

nº 67

Tercer Trimestre. Año 2018



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

La naturaleza de la acción privada de daños derivada de la infracción de las normas de defensa de la competencia

El artículo 135 de la LRCSCVM introducido por la ley 35/2015

Responsabilidad patrimonial de las AA.PP. derivada de la vulneración de la LOPD

asociacionabogadosrcs.org

OBRA TOP - CIVIL

ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN: RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO (DÚO)



4ª edición

AUTOR/ES: L. Fernando Reglero Campos y José Antonio Badillo Arias (Coordinador)

MARCA: Aranzadi. **COLECCIÓN:** Grandes Tratados. **PÁGINAS:** 1.500

ENCUADERNACIÓN: Tapa Dura al Cromo. **CM:** 10012321. **ISBN:** 978-84-9197-380-5

PVP DÚO S/IVA: 179,15 € **PVP DÚO C/IVA:** 186,32 €

PVP PROVIEW S/IVA: 107,87 € **PVP PROVIEW C/IVA:** 130,52 €

EXTRACTO

La obra que el lector tiene en sus manos pretende ser una herramienta útil y práctica para cualquier persona que se acerque al mundo de la responsabilidad civil automovilística y al seguro que la ampara.

- Un análisis exhaustivo, las últimas modificaciones legislativas llevadas a cabo sobre esta disciplina.
- Actualizado conforme al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.
- También analizamos la última doctrina jurisprudencial de nuestros tribunales y del Tribunal de Justicia de UE.

Destinado a abogados generalistas, civilistas, expertos en responsabilidad y daños y compañías aseguradoras.



PAPEL + EBOOK
INCLUIDO EN EL PRECIO



the answer company™

THOMSON REUTERS®



nº67

Tercer Trimestre. Año 2018



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 67

EDITORIAL

- Gijón, el Puerto de las Luces
Por *Javier López y García de la Serrana*.....5

DOCTRINA

- La naturaleza de la acción privada de daños derivada de la infracción de las normas de defensa de la competencia
Enrique Sanjuán y Muñoz.....9
- El artículo 135 de la LRCSCVM introducido por la ley 35/2015
Mario de las Heras Simón.....29
- Responsabilidad patrimonial de las AA.PP. derivada de la vulneración de la Ley Orgánica de Protección de Datos.
Iván Gómez Peñalver.....43

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 6 de junio de 2018
RESPONSABILIDAD CIVIL: Se desestima la acción de responsabilidad civil profesional ejercitada por el reclamante frente a su abogado, al considerar que no omitió información alguna a su cliente habida cuenta que éste estaba debidamente informado de las acciones que estaba ejercitando el letrado en su nombre, así como los procesos pendientes y finalidad de los mismos.....65
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 3 de julio 2018.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad civil extracontractual. Prescripción de la acción. Carece de efecto interruptivo la demanda de la que se desiste antes de que se comunique al demandado, aunque dicho desistimiento se hiciera con reserva de acción civil y con el objetivo de iniciar unas diligencias preliminares frente al demandado.....75
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 14 de septiembre de 2018.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Reclamación por producto defectuoso. Aparición de unas fisuras en unos codos de cobre incorporados a una instalación de circuito de calefacción, trascurridos 6 años desde su instalación. Se estima el recurso a favor del reclamante ya que la entidad demandada no ha probado la existencia de ningún elemento de juicio que justifique la rotura añadido a la mera circunstancia del tiempo transcurrido.....81

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 20 de septiembre de 2018.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Compraventa de inmueble con precio aplazado. Cantidades anticipadas aseguradas conforme a la Ley 57/1968. La entidad aseguradora no debe responder de la inactividad de las partes en la entrega de la vivienda, cuando esta era material y jurídicamente posible dentro del plazo pactado.....93

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 24 de septiembre de 2018.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Sobre el inicio del devengo de los intereses especiales del asegurador de responsabilidad civil cuando no ha tenido tempestivo conocimiento del siniestro99

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 14 de septiembre de 2018.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Consecuencias del incumplimiento de la aportación del informe pericial con la oferta motivada. Desplazamiento del trámite de valoración a la fase prejudicial obligatoria y contradictoria previsto en el artículo 7 de la LRCSCVM.....107

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes*.....113

ENTREVISTA A ...

Mª Cruz Aparicio Redondo

Por **Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán**.....131

NOTICIAS

→ GUÍA DE BUENAS PRACTICAS PARA LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE AUTOS, que incluye los acuerdos de la COMISIÓN DE SEGUIMIENTO de 2 de octubre de 2018
133

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 Moratino 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**



GIJÓN, EL PUERTO DE LAS LUCES

por Javier López y García de la Serrana
Director

economista, además de ser miembro de pleno derecho de las Reales Academias de la Historia, de San Fernando y de la Española.

Sus ideas progresistas se desarrollaron en múltiples campos siempre bajo el prisma de la transformación de la sociedad española a través de la educación del pueblo para alcanzar el desarrollo y la prosperidad económica. También fue un fiel defensor del liberalismo preocupado siempre en la reforma de las instituciones y de la ley, en este campo desarrollaría su labor como Ministro de Gracia y Justicia con Carlos IV.

Sin embargo, ni el empuje optimista de la Ilustración, ni sus cargos y cualidades extraordinarias, le salvarían del destierro y la cárcel, que propiciaron las fuerzas reaccionarias contrarias a los cambios de la Ilustración. Así pues, este hombre aún en el destierro que tuvo que sufrir en dos ocasiones, o en los siete años que se vio recluido en prisión, no dejaría de estudiar y escribir y cuando Napoleón invade España y vuelve a recuperar su libertad, dará ejemplo de patriotismo al rechazar el cargo del Ministro del Interior en la corte de José I argumentando que "Yo no sigo un partido, sino la santa y justa causa que sostiene mi patria."

Debemos reflexionar sobre esto, pues nuestra sociedad es deudora directa de las luces de la Ilustración, y hombres como Melchor Gaspar de Jovellanos, al que **GIJÓN** recuerda en cada uno de sus rincones, deben de ser un faro que ilumine los puertos del progreso a los que debemos llegar y para ello seguimos necesitados de muchos Jovellanos.

Y es en esta hermosa ciudad de Gijón donde este año celebraremos el XVIII Congreso Nacional de nuestra Asociación, esperando disfrutar a partes iguales tanto de este maravilloso enclave como del programa científico y de

La época de la Ilustración en Europa es conocida popularmente como el "Siglo de las Luces" y es precisamente porque este movimiento intelectual y cultural en la Europa del siglo XVIII pretendía desterrar la superstición y el atraso cultural de los pueblos sacando al hombre de su "autoculpable minoría de edad" a través de la luz del conocimiento, como dijo el filósofo Immanuel Kant.

En España este movimiento fue abanderado por un conjunto de hombres valientes y generosos que desde ámbitos públicos o privados lucharon denodadamente para que esta luz iluminase a una sociedad que ya llevaba tiempo sumida en el atraso y el aislamiento de Europa.

Uno de estos hombres que abrazó el espíritu reformador fundamentado en esas nuevas ideas fue Melchor Gaspar de Jovellanos, hijo predilecto de Gijón, ilustrado, sabio e incansable estudioso al servicio de iluminar hacia el progreso, el horizonte de la sociedad española.

Imbuido de esta tarea, desempeñó su trayectoria intelectual como político, jurista y

ocio preparado para esta ocasión, donde contaremos un año más con un magnífico manual que recogerá las ponencias que con una breve síntesis exponemos a continuación en este EDITORIAL, siendo este año la ponencia que inaugurará nuestro Congreso sobre un tema que aun abordando supuestos tan cotidianos como son los siniestros acaecidos dentro del hogar, muchas veces resulta un gran desconocido en cuanto a coberturas y garantías que quedan amparadas bajo las pólizas de seguro del hogar que todos tenemos contratadas; la ponencia se titula “Supuestos de RC amparados por el seguro del hogar” y corre a cargo de **RAFAEL MARTÍN DEL PESO**, magistrado y presidente de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias, quien con total seguridad nos abrirá los ojos ante supuestos más que interesantes.

La segunda de las ponencias previstas será defendida por **MIQUEL MARTÍN CASALS**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona, quien abordará un tema del que venimos oyendo hablar desde hace mucho tiempo pero del que aún en la actualidad no sabemos cuándo será una realidad. La ponencia se titula “Más allá del mal llamado baremo sanitario: por una ley de responsabilidad médica y sanitaria”. En esta se abordará un tema más que interesante y se tratará de una magnífica oportunidad, dado el gran conocimiento de la materia por parte del ponente, para poder conocer cuáles son los elementos a tener en cuenta en este baremo tan específico en atención a las propias características de la responsabilidad civil y sanitaria.

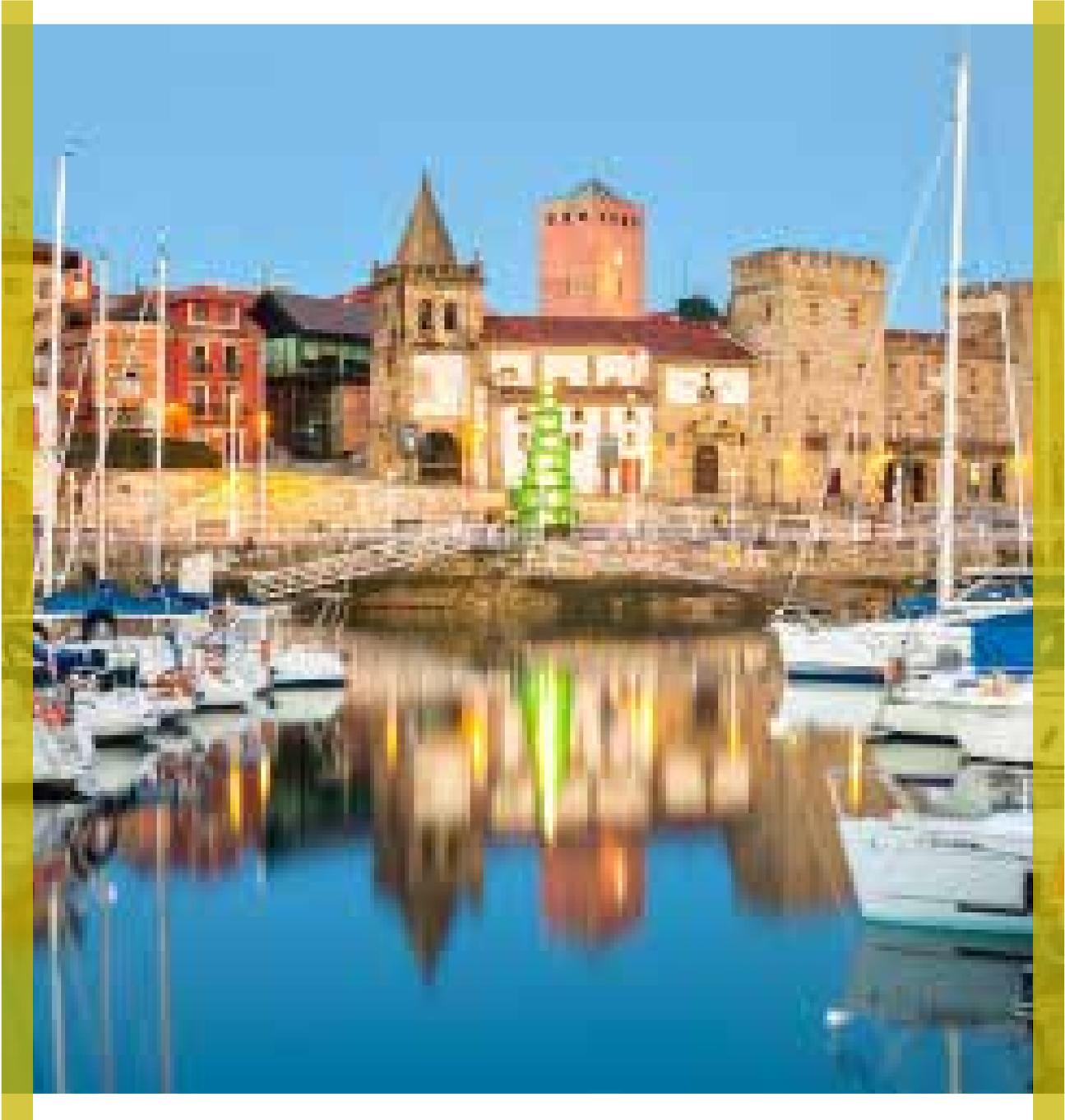
Ya en la tercera de las ponencias **SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA**, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Baleares, nos presentará un tema siempre actual y objeto de debate cual es la figura de la prescripción. El título será “La nueva jurisprudencia sobre la prescripción de la RC” y se convertirá así en una herramienta imprescindible para los que nos dedicamos a la práctica del derecho y en especial a la responsabilidad civil, pues es necesario que estemos al día sobre los cambios jurisprudenciales en materias como ésta, donde por motivos de índole formal y no de derecho material podemos hacer que los intereses de nuestros clientes resulten finalmente frustrados.

En cuarto lugar escucharemos a **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**, magistrado, presidente de la Audiencia Provincial de A Coruña, quien como siempre nos tiene acostumbrados, nos dará una lección magistral en este caso sobre un tema muy novedoso y muy poco tratado en ponencias y congresos. Su ponencia se titula “Inte-

rrupción o no del nexo causal por inadecuada asistencia médica en accidentes de circulación”. Se trata aquí de saber interpretar si un suceso de posible mala praxis médica que tiene lugar durante el proceso de curación de un lesionado por accidente de circulación, puede provocar que se rompa la relación de causalidad entre los daños finalmente sufridos por la víctima y el accidente sufrido; saber si existe una única causa como motivo de imputación en el resultado final o varias es algo de sustancial importancia en este tipo de supuestos.

La quinta ponencia estará a cargo de nuestro presidente **MARIANO MEDINA CRESPO**, presidente de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Se titula “Reflexiones sobre un baremo que no es el que tenía que haber sido: sus maleficios resarcitorios y las reformas necesarias”. Mariano nos ofrecerá aquí su gran conocimiento sobre la materia, su visión crítica sobre el nuevo baremo y las interpretaciones que vienen haciéndose del mismo; y sobre todo ese modo tan atractivo de hacernos reflexionar sobre la materia y el panorama actual que solo él sabe exponer. Un análisis profundo sobre las necesidades que ya plantea el nuevo baremo y la forma en que deberán afrontarse.

También en nuestra mesa redonda vamos a tener la oportunidad de abordar una de las cuestiones que más controversia está suscitando tanto en el ámbito extrajudicial como judicial desde la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley 35/2015, como es la “Reclamación previa, oferta motivada y cuestiones procesales en materia de RC automovilística. La Guía de Buenas Prácticas”. Para ello, tendremos el privilegio de contar con tres magistrados que conocen y se enfrentan diariamente a esta problemática y que aportarán su análisis y visión práctica sobre este tema. En concreto, contaremos con **M^a CRUZ APARICIO REDONDO**, magistrada del Juzgado de Primera Instrucción nº 11 de Bilbao, quien analizará las obligaciones que impone la nueva reforma del artículo 7 de la LRCSCVM tanto a las aseguradoras como al lesionado, en el ámbito extrajudicial y en el ámbito judicial; con **M^a JOSÉ RIVAS VELASCO**, magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Granada, la cual, analizará el trámite preprocesal como requisito de procedibilidad en la Ley 35/2015, para finalizar con **GONZALO SANCHO CERDÁ**, magistrado del Juzgado de Primera Instancia de Torrent, quien desde su experiencia nos aportará unas conclusiones muy relevantes a la cuestión planteada.



Para la sexta ponencia tendremos un colaborador de excepción como es **VICENTE MAGRO SERVET**, magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, quien nos ilustrará sobre una materia que ha sufrido importantes reformas y que ha generado en los últimos años una gran problemática bajo el título “Elenco de imprudencias dañosas con relevancia Criminal”. En concreto, abordará por un lado uno de los elementos más controvertidos de nuestra especialidad en el ámbito penal como es el “el dolo eventual en la seguridad vial”, para continuar analizando la reforma de tráfico introducida por la LO 1/2015, en materia de imprudencia, abordando las distintas clases de imprudencia y su

correlación con el RDL 6/2015.

Para la séptima intervención contaremos con unos de los ponentes más apreciados y prestigiosos como es **PEDRO JOSÉ VELA TORRES**, magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se ocupará de abordar una materia que siempre está de actualidad como es la “Configuración actual de las acciones de responsabilidad civil contra administradores sociales”. Con este trabajo el ponente realizará un estudio magistral sobre los distintos supuestos de responsabilidad legal de los administradores así como de las distintas acciones que se configuran legislativamente encaminadas a exigir

dicha responsabilidad, así como se analizan las cuestiones más problemáticas que en la práctica se derivan de este tipo de procedimientos.

Y para finalizar este congreso como se merece, contaremos con otro ponente de gran prestigio como es **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**, magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, quien con su interesantísima ponencia "La RC en el ámbito del Derecho de Familia" nos aproximará a un problema algo desconocido y mucho más frecuente de lo que a priori se pueda pensar -y que surge de la aplicación de la responsabilidad civil a las relaciones de familia-, a través de un profundo estudio jurisprudencial que pondrá sobre la mesa tanto los conflictos más comunes como las soluciones que se vie-

nen dando en la actualidad en este ámbito.

Por último quisiera agradecer a la editorial **SEPÍN**, a quien debemos la edición del libro de ponencias del congreso, que se convertirá, como cada año, en un instrumento de trabajo imprescindible para poder recordar en cualquier momento las consideraciones y reflexiones expresadas por los distintos ponentes en la exposición de sus trabajos.

Esperamos como siempre que en este XVIII Congreso Nacional de Gijón 2018 aprendamos conviviendo y compartiendo nuestras inquietudes y experiencias profesiones de todo el año.

Octubre 2018





doctrina



La naturaleza de la acción privada de daños derivada de la infracción de las normas de defensa de la competencia

Enrique Sanjuán y Muñoz
Profesor de Derecho Mercantil UMA
Especialista en Mercantil por el CGPJ
Magistrado de la Audiencia Provincial de Málaga

Sumario

- I.- Introducción: sobre la naturaleza de las acciones privadas de daños derivadas de la ley de defensa de la competencia.
- II.- El concepto autónomo de delitos y cuasidelitos y la naturaleza de las acciones de responsabilidad civil por daños en supuestos antitrust.
- III.- Las conductas tipificadas, el bien jurídico protegido y la justicia restaurativa.
- IV.- Sobre la responsabilidad civil y las particularidades procesales en supuestos anticompetitivos.
 - 1. Responsabilidad contractual y extracontractual. régimen ordinario.
 - 2. Regla de mínimos.
 - 3. Supuestos de clemencia.
 - 4. Supuestos de afectación menor.
 - 5. La carga probatoria y la actuación de oficio.
- V.- Conclusiones.

ABSTRACT:

En el presente trabajo analizamos la naturaleza de la acción privada de daños derivada de la infracción de conductas que regulan la libre competencia, a partir de la Directiva de daños 2014/114/UE. A partir de la nueva regulación introducida y armonizada en nuestro derecho nacional en 2017, consideramos, como conclusión, que la naturaleza de la pretensión no puede venir sustentada sobre bases exclusivamente extracontractuales, sino que también abarcan los supuestos de infracción contractuales y conlleven la aplicación de una normativa europea que determinan una especie diferente tanto en materia procesal como sustantiva. Es por ello que consideramos que las bases sobre las que se construye la exigencia de responsabilidad son matizadas por ese cuerpo europeo de normas y jurisprudencia que tendrán un importante impacto en nuestro derecho nacional.

In the present work we analyze the nature of the private action of damages derived from the infraction of conducts that regulate free competition, from the Directive of damages 2014/114 / EU. Based on the new regulation introduced and harmonized in our national law in 2017, we consider, as a conclusion, that the nature of the claim cannot be supported on exclusively non-contractual grounds, but also cover contractual breach cases and entail the application of European regulations that determine a different species in both procedural and substantive matters. That is why we believe that the bases on which the requirement of responsibility is built are nuanced by that European body of rules and jurisprudence that will have an important impact on our national law.

Keywords: Competencia, Antitrust, daños, damages, privados, privates, acciones, action. Directive, directiva, Unión Europea, European Union.

I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA NATURALEZA DE LAS ACCIONES PRIVADAS DE DAÑOS DERIVADAS DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Es la infracción de la normativa reguladora del mercado y la competencia prevista en los artículos 101 y 102 del TFUE¹ y artículos 1 a 3 de la LDC², la que da lugar al resarcimiento de daños y perjuicios derivado de una actuación infractora. La Directiva 104/2014/UE³ señala en su considerando tercero que *“La plena efectividad de los artículos 101 y 102 del TFUE, y en particular el efecto práctico de las prohibiciones en ellos establecidas, exigen que cualquier persona, ya se trate de un particular, incluidos los consumidores y las empresas, o de una autoridad pública, pueda reclamar ante los órganos jurisdiccionales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de estas disposiciones.”* Por lo tanto, la norma nos habla de daños y perjuicios y de resarcimiento (pleno resarcimiento) como institución reparadora de los diferentes supuestos que puedan dar lugar a la misma y que se contemplan en dichos preceptos. El considerando cinco de dicha Directiva vendrá a localizar la misma en una “acción por daños”: *“Las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios («acciones por daños») constituyen tan solo un elemento de un eficaz sistema de Derecho privado para los casos de infracciones del Derecho de la competencia y van acompañadas de vías alternativas de reparación, tales como la solución consensual de controversias y las decisiones de ejecución de las autoridades públicas, que dan un incentivo a las partes para conceder el resarcimiento.”* Esto exigirá por tanto que exista una relación causal entre los daños y perjuicios producidos y la infracción del Derecho de la competencia y una valoración compleja a cuyos efectos dicha Di-

1 Diario Oficial nº C 326 de 26/10/2012 p. 0001 - 0390

2 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. «BOE» núm. 159, de 04/07/2007.

3 DIRECTIVA 2014/104/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. L 349/1

rectiva se completa con una Guía indicativa⁴ a los tribunales para su cuantificación.

Lo característico de esta acción por daños en el ámbito de la competencia es que partimos de una normativa imperativa reguladora del mercado que se incumple y a partir de ahí se podrán reclamar daños por los perjudicados considerando que entre quien infringe y quien resulte afectado puede haber o no una relación contractual y abarca tanto los daños directos como indirectos⁵; es la misma infracción de la norma, sea cual sea el instrumento con el que se haga, la que da lugar a ese derecho a ser reparado completamente en el daño sufrido y ello al margen -o complementando- de lo que sea la relación individual concreta que simplemente exige relación de causalidad.

Nuestra tradicional distinción entre daños derivados del contrato y extracontractuales o acción contractual o extracontractual no es válida, en mi opinión, a estos efectos⁶ solo por ello, puesto que en realidad esa relación podrá ser una u otra, pero la que sea habrá afectado al mercado infringiendo la norma reguladora de la competencia y esto, a su vez, dará lugar a

la posibilidad de reclamar la reparación⁷. Conforme al artículo 2, apartado 3) de la Directiva la «acción por daños» es toda acción conforme al Derecho nacional, mediante la cual una parte presuntamente perjudicada, o una persona en representación de una o varias partes presuntamente perjudicadas cuando el Derecho de la Unión o nacional prevean esta facultad, o una persona física o jurídica que se haya subrogado en los derechos de la parte presuntamente perjudicada, incluida la persona que haya adquirido la acción, presente ante un órgano jurisdiccional nacional una reclamación tendente al resarcimiento de daños y perjuicios. Siendo así que estos últimos consisten en toda reclamación de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción del Derecho de la competencia; y a su vez esto parte de toda infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE o del Derecho nacional en materia de competencia.

La acción recogida en dicha Directiva y a través del RDL 9/2017⁸ en nuestro derecho nacional⁹ parte (artículo 71 LDC) de considerar infractores y responsables del perjuicio causado a los que lo son del Derecho de la competencia y por tanto reconociendo a aquellos el derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho per-

4 DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN. GUÍA PRÁCTICA CUANTIFICAR EL PERJUICIO EN LAS DEMANDAS POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 101 O 102 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA que acompaña a la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

5 Hemos de considerar que la víctima de un efecto paraguas sobre los precios («umbrella pricing») puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se satisfacen estas condiciones. STJUE de 5 de junio de 2014. Asunto C-557/12. Kone AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH v. ÖBB-Infrastruktur AG.

6 De conformidad al artículo 1089 del Código civil “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.”

7 La insuficiencia del sistema fue puesto de manifiesto por I. Díez-Picazo Giménez, “Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España”, 1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia - Libro marrón del Círculo de Empresarios, Madrid, 2008, pp. 53-74, p. 59: “(...) al “private enforcement” del Derecho de la competencia sólo se dedican el párrafo antepenúltimo y penúltimo de la exposición de motivos y las disposiciones adicionales primera y segunda”.

8 Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.

9 Esta acción ya estaba en la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. El artículo 6 se refería a ella conforme a lo siguiente: “Los perjudicados por las prácticas restrictivas declaradas prohibidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia podrán ejercitar acción de resarcimiento de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil ordinaria en plazo no superior a un año, a contar del día en que sea firme la declaración del Tribunal.” También el artículo 13 de Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia: 1. Las sanciones a que se refiere la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada paso procedan. 2. La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles.

juicio causado. El bien jurídico protegido que permite esta acción se recoge en el artículo 1 de la Directiva cuando señala que en ella se establecen normas destinadas a fomentar una competencia real en el mercado interior y a eliminar los obstáculos que impiden su buen funcionamiento, garantizando una protección equivalente en toda la Unión para todos los que hayan sufrido tal perjuicio¹⁰.

Mediante las conductas ilícitas infractoras del derecho de la competencia¹¹ los responsables perciben cantidades que no debieron percibir por haber alterado las reglas del mercado con aquellas o alteran de otra forma los mercados. De esta forma las conductas podrían encuadrarse en supuestos de “maquinaciones fraudulentas” que conllevan dolo (art. 1269 CC) y por lo tanto inducen (por la asimetría de la información) a la adquisición o consumo de un producto o servicio en donde las reglas de la buena fe en el tráfico comercial se han vulnerado.

Tanto la normativa europea como las nacionales recogen prohibiciones de actuar en el mercado de determinada forma. Se trata de conductas colusorias o abusos de posición de dominio a partir de acciones individuales o colectivas conscientes o no y que se tienen como objeto: 1º. Produzca o pueda producir (por lo tanto, potencialmente) el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional. 2. Explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en un mercado concreto.

10 *Debe recordarse, en primer lugar, que el Tratado ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales y que, al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho comunitario también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico; éstos se crean no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias (véanse las sentencias de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos, 26/62, Rec. pp. 1 y ss., especialmente p. 23; de 15 de julio de 1964, Costa, 6/64, Rec. pp. 1141 y ss., especialmente pp. 1158 a 1160, y de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I- 5357, apartado 31).*

11 *La importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente, en su versión original en el artículo 85, apartado 2, que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de pleno Derecho (véase la sentencia Eco Swiss, antes citada, apartado 36).*

Las características concretas de este tipo de acciones las hacen particulares frente a nuestro sistema de acciones contractuales¹² y extracontractuales pues participan de ambas posibilidades y se podrán dar en ambos supuestos o con ambos supuestos, pero que son en realidad simplemente el instrumento a través del cual se produce el daño, pues la realidad es que es la propia infracción de la normativa prohibitiva la que podrá dar lugar a dicha acción (sea cual sea el origen del producto o servicio) en tanto exista relación de causalidad¹³ entre esa infracción y el daño producido. La Ley de 1989 (artículo 13) era aclaratoria al efecto estableciendo dos elementos a considerar para determinar su naturaleza: 1º. Está fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley. 2º. El régimen sustantivo de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles Según esta norma, se trataría entonces de una acción basada en resarcimiento de daños y perjuicios conforme a lo previsto en el código civil (y otras normas comunes) si bien con determinadas reglas que lo matizan y lo modulan para adaptarlo al bien jurídico protegido que

12 Por lo que atañe a la posibilidad de solicitar una reparación del perjuicio irrogado por un contrato o un comportamiento susceptibles de restringir o de falsear el juego de la competencia, procede recordar en primer lugar que, según jurisprudencia reiterada, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones del Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares (véanse, en particular, las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 16, y de 19 de junio de 1990, Factortame y otros, C-213/89, Rec. p. I-2433, apartado 19).

13 El contexto de “causalidad” en el que nos movemos es también diferente pues la Directiva nos hablará de daños directos o indirectos. Y además como veremos el planteamiento no es solo de daños derivados de la existencia directa o indirecta de una relación contractual (y extracontractual) con el infractor sino los coyunturales que pudieran haberse producido. Así en el supuesto de que una empresa cometa una conducta infractora las empresas o personas afectadas en la cadena podrán reclamar (relación contractual). A su vez los que contraten con estas últimas podrán reclamar a la primera en virtud de una relación extracontractual. Pero también las empresas o personas físicas que hayan resultado afectados como consecuencia del impacto de dichas conductas en el mercado por, por ejemplo, una subida de precios que haya motivado que terceras empresas que no intervienen en la conducta infractora a su vez suban los precios de su producto (es decir afectados por la curva oferta-demanda en el sector y mercado respectivo) también podrán reclamar de las primeras. Todavía el cálculo cuantitativo de daños derivados de esa conducta se minorará, en los supuestos en que sea posible, en la cuantía que las empresas afectadas hubieran repercutido a otras empresas o consumidores y por lo tanto hayan minorado el impacto que las mismas tuvieron.

es el mercado y los consumidores¹⁴. El Tribunal Supremo¹⁵ se pronunció al respecto en el denominado Asunto del Azúcar en un momento en que la normativa vigente era la de 1989; en este asunto llegó a decir que la acción ejercitada no había sido fundamentada en el contrato sino en responsabilidad de daños y perjuicios y por tanto “... a los efectos de identificar el régimen de prescripción extintiva de la acción, ante la dualidad de responsabilidades, la contractual y la extracontractual - a las que los anglosajones se refieren como “ the law of contract ” y “ the law of torts ” -, hay que entender con la recurrente que nos hallamos en el ámbito de la segunda.” El apartado trece de la directiva concluirá lo siguiente: “El derecho a resarcimiento está reconocido para cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la exis-

tencia de una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia”. Es por ello que otros autores¹⁶- con los que nos alineamos- han venido a llamar al mismo con la denominación de régimen especial que se caracteriza sustantivamente por esas particularidades que señalaremos y procesalmente por la complejidad.

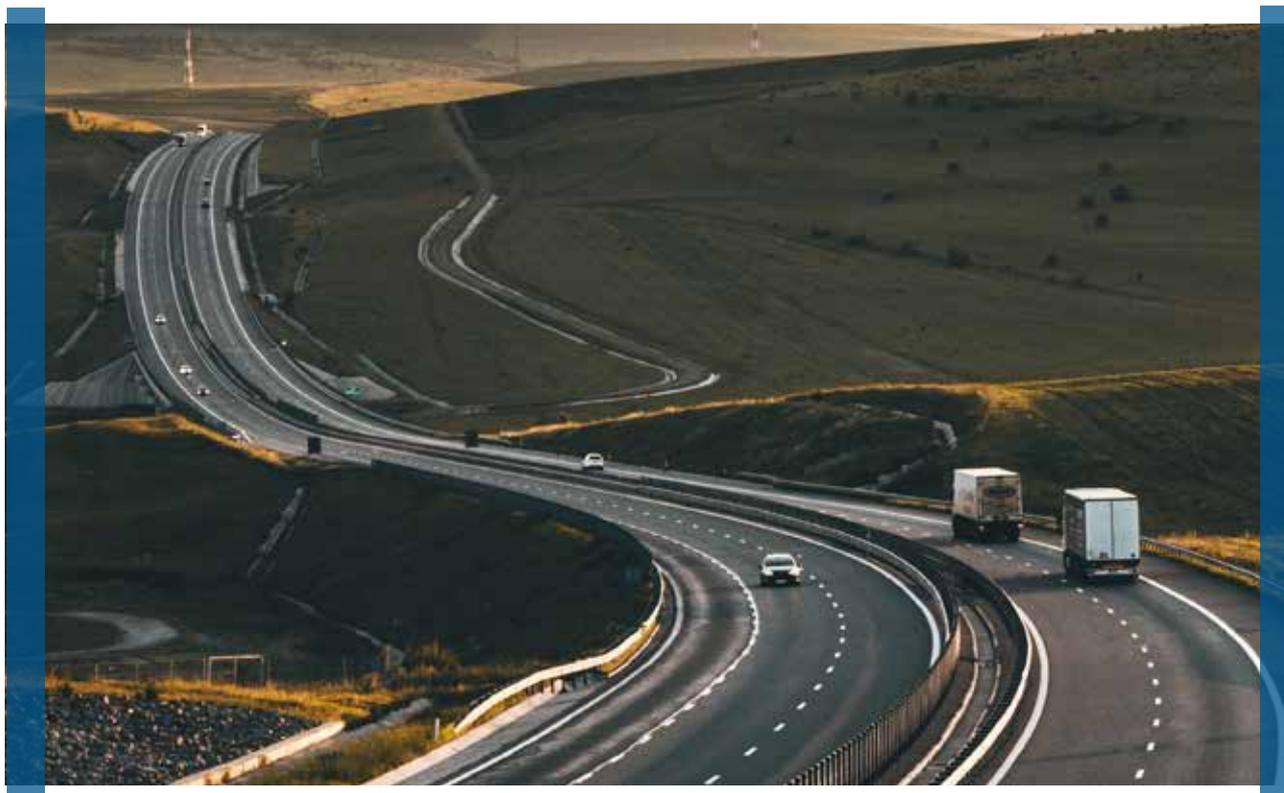
II. EL CONCEPTO AUTÓNOMO DE DELITOS Y CUASIDELITOS Y LA NATURALEZA DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS EN SUPUESTOS ANTITRUST.

El derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la competencia de la Unión y nacio-

¹⁴ En este sentido parece pronunciarse también ROMERO J, “Responsabilidad civil derivada de las infracciones del Derecho de la competencia”. Revista de responsabilidad civil y seguro. Julio-2018, aunque llega a afirmar la preponderancia de las acciones extracontractuales: “En cuanto a la estructura jurídica de las acciones de Responsabilidad Civil derivadas de infracciones del Derecho de la competencia, estas brotan del tronco común que en nuestro ordenamiento representa el artículo 1902 del Código Civil o la acción aquiliana, tal como se recoge en la Directiva en el considerando 11.”

¹⁵ SENTENCIA Nº 344/2012 DE TS, SALA 1ª, DE LO CIVIL, 8 DE JUNIO DE 2012

¹⁶ Tal y como afirma Gastón F. “Aspectos procesales de las acciones por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición.”. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2017), Vol. 9, Nº 1, pp. 125-152 : “Las autoridades europeas constataron desde el principio que era necesario dotar de un régimen jurídico especial a las acciones de daños por infracciones a las reglas sobre competencia, tanto en el plano sustantivo, como en el procesal.”



nal es, conforme a la Directiva, el contemplado en el Derecho de la Unión. El establecimiento de unas normas básicas comunes a todos los Estados es su razón principal, considerando que existirá no obstante aspectos regulados por la Directiva que convivirán con aspectos tratados por las normativas nacionales a tres niveles diferentes:

1º. Por un lado en cuanto a la aplicación del derecho que recoge la directiva y en tanto armonizada en cada Estado.

