuden a este sistema de valoración para identificar y cuantificar el daño, entendiéndolo que, en esa siempre difícil traducción a términos económicos del sufrimiento causado, solo constituye el instrumento más adecuado para procurar una satisfacción pecuniaria de las víctimas, dotándoles de una seguridad y garantía para las partes mayor que la que deriva del simple arbitrio judicial”³⁴.

IV.2.- ANÁLISIS DE ARTÍCULOS DEL NUEVO BAREMO DONDE SE LIMITA LA REPARACIÓN ÍNTEGRA DEL DAÑO

Si analizamos detenidamente el texto del baremo nos encontramos con numerosos ejemplos de reparación parcial, a pesar de que ya en el preámbulo de la ley se apele a la reparación integral del daño y en el art. 33.1 se establezca como el primer principio fundamental del sistema.

Estos ejemplos, sin ser exhaustivos ni números clausus, sí son manifestaciones concretas de que el baremo resarce parcialmente quedando limitado el cumplimiento de la integridad resarcitoria. Todos los topes o límites cuantitativos máximos establecidos para el resarcimiento de perjuicios patrimoniales son contrarios al principio de reparación íntegra. No se pueden establecer máximos para gastos, cuya necesidad y coste queden debidamente acreditados y cualquier tope que contenga una norma valorativa para cuantificar una

³³ Art. 4.1 Código Civil: “1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

³⁴ SEIJAS QUINTANA, J.A. “Daño, responsabilidad y seguro. Capítulo: Posición actual del Tribunal Supremo en los pleitos por daños”. Página 26 y siguientes. Francis Lefebvre. 2016.

indemnización por perjuicios patrimoniales constituye una vulneración del resarcimiento íntegro.

Análisis de artículos en concreto:

- **Art. 33.5:** En el inciso segundo se establece que, *“los perjuicios relevantes los perjuicios relevantes, ocasionados por circunstancias singulares y no contemplados conforme a las reglas y límites del sistema, se indemnizan como perjuicios excepcionales de acuerdo con las reglas establecidas al efecto en los artículos 77 y 112”*. Por tanto se niega el resarcimiento de los perjuicio personales excepcionales en el caso de lesiones temporales.

Asimismo, no se resarcen los “perjuicios patrimoniales excepcionales”. Un ejemplo claro lo encontramos en la SAP de Asturias, Sección 7ª, del 13 de noviembre de 2000, ponente MARTIN DEL PESO, R., donde se indemnizó el perjuicio patrimonial por el cambio de vivienda que tuvo que llevar a cabo una tía que asumió la tutela de sus sobrinos por el fallecimiento de los padres en accidente de circulación.

- **Art. 36.3:** *“...los familiares de víctimas fallecidas mencionados en el artículo 62, así como los de grandes lesionados, tienen derecho a ser resarcidos por los gastos de tratamiento médico y psicológico que reciban durante un máximo de seis meses por las alteraciones psíquicas que, en su caso, les haya causado el accidente”*. Por tanto no se resarcen perjuicios patrimoniales por gastos asistenciales a los familiares del fallecido o de grandes lesionados que superen la duración de 6 meses. Asimismo no se reconoce a estos “familiares” el derecho a indemnización por perjuicios personales (el daño moral no se paga).

- **Arts. 40 y 49:** Si se entiende que para el ámbito circulatorio la actualización de las partidas resarcitorias correspondientes al año en que se determine el importe por acuerdo extrajudicial o resolución judicial es el índice de revalorización de las pensiones (cuestión no pacífica), en cualquier caso fuera del tránsito motorizado para la actualización de las partidas se deberá acudir al IPC.

- **Art. 64.2.** En accidente de tráfico solo se indemniza a un abuelo en caso de premoriencia del progenitor de su rama familiar. Limitación injustificada de indemnizar un daño moral a un familiar carente de sentido fuera del ámbito de circulación.

- **Art. 65.2:** En accidente de tráfico solo se indemniza a un nieto en caso de

premoriencia del progenitor que fuera hijo del abuelo fallecido. Limitación injustificada de indemnizar un daño moral a un familiar carente de sentido fuera del ámbito de circulación.

- **Art. 74:** *“El fallecimiento de ambos progenitores en el mismo accidente constituye un perjuicio particular que se resarce mediante un incremento de la indemnización por perjuicio personal básico por la muerte de cada progenitor del: a) Setenta por ciento, en el caso de hijos de hasta veinte años. b) Treinta y cinco por ciento, en el caso de hijos mayores de veinte años”*. La ley no contempla si son dos o más familiares distintos a los progenitores los que fallecen en el accidente. Y en este caso se debería resarcir como perjuicio excepcional aunque no venga contemplado.

- **Art. 77:** Perjuicio excepcional en muerte: *“Los perjuicios excepcionales a los que se refiere el artículo 33 se indemnizan, con criterios de proporcionalidad, con un límite máximo de incremento del veinticinco por ciento de la indemnización por perjuicio personal básico”*. No se resarcen tampoco perjuicios excepcionales que superen el 25% del valor asignado al perjuicio personal básico correspondiente.

- **Art. 88.4:** *“Al perjudicado por el fallecimiento de una víctima que no obtenía ingresos por dedicarse en exclusiva a las tareas del hogar de su unidad familiar, aunque no percibe pensiones públicas, se le aplicarán las indemnizaciones por lucro cesante previstas en las tablas 1.C para víctimas con ingresos, si bien incrementadas en un veinticinco por ciento”*. A las víctimas con dedicación exclusiva a las tareas del hogar se les reconoce un lucro cesante en caso de muerte insuficiente puesto que se utilizan las mismas tablas que para las víctimas con ingresos de trabajo personal, víctimas a las que se deduce la pensión pública, pero en el caso de ama de casa no existe pensión pública y esto les perjudica, porque solo se les compensa con un 25%.

- **Art. 92.2:** *“Si el fallecimiento provoca la extinción de la pensión que tenía derecho a percibir el cónyuge separado o el ex cónyuge, su perjuicio se concreta en el importe correspondiente a dicha pensión durante un máximo de tres años”*. Habrá que resarcir, siempre que se acredite, si se rebasa dicho periodo.

- **Art. 96:** *“2. La medición del perjuicio psicofísico, orgánico o sensorial de las secuelas se realiza mediante un porcentaje*

de menoscabo expresado en puntos, con un máximo de cien.

3. La medición del perjuicio estético de las secuelas se realiza mediante un porcentaje de menoscabo expresado en puntos, con un máximo de cincuenta, que corresponde a un porcentaje del cien por cien”.

Se fija un límite máximo de 100 puntos en perjuicio funcional³⁵ y 50 puntos en perjuicio estético³⁶, que son los que están calculados en las tablas pero ¿se trata de un límite o si se acreditan secuelas puntuadas en más de 100 puntos se podría superar?

Las secuelas excedentes de más de 100 puntos solo se contemplan para ponderar el importe de la horquilla del daño moral complementario por perjuicio psicofísico, orgánico o sensorial del at. 105 pero no se están resarcando las secuelas que sobrepasan los 100 puntos, que sí se deberán resarcirse fuera del ámbito circulatorio.

- **Art. 108.5:** *“El perjuicio leve es aquél en el que el lesionado con secuelas de más de seis puntos pierde la posibilidad de llevar a cabo actividades específicas que tengan especial trascendencia en su desarrollo personal. (...)”*. Si el perjudicado alega y prueba que aunque no alcance 6 puntos están afectadas negativamente sus actividades específicas de desarrollo personal tendrá derecho a indemnización fuera del tránsito motorizado.
- **Art. 111:** Perjuicio personal particular por pérdida de feto a consecuencia del accidente. Solo se indemniza a la mujer embarazada pero no se indemniza al padre frustrado ni a los abuelos.
- **Art. 112:** Perjuicio excepcional en secuelas: *“Los perjuicios excepcionales a los que se refiere el artículo 33 se indemnizan con criterios de proporcionalidad, con un límite máximo de incremento del veinticinco por ciento de la indemnización por perjuicio personal básico”*³⁷. No resarcen perjuicios excepcionales que superen el 25% del valor asignado al perjuicio personal básico correspondiente.
- **Art. 113:** Los gastos de asistencia médica futura que haya de recibir el lesionado solo se contemplan cuando se superan los 30 puntos de secuelas. Si acredito que necesito un tratamiento periódico futuro y que la

asistencia médica es estrictamente necesaria (con periciales médicas, etc.), el principio de reparación íntegra impone reintegrar al perjudicado el importe que acredite aunque no alcance los 30 puntos

- **Art. 114:** Se resarce directamente al servicio público según la legislación vigente y los acuerdos que se suscriban también con centros privados con medios suficientes, pero no se prevé el resarcimiento de estos gastos cuando los soporte directamente el lesionado porque la asistencia no la preste uno de estos tipos de centros, lo que supone una limitación que no puede aceptarse.
- **Arts. 115 a 119:** Todos ellos regulan gastos cuya necesidad y coste pueden quedar perfectamente acreditados (con las correspondientes facturas acreditativas) y, sin embargo, se establecen límites o topes a los mismos³⁸.

Supone por tanto una vulneración clara del resarcimiento íntegro predicado en la Exposición de Motivos ya que son una de las pocas partidas donde puede aplicarse un principio puro de indemnidad, dado que se trata de sumas aritméticas que, estando acreditadas y justificadas, no deberían de tener límite alguno³⁹.

- **Art. 115:** Prótesis y órtesis: hasta 50.000 € por recambio.
- **Art. 116:** Rehabilitación domiciliaria y ambulatoria: 13.500 €, 9.500 € ó 5.850 € anuales en función del estado del lesionado (vegetativo, tetraplejia, tetraparesias, etc.).
- **Art. 117:** Ayudas técnicas por pérdida de autonomía personal: hasta 150.000 €.
- **Art. 118:** Adecuación de vivienda por pérdida de autonomía personal: hasta 150.000 €.
- **Art. 119:** Incremento de los costes de movilidad: hasta 60.000 €.
- **Art. 120.** La ayuda de tercera persona solo se reconoce en el caso de secuelas

³⁸ Llama la atención que sin embargo, en lo que se refiere a gastos de asistencia sanitaria y gastos diversos resarcibles (como puede ser el transporte para acudir a centros sanitarios) derivados de lesiones temporales (art. 142 y 143 de la Ley) el legislador no establece límite dinerario alguno, únicamente exige *“se justifiquen y sean razonables en atención a sus circunstancias personales y familiares”*

³⁹ Debería indemnizarse todo gasto médico-asistencial necesario, proporcionado y justificado como se previene en el art 10:202 de los Principios Europeos de Responsabilidad Civil (PETL) de 2008 y el Marco Común de Referencia (DCFR), recogidos entre otras en SSTs, Sala 1ª, 4909/2011, de 8 de junio (Rec. 1067/2007), 2565/2015, de 27 de mayo (Rec. 1459/2013) y 1415/16, de 6 de abril (Rec. 477/2014).

³⁵ Este límite de 100 puntos también existe en las secuelas intergravatorias (art. 99.2)

³⁶ Se hace también referencia a esta limitación de 50 puntos en el art. 103.5.

³⁷ Igual que el art. 77 para muerte

que impliquen una pérdida de autonomía personal, y se compensa con independencia de que las prestaciones sean o no retribuidas. Sin embargo en las “lesiones temporales” no se reconoce el derecho a ayuda de tercera persona cuando se preste por un familiar, exigiendo siempre que en ese caso al lesionado que sean gasto razonable y acreditado.

- **132.5:** “Al lesionado que no obtenía ingresos por dedicarse en exclusiva a las tareas del hogar de su unidad familiar, aunque no percibe pensiones públicas, se le aplicarán las indemnizaciones por lucro cesante previstas en las tablas 2.C para lesionados con ingresos, si bien incrementadas en un veinticinco por ciento”. A las víctimas con dedicación exclusiva a las tareas del hogar se les reconoce un lucro cesante en caso de incapacidad absoluta e incapacidad total puesto que se utilizan las mismas tablas que para las víctimas con ingresos de trabajo personal, víctimas a las que se deduce la pensión pública, pero en el caso de ama de casa no existe pensión pública y esto les perjudica, porque no es suficiente la corrección del 25%.⁴⁰

- **Art. 143:** “1. En los supuestos de lesiones temporales el lucro cesante consiste en la pérdida o disminución temporal de ingresos netos provenientes del trabajo personal del lesionado o, en caso de su dedicación exclusiva a las tareas del hogar, en una estimación del valor de dicha dedicación cuando no pueda desempeñarlas. La indemnización por pérdida o disminución de dedicación a las tareas del hogar es incompatible con el resarcimiento de los gastos generados por la sustitución de tales tareas”. La persona NO dedicada en exclusiva a las tareas del hogar si no con una dedicación parcial también tendrá derecho, al igual que en muerte y secuelas, a contemplarse la parte proporcional del lucro cesante por esta dedicación parcial (ej. persona que pide reducción de jornada).

“4. La dedicación a las tareas del hogar se valorará en la cantidad diaria de un salario mínimo interprofesional anual hasta el importe máximo total correspondiente a una mensualidad en los supuestos de curación sin secuelas o con secuelas iguales o inferiores a tres puntos”. Habrá que extender la indemnización por lucro cesante no solo a una mensualidad del SMI si no a todo el periodo que abarquen las lesiones impeditivas aunque no lleguen a tres puntos de secuelas o ni siquiera las tenga.

También ha sido polémico el considerar como límite cuantitativo de resarcimiento en

lucro cesante el de las tablas, ya que en las tablas de muerte e incapacidad permanente figura un máximo de ingresos netos anuales de 120.000.- euros. Entiendo que no puede ser considerado un tope puesto que es prevalente la relación del articulado de la ley, que nada establece sobre el límite de ingresos netos y que por tanto prevalece sobre lo establecido en las tablas. Si acreditas unos ingresos superiores a dicha cantidad habrá que acudir a cálculos actuariales.

Como vemos, los topes y límites (en especial los dinerarios) que se incluyen en estos artículos, aunque puedan tranquilizar al sector asegurador, son por definición contrarios al principio de reparación integral. Suelen producir un efecto inflacionista y responden a una concepción errónea que confunde un sistema de valoración con un sistema de tasación o de limitación. Además, desacreditan las muchas virtudes del sistema del baremo como sistema de valoración y son la principal razón del rechazo generalizado a la implantación de un sistema valorativo legal vinculante en los países de nuestro entorno.

Aunque el nuevo baremo es de una calidad técnica muy superior al derogado, también es de esencia a él la parcialidad resarcitoria como hemos venido viendo, en virtud de unas limitaciones cuantitativas y cualitativas que impiden que los daños corporales causados con ocasión del tránsito motorizado sean objeto de una reparación completa. Por lo tanto, en el caso de aplicar el nuevo baremo de forma orientativa a los daños corporales producidos en otros ámbitos, es decir fuera del tránsito motorizado, en virtud del principio de reparación íntegra que rige en la responsabilidad civil, no es correcto aplicar de forma mecánica el nuevo baremo, si no que habrá que adaptarlos a los casos concretos y superar dichos límites cuando proceda.

CONCLUSIONES

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, alcanzar la total indemnidad no es tarea fácil, ni dentro del tránsito motorizado (a pesar de la existencia de un sistema de valoración del daño corporal específico), ni fuera de él. Ha quedado claro que en virtud del principio de reparación íntegra cualquier sistema de valoración del daño debe estar dirigido a proporcionar una reparación que comprenda todos y cada uno de los daños padecidos, con referencia tanto a los extrapatrimoniales como a los patrimoniales.

La efectividad del principio no significa que siempre hayan de resarcirse todos los daños y perjuicios padecidos, sino que han de repararse siempre que no haya explícitas razones que justifiquen el resarcimiento parcial o la negación de alguno de ellos.

⁴⁰ Al igual que en el art. 88.4 para el caso de muerte.



El nuevo baremo da solución a numerosos problemas que existían en el pasado, pero continúa produciéndose una reparación parcial o sesgada ya que seguimos encontrando límites a la reparación integral del daño. Es por ello que, fuera del tránsito motorizado, este baremo se aplica con carácter orientativo o de referencia. Rige la discrecionalidad del juzgador para la plena aplicación del principio de la *restitutio in integrum* del daño. Los jueces tienen la facultad de corregir las omisiones e insuficiencias del baremo así como la posibilidad de considerar circunstancias excepcionales no previstas en sus tablas. Pero si el juzgador decide apartarse en algún punto del baremo deberá razonarlo, pues cuando una tasación se sujeta a determinadas normas no cabe apartarse de ellas sin razonar los motivos por los que se hace, dada la necesidad de congruencia de la sentencia.

Como hemos analizado, en todos los órdenes jurisdiccionales se utiliza el baremo de tráfico con carácter orientativo y se permite incrementar las indemnizaciones en él fijadas siempre y cuando los daños se acrediten y prueben. Los tribunales deben superar los

límites y corregir las deficiencias si se acredita debidamente que la aplicación del baremo contradice el principio de reparación íntegra. El baremo sirve, por tanto, de instrumento para fijar las bases pero a su vez cercena el principio de reparación íntegra, que es, al fin y al cabo, la verdadera función de la Responsabilidad Civil: garantizar la reparación íntegra de los perjuicios efectivamente padecidos. Como ya decía Platón: “*Si alguien hiere a otro ha de pagarle el perjuicio en su integridad mediante una estimación que ha de hacer el tribunal que juzgue el proceso*”.

Será decisión de los abogados proponer el baremo como orientativo en un asunto ajeno al tránsito motorizado, ya que asumen el riesgo de la “autovinculación” (dado que si se acogen al mismo, deberán de hacerlo de forma íntegra y no solo en los aspectos que más les beneficien), pues le “cuesta” a la Sala Civil del TS superar las deficiencias y límites impuestos en el ámbito de la circulación.

Otra posibilidad fuera del tránsito motorizado, tratando de buscar la indemnización



integra, es no invocar ni siquiera con carácter orientativo la aplicación del Baremo, pudiendo utilizar los cálculos actuariales publicados y reflejados en las tablas de la Ley 35/2015.

De esta forma, habrá que determinar de forma razonable y razonada los hechos y circunstancias que sirvan para identificar de forma específica los diversos daños y perjuicios padecidos (base jurídico-fáctica). Y posteriormente determinar los criterios manejados para valorar los daños apreciados (base jurídico-valorativa).

Por ello, quizás como propone **MEDINA CRESPO, M.**, lo mejor no sería acudir a un baremo específico en una materia de forma orientativa, sino crear un Baremo General o Global, que sirviese para valorar daños y perjuicios sufridos en las personas con independencia del ámbito en el que se produzcan, no conteniendo límite cuantitativo alguno al daño emergente de las secuelas en materia de gastos de asistencia sanitaria futura, prótesis, órtesis, rehabilitación domiciliaria y ambulatoria y gastos por pérdida de autonomía personal, indemnizándose todo gasto médico-asistencial

necesario, proporcionado y justificado como se previene en el art 10:202 de los Principios Europeos de Responsabilidad Civil (PETL) de 2008. En idéntico sentido, en el caso de lucro cesante, habrá de indemnizarse el lucro que sea debidamente justificado en atención a sus circunstancias concretas, sin limitación legal alguna.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO RAMÓN-LLIN, E., ALVAREZ MENENDEZ, P, PEREÑA MUÑOZ, J.J. y LANZAROTE MARTINEZ, P. *“El nuevo sistema de valoración del daño personal”*. Comares. 2017.
- ALBALADEJO, M., *“Derecho Civil II, Derecho de obligaciones”*. Bosch, Barcelona, 2002.
- BADILLO ARIAS, J.A. *“Nuevo baremo de daños”*. Thompson Reuters Aranzadi. 2015.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Edit. Tecnos, Madrid, 2001.
- DIEZ-PICAZO, L. *“Derecho de daños”*. Madrid. Civitas. 1999.