2º. Por otro lado en cuanto a los aspectos no regulados por la Directiva.

3º. En tercer lugar en cuanto a la aplicación del derecho nacional a las conductas infractoras de la competencia que se circunscriban al propio territorio y a la normativa nacional.

En cualquiera de los supuestos antes señalados la norma exigirá que se atienda a los principios de equivalencia y efectividad. Ello quiere decir que no se deben formular o aplicar de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE, o de modo menos favorable que las aplicables a acciones nacionales similares. Cuando un Estado miembro establezca en su Derecho nacional otras condiciones para el resarcimiento, tales como la imputabilidad, la adecuación o la culpabilidad, ha de poder mantener dichas condiciones en la medida en que se ajusten a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los principios de efectividad y equivalencia, y a la presente Directiva.

El problema de la adaptación a los principios de equivalencia y efectividad es trascendental en el derecho común de la Unión, pues considerando elementos diferentes para la responsabilidad civil derivada de estas conductas en un concreto Estado, el resultado puede ser ciertamente diferente al supuesto en que dichos elementos no se hubieran incorporado particularmente a dicha normativa nacional.

Interpretando, desde la perspectiva del derecho autónomo europeo, el Convenio de

Bruselas¹⁷, el TJUE¹⁸ ha señalado que *“El concepto de obligaciones en materia delictual o cuasidelictual abarca, según el Tribunal de Justicia, todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no están relacionadas con la «materia contractual» en el sentido del artículo 5, número 1.”* En este sentido interpretó el abogado general el precepto en el Asunto C-334/00: *“En resumen, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el alcance del artículo 5, número 1, se describe exactamente. Si una obligación no está incluida en el ámbito del artículo 5, número 1, se aplica el artículo 5, número 3. En este sentido, el artículo 5, número 3, tiene carácter residual. Por tanto, es cuestión de determinar cuándo una obligación está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 5, número 1. Al hacerlo, el elemento de la libre asunción de responsabilidades desempeña un papel central. Así, el concepto de «materia contractual [...] no puede ser entendido como si se refiriera a una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a otra», según indica la sentencia Handte.”* En la STJUE de e 17 de septiembre de 2002 se incluyó en su ámbito (el de delitos y cuasidelitos) los supuestos precontractuales. Finalmente, la STJUE de 13 marzo 2014, as. C-548/12, integraría las interpretaciones y concluiría señalando que *“Debe considerarse que las acciones de responsabilidad civil como las controvertidas en el asunto principal, de carácter extracontractual en Derecho nacional, están, no obstante, incluidas en la «materia contractual», a efectos del artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, si el comportamiento imputado puede considerarse un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato.”* El apartado 18 de dicha resolución señala que ha de recor-

17 *En la medida en que el Reglamento nº 44/2001 (hoy Reglamento 1215/2012, Bruselas I bis)sustituye, en las relaciones entre los Estados miembros, al Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 299, p. 32; EE 01/01, p. 186), en su versión modificada por los posteriores convenios de adhesión de los nuevos Estados miembros a este Convenio (en lo sucesivo, «Convenio de Bruselas»), la interpretación dada por el Tribunal de Justicia en relación con las disposiciones del Convenio de Bruselas es igualmente válida para las del citado Reglamento, cuando las normas de estos instrumentos puedan calificarse de equivalentes (sentencia ÖFAB 18 de julio de 2013, C-147/12 apartado 28).*

18 *Sentencia de 27 de septiembre de 1988, Kalfelis (189/87, Rec. p. 5565).*

darse que de reiterada jurisprudencia se desprende que las expresiones «materia contractual» y «materia delictual o cuasidelictual», en el sentido de los puntos 1, letra a), y 3 del artículo 5 del Reglamento nº 44/2001, respectivamente, deben interpretarse de manera autónoma, remitiéndose principalmente al sistema y a los objetivos de dicho Reglamento, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de éste en todos los Estados miembros (véase, en particular, la sentencia de 18 de julio de 2013, ÖFAB, C-147/12, apartado 27). Por lo tanto, no puede entenderse que se remitan a la calificación que la ley nacional aplicable da a la relación jurídica sobre la que debe pronunciarse el órgano jurisdiccional nacional.

Conforme a ello tendremos entonces dos grandes distinciones: 1º. Por un lado, los asuntos puramente nacionales que obedecerán a materia contractual o extracontractual según la legislación del país correspondiente pero que necesariamente, en esta materia, deberán observar los principios de equivalencia y efectividad. 2º. Por otro los asuntos no nacionales y de afectación europea en donde la clasificación obedecerá a los conceptos autónomos que interpreta el TJUE y en donde, por lo tanto la competencia vendrá determinada por el Reglamento Bruselas I Bis según esa interpretación.

Lo anterior nos permite considerar que nuestra categorización de acciones contractuales y extracontractuales se matiza - aunque sea en materia de competencia- en el ámbito

européo; y que ello nos dará pie a considerar su naturaleza de forma diferente según estemos ante una u otra normativa aplicables. Pero ello no puede ser válido desde el punto de vista sustantivo, aunque sí lo sea para el ámbito procesal al menos en el régimen de competencia. Al aplicar, por ejemplo, una norma de competencia que nos dice que no existe relación contractual y que por lo tanto se aplicará lo referido a “delitos y cuasidelitos” por el citado Reglamento, cierta vinculación existirá desde el principio a los efectos de delimitar esa responsabilidad por daños y la normativa aplicable. En este sentido alguna autora¹⁹ ha venido a señalar que previamente se hace necesario interpretar y/o calificar la naturaleza de la acción que presenta el demandante. Labor que corresponde a los jueces y tribunales que conocen del asunto, que ante las dudas en un caso concreto han de acudir al auxilio que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así dependiendo de la naturaleza del litigio, el fondo del asunto puede resolverse por una u otra norma una vez determinada la competencia. Si se trata de competencia contractual, en el ámbito internacional, será aplicable Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las

19 MORENO A, <<Interpretación autónoma de la naturaleza contractual o no de una acción. Comentario a la STJUE de 13 marzo 2014, as. C-548/12, Marc Brogssitter v. Fabrication de Montres Normandes>>. REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO - FEVEREIRO 2016 - N.º 1





obligaciones contractuales (Roma I)²⁰; si lo calificamos como extracontractual será aplicable en el Reglamento (CE) núm. 864 /2007, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)²¹, que pueden llevar a determinar aplicable a la responsabilidad extracontractual una ley distinta de la señalada por el Reglamento Roma I. Autores muy considerados²² dan a los supuestos de libre competencia la naturaleza de acción extracontractual al amparo del concepto de “compromiso libremente asumido” y en relación a la competencia derivada del Convenio Bruselas I Bis. Pero evidentemente esto es al amparo de la normativa europea en los términos interpretados por

20 DO L 177, de 4 de julio de 2008, que en sus artículos 3 y siguientes puede remitir a la ley de cualquier país

21 DOL 199, de 31 de julio de 2007:

22 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., Derecho Internacional Privado, 2ªed., Thomson-Civitas, 2014. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. y SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, S., “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, Revista Española de Derecho Europeo, año 2013, número 48, pp. 9 a 35.

el TJUE²³. Lo que no impide que la restricción de la competencia pueda plantearse desde la perspectiva de lo contractual como sucede por ejemplo cuando se aplica la Regla del Blue Pencil²⁴; la denominada «blue pencil» entonces partía —en el caso— de una restricción del comercio a partir de una cláusula establecida en un concreto contrato. Y desde ahí la consideración de nulidad de parte de la misma por la restricción del comercio que ello suponía de forma abusiva. Desde esa restricción —declarada en términos generales nula conforme al derecho consuetudinario anglosajón— se partía de la posibilidad de dar validez al resto de la cláusula cuando cumpliera tres requisitos: 1.º Que los términos alcanzados en el acuerdo entre las partes protegieran un legítimo interés. 2.º Que dichos términos fueran razonables (equilibrio, proporcionalidad y buena fe) para ambas partes. 3.º Que los términos no fueran contrarios al orden público. Darle naturaleza siempre ex-

23 *La sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988, as. 189/87, Kalfelis, que el fundamento 17, establece que para garantizar una solución uniforme en todos los Estados miembros, conviene admitir que el concepto de en “materia de delitos o cuasidelitos” comprende toda demanda que se dirija a exigir la responsabilidad de un demandado y que no está relacionada con la materia contractual en el sentido del apartado 1 del artículo 5 (Convenio de Bruselas de 1968). Y en el fundamento siguiente continua: “el concepto de en materia de delitos o cuasidelitos en el sentido del apartado 3 del artículo 5 del Convenio, debe considerarse como un concepto autónomo, que abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no están relacionadas con la “materia contractual” en el sentido del apartado 1 del artículo 5”. La STJUE de 18 de julio de 2013, as. C-147/12, ÖFAB, en el fundamento 33, mantiene que no obstante, según reiterada jurisprudencia el concepto de “materia delictual o cuasidelictual” en el sentido del artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no estén relacionadas con la “materia contractual” en el sentido del artículo 5, número 1, letra a), de dicho Reglamento (cita, por lo que respecta a la interpretación del Convenio de Bruselas, las sentencias de 27 de septiembre de 1988, Kalfelis, 189/87, fundamento 18; de 26 de marzo de 1992, Reichert y Kockler, C-261/90, fundamento 16; de 27 de octubre de 1998, Réunion européenne y otros, C-51/97, fundamento 22, y de 17 de septiembre de 2002, Tacconi, C-334/00, fundamento 21). Y en la sentencia reciente del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2015, as. C47,14, Holterman Ferho (68) afirma que es jurisprudencia reiterada que el artículo 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 se aplica a toda pretensión con la que se exija la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la “materia contractual”, en el sentido del artículo 5, punto 1, letra a), de este Reglamento (Vid igual el Asunto Brogsitter, C-548/12, EU:C:2014:148, fundamento 20).*

24 SANJUÁN E, <<Blue pencil rule y cláusulas de vencimiento anticipado.(A propósito de la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo-Asunto C-70/17).Diario La Ley, Nº 9171, Sección Doctrina, 5 de Abril de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

tracontractual es tanto como limitar la posibilidad contractual²⁵ que también pueda darse en determinados supuestos, aunque en realidad podemos partir de una u otra y concluir en que la infracción, por la conducta, nos lleva a la ley y desde ahí a considerar que sea cual sea el origen el paso intermedio es la infracción de las reglas de competencia y por tanto algo diferente a lo contractual o extracontractual. Tal y como afirma la Directiva de Daños “los artículos 101 y 102 del TFUE producen efectos directos en las relaciones entre particulares y generan, para los afectados, derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar.” Esto nos permite igualmente configurar la responsabilidad por daños como un régimen especial (nuevamente) en donde la razón de ser de la reclamación podrá fundamentarse en un contrato o no pero que en cualquier caso tiene sus propias peculiaridades en la normativa que actualmente lo desarrolla. Diríamos por tanto que desde la base normativa de la Unión Europea es una categoría autónoma.

III. LAS CONDUCTAS TIPIFICADAS, EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

Podemos afirmar inicialmente que el bien jurídico protegido en las conductas anticom-

petitivas es la libre competencia. De conformidad con el artículo 26, apartado 2, del TFUE, el mercado interior comprende un espacio sin fronteras interiores, en el que está garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. El TS vendrá a señalar en la STS de 3 de noviembre de 2017²⁶ que «*En cuanto la normativa antitrust comunitaria (arts. 101 y 102 TAJE) y nacional (arts.1 y 2 LOC) tiene carácter imperativo, pues a través de ella se establecen límites a la autonomía de la voluntad de los particulares con la finalidad de tutelar el interés público -español o comunitario- en el mantenimiento de la Competencia, la nulidad de los pactos contractuales que infringen dicha normativa se justifica por el traspaso de estos límites a la autonomía privada de la voluntad (arts. 6.3 y 1255 CC)*». La protección pública de las autoridades de la competencia y la aplicación privada es complementaria. Al pronunciarse sobre litigios -dirá la Directiva- entre particulares protegen los derechos subjetivos que emanan del Derecho de la Unión, por ejemplo, mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a las víctimas de infracciones. La plena efectividad de los artículos 101 y 102 del TFUE, y en particular el efecto práctico de las prohibiciones en ellos establecidas, exigen que cualquier persona, ya se trate de un particular, incluidos los consumidores y las empresas, o de una autoridad pública, pueda reclamar ante los órganos jurisdiccionales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de estas disposiciones. El derecho a resarcimiento contemplado en el Derecho de la Unión se aplica igualmente a las infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE por parte de empresas públicas y de empresas titulares de derechos especiales o exclusivos de los Estados miembros a tenor del artículo 106 del TFUE.

La conducta podrá darse tanto en supuestos contractuales como no contractuales y por lo tanto ello dará lugar a infringir la norma y en consecuencia surge, además de la actuación pública, el derecho al pleno resarcimiento de los particulares. La actuación pública y privada es, como hemos dicho, complementaria, de tal forma que la pretensión final es intentar volver la situación a cómo estaba (y en ello se basan todos los modelos de cuantificación conocidos) antes de la infracción de tal forma que la libre competencia siga sirviendo de guía en ese concreto mercado que ha sido lesionado.

²⁵ Piénsese por ejemplo en los supuestos de abanderamiento que realiza el TS (por todas STS, Civil sección 1 del 17 de julio de 2018 (ROJ: STS 2851/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2851) en donde la infracción del derecho de la competencia parte de lo fijado en los contratos, sin perjuicio de que posteriormente pudieran ejercitarse otro tipo de acciones derivadas de una relación contractual o extracontractual por quienes adquieren el producto sin esa inicial relación. En la citada se recoge, entre otras muchas referencias, un análisis necesario de lo contractual para concluir afirmando que si no se realiza es evidente que no se podrá probar: “Bajo este prisma, las alegaciones de la parte recurrente sobre la fijación de precios son inatendibles. En primer lugar, cabe descartar que la sentencia recurrida se aparte de la doctrina establecida en la sentencia del pleno de esta sala 863/2009, de 15 de enero de 2010 , porque el contrato litigioso no contiene una cláusula sobre la imposibilidad de realizar descuentos como la analizada en la indicada sentencia. Y en segundo término, porque no cabe la vinculación pretendida por la recurrente a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001, y las sentencias de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de 10 y 17 de noviembre de 2010 . No consta que el contrato litigioso fuera uno de los examinados en el expediente administrativo que dio lugar a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, por lo que el mismo no puede servir para mantener que Repsol impuso a Esparga los precios de venta al público. Y ya dijimos en la sentencia 709/2012, de 30 de noviembre , con cita de otras muchas, que la imposibilidad real de hacer descuentos no puede quedar probada sin más en virtud de expedientes de los órganos de defensa de la competencia en los que no haya sido examinado el contrato objeto del litigio.”

²⁶ STS, Civil sección 1 del 03 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3879/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3879)

Uno de los principales puntos que han llevado a la Unión Europea a introducir en nuestro sistema un régimen de reclamación privada de daños en supuestos antitrust²⁷, han sido los beneficios que de ello pueden obtenerse no solo en particular o individualmente para quien sufre los daños sino también para la sociedad en conjunto. Según el estudio encargado por la Comisión Europea²⁸, los potenciales beneficios de una política normativa efectiva en tema de daños en supuestos de competencia se pueden ver en diferentes apartados: 1. Por un lado porque da seguridad a quien ha sufrido daños para recuperar los mismos y ser compensado por sus pérdidas. Por tanto, incrementa la justicia restaurativa. 2. En segundo lugar garantiza una política de prevención general de tal forma que las empresas estarán disuadidas de cometer dichos actos y que con ello internalizarán las externalidades negativas que afectan a la sociedad con conductas anticompetitivas y que se manifiestan fundamentalmente en sobrecostes y pérdidas irrecuperables en los excedentes (deadweight loss). 3. Se benefician los mercados al hacer que todas las empresas compitan en igualdad de condiciones y los ciudadanos consumidores podrán optar también en dichos términos tanto en el ámbito nacional como europeo. 4. Favorecen los derechos de los ciudadanos brindando y facilitando la posibilidad de reclamación de los que hayan sido infringidos. 5. Macroeconómicamente tiene un impacto positivo en la competencia y la competitividad, en el desarrollo y en los puestos de trabajo que se benefician de ese mercado competitivo, reduce ineficiencias localizadas y aumenta la calidad de los productos y servicios, reduce los precios e incrementa la oferta de los mismos.

A tal efecto podemos señalar que el doble sistema previsto de sanciones administrativas a través de las agencias encargadas del seguimiento de estas conductas y el de reclamación privada de daños se completan, puesto que el primero iría determinado o dirigido al doble efecto de mitigar el daño social al mercado (internaliza la externalidad negativa social) y a disuadir a las empresas de la realización de dichas conductas; y el segundo estaría encami-

nado a compensar o reparar el daño sufrido por los particulares en cualquier punto de la cadena en que se encuentren. Sin embargo, este último también conlleva un efecto disuasorio²⁹ en la medida en que exista facilidad en la reclamación (no solo en el ejercicio de acciones sino en los costes derivados de un litigio o de una transacción) y por ello se convierta en una seria amenaza para las empresas que se integran en dichas prácticas y de internalización en las empresas infractoras de la externalidad negativa determinada que suponen dichas conductas y por ello la mitigación de la misma externalidad³⁰.

Tal y como hemos afirmado en otros estudios³¹ (y conforme a las rondas de trabajo de la OCDE³²) podemos distinguir entre la valoración del daño que teóricamente deben hacer las agencias estatales en supuestos de prácticas anticompetitivas de aquellos que se producen a un individuo concreto y que tienen su razón de ser en la reclamación por ante los Tribunales. Señala el citado estudio que “*The concept of harm*

27 *Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre (Ref. DOUE-L-2014-83627).*

28 *REPORT FOR THE EUROPEAN COMMISSION CONTRACT DG COMP/2006/A3/012. AAVV. “Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. “2007*

29 *Así ha sido señalado por el TS Sala de lo Contencioso de 29 de enero de 2015 (Roj: STS 112/2015 - ECLI: ES:TS:2015:112) en cuando afirma: “Precisamente la evolución del Derecho de la Competencia va dirigida a incrementar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena -en la vía civil- al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del beneficio ilícito obtenido). Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras -y sus directivos- no sólo “sufran” la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta.” <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7274949&links=ley%2015/2007;%20defensa%20competencia&optimize=20150204&publicinterface=true>*

30 Sobre si ello es suficiente o no se viene discutiendo por la doctrina desde hace mucho tiempo. A tal efecto la doctrina clásica ha considerado que la teoría del monopolio es suficiente para justificar y probar esa pérdida social (Richard A. Posner, *Antitrust Law*, 2001), es decir se trataría de aplicar el “Chicago deadweight loss analysis” para determinar esa pérdida de excedente. Sin embargo nuevas y más modernas concepciones nos hablan (Lee, Y.A. and D.J. Brown (2005), *Competition, Consumer Welfare and the Social Cost of Monopoly*, at <http://cowles.econ.yale.edu/P/cd/d15a/d1528.pdf>.) de otros efectos indirectos en una determinada industria que son a los que también nos hemos referido.

31 *Sanjuán y Muñoz, E. Valoración de daños en supuestos antitrust. 2018. Tirant. Pg 117.*

32 *OCDE. Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies 2011. DAF/COMP (2011)25. www.oecd.org. OCDE. 27/11/2012.*

to competition resulting from anti-competitive conduct is related but distinct from the concept of damages suffered by particular victims as a result of that conduct. Harm to competition captures the general harm done to the economy and takes a welfare perspective; it is at the centre of any assessment by a competition agency. On the opposite side, the concept of damages takes a strong individualised perspective which might or might not coincide with the damages to society; it is central in any private damages case brought in front of a national court.” De esta forma la valoración del daño por parte de las agencias tendría una perspectiva del bienestar común y por ello de valoración económica en general, mientras que la valoración del daño para los particulares supone una perspectiva distinta que puede coincidir o no con aquella y que se dirigirá por tanto al daño real causado al particular y por ello al pleno resarcimiento del mismo conforme a dichos parámetros. Se trata entonces de considerar el bien jurídico protegido en cada uno de los supuestos. De esta forma la propuesta de la OCED es la distinción entre unos y otros que podrá entenderse con algunos ejemplos. Así en supuestos del cártel la reclamación del particular debería centrarse en el sobrecoste y los efectos del pass-on como defensa frente al mismo, mientras que en el procedimiento administrativo será más importante focalizar el asunto por la pérdida del bienestar en conjunto que la práctica haya conllevado. En supuestos de conducta de abuso de dominio o de explotación la cuestión está, como se señala, más clara, mientras que en los supuestos de exclusión no lo está tanto por la dimensión vertical que la misma conlleva. En esta se produce por tanto una afectación de competidores y de consumidores y la estrategia que haya sido utilizada para la conducta anticompetitiva será importante a considerar en esa valoración tanto en las fases en las que nos encontremos como en el producto, mercado o industria afectada³³.

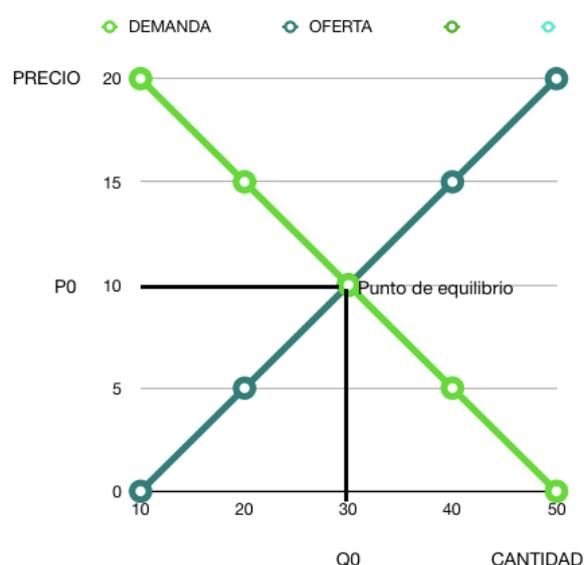
No dejan de haber por ello las posturas³⁴ que consideran que desde estos puntos de vista lo privado podría afectar a lo público y por

³³ Un caso interesante de mezcla de ambos supuestos es el asunto de 29 de marzo de 2017 de la Duch Supreme Court en donde se produce un análisis curioso sobre el passing-on en donde finalmente el resarcimiento a un particular (administración) se produce por una valoración conjunta de la pérdida del beneficio o bienestar económico de la sociedad en su conjunto o la recuperación del mismo dada la naturaleza pública de quien reclamaba.

³⁴ Prichard, J.R.S. (1979), *Private Enforcement and Class Actions*, in J.R.S. J.L. Mashaw (1975), *Private Enforcement of Public Regulatory Provisions: The DCitizen Suit*, 4 *Class Action Rep.* 29 at 33.

ello desproteger el mercado de esa protección; y frente a ello la eterna referencia a la mano invisible de Smith en donde se considera que debe ser el mercado el que deba corregir dichas ineficiencias³⁵.

El equilibrio en un mercado competitivo con ausencia de externalidades se alcanzará en el punto de intersección entre la curva de oferta y la curva de demanda a un precio y una cantidad de equilibrio.



Fuente: Elaboración propia.

La existencia de externalidades negativas supone ineficiencia en sentido Pareto. De esta forma el nivel de producción que se alcanza no es socialmente eficiente; así si incrementamos el nivel de producción el coste externo marginal también aumenta.

³⁵ McAfee, R.P., H.M. Mialon and S. H. Mialon (2005a) *Private Antitrust Litigation: Procompetitive or Anticompetitive?*, Forthcoming in *The Political Economy of Antitrust*, Vivek Ghosal and Johan Stennek, eds. At http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/220040.htm

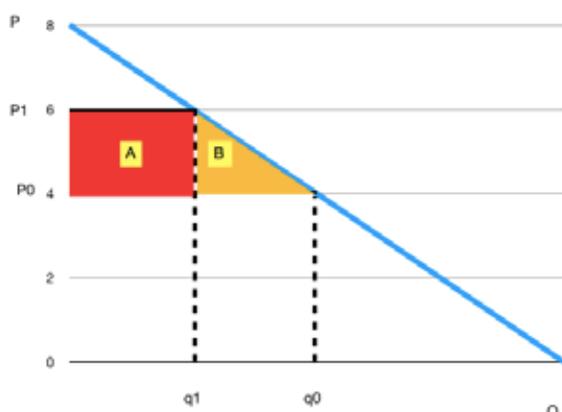
Así por ejemplo y tal y como puede verse en la figura posterior uno de los modelos comparativos es el de Diferencia por diferencias o dobles diferencias; en este se fundamentará en el antes, durante y después considerando bien la empresa, el mercado o la zona geográfica³⁸ concreta (o la mezcla de todos o dos de ellos); desde ahí las herramientas técnicas que se van a utilizar son la comparación porcentual aritmética entre los diferentes elementos que se comparan o la regresión (lineal o múltiple). Cada uno de ellos se estructura conforme a lo siguiente:

Sin entrar en un examen más profundo³⁹ en la medida en que una infracción da lugar, por ejemplo, a un aumento de precios de los productos en cuestión, se pueden distinguir dos tipos principales de daño causado por la misma:

COSTE EXCESIVO: el perjuicio resultante del hecho de que los clientes directos e indirectos de las empresas infractoras tienen que pagar más por cada producto que compran que si no existiera la infracción (el «coste excesivo»).

EFECTO VOLUMEN: el perjuicio resultante del denominado «efecto volumen», causado por el hecho de que, debido al aumento de los precios, se compra menor cantidad de esos productos.

Gráficamente se puede expresar de la siguiente forma:



Fuente: Elaboración propia.

El cuadro A muestra el efecto incremento del precio. Se produce una disminución de

la cantidad (volumen) desde q_0 a q_1 , y un incremento de precio de P_0 a P_1 . Es el valor transferido de clientes al infractor o infractores. Si tenemos los datos de q_1 y de P_0 a P_1 el cálculo es el área de dicho rectángulo.

El triángulo B (también calculable por el Área del Triángulo) muestra el efecto pérdida de volumen: es el valor de los que comprarían al primer precio (P_0), pero no al segundo (P_1).

Con ello se producen además dos efectos concretos:

Habrà un lucro cesante en los que compraban el producto para su reventa o para su insumo en un producto que vendían.

Los consumidores tendrán también un emergente debido al incremento del precio.

Puede ocurrir también que el infractor se beneficie con sus hechos de un menor precio en el mercado de los productos que adquirirían para su insumo o para su reventa. Esto puede afectar:

A los proveedores que se ven perjudicados en cuanto a la pérdida de precio. Daño emergente.

En cuanto al consumidor porque no se benefician del juego del mercado descendente: lucro cesante.

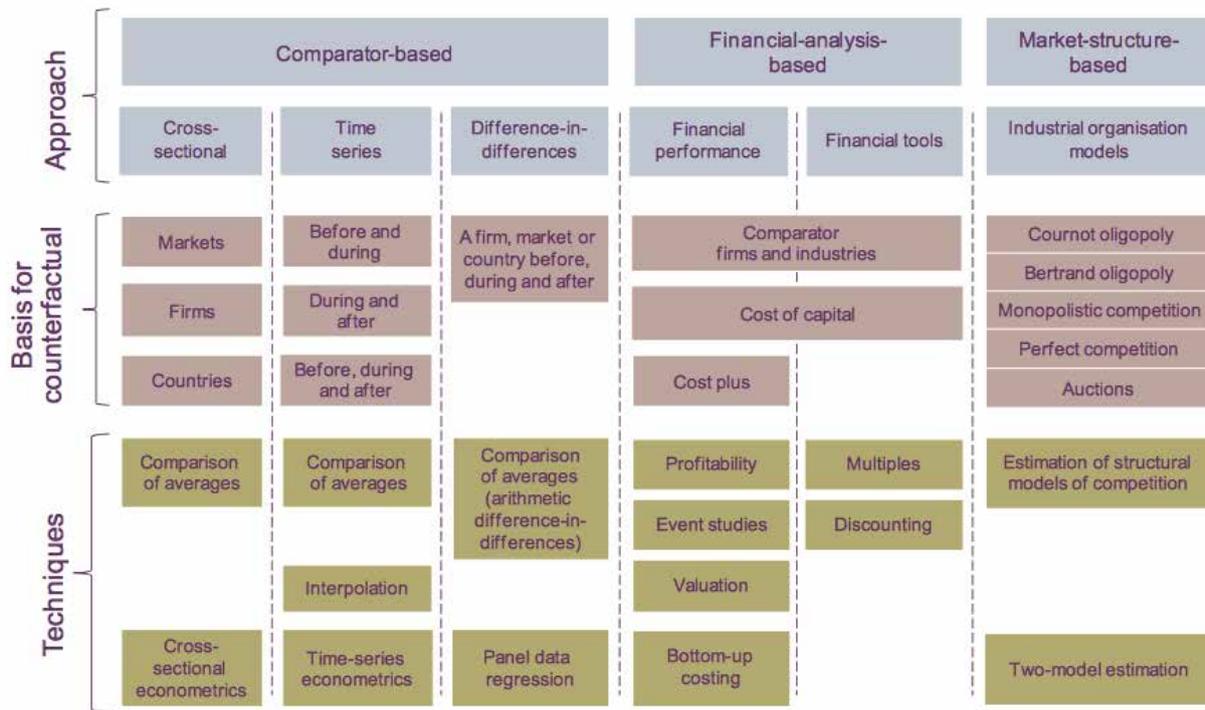
Los métodos para valorarlo distinguirán necesariamente entre aquellos supuestos en que nos encontremos con un cártel u otro tipo de conducta anticompetitiva como exclusión y conforme a los modelos, métodos y técnicas que sean aplicables⁴⁰.

De todo ello solo podemos concluir que la acción ejercitada en protección de daños y resarcimiento pleno es una de las caras de la moneda para reestablecer el equilibrio competitivo (la libre competencia) y que la infracción, sea cual sea, dará lugar a la lesión de ese bien jurídico protegido que tiene diferentes ramas (pública y privada) y desde ellas diferentes instrumentos (contractual o extracontractual) con los que puede resultar lesionado. Nuevamente nuestra conclusión, por tanto, no puede ser sino que se trata de una acción de naturaleza especial que se construye desde el derecho

³⁸ La CNC realizó una comparativa de zonas geográficas en el Asunto 626/07 Canarias de explosivos.

³⁹ Análisis todo ello en la citada obra Valoración de Daños...Tirant 2018.

⁴⁰ Análisis todos los aspectos en <<Infracciones of the Competition as Externalities (July 10, 2018).>> Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3211511>



Source: Oxera.

Fuente: Oxera. 2009.

clásico pero que se desarrolla con nuevos elementos y herramientas que la hacen por ello particular frente al origen de la conducta y sin que pueda subsumirse en una simple obligación derivada de la legalidad porque precisamente es esta la que lo canaliza desde lo contractual o lo extracontractual hasta lo público o lo privado para reestablecer, en la medida de lo posible, el bien jurídico lesionado.

IV. SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LAS PARTICULARIDADES PROCESALES EN SUPUESTOS ANTICOMPETITIVOS.

1. Responsabilidad contractual y extracontractual. Régimen ordinario.

La sentencia N° 341/2006 DE TS, SALA 1ª, DE LO CIVIL, 30 DE MARZO DE 2006 vino a señalar que existe yuxtaposición de acciones en la responsabilidad contractual y extracontractual, cuando responden a los mismos principios y la misma realidad, aunque tengan diversa regulación positiva: es la llamada "unidad de la culpa". Cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de la responsabilidad (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente. De conformidad a las SSTS de 30 de junio de 2000 y de 22 de julio de 2003, "Constituye doctrina de esta Sala que para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objeti-

vo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño (STS. 11 febrero 1998), el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba (Sentencias 17 diciembre 1988, 2 abril 1998). Es preciso la existencia de una prueba terminante (Sentencias 3 noviembre 1993 y 31 julio 1999), sin que sean suficientes meras conjeturas, deducciones o probabilidades (Sentencias 4 julio 1998, 6 febrero y 31 julio 1999). El "como y el porqué" constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso (Sentencias 17 diciembre 1988, 27 octubre 1990, 13 febrero y 3 noviembre 1993). Al respecto de ello la STS de 18 de marzo de 2016 (STS 1161/2016) resumirá, al amparo de la doctrina del alto Tribunal⁴¹, cuales son los criterios aplicables:

41 SSTS 462/2006, de 10 de mayo (Rec. 3104/1999), 645/2007, de 30 de mayo (Rec. 80/2000), 1070/2007, de 16 de octubre (Rec. 3816/2000), 788/2008, de 24 de julio (Rec. 1813/2001), 791/2008, de 28 de julio (Rec. 3409/2001), 1200/2008, de 16 de diciembre (Rec. 1683/2000), 149/2010, de 25 de marzo (Rec. 1018/2006), 385/2011, de 31 de mayo (Rec. 2037/2007), 979/2011, de 27 de diciembre (Rec. 1736/2008), 816/2011, de 6 de febrero de 2012 (Rec. 977/2008), 566/2015, de 23 de octubre (Rec. 2213/2013), y 639/2015, de 3 de diciembre (Rec. 558/2014)

1. La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa -demostración de que «faltaba algo por prevenir»-, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el artículo 1902 CC.

2. La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado «reproche culpabilístico».

3. El riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad; y ello tiene relevancia para la ponderación del nivel de diligencia requerido. No cabe considerar exigible una pericia extrema y una diligencia exquisita, cuando sea normal el riesgo creado por la conducta causante del daño. La creación de un riesgo superior al normal -el desempeño de una actividad peligrosa- reclama, empero, una elevación proporcionada de los estándares de pericia y diligencia. La falta de adopción o «agotamiento» de las más exigentes medidas de cuidado en su caso requeridas justifica atribuir responsabilidad (por culpa o subjetiva) por los resultados dañosos que sean realización del mayor riesgo así creado: que sean objetivamente imputables a esa culpa en el desempeño de la actividad peligrosa.

4. El carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño -el que la misma genere un riesgo extraordinario de causar daño a otro- puede justificar la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta de culpa. Para las actividades que no queda calificar de anormalmente peligrosas, regirán las normas generales del artículo 217 LEC. Del ten-

or del artículo 1902 CC, en relación con el artículo 217.2 LEC, se desprende que corresponde al dañado demandante la carga de la prueba de la culpa del causante del daño demandado. No será así, cuando «una disposición legal expresa» (art. 217.6 LEC) imponga al demandado la carga de probar que hizo cuanto le era exigible para prevenir el daño; o cuando tal inversión de la carga de la prueba venga reclamada por los principios de «disponibilidad y facilidad probatoria» a los que se refiere el artículo 217.7 LEC.

5. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 386 LEC, el tribunal podrá imputar a culpa del demandado el resultado dañoso acaecido, cuando, por las especiales características de éste y conforme a una máxima de la experiencia, pertenezca a una categoría de resultados que típicamente se produzcan (sean realización de un riesgo creado) por impericia o negligencia, y no proporcione el demandado al tribunal una explicación causal de ese resultado dañoso que, como excepción a aquella máxima, excluya la culpa por su parte.

En la materialización de la responsabilidad derivada de estos supuestos antitrust sin embargo tenemos que matizar algunos supuestos.

2. Regla de mínimos.

Por un lado porque se establece una regla de mínimos (mínimis) de tal forma que si no se alcanzan los mismos, en la forma en que ha sido interpretada, no se afectará a la competencia. Tal y como afirma la STS de 17 de marzo de 2016, la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación de la regla de minimis viene resumida en las sentencias del Pleno de esta Sala núms. 31/2012, de 15 de febrero, y 543/2015, de 20 de octubre, posteriormente reiterada en las sentencias 698/2015, de 16 de diciembre, y 699/2015, de 17 de diciembre (que toman en consideración la doctrina fijada por el TJUE en respuesta a diversas cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales españoles; y las tres últimas, específicamente, la doctrina establecida al resolver la cuestión prejudicial formulada por esta Sala en el recurso 549/2010), en los siguientes términos:

1ª) La regla de minimis en su formulación de minimis non curat lex, es decir como regla de legalidad (distinta de la formulación de minimis non curat praetor, más relacionada con el principio de oportunidad y por tanto ajena a los órganos jurisdiccionales del orden civil por su incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE), viene

siendo afirmada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

2ª) En su concreta aplicación a las relaciones jurídicas entre compañías petroleras y gestores de estaciones de servicio el auto del TJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-506/07, expresa su doctrina sobre la regla de minimis del siguiente modo:

«a) En general un acuerdo que tenga por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia "queda al margen de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1, cuando solo afecta al mercado de forma insignificante, habida cuenta de la débil posición que tengan los interesados en el mercado de los productos de que se trate", según sentencias del propio Tribunal de 9-6-1969, 25-11-1971, 28-4-1998 y 23-11-2006 (apdo. 24); b) "[d]e lo anterior resulta que un acuerdo que se considere de importancia menor puede, aun cuando contenga cláusulas como las mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente [derecho de superficie del proveedor durante veinticinco años], no está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1" (apdo. 26); c) el órgano jurisdiccional debe tomar en consideración el marco concreto en que se inscribe el acuerdo, "especialmente en el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas y la naturaleza de los bienes o servicios contemplados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes" (apdo. 28); d) cuando se trata de un acuerdo de compra en exclusiva es preciso "analizar los efectos que produce dicho contrato, en relación con otros contratos del mismo tipo, sobre las posibilidades de que disponen los competidores nacionales u originarios de otros Estados miembros de implantarse en el mercado de referencia o de ampliar en este su cuota de mercado" (sentencias de 28-2-1991, caso Delimitis, y 7-12-2000, caso Neste (apdo. 30); e) también debe examinarse "la naturaleza e importancia del conjunto de contratos similares que vinculan a un número importante de puntos de venta con varios proveedores y tomar en consideración, entre los demás elementos del contexto económico y jurídico en el que se insertan los contratos, los que determinan las posibilidades de acceso al mercado de referencia", por lo que habrá de examinarse "si existen posibilidades reales y concretas para que un nuevo competidor se infiltre en el haz de contratos" y tener en cuenta, igualmente, "las condiciones en que tiene lugar el juego de la competencia en el mercado de referencia", según declararon las sentencias de

los casos Delimitis y Neste (apdo. 31); f) "[s]i el examen del conjunto de contratos similares revela que el mercado afectado es difícilmente accesible, deberá analizarse en qué medida los contratos celebrados por el proveedor de que se trate contribuyen al efecto acumulativo producido por dicho conjunto de contratos" (apdo. 32); g) "[l]a responsabilidad de este efecto de cierre del mercado debe imputarse, conforme a las normas sobre competencia comunitarias, a los proveedores que contribuyan a él de manera significativa" (apdo. 32); h) "[l]os contratos celebrados, por los proveedores cuya contribución al efecto acumulativo es insignificante no están comprendidos, por tanto, dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1" (apdo. 32); i) "[c]on el fin de analizar la importancia de la contribución de los contratos celebrados por un proveedor al efecto de bloqueo acumulativo, debe tomarse en consideración la posición de las partes contratantes en el mercado" y, además, la duración de los contratos, de modo que "[s]i esta duración es manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, el contrato concreto está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1", según las sentencias de los casos Delimitis y Neste (apdo. 32); j) por tanto, un contrato que contenga cláusulas de imposición de una obligación de compra en exclusiva o de prohibición de competencia con un periodo de aplicación superior a los límites temporales previstos en los Reglamentos nº 1984/83 y nº 2790/99 "no incurre en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, siempre que no pueda afectar al comercio entre los Estados miembros y que no tenga por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia, lo que debe determinar el órgano jurisdiccional remitente teniendo en cuenta, en particular, el contexto económico y jurídico en el que se inscribe dicho contrato" (apdo. 32 y pronunciamiento 1º del fallo)».

3ª) Aunque sin valor propiamente normativo, la Comunicación de la Comisión Europea de 2001, relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis, 2001/C 368/07), reduce los umbrales de cuota de mercado del 15% (acuerdos entre no competidores) y del 10% (acuerdos entre competidores), por encima de los cuales se entiende que puede haber restricción sensible de la competencia, a un más seguro 5%, cuando se trate de un mercado de referencia en el que "la competencia se vea re-

stringida por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes y servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes (efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares"). En consecuencia, "se considera que proveedores o distribuidores con una cuota de mercado que no supere el 5% no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado" (puntos 7 y 8), extremo en el que viene a coincidir la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 relativa a las restricciones verticales (2000/C 291/01, apdos. 140 y 142).

4ª) En sentido similar, la Comunicación de la Comisión 2004/C 101/07, sobre directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, considera que los acuerdos no pueden en principio afectar de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros si la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia en la Comunidad no es superior al 5% y, además, tratándose de acuerdos verticales, no se supera una determinada cifra de volumen de negocio total anual, si bien, tratándose de acuerdos verticales que afecten a un solo Estado miembro, «al proceder a la evaluación se debe tener en cuenta no solo el acuerdo o la red concreta de acuerdos en cuestión,

sino también otras redes paralelas que produzcan efectos similares» (apdos. 44 y 87)

Más específicamente, hemos de partir de la base de que el TJUE ha declarado que un acuerdo queda al margen de la prohibición del art. 81.1 TCE cuando solamente afecta al mercado de manera no significativa, en función de la posición que tengan los interesados en el mercado de los productos de que se trate; y a tales parámetros se ciñe la resolución recurrida, en la que se dan como hechos probados, no revisables en casación, que en el mercado geográfico relevante "Shell" disponía de una cuota inferior a los umbrales expresados en el antes citado Auto del TJUE de 4 de diciembre de 2014 (asunto C-384/13). Asimismo, el mencionado auto TJUE también se ha pronunciado sobre la incidencia del plazo de duración en relación la regla de minimis , al afirmar que se requieren dos requisitos acumulativos, de manera que si no se da el primero -la cuota significativa de mercado-, carece de relevancia la temporalidad del contrato. un contrato de este tipo no incurre en la prohibición establecida en el artículo 81.1 TCE (actual 101.1 TFUE) siempre que, por una parte, la cuota de mercado de ese proveedor no supere el 3%, mientras que la cuota de mercado acumulada de otros tres proveedores represente cerca del 70%, y, por otra parte, la duración de dicho contrato no sea manifiestamente excesiva respecto de la duración media





de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, lo cual deberá comprobar el órgano jurisdiccional nacional. Es decir, en caso de que la cuota de mercado de los contratantes no sea relevante, el acuerdo puede ser contrario al Derecho Comunitario de la competencia si su duración es manifiestamente excesiva respecto de la duración media de los contratos del sector. No podemos perder de vista, sigue diciendo el TS, que el apartado 8º de la Comunicación de la Comisión (2001/C 368/07) relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis) -actual artículo 101 TFUE -, publicada en el DOCE de 22 de diciembre de 2001, fijó unos criterios conforme a los cuales, los acuerdos entre empresas que afectan al comercio entre los Estados miembros en los supuestos en que se produzca un efecto acumulativo de exclusión, producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares, no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 81 (actual artículo 101 TFUE), cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no excede del 5% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo. En general, se considera que proveedores o distribuidores con una cuota de mercado que no supere el 5% no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado.

Además, se especifica que si el conjunto de redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sean similares no alcanza el 30%, es improbable que exista un efecto acumulativo. Es decir, la Comisión entiende que si en el mercado de referencia la competencia está restringida por el efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias en el mercado sean similares, lo que, en principio, debe valorarse cuando éstas cubren más del 30% del mercado, debe examinarse la contribución del concreto operador, de su red, a dicho efecto de exclusión, y se considera que la contribución no es significativa y, en consecuencia, no restringe la competencia a los efectos del artículo 81 del Tratado, si su cuota de mercado no excede del 5%.

A su vez, conforme a las conclusiones del auto del TJUE de 4 de diciembre de 2014 ,tomando en consideración los umbrales de la Comunicación de minimis , cuando la cuota de mercado no excede del 3% el contrato en cuestión sólo estará prohibido por el artículo 81 del Tratado si su duración es manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado. La prueba de que el contrato infringe el artículo 81 y, por tanto, de que su duración es manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, incumbe a la parte actora por expresa disposición del artí-



culo 2 del Reglamento 1/2003 , y dicha prueba no consta en las actuaciones. Y a la luz de lo establecido por el propio auto del TJUE, a los efectos de la aplicación de la regla de minimis, tampoco puede afirmarse que la duración pactada del contrato fuera desproporcionada.

No obstante lo anterior la conducta, que no entraría en el régimen de los supuestos de infracción de la competencia, podría dar lugar a daños a particulares a lo largo de la cadena. Pero a partir de ella parece que no podrá fundamentarse en la infracción del bien jurídico protegido en estos supuestos.

3. Supuestos de clemencia.

La matización de los programas de clemencia supone una importante exención o atenuante a la responsabilidad civil que sí se da, pero que a estos efectos no se podrá ejecutar completamente en vía privada por los particulares afectados. Así el último párrafo del artículo 73 LDC viene a señalar que el importe de la contribución del infractor beneficiario de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Cuando el perjuicio se cause a una persona o empresa distinta de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores, el importe de cualquier contribución del benefi-

ciario anteriormente citado a otros infractores se determinará en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio. De esta forma se matiza la responsabilidad distinguiendo entre una responsabilidad solidaria para unos supuestos y una responsabilidad basada en su participación (responsabilidad relativa) para otros en estos supuestos. El apartado cuarto de dicho precepto recoge que los sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia serán responsables solidariamente:

a) Ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, y

b) ante otras partes perjudicadas solo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia.

4. Supuestos de afectación menor.

En el mismo precepto se recoge también que cuando el infractor fuera una pequeña o mediana empresa⁴², sólo será responsable ante sus propios compradores directos e indirectos

⁴² Conforme a la definición dada en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003 , sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

siempre que se den dos supuestos:

a) su cuota de mercado en el respectivo mercado fuera inferior al cinco por ciento en todo momento durante la infracción, y

b) la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria previsto mermara irremediablemente su viabilidad económica y causara una pérdida de todo el valor de sus activos.

Por lo tanto, la cuestión de responsabilidad se matiza nuevamente respecto de compradores directos e indirectos y ahora sin participar respecto de la responsabilidad relativa que hemos señalado. No obstante, esto no se aplicará en dos supuestos:

a) Que exista control en la conducta, es decir que la empresa de pequeñas dimensiones que hemos señalado, hubiese dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para que participaran en la infracción, o

b) Que exista reincidencia; es decir que la empresa hubiese sido anteriormente declarada culpable de una infracción del Derecho de la competencia.

En la Sentencia⁴³ del Asunto C-373/17 de 2018 se llegará a afirmar que el hecho de que las autoridades competentes en materia de protección no actúen, por cualquier razón, existirá también no obstante la acción privada de daños: *“Además, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que el Tribunal General ha recordado correctamente en los apartados 80 a 82 y 84 de la sentencia recurrida, las recurrentes tienen la posibilidad de interponer ante los órganos jurisdiccionales nacionales una demanda para la indemnización de los daños supuestamente sufridos debido a los comportamientos que fueron objeto de la denuncia a fin de obtener el respeto de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE y ejercer los derechos que les reconocen dichas disposiciones ante un órgano jurisdiccional nacional, en concreto cuando la Comisión decide no dar un tratamiento favorable a su denuncia.”*

5. La carga probatoria y la actuación de oficio.

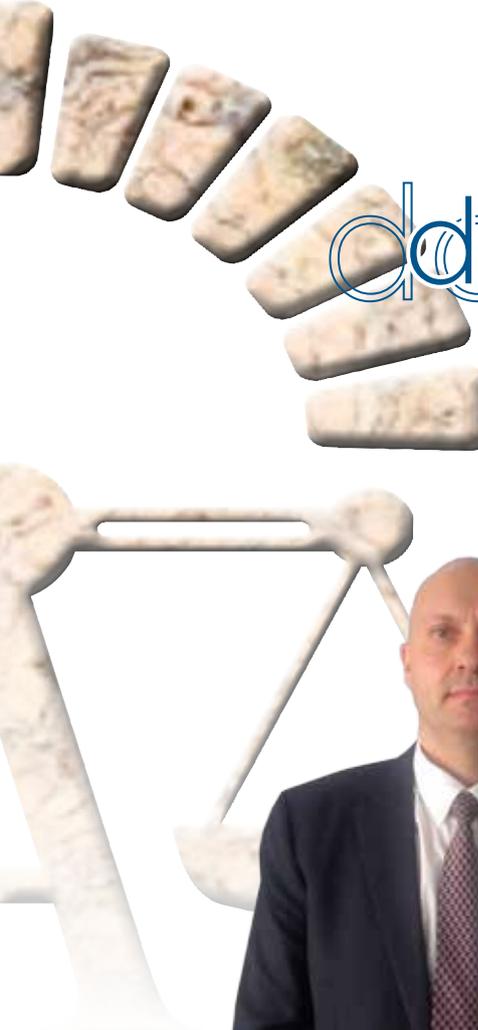
Tampoco la carga probatoria se estructura de forma similar en los supuestos anticompetitivos en relación a los supuestos contractuales y evidentemente los extracontractuales de nuestro derecho. La Directiva de 2014 introduce elementos (y la normativa nacional de cada Estado la adapta) en relación a las fuentes de prueba, primero, y a la carga probatoria, segundo, de tal forma que la regla es intentar conciliar la dificultad de prueba con el principio de pleno resarcimiento. Y en relación a ello no solo introducen elementos de obtención (discloser evidence) de material probatorio o en que se deban fundamentar las pruebas (fundamentalmente de análisis periciales) sino también sobre la distribución de la carga probatoria por un lado y la posibilidad de apreciación de oficio tanto para la obtención como para la valoración.

Aunque de reclamaciones privadas hablamos en realidad se pretende no solo eso sino también la restauración del orden público vulnerado que es la libre competencia. Es por ello que el lado privado se ve fortalecido con metodologías y sistemas de acceso a fuentes de prueba que no son los habituales en esta materia.

V. CONCLUSIONES.

De todo lo anterior podemos considerar que la exigencia de responsabilidad civil derivada del ilícito consistente en la infracción de la normativa de la competencia va más allá de nuestras tradicionales instituciones de responsabilidad civil derivadas del cumplimiento o incumplimiento de contratos o extracontractuales, situándose en una esfera diferente que parte del concepto autónomo del derecho de la Unión Europea, introduciendo nuevos elementos tanto en la vía procesal como sustantiva que han de ser considerados desde una nueva perspectiva, especial, para poder ser delimitados. No es la naturaleza de la acción ejercitada entonces la que determinará, conforme al derecho nacional, lo que se puede o no hacer en esta materia conforme a la doctrina tradicional, sino que deberá integrarse en el propio derecho de la Unión para configurar una categoría independiente, diferente y más compleja. Todo ello sin perjuicio de que la base de la pretensión pueda ser la misma - aunque no necesariamente extracontractual- y por ello le serán aplicables los criterios de nuestro derecho clásico matizados con esos principios europeos que protegen esencialmente el mercado único.

43 SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Novena) de 20 de septiembre de 2018 (*) «Recurso de casación – Competencia – Desestimación de una denuncia por la Comisión Europea – Falta de interés de la Unión Europea» En el asunto C-373/17 P.



doctrina

El artículo 135 de la LRCSCVM introducido por la ley 35/2015

Mario de las Heras Simón
Abogado

Sumario

I.- Ubicación del artículo 135 en la LRCSCVM.

II.- Lectura del artículo 135.1.

2.1 ¿Qué es un traumatismo menor?

2.2 ¿Qué es una prueba médica complementaria?

2.3 ¿Qué son lesiones temporales?

2.4 Análisis de los cuatro criterios de causalidad.

2.4.1 De exclusión

2.4.2 Cronológico

2.4.3 Topográfico

2.4.4 De intensidad

. Colisión de baja intensidad

. Y las demás variables que afectan a la probabilidad de su existencia.

. Conclusiones sobre la prueba Biomecánica en colisiones a baja intensidad.

. Jurisprudencia anterior a la Ley 35/2015 de 22 de

Septiembre.

III.- Lectura del Art. 135.2

3.1 ¿Qué es un Informe médico concluyente?

IV.- Lectura del artículo 135.3

V.- Jurisprudencia.

El artículo 135 de la LRCSCVM introducido por la ley 35/2015 de 22 de Septiembre, es posiblemente desde la entrada en vigor del nuevo Baremo, uno de los artículos que más controversia y suspicacias está creando entre las víctimas y las aseguradoras

La razón de esta polémica era debida sustancialmente al “posible fraude” atribuido por el sector asegurador a este tipo de traumatismo, apodado << cuponazo cervical o síndrome de fortuna>>

I. UBICACIÓN DEL ART 135 EN LA LRCSCVM

El artículo 135, objeto de análisis, se encuadra en el Título IV Capítulo II “Reglas para la valoración del daño corporal” Sección 3ª “Indemnizaciones por lesiones temporales”

Las indemnizaciones por LESIONES TEMPORALES, según *el artículo 134 de la LRCSCVM*, son las que sufre el lesionado desde el momento del accidente hasta el final de su proceso curativo o hasta la estabilización de la lesión y su conversión en secuela

No tendríamos que olvidarnos de las mal denominadas Secuelas temporales, pues nos encontramos con dos términos que son contrapuestos, el primero hace referencia a la permanencia y el otro a la temporalidad

Las merítadas secuelas temporales, es decir, aquellas que están llamadas a curarse a corto o medio plazo, no tienen la consideración de secuela, pero se han de valorar de acuerdo con las reglas de lesiones temporales, computando en su caso, los efectos que producen y con base en el cálculo razonable que se estime de su duración, después de haberse alcanzado la estabilización lesional, y hasta su total curación

Artículo 135. Indemnización por traumatismos menores de la columna vertebral.

1. Los traumatismos cervicales menores que se diagnostican con base en la manifestación del lesionado sobre la existencia de dolor, y que no son susceptibles de verificación mediante pruebas médicas complementarias, se indemnizan como lesiones temporales, siempre que la naturaleza del hecho lesivo pueda producir el daño de acuerdo con los criterios de causalidad genérica siguientes:

a) De exclusión, que consiste en que no medie otra causa que justifique totalmente la patología.

b) Cronológico, que consiste en que la sintomatología aparezca en tiempo médicamente explicable. En particular, tiene especial relevancia a efectos de este criterio que se hayan manifestado los síntomas dentro de las setenta y dos horas posteriores al accidente o que el lesionado haya sido objeto de atención médica en este plazo.

c) Topográfico, que consiste en que haya una relación entre la zona corporal afectada por el accidente y la lesión sufrida, salvo que una explicación patogénica justifique lo contrario.

d) De intensidad, que consiste en la adecuación entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción, teniendo en cuenta la intensidad del accidente y las demás variables que afectan a la probabilidad de su existencia.

2. La secuela que derive de un traumatismo cervical menor se indemniza sólo si un informe médico concluyente acredita su existencia tras el período de lesión temporal.

3. Los criterios previstos en los apartados anteriores se aplicarán a los demás traumatismos menores de la columna vertebral referidos en el baremo médico de secuelas.

II. LECTURA DEL ARTÍCULO 135.1

La intención de este análisis es desgranar por partes lo que reza el artículo

“1. Los traumatismos **cervicales menores**

2.1 ¿QUÉ ES UN TRAUMATISMO MENOR?

Cuando el Artículo habla de un traumatismo menor, no indica la lesión provocada sino el mecanismo de su producción y la entidad de la fuerza mecánica menor que la origina, nos remite a la intensidad del hecho traumático y no la lesión causada.

Que se diagnostican con base en la MANIFESTACIÓN DEL LESIONADO sobre la existencia de dolor, y que **NO SON SUSCEPTIBLES DE VERIFICACIÓN MEDIANTE PRUEBAS MÉDICAS COMPLEMENTARIAS,**

2.2 ¿QUÉ ES UNA PRUEBA MÉDICA COMPLEMENTARIA?

Para las aseguradoras únicamente son válidas, y no en todos los casos por supuesto, pruebas complementarias realizadas con la ayuda de maquinaria técnica como la radiografía simple, la resonancia magnética, pruebas de neurofísica (EMG o ENG),

Según Gallardo San Salvador en su artículo "El informe médico concluyente" Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, núm. 57, 2016, pág. 51, nos indica que estas pruebas no son de utilidad en los traumatismos menores de columna vertebral

Así se refiere el citado autor: las exploraciones radiológicas que aportan escasa información en los traumatismos menores de columna vertebral, siendo muy útiles para el diagnóstico de lesiones de mayor entidad (luxaciones, fracturas vertebrales, etc.). La Ecografía aporta información de los tejidos blandos cervicales, pero de escasa utilidad en este tipo de traumatismos, por la débil especificidad de la prueba, siendo muy poco utilizada. El Tac es una prueba muy específica de lesiones óseas, pero de nula aportación en los traumatismos menores de columna vertebral, se utiliza para descartar patología ósea. La Resonancia magnética, es una prueba que nos da una gran información de los tejidos blandos como óseos de la columna vertebral, pero de escasa utilidad en este tipo de traumatismos por que los traumatismos menores de columna vertebral no suelen producir lesiones visibles en una resonancia magnética, pues sería un daño de mayor entidad, es muy utilizada para descartar otro tipo de patologías y para comprobar la existencia de lesiones a nivel vertebral ante las continuas manifestaciones de dolor del lesionado. Electromiograma: prueba muy específica y objetiva para diagnosticar una afectación nerviosa que produce una irradiación a miembros superiores o inferiores, o una compresión medular, pero sin utilidad en este tipo de traumatismos, se utiliza para objetivar una afectación radicular

LA PALPACION QUE OBJETIVA UNA CONTRACTURA ¿es una prueba médica complementaria?

La respuesta, es **SI**

En este sentido se ha pronunciado, entre otros, el Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de

Móstoles, en su Sentencia N.º 115/2017,

"la entidad demandada considera que las lesiones que aparecen en los informes médicos no pueden ser debidas al accidente de circulación pues, en primer lugar, siendo cierto que el actor acudió a urgencias el 9 de agosto de 2.016, lo hizo cuatro días después del accidente por lo que se ha roto el nexo causal; en segundo lugar, hay que tener en cuenta el contenido del artículo 135 de la ley 32/2015 de 22 de septiembre de reforma del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas por lo que, en el presente supuesto, no cumple el criterio cronológico ya que el lesionado no recibió atención médica hasta transcurridos más de 72 horas del accidente.

Considera el Juzgador que este precepto no es de aplicación al supuesto de autos pues el mismo se refiere a traumatismos cervicales menores que se diagnostican con base en la manifestación del lesionado sobre la existencia de dolor, y que no son susceptibles de verificación mediante pruebas médicas complementarias, mientras que en el presente supuesto nos encontramos ante un esguince cervical/síndrome del latigazo cervical diagnosticado el 9 de agosto de 2.016 en el servicio de urgencias del Hospital Universitario Doce de Octubre donde se observa que la musculatura paravertebral en **región cervical está contracturada**, recomendando la utilización de un collarín cervical además de la medicación correspondiente. No nos encontramos ante una mera manifestación de dolor por parte de Don , **sino ante una contractura de la musculatura paravertebral que sí que puede ser objetivada incluso con la mera palpación**. El perito Sr.----- así lo confirma cuando se le pregunta en el acto de la vista y así señala que hay dos datos objetivos: uno, la contractura muscular y dos, el diagnóstico y tratamiento específico de la lesión cervical. La propia perito presentada por la entidad demandada, Sra. -----, reconoce que la contractura es objetivable.

VERIFICAR UNA LESION ES OBJETIVAR

Por lo tanto, y según la redacción literal del articulado entraría dentro toda aquella lesión cuyo juicio clínico fuese la manifestación de dolor quedando fuera del artículo 135 todo aquel juicio clínico que, mediante pruebas como la palpación y exploración del lesionado, enuncie haber objetivado por el facultativo algún tipo de lesión aparte de la referencia de dolor por el perjudicado

La siguiente parte del artículo donde nos dice que “*se indemnizarán como lesiones temporales*”

2.3 ¿QUE SON LESIONES TEMPORALES?

Artículo 134 Valoración de la indemnización por lesiones temporales

1. Son lesiones temporales las que sufre el lesionado desde el momento del accidente hasta el final de su proceso curativo o hasta la estabilización de la lesión y su conversión en secuela.

Artículo 37. Necesidad de informe médico y deberes recíprocos de colaboración.

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”

El denominado “cuerpo por papel” por algún autor, consiste en que el lesionado debe permitir ser reconocido por los servicios médicos de la aseguradora, en caso contrario salvarían los intereses del art 20 de LCS, y la aseguradora debe aportar con su oferta o respuesta el informe médico definitivo (la guía de buenas practicas aclara cuando no sería necesario adjuntar ese informe médico definitivo) siempre que la naturaleza del hecho lesivo pueda producir el daño de acuerdo con los criterios de causalidad genérica siguientes:

2.4 ANALISIS DE LOS CUATRO CRITERIOS DE CAUSALIDAD médico legal que se tienen que dar, todos en conjunto, para que un lesionado que UNICAMENTE refiere dolor tras el siniestro pueda ser indemnizado conforme al Baremo

La jurisprudencia a lo largo del tiempo también se ha referido expresamente a estos criterios y otros, así la SAP Alicante 357/2015, de 6 de octubre alude a los siguientes (Etiológico, cuantitativo o de proporcionalidad, topográfico, cronológico, de continuidad sintomática, integridad anterior, verosimilitud del diagnóstico etiológico)

Parte de estos criterios, ya utilizados anteriormente por la doctrina y jurisprudencia han sido reflejados expresamente en el Art 135 de la Ley

2.4.1 DE EXCLUSIÓN, que consiste en que no medie otra causa que justifique **TOTALMENTE** la patología.

Hay que tener en cuenta que el sistema de valoración también recoge partidas resarcitorias destinadas a la agravación del estado anterior, si debido al siniestro se ha agravado la lesión que se venía padeciendo anteriormente.

Las compañías de seguros emitirán respuesta motivada en el sentido que dichos padecimientos son de origen degenerativo, aun cuando nunca antes el perjudicado los había padecido. (ASINTOMATICO Y SILENTE)

2.4.2 CRONOLÓGICO que consiste en que la sintomatología aparezca en tiempo médicamente explicable. En particular, tiene especial relevancia a efectos de este criterio que se hayan manifestado los síntomas dentro de las setenta y dos horas posteriores al accidente o que el lesionado haya sido objeto de atención médica en este plazo.



Lo primero que hay que analizar es si la sintomatología aparece en tiempo medicamente explicable para que posteriormente adquiera especial relevancia (no habla de un valor sumo o imperativo) pero si especial las 72 horas

Es sumamente ilustrativa la SAP de Guipúzcoa 249/2016, de 20 de octubre, donde viene a decir que la falta de criterio cronológico por aparición de los síntomas pasadas las 72 horas no deberá llevar automáticamente a negar la presencia de la relación causal entre el hecho traumático y la lesión cuando de la valoración de los otros criterios y la intensidad con la que se manifiestan permitan concluir al juez en su existencia

Se puede probar la manifestación de los síntomas con la compra de medicamentos, testigos (farmacéutico) o cualquier prueba en derecho, por lo que no es requisito sine qua non acudir al médico en 72 horas, pues el artículo recoge la palabra o no y

En cuanto al margen de las 72 horas, ya que a veces se confunde el punto de partida, si es desde el siniestro o desde la aparición de la sintomatología, encontramos una Sentencia importante en cuanto a la aparición de los síntomas. Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha 14 de diciembre de 2016, enuncia: *Téngase además en cuenta, por lo que al criterio cronológico atañe, que la circunstancia de que la lesionada hubiera sido objeto de atención médica más allá de las 72 horas posteriores al accidente, no quiere decir que no se hubieran manifestado los síntomas dentro de ese lapso de tiempo, sobre todo si se pondera que el día 12 de junio fue viernes y la demandante no tuvo que volver a su actividad laboral hasta el lunes 15, momento en que la sintomatología se reveló en toda su extensión"*

Además de lo comentado anteriormente hay que tener muy presente las lesiones. Si el perjudicado muestra lesiones que un profesional médico sea capaz de objetivar no estaremos dentro de este artículo, y por lo tanto fuera de sus requisitos.



2.4.3 TOPOGRAFICO que consiste en que haya una relación entre la zona corporal afectada por el accidente y la lesión sufrida, salvo que una explicación patogénica justifique lo contrario.

Este criterio es el menos problemático,

2.4.4 DE INTENSIDAD que consiste en la adecuación (**durante la tramitación del proyecto de ley se eliminó mediante una Enmienda, la palabra BIOMECANICA**) entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción, teniendo en cuenta la intensidad del accidente y las demás variables que afectan a la probabilidad de su existencia. Es el criterio **MÁS PROBLEMÁTICO**, ya que las aseguradoras se dedican a realizar informes(bio-)mecánicos en la gran parte de los casos con el único fin de justificar que del siniestro objeto de estudio no pueden derivarse lesiones. Estos informes siempre enuncian, aunque no acreditan que el siniestro ha sido de tan baja intensidad y que no pueden existir lesiones en los ocupantes del vehículo perjudicado.

¿QUÉ SE ENTIENDE POR “COLISIÓN DE BAJA INTENSIDAD”

SAP Las Palmas 146/2012 de 4 de septiembre de 2012,

La investigación científica es unánime en que a partir de los 8 km/h en colisiones por alcance se pueden producir lesiones en los ocupantes” E INCLUSO A 4 KM/H según las características de la persona lesionada (hay enfermedades no enfermedades)

El artículo 135 incluye el criterio de la intensidad, requisito que las compañías suelen tomar a su mejor conveniencia, ya que han traducido intensidad con daños en el vehículo, incluso para aquellas lesiones fuera de dicho artículo.

INFORME DE BIOMECANICA = FACTURA DE CHAPA

Para las aseguradoras la definición podría ser, todos aquellos siniestros que no comporten en uno de los vehículos, ya sea el culpable o el perjudicado, daños materiales por encima del umbral que determine cada compañía (300 € - 400 € - o hasta más de 600 €) pues verdaderamente son informes mecánicos, pues de bio tienen muy poco o nada, al no hacer casi nunca referencia a aspectos físicos del lesionado

La Sentencia antedicha recoge lo siguiente:

“ la ausencia de daños en el vehículo no supone inexistencia de lesiones en los ocupantes pudiendo decirse , por el contrario que en las condiciones a baja velocidad, alcanzados los umbrales patogénicos, cuanto menor sea el grado de deformación del vehículo, menor su aplastamiento, el potencial lesivo para el ocupante es mayor, toda vez que hay deformidad del vehículo, tal deformidad es la que absorbe la energía del choque, de lo contrario esa energía, que no se utiliza para deformar el vehículo, se emplea en su transferencia, en dañar al ocupante”

Recordemos el principio de conservación de la masa o Ley de Lavoisier: LA MATERIA SE TRANSFORMA NUNCA SE DESTRUYE

Aunque no se incluyó en la Ley, el término biomecánico está presente en cada contestación de demanda realizada por cualquier aseguradora, donde se alegue faltar el criterio de intensidad, siendo siempre prueba documental aportada en todos los procedimientos que se judicializan.

Y LAS DEMÁS VARIABLES QUE AFECTAN A LA PROBABILIDAD DE SU EXISTENCIA.

CUALES SON- PREGUNTAS A PERITOS DE BIOMECANICA

El Delta-V es el cambio de velocidad que puede experimentar un vehículo con ocasión del impacto sufrido (cuando se calcula con un mínimo de rigor) *es tan sólo un factor entre muchos más* que se precisan para la reconstrucción del accidente y la determinación/predicción biomecánica del **potencial lesivo en el ocupante** (PLO).

Ahora bien, se ha hablado del Delta-V en términos de aceleración del vehículo (variación de velocidad instantánea) **pero lo que realmente interesa desde la perspectiva de la accidentología clínica es cómo se proyecta esa Delta-V sobre el ocupante**, esto es, lo que le sucede a la persona que va dentro el vehículo, con ocasión del choque, lo que remite a lo que se denomina la variación de velocidad del ocupante dentro del vehículo, que es siempre superior a la del vehículo (ya que el ocupante pesa menos y, en consecuencia, su desplazamiento por una fuerza es mayor). Por ello la velocidad de impacto y el cambio de velocidad han de venir referida al ocupante (no la del vehículo) y en sus valores máximos. De este modo, en la

estimación de la aceleración como factor determinante del potencial lesivo del impacto, con el fin de no incurrir en errores se ha de advertir que, por un lado, la aceleración ha de ser conocida en términos de aceleración máxima, no sus valores medios, y, por otro lado, **que la aceleración máxima ha de venir referida al ocupante, no la del vehículo.**

La jurisprudencia suele entender (SSAP Pontevedra 522/2016, de 10 de noviembre, Vigo 587/2016, de 9 de noviembre o Granada 223/2016, 7 de octubre, entre otras, que el Delta-V nos es un predictor concluyente)

De esta forma, con carácter ahora meramente demostrativo cabe enumerar otros factores (hay autores que citan más de trece, los cuales son tomados en consideración en numerosas Sentencias de las Audiencias Provinciales) que tienen un carácter esencial, como:

- 1. Dirección del vector de impacto
- 2. Tipo de asiento Y EN CUAL VIAJABA EL LESIONADO
- 3. Posición de la cabeza y del cuerpo, así como la distancia al recibir el impacto entre la cabeza del ocupante y el reposacabezas

Los reposacabezas reducen la incidencia de lesiones por latigazo cervical. Posición del reposacabezas:

1. Altura.
2. Separación por detrás de la cabeza del ocupante con respecto al reposacabezas.

El reposacabezas y el diseño específico del asiento, trataría de limitar el desplazamiento relativo entre la cabeza y el torso, evitando así la fuerza de cizallamiento en la región cervical.