- FERNANDEZ ENTRALGO, J., "Valoración y resarcimiento del daño corporal. La reforma del sistema resarcitorio de los daños corporales derivados de la conducción de vehículos a motor, en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre", Marcial Pons, Madrid, 1997.
- FERNANDEZ ENTRALGO, J., "La valoración del daño corporal en hechos de la circulación. Comentarios a las primeras sentencias del Tribunal Constitucional". Dykinson. Madrid. 2001.
- FERNANDEZ SUAREZ, D. y GOMEZ GIL, J. "Jornadas de Responsabilidad Civil". Oviedo. 2017
- FERNANDEZ SUAREZ, D. "Aspectos prácticos del nuevo baremo. Lucro cesante". Jornadas de Responsabilidad Civil. Gijón. 2017.
- LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. "El perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionado por las secuelas en el nuevo Baremo". Jornadas Responsabilidad Civil. Oviedo, 4 de febrero de 2016.
- LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. M. "El efecto expansivo del nuevo Baremo de Tráfico en la responsabilidad por accidentes laborales. Su repercusión en el tratamiento resarcitorio del lucro cesante". Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Nº. 54, 2015.
- MARTIN CASALS, M. "Una lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el baremo", *La Ley*, núm. 5137. Septiembre 2000
- MARTIN DEL PESO, R. "Aplicación del sistema valorativo de daños personales y su interpretación jurisprudencial fuera del tránsito motorizado".
- MARTINEZ NIETO, A.. "Valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. 1 de enero de 2016: un nuevo baremo". Wolters Kluwer. Enero 2016.
- MEDINA CRESPO, M. "El nuevo baremo de tráfico. Comentario crítico a las disposiciones generales". Bosch. 2017
- MEDINA CRESPO, M. "Daño, responsabilidad y seguro. Capítulo: Conservación y progreso en el nuevo baremo de tráfico". Páginas 247-310. Francis Lefebvre. 2016.
- MEDINA CRESPO, M. "La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Nº. 40, 2011.
- MEDINA CRESPO, M., "La valoración legal del daño corporal. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95", Dykinson, Madrid, 1997
- MEDINA CRESPO, M. "El manejo del nuevo Baremo de Tráfico fuera de su específico ámbito: la necesaria desvinculación de sus límites cualitativos y cuantitativo". Sepin 2015.
- MEDINA CRESPO, M. "Comentario Sentencia del TS de 13 de marzo de 2014". Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros. Nº 49. 2014.
- NAVEIRA ZARRA, M. M. "El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual". Universidad de Coruña. 2004.
- PALOMO BALDA, E. "Cálculo de la indemnización por accidente de trabajo según el nuevo baremo". Francis Lefebvre. 2016.
- PANTALEÓN F., "Sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor", "Actualidad Jurídica Aranzadi, VI, 1996.
- PINTOS, J., "STC de 29/06/00, sobre el baremo. Oportunidad perdida". Indret.
- RAMOS GONZÁLEZ, S. "El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños *Análisis, aplicación e instrumentos comparados". Capítulo 11: El daño. INDRET. 5ª edición, 2016.
- REGLERO CAMPOS, F. y otros. "Tratado de Responsabilidad Civil". Tomos I y II. Thompson Aranzadi. 2008.
- SEIJAS QUINTANA, J.A. "Responsabilidad Civil, aspectos fundamentales". Sepin. 2007.
- SEIJAS QUINTANA, J.A. "Daño, responsabilidad y seguro. Capítulo: Posición actual del Tribunal Supremo en los pleitos por daños". Páginas 13-31. Francis Lefebvre. 2016.
- SEIJAS QUINTANA, J. A. y OTROS. "Encuesta jurídica: Fuera del ámbito del automóvil ¿podría ser de aplicación el Baremo anterior si es más beneficioso para el perjudicado?". Sepin.
- XIOL RIOS, J. A. "La utilización del sistema legal de la Ley 30/95 para valorar los daños corporales producidos al margen de los hechos de la circulación". Congreso de Responsabilidad Civil. Cáceres. 2006.
- XIOL RIOS, J. A. "Daño, responsabilidad y seguro. Capítulo: Reflexiones sobre la indemnización del daño personal a partir del nuevo baremo". Páginas 311-344. Francis Lefebvre. 2016.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Condena a la aseguradora por la mala praxis médica de un profesional integrado en el catálogo de servicios de una póliza de asistencia sanitaria. La sala considera que el régimen de intereses moratorios del artículo 20 de la LCS no está previsto únicamente para el incumplimiento de la prestación característica e inmediata del asegurador, sino que alcanza a todas las prestaciones convenidas vinculadas al contrato de seguro de asistencia sanitaria. Se condena a la aseguradora al pago de dichos intereses desde la fecha en que tuvo conocimiento de los hechos.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 6 de febrero de 2018.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La cuestión jurídica que suscita el recurso es si a una compañía de seguros de salud declarada civilmente responsable por una mala praxis médica de profesionales de su cuadro, le es de aplicación el régimen de mora establecido en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, todo ello a partir de los siguientes hechos:

- a) Dª. Rocío interpuso demanda contra Igualatorio Quirúrgico Médico, S.A., de Seguros reclamando una indemnización por valor de 125.000,00 euros y los intereses legalmente aplicables, por responsabilidad civil por los



daños producidos por mala praxis médica en una intervención quirúrgica que derivó en una infección renal y posterior pérdida de un riñón. Igualatorio Quirúrgico Médico, S.A., de Seguros se opuso a la demanda entendiendo que carecía de legitimación pasiva en el procedimiento, habiendo cumplido sus obligaciones contractuales, circunscritas a la asunción del coste de la intervención quirúrgica, y que no incurría en responsabilidad in eligendo ya que la elección de la médico y del centro en que se realizó la intervención correspondían a la demandante, alegando subsidiariamente cumplimiento de la *lex artis* por parte del profesional.

b) En su demanda solicitó que la indemnización se incrementara con «los intereses que fueren aplicables legalmente», sin aludir expresamente a los especiales de demora del art. 20 LCS . La sentencia de primera instancia solo impuso los legales de los arts. 1100 , 1101 y 1108 CC desde la demanda y procesales del art. 576 LEC , desde la sentencia, y denegó la aclaración referida a la imposición de los del art. 20 LCS .

c) A esta cuestión jurídica se contrajo el recurso de apelación de la parte demandante, al que se opuso la aseguradora. La sentencia de segunda instancia rechazó su imposición con el argumento fundamental - coincidente en gran parte con la posición de la aseguradora- de que los intereses de demora del art. 20 LCS , por su naturaleza o razón de ser, difícilmente concilian con el tipo de prestación de hacer -obligación de medios consistente en prestar un servicio médico, quirúrgico u hospitalario cuando lo solicite el asegurado- a que se obliga la aseguradora en los seguros de asistencia sanitaria, al tratarse de una prestación ajena a la lógica indemnizatoria que subyace en dicho precepto, y porque la responsabilidad de la aseguradora sanitaria en un caso, como el enjuiciado, de mala praxis de un facultativo de su cuadro médico, puede considerarse contractual o extracontractual por hecho ajeno, pero en ningún caso tiene fundamento en «la prestación derivada de un contrato de seguro». La Audiencia consideró además que la tesis de la apelante no encontraba sustento en ninguna de las sentencias de esta sala que ha-

bía invocado por dictarse en casos de seguros de responsabilidad civil en que la acción ventilada era la directa del art 76 LCS .

d) El hecho de que la indemnización concedida a la demandante no se incrementara con estos intereses es lo que determina la formulación del recurso de casación por interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, y en la infracción de los apdos. 3.º y 4.º del art. 20 LCS .

SEGUNDO.- El recurso se estima, por lo siguiente:

1. Es cierto que existen ejemplos en la doctrina de esta sala que demuestran que esta no ha encontrado paliativo a la hora de imponer los intereses del art. 20 LCS a las aseguradoras sanitarias. Es cierto también que en ocasiones estos intereses se confunden con los que se imponen a la aseguradora de la responsabilidad civil de los profesionales o centros sanitarios incluidos en sus cuadros, lo que es ajeno a este caso, puesto que la acción formulada no se ha ejercitado contra el facultativo responsable del daño y su aseguradora, sino contra la aseguradora sanitaria.

2. En la sentencia 438/2009, de 4 de junio se imponen estos intereses por dos razones: «En primer lugar, los defectos de cumplimiento, como afirma la sentencia, "se transmutan en una prestación indemnizatoria de los daños y perjuicios, cumplimiento por equivalencia con naturaleza de deuda de valor, que se paga en dinero" y el interés alcanza a todas las prestaciones del asegurador. En segundo lugar, esta sala ha seguido una línea interpretativa caracterizada por un creciente rigor en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma (SSTS 16 de julio y 9 de diciembre 2008; 12 de febrero 2009) ».

El resto de las sentencias invocadas por la parte recurrente en casación no resultan de aplicación al caso:

a) La sentencia 948/2011, de 16 de enero de 2012 , no es aplicable porque, aunque se demandó por daños derivados de mala praxis tanto al médico responsable como a la aseguradora que cubría su responsabilidad civil, y a la aseguradora de salud, lo determinante es que en apelación solo se condenó al pago de los intereses del art. 20 LCS a la primera aseguradora y que, por esta razón, en casación la controversia se ciñó a la concurrencia o no de causa justificada para no imponer los intereses de demora a la entidad condenada. Es decir, no se abordó el tema que nos ocupa

de si procede imponer los intereses del art. 20 LCS a la aseguradora sanitaria.

b) La sentencia 336/2012, de 24 de mayo tampoco resulta de aplicación porque esta sala no tuvo oportunidad de examinar esta cuestión en casación. Según refirió en el fundamento de derecho primero, «en aclaración de la sentencia interesada por los actores para determinar si se habían o no impuesto a MAPFRE los intereses del artículo 20 de la LCS , señaló que se habían impuesto, sin que tal pronunciamiento haya sido atacado específicamente en su recurso». En consecuencia, desestimó que se hubiera vulnerado el art. 20 LCS por aplicación indebida a una aseguradora sanitaria.

c) La sentencia 475/2013, de 3 de julio solo confirmó la sentencia desestimatoria de apelación y, por tanto, nada dijo sobre la cuestión.

3. La solución al problema ofrece numerosas variantes, según la modalidad de seguro contratada, las estipulaciones contenidas en la póliza y el contenido y alcance de la obligación que el artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro , dentro del seguro de personas, impone a la aseguradora cuando asume la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, especialmente referida a la relación de la aseguradora con su asegurado, y las obligaciones que derivan de esta relación para la aseguradora en el sentido de si pueden ser determinantes de la existencia o no de mora, de la que es consecuencia la imposición de los intereses del artículo 20 de la citada ley , como responsable del daño.

4. En el presente caso partimos de dos datos fundamentales: el primero se refiere a la relación de seguro existente entre D. ª Rocío y la entidad Igualatorio Quirúrgico Médico, S.A. (IQUIMESA), perteneciente al Grupo Adeslas, en virtud de póliza en vigor. Dicha sociedad tenía por objeto social la práctica de operaciones de seguros de asistencia sanitaria que forman parte del ramo de enfermedad en Álava y Guipúzcoa. Se trata de un seguro cuyas características son las siguientes:

(i) Es un seguro que se denomina: «Seguro de enfermedad. Póliza de asistencia sanitaria» (al definir su objeto también se usa el término «Seguro de Asistencia Sanitaria»).

(ii) La cobertura alcanzaba a la atención sanitaria en la especialidad en la que se produjo el daño, y el asegurado podía elegir a uno de los médicos especialistas del catálogo de servicios de la aseguradora, señalándose expresa-

mente que «en el presente Seguro de Asistencia Sanitaria no podrán concederse indemnizaciones optativas en metálico, en sustitución de la prestación de asistencia sanitaria».

(iii) El asegurado solo podía «elegir libremente para su asistencia a cualquiera de los médicos que realizan, dentro de los Catálogos de Servicios de IQUIMESA que en cada momento se encuentren vigentes, las prestaciones sanitarias incluidas en la Póliza».

No es, por tanto, un seguro de los de reintegro de los gastos médico-quirúrgicos, sino de asistencia médica en la forma descrita.

El segundo tiene que ver con el criterio de imputación de responsabilidad a la aseguradora, que no ha sido cuestionado. La jurisprudencia de esta sala no imputa automáticamente responsabilidad a las entidades aseguradoras de la asistencia médica, como se ha sostenido por alguna doctrina. La sentencia 1242/2007, de 4 de diciembre, establece las bases o criterios doctrinales que se han ido reiterando en posteriores sentencias y que no son más que la concreción de los criterios con que ha sido reconocida o rechazada, alternativa o combinadamente, en la jurisprudencia de esta sala, «en atención a las circunstancias de cada caso».

Lo que se dice tiene relación con un aspecto indudablemente controvertido en la doctrina y en la solución de algunas Audiencias Provinciales sobre la delimitación del contenido de la prestación de la aseguradora: si el objeto del seguro de asistencia sanitaria se extiende a asegurar el daño cuya causa es la mala práctica profesional médica o si esa asunción directa del servicio, a que se refiere el artículo 105 de la LCS, se limita a la actividad de organización, financiación y provisión, pero no al acto médico, cumpliendo la aseguradora con contratar a profesionales con la titulación y conocimientos necesarios para el ejercicio de la profesión médico sanitaria, y poner a cargo de estos profesionales la salud del paciente, y todo ello en atención a la forma en que se prestan estos servicios sanitarios, y el control que sobre los mismos tiene la aseguradora, teniendo en cuenta que el artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que "el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos".

Se podrá discutir, como se razona en las sentencias 438/2009, de 4 de junio y 948/2011, de

16 de enero, si sería necesaria una mejor delimitación de los artículos 105 y 106 de la LCS, que estableciera el alcance de las respectivas obligaciones de las partes y su posición frente a los errores médicos y hospitalarios, pero lo cierto es que en su redacción actual no permite otros criterios de aplicación que los que resultan de una reiterada jurisprudencia de esta sala sobre el contenido y alcance de la norma y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad.

5.- Ahora bien, con independencia del alcance que se deba dar a este artículo 105 para conciliarlo con la prohibición de que las aseguradoras desempeñen funciones ajenas a los cometidos propios del seguro (sentencia 1242/2007, de 4 de diciembre) y del contenido de cada póliza de aseguramiento en orden a determinar si la obligación de la aseguradora incluye no solo la asunción del coste económico de las operaciones médicas, sino también la prestación de garantía del servicio médico, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad, es evidente que partimos en este caso de una condena firme de la aseguradora sanitaria en aplicación del artículo 1903 del CC, es decir, partimos de una condena que tiene que ver con la responsabilidad que se le imputa por razón del contrato de seguro y que fue determinante para rechazar su falta de legitimación pasiva, y esta condena es claramente indicativa de que había asumido no solo la obligación de prestar los servicios médicos a sus afiliados, sino de garantizarles una correcta atención, que al haberse incumplido ha sido subsumida en la responsabilidad que establece el artículo 1903.4 del CC.

6. Lo cierto es que se ha producido un daño indemnizable en el patrimonio del asegurado tras la verificación del siniestro o materialización del riesgo, con los efectos que establece el artículo art. 20 LCS, respecto de los intereses, que no piensa únicamente en el incumplimiento de la prestación característica e inmediata del asegurador, sino que alcanza a todas las prestaciones convenidas vinculadas al contrato de seguro de asistencia, en virtud del cual se la condena.

TERCERO.- Al asumir la instancia, debemos resolver sobre la causa justificada que esgrime la aseguradora para que no se le impongan estos intereses. El hecho de que la demanda haya obviado una petición concreta sobre estos intereses y que esta omisión haya sido solventada por la Audiencia Provincial en atención a su naturaleza y posibilidad de imposición de oficio, supone que no ha habido contradicción entre las partes sobre la causa justificada y conocimiento del siniestro en un determinado momento, que ha esgrimido la aseguradora, hasta el recurso de apelación formulado por la demandante, y que ahora se reproduce en la oposición al recurso de casación, en el caso de que se admita el primer motivo formulado, para sostener que no ha tenido conocimiento del siniestro hasta la formulación de la demanda el 28 de octubre de 2011, plazo este que tiene en cuenta la sentencia de instancia para denegar la prescripción de la acción, como así es, en efecto, por lo que la causa justificada cubre únicamente hasta el momento en que la aseguradora tuvo conocimiento de los hechos con la demanda, a partir del cual, y hasta el completo pago de la indemnización, deberán hacerse efectivos, en aplicación de la regla 6 del artículo 20 de la LCS .

CUARTO.- Se estima el recurso, y no se hace especial declaración en cuanto a las costas causadas en ambas instancias y en el recurso de casación, según los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Estimar el recurso de casación formulado por doña Rocío contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz-Sección 1.ª de fecha 27 de febrero de noviembre de 2015, en el sentido de condenar a la demandada, Igualatorio Médico Quirúrgico SA, de Seguros y Reaseguros, antes Igualatorio Quirúrgico Médico SA (IMQ), al pago de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde el 28 de octubre de 2011 hasta su completo pago; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de las instancias ni de las causadas por el recurso de casación.

Líbrese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de la Sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la anterior sentencia dictada en Recurso n.º 1286/2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con el respeto que me merece el parecer mayoritario de la Sala, expreso brevemente -mediante el presente voto particular- mi discrepancia con la solución jurídica adoptada en el presente caso, en el cual se ha estimado el recurso de casación formulado por doña Rocío y se ha condenado a la parte demandada, Igualatorio Médico Quirúrgico S.A. de Seguros y Reaseguros, al pago a dicha demandante de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro sobre la cantidad objeto de condena, que se deventarán desde el 28 de octubre de 2011 -fecha de interposición de la demanda- hasta su completo pago.

Coincido con la opinión mayoritaria de la Sala en el sentido de que la aseguradora sanitaria responde ante el asegurado por el buen resultado de la prestación asistencial y sanitaria dispensada por quienes integran el cuadro médico, que la aseguradora pone a disposición de los asegurados, precisamente porque es la propia aseguradora la que designa a dichos profesionales y la posible elección del profesional por parte del beneficiario de la prestación médica queda limitada al contenido de dicho cuadro médico. De ahí que, como se ha declarado por la sentencia recurrida, y ha aceptado esta Sala, la responsabilidad de la aseguradora por las consecuencias negativas del tratamiento médico no nace de ninguna norma legal o convencional reguladora del contrato de seguro, sino de lo dispuesto por el artículo 1903 del Código Civil en cuanto disciplina la llamada responsabilidad por hecho ajeno.

Mi discrepancia se refiere a que dicha deuda cuya existencia no se discute, nacida de responsabilidad por hecho de otro, no ha de quedar sujeta a lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro , que sanciona exclusivamente la mora por parte de la aseguradora en el cumplimiento de las obligaciones derivadas directa-



mente del propio contrato de seguro. Entiendo que se trata de una norma excepcional que, en parte tiende a la actualización de la cantidad debida pero sobre todo -de ahí lo inusual del alto porcentaje de interés previsto- a sancionar un incumplimiento contractual imputable a la aseguradora, que se obligó a realizar determinada prestación económica -originalmente o por sustitución- a cambio del cobro de una prima y, sin embargo, surgida su obligación, deja de cumplirla en tiempo. Así se deriva de lo dispuesto por el citado artículo 20 cuando dice que dicho interés agravado se aplicará «si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación»; prestación que no es otra que la que constituye directamente el objeto del contrato (asistencia médica) y no la que puede derivar -como sucede en este caso- de la aplicación de una norma ajena al contrato de seguro como es la del artículo 1903 del Código Civil, según el resultado de la asistencia prestada.

Distinta sería la solución en el caso de que existiera incumplimiento de la propia prestación objeto de aseguramiento, lo que podría suceder cuando se ofrecieran los servicios de profesionales carentes de las condiciones necesarias para el ejercicio de su función, por falta de titulación o especialidad requerida, o en casos de inhabilitación, así como en los supuestos en que el centro determinado por la aseguradora para la prácti-

ca de la intervención médica no contara con los servicios requeridos para llevarla a cabo con las garantías necesarias. En estos supuestos cabría hablar de una defectuosa prestación por la aseguradora y de una relación causal de esa defectuosa prestación con el resultado producido, lo que determinaría que su responsabilidad se desarrollara en el ámbito de la Ley de Contrato de Seguro y, por tanto, la indemnización sustitutoria se viera afectada por la aplicación de los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

En consecuencia, la parte dispositiva sería la siguiente:

FALLO CONSEJO GENERAL • DEL PODER JUDICIAL

Desestimar el recurso de casación interpuesto en nombre de doña Rocío contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz Sección 1. 9, de fecha 27 de febrero de 2015.

Confirmar la sentencia recurrida.

Condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas por su recurso con pérdida del depósito constituido.

Por Fernando Estrella Ruiz
Abogado

La Sentencia que nos ocupa, dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, estima el Recurso de Casación interpuesto contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria - Gasteiz que denegó la imposición de los intereses moratorios del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro a la compañía de Seguro de Salud demandada.

De cara al estudio del caso, conviene recordar que los hechos traen causa de una reclamación formulada por mala praxis médica, tras una intervención quirúrgica realizada por uno de los médicos escogidos libremente por el tomador del seguro, dentro de los ofrecidos en el catálogo de servicios de la aseguradora que prestaba la cobertura de Asistencia Sanitaria, esto es, no se trataba de un seguro de los de reintegro de los gastos médico - quirúrgicos, sino de asistencia médica en la forma descrita. Pues bien, en Primera Instancia sólo fueron impuestos los intereses legales de los artículos 1100, 1101 y 1108 CC de la demanda y procesales del art. 576 LEC desde la sentencia, denegándose la aclaración referida a la imposición de los del art. 20 LCS. Recurrida en Apelación tal cuestión, la Audiencia de Vitoria - Gasteiz rechazó tal petición bajo el argumento de entender que los intereses de demora del artículo 20 LCS, por su naturaleza o razón de ser, difícilmente podían conciliar con la prestación de hacer (obligación de medios) a la que se obliga la aseguradora en los seguros de Asistencia Sanitaria, siendo la responsabilidad de la misma en el caso enjuiciado de tipo contractual o extracontractual por hecho ajeno, pero sin fundamento en todo caso en "la prestación derivada de un contrato de seguro".



(...) el régimen de los intereses moratorios del artículo 20 de la LCS no es aplicable únicamente en los casos de incumplimiento de la prestación característica inmediata del asegurador, sino que alcanza todas las prestaciones convenidas que estén vinculadas al contrato de seguro de Asistencia Sanitaria, por lo que estima el Recurso de Casación y condena a la aseguradora al pago de tales intereses desde que tuvo conocimiento de los hechos (...)



Pues bien, la Sala Primera del Tribunal Supremo, tras reseñar como punto de partida que la aplicación del régimen de mora del art. 20 de la LCS a las aseguradoras sanitarias ofrece numerosas variantes en función de la modalidad de seguro contratada, las estipulaciones que aparezcan en la póliza y el contenido y alcance de la obligación que dicha Ley impone a las aseguradoras en su art. 105 (cuando el objeto del seguro no es el reintegro de los gastos médico - quirúrgicos, sino la prestación de tales servicios), viene a indicar que, en el caso que nos ocupa, existen dos datos fundamentales para resolver la controvertida cuestión.

COMENTARIO

Y así, el primero de ellos guardaría relación con las características del seguro, tratándose en nuestro caso de un seguro denominado “Seguro de Enfermedad. Póliza de Asistencia Sanitaria”, en el que el asegurado sólo podía elegir el médico especialista dentro del catálogo de profesionales y servicios ofertados por la aseguradora. Y en cuanto al segundo dato a tener en cuenta, tras recordar que la jurisprudencia de dicha Sala del Tribunal Supremo no impone automáticamente responsabilidad a las entidades aseguradoras de la Asistencia Médica, debiendo estarse “a las circunstancias de cada caso”, se considera por el Alto Tribunal que la condena firme de tal aseguradora en el supuesto que nos ocupa (recuérdese que no fue objeto de Apelación tal cuestión) se debe a la responsabilidad que se le imputa por razón del contrato de seguro, siendo tal condena, no cuestionada, claramente indicativa de que había asumido, no sólo la obligación de prestar los servicios médicos a sus afiliados, sino también la de garantizarles una correcta atención que, al haberse incumplido, fue subsumida por la Sentencia recurrida en la responsabilidad del artículo 1903.4 del Código Civil.

Por todo lo anterior, concluye la Sala Primera del Tribunal Supremo que el régimen de los intereses moratorios del artículo 20 de la LCS no es aplicable únicamente en los casos de incumplimiento de la prestación característica inmediata del asegurador, sino que alcanza todas las prestaciones convenidas que estén vinculadas al contrato de seguro de Asistencia Sanitaria, por lo que estima el Recurso de Casación y condena a la aseguradora al pago de tales intereses desde que tuvo conocimiento de los hechos con ocasión del emplazamiento por la Demanda, pese a no haber sido solicitados de forma expresa por la parte actora (omisión que fue solventada por la Audiencia Provincial en atención a su naturaleza y la posibilidad de imposición de oficio).

Finalmente, destacar que tal resolución no es unánime, emitiendo un voto particular el Magistrado don Antonio Salas Carceller, quien considera que la norma sanciona exclusivamente la mora por parte de la aseguradora en el cumplimiento de las obligaciones derivadas directamente del propio contrato de seguro y no la que puede derivar de la aplicación de una norma ajena a dicho contrato, cual es el art. 1.903 del Código Civil en el caso que nos ocupa”

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Daños producidos a una espectadora de un partido de futbol como consecuencia de un balonazo proyectado desde el campo. Doctrina del riesgo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 7 de marzo de 2018.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El recurso de casación plantea la responsabilidad de la demandada, Real Zaragoza SAD y su aseguradora, Generali España S.A. de Seguros y Reaseguros, por el daño causado a XXX, demandante, como consecuencia del impacto recibido en un ojo por un balón lanzado desde el terreno de juego en el calentamiento previo al partido Real Zaragoza-Atlético de Bilbao, celebrado el día 10 de mayo de 2013, en el estadio de La Romareda, cuando se encontraba ocupando su asiento en la Grada Sur, fila 9, asiento n.º 41, detrás de la portería. Los daños han sido estimados en 30.891,18 euros.

SEGUNDO.- El recurso se formula contra la sentencia de la Audiencia Provincial que confirmó la sentencia del Juzgado, desestimatoria de la demanda, con el siguiente argumento:

«No hay título de imputación que justifique que la entidad deba resarcir el daño causado. No es aplicable la doctrina del riesgo, ni tiene sentido alguno invocar una inversión de la carga de la prueba. La razón de que no exista un título de imputación es que el acudir como espectador de un partido de fútbol de un campeonato oficial, con equipos y jugadores profesionales, supone la asunción de un riesgo, que está instó en el propio espectáculo, de que por múltiples lances del juego los balones salgan despedidos hacia las gradas y golpeen a los espectadores. Quien acude a estos espectáculos conoce y asume ese riesgo, debe prevenirse frente al mismo y no puede parapetarse en la exigencia de colocación de redes protectoras, pues tal medida, al margen de su legalidad desde el plano federativo y para competiciones oficiales, choca con el interés generalizado de los espectadores de presenciar el espectáculo sin un obstáculo, como es una red, que impide u obstaculiza el visionado del partido.

“...no vale afirmar que el siniestro acaeció durante una fase de calentamiento de los jugadores, de modo que resulte difícil controlar la actividad de todos ellos, a los que no se prestarla la intensa atención por el espectador, pues aun así la parte no termina de explicar qué conducta le sería exigible al Real Zaragoza. Esas fases de preparación del partido se integran en el mismo espectáculo al que se acude como espectador.

La falta de redes es una situación conocida por los espectadores, y se procede su colocación, no es en atención al interés de los espectadores, que más bien es contrario al mismo al dificultar su visión, sino atendiendo a potenciales criterios de orden público que prevalecen sobre el de los espectadores».

TERCERO.- El recurso de casación tiene dos motivos:

En el primero de ellos se denuncia la infracción del artículo 1902 del CC , por inaplicación del mismo, en relación con el artículo 8, apartados a) y c) de la Ley de Consumidores y Usuarios. Considera que no puede excusarse la demandada en una posible asunción del riesgo por



parte de la demandante, pues este era un mero espectador del partido de fútbol y no participaba en el juego, situándose detrás de la portería sin que pudiera prever que el balón llegara a la grada con tal fuerza y le causara tan importantes lesiones como las sufridas. Cita la sentencia 319/1984, de 18 de mayo, sobre la evolución de la jurisprudencia de esta sala en materia de responsabilidad por culpa, y la 488/1986, de 17 de julio, sobre cumplimiento de las prevenciones reglamentarias.

En el segundo la infracción viene referida a la doctrina del riesgo del organizador de los espectáculos deportivos, en relación con el artículo 217. 3º de la LEC, sobre carga de la prueba.

En recurso se desestima por lo siguiente:

1.- En el segundo motivo denuncia la vulneración de la doctrina del riesgo, en relación con las reglas que sobre la carga de la prueba se establecen en el artículo 217 de la LEC. Debemos recordar que la jurisprudencia de esta Sala considera que el escrito de interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación exigen una estructura ordenada y con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente y que esta exigencia se traduce no solo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en el rechazo de motivos o alegaciones en los que se mezclan cuestiones de hecho y de derecho, o sustantivas y procesales ya que no es función de la Sala averiguar en cuál de ellas se halla la infracción (sentencias 379/2016, de 3 de junio; 121/2017, 23 de febrero; 220/2017, de 4 de abril)

2.- En el primero, se invoca el artículo 1902 del CC, junto a la Ley de Consumidores y Usuarios, que no ha integrado acción alguna y a la que no se refiere ninguna de las dos sentencias que justifican el interés casacional.

3.- Tampoco se ha infringido el artículo 1902 del CC. Desde la perspectiva causal, para que nazca la obligación de responder de los daños ocasionados a una espectadora en un partido de fútbol, en lo que se ha denominado imputación objetiva, con nexo de causalidad tanto desde el punto de vista físico como desde el jurídico, la sentencia ofrece una respuesta adecuada.

En efecto, tiene dicho esta Sala que la imputación objetiva, entendida como una cuestión jurídica susceptible de ser revisada en casación, comporta un juicio que más allá de la mera

contestación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios o pautas extraídas del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, el riesgo general de la vida, prohibición de regreso, incremento del riesgo, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza, que han sido tenidos en cuenta en diversas sentencias de esta Sala (sentencias 147/2014, de 18 de marzo; 124/2017, de 24 de febrero).

Y lo cierto es que en este caso no se produce causalidad jurídica. Es cierto que en un balón proyectado desde el campo a la grada está el origen del daño pero el nexo causal que relaciona las lesiones producidas en un ojo a la espectadora desaparece desde el momento en que asume un riesgo propio del juego o espectáculo que conoce, como es el que un balón pueda proyectarse con mayor o menor potencia hacia la grada que ocupa reglamentariamente detrás de la portería. La responsabilidad del organizador del evento deportivo no debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por un lance ordinario del juego, al que es ajeno. El riesgo que se crea no es algo inesperado o inusual, del que deba responder. Surge durante el calentamiento previo de los futbolistas donde es más frecuente los lanzamientos de balones a la grada, y se traslada al ámbito de responsabilidad de la víctima, que controla y asume esta fuente potencial de peligro, con lo que el curso causal se establece entre este riesgo voluntariamente asumido y el daño producido por el balón, con la consiguiente obligación de soportar las consecuencias derivadas del mismo. Y si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada necesaria para que el demandado deba responder del daño.

4.- Señala la parte recurrente que no bastan con las prevenciones establecidas en los reglamentos, por espesas que sean y por cabal que se demuestre su acatamiento, si, pese a ellas, acaece el evento dañoso, denotando imprudencia (sentencia 488/1986, de 17 de julio). Y aun cuando es cierto que, como reitera este Tribunal, puede no resultar suficiente justificación para excluir la responsabilidad la aplicación de las medidas previstas administrativamente, ello no quiere decir que siempre que se produzca un resultado dañoso debe responderse porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces e insuficientes, pues tal conclusión, sin matices, conduce a la responsabilidad objetiva pura o

por daño, que no es el sistema que regulan los arts 1902 y 1903 CC (sentencias 780/2008, de 23 de julio; 16 de octubre de 2007).

La naturaleza del riesgo, las circunstancias personales, de lugar y tiempo concurrentes, y la diligencia socialmente adecuada en relación con el sector de la vida o del tráfico en que se produce el acontecimiento dañoso, serán elementos a tener en cuenta, como los tuvo la sentencia recurrida al analizar las consecuencias que resultan por la falta de redes en los fondos de la portería, y es que, además de tratarse de una situación conocida por los espectadores, su colocación en el campo no se hace en interés de estos, puesto que dificultará la visión, sino atendiendo a potenciales criterios de orden público que prevalecen sobre el de los espectadores.

CUARTO.- De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC , procede im-

poner a la parte recurrente las costas de ambos recursos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación legal de doña Vicenta por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 25 de junio de 2015, con expresa imposición de las costas a la recurrente.

Librese 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.



El caso de la espectadora a la que alcanzó un balonazo en el Estadio de La Romareda

La doctrina especializada ha construido la figura de la asunción de un riesgo específico por parte de la víctima, como factor o circunstancia desatributiva -exoneradora, liberadora- de la responsabilidad civil del agente dañoso que lo despliega; y puntualiza que sólo opera en el ámbito de la responsabilidad que se afirme en virtud del rango atributivo de dicho riesgo, siendo ajena al tratamiento de la disciplina reguladora de una responsabilidad subjetiva montada sobre la culpa del agente dañoso. En esta concreta proyección de su ámbito aplicativo se diferencia la asunción del riesgo de su hermana germana, que es la culpa exclusiva de la víctima, que actúa con fuerza exoneradora tanto en el ámbito de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva, mientras que aquélla, como su propia denominación apunta, sólo actúa en este segundo ámbito para negar el rango atributivo del riesgo desplegado por el agente dañoso, porque tal asunción supone que la víctima lo hace suyo, apropiándose de él. Cuando la responsabilidad es subjetiva, el agente dañoso se libera porque ha actuado sin culpa causativa (o no se ha demostrado que haya actuado con ella); y, en la medida en que la culpa brille por su ausencia, carece de sentido exonerarlo porque el perjudicado se haya apropiado del riesgo desencadenado por él, en el caso de que se considere que las actividades dañosas de riesgo específico carentes de una regulación especial están sometidas al régimen subjetivo de la culpa que consagra el art. 1902 C. c.

Si en el ámbito de una actividad dañosa sometida a un régimen de responsabilidad subjetiva se hace referencia a que el daño se ha producido en virtud de la asunción del riesgo por parte de la víctima es porque el agente dañoso no ha actuado con culpa alguna y, por lo tanto, sobra la invocación asuntiva para justificar la liberación del agente dañoso artífice del riesgo, bastando con declarar que no se ha apreciado el requisito de la culpa o que se ha demostrado la ausencia de su presencia causativa. Sólo en el caso de que se esté ante una actividad sometida a un régimen de objetividad atributiva, por razón del riesgo desplegado, podrá justificarse la liberación del agente dañoso por que haya mediado la asunción de dicho riesgo por parte de la víctima, siempre, naturalmente, que aquél no haya incurrido en culpa alguna, pues, si el daño se ha producido en virtud de su culpa, se está ante un supuesto de realización culpable del riesgo desplegado que impide la virtualidad exoneradora típica de la figura de la asunción.

Lo curioso de la sentencia comentada es que enmarca la posible responsabilidad del agente dañoso dentro del régimen de la subjetividad atributiva y, no obstante, funda la exoneración, tal como había hecho la sentencia recurrida, en que la lesionada asumía el riesgo de sufrir lesiones en un ojo como consecuencia del balonazo que, en

COMENTARIO

los momentos previos al comienzo de un partido de fútbol profesional (o, en su caso, durante la celebración del mismo, que es lo mismo), lanzara un jugador. Naturalmente, cuando alguien corre en un encierro, asume el riesgo de que lo coja el toro. Cuando alguien se monta en un toro mecánico, asume el riesgo de que lo tire el artefacto. Pero, cuando alguien asiste como espectador a una corrida de toros, no asume el riesgo de que éste salte a las gradas y lo cornee.

A partir de esta sentencia, parece que, si, con ocasión de un partido de fútbol (en este caso, profesional, aunque no habría variación si fuera de aficionados o simplemente de amigos), un espectador recibe un balonazo y queda lesionado, su lesión se debe exclusivamente a que no adoptó las precauciones para evitarlo, con lo que puede pensarse que su precaución consistiría en haberse quedado en casa y no ir al fútbol o situarse en el gallinero del Estadio; y así, con los campos vacíos en las partes inferiores de las gradas, donde llegan los balones lanzados por los jugadores, no podría producirse un accidente como aquél. En este caso, por tanto, según se nos dice (porque su dicho no se desautoriza), la asunción del riesgo por parte de la espectadora del partido del fútbol en el Estadio de La Romareda estribaba en que no adoptó las medidas adecuadas para evitar que el balón le diera en un ojo; y esto no es asunción de riesgo, sino culpa. Tan es así, que la sentencia comentada viene afirmar que, aún en el caso de que el régimen atributivo fuera de tipo objetivo con base en el riesgo específico desplegado, tampoco podría condenarse al Club de Fútbol Zaragoza porque no se estaría ante un caso fortuito desde la perspectiva de la realización de su riesgo, que le llevaría a ser responsable, sino a una asunción del riesgo que reviste los caracteres de ser culposa por no haber tomado la víctima las medidas de precaución para evitar que, con ocasión de presenciar un partido de fútbol, un balonazo la lesione. Se afirma así que cualquiera que sea el régimen atributivo de la responsabilidad civil, en el caso enjuiciado hay que negar la presencia de la causalidad jurídica.

Pero la solución *in iure* en este caso no estaba en que el Tribunal Supremo se inventara la culpa del Club responsable del espectáculo, como hizo hace unos veinte años en la sentencia de 31 de mayo de 1997 (Villagómez Rodil), ni en el extremo contrario de inventarse la culpa de la víctima o la apropiación por ella de un riesgo de creación ajena. Si hace años pintaban bastos para los artífices de los riesgos específicos, hoy pintan bastos para sus víctimas. Son los efectos de los bandazos jurisprudenciales con los que se aplica una norma permanente de contenido progresiva y regresivamente, según se mire, variado.

Así las cosas, la demandante lesionada, por su falta de previsión, al haber asistido al partido y no haber tomado las precauciones para que no le diera un balonazo en el ojo (sabiendo además que no había redes tras las porterías), se quedó sin el ingreso de la indemnización que correspondía a sus daños corporales (cuantificados por ella en unos 30.000 €, posiblemente con el perlático Baremo de Tráfico) y, además, fue condenada al egreso de abonar al Real Zaragoza Sociedad Deportiva Anónima las costas de la primera instancia, las costas de la segunda instancia y las costas del extraordinario recurso de casación que había articulado invocando el interés casacional de la materia debatida.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

**Responsabilidad civil de letrado.
Acción directa contra la aseguradora
que cubría su responsabilidad
profesional a la fecha del siniestro pero
no a la fecha de reclamación.
Se estima el recurso interpuesto
al considerarse la cláusula de
delimitación temporal de cobertura
como limitativa, sin que conste
acreditado el cumplimiento con los
requisitos del artículo 3 de la LCS.**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 8 de marzo de 2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone en un litigio sobre responsabilidad civil de abogado en el que, por lo que respecta a la aseguradora codemandada recurrente -absuelta en primera instancia pero condenada en apelación-, la controversia se ha centrado en la existencia de cobertura del siniestro, que la compañía viene negando con base en una cláusula de delimitación temporal o claim made, según dice, de modalidad retroactiva, en virtud de la cual quedaría cubierta la responsabilidad civil de los letrados asegurados por hechos que acontecieran incluso en el año inmediatamente anterior a la vigencia de la póliza pero siempre que las reclamaciones se efectuaran durante la misma, no cubriendo, por el contrario, los

hechos determinantes de responsabilidad civil ocurridos durante su vigencia pero respecto de los cuales la reclamación del perjudicado se hubiera producido después.

Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

1.- El 30 de julio de 2012 D. Estanislao interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Mario y contra la entidad Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. (luego Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, en adelante Zurich), pidiendo indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil profesional de letrado. En síntesis, alegaba que con fecha 28 de junio de 2005 había sufrido un accidente laboral que le había ocasionado graves daños corporales determinantes de una incapacidad permanente parcial y que el letrado codemandado, a quien después de que asumiera la defensa de sus intereses en los procedimientos seguidos a raíz de dicho accidente ante las jurisdicciones penal y social había encargado la interposición de demanda contra la empresa para la que trabajaba, no había cumplido sus obligaciones contractuales, dejando caducar (sic) la acción por el transcurso del tiempo y, por ende, frustrando sus expectativas de resarcimiento, que cuantificaba en la misma cantidad en la que valoraba económicamente dicho daño corporal (114.986,52 euros).

En lo que ahora interesa, el demandante justificaba la legitimación pasiva de la aseguradora demandada alegando que era la que cubría la responsabilidad civil del abogado codemandado y contra la que podía dirigirse el perjudicado en ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS.

2.- Al no comparecer en tiempo y forma, las partes demandadas fueron declaradas en rebeldía, si bien la aseguradora compareció después aduciendo que su personación tardía se había debido a no haber tenido conocimiento de la existencia del proceso y que «no ostentaba la condición de aseguradora del codemandado» (folio 125 de las actuaciones de primera instancia).

3.- La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda respecto del abogado, al que condenó al pago de 41.032,25 euros de principal, pero absolvió a la compañía de seguros. En lo que ahora interesa, sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) la legitimación pasiva de la aseguradora, que esta negaba, debía examinarse de oficio por ser cuestión de orden público procesal y porque la rebeldía procesal de la compañía de seguros no comportaba ni allanamiento ni admisión de los hechos; (ii) incumbía al demandante probar los hechos que fundamentaban su

demanda, entre ellos la cobertura del siniestro; (iii) la demanda era «absolutamente parca» al respecto, al limitarse a decir en el apartado referido a la legitimación de la aseguradora que esta cubría la responsabilidad civil profesional del codemandado, pero sin indicar «en la fundamentación fáctica el tipo de póliza contratada, si era individual o colectiva, el tomador, la fecha de contratación, el periodo de vigencia del seguro, la existencia o no de franquicia o el importe máximo de cobertura del siniestro»; (iv) tampoco se adjuntó «la correspondiente póliza que permita determinar la cobertura del siniestro que nos ocupa», pese a tratarse de un documento esencial; (v) a falta de dicho documento, tampoco la prueba practicada permitía acreditar la existencia de cobertura, porque de las declaraciones del representante de la compañía y del corredor que había mediado en la póliza colectiva suscrita por el Colegio de Abogados de Tarragona (en lo sucesivo, ICAT) y Zurich, solo resultaba que el letrado demandado figuró como asegurado hasta el 31 de diciembre de 2011, no siéndolo cuando se interpuso la demanda (30 de julio de 2012), fecha de reclamación que en este tipo de seguros de responsabilidad civil profesional es la relevante a la hora de concretar la fecha del siniestro, dado que la actividad del asegurado «no se consume en un único acto sino que puede abarcar un plazo más o menos prolongado de tiempo»; y (vi) por todo ello debía absolverse a la aseguradora, pues no es que esta hubiera invocado exclusiones de cobertura, sino que «simple y llanamente la parte demandante no ha acreditado dicha cobertura y su extensión y que el letrado codemandado tuviera la condición de asegurado al tiempo en que la compañía debiera responder del siniestro, lo que son hechos constitutivos de la pretensión».

4.- Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación el demandante al discrepar tanto de la cuantía de la indemnización como de la absolución de Zurich. Con relación a esto último adujo, en síntesis: (i) que la controversia no radicaba en la existencia de póliza, pues había quedado acreditada la «relación de aseguramiento de Zurich para con el letrado Sr. Mario en la fecha de los hechos», sino en su cobertura; (ii) que la razón por la que no aportó la póliza fue porque no la tenía a su disposición al ser un tercero perjudicado ajeno a la relación aseguradora, incumbiendo a las partes demandadas su aportación al oponer un hecho que impedía, extinguía o enervaba la eficacia de los hechos alegados en la demanda como fundamento de sus pretensiones (art. 217.3 LEC), lo que no llevaron a cabo; y (iii) que en todo caso, y para paliar cualquier posible indefensión, había solicitado prueba para su práctica en la audiencia previa, que le fue indebidamente denegada (en este sentido, consta en las actuaciones al folio 137 la solicitud

de documental privada consistente en oficio dirigido al ICAT para que certificara si el abogado demandado estaba incluido como asegurado en la póliza colectiva suscrita con Zurich y para que se aportara copia de la misma).

5.- Zurich se opuso al recurso entendiendo que la carga de aportar la póliza incumbía al demandante, que la solicitud de aportación de la póliza, deducida de contrario en el acto de la audiencia previa, fue bien denegada por inútil y extemporánea, y que el resto de pruebas solo permitían tener por acreditado que existía póliza en la fecha de producción

del hecho causante -2007-, pero no en la fecha de la reclamación, siendo esta la decisiva por el tipo de cláusula claim made incorporada a las condiciones especiales que, según explicó el corredor de seguros, suponía que «una vez finalizado el contrato el asegurador queda librado de cualquier siniestro que no se haya reclamado con anterioridad a dicha fecha de expiración sea cual sea el momento en que se produjo el hecho generador del nacimiento de la obligación de indemnizar».

Además, formuló impugnación por no estar de acuerdo con que se cuantificara la





responsabilidad civil del letrado en el 100% de la cantidad que le hubiera correspondido percibir al trabajador accidentado si se hubiera ejercitado y estimado la acción frustrada, confirmándose de forma subsidiaria con el 50% de la cantidad acordada en primera instancia.

6.- La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de apelación del demandante y desestimando la impugnación de Zurich, revocó la sentencia apelada en el sentido de incrementar la indemnización hasta la cantidad de 59.598,11 euros, condenar solidariamente a su pago a la citada aseguradora con los intereses de demora del art. 20 LCS desde la demanda, al tipo del interés legal del dinero más un 50% durante los dos primeros años y no inferior al 20% a partir de esta fecha, y no imponer al demandante las costas de la primera instancia causadas a la aseguradora. En lo que interesa, sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) la existencia de póliza de seguros que ligaba a Zurich con el ICAT, «a pesar de no haber sido probada de manera documental, es indiscutible. En realidad, es un hecho admitido», por lo que «el objeto de discusión es el alcance de la cobertura»; (ii) la sentencia de primera instancia, a partir de las declaraciones del representante de la aseguradora y del agente mediador, consideró que solo quedaban cubiertos los hechos que fueran objeto de reclamación durante la vigencia temporal de la póliza, pero esto contradice el tenor del art. 73, párrafo primero LCS, a cuyo tenor el siniestro viene determinado por el hecho generador de la responsabilidad civil que se reclama y no por su reclamación, circunstancia que en el presente caso permite entender que ese hecho causante ocurrió estando vigente la póliza, puesto que fue cuando «transcurrido el periodo durante el que era viable el ejercicio de la acción contra la empresa para la que prestaba servicios el demandante, este perdió el derecho a ser indemnizado»; (iii) es verdad que el párrafo segundo del art. 73 LCS permite establecer límites temporales de cobertura y cubrir solo los casos en que la reclamación se haga dentro de un tiempo determinado que no exceda en más de un año desde la finalización del contrato, por lo que, «aunque la aseguradora hubiera incluido en la póliza, como había afirmado el testigo antes aludido y como decía el mismo representante de la sociedad, una cláusula claim made, ocurrida la reclamación dentro del año siguiente a la finalización de la relación que ligaba al abogado demandado con la aseguradora, la compañía habría debido responder igualmente de la actuación del letrado» de conformidad con la doctrina sobre este tipo de cláusulas limitativas ex art. 3 LCS fijada por esta sala primera (se cita la sentencia 366/2012, de 19 de junio).