Si el asiento sigue bien la forma del ocupante, la uniformidad tenderá a sujetar el cuerpo por igual, para provocar movimientos relativos mínimos entre la cabeza y el torso (según figura)

- 4. Envergadura / peso del ocupante, sus características físicas: peso, estatura, complejidad edad y sexo.
- 5. Antecedentes médicos de la víctima
- 6. Preparación del sujeto cuando recibe el impacto (EN LOS ENSAYOS ESPERAN EL IM-

PACTO, COCHES DE CHOQUE DE LA FERIA)

- 7. Estado de tensión músculos estabilizadores del cuello
- 8. Posición relativa de las articulaciones
- 9. Circunferencia del cuello / diámetro del canal medular
- 10. Resistencia de los ligamentos a las fuerzas de tracción

CONCLUSIONES SOBRE LA PRUEBA BIOMECÁNICA EN COLISIONES A BAJA INTENSIDAD.

PRIMERA. - La prueba biomecánica se ha convertido PARA LAS ASEGURADORAS en el eje esencial con objeto de poner en tela de juicio las lesiones producidas por los perjudicados POR FALTA DE NEXO CAUSAL

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD DE LAS LESIONES NO DEBE DESCARTARSE SÓLO POR EL HECHO DE QUE EN EL VEHÍCULO ALCANZANDO HAYAN EXISTIDO DAÑOS DE POCA ENTIDAD O DE PEQUEÑA CUANTÍA EN SU REPARACIÓN, PUES NO EXISTE EVIDENCIA CIENTÍFICA ALGUNA QUE JUSTIFIQUE LA RELACIÓN ENTRE AUSENCIA DE DAÑOS MATERIALES Y AUSENCIA DE LESIONES CORPORALES

SAP Alicante 359/2016. de 28 de junio

SAP Murcia de 12 de Febrero de 2013

SAP Madrid 103/2016 , de 25 de Febrero

SAP Madrid 332/2016, 30 de Noviembre

La prueba pericial biomecánica es una prueba más en el proceso, que carece de especial relevancia sobre el resto de los medios probatorios, y que deberá de ser valorada de acuerdo con las reglas de la sana crítica y de acuerdo con el principio de la libre valoración de la prueba que rige en nuestro Derecho.

AP de León (Sección 2) Sentencia núm. 69/2017 de 8 de Marzo

SEGUNDA. - La biomecánica parte de criterios técnicos y físicos, dejando a un lado los criterios médicos como eje de las lesiones de los perjudicados.

AP de Barcelona (Sección 19) Auto núm. 101/2018 de 23 de Marzo

El Informe de biomecánica es un traje hecho a medida

TERCERA. - El perito biomecánico no es testigo presencial del hecho,

AP de Madrid (Sección 18) Sentencia núm. 68/2018 de 20 de Febrero

El informe se basa en pruebas a las que no se han utilizado los vehículos de las partes ni reproducidas las circunstancias. Dicho informe se basa en modelos teóricos que no se pueden trasladar objetivamente al siniestro ocurrido. SON ESTADÍSTICAS DE ENSAYOS

CUARTA. -Los informes de biomecánica no tienen en cuenta los factores de la víctima como la edad, el sexo, condiciones y características físicas del lesionado, patologías preexistentes, situación del cuerpo tras el choque, tipo de asiento, etc. Dichos peritos carecen de conocimientos médicos y no han analizado a los lesionados en relación con el mecanismo de la colisión. Los informes de biomecánica tienen graves carencias, las cuales no son analizadas por los peritos. Dichos informes parten de hipótesis de trabajo. AP de Cantabria (sección 2) Sentencia num124/2018 de 2 de Marzo

LA SAP ALICANTE 373/2016 DE 23 DE NOVIEMBRE, RECURSO 320/2016

," difícilmente las conclusiones de un informe de biomecánica pueden considerarse suficientes para afirmar la ausencia de causalidad entre las lesiones y el siniestro o para desvirtuar las conclusiones de un informe médico, puesto que los conocimientos técnicos de su emisor son ajenos al ámbito de la medicina y a la repercusión corporal que pueda tener un accidente automovilístico, siendo el perito competente a tales efectos un médico especialista en traumatología o valoración del daño corporal.

En este sentido, el artículo 340.1 de la LEC, prevé que los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de este

En el examen de dicha prueba debe atenderse no solo a las conclusiones propias de la biomecánica, sino que habrá que tomar en consideración de forma necesaria las condiciones personales de cada uno de los ocupantes

que han resultado Lesionados, a los efectos de determinar el alcance que la colisión ha podido tener sobre los mismos

Para determinar el umbral de lesión es preciso tener en cuenta no solo el cambio de velocidad del vehículo alcanzado sino también y principalmente el **cambio de velocidad que incide sobre los ocupantes del mismo**

QUINTA. - Los dictámenes forenses merecen más objetividad e imparcialidad que el informe de biomecánica elaborados a encargos de una compañía de seguros.

AP de Cáceres (Sección 1) Sentencia núm. 173/2018 de 19 de Marzo



SEXTA La intensidad de los daños en los vehículos implicados no es prueba suficiente para afirmar o descartar la producción de lesiones.

AP de Granada (Sección 3) Sentencia núm. 325/2017 de 25 de Octubre

AP de Vizcaya (Sección 4) Sentencia núm. 562/2017 de 8 de Septiembre

SEPTIMA. - La mayoría de la jurisprudencia menor se ha decantado por considerar la prueba biomecánica como una prueba basada en hipótesis SAP Granada 223/2016, 7 de Octubre y nada objetiva, una prueba basada en errores, partiendo de datos posibles, pero no probados y que es necesario analizar otros factores como

la edad, posición de la cabeza, cuerpo, sexo, características físicas, tipo de asientos del vehículo, etc.

AP de Girona (Sección 2) Sentencia núm. 107/2018 de 9 de Marzo

OCTAVA. - La prueba biomecánica tiene un contenido interpretativo interesado, ya que ni siquiera los peritos ven presencialmente los vehículos implicados, llegando a concluirse que es una prueba indiciaria y no concluyente, siendo en todo caso un informe sesgado que no tiene en cuenta todas las circunstancias del siniestro.

AP de La Coruña (Sección 5) Sentencia núm. 289/2016 de 28 de Julio

NOVENA-. - La Audiencia Provincial de Cádiz ha sido la excepción al resto de Audiencias, tomando como prueba de verdad absoluta los informes de biomecánica, dando un máximo valor probatorio a este tipo de periciales, sin entrar a valorar otros aspectos esenciales de la víctima y sus circunstancias que le han rodeado. Dicha Audiencia no se pone de acuerdo contras secciones de la misma en la que sí han rechazado de plano el valor probatorio «casi pleno» de este tipo de informes.

SAP Cádiz 309/2016 de 15 de Noviembre

DÉCIMA-. - Entendemos, que la eliminación de la palabra biomecánica por el legislador hemos de concluir que queda de forma clara que la voluntad del legislador para el nuevo baremo es eliminar la biomecánica como elemento directamente relacionado con los criterios de causalidad.

JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA LEY 35/2015 DE 22 DE SEPTIEMBRE.

Es sumamente ilustrativo el Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña Sección 5 de fecha 26 de Febrero de 2015, Rec 426/2014

“Fundamento de Derecho cuarto: No se trata ya de que una colisión con mínimos desperfectos en los automóviles origine daños corporales (de hecho el ponente de esta resolución tiene un antecedente histórico familiar de persona fallecida por desnucamiento sin concurrir ningún daño material). Es un conocimiento de física elemental que la fuerza viva aplicada en el impacto puede transformarse en deformación o en desplazamiento (la experiencia procesal permitió conocer incluso supuestos de efecto bola de billar ; el que golpea se queda en el lugar de la colisión y el otro se desliza) o en ambas: Por eso no aporta ninguna seguridad extraer conclusiones sobre velocidad basadas en la ausencia o escasa entidad de los daños, sin consideración de ninguna otra circunstancia, y con real desconocimiento de cómo sucedió el percance”

Su informe pericial otros factores esenciales en la determinación de la mecánica del accidente y en el potencial lesivo del ocupante. Sino que ha basado su informe en estudios genéricos sin realizar los cálculos en el caso concreto, y por ende, las conclusiones extraídas en su informe no resultan de aplicación a este

caso en concreto.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1ª) de 4 de septiembre de 2012, Núm Recurso 121/2012

- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8ª) de 27 de septiembre de 2012 estableció que: *“La parte cuestiona las conclusiones del médico forense sustentándose en el informe pericial de biomecánica que aportó y ratificó en juicio el perito, pero consideramos que las conclusiones de la juez a quo son acertadas, pues se apoyan en la pericial del médico forense y las conclusiones de la pericial de parte son muy aventuradas porque las pericias pueden concluir que normalmente un accidente de esa naturaleza no suele provocar lesiones de terminada intensidad, pero no que sea imposible, porque ello dependerá no solo de la intensidad del golpe sino también de otras circunstancias ajenas y difíciles de evaluar, como la posición de los cuerpos en el momento del golpe, la fortaleza física de los lesionados etc.”*

- Cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2ª) de 27 de septiembre de 2012: *“El informe de biomecánica apoya sus conclusiones en criterios y datos estadísticos susceptibles de utilización selectiva”*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª) de 26 de noviembre de 2012: *“La parte cuestiona las conclusiones del médico forense sustentándose en el informe pericial de biomecánica que aportó y ratificó en juicio el perito, pero consideramos que las conclusiones de la juez a quo son acertadas, pues se apoyan en la pericial del médico forense y las conclusiones de la pericial de parte son muy aventuradas porque las pericias pueden concluir que normalmente un accidente de esa naturaleza no suele provocar lesiones de determinada intensidad, pero no que sea imposible, porque ello dependerá no solo de la intensidad del golpe sino también de otras circunstancias ajenas y difíciles de evaluar, como la posición de los cuerpos en el momento del golpe, la fortaleza física de los lesionados etc.”*

- Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 4a, de 19 abril de 2010 , *nos recuerda que en la repercusión dañosa en las personas de este tipo de accidentes viarios (colisión por alcance) se han de conjugar y al margen de la mayor o menor deformación experimentada por las estructuras del vehículo alcanzado, “la*

circunstancia de que el mismo se encontrara en el momento del impacto con el freno accionado o no, el diseño o y colocación más o menos adecuado del reposacabezas, el estado previo del lesionado y sus relativas peculiaridades anatómicas y fisiológicas, e incluso la postura en que tenía la cabeza en el momento de recibir el impacto". Todos estos factores, se sigue diciendo en dicha resolución, "influyen de manera relevante en la importancia del resultado lesivo, al incidir en la cantidad de energía transmitida efectivamente al cuerpo del lesionado (los dos primeros), en la reducción de la hiperextensión cervical que constituye el latigazo propiamente dicho (el tercero) y en el daño de las estructuras internas producido por esa hiperextensión

- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª) de 13 de febrero de 2013 (ya citada): "Pero es más, en segundo lugar, poco dice el segundo informe de la valoración forense, pues no se sostiene en modo alguno la conclusión que alcanza si se tiene en cuenta que sólo ha tomado en consideración la factura de reparación del turismo de las denunciadas y no del vehículo de los denunciados, no aportada a las actuaciones; tampoco ha tomado en consideración las condiciones en las que se produjo el accidente, pues ninguna referencia hace a las mismas, sin que conste que haya preguntado o conocido la situación en la que se hallaban las tres lesionadas en el interior del vehículo ni los posibles antecedentes de las mismas de lesiones de este tipo; tampoco valora los documentos médicos inmediatamente posteriores al accidente en los que se acredita un tratamiento médico tras la colisión; y finalmente es contradictorio con su primer informe, propiamente dentro de sus competencias legales, en el que examinó los citados informes médicos e incluso a las propias lesionadas y alcanzó unas conclusiones médico legales que permiten apreciar la discutida relación de causalidad."

III. LECTURA DEL ARTÍCULO 135.2

La secuela que (se eliminó mediante una enmienda, la palabra **EXCEPCIONALMENTE**) derive de un traumatismo cervical menor se indemniza sólo si un informe médico concluyente acredita su existencia tras el período de lesión temporal

LA SAP ALICANTE 373/2016 DE 23 DE NOVIEMBRE, destaca como durante la TRAMITACIÓN DEL PROYECTO DE LEY, DESAPARECIO EL TERMINO EXCEPCIONALMENTE

3.1 ¿Que es un informe medico concluyente?

GUIA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE AUTOS

Acuerdos de la Comisión de 27 de noviembre de 2017.

APORTACIÓN DE INFORME MEDICO EN EL CASO DE OFERTA O RESPUESTA MOTIVADA

2. Informe médico en los casos de oferta motivada en que solo se produzcan lesiones temporales

2.1. En los casos en que solo se reclamen lesiones temporales, si no hay cuantificación o no existe acuerdo sobre la reclamación, la buena práctica permite que la aseguradora base su oferta motivada en la documentación médica aportada por el lesionado con explicación detallada de los criterios empleados.

2.2. No obstante, si el lesionado aporta informe médico pericial, la entidad tendrá que aportar informe médico definitivo conforme al art. 37.3 LRCSCVM

3. Informe médico en los casos de oferta motivada relativa a las secuelas

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 codificación que le corresponda.

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 la indicado en el apartado III. 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.

EL INFORME MEDICO CONCLUYENTE DEL TRAUMATISMO MENOR PARA SECUELAS, LA GUIA DE BUENAS PRACTICAS LO IDENTIFICA COMO PERICIAL.

Para Gallardo San Salvador, un informe médico concluyente ha de ser un informe médico pericial completo, adaptado a las normas para la valoración del daño corporal que figuran en el capítulo II del capítulo IV de la Ley y emitido por un profesional con formación adecuada a la pericia realizada

Para Cobo Plana, será aquel en el que se dé un máxima y especial importancia a los criterios de causalidad que se recogen en el párrafo 1 del citado precepto

IV. LECTURA DEL ARTÍCULO 135.3

Los criterios previstos en los apartados anteriores se aplicarán a los demás traumatismos menores de la columna vertebral referidos en el baremo médico de secuelas.

Es decir, a aplicables a la zona DORSAL - LUMBAR -SACRO

V. JURISPRUDENCIA

Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Móstoles, en su Sentencia nº 115/2017, de fecha 16 de mayo de 2017.

“Considera este juzgado que este precepto (art 135) no es de aplicación al supuesto de autos pues el mismo se refiere a traumatismos cervicales menores que se diagnostican con base a la manifestación del lesionado sobre la existencia de dolor, y que no son susceptibles de verificación mediante pruebas médicas complementarias, mientras que en el presente supuesto nos encontramos ante un esguince cervical/síndrome del latigazo cervical diagnosticado el 9 de agosto de 2.016 en el servicio de urgencias del Hospital Universitario 12 de Octubre donde se observa que la musculatura paravertebral en región cervical está contracturada, recomendando la utilización de collarín cervical además de la mediación correspondiente. No nos encontramos ante una mera manifestación de dolor por parte de Don XXXXXX, sino ante una contractura de la musculatura paravertebral que sí que puede ser objetivada incluso con la mera palpa-

ción. El perito Sr. XXXX así lo confirma cuando se le pregunta en el acto de la vista y así señala que hay dos datos objetivos: uno, la contractura muscular y dos, el diagnóstico y tratamiento específico de la lesión cervical. La propia perito presentada por la entidad demandada, XXXXX, reconoce que la contractura es objetivable”

Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 5 de junio de 2013

“Se argumenta en el recurso que nos hallamos ante una colisión de mínima intensidad y en apoyo de esta pretensión se aportó un informe pericial que concluye que el nexo causal es inexistente y que por tanto las lesiones reclamadas por el ocupante del Citroën no se corresponden con la colisión por alcance. Pero, ya hemos dicho que la realidad de la lesión consistente en latigazo cervical es incuestionable a la vista de la documental relativa a la primera asistencia hospitalaria y el informe médico forense, en los que se describe la lesión, informes que no han sido desvirtuados por otras periciales de igual naturaleza y que ni siquiera han sido impugnados por las partes. (...) con relación al informe de biomecánica — elaborado, por cierto, por quien no tiene conocimientos médicos y que concluye que en base a los daños existentes y calculando las velocidades, por el impacto no es posible que se produjeran las lesiones que padeció el denunciante — no deja de ser un estudio de probabilidades y no solo puede tomarse en consideración la velocidad del vehículo sino que es esencial valorar otros factores tales como edad, posición de la cabeza y el cuerpo, sexo de la víctima, características físicas, existencia de patologías previas, situación del cuerpo junto antes del frenazo o colisión, prevención de la víctima frente a la colisión, pesos y demás características de los vehículos, carga, tipo de asientos, entre otros. Por lo tanto, el informe biomecánico no puede considerarse prueba suficiente para concluir que no se produjeran las lesiones que se documentan de forma objetiva en los partes de asistencia médica e informe médico forense como consecuencia del accidente.”

Audiencia Provincial de Lugo, de fecha 27 de octubre de 2017

“Así se alega por la entidad aseguradora que por la mecánica del accidente no se pudieron producir los daños materiales que constan en autos y así lo dan por acreditado con la prueba practicada. En la demanda se relata un accidente en una rotonda cuando el vehículo asegurado por la demandada, que circulaba por el carril interior de la misma al intentar in-

corporarse al exterior colisiona con el vehículo en el que viajaban los demandantes. Y así lo corrobora la conductora del vehículo causante del siniestro y se hace constar tanto en el parte amistoso como en el atestado elaborado por la Policía Local (...) Para desacreditar dicha circunstancia se aporta por la aseguradora demandada un informe pericial elaborado por la empresa Ipenor en el que se concluye que de dicho accidente los vehículos solamente sufrieron rozaduras y que, en ningún caso, justificaban las lesiones que se reclaman. Sin embargo, como argumenta la juzgadora de instancia, y sin querer restarle valor al citado informe, lo cierto es que el mismo se elaboró con parámetros tipo y no se ajustan a las circunstancias concretas que rodean a estos percances, en los que reviste importancia la postura de los ocupantes del vehículo, el factor sorpresa cuando se produce el choque o la posible existencia de un frenazo previo para evitar la colisión y así, aún en supuestos de impactos escasos se ha constatado que no necesariamente las consecuencias también lo sean, ya que las consecuencias que pudiera sufrir la víctima dependen de un elenco de factores que no necesariamente tienen que conducir a la existencia de un resultado lesional leve, mínimo, ligero o, incluso, inexistente. Es por ello que en colisiones de baja intensidad es usual que concurra "latigazo cervical", es decir un movimiento brusco de aceleración o parada que da lugar a una inclinación de la cabeza en sentido contrario, pudiendo también producirse lesiones en brazos o piernas según la situación que se ocupa y por el movimiento que se produce (...) Así en el informe emitido por Polusa el día 9 de mayo se hace constar que el Sr. Francisco refiere dolor lumbar así como en región cervical y en hombro izquierdo, siendo diagnosticado de cervicalgia y lumbalgia mecánica. Consta también en autos informe de sanidad emitido por el Sr. Médico Forense, quien manifiesta que "las lesiones son compatibles de haber sido producidas por el mecanismo referido", fijando un periodo de curación de 68 días, siendo 30 impeditivos. Restándole como secuela algia postraumática con irradiación braquial, leve-moderada. Lo que se ve corroborado con el seguimiento médico que se hizo de las lesiones y de las pruebas realizadas al efecto. (...) Conclusiones que no pueden verse rebatidas por los informes médicos aportados por la demandada que fueron realizados sin hacer seguimiento a los lesionados y con la documental obrante en autos, incluido el informe de biomecánica que hemos desechado"

Audiencia Provincial Palma de Mallorca, de fecha 28 de octubre de 2014

"Más en concreto, la base del error se centra en la inexistencia de nexo causal entre las lesiones por las que se indemniza y el accidente en cuestión atendiendo a la escasa entidad del impacto que se deduce de los daños sufridos en ambos vehículos, derivando por tanto que las lesiones no proceden del siniestro, si bien dicha base del error parte de una interpretación interesada de las periciales presentadas por las partes"

Audiencia Provincial Sevilla (7198/2017), de fecha 29 de noviembre de 2017

"SEGUNDO.- Respecto al el Informe de Biomecánica aportado por la misma y que fue expresamente impugnado por la demandada, considera la apelante que se rechaza sin mayor argumentación, consideración con la que no podemos estar conformes, ya que como sostiene la Sentencia apelada, (Fundamento de Derecho Segundo), "el informe se fundamenta únicamente en unas fotografías y en los informes periciales de reparación de los daños, sin que el perito firmante haya valorado aspectos relevantes a juicio de esta juzgadora, para calcular el efecto lesivo de la colisión: la forma de producirse la colisión, si el vehículo en que viajaba el actor estaba frenado, supuesto en que el propio perito manifestó que puede desde el punto de vista matemático llegar a anularse la velocidad, sin que ello se corresponda a la realidad del hecho, la posición de las personas que viajaban en el interior del coche y el número de personas que aumenta considerablemente la masa de los vehículos, no sirviendo a tales efectos la mera indicación de que se han sumado los pesos de dichas personas cuando ni se enumera en el informe pericial; las alturas, materiales y forma externa de los vehículos, pues es evidente que los daños tienen tanta más relación con estos elementos como con la velocidad del impacto". Asimismo, y en relación a los daños que presentaba el vehículo del Sr. Martín, debemos recordar y así consta en la Sentencia, que el actor en el acto de la vista mostró su disconformidad con los daños consignados en el informe de valoración de daños, reclamándose el descuadre y salida de rieles del paragolpes, daños que quedaron también acreditados, como dice la citada resolución, por el propio conductor del vehículo asegurado en Pelayo. Por lo tanto, partiendo del error en cuanto a la realidad de los daños materiales sufridos en el vehículo en el que viajaba el Sr. Martín, difícilmente se podrá concluir si se cumplió o no el criterio de intensidad. Por lo tanto el Informe y la conclusión a la que llega de falta del criterio de intensidad, fueron

rechazados con plena argumentación y motivación.

TERCERO.- La falta de nexo causal argumentado queda desvirtuado por las razones anteriormente expuestas y al traer causa del informe de biomecánica cuyo análisis ya se ha efectuado además porque las lesiones del ahora apelado quedaron acreditadas, como exige la Ley 35/15, a través del Informe concluyente del traumatólogo que asist y sigue al lesionado, carácter concluyente que se constata en el Fundamento de Derecho Tercero, donde se recoge además que “desde el primer momento de la asistencia de urgencia se diagnostica cervicodorsolumbalgia, que ya continúa durante el tratamiento. La totalidad del tratamiento rehabilitador, viene justificado médicamente por las lesiones y ha tenido finalidad curativa, pues es evidente que el reconocimiento realizado por el perito Sr. Adolfo al demandante el día 25 de mayo es prácticamente idéntico que la revisión

por el traumatólogo el día 30 de mayo, presentado el demandante dolores cervicales y contracturas, por las que siguió el tratamiento rehabilitador hasta el 21 de junio”.

Audiencia Provincial de Huelva, en fecha 13 de abril de 2015

“Ya hemos señalado que el propio Denunciado admitió la existencia de ese impacto calificado como «levísimo» pero también se ha declarado como probado, en virtud de Pericial, la existencia de esos daños valorados y cuantificados en la suma de 312,99 Euros y cierto es como se recoge en la Resolución combatida, que en distintas ocasiones, hemos declarado que la levedad de los daños materiales no impide pero se apreciar esa relación de causalidad y que en determinados casos impactos, colisiones de leve intensidad pueden generar lesiones de gravedad





Responsabilidad patrimonial de las AA.PP. derivada de la vulneración de la Ley Orgánica de Protección de Datos

Iván Gómez Peñalver
Abogado

Sumario

I.- TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

- I.1.- ¿Por qué estudiamos la responsabilidad patrimonial?
- I.2.- Prescripción de la acción
- I.3.- Referencia al daño moral
- I.4.- Referencia al lucro cesante
- I.5.- Referencia al Derecho a la autodeterminación informativa

II.- PLANTEAMIENTO DE SUPUESTOS

III.- APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y RESOLUCIÓN DEL SUPUESTO PLANTEADO (CESIÓN DE DATOS ENTRE AA.PP.)

IV.- CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES

V.- BIBLIOGRAFÍA

VI.- ANEXOS

- VI.1.- Jurisprudencia
- VI.2.- Resoluciones de la AEPD



INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es analizar el derecho de indemnización de los administrados (personas físicas no empresarios) ante el incumplimiento de la normativa de protección de datos de carácter personal por parte de las Administraciones Públicas como encargados del tratamiento y/o responsables de ficheros.

Desde que se aprobó la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal hace ya casi 20 años, han ido produciéndose multitud de situaciones en las que los ciudadanos consideran que se han vulnerado sus derechos como consecuencia de un incorrecto tratamiento de los datos que le conciernen por parte de los responsables de ficheros o encargados del tratamiento de datos. La L.O.P.D., bajo mi punto de vista, no realiza una regulación detallada sobre esta cuestión, y tampoco se contempla adecuadamente en la nueva normativa europea, por lo que se plantea la necesidad de interpretar el actual marco normativo para concretar cuándo y cómo se puede reclamar frente a las administraciones públicas.

I.- TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

A los efectos de abordar desde un punto de vista teórico este artículo, resulta necesario recordar muy sucintamente los aspectos más esenciales de la Teoría de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas.

Si bien es cierto que tras la entrada en vigor del actual marco normativo¹ se produjeron algunos cambios, éstos han sido solamente en lo referido a la ubicación de la regulación de la responsabilidad patrimonial de la AA.PP., es decir, con la aprobación de los dos nuevos textos normativos que afectan a la materia se ha producido una simple reordenación del articulado, no habiéndose producido cambios relevantes, ni en lo referido al ámbito

¹ Me refiero a la "Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público" (en adelante LRJSP), y la "Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas" (en adelante LPACAP).



sustantivo, ni tampoco en lo referido al ámbito procedimental.

Por lo tanto, en lo que respecta al ámbito sustantivo, el sistema se mantiene en su integridad. Seguimos estando ante una responsabilidad directa y objetiva, manteniéndose el concepto de **lesión resarcible** como un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizable respecto a otra persona o grupo de ellas. También se mantiene la exigibilidad de que el daño sea antijurídico (es decir, que quien lo sufra, no tenga el deber jurídico de soportarlo) y que sea imputable a la Administración existiendo una relación de causalidad entre la acción/omisión imputable a la Administración y el hecho lesivo, sin mediar “salvedad exonerante” (esto es, fuerza mayor en la producción de dicho daño, caso fortuito² o culpa exclusiva de la víctima) en cuyo caso se generaría la ruptura del nexo causal. Del mismo modo, la fijación del “*quantum indemnizatorio*” y su pago se rige por

2 Entre otras, la STS de 31 de mayo de 1999 establece que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes.

las mismas reglas precedentes en cuanto a los criterios para determinación, el momento de su valoración y la forma en que debe efectuarse el pago o compensación económica por el daño causado.

En el artículo 32 de la LRJSP se establecen los principios de la responsabilidad patrimonial de las AA.PP. que acabo de enumerar, debiendo acudir no obstante a la doctrina jurisprudencial para terminar de perfilar aspectos muy relevantes como es el criterio de imputabilidad. Señala nuestro alto tribunal en la STS de 27 de octubre de 1998, que la imputabilidad a la Administración demandada de la actividad causante del daño o perjuicio supone la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad administrativa y el perjuicio padecido. Por su parte la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de octubre de 2009, entre otras muchas, nos recuerda que la doctrina administrativista actualmente se inclina por la “Teoría de la causalidad adecuada”, que como señala en su Fundamento de Derecho Segundo la STS de 5 de diciembre 1995 (Recurso 100/1993) <<consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que solo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó es adecuado a esta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una “*condictio sine qua non*”, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada. Es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo. Sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño (“*in iure non remota causas, sed proxima spectatur*”)>>.

Teniendo en consideración la densidad de los conceptos introducidos, y sin abundar en los requisitos que han de cumplirse para que proceda la responsabilidad patrimonial para no extenderme demasiado, sí quisiera hacer referencia a algunas de las cuestiones que considero más importantes, algunas puramente procesales como la prescripción de la acción, y otras cuestiones más de fondo como son el daño moral, el lucro cesante o el derecho a la autodeterminación informativa. Pero antes,

debería dar respuesta a la siguiente pregunta ¿Por qué estudiamos la responsabilidad patrimonial?

1.1.- ¿POR QUÉ ESTUDIAMOS LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL?

Para tratar de ofrecer una respuesta a esta cuestión, comenzaré recordando que en virtud del “Principio de la Universalidad Subjetiva” se han de cubrir los daños producidos por la actuación de la Administración en toda su variedad de personificaciones, tanto primarias como instrumentales, y tanto si actúan con sometimiento al derecho administrativo como si se sujetan al derecho privado (doctrina del levantamiento del velo). El sistema es además general y único para las distintas esferas territoriales en las que se estructura el Estado español (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades locales), tal y como se deriva del art. 106.2 y 149.1.18 CE. Y los que pueden reclamar la responsabilidad patrimonial son los particulares, los funcionarios y restante personal del propio servicio público e incluso las diversas Administraciones Públicas entre sí.

La responsabilidad **directa** de las AA.PP. implica que, aunque actúan a través de personas físicas, la reclamación de responsabilidad ha de formularse necesariamente al órgano administrativo, sin importar que el daño haya sido consecuencia de actuaciones de sus autoridades o personal (Art. 36.1 de la LRJSP). Una vez que la indemnización haya sido abonada, existe el derecho de la Administración de ejercitar de oficio una acción de regreso contra las autoridades, funcionarios y/o personal a quienes fuese imputable la comisión del hecho dañoso, siempre que su conducta hubiese incurrido en dolo, culpa o negligencia grave (Art. 36.2 de la LRJSP) previa instrucción del correspondiente procedimiento y sin perjuicio si procede de pasar el tanto de culpa a los Tribunales competentes (Art. 36.4 de la LRJSP).

Por su parte la responsabilidad **objetiva** de las AA.PP. implica que se genera la responsabilidad con independencia de que haya concurrido dolo o culpa en la actuación pública y de que dicha actividad sea o no ajustada a la legalidad. Se puede producir un resultado perjudicial y, por ende, la correspondiente responsabilidad administrativa, tanto por actividad (actividad jurídica, es decir, actos administrativos y disposiciones generales-reglamentos; actividad material o técnica, lo que supone la transformación de la realidad física, ya sea operando sobre las personas o sobre las cosas), como por la inactividad de la Administración (omitir actuaciones que le eran exigibles, como por ejemplo, falta de inspección de instalaciones peligrosas, no reparar

desperfectos en las carreteras, etc.), o lo que es lo mismo, por acción u omisión.

Por lo tanto, en respuesta a la pregunta formulada, he de concluir que en las reclamaciones en las que el administrado se enfrenta a una Administración Pública, si bien se entra a discutir aspectos puramente civilistas en los que a buen seguro el responsable será una o varias personas, y además en última instancia el riesgo estará cubierto por una compañía de seguros (responsable civil directo), la reclamación se tramitará en la vía administrativa con la solicitud que establece el artículo 67 de la LPACAP frente a la Administración causante del daño³, para posteriormente acudir a la vía contencioso-administrativa siempre y cuando: el reclamante considere que la resolución declaratoria de responsabilidad que pone fin a la vía administrativa (Art. 36.5 de la LRJSP) no se ajusta a Derecho; o haya transcurrido el plazo de seis meses establecido en el artículo 91.3 de la LPACAP sin que se haya dictado resolución (silencio administrativo desestimatorio). La competencia vendrá determinada por lo dispuesto en los arts. 8 a 13 (competencia objetiva) y 14 (competencia territorial) de la “Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”.

1.2.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.

Entrando ya en un aspecto puramente procesal, he de hacer una breve referencia a una cuestión que considero de vital importancia para el ejercicio de acciones legales, y es la relativa a la prescripción de la acción de responsabilidad.

Se establece un plazo de prescripción de un año, siendo el “*dies a quo*” la fecha en que se produjo el hecho o acto que motiva la indemnización o, en su caso, la fecha en que se manifiestan sus efectos lesivos. Se consagra el principio de la “*actio nata*”, es decir, que la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible, y esa coyuntura sólo se perfecciona cuando se tiene cabal conocimiento del daño (Art. 67.1 de la LPAC). Y para el caso de producirse secuelas, el “*dies a quo*” vendrá constituido por el momento en que se determine el alcance de las secuelas (entre otras STS de 8 de febrero de 2017), fecha que es asimilable a la del alta médica o a la del diagnóstico definitivo.

3 Cabe matizar que cuando la responsabilidad patrimonial provenga del funcionamiento de la Administración de Justicia, acudiremos a lo dispuesto en el art. 292 y ss. de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, dirigiéndose la reclamación directamente frente al Ministerio de Justicia (art. 293.2) y no frente al Juzgado o Tribunal causante del daño.

La interrupción de la prescripción se produce por las reclamaciones dirigidas a la Administración, por las negociaciones con esta efectuadas/intentadas, o por el ejercicio de acciones civiles. No se interrumpe la exigencia de responsabilidad penal salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad.

Aunque no se trata de una cuestión relacionada con la prescripción de la acción, quisiera efectuar un último apunte desde el punto de vista procesal, y es que, una vez ejercitada la acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, en virtud del principio de "no preclusividad del plazo reaccional frente al silencio administrativo" en el que ha insistido la doctrina y la jurisprudencia durante los últimos años, es ya una cuestión pacífica que, en los casos de producirse silencio administrativo, no existe plazo alguno para recurrir ante los Tribunales. Se refuerza así, la obligación legal de resolver de la Administración ex artículo 21 de la "Ley 39/2015" (obligación que la jurisprudencia constitucional ha entendido vinculada con el Derecho a la tutela judicial efectiva) y la concepción del silencio administrativo como ficción legal que facilita el acceso a la vía jurisdiccional, idea esta última presente en el acervo de nuestro Tribunal Constitucional (SSTC de 16 de enero de 2006 y 13 de febrero de 2006).

I.3.- REFERENCIA AL DAÑO MORAL.

Uno de los conceptos que tal vez mayor dificultad presenta en la práctica y que resulta importante estudiar, es el daño moral producido por la actuación de la Administración.

Recordemos que la efectividad del Daño, supone que debe producirse una afección dañosa a los bienes o derechos de la persona ya fuese patrimoniales, personales o morales. Y por su parte, que el requisito de la evaluabilidad económica del daño excluye del ámbito indemnizatorio las simples molestias o los perjuicios subjetivos sin trascendencia patrimonial apreciable.

Si el daño se produce sobre bienes o derechos patrimoniales, la evaluación de los mismos no presenta mayor dificultad, pues tal y como indica el Art. 34.2 de la LRJSP, su importe viene determinado por la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. Y en los casos de muerte o lesiones corporales, como indica el precitado artículo, se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.

El problema se plantea con los denominados daños morales ("*pretium doloris*"), que son de difícil o, en ocasiones, imposible valoración a través de las reglas establecidas en dicho precepto. Aunque parece pacífico concluir que los daños morales deben ser indemnizados, no es fácil fijar reglas objetivas de valoración.

Como es de ver, no se prevén en la LRJSP unos criterios de valoración fijos que permitan asegurar la objetividad, certidumbre, seguridad jurídica e igualdad en la determinación de las cuantías indemnizatorias. Y digo esto por dos motivos. En primer lugar, porque aunque la cuantificación de los daños materiales puede resultar más sencilla, no se establece un único criterio para llevarla a cabo, ni tampoco se establece un orden de preferencia entre los distintos criterios de valoración que se mencionan en el artículo. Y, en segundo lugar, porque tampoco se recoge ningún baremo/pauta que pueda guiar a los Tribunales en la determinación de las indemnizaciones procedentes en los casos más complejos, como son los de muerte, lesiones corporales, o el que en este artículo más nos interesa, los daños morales.