7.- Contra la sentencia de segunda instancia interpuso recurso de casación la aseguradora codemandada.

SEGUNDO.- Para la resolución del recurso hay que partir de los siguientes hechos probados o no discutidos:

- 1.º) Con fecha 28 de junio de 2005 D. Estanislao sufrió un accidente laboral al precipitarse desde una altura de unos 4,3 metros tras deslizarse una tabla del encofrado de la obra en que trabajaba, lo que le ocasionó graves daños corporales (lesiones y secuelas) determinantes de que con fecha 7 de marzo de 2007 el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) le reconociera una incapacidad permanente parcial, siendo responsable del pago la entidad Mutual Midat Cyclops. La Inspección de Trabajo dictaminó que la empresa para la que trabajaba el accidentado (Construccions, Promocions i Estructures Dalmau, S.L.) había incurrido en diversas infracciones en materia de prevención de riesgos laborales y, en concreto, que había omitido medidas de seguridad (falta de arneses de seguridad).
- 2.º) El letrado codemandado, D. Mario, que hasta entonces se había encargado de defender los intereses del citado trabajador en los procedimientos iniciados a raíz del accidente (en concreto, en el procedimiento de impugnación de la resolución de INSS ante la jurisdicción social, en el que el Juzgado de lo Social n.º 2 de Tarragona dictó sentencia de fecha 17 de noviembre de 2008 desestimando dicha impugnación, y antes, en el juicio de faltas n.º 280/2005 seguido ante el Juzgado de Instrucción n.º 5 de Reus, en el que con fecha 29 de agosto de 2005 asistió al Sr. Estanislao durante su declaración como testigo/perjudicado), asumió también el encargo del Sr. Estanislao de formular reclamación contra la empresa presuntamente responsable una vez sobreseídas provisionalmente las actuaciones penales por auto de 16 de febrero de 2006, lo que no llevó a cabo a pesar de hacer creer a su cliente lo contrario, de modo que, al cabo de un año, prescribió la acción de responsabilidad civil extracontractual que pudiera ejercer contra la empresa.
- 3.º) Pese a la falta de constancia documental (no se ha aportado ni original ni copia a las actuaciones), es un hecho admitido (fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida) que el citado letrado figuró como asegurado hasta el 31 de diciembre de 2011 en la póliza colectiva de responsabilidad civil profesional suscrita entre el ICAT y la aseguradora hoy recurrente y, por tanto, que tenía esa condición de asegurado cuando durante el año 2007 prescribió la acción que hubiera debido entablar contra la empresa supuestamente

responsable del accidente, así como que dejó de tener tal consideración a partir de aquella fecha y, en consecuencia, no era asegurado cuando se formuló la demanda de este litigio en julio de 2012.

TERCERO.- El único motivo del recurso de casación se funda en infracción del art. 73 LCS, alegándose la existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de esta sala y por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

En su desarrollo se argumenta, en síntesis, que la sentencia recurrida ha interpretado y aplicado incorrectamente dicho precepto al hacerlo solo en parte y presumir que la póliza suscrita (no aportada documentalmente a los autos) contenía una delimitación temporal de cobertura (claim made) que, de las dos modalidades posibles, era del tipo de «cobertura posterior», esto es, de las que, según dice, posibilitan la cobertura de reclamaciones posteriores a la vigencia del contrato siempre que se realicen dentro de un periodo máximo de un año, cuando en realidad contenía una de la segunda modalidad admisible, del tipo «cobertura retroactiva», por la que se cubren únicamente reclamaciones hechas durante su vigencia aunque respondiera a hechos surgidos con anterioridad, pero nunca reclamaciones posteriores a la extinción de la póliza. En consecuencia, entiende que es errónea la sentencia impugnada al considerar que el abogado codemandado, pese a causar baja en el 2011, siguió estando cubierto por la reclamación realizada durante el periodo adicional («cola posterior») en 2012, pues la falta de aportación de la póliza impide llegar a la conclusión de que la modalidad estipulada era esa y no la contraria. Para justificar el interés casacional invocado cita y extracta las sentencias de esta sala 366/2012, de 19 de junio, 14 de junio de 2011, 40/2009, de 23 de abril, y 283/2014, de 20 de mayo, así como varias sentencias de distintas Audiencias Provinciales.

La parte recurrida se ha opuesto al recurso tanto por causas de inadmisión como por razones de fondo. En cuanto a las primeras alega, en síntesis, que el recurso carece de interés casacional ya que la sentencia recurrida no se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala, refiriéndose las sentencias citadas a supuestos de hecho diferentes, así como errores formales en su planteamiento por invocarse el art. 479.4 LEC, cuando resulta que este precepto solo contiene dos apartados, y estructurarse el motivo en dos alegaciones con la misma denominación («quinta»). En cuanto al fondo, aduce que en todo caso la sentencia recurrida aplica correctamente el art. 73 LCS al constar que el letrado codemandado «pertenecía al

colectivo de abogados y estaba adherido a la póliza de contrato de seguro con la compañía aseguradora Zurich».

CUARTO.- El motivo, y con él el recurso, debe ser desestimado por las siguientes razones:

- 1.º) Como sustancialmente alega en su oposición la parte recurrida, incluso prescindiendo, en lo que respecta a la invocación de interés casacional por jurisprudencia contradictoria, del defecto formal consistente en haberse limitado la parte recurrente a transcribir varias sentencias de distintas Audiencias Provinciales, el motivo incurre en las causas de inadmisión, ahora apreciables como causas de desestimación (entre otras, sentencias 459/2017, de 18 de julio, y 333/2017, de 24 de mayo), de carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4.º LEC) e inexistencia de interés casacional (art. 483.2.3.º en relación con el art. 477.2.3.º LEC), al plantear artificialmente una controversia en torno a la interpretación y aplicación del art. 73 LCS -en particular, respecto de su párrafo segundo sobre la admisión de cláusulas claim made o de delimitación temporal de la cobertura- marginando completamente la auténtica razón decisoria de la sentencia recurrida y a partir de premisas faltas de demostración.
- 2.º) De la lectura del fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida resulta con toda claridad que, por no discutirse ya la existencia de póliza colectiva de seguro de responsabilidad civil entre el colegio profesional al que pertenecía el letrado codemandado cuando tuvo lugar el hecho generador de su responsabilidad y Zurich, el objeto de discusión se limitó al «alcance» de esa cobertura, ya que la compañía de seguros aducía la existencia de un límite temporal en virtud del cual no resultaban cubiertas las reclamaciones realizadas después de que en 2011 dicho letrado dejara de estar asegurado. Esta delimitación del objeto de debate fue congruente con la postura de la aseguradora durante la segunda instancia, cuando, como ahora en casación, se centró en oponer la delimitación temporal de cobertura en los términos antes expuestos.
- 3.º) Fijado en estos términos el objeto de debate, la razón decisoria de la sentencia recurrida consiste en que, a falta de prueba documental sobre el contenido del contrato por no haberse aportado a las actuaciones la póliza en cuestión, no era posible seguir el criterio de la sentencia apelada de considerar probada la existencia de la referida delimitación temporal, por otra parte perfectamente admisible con arreglo al párrafo segundo del art. 73 LCS, y menos

aún en los términos pretendidos por la aseguradora, fundados únicamente en las testificales de su representante y del agente mediador que intervino en la suscripción del seguro, razón por la cual la norma sustantiva aplicable era el párrafo primero, no el segundo, de dicho art. 73 LCS, del que se desprende, según la jurisprudencia de esta sala, que lo determinante no es la reclamación o exigencia de responsabilidad sino el hecho del que esta deriva. Esta y no otra es la verdadera razón por la que la sentencia impugnada concluye que el siniestro por el que el demandante reclamaba estaba sin duda cubierto por el seguro colectivo cuya existencia no se discutía, toda vez que el letrado codemandado figuraba como asegurado de Zurich cuando aconteció el hecho causante de su responsabilidad civil, esto es, cuando por el transcurso del tiempo prescribió la acción que debía haber ejercitado por encargo de su cliente contra la empresa presuntamente responsable del accidente y se frustraron las expectativas de dicho perjudicado de ser indemnizado. Aunque la sentencia no concrete esta fecha, de suyo se entiende referida al momento en que expiró el plazo anual de prescripción de la acción por culpa extracontractual, computado a partir del día siguiente a la fecha en que se sobreseyeron provisionalmente mediante resolución firme las actuaciones penales, es decir, el 16 de febrero de 2007.

4.ª) Este razonamiento nuclear de la sentencia recurrida se ajusta por completo a la jurisprudencia de esta sala sobre la materia, sintetizada en la sentencia 283/2014, de 20 de mayo (también en un caso en que se cuestionaba la eficacia de una póliza colectiva suscrita -con distinta aseguradora- por el ICAT para dar cobertura a la responsabilidad civil de sus abogados), pues siendo oponibles al perjudicado los términos objetivos de la cobertura del contrato de seguro, en particular la existencia de una delimitación temporal de cobertura de las previstas en el art. 73, párrafo segundo, de la LCS (añadido por la d. adicional 6.ª 5 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, BOE de 9 de noviembre) mediante la cual se pueda desplazar la deuda de responsabilidad al momento en que se produzca la reclamación, para que esto suceda es condición indispensable que las cláusulas en cuestión resulten probadas y se ajusten a lo dispuesto en el art. 3 LCS, es decir, que aparezcan destacadas de modo especial en la póliza y sean específicamente aceptadas por escrito, ya que por su naturaleza limitativa de los derechos del asegurado (cubierto, como regla general

del párrafo primero del art. 73 LCS, frente a hechos causantes de su responsabilidad acontecidos durante la vigencia de la póliza independientemente de cuando se formule la reclamación) «han sido aceptadas por la jurisprudencia únicamente en tanto fueran en beneficio y no perjudicaran los derechos del asegurado o perjudicado, reputándose como lesivas en caso contrario».

5.ª) A partir de ese carácter limitativo de las referidas cláusulas, también es acertada la sentencia recurrida cuando imputa a la aseguradora las consecuencias negativas derivadas de la falta de aportación de la póliza y, por tanto, de la falta de prueba de su contenido, consistentes en no considerar aplicable el párrafo segundo del art. 73 LCS por no haberse acreditado que formara parte del contrato una cláusula claim made como la que defendía. No debe olvidarse que la aseguradora fue declarada en rebeldía y que, aun cuando esta situación «no supone una admisión de los hechos de la demanda, ni exige a la parte demandante de la carga de acreditar aquellos en los que se funde su pretensión» (sentencia 1235/2007, de 19 de noviembre), sí precluyó para ella la posibilidad de proponer excepciones o plantear cuestiones distintas de las contenidas en la demanda, en cuya virtud se fijaron definitivamente los hechos controvertidos, sin que con su personación tardía pudiera introducir válidamente hechos nuevos impeditivos, obstativos o extintivos. Pero es que, incluso admitiendo esta posibilidad -como parece que entendieron las sentencias de instancia, pues nada razonaron en sentido opuesto-, era correcto entender que la oposición de dicha limitación temporal de cobertura constituía un hecho impeditivo que solo incumbía acreditar a quien lo alegaba, y con mayor razón en atención a las circunstancias concurrentes, pues el demandante, como perjudicado ajeno a la relación contractual de seguro, no tenía a su disposición dicha documentación contractual -cuya aportación interesó, no obstante, en el acto de la audiencia previa-, y los hechos que sustentaban su pretensión (existencia de póliza de seguro en vigor cuando se produjo el hecho causante de la responsabilidad civil objeto de aseguramiento) ya no se discutían.

6.ª) Sentado todo lo anterior, ni tan siquiera el hecho de que la última parte del fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida aborde la cuestión que ahora se plantea en casación sobre la efectividad de las cláusulas de delimitación temporal de cobertura permite tener por justificado el interés casacional, dado que no tiene la consideración de auténtica razón decisoria



sino la de argumentación a efectos dialécticos o de refuerzo, pues precisamente por no haberse aportado la póliza el tribunal sentenciador no declara probado que una cláusula de delimitación temporal formara parte de su contenido. En consecuencia, el motivo suscita una controversia artificiosa sobre la necesidad de no confundir las dos modalidades de cláusulas claim made que se dicen legalmente admisibles, al soslayar que la sentencia recurrida solo considera su inclusión en la póliza como una mera hipótesis («aunque la aseguradora hubiera incluido en la póliza [...]»).

7.ª) Semejante planteamiento priva de interés casacional al recurso (entre las más recientes, sentencia 459/2017, de 18 de julio, y 518/2016, de 21 de julio), porque amén de que el recurso de casación se da únicamente contra el fallo y los argumentos de la sentencia recurrida que constituyan su razón decisoria, no contra los obiter dicta (por ejemplo, sentencias 520/2011, de 30 de junio, 103/2013, de 28 de febrero, y 325/2015, de 2 de julio), esta concreta modalidad de acceso a la casación va orientada a que esta sala fije la doctrina que se estime correcta (art. 487.3 LEC) respecto de la norma sustantiva



aplicable a la controversia, y en este caso, según los hechos probados y la razón decisoria de la sentencia recurrida, la norma aplicada no ha sido el párrafo segundo del art. 73 LCS sino su párrafo primero. En esta línea, la sentencia 518/2016, de 21 de julio, reiteró que «el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente

existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque el "interés casacional" que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha».

8.ª) En definitiva, ninguna de las sentencias de esta Sala y de distintas Audiencias Provinciales citadas en el recurso dicen nada contrario a la sentencia recurrida, pues esta

nunca niega la posible eficacia de las cláusulas de limitación temporal, y tampoco ninguna de esas sentencias que cita la recurrente considera que, entre las dos modalidades de cláusulas de limitación temporal, tenga que optarse por la menos favorable para el asegurado y el perjudicado, algo que, por demás, entraría en frontal contradicción con el régimen de las cláusulas limitativas al que expresamente se someten las cláusulas de delimitación temporal en el propio art. 73 LCS . De ahí, en suma, que las sentencias de esta sala citadas por la aseguradora recurrente sean en realidad contrarias a sus pretensiones, pues al considerar las cláusulas de limitación temporal como cláusulas limitativas del art. 3 de la LCS exigen, lógicamente, tanto la prueba de su existencia como el cumplimiento de los rigurosos requisitos que la norma impone para la efectividad de todas las cláusulas limitativas.

QUINTO.- Conforme a los arts. 487. 2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la parte recurrente, que además, conforme a la d. adicional 15.ª 9 LOPJ , perderá el depósito constituido.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la codemandada Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, contra la sentencia dictada el 14 de abril de 2015 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona en el recurso de apelación n.º 484/2014 .

2.º- Confirmar la sentencia recurrida.

3.º- E imponer las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

Librese 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.

Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz M. Ángeles Parra Lucán



Por M^a Carmen Ruíz-Matas Roldán
Abogada

La aplicación de las llamadas cláusulas claim made de limitación temporal, que asiduamente nos encontramos formando parte de las pólizas de seguro de responsabilidad civil de abogados, nunca han estado totalmente libres de controversia respecto a su aplicación, siendo muchas las Sentencias de nuestra Jurisprudencia menor que han sostenido criterios distintos a la hora de su interpretación.

En este sentido se ha venido discutiendo si eran contrarias o no a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley del Contrato de Seguro, si eran oponibles al perjudicado reclamante o si debían ser calificadas como cláusulas delimitadoras o limitativas de derechos y con ello serles exigibles los requisitos que dispone el artículo 3 de la misma Ley, es decir, que aparezcan destacadas de modo especial en la póliza y sean específicamente aceptadas por escrito.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa se vuelve a discutir sobre la aplicación de este tipo de cláusulas, así como sobre los criterios que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido marcando a la hora de interpretar el artículo 73 de la Ley del Contrato de Seguro, por cuanto este artículo en su párrafo segundo (añadido por la Ley 30/1995 de Supervisión de Seguros Privados) permite trasladar el momento determinante para la delimitación temporal de la cobertura amparada por una póliza de responsabilidad civil al de la reclamación y no al del siniestro. Se parte de un procedimiento donde la póliza, cuyo contenido es objeto de debate, no fue aportada por ninguna de las partes, por lo que no consta acreditado el contenido real de la misma en cuanto a la cobertura temporal que es lo que las partes discuten y por tanto no queda acreditado si la cobertura acogida en aquella es la que permite dejar bajo cobertura las reclamaciones recibidas hasta un año después de la cancelación del seguro o la modalidad que establece una retroactividad, limitada o no, en relación a la fecha del siniestro pero siempre que la primera reclamación sobre éste se produzca dentro del periodo de vigencia de la póliza. La Sentencia de primera y segunda instancia consideraron que pese a que la primera reclamación que recibió el letrado codemandado fue después de cesar la vigencia de la póliza existía cobertura temporal, por cuanto era un hecho indiscutido que aquel estaba asegurado en el momento en el que comete el error por el que se le demanda y porque además la reclamación se había producido dentro del periodo de un año desde el cese de la póliza, por lo que en atención al contenido del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro debía estimarse la legitimación pasiva de la Compañía y responder de la demanda planteada.

(...) se ha venido discutiendo si eran contrarias o no a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley del Contrato de Seguro, si eran oponibles al perjudicado reclamante o si debían ser calificadas como cláusulas delimitadoras o limitativas de derechos y con ello serles exigibles los requisitos que dispone el artículo 3 de la misma Ley, es decir, que aparezcan destacadas de modo especial en la póliza y sean específicamente aceptadas (...)

COMENTARIO

Sin embargo la Sala Primera del Tribunal Supremo pone el acento en otro argumento más lógico, centrando el objeto de debate, por cuanto considera que habiendo sido alegada la falta de cobertura temporal por la Aseguradora codemandada correspondía a ésta probar los hechos alegados por la misma con carácter impositivo, obstativo o extintivo, siendo lo cierto que la misma además de ser declarada en rebeldía no probó estas excepciones en modo alguno, no habiendo aportado si quiera la póliza cuyo contenido pretendía hacer valer. Por tanto, dado que su argumento de defensa era considerar que la póliza contenía la modalidad de cobertura temporal basada en la necesidad de existencia de reclamación del perjudicado dentro del periodo de vigencia del seguro, debió acreditar tal extremo aportando el documento preciso. Es por tanto esta falta en el cumplimiento de las reglas de distribución de la carga de la prueba la que se reprocha por la Sala a la recurrente, pues el demandante era ajeno a la relación contractual que vinculaba a aseguradora y letrado asegurado, no estando por tanto a su disposición la citada póliza y no siéndole exigible la prueba sobre un hecho impositivo alegado por la codemandada.

Delimitado así el objeto del debate y por tanto el objeto de las Sentencias dictadas en primera y segunda instancia estima la Sala que no existe interés casacional en los términos planteados por la Aseguradora recurrente, pues las Sentencias alegadas no contravienen en modo alguno la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en esta materia, donde se concluye que las llamadas cláusulas claim maide están amparadas por el artículo 73 párrafo 2º de la Ley del Contrato de Seguro, pero siempre que éstas cumplan los requisitos marcados por el artículo 3 de esta misma Ley.



jurisprudencia

Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD CIVIL

Se inadmite el informe pericial de la aseguradora en el procedimiento judicial al no haberse aportado con la oferta motivada en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la LRCSCVM

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 16 de marzo de 2018.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Mascaró Lazcano

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Que por la aseguradora demandada se interpone recurso de apelación contra la sentencia estimatoria de la demanda de reclamación de cantidad, por las consecuencias para la actora del accidente de tráfico a que se refiere el expositivo de la misma, concretadas en las lesiones y secuelas que se detallan en el informe pericial a ella adjunto, así como en el lucro cesante por imposibilidad de dedicación a tareas del hogar. No siendo discutida por responsabilidad la del entidad aseguradora demandada la conductor del vehículo por ella asegurado, la sentencia de instancia consi-

dera ajustada la valoración de ambos conceptos, según la demanda, a la vista del informe pericial emitido por el Dr. Por su parte, la citada recurrente impugna la valoración de las lesiones, en razón a lo que considera improcedente inadmisión de la prueba pericial médica que fue solicitada en su escrito de contestación a la demanda, de conformidad con el art. 337 de la LEC, una vez deducida en el acto de la vista la oportuna protesta contra el auto, de fecha 19 de julio de 2017, desestimatorio de la reposición contra el mencionado acuerdo denegatorio. Dicho auto fundamentaba la denegación en la improcedencia de tal proposición, al no haber hecho uso de la facultad de acudir a dictamen pericial previo a la respuesta u oferta motivada que le concede a la aseguradora el art. 7.2 de la LRCSCVM; lo que, entiende la Juzgadora de instancia, le impide hacer valer en el procedimiento el medio pericial al que dejó de acudir en el trámite prejudicial de determinación del alcance de las lesiones discutidas. No obstante lo cual, por la apelante se mantiene la pertinencia de la prueba denegada, en razón al derecho a la tutela judicial efectiva que, en el presente caso, y al no venir expresamente vedado por el citado art. 7 el acceso a la pericial en el procedimiento, aún en caso de incumplimiento de los deberes del asegurador propios del trámite de reclamación previa, se considera ha de alcanzar

al derecho de defensa, concretado en la plena disponibilidad de los medios probatorios reconocidos en la ley procesal.

Con carácter previo, hemos de precisar que, como no se discute por la apelante, estamos ante el caso de aceptación de la culpa de la aseguradora, con limitación de la materia objeto de controversia a la determinación del alcance de las lesiones producidas a la actora. No discutiéndose tampoco, salvo inconcretas reticencias, la disponibilidad de la lesionada a ser reconocida por el personal médico al servicio de la aseguradora, según contestación dirigida a Allianz por parte de la Sra ..., de fecha 6 de octubre de 2016, posterior al requerimiento cursado por aquella a tales efectos, sin que exista constancia de nueva gestión o requerimiento por parte de la demandada.

SEGUNDO.- Que, expuesta en tales términos la materia objeto de la presente alzada, la Sala no puede compartir los argumentos del recurso, en contra de la desestimación de la prueba pericial propuesta por la citada apelante. Para lo cual tenemos en cuenta que el art. 7 de la LRCSCVM establece una serie de requisitos formales a cumplimentar " con carácter previo a la interposición de la demanda"(apartado 1 , párrafo tercero). Los cuales, como característi-



ca fundamental, responden al establecimiento de un trámite prejudicial, de obligada observancia tanto para el perjudicado como para la aseguradora, con el fin de concretar de forma contradictoria las respectivas posturas de las partes, y con los medios de comprobación que se contemplan a disposición de cada una de ellas, incluido el dictamen médico previo examen del perjudicado. Y, todo ello, en orden a procurar un posible acuerdo, mediante la oferta motivada (apartado 2, párrafo primero); o, en su defecto, y a elección del perjudicado, dar pie al procedimiento de mediación previsto por el art.14 del mismo texto legal, o a la vía jurisdiccional contenciosa.

Nótese, al respecto, que la apertura del trámite prejudicial, obligatorio, de confrontación de posiciones tras la reclamación previa del perjudicado, condiciona hasta tal punto la materia objeto del ulterior procedimiento a que podría avocar la falta de acuerdo, que el párrafo cuarto del apartado 1 del citado art. 7, prevé que "esta reclamación interrumpirá el cómputo del plazo de prescripción desde el momento en que se presente al asegurador obligado a satisfacer el importe de los daños sufridos al perjudicado. Tal interrupción se prolongará hasta la notificación fehaciente al perjudicado de la oferta o respuesta motivada definitiva". Lo cual, conforme a un elemental criterio de interpretación finalista, responde al objeto de que las partes acudan al litigio, en caso de ausencia de acuerdo o mediación, con los suficientes elementos de conocimiento, incluidos los informes médicos oportunos, que permitan concretar las respectivas posturas de las partes. De forma que el ámbito de conocimiento del litigio en el que no exista discusión respecto de la cobertura o la responsabilidad de la Aseguradora por las consecuencias de accidente de circulación de vehículos de motor, quede concretado, no en la investigación de la existencia de las lesiones y su alcance, sino en la determinación acerca de cuál de las dos posiciones confrontadas al respecto merece en mayor medida el amparo del Tribunal, según las informaciones recabadas en el trámite prejudicial, incluida la evacuación de los correspondientes dictámenes facultativos, incluida la posibilidad de promover la emisión de informe médico-forense. Pues cualquier otra interpretación de la que hubiera de concluirse la facultad de la aseguradora de solicitar en el procedimiento la prueba pericial, que no solicitó en el trámite prejudicial, abocaría al retorno a la situación preexistente a la reforma operada por Ley 35/2015 de 22 de septiembre, en la que la valoración prejudicial del alcance de los daños quedaba supeditada al trámite

facultativo del art. 38 de la LCS; provocando, además, un evidente desequilibrio entre las posiciones de ambas partes, contrario al deber recíproco de colaboración contempla el art. 37 de la LRCSCVM, al permitirse a la aseguradora desvincularse del trámite de valoración previo, al tiempo que la cumplimentación del mismo se contempla para la víctima como requisito de procedibilidad, por su exigibilidad imperativa para la admisión a trámite de la demanda conforme al apartado 8 de su citado art.7.

En esta ponderación a acerca del equilibrio de medios probatorios entre ambas partes, abunda precisamente el sentido de la sentencia de la Secc. 3ª de esta A. Provincial de Granada, de 20 de junio de 2017, según la cual "la aseguradora contra la que se dirige la reclamación en este litigio, con la misma denominación MAPFRE que la compañía que resulto demandada en pleito anterior por la actora, y con la misma asistencia letrada, no explica, porque tuvo conocimiento de los informes obrantes en proceso anterior, después de su oferta de 2.040 euros, sin justificar que conociera la existencia del pleito anterior después de realizarla, omitiendo, a los efectos del artículo 7.3. c) LRCSVM, los criterios de su propuesta de acuerdo con el Título IV y el Anexo de esta Ley, no incluyendo de forma desglosada y detallada, los documentos, informes o cualquier otra información de que se disponga para la valoración de los daños, incluyendo el informe médico pertinente, no respetando en consecuencia lo dispuesto en el artículo 37 de la norma legal antes citada, y los deberes de recíproca colaboración que impone".

TERCERO. - Que, a la vista de lo anterior, es claro que no estamos ante un caso de limitación del derecho de defensa, por improcedente denegación del acceso a los medios de prueba reconocidos a favor de cualquiera de las partes en el litigio. Antes al contrario, nos encontramos ante el desplazamiento del trámite de valoración y determinación del alcance de las consecuencias dañosas, el cual, conforme a la especialidad que en esta materia establece el repetido art.7 de la LRCSCVM, se anticipa a la fase prejudicial, obligatoria y contradictoria que en el mismo se regula. De tal forma que no nos encontramos ante interpretación favorable a limitación alguna de medios de defensa, con tintes de sumariedad, en perjuicio de la aseguradora; sino ante las consecuencias de la pasividad de la compañía en la intervención en el trámite previo de conformación de los elementos de conocimiento que permiten a ambas partes, con todas las garantías, acudir al litigio en caso de ausencia de acuerdo o mediación;

impeditiva de la posibilidad de admisión en el procedimiento de aquellos medios de defensa que omitió en el momento legalmente previsto al efecto. Siempre en el bien entendido que tan solo se limita la posibilidad de proponer prueba pericial médica con reconocimiento del perjudicado, para valorar la situación que debió ser concretada por la participación de la compañía en el trámite prejudicial. Pero no de aquellos otros medios, incluso periciales, que vinieran a desvirtuar la posición mantenida en la demanda, como pudieran ser los derivados del acaecimiento de hechos nuevos, o bien de la constatación (documental o testifical) de hechos contradictorios con el estado residual subsiguiente a la emisión de los informes de la demanda.

Como es reiterada línea de criterio del T. Constitucional, citando, por todas, la sentencia de 21 de enero de 2008, la " ... indefensión adquiere relevancia constitucional cuando la indefensión es material, esto es, real y efectiva , e imputable a la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional , estando excluida del ámbito protector del art. 24.1 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representan o defienden (entre otras muchas, SSTC 101/1989, de 5 de junio, FJ 5; 237/2001 , de 18 de diciembre, FJ 5 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 87/2003, de 19 de mayo, FJ 5; 5/2004 , de 16 de enero , FJ 6; y 141/2005, de 6 de junio, FJ 2) ", Por lo cual , decae la ale-

gación de indefensión por parte de la compañía que pretende reproducir una improcedente valoración pericial , mediante proposición de la misma prueba a la que , pudiendo hacerlo, dejó de acudir en el trámite prejudicial obligatorio e idóneo para los fines de conocimiento intentados .

Por todo ello, y considerando que la valoración probatoria de la sentencia de instancia, se ajusta a los criterios de objetividad y racionalidad en la determinación de la cuantía por la que se dictó el pronunciamiento de condena impugnado, procede, y con remisión en lo demás a los acertados razonamientos de la sentencia de instancia, la desestimación del recurso.

CUARTO.- Que, de conformidad con el art. 398 de la LEC, procede imponer las costas de la presente alzada a la parte apelante.

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

FALLO

Se desestima el recurso, condenando a la parte apelante al pago de las costas del recurso.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno. Así, por esta sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.



Desde que empezara a aplicarse el nuevo Baremo de Tráfico (RDLeg 8/2004, modificado por la Ley 35/2015), han sido numerosas las incidencias y controversias que se han suscitado en la praxis judicial, no exentas de distintas interpretaciones, en algunas ocasiones opuestas frontalmente; ejemplo de ello es la disyuntiva de si había o no que presentar reclamación previa para accidentes anteriores a 2016, la cuantificación o no de la reclamación previa por parte del perjudicado, la necesidad o no de hacer reclamación previa para la reclamación de daños materiales y un sinfín de cuestiones que poco a poco irán teniendo respuesta o acogida por la Jurisprudencia, de momento sólo menor.

El incumplimiento de los deberes que los artículos 7 y 37 imponen a la aseguradora no iba a ser menos; así las cosas, viene siendo práctica habitual que la aseguradora no responda a la reclamación del perjudicado o, de hacerlo, emita oferta o respuesta motivada sin que las mismas se sujeten a los requisitos exigidos, a saber:

Artículo 7. Obligaciones del asegurador y perjudicado.

3. Para que sea válida a los efectos de esta Ley, la oferta motivada deberá cumplir los siguientes requisitos:

c) Contendrá, de forma desglosada y detallada, los documentos, informes o cualquier otra información de que se disponga para la valoración de los daños, incluyendo el informe médico definitivo, e identificará aquéllos en que se ha basado para cuantificar de forma precisa la indemnización ofertada, de manera que el perjudicado tenga los elementos de juicio necesarios para decidir su aceptación o rechazo.

Artículo 37. Necesidad de informe médico y deberes recíprocos de colaboración.

3. Los servicios médicos proporcionarán tanto a la entidad aseguradora como al lesionado el informe médico definitivo que permita valorar las secuelas, las lesiones temporales y todas sus consecuencias personales. A los efectos del artículo 7.3.c) de esta Ley, carecerá de validez la oferta motivada que no adjunte dicho informe, salvo que éste se hubiera entregado con anterioridad.

Por otra parte, es de reseñar también la Guía de Buenas Prácticas para la Aplicación del Baremo de Autos, en el que se viene a censurar este tipo de actuaciones:

2:3 APORTACIÓN DE INFORME MEDICO EN EL CASO DE OFERTA O RESPUESTA MOTIVADA

2:3:2-2. No obstante, si el lesionado aporta informe médico pericial, la entidad tendrá que aportar informe médico definitivo conforme al art. 37.3 LRCSCV.

2:3:3. Informe médico en los casos de oferta motivada relativa a las secuelas

2:3:3-1. En los casos de reclamación de secuelas, si el lesionado aporta un informe médico asistencial o pericial, de acuerdo con lo que dispone el art. 7. 1 LRCSCVM, la entidad siempre tendrá que aportar informe médico definitivo. En estos casos, si el lesionado aporta un informe médico pericial con la puntuación otorgada y la codificación de secuelas, la buena práctica exige que en el informe médico definitivo de la entidad también se indiquen los puntos asignados a cada secuela y la

COMENTARIO

codificación que le corresponda. 2:3:3-2. No obstante, en el caso de secuelas que deriven de un traumatismo menor de columna vertebral, solo será necesario que la entidad aporte informe médico definitivo si el lesionado aporta informe médico pericial concluyente que acredite la existencia de la secuela, de acuerdo con lo que establece el art. 135.2 LRCSCVM. De acuerdo con lo indicado en el apartado 2:2:2-2, a) en este caso la buena práctica permite que los puntos asignados a cada una de las secuelas y la codificación que les corresponda consten en la oferta motivada o en el informe médico definitivo que se adjunte a ella. En los casos de traumatismos menores de columna vertebral sin secuelas, la buena práctica permite que la entidad base su oferta motivada en la documentación médica aportada por el lesionado.

2:3:4. Aportación de informe médico en los casos de respuesta motivada

2:3:4-2. Por el contrario, la entidad aseguradora deberá aportar el informe médico definitivo que requiere el art. 7.4.b) LRCSCVM en los casos en que la respuesta motivada se base en la negación de la existencia de lesiones temporales o secuelas o del nexo causal respecto a ellas.

Esto ha conllevado que se haya planteado la alegación de aportación extemporánea de los informes periciales de la aseguradora en el seno del procedimiento, ya sea verbal u ordinario, si a la citada oferta o respuesta motivada no eran acompañados dichos informes periciales –médicos, de daños, de biomecánica o de cualquier otro tipo-. En el presente comentario nos centraremos en el informe pericial médico, bien entendido que le es perfectamente aplicable a los demás informes periciales. Son tres las posturas adoptadas por nuestros tribunales de primera instancia:

- Primera postura: aquellos Juzgados que consideran que los artículos 7 y 37 de la Ley 35/2015 no derogan ningún precepto de la LEC y que, por tanto, procede la aportación de informes periciales y el reconocimiento del lesionado al amparo del art. 336.5 de la LEC; pues bien, esta postura a nuestro entender, no resulta la más acorde con el espíritu de la Ley 35/2015 y la Guía de Buenas Prácticas, esto es, que ambas partes antes de la contienda judicial pongan todas las cartas sobre la mesa; así, el lesionado está obligado a facilitar cuanta documentación médica, asistencial o pericial tenga con ocasión de sus lesiones, no pudiendo reservarse documento alguno en la fase de reclamación previa, sin embargo está siendo una práctica habitual que las aseguradoras no aporten el informe médico definitivo junto con la oferta o respuesta motivada, si es que la remiten al lesionado, porque en muchas ocasiones ni siquiera hay contestación a dicha reclamación –ni respuesta ni oferta motivada-. Esta práctica constituye a nuestro entender un abuso por parte de las aseguradoras que no facilitan al lesionado la documentación de que dispongan para que éste pueda plantearse si pleitear o no, quedándole como única opción la reclamación judicial ante el desconocimiento de los informes existentes, con la imposibilidad además de acudir al Instituto de Medicina Legal (IML). Por si ello fuera poco, dicha actitud además vulneraría la normativa en cuanto a la protección de datos (LOPD).

- La segunda postura, que entendemos la más correcta, está siendo la no aceptación de dichos informes periciales ni siquiera con la contestación a la demanda, es decir, el juzgador interpreta que al haberse vulnerado los artículos 7 y 37 de la Ley 35/2015, normas especiales que prevalecen sobre la LEC (teniendo además mismo rango normativo), no cabe posibilidad de que la aseguradora puede aportar al proceso, ni siquiera con la contestación a la demanda, los informes periciales que considere (ni médicos, ni de biomecánica, ni de daños, etc.). Resulta lógico puesto que la obligación para ambas partes es la puesta en escena de todo el material probatorio que tengan y no esperar al proceso judicial para su aportación con clara vulneración del principio de buena fe, entre otros,

Esta Sentencia es la primera a nivel nacional de una Audiencia Provincial que interpreta el incumplimiento por parte de la aseguradora de los citados preceptos, en el sentido de no permitir de forma posterior, ya en el proceso, la aportación del informe pericial médico, por las argumentadas razones que constan en la meritada Sentencia.

además de que, al tratarse la reclamación previa como requisito de procedibilidad del art. 403 de la LEC (carga que tiene que soportar el lesionado, antiguamente prerrogativa establecida únicamente para la Administración Pública), por el principio de reciprocidad cabría entender *a sensu contrario* que también es un requisito para su admisión la remisión al lesionado de dichos informes antes del proceso judicial. De no ser así volveríamos al estado anterior a la Reforma, tal y como apunta la Sentencia que se analiza.

Esta Sentencia es la primera a nivel nacional de una Audiencia Provincial que interpreta el incumplimiento por parte de la aseguradora de los citados preceptos, en el sentido de no permitir de forma posterior, ya en el proceso, la aportación del informe pericial médico, por las argumentadas razones que constan en la meritada Sentencia.

Por último, la Sentencia cierra la puerta al alegato de indefensión: "...decae la alegación de indefensión por parte de la compañía que pretende reproducir una improcedente valoración pericial, mediante proposición de la misma prueba a la que, pudiendo hacerlo, dejó de acudir en el trámite prejudicial obligatorio e idóneo para los fines de conocimiento intentados."

A mayor abundamiento, el art. 247.2 de la LEC ampararía además este rechazo a la admisión del informe pericial aportado por la aseguradora de forma extemporánea.

-Hay una tercera interpretación, algo más ecléctica, que consiste en admitir los informes periciales a pesar de no haberlos acompañado a la oferta o respuesta motivada, pero siempre y cuando se haga en el plazo y con la contestación a la demanda o bien se justifique su imposibilidad de aportación en dicho plazo. Esta postura da preferencia a la norma procesal (arts. 337 y 336.4 de la LEC) sobre la especial (arts. 7 y 37 de la Ley 35/2015) pero en caso de no aportar la pericial junto con la contestación exige a la aseguradora que justifique el motivo de su no aportación. Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 35/2015 ya se habían pronunciado algunos Tribunales sobre esta posibilidad: STS 27-12-2010 (n.º 872/2010, Ponente Sr. Xiol), SAP Segovia de 28-01-2015 y SAP Madrid 14-12-2009 (n.º 715/2009, S. 20).

La segunda opción entendemos también sería predicable respecto de la proposición de informe pericial judicial, por cuanto que, en definitiva, se trataría con ello de eludir las consecuencias que su incumplimiento doloso y voluntario acarrearía, esto es, la inadmi-

COMENTARIO

La Sentencia cierra la puerta al alegato de indefensión: "... decae la alegación de indefensión por parte de la compañía que pretende reproducir una improcedente valoración pericial, mediante proposición de la misma prueba a la que, pudiendo hacerlo, dejó de acudir en el trámite prejudicial obligatorio e idóneo para los fines de conocimiento intentados."

sión de su informe pericial por no aportar informe médico definitivo con la oferta o respuesta motivada; como decimos, en nuestra opinión quedará vedada dicha posibilidad ya que ello constituiría un auténtico fraude procesal y abuso de derecho.

Por último, considero que el incumplimiento a los meritados arts. 7 y 37 no sólo daría lugar a la inadmisión de los citados informes periciales, como así ha sostenido la AP de Granada, sino que además la vulneración del art. 7.2 conllevaría, a nuestro entender, la imposibilidad de alegar por parte de la compañía de seguros aquellas excepciones o razones para no hacerse cargo del siniestro (ex art. 7.4); es decir, la ausencia de oferta o respuesta motivada impediría a la aseguradora alegar supuestos como la falta de aseguramiento o de cobertura, por ejemplo, ya que, pudiendo haber advertido al perjudicado en la fase prejudicial, habría guardado silencio de forma intencionada para generar un procedimiento judicial que no debió nunca iniciarse, con los perjuicios para el perjudicado, algo que parece lógico por cuestiones de buena fe (podríamos considerar que se trataría de una aceptación tácita de la reclamación, por el mero hecho de no contestarla). De no ser así quedaría vacío el contenido de los citados preceptos, erigiéndose pues en una exigencia de obligatoriedad únicamente para el perjudicado y no para la aseguradora, algo inaceptable en nuestra opinión. Las Audiencias Provinciales irán clarificando todas estas cuestiones y, en última instancia, el Tribunal Supremo, mientras tanto el debate está servido...



perlas cultivadas

por José María Hernández - Carrillo Fuentes
Abogado

La sentencia nº 38/18, de 20 de marzo, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra, -en ponencia de su Presidente, Ilmo. Sr. Cobo Sáenz- del popularmente conocido como caso “La manada”- contiene necesariamente un pronunciamiento en su Fundamento de Derecho Octavo sobre la responsabilidad civil:

“El delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal, en el subtipo agravado del número 4., lleva aparejada la responsabilidad civil, que en este caso se concreta en la obligación de indemnizar los perjuicios materiales y morales.

Por parte del Ministerio Fiscal las acusaciones particulares y las acusaciones populares, se reclama la indemnización por el daño moral inferido a la denunciante, ---se presenta como especialmente relevante ---, pues mediante él se trata de atender, en la medida de lo posible, el quebranto que en su integridad personal, desarrollo vital y

perspectivas de evolución, en todos los ámbitos de su vida, apenas alcanzada la mayoría de edad, se causó a la denunciante por el delito cometido por los procesados.

Tiene declarado con reiteración la Sala Segunda del Tribunal Supremo que la traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal de instancia (vid por todas STS 2ª 62/2018 de 5 de febrero) .

Asimismo es doctrina consolidada de dicha Sala Segunda que: “... ” dada la ausencia de regulación objetiva de las bases atendibles a la hora de

determinar las cuantías indemnizatorias por daño moral, el concreto «quantum» aplicado en tales supuestos por vía de responsabilidad civil se entenderá ajustado a las reglas de la lógica cuando reúna el doble requisito de no haberse superado las cantidades solicitadas por las partes acusadoras y de que las cuantías solicitadas se acomoden a pautas razonables, en el sentido de no resultar excesivas”(STS 467/2012 de 11 de mayo 177/2016 de 2 de marzo), por otra parte la motivación fluye de los hechos probados, debiendo recordar al respecto que para su concesión,- “no es preciso que los daños morales tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas”,(STS 59/2016 de 4 de febrero).” (vid STS 2ª 493/2017 de 29 de junio) .

En nuestro caso, la valoración del daño moral, no se basa simplemente en aquella “evaluación global de la reparación debida a la víctima” ; declaramos probado y lo justificamos en nuestra valoración de la prueba que : “... Con carácter previo a los hechos “ la denunciante” no presentaba ningún trastorno de la personalidad ni antecedentes de desestabilización psicológica, por el contrario tenía una adecuada adaptación en los distintos ámbitos (personal, educacional, social y familiar) ; como consecuencia de los mismos sufre trastorno de estrés postraumático . A partir del mes de septiembre de 2017, está recibiendo de forma continuada tratamiento psicológico administrado por el Centro de Atención Integral a Mujeres Víctimas de Agresión Sexual de la Comunidad de Madrid (CIMASCAM) ; no es posible la valoración de secuelas psicológicas al ser preciso que

transcurra un tiempo de alrededor de dos años desde la producción de los hechos .”.

Por tanto no se trata solo de valorar pecuniariamente, el sentimiento de indignidad, lastimada o vejada, que ciertamente en este caso fluye con naturalidad de los hechos ; contamos con otros factores de ponderación, que nos permiten fijar la indemnización por el daño moral padecido por la denunciante, atendiendo a bases más sólidas.

Nos remitimos a cuanto argumentamos, “in extenso”, en el Fundamento de derecho tercero de esta sentencia, especialmente en los extremos del mismo en que valoramos contradictoriamente, la prueba de cargo concretada en el informe de las Psicólogas Forenses : E G A y M M L, que obra a los folios 1239 y stes. y fue sometido condiciones de efectiva contradicción en la sesión de juicio oral que se celebró el 21 de noviembre. Así como la prueba de descargo consistente en el informe pericial, elaborado por el psiquiatra A S C y la psicóloga O Et, obrante a los folios 1362 y ss., sometido a contradicción en igual sesión juicio oral.

Como, hemos expresado, avalamos el criterio de los peritos forenses y declaramos probado, que como consecuencia de los hechos sufre un trastorno de estrés postraumático, el cumplimiento de todos los criterios, quedó suficientemente justificado frente a las objeciones planteadas por los peritos de la defensa.