Del análisis jurisprudencial se puede llegar a la conclusión de que los Tribunales contencioso-administrativos han encontrado apoyo para esa difícil determinación en los criterios que aplican otras jurisdicciones y que se recogen en leyes especiales sobre responsabilidad, como son la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, la legislación sobre accidentes laborales o, volviendo a lo que nos interesa, la "Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", norma en la que los tribunales encuentra respaldo para la determinación de los daños morales derivados de la vulneración de la LOPD⁴. Cabe añadir que, en no pocas ocasiones, cuando se produce un daño moral a causa de un incumplimiento de la LOPD, en lugar de acudir a la indemnización económica, es reparado con el simple hecho de su declaración judicial, o mediante otras soluciones reparatorias⁵.

En cuanto al alcance de la indemnización

⁴ Como por ejemplo la STS de 21 de mayo de 2014.

⁵ Bartual Ramón (2010a: p. 178): «(...) el Tribunal Supremo ha señalado que la existencia de un posible daño moral no siempre ni necesariamente puede resarcirse económicamente, ni tampoco tiene que serlo de esa forma, aceptando que puede ser suficiente satisfacción para el perjudicado, la reintegración a su puesto de trabajo (...); el ascenso a Coronel (...) o la propia anulación del acto recurrido (...), pero, como señala esta última, sin que ello «en modo alguno pueda interpretarse como que tales daños no son susceptibles de indemnización»».

la doctrina jurisprudencial apoya la idea de que la responsabilidad se basa en el Principio de la reparación integral de la víctima (entre otras, las SSTS de 10 de abril de 2008 y de 12 de junio de 2007), comprendiéndose tanto los daños personales (con el daño emergente y el lucro cesante) y los morales (sobre éstos añadiré la STS de 12 de noviembre de 2007). La STS de 12 de marzo de 1991 afirma que *"la indemnización debe cubrir todos los daños y perjuicios, hasta conseguir la reparación integral de los mismos y con ello la indemnidad del derecho subjetivo o del interés lesionado"*. Cuestión muy distinta es tener que indemnizar lo que la jurisprudencia denomina "sueños de ganancia o de fortuna", los cuales no tienen cabida como partida indemnizatoria.

Lo complejo es por tanto, en la mayoría de las ocasiones, determinar el *quantum* indemnizatorio partiendo de tal principio de reparación integral del daño, lo que se relaciona íntimamente con la carga de la prueba. Y en este sentido ayudan las técnicas del lucro cesante o los daños morales.

Como apunta la STSJCV de 13 de noviembre de 2014 *<<también ha proclamado reiterada doctrina jurisprudencial del TS (valgan por todas las Sentencias de 25-9-01 y 9-10-01 y más recientemente en la de 20-2-2012) que la determinación del quantum indemnizatorio es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de Instancia y debe ser respetado en casación, en tanto no se demuestre el error, su irracionalidad o la infracción de las normas que regulan la valoración de los medios probatorios. En materia de indemnización de daños morales la Sala del Tribunal Supremo ha declarado, hasta conformar doctrina legal (Sentencias entre otras, de 20 de julio de 1996, 5 de febrero de 2000, 7 de julio y 22 de octubre de 2001 y 23 de marzo de 2011) -recurso de casación 694 y 5096/1997 2302/2009-, 'la fijación de la cuantía de la indemnización por los perjuicios morales sufridos, dado su componente subjetivo, queda reservada al prudente arbitrio del Tribunal de Instancia, sin que sea revisable en casación siempre que estén observados los criterios jurisprudenciales y reparabilidad económica del daño moral y de razonabilidad en su compensación'. Por tanto, también podrán en su caso reclamarse los daños morales (STS de 21 de abril de 1998; sentencias del Tribunal Supremo de 1 diciembre 1989, 4 abril 1989, 31 octubre 1990, 27 noviembre 1993, 19 noviembre 1994, 2 diciembre 1995, 20 julio 1996, 26 abril 1997 y 5 junio 1997, entre otras)>>*.

I.4.- REFERENCIA AL LUCRO CESANTE.

Por otra parte, la reclamación por lucro cesante también plantea complejos problemas en la práctica, al no ser tampoco sencilla su determinación. El quid de la cuestión, en lo que atañe al lucro cesante, está igualmente en la prueba (SSTS de 10 de abril de 2008 y de 22 de febrero de 2006), lo que en parte se relaciona con los criterios generales de cuantificación de los daños (sobre tales criterios STS de 23 de marzo de 2011) y con la importancia de la prueba pericial.

La doctrina civilista destaca el **criterio restrictivo** que aplican los tribunales en la consideración del lucro cesante, no bastando la mera posibilidad o esperanza de obtener unas ganancias sino que es necesaria la existencia de una verdadera probabilidad de recibirlas. Tal posición se resume claramente en las SSTS de 8 de junio de 1996 y de 8 de julio de 1996 que excluyen como lucro cesante las ganancias futuras y las meras expectativas, y establecen como requisitos para su estimación la verosimilitud suficiente para ser reputadas como muy probables en la mayor aproximación a su certeza efectiva y prueba acreditativa respecto de la relación de causalidad entre elemento y las consecuencias negativas derivadas del mismo.

Sobre el lucro cesante del art. 1106 del Código Civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene igualmente un criterio restrictivo advirtiendo que no pueden ser indemnizados los "sueños de ganancia" (STS de 12 de febrero de 1984) debiendo utilizarse factores de probabilidad o de un curso ordinario de los acontecimientos (STS de 30 de diciembre de 1977), de modo que la exigencia del lucro cesante no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del art. 1106 del Código Civil, sino que las ganancias no han de ser dudosas y contingentes. No se produce la automaticidad que parece presuponerse en el 1106 CCiv por la jurisprudencia, ya que no proceden las ganancias que hayan dejado de obtenerse a modo de incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria (STS de 16 de marzo de 2009), que en este caso se trata obviamente de la Administración.

Por lo tanto, cuando hablamos de lucro cesante, podemos referirnos: por una parte, a un daño ya consumado, una ganancia dejada de percibir como consecuencia del hecho dañoso (ejemplo: una reducción en la nómina como consecuencia de la baja laboral); y por otra parte, a un daño futuro, en el sentido de que el hecho dañoso ya se ha consumado, pero todavía no se han producido ni el inicio ni la consumación del daño (ejemplo: la pérdida de una oportunidad



laboral). En ocasiones, estaremos ante un daño que no se sabe si se producirá y tampoco con qué intensidad, siendo una buena idea habida cuenta de las reticencias de los Tribunales, contar con una buena pericial donde se objeive y cuantifique el lucro cesante (efectuando un cálculo actuarial, determinando que el daño ha sido provocado por la actuación de la Administración, acreditando que hay/había una verdadera probabilidad de que ese ingreso o ganancia se produzca/produjese, etc.).

En la STS de 21 de abril del 2008 nuestro alto Tribunal señala: «...esta Sala tiene declarado que el quantum de la indemnización por lucro cesante, cuando éste se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas (juicio de probabilidad, según la STS de 14 de julio de 2003, rec. 3427/1997), fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de

acuerdo con el examen y la ponderación de las circunstancias de cada asunto; pero la existencia del perjuicio por este concepto debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (SSTS de 6 de septiembre de 1991, 5 de octubre de 1992, 4 de febrero de 2005, rec. 3744/1998, 31 de mayo 2007, 18 de septiembre de 2007, rec. 4426/2000). Como consecuencia de ello se impone a la parte actora la carga de ofrecer los datos que, a tenor de la situación existente al presentar la demanda o en el momento de practicar la prueba, mediante su proyección sobre el período futuro objeto de reclamación, permitan un cálculo prospectivo del lucro cesante (STS 31 de octubre de 2007, rec. 3537/2000)».

En conclusión, la jurisprudencia no exige la absoluta certeza sobre la futura existencia de las ganancias, sino una fundada probabilidad de que estas se hubiesen producido en el normal desarrollo de los acontecimientos. Estamos ante un juicio de probabilidad y, como tal, no puede producirse sobre hechos concretos, sino que consistirá en juicio hipotético sustentado en juicios de valor. Por esa razón ocupa un lugar destacado en él, la nota de la “normalidad”. Para que el lucro cesante se considere debidamente acreditado, el Juzgador ha de llegar al

convencimiento de que, si no hubiese acaecido el suceso dañoso y en condiciones normales, se hubiese producido esa ganancia patrimonial.

I.5.- REFERENCIA AL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.

A continuación, abordaré una de las cuestiones nucleares, el Derecho a la autodeterminación informativa, comenzando por señalar que encuentra su principal sustento en los artículos 18.1 y 18.4 de la Constitución



Española así como en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El origen de este derecho lo encontramos en Alemania, en el año 1983. Año en que el Tribunal Constitucional de la por entonces República Federal Alemana declaró la inconstitucionalidad parcial de la Ley Alemana de Censo de Población de 1982. Señala esta relevante sentencia que <<Cada persona tiene derecho a decidir por sí misma qué información

personal consiente que de él se conozca, a quién desea proporcionarla, cómo lo hará y cuándo>>. Ya no sólo se protege el “derecho a la intimidad”, como aquel “right to be let alone” definido por Louis D. BRANDEIS y Samuel WARREN en el Harvard Law Review de 1890 (vol. 4, núm. 5, pp. 193 - 219), sino que se amplía el concepto al derecho a supervisar a quiénes tienen nuestra información.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en escasas ocasiones sobre la autodeterminación informativa, siendo especialmente relevante lo expuesto en la STC de 13 de enero de 1998, concretamente en sus fundamentos jurídicos cuarto y quinto. Recuerda en su FJ 4º lo ya expuesto en su anterior sentencia (la también destacable STC 254/1993, de 20 de Julio), relativo a que el art. 18.4 CE <<incorpora una garantía constitucional para responder a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona. Además de un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, es también, en sí mismo, un derecho

o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos... La garantía de la intimidad, “lato sensu”, adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (“habeas data”) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención...>>. Y ya en su FJ 5º, indica con respecto al art. 18.4 CE. <<Este no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, como ha quedado dicho, sino que además consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona - a la privacidad según la expresión utilizada en la E. de M. de la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos. Trata de evitar que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios...>>.

Por lo tanto, lo definiría como un derecho autónomo y desligado del derecho a la intimidad

(18.1 de la CE), que reconoce a las personas la capacidad de control y disposición sobre los datos de carácter personal que les conciernen en cuanto a su uso y destino, cuestión que reconoce nuestro Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 30 de noviembre de 2000, FF.JJ. 4º y 5º. El bien jurídico protegido, bajo mi punto de vista, aunque en última instancia se intente preservar el derecho a la intimidad, es plenamente independiente, pues lo que aquí se pretende proteger es precisamente esa capacidad de control y disposición del sujeto sobre el uso y destino de sus propios datos personales (“*habeas data*”).

Cabe matizar no obstante, que dicho derecho no es absoluto, pues debe guardar un equilibrio con los derechos de información en su doble vertiente de recepción y comunicación, existiendo límites que hacen decaer el primero en favor de los segundos (casi siempre amparados en un interés general superior fundamentado en una norma de rango Constitucional, como por ejemplo la comunicación de un hecho delictivo por parte de un funcionario público a la policía).

II.- PLANTEAMIENTO DE SUPUESTOS.

Entre los supuestos que se pueden plantear, nos encontraremos tanto omisiones como acciones de la Administración.

Respecto de las **omisiones** de la Administración generadoras de un daño resarcible al administrado, pueden tener lugar, por ejemplo, por una desatención del deber de vigilancia y control de la Administración sobre los funcionarios o personal a su servicio (culpa in vigilando), o por un funcionamiento anormal de la Administración (el funcionario/trabajador no hace lo que debe, o los medios técnicos a su disposición no funcionan como deberían) lo que en ambos casos puede provocar un tratamiento irregular/ilegal de los datos de carácter personal del administrado. Dicho tratamiento podría ser incluso de terceras personas ajenas a la Administración que no tienen interés legítimo para acceder al expediente administrativo y por ende a los datos protegidos (por ejemplo, un fallo de seguridad que permite el acceso no consentido a los expedientes), o también podría tener lugar por parte de funcionarios o personal al servicio de la Administración que hacen uso de los datos sin consentimiento de su titular (lo que constituye un incumplimiento de la normativa que impide acceso a datos personales a aquellos que pudieran acceder a los mismos con motivo de su puesto o cargo, pudiendo incluso ser constitutivo de un ilícito penal).

Dicho lo anterior, también se puede dar lugar a una lesión o daño resarcible por **acciones** de la Administración y/o del personal a su

servicio, y un ejemplo claro puede ser la cesión no consentida de datos entre administraciones.

Antes de avanzar en este ejemplo de daños por acción, es preciso recordar que en el artículo 28 de la “Ley 39/2015 del PACAP”, consta el renovado régimen de aportación de documentos al procedimiento administrativo por parte de los administrados (que tiene su razón de ser en la modernización o digitalización de las AA.PP.), y donde se establece una **presunción de autorización a favor de la Administración** para que “*motu proprio*” pueda consultar los documentos/datos que ya obran en su poder así como proceder a su cesión a otras Administraciones. Por lo tanto, a priori, salvo que conste la **expresa oposición** del administrado, la Administración está facultada para acceder y ceder a otras Administraciones los datos facilitados, siendo el único requisito por parte de la Administración informar al administrado de sus derechos en materia de protección de datos (derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición, portabilidad, olvido y limitación al tratamiento - también conocidos como Derechos ARCO-POL), como no podía ser de otra forma.

Un ejemplo interesante podría ser el siguiente: Realización de una inspección fiscal tras la cesión de datos por parte de un Juzgado Decano a la Agencia Tributaria al amparo de un acuerdo de colaboración suscrito entre el CGPJ y AEAT así como del propio consentimiento tácito del administrado ex art. 28.2 de la “Ley 39/2015”. El Letrado actuante recibe una inspección fiscal por no coincidir las facturas declaradas con los procedimientos finalizados de tasaciones de costas en los 4 ejercicios fiscales anteriores.

Estamos ante lo que considero una utilización no consentida de datos personales especialmente protegidos que han sido facilitados por el administrado a la Administración de Justicia con otros fines (tramitación de un expediente judicial de tasación de costas) absolutamente distintos al utilizado por la Administración Tributaria (inspección/comprobación y recaudación) a quien le ceden los datos personales del Abogado sin su consentimiento. Sobre este supuesto hablaré con profundidad en el próximo epígrafe, por lo tanto, no abundaré ahora en su análisis, adelantando únicamente que nos encontramos ante una acción de la Administración generadora de un daño resarcible que viene constituido principalmente por la zozobra (daño moral) y gastos que genera el proceso de inspección y su impugnación ante los Tribunales competentes.

III.- APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y RESOLUCIÓN DEL SUPUESTO PLANTEADO (CESIÓN DE DATOS ENTRE AA.PP.).

SUPUESTO⁶: Realización de una inspección fiscal a un Letrado tras la cesión de datos de cientos de abogados por parte de un Juzgado Decano a la Agencia Tributaria al amparo de un acuerdo de colaboración suscrito entre el CGPJ y AEAT así como del propio consentimiento tácito del administrado ex art. 28.2 de la “Ley 39/2015”. El Abogado actuante recibe una inspección fiscal por no coincidir las facturas declaradas con los procedimientos finalizados de tasaciones de costas⁷ en los 4 ejercicios fiscales anteriores. Partiremos de la base de que existe un daño moral acreditado (diagnosticado un cuadro de ansiedad para el que precisa tratamiento farmacológico y psicológico, con los gastos inherentes a los mismos) y producido al Abogado por la zozobra ocasionada al verse sometido a un procedimiento para el que se prevé una elevada sanción, además, el proceso le causa importantes gastos de asesoramiento y defensa técnica durante todo el procedimiento. Supongamos que el proceso de inspección finaliza con la imposición de una elevada sanción y tras acudir el administrado al Tribunal competente (Tribunal Económico Administrativo Regional), se falla a favor del Letrado al entender que los honorarios de Abogado que se determinen en un procedimiento de tasación de costas, cuyo beneficiario es obviamente el cliente, no tiene por qué guardar relación con la factura final del profesional, quien minutará de conformidad con lo pactado con el cliente en la correspondiente hoja de encargo.

En esta ocasión estamos ante un **daño resarcible**, pues reúne todos los requisitos que establece la Teoría de la Responsabilidad Patrimonial, es decir: El daño es antijurídico, en tanto en cuanto quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo, siendo que el proceso de inspección se inicia tras lo que considero una

⁶ El supuesto planteado es una ficción que ha sido inspirado en el Acuerdo que fue suscrito el pasado 20 de julio de 2017 tras la solicitud de la Agencia Tributaria y el visto bueno del Director del Gabinete Técnico de Consejo General del Poder Judicial. No obstante, la ficción puede convertirse en realidad si no prospera el recurso formulado por el Consejo General de la Abogacía Española frente a dicho Acuerdo, en el que, según ha trascendido a los medios de comunicación, se ha solicitado la suspensión cautelar del Acuerdo.

⁷ Recordemos que para la tasación de costas el Letrado debe acompañar una minuta que se elabora conforme a los Criterios orientadores que los Colegios de Abogados utilizan para la emisión de dictámenes relacionados con los honorarios de Abogados de su circunscripción.

solicitud masiva de datos y la consecuente cesión de datos desproporcionada, sin respeto alguno a los principios de calidad y proporcionalidad, y con un claro ánimo recaudatorio (“*fishing expedition*”), amparada además en una incorrecta interpretación de lo que debería ser la colaboración entre administraciones; es efectivo, ya que el simple hecho de someterse a la inspección implica, de una parte, la necesidad de contratar a profesionales cualificados que intervengan en defensa de sus intereses como contribuyente, y de otra, el propio sufrimiento/zozobra sufrido por quien se ve inspeccionado por la Agencia Tributaria con la amenaza de fuertes sanciones económicas; es individualizable porque el procedimiento y los daños que del mismo derivan, los sufre el ahora reclamante personalmente; e igualmente, es valorable económicamente, encontrando mayores dificultades en la determinación del quantum en lo relativo al daño moral, y siendo el resto de partidas indemnizatorias (gastos médicos, farmacológicos, etcétera) un daño emergente más fácil de determinar.

Quisiera realizar una matización en lo referido al deber de soportar el daño. Y es que en el supuesto planteado, como decía, partimos de que existe un requerimiento masivo de datos a cientos de abogados sin ningún tipo de individualización en el requerimiento. En principio el acuerdo alcanzado por AEAT y CGPJ considero que podría ser suficiente para amparar el intercambio de ciertos datos, lo que no resulta de recibo es sembrar la duda generalizada sobre el colectivo profesional y recabar inmotivadamente datos de cientos de abogados, ni siquiera amparándolo en la presunción de consentimiento que se establece ex art. 28.2 de la “Ley 39/2015”. Y digo esto porque si la AEAT en el núcleo de un proceso de inspección, respetando los principios de calidad, proporcionalidad, minimización y limitación de la finalidad, requiere a un Juzgado información sobre determinados procedimientos de tasaciones de costas para efectuar las comprobaciones oportunas, aún en el caso de producirse un daño al administrado, el mismo tiene el deber jurídico de soportarlo, no existiendo por tanto un daño resarcible, es decir, no siendo posible la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Avanzando en la resolución del supuesto planteado, considero que **el incumplimiento de la LOPD es imputable a la Administración**, y no cabe ninguna duda respecto de la relación de causalidad entre la acción imputable a la Administración y el hecho lesivo, y ello por cuanto: El daño es producido por servidores públicos (funcionarios) al solicitar la Agencia Tributaria una información que es desproporcionada, y al ceder la Administración de Justicia una información o datos personales que han sido



facilitados con otros fines (tramitación del procedimiento judicial) absolutamente distintos al utilizado (comprobación y recaudación), y ello sin recabar previamente el consentimiento de los profesionales y probablemente alegando el consentimiento tácito del administrado ex art. 28.2 de la “Ley 39/2015”; el título de imputación que sirve para atribuir la lesión jurídicamente a la Administración es que es la titular administrativa de la actividad o servicio; constituyendo el criterio de imputación el funcionamiento anormal de la Administración, y aunque a priori pudiera parecer que la conducta de los funcionarios encargados del requerimiento y cesión de los datos, es el adecuado porque existe un Acuerdo de colaboración suscrito, en mi opinión dicho acuerdo no habilita la cesión de datos efectuada, y ello por cuanto no es un requerimiento que cumpla los principios de calidad, proporcionalidad, minimización y limitación de la finalidad, sino una petición masiva de datos que ha dado lugar un tratamiento de datos personales que no es consentido por el titular de los mismos ni permitido por Ley alguna (ni siquiera por el precitado art. 28.2 de la “Ley 39/2015”), con lo cual, la actuación de ceder datos personales con una apariencia de legalidad debe quedar invalidada, constituyendo la propia cesión irregular de datos entre Agencia Tributaria y el Consejo General del Poder Judicial al amparo del referido acuerdo/convenio, el funcionamiento

anormal de la Administración.

En cuanto a la **relación de causalidad**, siguiendo la “Teoría de la causalidad adecuada”, entiendo que la cesión irregular de datos entre AA.PP (Juzgados a favor de la Agencia Tributaria) que fue efectuada al amparo del citado acuerdo de colaboración, es la condición sin la cual el daño no se hubiera producido. O dicho de otra forma, en un trascurso normal de los acontecimientos, la Agencia Tributaria no hubiese inspeccionado al Abogado al no haber conocido los procedimientos en los que dicho profesional hubiera iniciado y finalizado un procedimiento de tasación de costas, dato que puesto en contraste con las minutas emitidas en el mismo periodo impositivo, motivó la inspección de la AEAT y posteriormente el procedimiento sancionador.

En este supuesto que se plantea en el que intervienen dos AA.PP. en la producción del daño, se da lugar a una responsabilidad concurrente, que será **solidaria** para el caso de no poder ser determinado un porcentaje de participación atendiendo a los criterios establecidos en el Art. 33 de la LRJSP (criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención).

Como ya he avanzado, podríamos encontrarnos en este supuesto con que



la Administración pretenda hacer valer la presunción de autorización que se establece a favor en el artículo 28.2 de la “Ley 39/2015 del PACAP”⁸ en lo relativo a la consulta de documentos y datos que obran en su poder, así como para la cesión de los mismos entre administraciones. Pero entiendo que no resulta de aplicación al caso, pues dicha presunción ha de operar solamente en beneficio del administrado, y no servir a la Administración para una finalidad claramente recaudatoria.

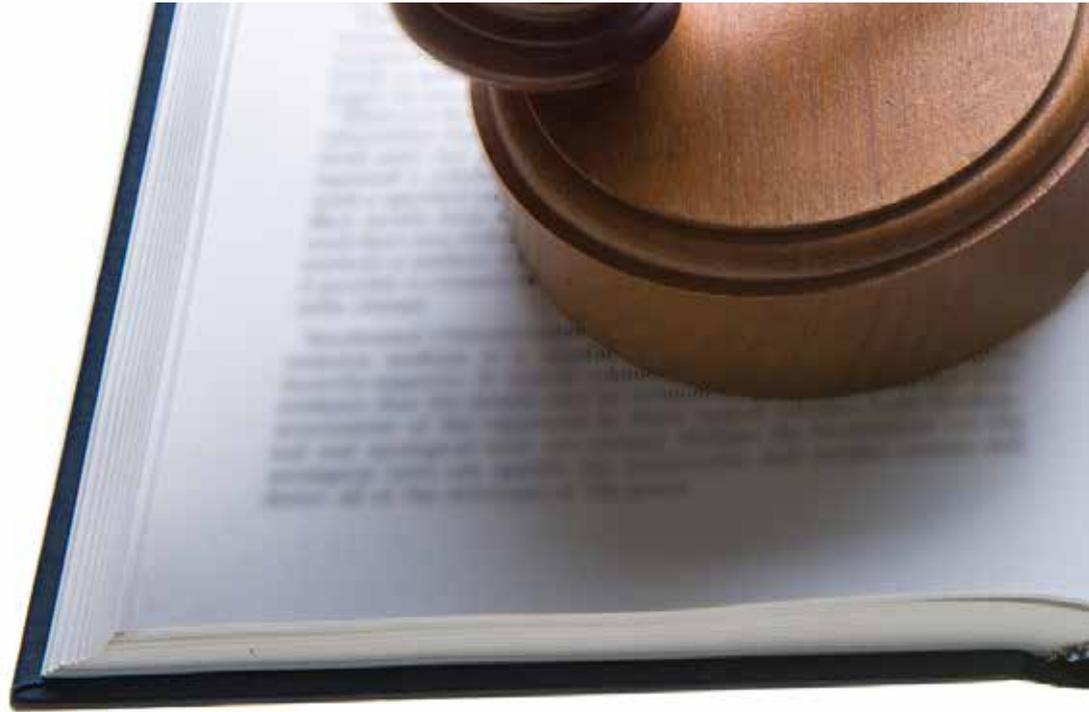
El simple acceso/cesión no consentido/justificado a los datos del Letrado, considero que ha de ser sancionado, pues es una acción expresamente vetada por la legislación relativa

⁸ 28.2 “Los interesados no estarán obligados a aportar documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración, con independencia de que la presentación de los citados documentos tenga carácter preceptivo o facultativo en el procedimiento de que se trate, siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos. Se presumirá que la consulta u obtención es autorizada por los interesados salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso. [...]”.

a la protección de datos, como ya hemos visto. Pero a mayor abundamiento, en lo que aquí nos interesa, si dicho comportamiento de la Administración genera daños y perjuicios al administrado, éstos deben ser resarcidos con la oportuna indemnización, que en el caso que nos ocupa podría ser cuantificada del siguiente modo:

- 1) Resarcimiento de los gastos soportados (fármacos, psicólogo y abogado/asesor fiscal):

Respecto de los gastos en los que el reclamante haya incurrido como consecuencia de la zozobra ocasionada por la propia tramitación del procedimiento y la amenaza de ser sancionado con una elevada cantidad, es decir, el coste de las sesiones que haya precisado con el profesional competente (psicólogo y/o psiquiatra) así como el tratamiento farmacológico que éstos hayan prescrito y que efectivamente hubiese seguido el paciente, bastaría a priori con aportar las facturas acreditativas de los gastos soportados. Siempre que el tratamiento esté expresamente prescrito por un profesional, se inicie y se lleve a cabo dentro de unos tiempos razonables, no debería suponer un problema su reclamación. Si se produce una ruptura del nexo causal entre “secuelas” y el tratamiento prescrito, surgirían los inconvenientes. Por citar un ejemplo, si el



reclamante y tuviese antecedentes por procesos psicológicos/psiquiátricos relacionados con el padecido (ansiedad, depresión, etc.), o si el tratamiento se prescribe o se inicia en fechas muy distintas a los hechos que lo motivan, la Administración y/o su aseguradora a buen seguro cuestionaría que esos problemas que se reputan ocasionados por su actuación realmente correspondan a la misma, peligrando dicha partida indemnizatoria. Como ya he adelantado con anterioridad, estaríamos ante una cuestión de prueba en la que será clave la intervención de los peritos de parte, medio probatorio que servirá al reclamante para acreditar que el proceso psicológico/psiquiátrico ha tenido lugar y es consecuencia del procedimiento sancionador que se ha seguido contra el mismo.

Respecto de los gastos de abogados/ asesores fiscales que hubiesen intervenido en defensa del reclamante en el procedimiento administrativo por el que se le sancionaba y su posterior impugnación ante los Tribunales, considero que también resulta procedente su reclamación, en tanto en cuanto, se trata de gastos que el administrado hubo de soportar para en correcto ejercicio de su defensa, y que

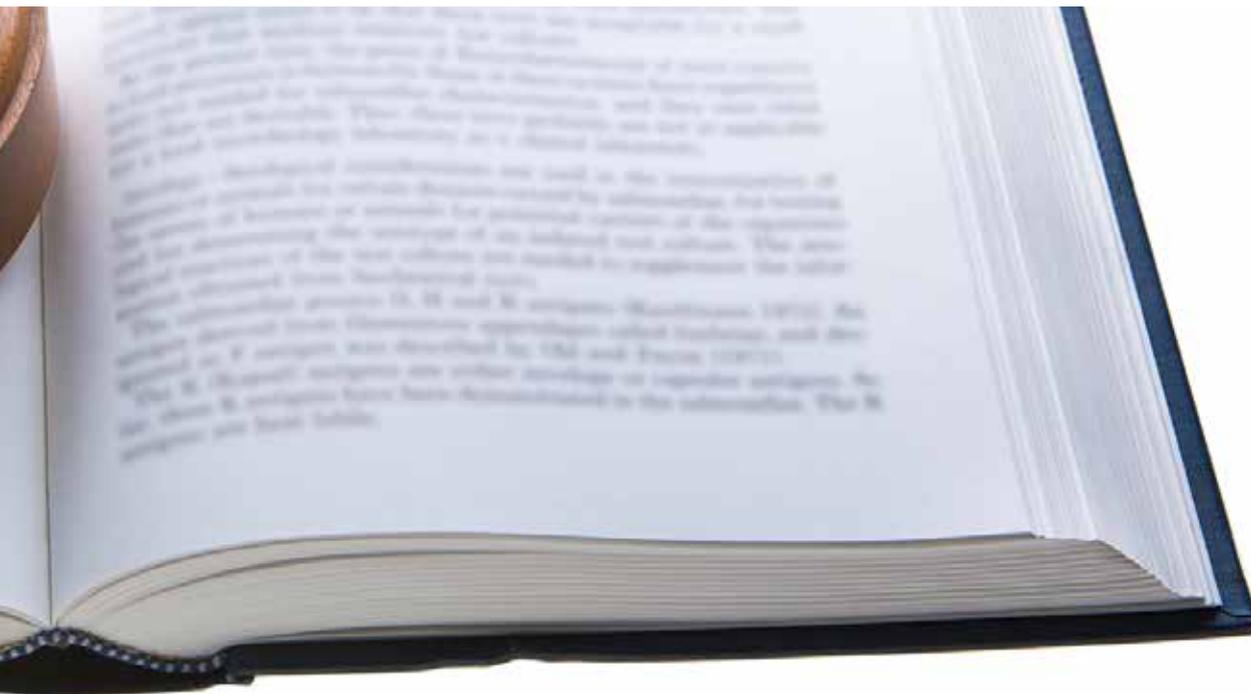
a mayor abundamiento tuvieron un resultado positivo para sus intereses pues los Tribunales le dieron la razón.

La cantidad reclamada por esta primera partida indemnizatoria vendría constituida por lo tanto por la suma de las facturas efectivamente abonadas.

2) Resarcimiento por el daño moral producido:

La propia existencia del daño moral alegado y su cuantificación, como ya he comentado, será lo más complicado de probar, y ello porque se trata de un proceso que se produce a nivel interno del paciente, dependiendo su objetivación en gran medida de las propias manifestaciones del reclamante.

La intervención del perito en este caso (y adicionalmente la de testigos o cualquier otro medio probatorio), servirá, en primer lugar, para acreditar la propia existencia del daño moral, es decir, que el reclamante realmente ha sufrido la zozobra (sufrimiento inherente al sometimiento a procedimiento tributario, el llamado "*pretium*



doloris”), objetivando así junto al resto de informes médicos el daño moral alegado. Y en segundo lugar, esta pericia servirá para acreditar que dicha zozobra es causa directa de la acción de la Administración, y que ha sido necesaria la ingesta de medicación y el sometimiento a sesiones de psicólogos/psiquiatras para superar dicho estado, reforzando así la procedencia de las facturas de gastos médicos y farmacológicos que se integran la primera partida indemnizatoria.

A la hora de cuantificar dicha partida indemnizatoria, resulta difícil proponer una cifra y ello por cuanto no existen unos criterios pacíficos en términos jurídicos a los que se pueda acudir, debiéndose acudir a la jurisprudencia para determinar la cantidad a reclamar, siendo en este aspecto interesante, entre otras, la STS de 8 de abril de 2016 en la que se considera adecuada una indemnización de 12.000 € por una noche a bordo del naufragado Costa Concordia, o la STS de 12 de noviembre de 2015 donde nuestro Alto Tribunal considera adecuada una indemnización de 30.000 € por introducir a un trabajador en una “lista negra” lesionando con ello su derecho a la protección

de datos y generándole un impedimento para el acceso al mercado laboral.

Teniendo en consideración las circunstancias del caso concreto (imaginemos que el procedimiento duró 12 meses), entendemos que la indemnización por el daño moral podría determinarse como mínimo en la cantidad de 3.000 € (SAP Baleares de 3 de noviembre de 2015 establece esta misma indemnización por la inclusión indebida en un fichero de morosos).

Para finalizar el supuesto, cabe recordar que como declaró la STS de 12 de diciembre de 2011, según su propia jurisprudencia (SSTS de 18 de noviembre de 2002 y 28 de abril de 2003) no es admisible que se fijen indemnizaciones de carácter simbólico, pues al tratarse de derechos protegidos por la CE como derechos reales y efectivos, con la indemnización solicitada se convierte la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o simbólico incompatible con el contenido de los arts. 9.1, 1.1 y 53.2 CE, y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego (STC de 17 de diciembre de 2001).

IV.- CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES.

A modo de resumen podemos concluir lo siguiente:

- Ni la L.O.P.D. ni su reglamento de desarrollo establecen los requisitos para que nazca la responsabilidad de las AA.PP., sólo se regula el derecho a la indemnización del perjudicado y la vía de reclamación.
- Tampoco se regulan cuál es el perjuicio que debe ser indemnizado, ni los criterios a tener en cuenta para la valoración de dicho perjuicio o los casos de exclusión de responsabilidad.
- La Jurisprudencia tampoco ha desgranado el derecho de indemnización con la extensión que ello merece, sólo ha resuelto casos puntuales entre los que abundan la inclusión indebida en ficheros de morosos o la denegación al ejercicio de derechos ARCO.
- Estamos ante una responsabilidad directa y objetiva, debiendo acudir a la “Teoría de la Responsabilidad Patrimonial de la AA.PP.” para determinar si estamos ante un daño o lesión resarcible.
- La actual doctrina administrativista se inclina por la “Teoría de la Causalidad Adecuada” a los efectos de determinar el nexo de causalidad entre la acción/ omisión de la Administración y el daño antijurídico.
- En virtud de los “Principios de Universalidad Subjetiva” y “Reparación integral de la víctima” se han de cubrir todos los daños y perjuicios producidos por el incorrecto actuar u omisión de las AA.PP., comprendiendo los daños personales (daño emergente y lucro cesante) y los daños morales.
- Aunque es pacífico concluir que el daño moral ha de ser indemnizado, es un aspecto recurrente y litigioso por su difícil valoración y prueba, máxime ante la ausencia de reglas objetivas de valoración. La “L.O. 1/1982, sobre protección civil del Derecho al Honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” ha servido a nuestros Tribunales de base para determinar los daños morales derivados de la vulneración de la L.O.D.P.. La determinación de la indemnización por daño moral queda reservada al prudente arbitrio del Juez o Tribunal de Instancia.
- Respecto del lucro cesante, cuando se refiere a beneficios futuros, también plantea problemas al no ser sencilla su determinación, tomando protagonismo igualmente la dificultad de su prueba, máxime a la vista del criterio restrictivo que aplican los Tribunales, quienes vetan la indemnización de los “sueños de ganancia” y sostienen que no se produce la automaticidad que parece presuponerse del art. 1106 CCiv. La jurisprudencia no exige la absoluta certeza sobre la futura existencia de las ganancias, sino una fundada probabilidad de que estas se hubiesen producido en el normal desarrollo de los acontecimientos. Es un juicio de probabilidad y, como tal, consistirá en un juicio hipotético sustentado en juicios de valor. Por ello es imprescindible la nota de la “normalidad”. Para que el lucro cesante se considere acreditado, el juzgador ha de llegar al convencimiento de que, si no hubiese acaecido el suceso dañoso y en condiciones normales, se hubiese producido esa ganancia patrimonial.
- El Derecho de Autodeterminación Informativa (*Habeas Data*) no tiene en la actualidad un especial reconocimiento en nuestro Ordenamiento Jurídico, encontrando sustento en el art. 18.1 y 18.4 de la CE y en el art. 8 de la Carta de DD.FF. de la U.E..

Para finalizar el artículo quisiera compartir las siguientes consideraciones:

1.EL TRATAMIENTO ACTUAL DE LA MATERIA ES INSUFICIENTE.

Si bien es cierto que con la entrada en vigor del Reglamento Europeo se ha producido un avance en la regulación de la responsabilidad por incumplimiento de la normativa en materia de protección de datos, es necesario un mayor desarrollo normativo.

Hasta tal punto llegan las lagunas en el marco legal actual que, hoy por hoy, resulta vital la doctrina jurisprudencial, que ha encontrado soluciones acudiendo a textos legales como la “Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, que si bien han sido un acierto a la vista del panorama legislativo al alcance de los Tribunales, no podemos obviar que son una solución puntual y se han limitado a resolver el caso concreto, no permitiendo crear con la debida seguridad jurídica las bases para las reclamaciones venideras, lo que puede que responda a que la mayoría de las reclamaciones que llegan al Tribunal

Supremo y al Tribunal Constitucional se limitan a unos supuestos concretos y reiterados, que como ya he avanzado anteriormente, son: la inclusión indebida en ficheros de morosos; y el impedimento del ejercicio de los derechos acceso y cancelación a los datos personales.

Si tuviese que resaltar las lagunas que más me han llamado la atención, destacarías dos. En primer lugar, que las personas jurídicas y empresarios personas físicas en su condición de comerciantes están un paso por detrás, pues el marco legal analizado no les resulta de aplicación (Resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos 20/2009 y 652/2009)⁹. Y en segundo lugar, las dificultades para valorar el daño moral por la ausencia de reglas objetivas de valoración, es decir, no hay unos criterios de valoración fijos que permitan asegurar la objetividad, certidumbre, seguridad jurídica e igualdad en la determinación de las cuantías indemnizatorias. Esta segunda cuestión, bajo mi punto de vista, debería ser solucionada con la “inminente”¹⁰ reforma de la L.O.P.D. o su posterior desarrollo reglamentario, permitiendo a los Tribunales acudir a una norma específica/especial para resolver este problema, sin necesidad de recurrir a otros textos normativos.

2. INCIDENCIA DE LA INFORMATIZACIÓN DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.

El cumplimiento de la normativa de protección de datos ha sido una asignatura pendiente para nuestras Administraciones. Bien fuese por desconocimiento de su personal, o por falta de medios materiales, era muy habitual, por ejemplo, ver expedientes apilados en pasillos de Juzgados al alcance del ciudadano. Con un mínimo de esfuerzo, casi cualquier persona podía tener acceso a los datos de otra con total impunidad, siendo en muchas ocasiones información de especial protección (datos de salud, infracciones penales, ideología política, etc.).

⁹ Puede surgir aquí la duda al lector sobre si el Abogado del ejemplo se encuentra amparado o no por la normativa de protección de datos, y aunque es una que puede suscitar controversia, yo considero que sí, en tanto en cuanto en el supuesto analizado se comporta en calidad de administrado/ciudadano, no como empresario, y estamos ante un derecho fundamental del que resulta titular como persona física, que es realmente el requisito esencial (la L.O.P.D. en su art. 1 y su Reglamento de desarrollo en el art. 2, excluyen expresamente a las personas físicas y empresarios individuales cuando se comporten como comerciantes, industriales o navieros).

¹⁰ El 10 de noviembre de 2017 el Gobierno aprobó el proyecto de la nueva L.O.P.D., que fue remitido al Congreso de los Diputados. Desde entonces, se han presentado más de 300 enmiendas, estimándose que el retraso en la tramitación de la ley puede llegar hasta finales de este 2018.

La informatización de los datos era ya una necesidad que estaba llamada a terminar con una parte de esos problemas. Sobre todo con el relativo a los ya incontrolablemente voluminosos expedientes que albergaban infinidad de datos personales protegidos y que apenas podían guardarse “bajo llave” y alejados de peligro. Es decir, la tecnología pretendía acabar con el papel, y pensaba que era posible pues un inmenso porcentaje de la población ya dispone de los medios tecnológicos necesarios para llevar a la realidad los expedientes 100% electrónicos.

Quiero pensar que es parte de un breve proceso de adaptación, pero la realidad es que lejos de resolverse el problema, todavía continúan las junglas de papel, y lo más kafkiano es que, la informatización se ha convertido en un problema más. Por una parte, porque nos encontramos en la mayoría de casos con una duplicidad de expedientes, es decir, que los mismos documentos están almacenados electrónicamente y también en formato papel, lo que obviamente multiplica por dos las exigencias respecto a la protección de dichos datos. Y por otra parte nos enfrentamos a serios riesgos de seguridad que, al menos inicialmente, no han sido abordados adecuadamente, dejando bastante que desear el software/hardware con el que se ha iniciado esta andadura.

Son ya varios los fallos de seguridad que han puesto en jaque a las Administraciones, pero tal vez es más sonado fue el que permitió a un estudiante de 20 años conocer 11.000 archivos con información crítica de los sistemas “Orfila” y “LexNET”, sistemas informáticos muy importantes para nuestro sistema de Justicia actual a través de los cuales se gestionan documentos de máxima confidencialidad como informes de sanidad médico forenses, autopsias, sentencias judiciales, o infinidad de documentos reveladores de la religión, sexualidad o afiliación política de los ciudadanos.

A pesar del mal inicio, no soy pesimista y creo que la informatización de los datos, a corto o medio plazo, va a suponer una solución a muchos problemas pues acabará con las enormes cantidades de papel que se amontonan en las dependencias de nuestras instituciones.

3. CAMPO DE ESPECIALIZACIÓN Y NICHOS DE MERCADO.

La protección de datos es una asignatura pendiente, no sólo para las AA.PP., sino para todos aquellos que manejan datos personales (empresas, profesionales, asociaciones, comunidades de propietarios, etc.), y en general, el nivel de conocimiento sobre esta normativa es muy escaso, lo que propicia que se cometan multitud de actuaciones

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS



contrarias a la Ley, generando no pocas de ellas importantes sanciones pecuniarias (yo diría que desproporcionadas). E igual sucede con los ciudadanos/consumidores-usuarios, quienes muchas veces ni siquiera detectan que se está llevando a cabo una actuación que lesiona sus derechos en materia de protección de datos.

A día de hoy, el número de inspectores de la Agencia Española de Protección de Datos es irrisorio (15 según señaló la Directora de la Agencia a "El País" en una entrevista el pasado 11/05/2018), con lo cual, la inmensidad de conductas queda en la total impunidad. Y según los datos publicados en la última memoria de la A.E.P.D., las denuncias en 2017 han descendido con respecto a las de 2016, aunque este año, tras la entrada en vigor del Reglamento Europeo y hasta principios de septiembre de 2018, han ascendido en un 30% aproximadamente si lo comparamos con los datos de 2017 correspondientes al mismo periodo. No obstante el incremento en las

denuncias, creo sinceramente que el día que los ciudadanos sean verdaderamente conscientes de sus derechos, y si se dota a la A.E.P.D. de un cuerpo de inspectores a la altura de las exigencias, lo que hoy se centra en una actividad principalmente informativa y disuasoria por parte de la A.E.P.D., se convertirá en un nicho de mercado para asesores y abogados quienes obviamente deberán formarse previamente en la materia para atender con garantías la exigencias técnicas de este genuino campo de conocimiento.

Y volviendo a lo que es objeto de este artículo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial frente a las administraciones públicas por la vulneración de la L.O.P.D. también son un campo profesional interesante para los abogados en los próximos años habida cuenta el difícil cumplimiento de la norma y los numerosos errores de las Administraciones, propiciados en ocasiones por una imposibilidad material de cumplir con lo ordenado legalmente

(algunas AA.PP. ni siquiera disponen de destructoras de papel, contenedores sellados, sistemas electrónicos de gestión de expedientes/documentos, etc.), y en otras ocasiones, incluso por la insuficiente formación del personal al servicio de las instituciones.

4.PRESUNCIÓN DE OTORGAMIENTO DE CONSENTIMIENTO PARA LA CONSULTA U OBTENCIÓN DE DATOS EX ARTÍCULO 28.2 DE LA “LEY 39/2015 DEL PACAP”.

Como ya hemos visto, la reforma de la “Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, y en general nuestro ordenamiento jurídico y las propias instituciones, nos llevan a una Administración sin papeles con la finalidad de agilizar la tediosa burocracia¹¹, y en suma, facilitar la vida a los administrados con la adaptación de las AA.PP. a los nuevos tiempos, esto es, a la creación de una Administración electrónica que elimine procesos administrativos o los rediseñe para ser más eficientes aprovechando el estado de la técnica.

Este artículo 28.2 de la “Ley 39/2015” creo que supuso un avance importante en lo que respecta al cumplimiento de esos objetivos que sin duda comparto, y ello por cuanto algo tan sencillo como no requerir al administrado documentos de los que la Administración ya dispone, o puede recabar fácilmente mediante la consulta en bases de datos propias o de otras AA.PP., sirve para acortar trámites burocráticos y en suma ser más resolutivos. Este principio de “aportación una sola vez” (del inglés “*Once-only*”), creo que refuerza la imagen de nuestras AA.PP. y sin duda es positivo.

No obstante, existe una contradicción que debemos resolver y que afecta de lleno al núcleo de este artículo, la protección de datos de los ciudadanos. Dicha contradicción se produce cuando hablamos del consentimiento del titular de los datos para el tratamiento de los mismos, en tanto en cuanto, la “Ley 39/2015” establece un consentimiento tácito de los administrados para la consulta y obtención de datos, cuando la normativa de protección de datos (me refiero al Reglamento Europeo, y salvo que se remedie, de la L.O.P.D. en camino) exige el consentimiento expreso vetando además el consentimiento tácito. Tal y como están las cosas, y salvo que la nueva L.O.P.D. resuelva esta situación, el art. 28.2 puede perder su vigencia.

Ahora bien, bajo mi punto de vista, lo coherente y respetuoso con ambos textos

¹¹ Anheló que cabe matizar que no es nuevo y data al menos de la ya derogada “Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

normativos, sería que permaneciese vigente lo dispuesto en el art. 28.2 siempre que opere a favor del administrado (presunción que podría plasmarse en la nueva L.O.P.D. y que a mi juicio debería ser “*iuris tantum*”). De esta forma, prevalecería este principio de “aportación una sola vez”, que entiendo que es la razón de ser de dicho artículo 28.2, y a su vez, se respetaría en esencia con lo que es el espíritu de la normativa de protección de datos, pues lo que se pretende defender es el uso no consentido de los datos.

El punto negativo de dicha solución, es que supondría una carga para las AA.PP., sobrecargando a sus funcionarios con una tarea de comprobación que antes no tenía que efectuar. Y lo que podría ser más graves, si esta nueva tarea de la Administración no fuese llevada a cabo y se generase un daño al administrado, podría dar lugar a procedimientos de responsabilidad patrimonial como los que aquí hemos tenido la oportunidad de ver.

V.- BIBLIOGRAFÍA.

ABESTURI GORRIÑO, U. (2013), El derecho a la indemnización en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 41-42, pp. 173-206.

BOTANA GARCÍA, G.A. (2016), Daños causados por transferencia de datos personales, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 126, Sección Tribunales, Primer trimestre de 2016.

BOTANA GARCÍA, G.A. (2016), Reconocidos daños morales por inclusión en ficheros de morosos, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 126, Sección Tribunales, Primer trimestre de 2016.

BUSTOS PRETEL, G. (2017) *El principio de una sola vez, o cómo dejar de marear al ciudadano*. Recuperado de <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/el-principio-de-una-sola-vez-o-como-dejar-de-marear-al-ciudadano>

BUSTOS PRETEL, G. (2017) *Proteger los datos del ciudadano es compatible con hacerle la vida más fácil*. Recuperado de <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/proteger-los-datos-del-ciudadano-es-compatible-con-hacerle-la-vida-mas-facil>

CUERVO ÁLVAREZ, J. (2014). *Autodeterminación Informativa*. Recuperado de <http://www.informatica-juridica.com/trabajos/autodeterminacion-informativa/#1.5.3.%20EL%20ARTICULO%2018.1%20CE:%20EL%20DERECHO%20DE%20CONTROLAR%20LOS%20DATOS%20PERSONALES%20>

CONFIGURADO%20COMO%20EL

FUENTES ABRIL, J. (2009). *La responsabilidad patrimonial de la Administración (análisis jurisprudencial)*. Recuperado de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/>

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2017), Presupuestos de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en la LRJSP 40/2015, *Actualidad Administrativa* N° 5, Sección Actualidad, mayo 2017.

GRIMALT SERVERA, P. (1999), *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de los datos personales*, Granada: Comares.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2008), El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales, *Azpilcueta: cuadernos de derecho*, núm. 20, pp. 43-58.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (1999) La construcción del derecho a la autodeterminación informativa, *Revista de estudios políticos*, núm. 104, pp. 35 - 60.

MILLÁN, F. Y PERALTA, J.C. (1995), El derecho a la autodeterminación informativa como derecho de la personalidad o derecho fundamental, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 5, pp. 203 a 222

MONTERO PUYOL, J. (2010), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal. Derechos de las personas: Derecho a indemnización*, Madrid: Aranzadi.

PASCUAL HUERTA, P. (2017), *La génesis del derecho fundamental a la protección de datos personales* (Tesis Doctoral). Recuperado de <https://eprints.ucm.es/43050/1/T38862.pdf>

PÉREZ CAMBERO, R. (2016), Análisis de las últimas e importantes novedades en protección de datos: Reglamento Europeo de Protección de Datos y Escudo de Privacidad UE-EE.UU, *Actualidad Administrativa*, núm. 11.

RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. (2013), *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España)*, Madrid: lustel.

RUDA GONZÁLEZ, A. (2016), Indemnización por

daños al derecho al olvido. La responsabilidad por la no exclusión de la indexación de una hemeroteca digital por los buscadores generales (Caso El País). Comentario a la Sentencia de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4417), *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, pp. 289-332.

SENSO, J.A. y **ROSA PIÑERO**, A. (2003), El concepto de metadato. Algomás que descripción de recursos electrónicos, *Ci. Inf.* vol.32 (núm. 2), pp. 95 - 106. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-19652003000200011>

Agencia Española de Protección de Datos (2018). Recuperado de www.aepd.es

VI.- ANEXOS.

VI.1.- LEGISLACIÓN:

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2016-80807>.

Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Recuperado de [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679R\(02\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679R(02)&from=ES).

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196>.

Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1993-11252>.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-16718>.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-23750>.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-22188>.

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23936>.

Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-19814>.

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-979>.

Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-14199>.

Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, para el ámbito del sector público estatal. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17560>.

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12887>.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565>.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>.

Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal. Recuperado de http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-13-1.PDF.

Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-10751>.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>.

VI.2.- JURISPRUDENCIA:

Tribunal Supremo (Sala Especial Art. 61 LOPJ) [versión electrónica - base de datos Vlex]. Sentencia de 12 de marzo de 1991, Recurso 19/1990 [consultado 6 mayo 2017]. Disponible en: https://supremo.vlex.es/vid/-496767146?_ga=2.233896542.1197610066.1539544432-1884446069.1539544432

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª) [versión electrónica - base de datos CGPJ - CENDOJ]. Sentencia de 5 de diciembre de 1995, Recurso 100/1993 [consultado 6 mayo 2017].

Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) [versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia de 8 de junio de 1996, Recurso 3455/1992 [consultado 1 septiembre 2017].

Tribunal Constitucional (Sala Primera) [versión electrónica - base de datos B.O.E.]. Sentencia 609/2015, de 13 de enero de 1998 [consultado 27 diciembre 2016]. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1998/02/12/pdfs/T00048-00053.pdf>

Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo) [versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia de 29 de octubre de 1998, Recurso 1393/1998 [consultado 1 septiembre 2017].

Tribunal Constitucional (Pleno) [versión electrónica - base de datos B.O.E.]. Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre [consultado 27 diciembre 2016]. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2001/01/04/pdfs/T00104-00118.pdf>

Tribunal Constitucional (Sala Segunda) [versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia 14/2006, de 16 de enero, Recurso 2145/2003 [consultado 3 febrero 2018].

Tribunal Constitucional (Sala Segunda) [versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia 39/2006, de 13 de febrero, Recurso 824/2003 [consultado 3 febrero 2018].

Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª) [versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia de 22 de febrero de 2006, Recurso 1761/2002 [consultado 3 enero 2018].

Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª) [versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia de 12 de junio de 2007, Recurso 9603/2003 [consultado 3 enero 2018].

Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª) [versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia de 12 de noviembre de 2007, Recurso 5936/2003 [consultado 3 enero 2018].

Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª) [versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia de 10 de abril de 2008, Recurso 7045/2003 [consultado 3 enero 2018].

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª) [versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia de 1 octubre de 2008, Recurso 1/2007 [consultado 1 septiembre 2017].

Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) [versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia 175/2009, de 16 de marzo, Recurso 1450/2004 [consultado 3 enero 2018].

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª) [versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia 1525/2009, de 20 de octubre, Recurso 471/2008 [consultado 1 septiembre 2017].

Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo) [versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia de 23 de marzo de 2011, Recurso 3038/2009 [consultado 1 septiembre 2017].

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª) [versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia de 3 noviembre de 2011, Recurso 1391/2009 [consultado 1 septiembre 2017].

Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil)

[versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia de 12 de diciembre de 2011, Recurso 400/2008 [consultado 1 septiembre 2017].

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia 267/2014, de 21 de mayo [consultado 1 septiembre 2017].

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª) [versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia 717/2014, de 13 de noviembre, Recurso 727/2011 [consultado 27 diciembre 2017].

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [versión electrónica - base de datos La Ley]. Sentencia 609/2015, de 12 de noviembre [consultado 1 septiembre 2017].

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [versión electrónica - base de datos CGPJ - CENDOJ]. Sentencia 210/2016, de 5 de abril [consultado 6 mayo 2017].

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [versión electrónica - base de datos CGPJ - CENDOJ]. Sentencia 232/2016, de 8 de abril [consultado 6 mayo 2017].

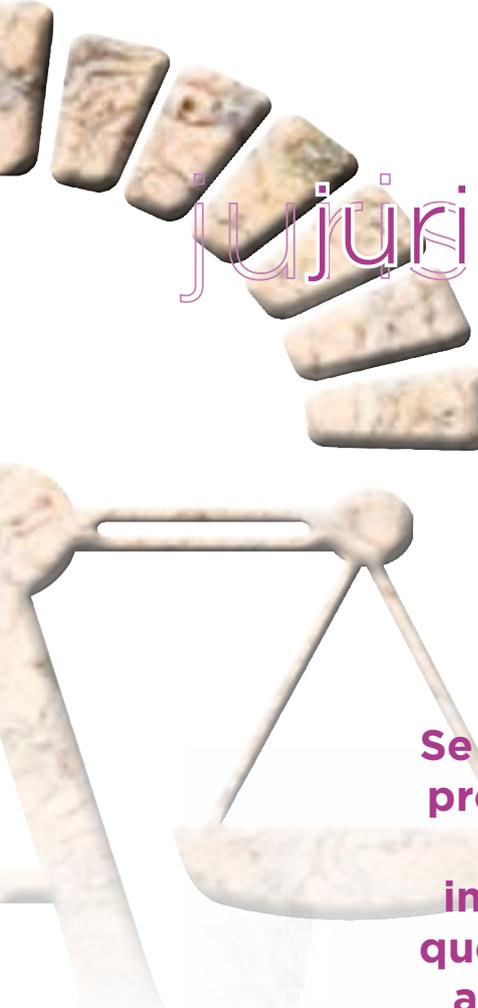
Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª) [versión electrónica - base de datos CGPJ - CENDOJ]. Sentencia 207/2016, de 8 de febrero [consultado 3 enero 2018].

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 1ª) [versión electrónica - base de datos CGPJ - CENDOJ]. Sentencia 255/2017, de 12 de mayo [consultado 3 enero 2018].

VI.3.- RESOLUCIONES DE LA AEPD:

R/00421/2008; R/00982/2008;
R/00020/2009; R/00652/2009; R/02182/2010;
R/02683/2013; R/00389/2014; R/00608/2014;
R/01435/2014; R/00795/2015; R/00401/2016;
R/00711/2016; R/00814/2016.

Todas ellas obtenidas y disponibles en: <https://www.aepd.es/resoluciones/>



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Se desestima la acción de responsabilidad civil profesional ejercitada por el reclamante frente a su abogado, al considerar que no omitió información alguna a su cliente habida cuenta que éste estaba debidamente informado de las acciones que estaba ejercitando el letrado en su nombre, así como los procesos pendientes y finalidad de los mismos.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 6 de junio de 2018.

Ponente: Excmo. Sr. D. F. Javier Arroyo Fiestas

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes .

Se interpone recurso de casación por el demandado, apelado en la instancia y hoy recurrente, contra una sentencia dictada en juicio ordinario, en el que se ejercitaba acción de responsabilidad civil profesional, procedimiento seguido en atención a la cuantía que, al ser indeterminada, exige que el cauce de acceso al recurso esté determinado por el ordinal 3.º del art. 477.2.3.º LEC .

La sentencia objeto del presente recurso estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la dictada en primera instancia que desestimó la pretensión del demandante de que se declarase incumplido el contrato de encargo de servicios profesionales de 9 de abril



de 2009. Considera que el demandado ejerció acciones concretas (suspensión de obra nueva y acción reivindicatoria) que si bien contaban con su conocimiento, este no abarcaba su significado, alcance y finalidad, existiendo una absoluta desconexión entre las pretensiones del demandante y dichas acciones, siendo errónea la opción procesal escogida, por lo que no debía percibir los honorarios devengados en dichos procedimientos, al ser declarado responsable de los daños y perjuicios causados, a excepción de las acciones entabladas para reclamar los daños que sí se ajustaban a las pretensiones del demandante.

El recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y se estructura en dos motivos.

El motivo primero contiene el siguiente encabezamiento: «Infracción del artículo 1101, 1104, 1258 del Código Civil, en relación con

los artículos 1542 y 1544 del mismo texto legal y artículos 42, 44 y 78 del Real Decreto 658/2001, de 22 de diciembre y la doctrina jurisprudencial que los interpreta (SSTS de 14.07.2005 y 22.04.2013)».

El recurrente en síntesis alega que la jurisprudencia en supuestos similares coincide en que la prestación de servicios de asesoría legal se articula mediante un contrato de arrendamiento de servicios que se traduce en una obligación de medios no de resultado por parte del arrendador o prestador de los servicios la cual debe desarrollar de acuerdo con la denominada *lex artis*.

El recurrente mantiene que su cliente tuvo siempre conocimiento de las acciones judiciales entabladas y de sus correspondientes recursos, otorgó poder para pleitos a favor del letrado, existió el abono de provisión de fondos a distintos profesionales que intervinieron en dichos procedimientos y prestó su consentimiento

para la interposición de las acciones judiciales como así se desprende de las declaraciones del actor, de las testificales del arquitecto Sr. Marcelino y del hijo del actor.

El motivo segundo se encabeza así: «Infracción del artículo 1101, 1104, 1258 del Código Civil, en relación con los artículos 1542 y 1544 del mismo texto legal y artículos 42, 44 y 78 del Real Decreto 658/2001, de 22 de diciembre y la doctrina jurisprudencial que los interpreta (STS de 22.04.2013) con relación al carácter instrumental de los procedimientos de suspensión de obra nueva y acción reivindicatoria respecto al procedimiento principal de reclamación de daños».

El recurrente insiste en que el procedimiento principal era el de reclamación de daños, respecto del que no se aprecia que exista negligencia profesional del letrado siendo las acciones judiciales entabladas en los procedimientos de suspensión de obra nueva y reivindicatoria instrumentales del anterior, toda vez que el cliente le manifestó que se estaban realizando obras en la propiedad adyacente que le estaban causando numerosos perjuicios y suponían un peligro para su seguridad, además de ocupar parte de su propiedad, como así manifestó el perito que contrató el actor, surgiendo pues, tras la firma del contrato de prestación de servicios, nuevas necesidades que motivaron la interposición de otras demandas con el conocimiento y consentimiento del actor. Estima que la sentencia recurrida se opone a los dispuesto en STS de 22 de abril de 2013, 23 de febrero de 2010, 14 de julio de 2005, 23 de mayo de 2001, 22 de octubre de 2008 que transcribe parcialmente.

En estas sentencias se trata del carácter instrumental respecto del procedimiento principal de ciertas medidas cautelares, afirmando que la denegación de las mismas no significa que la actuación profesional desarrollada por el abogado sea negligente, ya que su denegación puede deberse a criterios de apreciación siendo relevante a estos efectos valorar la actuación profesional desarrollada en su conjunto, salvo que se haya sido contratado para una obra determinada, estando obligado a prestar sus servicios profesionales con competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso. Precisan que la decisión acerca del

tipo de demanda que debe ser interpuesta es del letrado, quien valorando el interés del cliente en obtener el éxito de sus pretensiones con la mayor celeridad y al menor costo posible actuara en consecuencia. Refieren que la prueba sobre el incumplimiento del deber de información recae sobre el cliente y desde esta perspectiva la declaración de la sentencia recurrida sobre que no puede afirmarse que del ejercicio de esas acciones no tuviera conocimiento el demandante pero sí puede afirmarse el desconocimiento de las concretas acciones, su significado y finalidad vulnera la doctrina de esta Sala al pretender que se ofrezca al cliente una explicación sobre el alcance, motivación, naturaleza, etc.... de las actuaciones llevadas a cabo por el letrado, entrando en una absurda colisión con la libertad de decisión y discrecionalidad que el ejercicio de la abogacía comporta.

SEGUNDO .- Hechos probados declarados en la sentencia de la Audiencia Provincial. Consta como hechos probados en la sentencia de apelación:

«Es una cuestión no controvertida que el demandante celebró un llamado contrato de permuta con la constructora Alcancons S.L. en septiembre de 2007, por el que permutaba un terreno de su propiedad a cambio de otro de esta constructora, que a la sazón estaba construyendo un edificio junto a la casa del demandante, y la entrega de 25.000.-€. De estos pactos parece que recibió 6.000.-€ y debido al cambio de constructora, pues la constructora Cervantes Martínez S.L. asumió la continuación de la edificación, se dejaron de cumplir con el resto de compromisos que Alcancons S.L. asumió en el contrato de permuta. Ello es lo que dio lugar a la contratación como abogado del demandado, firmando un contrato de encargo, en el que literalmente se dice que esa contratación lo es para "la resolución del contrato de permuta de fecha 02-09-2007 signado con Alcancons S.L."»

»Como consecuencia de esta contratación de servicios profesionales, el abogado demandado, además de remitir una carta a la administración concursal de Alcancons para incluir dentro del pasivo los 19.000.-€ que restaban por pagar, entabló un procedimiento ordinario en reclamación de daños, un procedimiento ordinario ejercitando una acción reivindicatoria y un juicio

verbal de suspensión de obra nueva, estos dos últimos, ante la desestimación en primera instancia, con los correspondientes recursos de apelación.

»Con los anteriores datos, y los que después se analizarán, la cuestión controvertida es si podemos considerar correctamente realizado el encargo, teniendo en cuenta que estamos ante un arrendamiento de servicios donde la corrección de ese cumplimiento no puede medirse por el éxito final de las pretensiones del cliente, sino por el correcto trabajo profesional desarrollado, ello desde las varias perspectivas que eso implica, tales como la correcta información al cliente, la elección razonable de las acciones entabladas y otras actuaciones no judiciales para el buen fin del encargo, y la corrección en el seguimiento y actuación dentro de los procedimientos entablados».

TERCERO.- Contrato de encargo de servicios profesionales .

Entre las partes se suscribió el 6 de abril de 2009 el siguiente contrato de encargo de servicios profesionales:

«Contrato de encargo de servicios profesionales.

» Augusto y Remigio , Abogados en ejercicio del Ilustre Colegio de Ciudad Real, con despacho profesional en la Avenida de Herencia, 4 - 1.º-D, en esta ciudad, teléfono núm. 926-55-28-17, de una parte.

»Y de otra, en calidad de cliente D. Alexander , mayor de edad, de estado civil casado, de profesión transportista, vecino de Alcázar de San Juan, con domicilio en la CALLE000 , NUM000 , con documento nacional de identidad núm. NUM001 , vigente.

»Conviene en el presente acuerdo con arreglo a las siguientes:

»Cláusulas.

»1.ª D. Alexander encarga a Augusto y a Remigio la dirección técnica de la resolución del contrato de permuta de fecha 02-09- 2007 signado con Alcancons S.L.

»Asimismo, D. Alexander entrega a los letrados firmantes, los siguientes docu-

mentos:

»-Fotocopia del contrato de permuta de fecha 02.09.2007.

»2.ª En concepto de provisión de fondos, el Sr. Alexander , ingresará a los letrados firmantes en concepto de provisión de fondos, en la cuenta de la entidad Cajamadrid n.º NUM002 la cantidad de quinientos euros (500,00.-€).

»3.ª Constituyen contraprestaciones esenciales del presente contrato la aceptación por los letrados firmantes del asunto que le encarga D. Alexander , quien a su vez se obliga a satisfacerle la minuta por sus trabajos profesionales con ocasión del mismo.

»4.ª Si bien el importe total de los honorarios se determinará en su día conforme a la actividad profesional efectivamente realizada, complejidad e incidencias del asunto, y al resultado próspero o adverso que en definitiva se obtenga, los letrados firmantes informan al Sr. Alexander , que en el Ilustre Colegio de Abogados de Ciudad Real existen normas orientadoras de honorarios profesionales.

»5.ª Aunque los Letrados suscribientes fijarán con ponderación el importe de su minuta de honorarios, conforme a las expresadas circunstancias y al uso forense, el cliente D. Alexander , acepta ya desde ahora como indiscutibles los honorarios mínimos que han quedado transcritos en la cláusula anterior, según las citadas normas colegiales.

»6.ª Se hace constar que para interponer los recursos de apelación, casación, revisión o amparo constitucional, eventualmente dimanantes todos ellos del asunto encomendado, los letrados firmantes deberán recabar previamente del Sr. Alexander , autorización previa.

»7.ª Cualquier duda, cuestión o diferencia que pueda surgir para determinar en definitiva el importe de los honorarios devengados por los letrados, con motivo del asunto objeto del presente contrato, será sometida a arbitraje de equidad.

»en Alcázar de San Juan, 6 de abril de 2009.

»Fdo. D. Alexander «.

CUARTO .- Procedimientos dirigidos por el letrado.

A raíz de este encargo el letrado demandado inició los siguientes procedimientos:

a).- Procedimiento ordinario 1347/2009 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcázar de

San Juan sobre reclamación de daños, fijando los daños en la cuantía de 55.418,61 euros.

b).- Procedimiento ordinario 599/2009 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcázar de San

Juan sobre acción reivindicatoria, fijando la cuantía en 44.535,40 euros.

c).- Recurso de apelación seguido ante la Audiencia Provincial de Ciudad Real, dimanante de los autos anteriormente citados.

d).- Procedimiento verbal 1343/2009 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcázar de San

Juan sobre suspensión de obra nueva, fijando la cuantía en 92.904,96 euros.

e).- Recurso de apelación núm. 116/2010 seguido ante la Audiencia Provincial de Ciudad Real, dimanante de los autos anteriormente citados».

El procedimiento por reclamación de daños terminó con un acuerdo de pago de 28.000 euros al ahora demandante.

El procedimiento relativo a la acción reivindicatoria terminó con la desestimación de la demanda, al no probarse que la obra ejecutada por la demandada hubiese ocupado terreno perteneciente al demandante.

En el procedimiento verbal de suspensión de obra nueva fue desestimada la demanda y estimado parcialmente el recurso de apelación, exclusivamente en cuanto a las costas.

QUINTO .- Reclamaciones de honorarios cursadas por el letrado a su cliente.

El letrado Sr. Augusto cursó sucesivas reclamaciones de honorarios:

a) Procedimiento 599/2009, Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcázar de San Juan (acción reivindicatoria), por importe de 4.411,02 euros (apelación) y 7.823,70 euros (primera instancia).

b) Procedimiento verbal 1343/09, Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcázar de San Juan (suspensión de obra nueva) por importe de 7.369,58 euros (apelación) y 11.723,63 euros (primera instancia).

c) Procedimiento ordinario 1347/09, Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcázar de San Juan

(reclamación de daños), juró honorarios por importe de 5.358,56 euros.

SEXTO .- Motivos primero y segundo.

1.- **Motivo primero.- Infracción del art. 1101 , 1104 , 1258 del Código Civil, en relación con los arts. 1542 y 1544 del mismo texto legal y arts. 42 , 44 y 78 del Real Decreto 658/2001, de 22 de diciembre y la doctrina jurisprudencial que los interpreta (STSS de 14-7-2005 y 22-4-2013, sentencia 283/2013, recurso 2040/2009).**

2.- **Motivo segundo.- Infracción del art. 1101 , 1104 , 1258 del Código Civil , en relación con los arts. 1542 y 1544 del mismo texto legal y arts. 42 , 44 y 78 del Real Decreto 658/2001, de 22 de diciembre y la doctrina jurisprudencial que los interpreta (STS 283/2013, de 22 de abril, recurso 2040/2009) con relación al carácter instrumental de los procedimientos de suspensión de obra nueva y acción reivindicatoria respecto al procedimiento principal de reclamación de daños.**

El recurrente en síntesis alega que la jurisprudencia en supuestos similares coincide en que la prestación de servicios de asesoría legal se articula mediante un contrato de arrendamiento de servicios que se traduce en una obligación de medios no de resultado por parte del arrendador o prestador de los servicios la cual debe desarrollar de acuerdo con la denominada *lex artis*.

El recurrente mantiene que su cliente tuvo siempre conocimiento de las acciones



judiciales entabladas y de sus correspondientes recursos, otorgó poder para pleitos a favor del letrado, existió el abono de provisión de fondos a distintos profesionales que intervinieron en dichos procedimientos y prestó su consentimiento para la interposición de las acciones judiciales como así se desprende de las declaraciones del actor, de las testificales del arquitecto Sr. Marcelino y del hijo del actor.