Y recordamos que en cuanto al cumplimiento de los criterios C - evitación conductual/cognitiva: evitación de recuerdos y pensamientos - y D - Alteraciones cognitivas y estado de ánimo negativo: estado emocional negativo per-

sistente (culpa, vergüenza, enfado) y disminución de interés en actividades significativas - ; tomamos de modo singular en consideración que durante su declaración en el acto de juicio oral, la denunciante expresó, las razones por las que después de los hechos trató de mantener una apariencia de vida normal, en todos sus ámbitos incluida la actividad en las redes sociales, a pesar de los sentimientos que le abrumaban y el desasosiego que le embargó al conocer que existían vídeos y pensaba que cualquier persona con la que se encontraba en la calle le podía identificar, así como la trascendencia mediática del caso .

A nuestro juicio resulta incontestable, que una persona que entiende haber sufrido un suceso traumático con la dimensión conferida a nivel institucional y mediático, trate de hacer todo lo posible, para normalizar su vida en todos los aspectos, actuación de recuperación, en la que afortunadamente dispuso de un importante apoyo familiar y de su entorno social más próximo.

Es irrefutable que los síntomas intrusión y su estado de ánimo negativo se agudizaron al tener conocimiento de que había sido objeto de seguimiento por detectives privados, la sensación de intromisión en su ámbito más restringido de intimidad, así como la preocupación sobre su libertad y seguridad que ello le produjo .

Consideramos que estas reacciones y actitudes frente a conductas difícilmente justificables, son perfectamente comprensibles ante la percepción de esta inmisión en su privacidad .

La ampliación propuesta por Letrado Sr. . A M B, se elaboró por dichas detective: “...B completamos el informe de redes sociales de Doña aportando la



imagen adjunta tomada de su red de "Instagram" el día 19 de Septiembre de 2017 a las 11.15 horas y publicada 11 horas antes de dicha captura." y en el mismo se inserta una fotografía, con el contenido que es de ver en el acta correspondiente a la sesión del juicio oral celebrada el 13 de noviembre.

En nada desvirtúan nuestras consideraciones al respecto, esta prueba de descargo en parte como vemos carente de validez .

Dicha prueba de descargo, parece ignorar deliberadamente que se trata de una persona joven -los hechos sucedieron muy poco después de alcanzar la mayoría de edad-, que debe superar este trance. El mundo no se paró para la denunciante, la madrugada del 7 de julio. Las psicólogas forenses, han informado sobre la conveniencia de que retome su vida en todos los ámbitos -familiar, social, educativo...-, Siendo complejo el proceso de recuperación que está siguiendo. Tiene toda

una vida por delante y no se observa que en modo alguno haya de llevar una vida de ermitaña.

Por estas razones ponderando cuantas circunstancias hemos apreciado, consideramos razonable y proporcionado, fijar la cuantía de la indemnización por el exclusivo concepto que se postula la misma - daño moral-, en la suma de 50.000 €, a cuyo pago condenamos a los procesados conjunta y solidariamente."

El auto nº 327/17, de 24 de abril, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada- en ponencia de su (entonces) Presidente, Ilmo. Sr. Requena Paredes-, constituye un resorte legal necesario en esta época en que es cosechar obtener una negativa a la personación de una compañía Aseguradora de Seguro Obligatorio y/o Voluntario de automóviles en un procedimiento penal con objeto de obtener copia del Atestado instruido por la fuerza pública: el artículo 7.1 párrafo 5º de la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor lo autoriza:

“PRIMERO.- Procede por los propios fundamentos en que se basa el recurso de apelación, que son reiteración de lo invocado antes por vía de recurso de reforma, acceder a la personación de la entidad apelante por estar legitimada activamente, esto es, tener interés legítimo para solicitarlas diligencias instructoras del trágico accidente en el que se vio implicado un conductor asegurado en esa sociedad apelante. Así, las cosas, dado que el art 7.1 en su párrafo quinto La Ley Sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, prevé en su párrafo quinto que : “ La información de interés contenida en los ates-

tados e informes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad encargadas de la vigilancia del tráfico que recojan las circunstancias del accidente podrá ser facilitada por éstas a petición de las partes afectadas, perjudicados o entidades aseguradoras, salvo en el caso en que las diligencias se hayan entregado a la autoridad judicial competente para conocer los hechos, en cuyo caso deberán solicitar dicha información a ésta” no se entiende a comprender la retención a entregar testimonio o copia autorizada del atestado de tráfico comprensivo de las conclusiones, comprobaciones y estimaciones y estudios realizadas en el lugar del siniestro.

Por otro lado tampoco se entiende que, si para obtener de la secretaría esa documentación autenticada, la ley exige como modo de justificar el interés legítimo en recibir esa documentación, de la previa personación al que antes nos referíamos, que también se deniegue la misma tan íntimamente unidas a ambas aspiraciones, que causa indefensión y priva a la parte de un derecho que le pertenece taño si las diligencia están en trámite como si lo están sobreseídas o archivadas, y sin que una vez facilitada la documentación siga estando legitimada activamente como parte, dados los términos de su personación y finalidad. “



El Derecho siendo una ciencia, no es exacta, ni en todo caso, ocurre en cada supuesto como en similares antecedentes, de modo que en un proceso penal en el que el Ministerio Fiscal siempre sostuvo una tesis absolutoria, manteniendo no obstante la acusación particular su tesis condenatoria, cuando finalmente ve desestimada su acusación resultando absuelto el acusado no inexorablemente le han de ser impuestas las costas, pues no necesariamente actuó con temeridad. En este modo razona la sentencia nº 419/2014, de 16 de abril, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo:

“--- tenía razones para suponer que le asistía el derecho; siendo generalmente válida, a estos efectos, una referencia a la actuación del Ministerio Fiscal, por el carácter imparcial de la Institución, de tal modo que alguna sentencia de esta Sala ha llegado a decir que existe temeridad cuando la pretensión de la acusación particular supera ampliamente tanto la petición del Fiscal como la considerada ajustada a Derecho por el Tribunal. Resta por decir que la temeridad o la mala fe pueden aparecer en cualquier momento de la causa, sin que sea preciso que se aprecien desde el inicio de la misma (Cfr. SSTS de 18 de febrero, 17 de mayo, 5 de julio, 19 de junio de 2004 y de 25 de enero de 2006, entre otras, como la más reciente: STS 899/2007, de 31 octubre).

La sentencia recurrida a pesar de citar la Sentencia de esta Sala Casacional núm. 830/2012 de 30 octubre, y alegar que ésta trata un caso similar al que ahora se resuelve, impone las costas procesales por temeridad a la parte recurrente, que ejerció la acusación particular en la causa. Como es de observar en este precedente, el Tribunal Supremo termina por concluir que a pesar de resultar «un tanto inconsistente la pretensión acusatoria y no sosteniendo el Fiscal la acusación en momento alguno, mediaron dos resoluciones de la Audiencia Provincial que imponían la continuación

de las diligencias y la celebración del juicio oral». Y finaliza: «de ahí que la querellante tenía el amparo de la Audiencia para seguir manteniendo su acusación, luego su intervención en el proceso no puede calificarse de temeraria o de mala fe».

El caso tiene verdaderamente similitudes, puesto que aquí también, por dos veces, la Audiencia revocó el sobreseimiento y ordenó la continuación del juicio oral.

Así es de ver que en el presente caso el Ministerio Fiscal interesó el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones en la fase de instrucción judicial en repetidas ocasiones y el Juez de Instrucción accedió dictando en dos ocasiones Auto que así lo acordaba, resultando que recurridas aquellas decisiones ante la Audiencia Provincial, motivó que se estimasen los recursos de los querellantes para que prosiguiese la instrucción de la causa. El Ministerio Fiscal, sin embargo, siempre mantuvo una línea absolutoria, y en la vista oral celebrada no modificó sus conclusiones provisionales y mantuvo la petición de absolución de los acusados.

Ahora bien, en cuanto a lo aquí debatido hemos de convenir, para estimar el motivo, que la STS 384/2008, de 19 junio, ya expone que no puede haber condena en costas por temeridad o mala fe, cuando la califica-

ción instada por esa parte inicialmente no resultaba en modo alguno descabellada ni temeraria, como lo demuestra la propia actividad desplegada en este sentido por los órganos judiciales que controlaban la instrucción y la fase intermedia del proceso penal (abriendo el juicio oral).

Y, en realidad, lo que nos lleva a estimar el motivo, más que eso, que en realidad es un presupuesto de la apertura del juicio oral, son las razones ofrecidas por la Sala sentenciadora de instancia para declarar el ejercicio de la acción penal como temerario.

El Tribunal «a quo» nos dice que, en efecto, la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, permitió que prosiguiera la tramitación de la causa, y finalmente ordenó que la controversia se resolviese definitivamente en la vista oral, como así ha sucedido.

Pero no compartimos, sin embargo, las razones expuestas en el fundamento jurídico undécimo que se refieren a la «sorpresa» que ha causado a los juzgadores de instancia el hecho de que la acusación particular no hubiese ofrecido como testigos a los propios querellantes, puesto que tal comportamiento forma parte de una estrategia procesal perfectamente legítima sobre la que el Tribunal sentenciador no puede entrar a realizar

valoraciones, y menos para deducir de ello la condena en costas procesales por temeridad procesal a dicha parte.

De igual forma, se argumenta que los peritos de parte ofrecieron unas posiciones más sólidas en sus conclusiones periciales, «de superior

convicción a las del perito judicial». Este argumento también lo consideramos extraño para la imposición de costas por temeridad, y al contrario, si el perito judicial concluía a favor -en mayor o en menor medida- de la línea mantenida por la acusación particular, menos razones existen para

imponerle las costas por temeridad procesal.

Es por ello que estimaremos este motivo, y suprimiremos en segunda sentencia que dictaremos a continuación de ésta, la condena en costas procesales por temeridad procesal”

Son copiosas las resoluciones en las Audiencias Provinciales que se apartan de las conclusiones de los informes biomecánicos y de la presunta certeza que los mismos tratan de imponer respecto a la imposibilidad de que de sus conclusiones, pueda devenir nexo causal con las lesiones que de los mismos se pretenden, en tal sentido, el auto nº 18/18, de 24 de enero de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Sevilla:

“Teniendo en cuenta el artículo 135 de la ley 35/15 que acude a los parámetros valorativos de exclusión, cronológico, topográfico y de intensidad para dirimir el difícil campo de los traumas cervicales derivados del impacto en el tipo de siniestro en el que nos encontramos, no podemos por menos que afirmar la relación causal que niega la sentencia. La resolución acierta a la hora de valorar los hechos porque los lesionados acuden raudos a un cen-

tro médico de urgencia para ser asistidos y allí se indican las contracturas que son las que el informe forense corrobora de modo inobjetable. Es la prueba médica a tener en cuenta que sustenta la razón de decidir del Juzgador de la Primera Instancia. A lo sumo pudiera existir una duda sobre la prueba que, en todo caso, debe despejarse en favor de los lesionados, habida cuenta del sistema del seguro obligatorio y de las reglas sobre la carga de la pue-

ba, tratándose de lesiones y secuelas habidas en este tipo de siniestros, regla que beneficia a la víctima. Es el ejecutado, el litigante que tiene que probar la inanidad de los argumentos del actor. No lo ha hecho, antes, al contrario, hay prueba de la relación causal que viene negando. El informe biomecánico puede establecer la levedad de la colisión, pero no puede concluir sobre las consecuencias lesivas en la integridad física de nadie.”

No es soslayable la importancia de la sentencia de pleno del Tribunal Constitucional nº 1/2018, de 11 de enero, respecto del Art. 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro-defensa jurídica- pues declara la nulidad del precepto que “prescinde de la voluntad de una de las partes en el sometimiento a arbitraje de cualquier controversia que pueda suscitarse en relación con el Contrato de Seguro”:

“4. Una vez recordada la doctrina de este Tribunal acerca del arbitraje y confirmada la constitucionalidad del mecanismo cuando es fruto del concurso de voluntades de ambas partes del litigio, las cuales voluntariamente desplazan el juego del artículo 24 CE o lo que es lo mismo, renuncian expresa y puntualmente al ejercicio del derecho a la tutela de los jueces y magistrados para someterse a la decisión arbitral, debemos plantearnos si se alcanza la misma conclusión cuando la sumisión a este mecanismo de

resolución de conflictos queda en manos de uno solo de los litigantes, como sucede en la norma recogida en el artículo 76 e) LCS.

Dicha norma forma parte de la regulación del denominado contrato de seguro de defensa jurídica, En el seno de un contrato de este tipo, el precepto cuestionado dispone que el asegurado «tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro». Como se ve, la norma no contiene un mandato para el asegurado en el sentido de que deba acudir en todo caso al arbitraje, sino que se trata de una vía alternativa a la jurisdicción que se pone a su disposición si se da el conflicto que la norma contempla, pudiendo el asegurado optar por dicha vía, sin que medie el consentimiento del asegurador.

....

Sin embargo, el servicio a un fin constitucionalmente lícito no justifica en este caso la consecuencia jurídica cuestionada, la restricción al derecho fundamental que el arbitraje obligatorio supone. Dicha restricción deriva de que el sometimiento de la cuestión a arbitraje se impone por la sola voluntad de una de las partes del contrato, de modo que establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial de la otra que es contrario al derecho de todas las personas «a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos» (en similares términos, STC 174/1995, FJ 3). Dos son los efectos que se derivan del precepto: el primero, la obligación de una de las partes, por voluntad de la otra, de someter la cuestión a arbitraje y, por tanto, a estar y pasar por lo decidido en el laudo, y el segun-

do, el efecto de impedir a los jueces y tribunales conocer del litigio sometido a arbitraje, pues el control judicial del laudo arbitral no comprende el fondo del asunto.

Por tanto, la imposición de un arbitraje como el previsto en el artículo 76 e) LCS vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, pues impide el acceso a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de justicia que, ante la falta de la voluntad concurrente de los litigantes, son los únicos que tienen encomendada constitucionalmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). El precepto ha eliminado para una de las partes del contrato la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, en cuanto fija una vía alternativa excluyente de la jurisdiccional, cuya puesta en marcha depende únicamente de la voluntad de una de las partes. Como recuerda la STC 174/1995, FJ 3, «la primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella». Por ello, resulta contrario a la Constitución que la Ley de contrato de seguro suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje, deneándole la posibilidad en algún momento de solicitar la tutela jurisdiccional.

A este Tribunal no le corresponde establecer cuál sea la interpretación correcta del Derecho de la Unión. Pero sí debe constatar que, tanto en el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE, como en su

precedente, el artículo 6 de la Directiva 1987/344/CEE se afirma que se preverá un «procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad». Tal como puede constatar, no se prevé que, optando por uno u otro, dicho procedimiento excluya el acceso a la jurisdicción ordinaria. Y también se establece que la instauración de dicho procedimiento se hace «sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional», sin precisar cuál deba ser y cómo deba funcionar.

Resulta entonces que, aunque «[l]as exigencias derivadas del Derecho de la Unión no pueden ser irrelevantes a la hora de establecer los márgenes constitucionalmente admisibles de libertad de apreciación política de que gozan los órganos constitucionales» [STC 20/2014, de 10 de febrero, FJ 3 a)], la norma nacional no ha apurado el margen de apreciación que le otorgaba la europea a fin de permitir una transposición que concilie, en la mayor medida posible, el cumplimiento pleno y tempestivo de las obligaciones del Estado en el seno de la Unión con las exigencias constitucionales del artículo 24 CE en relación con el arbitraje (en un sentido similar, STC 141/2016, de 21 de julio, respecto al orden interno de distribución de competencias, o 1/2012, de 13 de enero, en cuanto a la distribución horizontal de poderes que deriva de la Constitución). En consecuencia, el artículo 76 e) LCS es inconstitucional y nulo.”

Como ya ocurriese en su día respecto a la recurribilidad en reforma y subsidiariamente apelación de las resoluciones que –en el fondo– debiendo haber adoptado la forma de Auto, fueron dictadas como providencias, es importante considerar –en el modo que recoge el auto de 17 de junio de 2014 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo– que el auto de sobreseimiento provisional que deniega la prosecución del procedimiento, si la verdadera naturaleza de la decisión a recurrir es la de un sobreseimiento libre, es recurrible en casación:

“SEGUNDO.- ... hemos establecido reiteradamente que el requisito de sobreseimiento libre para poder acudir a la casación contra la decisión que deniega la prosecución del procedimiento, debe entenderse satisfecho, pese a la modalidad de provisional que formalmente se declare, si materialmente la verdadera naturaleza de la decisión a recurrir es la de un sobreseimiento libre. Lo que desde luego ocurre cuando lo debatido no es la existencia del hecho tal y como es imputado sino la suficiencia de esto para ser calificado como delito.

Una cosa es que no haya suficiente prueba del hecho imputado, y otra que no haya prueba de otro elemento de hecho que se estime jurídicamente que debe constar para poder estimar el tipo delictivo postulado por la parte.

La Audiencia Provincial no declara que respecto de los hechos descritos en la resolución del Juez de Instrucción falten elementos que justifiquen su atribución como efectivamente ocurridos. Lo que dice es que, para poder estimar cometido un delito (sea de apropiación indebida, que menciona, sea de estafa, al que parece referirse cuando exige “engaño”), haría falta acreditar otros datos de hecho. Y como tales esti-

sobreseimiento libre a que se refiere el nº 2 del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TERCERO.- Bien cabe aceptar en buena medida el discurso de la resolución recurrida sobre la trascendencia del auto de acomodación de las diligencias previas a la preparación del juicio en el procedimiento abreviado, en el sentido de que constituye un control jurisdiccional sobre la aceptabilidad de la acusación que determine la apertura del juicio oral.

Ahora bien, en lo que concierne a los presupuestos de las resoluciones que determinan el sobreseimiento, como hemos señalado en resoluciones de este Tribunal, bien citadas por la parte recurrente en queja, no cabe confundir los que constituyen causa del adoptado provisionalmente de aquellos que la constituyen del adoptado de manera libre, y, por ello, con efecto de cosa juzgada.

De ahí que si la justificación del sobreseimiento constituye realmente la que debiera dar lugar al de carácter libre, la formal calificación del sobreseimiento en la decisión que lo ordena como provisional no puede ser atendida. Matización especialmente relevante ante la diversidad de régimen de recursos a que la decisión se somete se-

ma la prueba de la razón por la que los querellantes aceptaron el negocio que pactaron y la constancia que tuvieron acerca de la posposición registral de la anotación de una condición resolutoria en aquel pacto convenida.

Pero eso lo que implica respecto de los hechos “acotados” por el Instructor es su falta de relevancia penal, es decir que su calificación jurídica lleva a negar su condición delictiva. Exactamente el supuesto del





gún el tipo de sobreseimiento.

Y desde luego no es provisional el sobreseimiento que se justifica con razones cuya asunción o rechazo no depende sino de la valoración de los mismos hechos cuya constancia no se pone en duda. Además esa provisionalidad sería ficticia, ya que cualquier intento de reapertura de las diligencias no pasa por el descubrimiento de nuevos hechos, sino por una diversa valoración de los ya conocidos. Y una solicitud que se fundara

en esa nueva valoración estaría abocada a su inadmisión con denegación de la reapertura de las diligencias, lo que implica un evidente daño del derecho a la tutela judicial.

Por ello, lo que el Tribunal de instancia echa de menos sería determinante, no tanto de un sobreseimiento, como de la improcedencia de la clausura de las diligencias previas, y podría haber llevado a su prosecución antes que a su archivo. Lo que quedó fuera del debate preci-

samente porque, aquello cuya falta el Tribunal de instancia subraya -aunque se trate de "extremos no tenidos en cuenta pro las acusaciones" -solamente depende de valorar lo que las acusaciones imputan.

Así pues hemos de estimar la queja, ordenando a la Audiencia la tramitación del recurso de casación, en cuyo examen en su día podrá determinarse si la decisión de sobreseimiento realmente decidido supone o no vulneración de ley."

En orden al cumplimiento del Art. 7.3.e de la Ley 35/15 que establece que para supuesto de demanda derivada de un hecho causal de accidente de tráfico la vía será la de consignación judicial, pero no la de la acción declarativa pretendida, determinando la inadmisión a trámite, es revelador de una corriente jurisprudencial contraria el auto nº 55/18, de 28 de febrero, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Santander:

“SEGUNDO: El art. 403 LEC, referido a la admisión y casos excepcionales de inadmisión de la demanda, establece en su número 1 que “Las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley”.

La inadmisión de la demanda es una respuesta que com-

promete el derecho a la tutela judicial, y que por ello debe adoptarse en aquellos casos en que exista una norma que irremisiblemente imponga la inadmisión.

Este tribunal considera que la norma mencionada por la juez en su auto no establece, de ninguna manera, la sanción

de inadmisión de la demanda acordada en el auto recurrido.

Por ello, salvo que la juez de instancia aprecie la existencia de alguna causa legal que obligue a inadmitir la demanda, deberá admitirla y dar el curso correspondiente al procedimiento”

En el ámbito del seguro no es infrecuente que un hecho sencillo como la declaración de un asegurado a su aseguradora del robo de unos camiones sea indemnizada, y no obstante objeto de comprobaciones más profesionales, y exhaustivas de lo que comúnmente este supondría previamente, y determine una condena por estafa como la contenida en auto nº 130/2013, de 13 de junio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo:

“Los indicios de que dispuso el Tribunal de instancia han quedado plenamente acreditados por la prueba practicada, esto es, declaración de los acusados y testigos; de los peritos investigadores; de los agentes; y prueba documental. Partiendo del hecho de la denuncia de la sustracción de tres camiones por parte de una empresa, que pasaba un mal momento

económico y debía de pagar la deuda de leasing de los tres vehículos; del traslado del parte a la compañía aseguradora de la supuesta sustracción, solicitando la indemnización correspondiente; del hallazgo de dos de los camiones en Bulgaria, con toda la documentación en regla; y de otros hechos próximos a la denuncia, como el despido de los trabajadores, el cambio

de lugar de aparcamiento de los camiones, y el dato de que la denunciante solo dispone de una llave, ha de concluirse que la inferencia que realizó la Sala de que se interpuso una denuncia falsa con el fin de proceder a la venta de los camiones y obtener una indemnización por parte del seguro, es racional, fundada y goza de una extensísima base probatoria”



Sirva de aviso a navegantes que la falta de un informe pericial médico acompañando a la demanda puede -sin que se supla con la documentación clínica inherente- por el efecto conjunto de los artículos 37 y 135 de la Ley 35/2015 de 22 de septiembre determinar la desestimación de la reclamación de los daños personales como ocurrió en la sentencia nº 42/2018, de 6 de febrero, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca; y ello pese a que fueron anunciados- los informes periciales- en el escrito inicial de demanda, y aportados en los cinco días anteriores al señalamiento de la Audiencia Previa (pero fueron considerados extemporáneos, objeto de reposición, denegada esta, propuesto en segunda instancia, denegada su admisión, y desestimada además la reposición):

“En dicho marco apelatorio aprecia la Sala que la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, establece en la redacción del artículo 135, relativo precisamente a la indemnización por traumatismos menores de la columna vertebral, que como quiera que los traumatismos cervicales menores que se diagnostican con base en la manifestación del lesionado sobre la existencia de dolor, no son susceptibles de verificación mediante pruebas médicas complementarias, se indemnizarán como lesiones temporales siempre que la naturaleza del hecho lesivo pueda producir el daño de acuerdo con los criterios de causalidad genérica siguientes, a saber:....