El recurrente insiste en que el procedimiento principal era el de reclamación de daños, respecto del que no se aprecia que exista negligencia profesional del letrado siendo las acciones judiciales entabladas en los procedimientos de suspensión de obra nueva y reivindicatoria instrumentales del anterior, toda vez que el cliente le manifestó que se estaban realizando obras en la propiedad adyacente que le estaban causando numerosos perjuicios y suponían un peligro para su seguridad, además de ocupar parte de su propiedad, como así manifestó el perito que contrató el actor, surgiendo pues, tras la firma del contrato de prestación de servicios, nuevas necesidades que motivaron la interposición de otras demandas con el conocimiento y consentimiento del actor. Estima

que la sentencia recurrida se opone a los dispuesto en STS de 22 de abril de 2013 , 23 de febrero de 2010 , 14 de julio de 2005 , 23 de mayo de 2001 , 22 de octubre de 2008 que transcribe parcialmente.

SÉPTIMO .- Relación jurídica abogado-cliente. Doctrina jurisprudencial.

1.- La sentencia 303/2009, de 12 de mayo , declara que:

«El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias» y «La responsabilidad por negligencia o morosidad concurre cuando, producido objetivamente el incumplimiento, el obligado no acredita, si, como normalmente ocurre, está en su mano, haber actuado con el grado de cuidado exigible con arreglo a dichas circunstancias y haber concurrido circunstancias imprevisibles o inevitables que impidieron el cumplimiento en los términos convenidos».

2.- La sentencia 282/2013, de 22 de abril, declara:

«La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (SSTS de 28 de enero de 1998 , 23 de mayo de 2006 y 27 de junio de 2006 , 30 de marzo de 2006, RC n.º 2001/1999 , 14 de julio de 2005, RC n.º 971/1999 , 26 de febrero de 2007, RC n.º 715/2000 , 2 de marzo de 2007, RC n.º 1689/2000 , 21 de junio de 2007, RC n.º 4486/2000 , 18 de octubre de 2007, RC n.º 4086/2000 , 22 de octubre de 2008, RC n.º 655/2003).

»El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. En la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual.

»El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* [reglas del oficio], esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos (SSTS de 14 de julio de 2005).

»La jurisprudencia ha precisado que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad

con el daño producido, y de la existencia y alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 de julio de 2005, RC n.º 971/1999 y 21 de junio de 2007, RC n.º 4486/2000).

»El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios... (SSTS de 14 de julio de 2005 , 14 de diciembre de 2005 , 30 de marzo de 2006 , 30 de marzo de 2006, rec. 2001/1999 , 26 de febrero de 2007 RC n.º 715/2000 , entre otras)».

3.- La sentencia 482/2006, de 23 de mayo, declara:

«La calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es, en la inmensa mayoría de los casos (salvo muy concretas excepciones) de contrato de prestación de servicios, que define el art. 1544 del Código Civil . La prestación de servicios, como relación personal intuitu personae incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del art. 1258 del Código Civil y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional (sentencia de 28 de enero de 1998). Incumplimiento total o cumplimiento defectuoso que da lugar a la obligación de resarcir los daños y perjuicios que en ellos traigan su causa».

OCTAVO .- Decisión de la sala. Información al cliente por el abogado.

Se estiman los motivos.

En la sentencia recurrida se declara «ciertamente no se puede afirmar que del ejercicio de esas acciones no tuviera conocimiento el demandante, pero sí puede afirmarse el desconocimiento de las concretas acciones, sus significado y finalidad».

Añadiendo la sentencia que: «Por tanto, no se trata de que el demandante no conociera que se estaban entablando ac-

ciones, de hecho otorgó poder y pagó peritos, provisiones de fondos, etc., sino que lo que desconocía era la finalidad de tales acciones».

A ello cabe añadir que el demandante declaró como parte, tanto en el procedimiento relativo a la acción reivindicatoria como en el que se solicitaba la suspensión de la obra.

Esta sala debe declarar que habiéndose concertado un contrato de encargo de servicios profesionales, relativo a la resolución del contrato de permuta, ello conlleva extremar el celo interpretativo en relación con otras acciones ejercitadas por el letrado al margen de dicho encargo profesional (art. 1544 del Código Civil), pudiendo acreditarse que el encargo efectuado al abogado es más amplio que el contenido en el contrato escrito (art. 1278 del C. Civil).

En el presente litigio consta por ser un hecho probado, que el cliente conocía todos los procedimientos entablados por su abogado, los cuales guardan relación de causa a efecto entre lo solicitado procesalmente por el abogado y lo encomendado por el cliente, por lo que la obligación de información del abogado con su cliente quedó plenamente cumplida (art. 42 del RD 658/2001 de 22 de diciembre).

En este sentido consta que el cliente entendió que se le habían usurpado metros cuadrados, lo que motivó la acción reivindicatoria y que se produjeron fisuras continuadas en la vivienda del demandante como consecuencia de obra nueva que se ejecutaba en la colindancia, lo que provocó la acción de suspensión de obra nueva, basado ello en el informe pericial encargado por el demandante.

Por todo ello, debe declararse que el demandado Sr. Augusto no incumplió las obligaciones contratadas, dado que este respetó el compromiso de defender los intereses de su cliente al que tuvo informado de las acciones ejercitadas, las que se plantearon con el conocimiento y consentimiento del cliente, concurriendo conexión entre las pretensiones del cliente y las demandas y recursos interpuestos, cuya dirección se desarrolló bajo el dictado de la *lex artis*, es decir, con arreglo a una adecuada práctica profesional de la abogacía.

De lo expuesto cabe concluir que el demandante conocía todas las acciones ejercitadas, los procesos pendientes y la finalidad de las mismas, a través de la información facilitada por su abogado, concurriendo plena coherencia entre las pretensiones del cliente y la actuación profesional de su abogado, por lo que procede estimar el recurso de casación y asumiendo la instancia confirmamos la sentencia de 10 de febrero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcázar de San Juan (Procedimiento ordinario 142 de 2013).

NOVENO .- No procede imponer las costas de la casación, con devolución del depósito para recurrir (arts.394 y 398 LEC) Se imponen al actor las costas de su recurso de apelación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Augusto contra sentencia de 9 de noviembre de 2015 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, recurso 190/2015 .

2.º- Casamos la sentencia recurrida y confirmamos la sentencia de 10 de febrero de 2015 del Juzgado de

Primera Instancia número 3 de Alcázar de San Juan en el procedimiento ordinario 142/2013.

3.º- No procede imponer las costas de la casación, con devolución del depósito para recurrir.

4.º- Se imponen al actor las costas de su recurso de apelación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

COMENTARIO

Por M^a del Carmen Ruiz-Matas Roldán
Abogada

Es cierto que entre las muchas obligaciones que los abogados asumimos frente a nuestro cliente al aceptar un encargo profesional, está el deber de información al cliente. Este deber u obligación yo diría que es una obligación principal y no accesoria, pues asumimos el deber de informar sobre la conveniencia o no de accionar, sobre los costes del proceso, sobre la viabilidad o dificultad del asunto, es decir, debemos trasladar al cliente una información que es clave a la hora de que éste pueda ser consciente de cuál es la mejor opción para la defensa de sus intereses.

Pero la cuestión es saber gestionar hasta dónde alcanza este deber de información y sobre todo cómo podrá acreditarse que el cliente la ha recibido por nuestra parte de manera correcta. En este sentido los que defendemos en los Juzgados estos asuntos somos conscientes de la gran dificultad que supone poder acreditar tales extremos, pues la tradicional relación de confianza que existe entre abogado y cliente nos hace olvidarnos de documentar de algún modo ese traslado de información, careciendo la mayoría de las veces de un medio objetivo de prueba que pudiera rebatir las afirmaciones que el cliente realiza al negar que ha sido informado de aquello que finalmente no ha resultado ventajoso para sus intereses.

Es aquí donde la presente Sentencia pone su acento, al analizar las circunstancias que han rodeado al asunto y poder concluir que el cliente conocía perfectamente cuáles eran las acciones que se estaban ejercitando por su letrado y cuál era su objetivo, pues era el propio cliente quien había comunicado a éste que además de su interés por solicitar una

En este sentido los que defendemos en los Juzgados estos asuntos somos conscientes de la gran dificultad que supone poder acreditar tales extremos, pues la tradicional relación de confianza que existe entre abogado y cliente nos hace olvidarnos de documentar de algún modo ese traslado de información, careciendo la mayoría de las veces de un medio objetivo de prueba que pudiera rebatir las afirmaciones que el cliente realiza

indemnización vía resolución del contrato, también quería poner fin a los perjuicios sufridos al ver como la demandada le había usurpado metros cuadrados de su propiedad para construir su inmueble y cómo además se le estaban produciendo fisuras en su vivienda como consecuencia de la obra nueva que se estaban realizando en la vivienda colindante. En este extremo la Sala Primera aplica la lógica, que también es fuente del derecho, para estimar que aunque en la hoja de encargo profesional firmada entre letrado y cliente solo aparecía como objeto del encargo la resolución del contrato, de las propias declaraciones del cliente y de la pericial encargada por éste donde se hacía constar la usurpación de los metros de su propiedad y los daños sufridos por fisuras en su vivienda a causa de la obra nueva de su colindante, se deduce que el cliente conocía perfectamente cuáles eran las acciones que se estaban ejercitando en defensa de sus intereses y por tanto las consecuencias que la estimación o estimación de las mismas podrían llevar aparejadas.

En este sentido debería destacar y recordar, como bien hace esta sentencia, que en términos de imputación las obligaciones del letrado son de medios y no de resultados, pues curiosa y lógicamente las reclamaciones de los clientes se producen cuando sus pretensiones no han sido estimadas, tal y como sucede en este caso donde al parecer el cliente nada reclama respecto a la acción principal que sí le fue estimada pero sí se siente perjudicado respecto a las otras dos acciones ejercitadas al no haber tenido igual fin.

Esta sentencia es consciente de la dificultad probatoria de estos asuntos y, a mi parece, acoge una solución acorde a las circunstancias que rodean la relación abogado cliente y totalmente fundamentada.

(...)la resolución del contrato, de las propias declaraciones del cliente y de la pericial encargada por éste donde se hacía constar la usurpación de los metros de su propiedad y los daños sufridos por fisuras en su vivienda a causa de la obra nueva de su colindante,(...)



**Responsabilidad civil extracontractual.
Prescripción de la acción. Carece de
efecto interruptivo la demanda de la que
se desiste antes de que se comuniquen al
demandado, aunque dicho desistimiento
se hiciera con reserva de acción civil y
con el objetivo de iniciar unas diligencias
preliminares frente al demandado.**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 3 de julio de 2018.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El único problema que plantea el recurso de casación consiste en determinar si la acción formulada en la demanda por culpa extracontractual ha prescrito, conforme se ha resuelto en ambas instancias, a partir de los hechos que relata la sentencia y que son los siguientes:

«Notificación sentencia del Tribunal Supremo el 10 de febrero de 2010, el Sr. Constanancio presentó demanda el 11 de febrero de 2011 en el Decanato de los Juzgados, correspondiéndole

al Juzgado de Primera Instancia número 52.

» El Juzgado número 52 de los de Primera Instancia admitió la demanda acordando emplazar a las partes demandadas

» El Sr. Constancio el día 15 de octubre de 2012 procedió antes de haber sido emplazados los demandados a:

» a). desistirse de la demanda (Desistimiento acordado por Decreto de 30 de octubre de 2012).

» b). presentar solicitud de diligencias preliminares de las que conoció e Juzgado de Primera Instancia número 84 de Madrid, que desestimó la oposición de Renovair Climatización S.L y se practicaron las diligencias preliminares.

» El 6 de marzo de 2013 se presentó la demanda origen de este proceso Juicio ordinario número 322/2013». El interrogante, dice la sentencia recurrida, «es cuál debía ser el "dies a quo" a partir del cual computar el plazo

del año si el de la notificación de la sentencia dictada en casación o por el contrario computarse desde que se acordó el desistimiento el 15 de octubre de 2012, es decir, si la demanda promovida por él mismo tuvo o no efecto interruptivo, porque es una obviedad que entre la fecha de notificación de la sentencia del Tribunal Supremo, 11 de febrero de 2011 a la fecha en la que se presentaron bien las diligencias preliminares el 15 de octubre de 2012 bien la demanda origen de este proceso ha transcurrido en exceso el plazo del año que dispone el artículo 1968 CC ».

Interrogante que resuelve de la siguiente forma: «la resolución de instancia es conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación al efecto interruptivo que ha de tener una demanda cuando de ella se ha desistido la parte actora; doctrina jurisprudencial contenida en las sentencia de 12 de noviembre de 2007 , 30 de septiembre de 2009 y 25 de mayo de 2010 ; en estas resoluciones partiendo de lo que dispone el artículo 1973

Cc en relación a los actos que permiten interrumpir la prescripción, y en concreto lo dis-



puesto en su apartado primero "reclamación judicial" lo que mantiene es "una tesis mixta" entre la tradicional que consideraba que retira la demanda ésta no tenía efecto interruptivo y la más moderna, que reconoce este efecto por el solo hecho de ejercitarse la acción; ni una ni otra es la que en la actualidad se mantiene por el Tribunal Supremo que establece como dato relevante que la parte demandada haya sido emplazada, forma de compaginar por un lado la voluntad de conservar el derecho a reclamar con su eficacia que exige "no solo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización" - STS de 13 de octubre de 1994 -».

SEGUNDO.- Argumenta la parte recurrente que interpuesta la demanda con fecha 11 de febrero de 2011, de la que se desistió mediante escrito de 15 de octubre de 2012, no puede considerarse como un abandono del derecho, máxime cuando en el acto de desistimiento se hizo expresa reserva de acciones civiles, presentándose con la misma fecha demanda de diligencias preliminares, manifestando una voluntad clara y precisa de no abandonar el derecho. Se desestima.

1. Las sentencias que se citan en el escrito de interposición no justifican el interés casacional porque lo en ellas resuelto es distinto a lo decidido por la sentencia recurrida y carece de consecuencias para la decisión del litigio, salvo la referencia genérica al criterio restrictivo con que ha de ser tratado el instituto de la prescripción extintiva o el valor de una reclamación judicial, que tal y como se formula no es relevante para resolver el caso en la forma que ha sido decidido por la Audiencia Provincial, existiendo como existe doctrina de esta sala que se separan de lo que se expone.

2. Tampoco sirve al caso la sentencia de contraste de 2 de noviembre de 2005, la única que acompaña a su escrito, sin razonar cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ella, estando como está, además, referida a la interrupción de la prescripción mediante un telegrama frente a lo que aquí se enjuicia sobre si el desistimiento efectuado por la recurrente antes del emplazamiento de los demandados tenía efectos interruptivos, siendo además estos distintos en uno y en otro caso, al parecer por un cambio en la dirección letrada del asunto que consideró necesario modificar y completar el planteamiento de la demanda inicial en aspecto fundamentales, como se dice en ella. Se desestima.

3. El recurso de casación por interés casacional va encaminado a la fijación de la doctrina que se estime correcta en contra del criterio que la sentencia recurrida haya seguido frente a otras sentencias de Audiencias Provinciales o en contra del criterio de la jurisprudencia o cuando no exista jurisprudencia sobre una ley que lleva menos de cinco años en vigor (art. 487.3 LEC), y es indudable que lo que hicieron las sentencias dictadas en ambas instancias fue resolver el caso conforme a la jurisprudencia de esta Sala.

La sentencia 319/2010, de 25 de mayo, sobre la interrupción del plazo de prescripción extintiva, dice lo siguiente: «El artículo 1973 CC, aplicable en materia de prescripción de acciones personales, otorga el efecto de interrumpir el plazo de prescripción a la interposición de una reclamación judicial, como acto de naturaleza conservativa que tiene como finalidad la defensa del propio derecho (SSTS de 11 febrero 1966, 11 marzo 2004 y 30 de septiembre de 2009, RC 2209/2004).

«En interpretación de esta norma, la jurisprudencia de este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la interrupción de la prescripción en casos en los que, después de presentada la demanda, se desiste del procedimiento entablado.

» Como indica la STS 30 de septiembre de 2009, RC 2209/2004, la doctrina civilista ha estado dividida desde la publicación del CC acerca del efecto interruptor de una demanda que después se retira. La tesis de la negación de tal efecto fue la tradicional, porque se consideraba que abandonar el pleito o dejarlo caducar podía significar dos cosas: o que se reconocía que no se tenía derecho, o que se había producido una negligencia en la reclamación. La doctrina más moderna considera, sin embargo, que se ha producido la interrupción, al haberse ya ejercitado la acción. Esta Sala ha venido manteniendo una tesis mixta entre las dos descritas, de acuerdo con la cual, si la demanda había sido ya comunicada a la parte demandada, de modo que ésta conocía la reclamación, se habría producido el efecto de la interrupción.

»El fundamento de este criterio está en que, para que opere la interrupción de la prescripción, 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, 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 (SSTS 13 de octubre de 1994, RC n.º 2177/1991 , 27 de septiembre de 2005, RC n.º 433/1999 , 12 de noviembre de 2007, RC n.º 2059/2000)».

4. Por lo demás, que la prescripción de acciones es una excepción que se debe examinar con mucho cuidado en los casos en que la misma se alegue, como se dice en el recurso, es algo obvio para cualquier tribunal, como ocurre con cualquier otra cuestión que se someta a su consideración. Es doctrina reiterada de esta Sala la que señala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico. El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (sentencias

334/2015, de 8 de junio ; 544/2015, de 20 de octubre ; 709/2016, de 25 de noviembre , 661/2017, de 12 de diciembre , entre otras).

Que se hiciera al desistir reserva de acciones civiles es irrelevante. Esta reserva no es más que la posibilidad que ofrece el desistimiento, frente a la renuncia de acciones, de formular una nueva demanda. Cosa distinta es que esta nueva demanda, como sucede en este caso, se haya planteado una vez prescrita la acción.

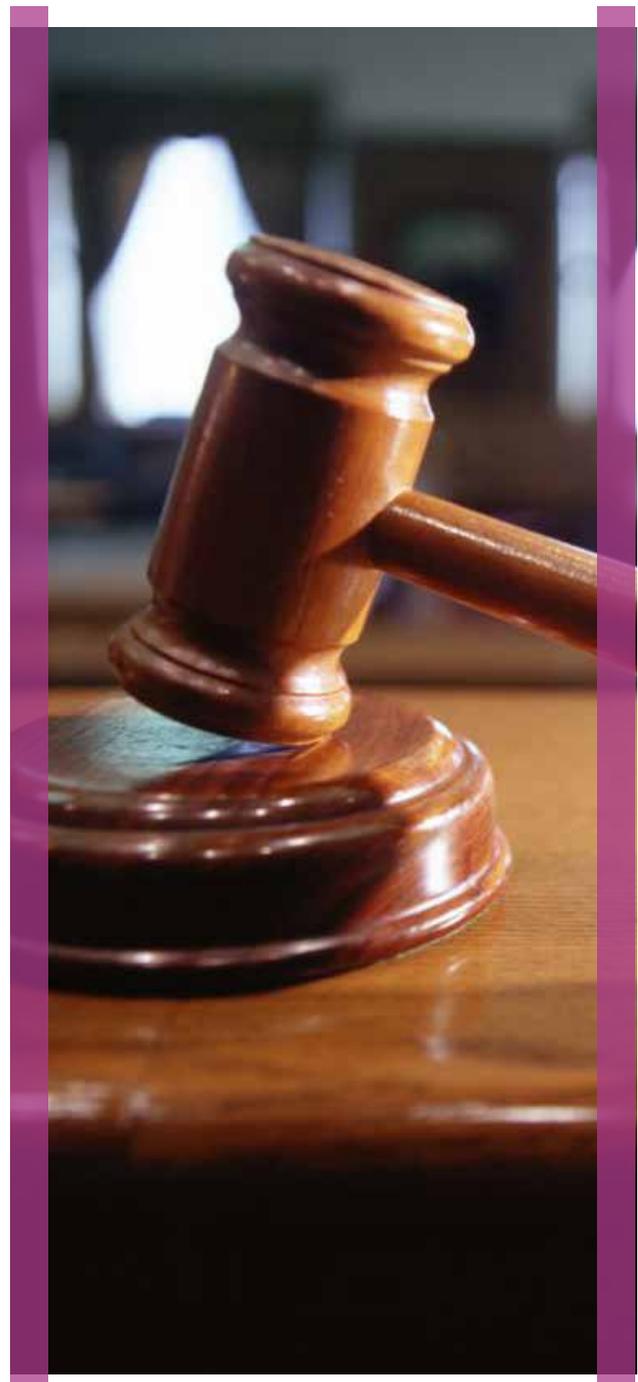
TERCERO. - La desestimación de recurso determina que, en cuanto a las costas, se impongán a la **parte recurrente las causadas por el mismo, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC .**

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 formulado por la representación procesal de don

Constancio contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 21.ª- de 14 de octubre de 2015 , con expresa imposición de las costas causadas por ambos recursos.

Líbrese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala, Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.



En esta sentencia la Sala de lo Civil del T.S. en una acción de responsabilidad extracontractual, resuelve si existe prescripción, determinando desde cuándo se debe computar el “dies a quo” para contabilizar el plazo del año previsto en el art. 1968 del C.C. y si se ha visto interrumpida la prescripción conforme a los requisitos del el art 1973 de C.C.

Por la parte recurrente, se presentó demanda de la que desistió, sin que llegara a emplazarse al demandado, pretendiendo que la misma interrumpiera el plazo conforme al citado art. 1973 del CC.

El T.S. nos hace un breve recorrido por las diferentes tesis de la doctrina civilista, ya que ha existido una evidente división respecto del efecto interruptor de una demanda que después se retira. La tradicional, que negaba tal efecto, porque consideraba que abandonar el pleito significaba que se reconocía que no tenía derecho o que se había producido una negligencia en la reclamación. La doctrina más moderna, que considera que sí se produce la interrupción, al haberse ya ejercitado la acción. Y la tesis que mixta que mantiene el T.S., entre las dos descritas, de acuerdo con la cual, si la demanda había sido ya comunicada a la parte demandada, de modo que ésta conocía la reclamación, se habría producido el efecto de interrupción.

No resulta contradictorio que se le dé mayor valor a una reclamación extrajudicial, efectuada por un burofax, donde el destinatario estaba ausente y no ha ido a recoger el comunicado, considerando que está interrumpida la prescripción de la acción, toda vez que el interesado ha tenido un comportamiento positivo

La Sala considera que para que opere la interrupción de la prescripción es preciso que se exteriorice la voluntad de interrupción 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 quiera conservar, la persona frente a la que se pretende hacerlo valer y que dicha voluntad conservativa llegue a conocimiento del deudor.

En la sentencia no se deja de reconocer que el plazo de un año, previsto en el art. 1968 del C.C. para las reclamaciones extracontractuales, es muy corto, por lo que su aplicación no debe de ser muy rigurosa, sino cautelosa y restrictiva, si bien considera que la jurisprudencia no puede derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico de la prescripción, pues ello está prohibido en el ordenamiento jurídico.

COMENTARIO

Aunque estemos de acuerdo en que el plazo prescriptivo es improrrogable, a veces, en numerosas sentencias nos encontramos interpretaciones extensivas del mismo, y en caso que nos ocupa el que exista o no prescripción, también depende de la celeridad con la que se tramite el procedimiento por el Juzgado de turno, no solo de la voluntad de la parte actora al presentar el escrito desistiendo. El hecho de ejercitar una acción ante un Órgano Judicial debería tener efectos interruptivos, siempre que cuando se desista se manifieste que no se renuncia a la acción.

El art. 1973 del C.c. nos indica que la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, es decir, con la presentación de la demanda se debe de tener por interrumpida, ¿no es una interpretación extensiva y rigurosa considerar que no solo basta con dicha presentación, sino que también es necesario que el demandado haya tenido conocimiento a través del emplazamiento?

No resulta contradictorio que se le dé mayor valor a una reclamación extrajudicial, efectuada por un burofax, donde el destinatario estaba ausente y no ha ido a recoger el comunicado, considerando que está interrumpida la prescripción de la acción, toda vez que el interesado ha tenido un comportamiento positivo

No resulta contradictorio que se le dé mayor valor a una reclamación extrajudicial, efectuada por un burofax, donde el destinatario estaba ausente y no ha ido a recoger el comunicado, considerando que está interrumpida la prescripción de la acción, toda vez que el interesado ha tenido un comportamiento positivo que exterioriza la voluntad de ejercer o conservar su derecho, y sin embargo, con la presentación de una demanda judicial, donde se ha desistido con reserva de acciones, sin renuncia a las mismas, se afirma no se interrumpe la prescripción, que al desistir no hay un comportamiento positivo, toda vez que, se supone, hubo una falta de diligencia .

A nuestro entender, en esta sentencia se hace una interpretación extensiva del art. 1973 del C.C., injustificada a tenor de la permisividad que hay con las reclamaciones extrajudiciales, y que operan en contra de los intereses de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado y a favor de quien pretende su extinción. La voluntad del reclamante ha sido clara y patente, tal y como exige la jurisprudencia, y exteriorizada fehacientemente ante un Órgano judicial, que no es comparable con una oficina de correos, y la figura del desistimiento, con reserva de acciones, de ninguna forma se puede considerar abandono o negligencia por parte del actor, máxime cuando declara su voluntad de no renunciar al ejercicio de acciones.

Reclamación por producto defectuoso. Aparición de unas fisuras en unos codos de cobre incorporados a una instalación de circuito de calefacción, transcurridos 6 años desde su instalación. Se estima el recurso a favor del reclamante ya que la entidad demandada no ha probado la existencia de ningún elemento de juicio que justifique la rotura añadido a la mera circunstancia del tiempo transcurrido.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 14 de Septiembre de 2018

Ponente: Excm. Sra. Dña. Mª Angeles Parra Lucan

FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- El presente recurso plantea como cuestión jurídica la valoración del concepto de defecto a efectos de determinar la responsabilidad del fabricante por los daños ocasionados por un producto. En el caso se trata de unos codos de cobre instalados en el circuito de calefacción que presentan unas fisuras internas que provocan fugas de agua y daños en la vivienda. Los daños se producen seis años después de que los codos fueran adquiridos e instalados y lo que se discute es si el tiempo transcurrido es indicio suficiente para que pueda presumirse que el producto no era defectuoso.

2.- Son antecedentes necesarios para la decisión del recurso los siguientes.

La parte actora ejercita una acción de reclamación de cantidad al amparo de los arts. 128, 129 y 135 y ss. del texto refundido de la Ley para la defensa de consumidores y usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo

1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU), alegando que en el año 2006 se construyó la vivienda de la que es propietario, para lo que adquirió una serie de materiales de fontanería y calefacción a Deusto Eskerduza S.L. (DEK). Dichos materiales habían sido fabricados por la demandada Standard y fueron instalados en la vivienda por Izotz Fontanería y Calefacción S.L. En el año 2012 comenzaron a manifestarse humedades en la vivienda, concretamente en el suelo y paredes de las distintas estancias de la casa. Hechas las averiguaciones oportunas se descubrió que dos codos (de cobre) de la instalación de calefacción presentaban una fisura en su cara interna, lo que provocó la fuga de agua origen de los daños que se reclaman y cuyo importe asciende a 16.428,90 euros, así como los gastos derivados de la busca de la fuga y la reparación, por importe de 529,65 euros. Alegó que con anterioridad a la presentación de la demanda, y por mediación de DEK, se puso en contacto con Standard, a quien se enviaron los codos de cobre para su examen y análisis, pero que Standard, que inicialmente negó ser la fabricante, se limitó a devolverlos con una nota en la que decía que el plazo de garantía de sus productos era de dos años y que ya había transcurrido.

La parte demandada se opone a la reclamación alegando, en primer lugar, que se trata de piezas básicas en el catálogo de Standard que venían fabricándose desde hacía más de 25 años, por lo que han transcurrido más de 10 años desde la puesta en circulación del producto y la acción habría «caducado» (sic) (art. 144 TRLGDCU). Niega, además, que las piezas utilizadas en la vivienda del actor fueran defectuosas de origen porque, de haberlo sido, las fisuras se hubieran manifestado desde el primer día o a lo sumo en las primeras semanas o incluso a los pocos meses de su instalación, pero no transcurridos seis años, por lo que cabe presumir que el producto no era defectuoso cuando se puso en circulación [art. 140.1.b) TRLGDCU].

3.- El juzgado dicta sentencia por la que se estima la demanda y condena a la demandada a abonar 16.958,55 euros, con intereses desde la interposición de la demanda.

Descarta, en primer lugar, que en el caso haya transcurrido el plazo de los diez años del art. 144 TRLGDCU, por entender que no se refiere genéricamente a la puesta en circulación de ese tipo de producto por el fabricante, sino al concreto al que se le imputa el daño.

En segundo lugar, entrando en el fondo del asunto, afirma que:

«[H]abiendo quedado acreditado que los daños sufridos en la vivienda del actor fueron consecuencia del mal estado de las dos piezas fabricadas por la demandada, ésta deberá responder de los mismos teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1 de la LGDCU (sic) que establece que "los fabricantes y los importadores serán responsables, conforme a lo dispuesto en esta Ley, de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen"; y el art. 3 añade que "se entenderá por producto defectuoso aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias"».

La sentencia llega a esta conclusión a la vista de dos documentos presentados por la parte actora:

«i) Un informe pericial emitido por D. Donato, Arquitecto Técnico, en el que se hace constar que se trata de una vivienda unifamiliar de dos plantas con una antigüedad de 7 años, y que en el año 2012 comenzaron a manifestarse humedades en suelo, paredes de distintas estancias, por lo que se procedió a levantar algunas tablas de la tarima y a picar la capa compresora tanto en planta baja como en planta 1ª y en la pared de una habitación en planta 1ª, hasta localizar dos codos de la instalación de calefacción que presentaban una fisuración por su cara interna y que eran los que provocaban las fugas de agua que causaban los daños.

«La instalación de la calefacción fue ejecutada por la empresa Izotz con el material adquirido por el propio Sr. Secundino a la empresa DEK, a la cual se lo suministró Standard Hidráulica. La localización de los dos codos resultó bastante dificultosa ya que al estar forradas las tuberías con tubos de plástico, el agua discurría por el interior de estos tubos y se manifestaba en zonas dispares y alejadas de la de la rotura.

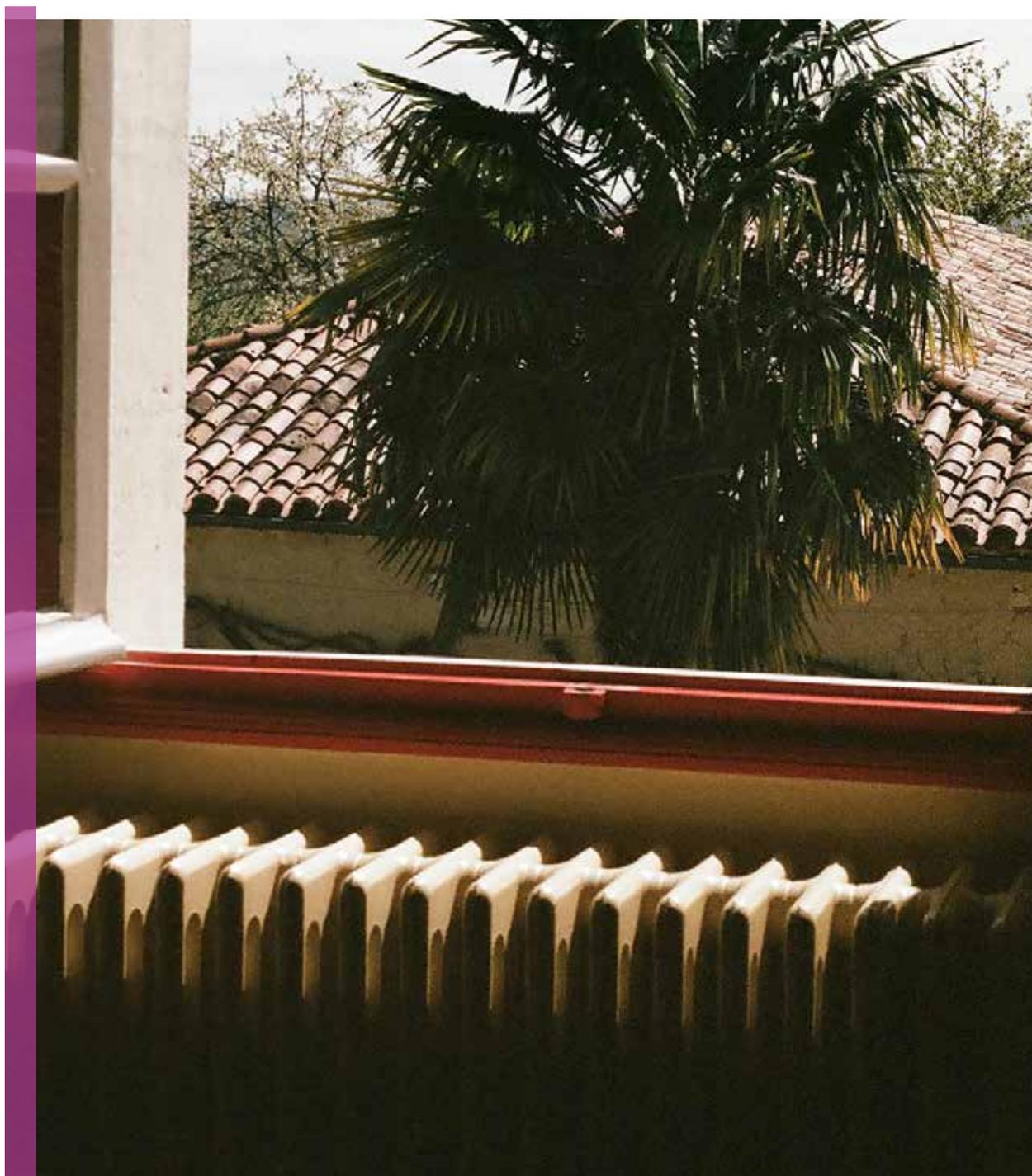
«Por ello, está afectada la tarima en distintas partes, tanto de la habitación como del salón y lo mismo ocurre con las paredes. En

la planta 1.^a se aprecian daños en la tarima del distribuidor y de tres habitaciones, tanto por la humedad como por la apertura de catas. También está dañado el empapelado de las paredes de dos de las habitaciones y la pintura de una tercera. En la planta baja, existen daños en la tarima del salón y del hall de entrada, tanto por la humedad como por la apertura de catas. Se observan también daños en el empanelado de una pared del hall y en el empanelado de las paredes del salón, y también en el techo del salón al filtrarse el agua desde la planta 1.^a.

»Dicho perito hizo una valoración de los daños, según se recoge en su informe cuyo importe asciende a la cantidad de 16.428,90 euros, y

»ii) La factura de Izotz Fontanería y Calefacción, que recoge los trabajos llevados a cabo para buscar la fuga de agua en el circuito de calefacción de la vivienda del actor, por un importe de 529,65 euros».