Tal exigencia legal, a su vez reforzada en el art. 37 de dicho texto normativo, donde se establece, en su punto “1”, que la determinación y medición de las secuelas y de las lesiones temporales ha de realizarse “mediante informe médico ajustado a las reglas de este sistema”, no fue adecuadamente cumplida en autos en la medida en que, con la demanda, se acompañaron únicamente informes asistenciales (tal y como se deriva de los autos y se pormenoriza en las alegaciones de oposición al recurso de apelación) consistentes en partes de asistencia del día emitidos por el Hospital.; infor-

mes asistenciales emitidos por la Clínica.; tarjetas de asistencia a rehabilitación; y una solicitud de prescripción farmacéutica.

Y, si bien la apelante apunta que se ha cumplido con el mandato legal con tal documentación, sin embargo, la evidencia de que no es propiamente así se deriva de la antedicha naturaleza asistencial de la documentación aportada, así como del hecho de que trató de practicar una pericial médica sobrevenida que le fue denegada en la primera instancia por extemporánea y que, nuevamente, fue propuesta en esta alzada ex artículo 460.2.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siéndole otra vez denegada por la Sala por entender que: “...la prueba pericial no se solicitó en la demanda sobre la base de las previsiones de los arts. 336 y 337 de la LEC, al haber sido posible la aportación de la prueba con la demanda. Finalmente tampoco cuestiona la recurrente las previsiones del art. 37 de la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, referidos en la sentencia apelada a los efectos de justificar la denegación de dicha prueba. Bien entendido que, por otro lado, mal puede pretenderse considerar que, dada la naturaleza del litigio, la prueba del alcance las lesiones pueda hacerse depender “a priori” de los motivos de oposición.” .

Nótese que la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, estable en la redacción del artículo 135 que como los traumatismos

cervicales menores no resultan susceptibles de verificación mediante pruebas médicas complementarias, la previsión legal -orientada a evitar la incertidumbre probatoria que las lesiones subjetivas de tal naturaleza provocan y la evitación de abusos- exige que, para que se indemnicen como lesiones temporales deben pasar, no sólo unos criterios estrictos de causalidad genérica (De exclusión; Cronológico; Topográfico; y De intensidad), sino que también deben fundarse en un marco probatorio mínimo y estricto, consistente en la aportación de “un informe médico concluyente” que acredite su existencia tras el período de lesión temporal. Siendo la conclusión que, en el caso de autos, la falta de dicho informe que, además de los descritos aspectos formales, impide la atribución de suficiente certeza acreditativa a las pretensiones actoras, determina la imposibilidad de estimación de la demanda en este punto. Siempre sobre la base de que la prueba de la acreditación de las lesiones, su alcance y su relación de causalidad con el siniestro corresponde a la actora, determinándose, como causa de la desestimación de la demanda, la falta de tal prueba de tales circunstancias o las dudas subyacentes sobre las mismas, las cuales no han sido despejadas por la actora en el caso de autos (arts. 217, 1 y 2 de la LEC).

En consecuencia, debe desestimarse el recurso de apelación.”

La Sala 1ª del Tribunal Supremo, en la sentencia nº 52/2018, de 1 de febrero, da respuesta a la petición de nulidad de las sentencias de primera y segunda instancia, por haber – según el recurrente– sido dirigido el acto del juicio por un juez en prácticas con la presencia intermitente del Juez Titular, creyendo el apelante que nada obstaba a que el juez en prácticas hubiese dictado la sentencia convenientemente supervisada por el Juez titular, no por “el juez titular, cuando, según alega, se ausentaba intermitentemente de la sala por lo que no pudo presenciar la práctica de la prueba en su integridad”:

“La parte recurrente alega, inexplicablemente, que en la sentencia recurrida se reconoce que el juez titular «no estuvo presente en todo el juicio», cuando de la atenta lectura de la resolución no se extrae dicha conclusión dado que cuando se hace referencia al tema en la

sentencia recurrida, se mencionan las «pretendidas ausencias».

Por tanto no existe infracción del art. 137 de la LEC, dado que no consta que se haya quebrantado el principio de inmediación en el desarrollo del juicio.

Por ello, como declara la sentencia recurrida, la ausencia de protesta por parte del hoy recurrente, sobre las pretendidas ausencias, privaban de la posibilidad de impugnar el pretendido defecto procesal, conforme al art. 459 LEC .”

“En la sentencia recurrida se rechaza la condena de la aseguradora, dado que se trata de una conducta intencionada y dolosa del perjudicado, unido a que estaba excluido de la cobertura el daño ocasionado a consecuencia de «haberse desviado a sabiendas de la ley, disposiciones, instrucciones o condiciones de los clientes o de personas autorizadas por ellos o por cualquier infracción del deber profesional hecha a sabiendas».

El recurrente alega que no hay culpa exclusiva del perjudicado y a que a lo sumo, sería «culpa concurrente». Esta sala debe rechazar el presente motivo, dado que:

1. El demandante no es perjudicado, por lo que no puede ampararse en el ejercicio de la acción del art. 76 de la LCS .

El demandante no puede pretender repercutir sobre la aseguradora de su asesoría fiscal, los pretendidos perjuicios que le ha irrogado su propia conducta elusoria, comprando facturas, que no se corresponden con bienes o servicios reales, para reducir la carga tributaria.

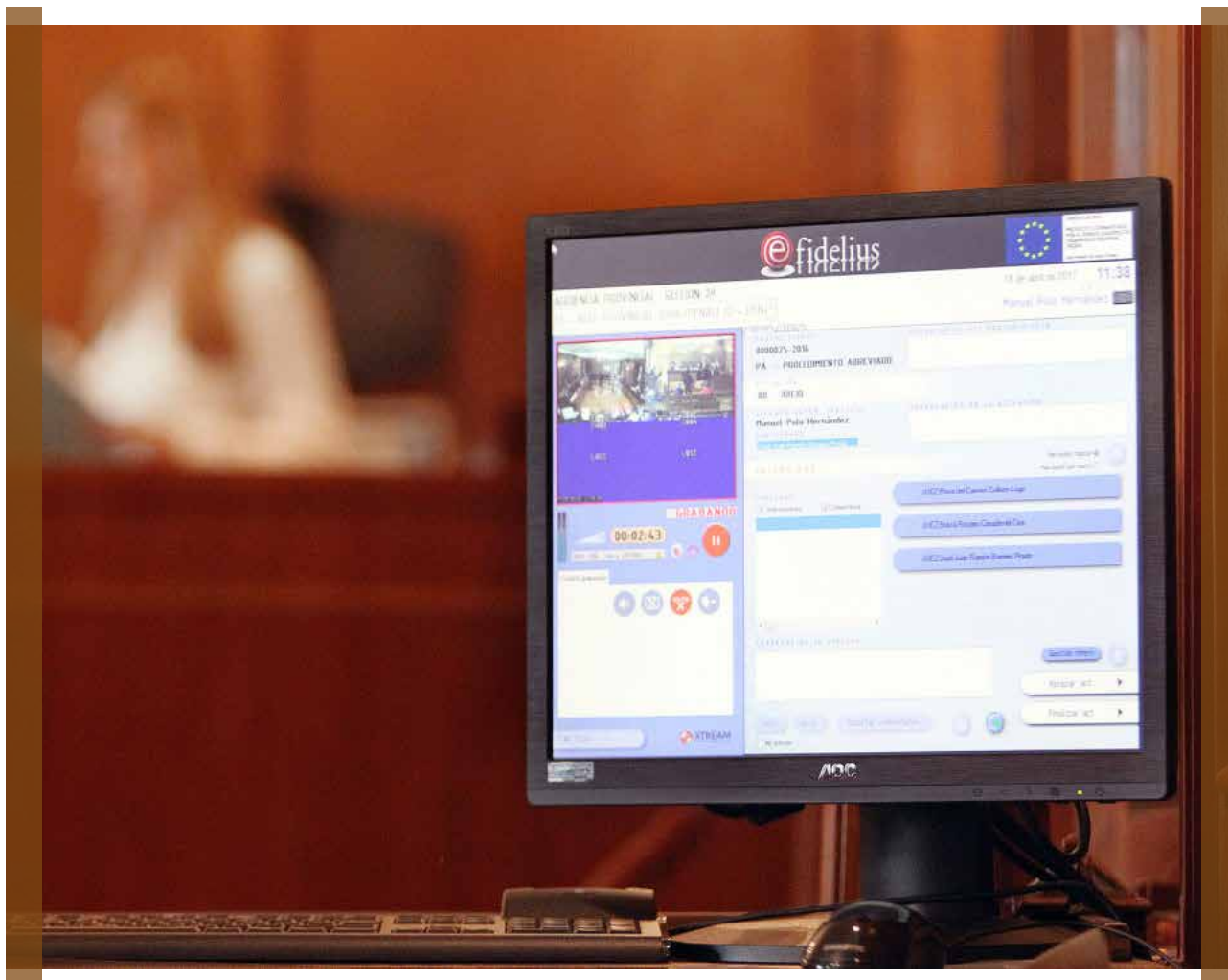
El recurrente planteó la infracción de los Artículo 76 y 19 de la Ley de Contrato de Seguro entendiendo que ni el dolo ni las excepciones personales son oponibles por el asegurador al tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil, y que las actuaciones dolosas del asegurado están en el ámbito del seguro en beneficio del tercero y que esta es cuestión distinta del contrato de servicios subyacente y ello porque la Audiencia Provincial decidió no analizar la responsabilidad de la Aseguradora tras apreciar que no hay responsabilidad profesional de los demandados. En el texto de la sentencia nº 52/18 de uno de febrero de la Sala 1ª del Tribunal Supremo entendemos la razón:

Es perjudicado, quien sufre daños en su persona o patrimonio por la acción intencionada o negligente de otra persona, y ello no acaece en este caso, pues el pretendido perjuicio padecido se debe a la propia conducta consciente de la parte demandante.

2. La mala fe (que no culpa) contractual que se puede apreciar en el demandante es compartida con su asesoría fiscal, de forma que los dos operaron en unidad de acto e intención, no degradando o moderando, la una

la del otro, sino siendo las dos de inescindible importancia, en orden a provocar el resultado elusorio apetecido.

Por ello, procede desestimar el motivo, dado que en la sentencia recurrida se interpreta la normativa legal con arreglo a derecho y en base a la jurisprudencia que analiza el art. 76 de la LCS, sin que concurra en la sentencia la pretendida desviación que inexplicablemente articula la parte recurrente.”



Destacar el auto de 21 de febrero de 2018, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo La prueba pericial y la afirmación de la sentencia de 30 de julio de 2015, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, sobre “..si bien es habitual que el perito de parte sea relativamente complaciente con la parte que lo propone...” – algo sobre lo que los peritos tienen su propia opinión:-

“ ... la sentencia recurrida ... si hace referencia a tal cuestión en su Fundamento de Derecho Quinto, en el cual, tras hacer una extensa referencia a la doctrina de esta Sala sobre la valoración de la prueba pericial, discrepa de la valoración de la prueba pericial aportada por la demandante realizada por la sentencia de primera instancia, señalando que “[...] tras

revisar la grabación del juicio debe concluirse que si bien es habitual que el perito de parte sea relativamente complaciente con quien lo propone, pocas veces se ha visto una parcialidad tan evidente como las manifestaciones del técnico en el acto del juicio. La Sala se ve obligada a descartar sus opiniones por exceso de parcialidad. [...]” con lo que ninguna falta

de motivación se aprecia en la sentencia recurrida. La resolución recurrida cumple el deber de motivación de las sentencias del art. 120.3 de la Constitución, según interpretación reiteradísima del Tribunal Constitucional al permitir conocer las razones por las cuales se ha descartado la prueba pericial aportada por la demandante, a saber, su parcialidad tras el examen de la grabación del juicio, sin que se sea precisa, como pretende la recurrente, una respuesta pormenorizada sobre las causas específicas que determinaron que el Tribunal considerara parciales las manifestaciones del perito. En la medida que ello es así el tribunal da una respuesta suficiente a los pedimentos de las partes, evitando que quedaran sin resolver cuestiones que pudieran ser objeto de una nueva pretensión, exponiendo

las causas o razones que justifican el fallo de la sentencia. Cosa distinta es que la parte recurrente muestre su disconformidad con las conclusiones alcanzadas por la resolución recurrida por lo que, en definitiva, el alegato de dicha parte recurrente viene a identificar la falta de motivación de la sentencia con la motivación desfavorable a sus intereses, y su actuación se dirige,

más que a intentar justificar esa falta de motivación de la sentencia a exponer sus discrepancias con las apreciaciones fácticas y valoraciones realizadas por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, algo que, como tiene declarado esta Sala, nada tiene que ver con la falta de motivación formalmente alegada (entre otras, SSTS 7-6-2006, 18-10-2007 29-2-2008, 10-10-

2012 y 20-7- 2015). En realidad la parte recurrente lo que pretende es una nueva valoración de la prueba pericial practicada acorde a sus intereses más para ello resulta incorrecta su denuncia por el cauce de la falta de motivación pues la cuestión está resuelta y motivada con independencia del acierto de la argumentación dada por la sentencia recurrida.“

Ejemplo, sin duda, de interpretación tuitiva de la Ley es la sentencia nº 226/17, de 31 de marzo, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, considerando excusable un error al recurrir en suplica una resolución, -pero inducido por la autoridad que dictaba la resolución- lo que - en otro caso-hubiese determinado su imposibilidad de acceder a casación:



“SEGUNDO.- Con carácter previo hemos de dar respuesta a petición de inadmisión que han planteado todas las partes que se han opuesto al recurso, en cuanto que interpuesto contra el auto que desestimó otro anterior de súplica y por ello excluido de la casación.

El recurso procedente contra el auto de fecha 28 de marzo 2016 por el que la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tenerife acordó el sobreseimiento libre por prescripción, era el recurso de casación y no el de súplica. Sin embargo la interposición de éste vino inducida por una serie de errores del órgano judicial.

El auto de 28 de marzo en su versión inicial proclamó su firmeza. Este error provocó la reacción de la acusación particular personada, que interpuso recurso de reforma y subsidariamente apelación contra él. Poste-

riormente este auto fue aclarado. Se hizo constar por parte del Letrado de la Administración de Justicia que quedaba sujeto a recursos de súplica y/o casación. En consonancia con ello, se tuvo por adaptado el recurso que había sido interpuesto a ese diseño y se admitió a trámite la impugnación presentada como recurso de súplica. Recurso que fue resuelto por el auto de fecha 12 de julio de 2016, que abrió la vía al de casación que ahora nos ocupa.

En realidad la resolución objeto de impugnación es la que acordó la prescripción y consecuente sobreseimiento libre en el trámite de cuestiones previas del artículo 786.2 LECrim, en un procedimiento cuya competencia para el enjuiciamiento venía atribuida a la Audiencia Provincial. Una resolución excluida del régimen general de recursos que el artículo 236 LECrim

diseña para los autos dictados por los Tribunales de lo criminal, y que en equivalencia con el esquema de impugnación al que estaría sometida la sentencia que en su caso hubiera de dictarse sobre el fondo, es recurrible directamente en casación (artículo 848 LECrim). Así lo ha admitido esta Sala (lo afirmaron expresamente, entre otras, las SSTS 1294/2011 de 21 de noviembre o la 760/2014 de 20 noviembre), y las partes en este recursos no lo objetan.

Ahora bien, en los casos en que es el órgano judicial al que compete la interpretación de la norma quien yerra en la indicación o advertencia de los recursos procedentes con la resolución de que se trate, el error en que a consecuencia de ello haya podido incurrir la parte ha de considerarse excusable, en cuanto que inducido por la autoridad que nece-

sariamente ha de merecer la decisión judicial (otras SSTC 93/1983, 172/1985, 107/1987, de 25 de junio ; 67/1994 de 28 de febrero ; 65/2002 de 11 de marzo; 79/2004 de 5 de mayo; 241/2006 de 20 de julio; 30/2009 de 26 de enero ; 55/2012 de 29 de marzo). De acuerdo con tal doctrina constitucional ha entendido esta Sala en supuestos en los que al recurso de casación había precedido el de súplica, que si bien

ambos medios de impugnación son incompatibles por expresa dicción legal, si el recurrente atendió las indicaciones que sobre el régimen de recursos de la resolución le proporcionó el órgano jurisdiccional, la eventual causa de inadmisibilidad, sin perjuicio de dejar constancia de ella, ha de dejarse pasar por alto (SSTS 1079/2012 de 3 de enero de 2013 ; 740/2014 de 6 de noviembre o 154/2015 de 17 de marzo).”

Nuevamente una resolución judicial apoya la contravención de las conclusiones alcanzadas por un informe pericial de velocidad de impacto para establecer relación causal entre un accidente y la lesión que se quiere relacionar con él; así lo enfoca la Sentencia nº 974/2017, de 22 de diciembre de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid- respecto de un hecho acaecido antes de la entrada en vigor de la Ley 35/15-:

“SEGUNDO -. Alega también la recurrente que se ha incurrido en un error en la apreciación de la prueba, referido a la efectiva producción de las lesiones que se declaran fueron causadas a la denunciante Sra. T .

En este punto la perito Médico Forense que examinó a la lesionada concluye que padeció un esquinco cervical y una lumbalgia postraumática; concluye también que esta lesión es compatible con el siniestro descrito (f 61). Aporta también la recurrente informe del citado “Gabinete de Valoración Técnico-Médico del Daño Corporal” (f 135 y ss). Hay documentación médica complementaria que refiere que la lesionada fue atendida al día

siguiente del accidente y cursó desde esa fecha baja laboral (f 63 y ss).

Además de lo ya razonado en relación con el citado informe, se observa que desarrolla su razonamiento a partir del cálculo de la posible velocidad del impacto. Esta magnitud se determina en el estudio a partir de la que denomina energía de deformación a la que se llega en atención a unos parámetros (coeficiente de rigidez, profundidad de la deformación, longitud de la deformación y anchura de la deformación) que deduce el perito mediante la aplicación de ciertas formulas en todo caso a partir de la valoración del daño sufrido por uno de los vehículos. El perito sin embargo no ha visto este vehí-

culo y todo el estudio pivota así sobre una fotografía aportada, en la que dichos daños difícilmente pueden ser apreciados, y que no ha sido averada (f 138). Es a través de esta fotografía a partir de la cual se desarrolla el conjunto de conclusiones alcanzadas en la pericia. No es necesario decir que el perito no ha reconocido a la paciente ni su estado.

En tales circunstancias, debe asumirse que la conclusión alcanzada por la resolución de instancia a partir de la pericial médico forense relativa a la existencia de la lesión, a la conexión temporal entre su aparición y el siniestro, revelada a partir de la documental aportada, es adecuada en orden a establecer una relación causal entre el siniestro y la lesión.”

En el ámbito del divertimento nocturno suelen ocurrir sucesos indeseables en el curso de los cuales un botellín o un vaso son arrojados, o impactados contra el rostro de una persona; los tribunales han de enjuiciarlo y para ello, no siempre disponen de todas las piezas del “puzle” que les permita hacer su labor, como acaeció en el auto nº 777/17 de dieciséis de octubre de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada:

“CUARTO. - Pues bien, llegados a este punto a la vista de las circunstancias del caso y pese al lamentable y muy penoso resultado acaecido, deberá desestimarse el recurso, pues ni concurren los elementos de probabilidad asumida ni una puesta en riesgo respecto a la víctima, ajena de todo punto a la trifulca surgida entre los dos jóvenes que, al parecer nada tenían que ver con las dos o tres amigas lesionadas, Mariana, que es la principal la víctima y la que recurre el sobreseimiento, así como C y Gr que en distintas intensidades resultaron con heridas. Las dos últimas superficiales, y por trozos de cristal que fueron a impactar en la cara de las tres, según explicaban estas, en concreto G, explicó (f. 35), Que vio “como un chico, corpulento y muy agresivo...golpeaba una y otra vez muy violentamente a otra persona. Que instantes después se unen varias personas a la pelea y se desplaza el barullo hacía el lugar donde se encontraba la compareciente con sus amigas, estándoles arrinconadas entre la pelea y una esquina de la Discoteca”. Por su parte, la apelante, explica que encontrándose en unión de varios amigos y amigas, decidió acercarse hasta una de las barras del local en unión de su amiga C, al objeto de pedir una consumición ..que cuando le faltaban algunos metros para llegar a la barra, la dicente oyó ruidos y un tumulto a sus espaldas, por lo que se giró para ver lo que sucedía, notando en ese mismo instante un fuerte impacto en el rostro y a la altura

de los ojos, llegando incluso a advertir que se trataba de un vaso de cristal que contenía líquido de color amarillo. Tras el golpe perdió la visión e instantes después comenzó a dolerle la cabeza y noto que sangraba con abundancia por la zona del entrecejo. Ni esta víctima, pudo ver al que lanzó ese vaso ni se ha podido determinar quien lo hizo. Autor pues, desconocido o ignorado, ya que ninguno de los presentes han identificado y que tampoco se ha podido reconocer, pese a examinar este Tribunal de apelación con paciencia y detenimiento las cintas de video grabación, tomadas en distintos salas y ángulos de la discoteca, y sin que exista nitidez en las imágenes que parecen captar parte de la súbita pelea entre las 4 horas y 24’ y hasta las 4 . 28 minutos de ese madrugada.

Desconocimiento del autor o autores, que impide apreciar criterios razonables de imputabilidad, entre tantas personas que se encontraban, en esos momentos en la discoteca, y si conocer siquiera quien o quienes lanzaron y rompieron vasos, de modo que pueda imputarsele, bien un dolo eventual bien la responsabilidad personal por imprudencia grave por estar el autor en condiciones de admitir un resultado altamente improbable como consecuencia de la utilización de vasos de cristal en el curso de la pelea, con quiebra o riesgo de la presunción de inocencia y del principio de responsabilidad penal por los actos propios de cada

uno y no de responder por los hechos cometido por otro u otros.

Dicho de otro modo, podrá entrarse a cuestionar, sí quien causa la pérdida de visión de un ojo al lanzar contra la cara de otra persona un objeto contundente, actuó con dolo eventual o con imprudencia (culpa con representación), pero no si se ignora quien lanzó el botellín o el vaso que causó la lesión en un supuesto como el de autos donde tantas personas pudieron hacerlo y no necesariamente, -es más nadie lo afirma- que fuera el investigado que provocó la pelea., pero cuya puesta en riesgo no consta que pasara de la agresión al Sr. C, cuya presunta responsabilidad ya se ha concretado en esa concreta agresión, pero sin mérito para extenderla al perdida del ojo derecho de la recurrente, cuya causa directa fuera o no intencional se acreditó, pero no la identidad del lanzador/a del vaso.

Es más y a propósito de este tipo de graves lesiones por impactos causantes de ceguera respecto, ya se analizó con detenimiento este tipo hechos y responsabilidades en la antes citada STS de 31 de mayo de 2016, que trata y cita por su semejanza al caso, entre otras la la STS 1415/2011, de 23 de diciembre, reiterada y ratificada en la más reciente núm. 133/2013, de 6 de febrero, en la que se analiza un supuesto con cierto paralelismo con el aquí enjuiciado (pérdida de la

visión como consecuencia de una acción que provoca un resultado que desborda lo naturalmente esperable), aun cuando se tratase en ese supuesto de un puñetazo, y se contiene una doctrina que podemos hacer nuestra, adaptándola al supuesto ahora enjuiciado, donde la acción causante fue el lanzamiento de un botellín al rostro de una persona en el ámbito de un enfrentamiento, que puede llegar a producir el estallido del globo ocular y la pérdida de un ojo, como sucedió también en aquel caso enjuiciado, en el que se apreció la culpa por representación, por tratarse, dice esa Sentencia " de un riesgo derivado directamente de la acción agresora, lo relevante es determinar si la probabilidad de que se produzca ese resultado es elevada y entra por tanto dentro de lo probable, o si, por el contrario, es escasa y solo entra dentro de lo posible. Y una vez esclarecido ese factor fáctico, es preciso determinar si ese nivel de riesgo debía ser conocido por el acusado en el momento de ejecutar la acción, es decir, ex ante, y pese a ello la ejecutó, asumiendo y aceptando así el resultado.

La cuestión planteada es compleja, ya que no resulta fácil cuantificar los niveles de riesgo que genera una conducta ni ponerlos en relación con un resultado, y tampoco lo es establecer después si el nivel de riesgo es suficiente o no para subsumir la acción en el ámbito del dolo eventual o de la imprudencia consciente. En el caso actual ha de tenerse en cuenta que de un importante número de lanzamiento de objetos romos, como es una botella, producidos en enfrentamientos de diversa entidad, aun cuando lleguen a impactar contra el rostro de una persona, muy pocos acaban con el estallido del globo ocular..

Por lo tanto, el grado de probabilidad de producción del resultado no era elevado, lo que permite hablar de un resultado posible más que probable. Y así lo establece el Tribunal de Instancia cuando razona que una botella de pepsi-cola, objeto lanzado, carece de exteriores punzantes y es de difícil fractura, por lo que no cabe concluir que la botella fuese lanzada para que el impactado perdiese el ojo, o previendo como probable dicho resultado" (vid antigua preterintencionalidad.) Desaparecida con el Código Penal de 1995.

En la misma línea, la STS de 31 de mayo de 2016, viene a reiterar este criterio con cita de sentencias precedentes, " Por ejemplo en la STS 1278/2006, de 22 de diciembre, se aplica el concurso ideal en un supuesto de pérdida de un ojo por golpe en la cara con un objeto contundente; en la STS 887/2006, de 25 de septiembre, en un supuesto de pérdida de un ojo por recibir en la cara un vaso arrojado desde un metro y medio de distancia; en la sentencia 269/2007, de 29 de marzo, se aplica el concurso ideal de lesiones dolosas con imprudentes en un supuesto de pérdida de visión por lanzamiento a distancia de un vaso de cristal y en la STS 132/2015, de 12 de marzo, en un caso de lanzamiento de un vaso de cristal contra un grupo de jóvenes, impactando en el rostro de la víctima, que acaba perdiendo la visión de un ojo, también se aplica el concurso.

Por el contrario, en supuestos en los que se golpea directamente en la cara con un vaso u objeto de cristal, con fuerza suficiente para que se rompa con el impacto, y los cristales provoquen cortes que determinan la pérdida de la visión del ojo, se aprecian lesiones dolosas del art 149 1º CP, por ejemplo en la STS 683/2006, de 26

de junio, en la STS 936/2006, de 10 de octubre o en la STS 902/2008, de 9 de diciembre, porque en estos supuestos la rotura del vaso es sumamente probable, con la lógica consecuencia de que los fragmentos de cristal provoquen cortes en el rostro y en los ojos del ofendido, con riesgo cierto de provocar la pérdida total del ojo, o de la visión del mismo.

"En definitiva, la doctrina de esta Sala concluye LA STS DE 31-05-2016, mantiene para estos supuestos un criterio mayoritario, sin perjuicio de resoluciones aisladas que se apartan de la línea principal, dada la diversidad de supuestos fácticos. En los supuestos de pérdida de un ojo por recibir en la cara un vaso u objeto de cristal arrojado desde cierta distancia se aplica el concurso medial de lesiones dolosas con imprudentes. Por el contrario, en supuestos en los que se golpea directamente en la cara con un vaso u objeto de cristal, con fuerza suficiente para que se rompa con el impacto, y los cristales provoquen cortes que determinan la pérdida de la visión del ojo, se aprecian lesiones dolosas del art 149 1º CP . porque en estos casos la rotura del vaso es sumamente probable, con la lógica consecuencia de que los fragmentos de cristal provoquen cortes en el rostro y en los ojos del ofendido, con riesgo cierto de provocar la pérdida total del ojo, o de la visión del mismo" .

En definitiva estas debían ser la actuaciones a seguir en este tipo de dramáticos resultados ante una víctima inocente en el que la pendenciera y dañina actitud de uno o varios sujetos iniciando una pelea banal, provocó para siempre la pérdida irremediable de un ojo y resulta frustrante el que las investigaciones judiciales, no hayan podido descubrir al autor del lanzamiento, pese a que declararon ante el

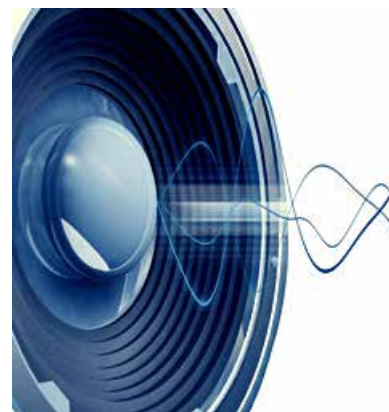
jugado muchos de los clientes amigos de los dos grupos presentes, lo que da a entender que estos, o bien no hayan querido o no hayan podido identificar al autor del lanzamiento del vaso, para responder de los hechos y de sus lamentables irreversibles consecuencias en resarcimiento y satisfacción de la víctima de veinte años.

Finalmente, frente al sobreseimiento libre que interesaba el Mº Fiscal, y aunque la resolución apelada no se pronuncia al

respecto, ni el apelante lo exige, debemos, señalar recordando la a la STS de fecha 23 de Noviembre 2.005, interpretando el art. 779.1 de la Lecrim, al indicar a que si el juez " estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda... Si aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiera autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archi-

vo", lo que viene a distinguir claramente es la aplicación del sobreseimiento libre cuando el hecho no es constitutivo de infracción penal y del sobreseimiento provisional en los casos en que no aparezca suficientemente justificado su perpetración. Mientras que cuando no es conocido el autor de un hecho constitutivo de delito debe acordarse el archivo provisional es lo que procede respecto de las lesiones sufridas por la recurrente y a la autoría de las mismas."

Un ciudadano granadino que vivía sobre un conocido Pub con presuntos -no para aquel- graves problemas de insonorización planteó contra el local un procedimiento sobre Derechos Fundamentales ante un Juzgado de lo Contencioso Administrativo en el que fue preciso el nombramiento judicial de un perito para certificar sobre el limitador de sonido, la medición de ruido y afección sonora, y ante los resultado adversos para la tesis del actor, formuló contra el perito denuncia por delito de falso testimonio en causa judicial. Lo resolvió -en apelación- la sentencia nº 273/2014 de 28 de mayo, de la Secc. 1ª de la Audiencia Provincial de Granada en ponencia de la Ilma. Sra. Ginel Pretel:-



"Se dirige la acción penal contra el Sr. R como autor de un delito de art 459 del CP . Se denomina falso testimonio a toda declaración en causa judicial que sea contraria a la verdad. Y esta declaración debe de tener como finalidad el influir en el adecuado desarrollo del proceso y consecuentemente en el ejercicio de la Administración de Justicia, y es por ello que debe de ser relevante para el objeto del proceso. La conducta típica del delito de falso testimonio consiste en la voluntad de faltar a la verdad, bien sustancialmente o bien al-

terándola mediante reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos. Es necesario en cualquier caso el elemento subjetivo que es el conocimiento de la falsedad, requiriendo inexcusablemente que el sujeto conozca la inexactitud del dictamen presentado, faltando al deber de veracidad ante la Administración de Justicia. Por tanto no quedan incluidos los supuestos de mera falta de capacidad, o de formación, negligencia o equivocación del perito, resultando impune el error y la culpa.

Tratándose de peritos resulta de mayor dificultad acreditativa la constatación de tal discrepancia, al constituir el ámbito de su testimonio, no la realidad física sino la científica, reconociendo incluso nuestra Constitución Española en el art. 20.1 CE la libertad de cátedra como derecho fundamental de las personas. La determinación de lo que es "falso" en el ámbito de las conductas desplegadas por los peritos e intérpretes es menos clara que en el caso de los testigos, debido, precisamente, a que lo que prevalece en la actividad de los peritos e



intérpretes no es un elemento de hecho -como en el testigo-, sino una opinión, un juicio de valor o una interpretación realizada a partir de sus específicos y especiales conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos. Por ello, es claro que la conducta típica del delito de falso testimonio respecto de los testigos se dará siempre que lo manifestado no se ajuste a la verdad -lo que, evidentemente exige que exista constancia acerca de cuál sea la verdad; mientras que respecto de los peritos comenzará como precisa la doctrina más autorizada- a partir de la línea que separa lo científico o pericialmente opinable de lo que es insostenible bajo cualquier óptica.

El Tribunal Supremo ha señalado que no se considera falsedad penal una desacertada opinión científica, "sino la censurable e intencionada falta de verdad en la constatación

de las bases fácticas sobre las que la opinión científica se emite" (STS 1.227/1992, de 28 de mayo).

Este delito es un delito intencional, solo se puede cometer a título de dolo, faltar a la verdad en el dictamen, conocer la falsedad y querer expresarla así, o lo que es lo mismo que el sujeto emita su dictamen con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad.

SÉPTIMO.- De las pruebas practicadas en juicio oral, concretamente las manifestaciones del acusado y las de los técnicos especialistas en la materia, ingenieros industriales e ingenieros técnicos industriales, ha quedado claro que la única alteración que se observa en el informe es la hora y que tiene una explicación lógica, unos días antes se había cambiado la hora del horario de invierno al de verano que hay que ade-

lantar el reloj una hora. No hay pues alteración de la verdad, lo que sucedió es, como manifestó el acusado al hacer uso del derecho a la última palabra, "una equivocación al escribir." No se ha acreditado que exista alteración del informe, y por tanto, menos aún dolo en el sujeto que lo elaboró. El tipo penal utiliza la expresión maliciosamente, esto es, a ciencia y conciencia de que lo que se está declarando es una falacia radical. Por eso las inexactitudes, incluso groseras, quedan fuera del tipo, porque para poder apreciar la falsedad se ha de trazar una línea de distinción entre lo que separa lo científico a lo parcialmente opinable. Si el dictamen obedece a negligencia, poca capacidad, formación criterio o pericia del dictaminador, sin perjuicio de la responsabilidad que se le pudiese demandar ante la jurisdicción civil si de ella se hubiesen derivado perjuicios, la excluye del CP."

No siempre la vida de los componentes del Servicio de Valoración de Incapacidades transcurre con normalidad ni en el entorno de la Jurisdicción Social, a veces, un trabajo, puede verse cuestionado penalmente- sin que por ello varíen su criterio- como ocurre en el auto nº 309/2017, de 10 de abril, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada:

“PRIMERO.- Procede por los propios fundamentos de los dos Autos dictados confirmar el archivo de la denuncia por no ser los hechos constitutivos de ningún delito. La denunciante acudió al Servicio de valoración de incapacidades, fue atendida y no se apreciaron razones médicas para determinar o proponer una situación de incapacidad o dependencia de acuerdo con los baremos aplicables. Contrariada por la decisión y sintiéndose desconsideradamente tratada por la doctora, la explorada y su marido o pareja formularon queja ante las Autoridades sanitarias, para que ese trato inapropiado que entendieron ofensivo o inapropiado no se repita con otros pacientes. La Administración Sanitaria atiende su queja, les da toda clase de explicaciones y como interpretan que en la contestación se vierten comentarios racistas pues formulan una denuncia ante el juzga-

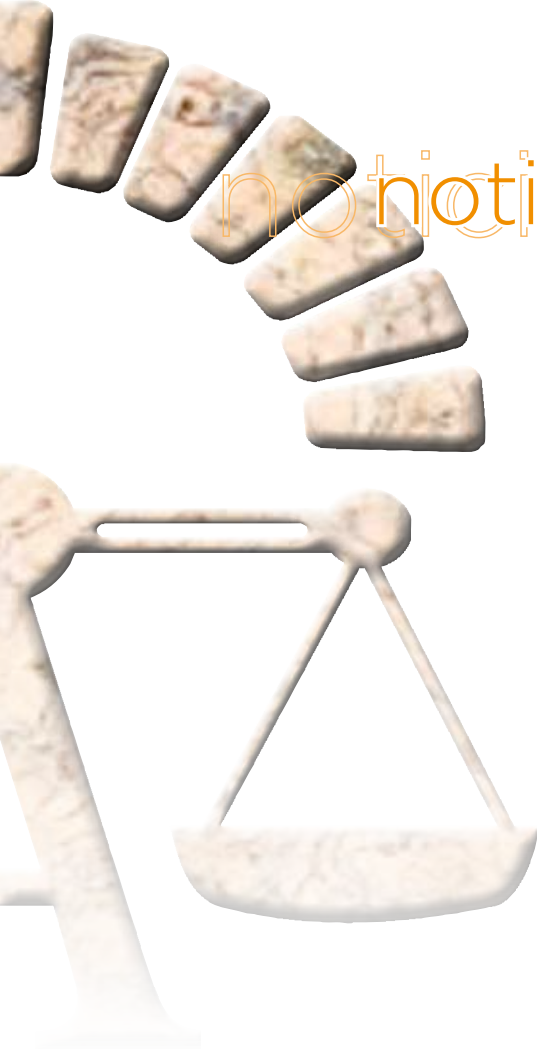
do que a la vista de la irrelevancia penal de los hechos, archiva la misma. Tampoco se pliegan a los argumentos que se les da como motivación al archivo, al contrario siguen sin aquietarse y solicitan abogado de oficio, para poder recurrir. La petición se tramita, se le concede, se recurre y su recurso de nuevo se desestima. En consecuencia, la inicial queja que solo pretendía que no se repitieran tratos supuestamente desconsiderados ,por parte de una doctora que ejerce su trabajo y que ya dio las explicaciones que estimó oportunas, llegan hasta esta Audiencia al discrepar de dos decisiones judiciales que con paciente motivación les explicaban que los hechos no son constitutivos de delito.

Pues bien, este Tribunal de Apelación que tampoco ve delito alguno, y tiene asuntos más trascendentes, que el tramitar

quejas de usuarios del Servicio de Sanidad Andaluza (SAS) porque no esa, no es nuestra función constitucional, no va a intentar explicarles otra vez lo acertado y justificado del archivo de la denuncia que solo surge del error o la intención, que roza lo calumnioso, de los apelantes que malinterpretan todo lo que se les dice o tergiversen desde su personalísima suspicacia y libre estimación o imaginación cuantas explicaciones exigen y se les han dado en exceso tanto en vía administrativa como, y, ya en tres ocasiones, en la vía Judicial y todo por lo que en su momento y en su origen, según decía fue una mera desconsideración de trato por una Doctora que no accede a tramitar una declaración de dependencia o incapacidad. No se acierta a entender que tiene eso de racista. de discriminación, de despectivo, de humillante y si, mucho de abuso de la jurisdicción .”



noticias y actividades



→ JORNADA “EL BAREMO HOY”

El día 30 de enero tuvo lugar en el Hotel The Westin PALACE de Madrid una Jornada dedicada al Baremo de valoración de daños en accidentes de tráfico tras cumplirse dos años desde la entrada en vigor de la Ley 35/2015, en el transcurso de la cual se celebró un acto de homenaje en memoria del Magistrado y Fiscal General del Estado José Manuel Maza Martín.

La Jornada, organizada por INESE (miembro de Wilmington PLC), ha contado con José Amérigo Alonso, Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia, Letrado del Consejo de Estado y copresidente de la Comisión de Seguimiento del Baremo en su conferencia inaugural titulada “El baremo tras dos años de aplicación”, a continuación de la cual, se desarrolló la primera ponencia a cargo de Javier López García de la Serrana, Miembro de la Comisión de Seguimiento del Baremo y Secretario General de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro, quien realizó un análisis de la jurisprudencia menor existente sobre el nuevo Baremo así como de las primeras sentencias de Audiencias Provinciales.

Junto al secretario general de AERCYS, intervinieron grandes profesionales artífices igualmente de la Ley 35/2015 y que forman parte de la citada Comisión de Seguimiento del Baremo, entre ellos, Manuel Mascaraque, director del área de Seguros Generales de UNESPA; Luis Bermúdez, director de la asesoría jurídica de MUTUA MADRILEÑA y José Pérez Tirado, Abogado de Asociaciones de víctimas de accidentes de tráfico.

El programa de la Jornada contó también con las ponencias de María Cruz Aparicio, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao; Eduardo Murcia, Director del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Aragón; José Manuel Villar, Socio de Pérez Tirado & Villar Calabuig Abogados; Juan José Pereña, Fiscal Jefe y Coordinador de Seguridad Vial de Salamanca y Rafael Moreno Ruiz, Vicepresidente del Instituto de Actuarios Españoles.

La Jornada finalizó por la tarde tras una Mesa Redonda en la que Javier López García de la Serrana, Manuel Mascaraque y José Pérez Tirado abordaron las “luces y sombras” acontecidas tras dos años de aplicación del nuevo Baremo.



XVII Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

16, 17 y 18, Noviembre 2017

El Congreso en imágenes

(No incluidas por error en la sección de noticias de la revista anterior)



El Congreso en imágenes

(No incluidas por error en la sección de noticias de la revista anterior)





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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350



Tienda On-Line

24 horas al día. 365 días al año

Materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute

Estudios sobre Jurisprudencia Europea

COORDINADORES:

Albert Ruda González

Profesor agregado de Derecho Civil. Universitat de Girona

Carmen Jerez Delgado

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid

La obra reúne las ponencias y comunicaciones presentadas en los dos primeros encuentros anuales del Centro español (Spanish Hub) del European Law Institute, que tuvieron lugar en Madrid y Granada, respectivamente.

Exploran la dimensión europea del Derecho español, el impacto de las sentencias de los tribunales europeos sobre nuestro Derecho patrio en múltiples disciplinas y la interacción entre este y el Derecho de la Unión. Una contribución indispensable para cualquiera que esté interesado en la normativa europea y en su influencia sobre nuestro ordenamiento jurídico.

ÍNDICE:

Primera parte. I Encuentro anual del ELI Spanish Hub

Segunda parte. II Encuentro anual del European Law Institute

- Introducción: El segundo encuentro del ELI Spanish Hub
- Capítulo 1. La jurisprudencia europea y su impacto en el Derecho interno
- Capítulo 2. Derecho financiero
- Capítulo 3. Derecho constitucional y administrativo
- Capítulo 4. Derecho del Trabajo
- Capítulo 5. Derecho civil, mercantil y procesal civil
- Capítulo 6. Derecho internacional
- Capítulo 7. Derecho penal y procesal penal
- Epílogo
- Índice de sentencias

Estudios sobre Jurisprudencia Europea

Materiales del I y II Encuentro anual
del Centro español del *European Law Institute*

Directores

Albert Ruda González
Profesor agregado de Derecho civil. Universitat de Girona

Carmen Jerez Delgado
Profesora titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid



Páginas: **840**

Publicación: **Mayo de 2018**

Referencia: **4541**

Precio: **60 €**

+ 4% de IVA

+ Gastos de envío

Puede adquirirlo en nuestra Tienda On-Line: www.sepin.es/tienda y localizarlo por título o referencia

Si lo prefiere, puede llamarnos al 91 352 75 51 o escribirnos a sac@sepin.es.
Estaremos encantados de atenderle.

18 RCS]

XX CONGRESO DE
RESPONSABILIDAD CIVIL
Y SEGURO

#RCS.inese

rc.inese.es



Organizan:

inese
Wilmington Risk & Compliance



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

Madrid, Hotel Hesperia
25 -26 de junio 2018

Patrocinan:

A&A
BUFETE ALBANÉS & ASOCIADOS
ABOGADOS



BLECUA
LEGAL

QUAL

hispacolex
BUFETE JURÍDICO

B
asesores

M
JIMÉNEZ MUÑIZ
ABOGADOS

M
MUÑOZ ARRIBAS
ABOGADOS, S.L.P.

MÁS INFORMACIÓN: Tlf: 91 375 58 00/21 ineseformacion@inese.es www.inese.es