4.- La demandada interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial estima el



recurso y desestima la demanda. La sentencia de segunda instancia razona de la siguiente manera:

«El tiempo transcurrido entre la instalación del "codo y el Te reducido" y la producción de las filtraciones no permiten inferir la existencia de que el producto en origen se encontrara defectuoso, y ello volvemos a reiterar, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre la instalación de dichos elementos y la causación de los daños. En este sentido ninguna de las partes ha efectuado un examen técnico de las causas de la fisuración que se tienen como origen a su vez del daño. El perito Sr. Donato, en su informe escrito expresa lógicamente la existencia de fisuras en las piezas que nos ocupan, piezas adquiridas por el actor e instaladas por Izotz y fabricadas por la entidad demandada Standard Hidráulica S.A.U. (a este punto es de observar el plazo de garantía de las piezas), pero descubierto el origen ninguna aportación técnica o examen de lo que es relevante a saber si pueden considerarse las piezas defectuosas. La cuestión tiene unos matices que es necesario precisar, las piezas con sus fisuras son origen de las filtraciones de agua, pero no queda constatado que las mismas lo sean como defecto de fabricación».

5.- La parte actora interpone recurso extraordinario por infracción procesal fundado en dos motivos y recurso de casación fundado en un motivo.

SEGUNDO.- Recurso extraordinario por infracción procesal

1.- Formulación de los motivos.

El motivo primero denuncia, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, infracción del art. 218 LEC. En el desarrollo del motivo se expone que la sentencia recurrida procede a convertir un hecho no controvertido y que quedó fijado en la audiencia previa como una cuestión jurídica en un hecho controvertido que necesita ser probado por la actora. Señala que la única cuestión que puede considerarse discutida en la audiencia previa fue el carácter o no de defecto de la fabricación de las fisuras de los codos, ya que no se discutieron ni los daños, ni el importe, ni la correcta manipulación, ni la correcta colocación. Se expone por la recurrente que una pieza de un circuito de calefacción no tiene por qué deteriorarse por el mero uso en un plazo tan breve como seis años, salvo que fuera defectuosa. Cita la sentencia de esta sala 332/2008, de 30 de abril, que dijo que el carácter defec-

tuoso de un producto no es cuestión de hecho, sino cuestión jurídica

El motivo segundo denuncia, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE. Alega que conclusión a la que llega la sentencia de apelación tras la apreciación de la prueba resulta absurda, ya que de la misma solo puede inferirse la existencia de un defecto de fabricación, sin que atendida la lógica humana pueda entenderse otra solución distinta. Vuelve a reiterar, con cita de la sentencia de esta sala 332/2008, de 30 de abril, que se trata de una cuestión jurídica y que es suficiente la acreditación por la demandante del nexo causal (fisura y daño por aguas), el importe de los daños (no discutido) y la causa (no discutida, la fisura). Concluye que no hay que probar el concreto defecto y que es suficiente acreditar su existencia.

Procede desestimar los dos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2.- Desestimación del recurso por infracción procesal.

Los dos motivos se relacionan con la forma en la que la sentencia recurrida aborda el tema del carácter defectuoso de las piezas que han provocado los daños que se reclaman. El primer motivo viene a plantear que la valoración de si un producto es defectuoso es una cuestión jurídica y que la sentencia recurrida considera que se trata de un hecho que debe ser probado. En el segundo motivo reitera que se trata de una cuestión jurídica y que la valoración de la sentencia, a la vista de los hechos, es ilógica.

En realidad, precisamente por considerar que estamos ante una valoración jurídica y no ante la valoración de la prueba dirigida a fijar hechos, los dos motivos deben ser desestimados. Esta sala ha reiterado que la valoración de la prueba impugnada en el recurso de infracción procesal debe afectar a la fijación de los hechos sobre los que se proyecta la valoración jurídica (sentencias 615/2016, de 10 de octubre, y 613/2015, de 10 de noviembre, entre otras). Lo que impugna la actora ahora recurrente es el criterio jurídico de la Audiencia Provincial para apreciar si el producto era defectuoso a efectos de determinar si procede la responsabilidad del fabricante por los daños reclamados, lo que está excluido del presente recurso por infracción procesal y debe ser objeto de análisis en el recurso de casación en el que, de hecho, la

demandante ahora recurrente reitera la misma cuestión. Las referencias que contiene la sentencia recurrida acerca del carácter defectuoso del producto han de entenderse como una valoración jurídica, revisable en casación, y no como una afirmación de hechos.

TERCERO.- Recurso de casación

1.- El recurso de casación consta de un único motivo en el que la parte demandante ahora recurrente denuncia infracción de los arts. 139 y 140 TRLGDCU y argumenta que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la sala contenida en las sentencias de 30 de abril de 2008, 21 de febrero de 2003 y 20 de septiembre de 2006 (dictadas interpretando los preceptos equivalentes contenidos en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por productos defectuosos, que fue objeto de refundición en el TRLGDCU).

En el desarrollo del motivo se razona que, de acuerdo con la doctrina de la sala, el perjudicado debe probar la existencia del daño (que no ha sido discutida) y el nexo causal (las fisuras de las piezas, tampoco discutido), correspondiendo al fabricante demostrar la idoneidad del producto y la concurrencia de otras causas que pudieran exonerarle de responsabilidad. Añade que la contraparte únicamente alega que debe presumirse que cuando ella entregó la pieza se encontraba sin defectos, si bien es muy distinto que los mismos no fueran apreciables, ya que es una pieza de calefacción destinada a dilatarse y contraerse en innumerables ocasiones por efecto del agua caliente, de modo que la fisura en menos de seis años de las referidas piezas, unida a la no alegación por la contraparte de ningún otro elemento externo (mal uso, manipulación defectuosa, instalación defectuosa, etc.) no puede sino llevar a la apreciación de un defecto en el proceso productivo solo achacable al fabricante. Insiste en que se trata de una cuestión jurídica porque, acreditados todos los hechos que la demandante debía acreditar, el único razonamiento jurídico posible es la existencia del vicio ab initio.

2.- En su escrito de oposición, la demandada recurrida afirma que, en el caso, no se discute la aparición de fisuras en las piezas, pero que puesto que aparecieron seis años después de que fueran instaladas por un tercero, no se ha acreditado la causa de su aparición y no es posible imputar su existencia a un defecto de origen, por lo que la sentencia recurrida, al interpretarlo así, no es contraria a la doctrina de la sala, que en ocasiones en las que no ha

quedado acreditado que el daño fuera causado por un defecto del producto no se ha establecido la responsabilidad.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

CUARTO.- Decisión de la sala.

1.- Objeto del recurso. Acción ejercitada.

La demanda se interpuso al amparo de los arts. 128, 129 y 135 y ss. TRLGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes complementarias) y la demandada, en su contestación a la demanda, sin negar la aplicación de este régimen legal, razonó, con invocación del art. 140 TRLGDCU (causas de exoneración de la responsabilidad), que dadas las circunstancias del caso había que presumir que el defecto no existía en el momento en que el producto se puso en circulación. A su vez, las dos sentencias de instancia han partido de la aplicación del régimen de responsabilidad por productos defectuosos contenido en el Libro III del TRLGDCU (los arts. 128, 129 y 135 a 146), para considerar acreditado el carácter defectuoso en primera instancia y para considerar que no existía defecto imputable al fabricante en la de segunda instancia.

En particular, la sentencia recurrida absuelve a la fabricante demandada porque, demostrada la existencia de las fisuras en las piezas y que son causa de las filtraciones de agua, la parte demandante «no realiza ninguna aportación técnica o examen de lo que es relevante», si pueden considerarse las piezas defectuosas, de modo que «no queda constatado que las mismas lo sean como defecto de fabricación». Aunque no desarrolla el argumento, la sentencia alude también al plazo de garantía de dos años invocado por el fabricante para rechazar la reclamación extrajudicial que le dirigió el demandante: «a este punto -dice la sentencia recurrida- es de observar el plazo de garantía de las piezas».

Por lo dicho, sin embargo, el demandante no ha exigido ninguno de los derechos que reconoce el art. 118 TRLGDCU ni se ha resuelto en las instancias sobre una acción de conformidad o garantía de los productos (regulada en la actualidad en el Título IV del Libro II del TRLGDCU, arts. 114 a 127 TRLGDCU) que, por lo demás, tal y como reconoce el art. 117 TRLGD-

CU, es compatible con las acciones de indemnización de daños que puedan corresponder al consumidor conforme a los arts. 1101, 1902 CC o, si se trata de daños comprendidos en el art. 129 TRLGDCU, conforme al régimen de responsabilidad por productos defectuosos contenido en el Libro III del mismo Texto refundido, que es la acción ejercitada en el proceso que da lugar a este recurso.

2.- Responsabilidad por productos defectuosos.

A efectos de precisar el marco jurídico en el que se va a resolver el recurso es preciso partir de las siguientes consideraciones:

1.ª) La obligación del fabricante de resarcir de manera directa al consumidor final los daños causados por sus productos está regulada en la actualidad en el Libro III del TRLGDCU que, en este ámbito, incorpora la regulación contenida en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, cuyo objetivo fue incorporar al Derecho español la Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (Directiva 85/374/CEE). En consecuencia, este régimen legal debe ser aplicado de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 4 bis LOPJ).

2.ª) Se trata de una responsabilidad objetiva exigible al margen de cualquier relación contractual y basada en el carácter defectuoso del producto. De acuerdo con este régimen son indemnizables «los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado» (art. 129 TRLGDCU)

3.ª) El concepto de producto defectuoso tiene un carácter normativo y debe interpretarse de acuerdo con los criterios que establece la ley. En particular, según el art. 137.1 TRLGDCU, «se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación».



Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la seguridad que legítimamente cabe esperar ha de apreciarse atendiendo a las expectativas legítimas del gran público (arg. considerando sexto de la Directiva) y a su vez tales expectativas deben apreciarse atendiendo al destino, características y propiedades objetivas del producto así como de las características del grupo de usuarios de que se trate (sentencia de 5 de marzo de 2015, Boston Scientific Medizintechnik, C-503/13 y C-504/13, apartado 37, seguida por la sentencia de 21 de junio de 2017, Sanofi Pasteur MSD SNC, C-621/15, apartado 23)

4.ª) Según el art. 139 TRLGDCU, es el perjudicado quien tiene que probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño. Este precepto incorpora al ordenamiento español el art. 4 de la Directiva 85/374/ CEE .

El fabricante, por su parte, puede exonerarse de responsabilidad si prueba alguna de las circunstancias a que se refiere el art. 140 TRLGDCU, entre las que se incluye, por lo que importa en este recurso, «que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto» [apartado 1.b) del art. 140]. La ley española incorpora así lo dispuesto en el art. 7.b) de la Directiva 85/374/CEE que, literalmente establece que el productor no será responsable si prueba que «teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde».

5.ª) Por tanto, de acuerdo con los preceptos citados, el perjudicado debe probar que

el producto es defectuoso, pero no que ese defecto fue originado por el fabricante. Este puede liberarse de responsabilidad demostrando que hay una causa distinta de defectuosidad o probando, incluso mediante presunciones, que el defecto no era originario, sin necesidad de que individualice otra causa de defectuosidad.

6.ª) La carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad se encuentra armonizada. Sin embargo, tal y como ha recordado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Directiva no regula ningún otro aspecto de regulación de la carga de la prueba (sentencias de 20 de noviembre de 2014, Novo Nordisk Pharma GmbH, asunto C-310/13 , y de 12 de junio de 2017, Sanofi Pasteur MSD SNC, C-621/15), de modo que, según los apartados 25 a 27 de esta última sentencia:

«En tales circunstancias, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal y sin perjuicio de los principios de equivalencia y efectividad establecer las modalidades de práctica de la prueba, los medios de prueba admisibles ante el órgano jurisdiccional nacional competente o los principios que rigen la apreciación por parte de ese órgano jurisdiccional de la fuerza probatoria de los elementos de prueba que se le han presentado, así como el nivel de prueba exigido (véanse, por analogía, la sentencia de 15 de octubre de 2015, Nike European Operations Netherlands, C-310/14 , apartados 27 y 28, y la sentencia de 21 de enero de 2016, Eturas y otros, C-74/14 , apartados 30 y 32).

»En lo que atañe más concretamente al principio de efectividad, éste exige, respecto de la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables, que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 10 de abril de 2003, Steffensen, C-276/01 , apartado 60 y jurisprudencia citada).

»En lo que concierne, más concretamente, a la Directiva 85/374, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la regulación nacional de la práctica y la valoración de la prueba no debe menoscabar ni el reparto de la



carga de la prueba establecido en el artículo 4 de dicha Directiva, ni, de manera más general, la efectividad del régimen de responsabilidad previsto por ella o los objetivos perseguidos por el legislador de la Unión a través de dicho régimen (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de noviembre de 2014, Novo Nordisk Pharma, C-310/13, apartados 26 y 30 y jurisprudencia citada)».

3.- Estimación del recurso de casación .

En el presente caso se plantea la valoración jurídica realizada por la sentencia recurrida acerca de la seguridad que legítimamente cabe esperar de unos codos destinados a insertarse en un circuito de calefacción.

No ha sido objeto de debate que las piezas fabricadas por la demandada ahora recurrida presentaban en el momento del siniestro unas fisuras y que esas fisuras provocaron unos daños comprendidos en el art. 129

TRLGDCU (daños materiales que afectan a bienes objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto utilizados principalmente por el perjudicado). La demandada tampoco ha discutido a lo largo del proceso la cuantía de los daños indemnizables. Únicamente ha negado que el producto pudiera considerarse defectuoso en atención a que las fisuras aparecieron seis años después de la instalación de las piezas y que ello podría deberse a múltiples causas. Este argumento de la demandada es acogido por la sentencia recurrida, que considera que procede la desestimación de la demanda porque el demandante no aportó una prueba técnica o examen de que las piezas eran defectuosas «de origen», «como defecto de fabricación».

Esta sala considera que la valoración jurídica de la sentencia recurrida acerca del carácter defectuoso del producto no es conforme con el régimen de responsabilidad que interpreta.

Acreditada la fisuración de los codos no es preciso que el perjudicado acredite que esas fisuras existían desde el momento en el que se instalaron los codos. Frente a la prueba del demandante de que el siniestro se produjo como consecuencia de unas fisuras internas en los codos fabricados por la demandada, esta se ha limitado a argumentar que las fisuras podrían deberse a múltiples causas. No ha concretado las razones que permitirían considerar probable o normal según las máximas de experiencia comunes algún otro origen probable de la fisura, no ha acreditado indicios sobre la calidad de sus productos ni ningún otro indicio que permitiera valorar que los codos no eran defectuosos. La demandada tan solo ha invocado el transcurso de tiempo entre la puesta en circulación del producto y el siniestro. Ciertamente, en función de la vida útil del producto, el paso del tiempo puede llevar a la convicción de que no es legítimo esperar que el producto siga ofreciendo un nivel de seguridad suficiente para no producir daños, pero esas circunstancias no se dan en el presente caso.

Si no existe ningún elemento de juicio añadido a la mera circunstancia del tiempo transcurrido no cabe concluir que el producto no es defectuoso. Si hubiera existido alguna circuns-



tancia añadida, como pudiera ser la naturaleza del producto, su vida útil, su agotamiento, la consideración de la Audiencia se hubiera podido considerar adecuada.

Al no existir ningún elemento o circunstancia añadida al tiempo transcurrido es correcto valorar, como hizo la sentencia de primera instancia, que el resultado producido es una manifestación de que los codos no ofrecían la seguridad que cabía esperar, teniendo en cuenta la naturaleza del producto y su destino. Resulta legítimo que el público confíe en que unos codos de cobre destinados a su instalación en un circuito de calefacción van a resistir las altas temperaturas y presiones sin riesgo de fugas durante un lapso de tiempo razonable por lo que, ante la falta de prueba de otra causa probable de la fisuración, no puede admitirse que en seis años ya no quepa esperar que el producto no ofrece seguridad para continuar usándolo conforme a su destino.

QUINTO.- Costas y depósitos

1.- La estimación del recurso de casación determina que anulemos y dejemos sin efecto la sentencia recurrida y, en su lugar, desestimemos el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmemos la sentencia del juzgado de primera instancia, incluida su condena en costas, por ser conforme al art. 394 LEC .

Se imponen también a la demandada las costas de la apelación, puesto que su recurso debió ser desestimado(art. 398 LEC).

Conforme a los arts. 394.1 y 398.1 LEC se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no se imponen las costas del recurso de casación.

2.- De conformidad con los apartados 8 y 9 de la disp. adic. decimoquinta LOPJ procede la

pérdida del depósito para interponer el recurso por infracción procesal y la devolución del depósito para interponer el recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por D. Secundino contra la sentencia dictada con fecha 14 de octubre de 2015 por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 244/2015 .

2.º- Casar la citada sentencia y en su lugar desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por Standard Hidráulica S.A.U. y confirmar en su integridad la sentencia 24/2015 dictada el 23 de febrero de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Getxo , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 236/2014.

3.º- Imponer a D. Secundino las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no imponer las costas del recurso de casación.

4.º- Imponer a Standard Hidráulica S.A.U. las costas de la apelación.

5.º- Declarar la pérdida del depósito para interponer el recurso por infracción procesal y ordenar la devolución del depósito para interponer el recurso de casación.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

Por José Antonio Badillo Arias
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá

Como se ha comentado, estamos ante una sentencia ejemplar, que sintetiza con acierto las reglas particulares de la responsabilidad civil del fabricante, armonizada en el ámbito de la Unión Europea por la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

En efecto, tal vez porque no se transpuso con acierto algunos aspectos de la citada Directiva, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, tiene algunas lagunas, lo que provoca que muchos reclamantes opten por invocar los artículos 1902 CC o, en su caso, el 1101 CC, para fundamentar su acción, cuando, a priori, debería ser más favorable acudir al citado Texto Refundido de la LGDCU, que es la norma específica para reclamar daños por productos defectuosos. Esta norma, establece, además, una responsabilidad objetiva como criterio de imputación, lo cual, como decimos, favorece al actor.

En el supuesto analizado en la sentencia que comentamos, el demandante, no sin cierto riesgo, invocó los artículos 128 y ss. del Texto Refundido, planteándose como cuestión jurídica principal la valoración del concepto de defecto con el fin de determinar la responsabilidad del fabricante por los daños ocasionados por un producto. En dicho sentido, como ocurre en muchos casos, lo que se plantea es quién debe probar el defecto o no del producto, interpretando los artículos 139 y 140 del Texto Refundido.

La parte actora alegó que en el año 2006 se construyó la vivienda de la que es propietario, para lo que adquirió una serie de materiales de fontanería y calefacción a Deusto Eskerduza S.L. (DEK) Dichos materiales habían sido fabricados por la demandada Standard y fueron instalados en la vivienda por Izotz Fontanería y Calefacción S.L. 6 años después, en el año 2012, comenzaron a manifestarse humedades en la vivienda, concretamente en el suelo y paredes de las distintas estancias de la casa.

Hechas las averiguaciones oportunas se descubrió que dos codos (de cobre) de la instalación de calefacción presentaban una fisura en su cara interna, lo que provocó la fuga de agua origen de los daños que se reclaman y cuyo importe asciende a 16.428,90 euros, así como los gastos derivados de la busca de la fuga y la reparación, por importe de 529,65 euros. Alegó que con anterioridad a la presentación de la demanda, y por mediación de DEK, se puso en contacto con Standard, a quien se enviaron los codos de cobre para su examen y análisis, pero que Standard, que inicialmente negó ser la fabricante, se limitó a devolverlos con una nota en la que decía que el plazo de garantía de sus productos era de dos años y que ya había transcurrido.

El juzgado de instancia dicta sentencia por la que se estima la demanda y condena a la demandada a abonar 16.958,55 euros, con intereses desde la interposición de la demanda. La entidad condenada interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, que es estimado y, en consecuencia, desestima la demanda. En síntesis, el argumento esgrimido por la Audiencia es que no queda probado el defecto del producto.

Ante la sentencia de la Audiencia Provincial, el actor interpuso recurso extraordinario por infracción procesal fundado en dos motivos y recurso de casación fundado en un motivo.

En lo que ahora nos interesa, en el recurso de casación, la parte recurrente, interpretan-

COMENTARIO

do los artículos 139 y 140 del Texto Refundido, alega que, de acuerdo con la doctrina de la Sala, el perjudicado debe probar la existencia del daño (que no ha sido discutida) y el nexo causal (las fisuras de las piezas, tampoco discutido), correspondiendo al fabricante demostrar la idoneidad del producto y la concurrencia de otras causas que pudieran exonerarle de responsabilidad. La parte demandada, en su escrito de oposición, se acoge a los argumentos de la sentencia de instancia, alegando que no se ha acreditado la causa de su aparición y no es posible imputar su existencia a un defecto de origen.

Como hemos advertido y como ocurre en muchas ocasiones cuando nos enfrentamos a daños causados por productos defectuosos, la cuestión central de este asunto es determinar quién debe probar el defecto del producto o, mejor dicho, qué alcance debe darse a la obligación del actor del probar el defecto del producto -art. 139- y qué actuación probatoria recae sobre el productor para exonerarse de responder por los productos puestos en circulación -art. 140-.

El Alto Tribunal, que estima el recurso de casación del recurrente, alude, en primer lugar, al marco normativo sobre el que debe resolverse el asunto -LGDCU-, haciendo referencias a la interpretación que el TJUE ha realizado de diversos preceptos de la Directiva 85/374/CEE, de productos defectuosos.

(...) La Sala concluye que si no existe otro elemento o circunstancia distinta del tiempo transcurrido desde que se instalaron los codos -6 años-, debe entenderse que los codos no ofrecían la seguridad que cabría esperar, teniendo en cuenta la naturaleza del producto y su destino. (...)

En tal sentido, para la Sala, "...el perjudicado debe probar que el producto es defectuoso, pero no que ese defecto fue originado por el fabricante. En cambio, dicho fabricante, puede liberarse de responsabilidad demostrando que hay una causa distinta de defectuosidad o probando, incluso mediante presunciones, que el defecto no era originario, sin necesidad de que individualice otra causa de defectuosidad".

De este modo, la sentencia considera que "Acreditada la fisuración de los codos no es preciso que el perjudicado acredite que esas fisuras existían desde el momento en el que se instalaron los codos". Por su parte, la demandada: "No ha concretado las razones que permitirían considerar probable o normal según las máximas de experiencia comunes algún otro origen probable de la fisura, no ha acreditado indicios sobre la calidad de sus productos ni ningún otro indicio que permitiera valorar que los codos no eran defectuosos. La demandada tan solo ha invocado el transcurso de tiempo entre la puesta en circulación del producto y el siniestro".

La Sala concluye que si no existe otro elemento o circunstancia distinta del tiempo transcurrido desde que se instalaron los codos -6 años-, debe entenderse que los codos no ofrecían la seguridad que cabría esperar, teniendo en cuenta la naturaleza del producto y su destino.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Compraventa de inmueble con precio aplazado. Cantidades anticipadas aseguradas conforme a la Ley 57/1968. La entidad aseguradora no debe responder de la inactividad de las partes en la entrega de la vivienda, cuando esta era material y jurídicamente posible dentro del plazo pactado.

Sentencia del Tribunal Supremo. (Sala 1ª)
de 20 de Septiembre de 2018.
Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sanchez Gargallo

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 17 de mayo de 2006, Óscar Aguilar Martín concertó un contrato, denominado de arras, con la promotora Ediman, S.A. para la compra de dos viviendas que en ese momento estaban en construcción. Óscar Aguilar Martín entregó a cuenta del precio de compra la suma de 63.622,20 euros.

Para garantizar la devolución de las cantidades entregadas, se firmaron dos pólizas de seguro con ACC Seguros y Reaseguros de Daños, S.A. (más tarde fue absorbida por Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.). El capital asegurado era de 41.334,59 euros y 28.139,56 euros, respectivamente.

En el contrato se preveía que las obras debían acabar el 28 de febrero de 2008 y se convenía un plazo de seis meses para la formalización de la compraventa (28 de agosto de 2008).

Las obras se terminaron el 12 de septiembre de 2007. La cédula de habitabilidad fue concedida el 20 de agosto de 2008. La promotora (Ediman) requirió al comprador para que escriturara la compraventa el 5 de marzo de 2009, quien no accedió al otorgamiento de escritura pública. Ediman había sido declarada en concurso de acreedores en mayo de 2008.

A instancias de la propia concursada, por sentencia de 25 de julio de 2011, el juez del concurso acordó la resolución del contrato de arras y reconoció como crédito contra la masa la obligación de la concursada de devolución de las cantidades entregadas por el comprador a cuenta del precio de compra.

2. Óscar Aguilar Martín interpuso la demanda que dio inicio al presente procedimiento contra Zurich, en la que le reclamaba el pago de la suma asegurada, porque se había cumplido el riesgo cubierto, ante la resolución del contrato y la obligación de la concursada de devolver las cantidades entregadas a cuenta.

3. La sentencia de primera instancia entendió que había existido un retraso en el cumplimiento de la obligación de formalización del contrato de compraventa, prevista en agosto de 2008. Este plazo era esencial y su incumplimiento frustró las legítimas expectativas del demandante. Por ello, se cumplió el riesgo cubierto con las pólizas de seguro y la aseguradora debía abonar la suma asegurada.

4. La sentencia de apelación estima el recurso de la compañía aseguradora. La Audiencia razona que la resolución del contrato, acordada en concurso de acreedores a instancia de la promotora, después de que previamente se hubiera requerido al comprador para que otorgara la escritura de compraventa y no accedió, no se encuadra en ninguno de los supuestos cubiertos por la póliza de seguro de caución, en la estipulación sexta. Añade que la póliza de seguro cubría hasta el incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda, por lo que el dies a quo para el ejercicio de la acción frente a la aseguradora (de dos años) debía situarse cuando se cumplió el plazo convenido, a finales de agosto de 2008, y no cuando, años más tarde, se resolvió el contrato (25 de julio de 2011).

5. La sentencia es recurrida en casación por Óscar Aguilar Martín, sobre la base de un motivo. Propiamente sólo existe un motivo, el enunciado en el apartado primero de la parte del recurso dedicada a los motivos de casación, que denuncia la infracción del artículo 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio.

En el apartado segundo no se articula ningún motivo de casación de forma correcta, pues no se denuncia la infracción de ninguna norma jurídica. En un estilo propio de un escrito de alegaciones en la instancia, se hace referencia a la prescripción de la acción, sin que con ello se cumplan con las mínimas exigencias de formulación de los motivos de casación:

«SEGUNDO. Otra cosa que se alega en el escrito de apelación y que ya se alegó en la instancia, es la prescripción de la acción».

SEGUNDO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia «que la sala sentenciadora ha incurrido en infracción, en el concepto de valoración por interpretación errónea, del artículo Tercero de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, según el cual “expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda».

En el desarrollo del motivo, el recurrente razona que en este caso es evidente que la entrega de la vivienda no se hizo en el plazo pactado, sin que ni en el art. 3 de la Ley 57/1968, ni en el contrato de seguro, «se requiera especificar la causa concreta que impide la no entrega de la vivienda».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo. No se discute que el seguro que cubría la obligación de restitución de las cantidades entregadas a cuenta de la compraventa de dos viviendas pendientes de construcción, se constituyó al amparo de la Ley 57/1968, de 27 de julio. El párrafo primero

del art. 3, que se denuncia infringido, dispone lo siguiente:

«Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda».

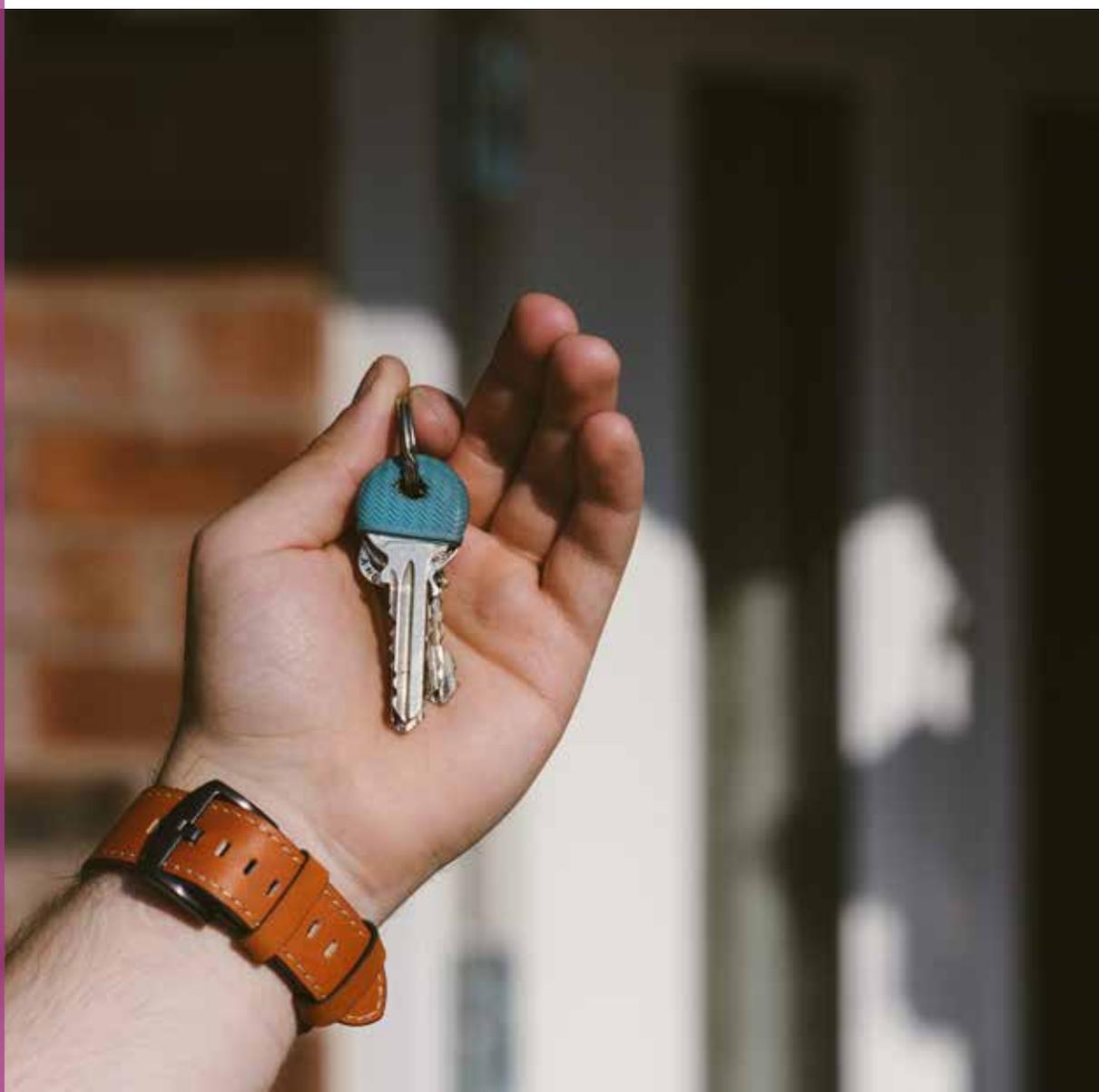
Como recuerda la sentencia 547/2017, de 10 de octubre, la jurisprudencia más reciente pone «el acento, más que en la entrega material o instrumental, esta última mediante el otorga-

miento de la escritura pública, en

que la vivienda esté terminada y en disposición de ser entregada dentro del plazo establecido en el contrato (p. ej. sentencias 237/2015, de 30 de abril, y 217/2014, de 5 de mayo)».

Y sobre la base de este entendimiento, en un supuesto similar al presente, la sentencia 547/2017, de 10 de octubre, desestimó una pretensión similar a la ejercitada en el presente procedimiento, con el siguiente razonamiento:

«(...) En el presente caso está probado que las obras se terminaron antes de vencer el plazo establecido en el contrato, incluso sin los seis meses adicionales, que la licencia de primera ocupación se solicitó también dentro de ese mismo plazo y, en fin, que la licencia se obtuvo



dentro de los seis meses adicionales. Está probado igualmente que la promotora-vendedora no comunicó a los compradores una fecha para el otorgamiento de escritura una vez obtenida la licencia de primera ocupación, pero también que los compradores no hicieron nada para procurar la entrega de la vivienda.

»En consecuencia, aun cuando pudiera admitirse que, una vez obtenida la licencia de primera ocupación, la garantía prestada por la entidad hoy recurrente habría subsistido si la promotora-vendedora se hubiera negado a entregar la vivienda, incumpliendo entonces el contrato, no puede sostenerse que la entidad garante deba responder también de la mera desatención del vendedor al otorgamiento de la escritura pública y del desinterés del comprador en el cumplimiento del contrato; en definitiva, de la inactividad de las partes en la entrega cuando esta es material y jurídicamente posible. Esta conjunción de circunstancias es la que se dio en el presente caso porque, vencido el plazo de entrega pero estando la vivienda ya terminada y contando con licencia de primera ocupación, es decir, en disposición de ser entregada, los compradores decidieron sin más dar por resuelto el contrato mientras que la promotora-vendedora, tras guardar silencio en un principio ante el requerimiento de resolución de los compradores, los convocó días después para el otorgamiento de escritura pública».

En el caso ahora enjuiciado, las obras acabaron el 12 de septiembre de

2007, antes de que se cumpliera el plazo convenido (28 de febrero de 2008), y la cédula de habitabilidad fue obtenida el 20 de agosto de 2008, unos días antes de que se cumpliera el plazo convenido para el otorgamiento de escritura (28 de agosto de 2008). Si bien la promotora Ediman no requirió al comprador para otorgar la escritura de compraventa, con la que se haría entrega de la vivienda, hasta el 5 de marzo de 2009, antes el comprador no había instado la resolución del contrato ni tampoco reclamado de la aseguradora la restitución de las cantidades entregadas a cuenta, conforme al art. 3 de la Ley 57/1968. Después, el comprador no atendió al requerimiento del vendedor y ni siquiera interesó la resolución por incumplimiento.

Fue más tarde cuando, a instancia de la promotora en concurso de acreedores, el juez del concurso, por sentencia de 25 de julio de 2011, acordó la resolución del contrato y declaró el derecho del comprador a recobrar las cantida-

des entregadas, como crédito contra la masa.

Por eso, parafraseando el precedente citado (sentencia 547/2017, de

10 de octubre), tampoco en este caso debía la entidad garante responder de la mera desatención del vendedor al otorgamiento de la escritura pública (que se retrasó unos meses después de haberse terminado la obra y obtenido la cédula de habitabilidad dentro del plazo previsto para el otorgamiento de la escritura), ni del desinterés del comprador en el cumplimiento del contrato (al no atender al posterior requerimiento); en definitiva, de la inactividad de las partes en la entrega cuando esta era material y jurídicamente posible dentro de los dos años posteriores a la fecha en que debía haberse entregado la vivienda. Adviértase que este plazo de dos años es el previsto para la prescripción de la acción ejercitada frente a la aseguradora, conforme al art. 23

LCS, y que la acción nació para el comprador desde que se cumplió el plazo pactado para la entrega.

TERCERO. Costas

Desestimado el recurso de casación, procede imponer las costas del recurso a la parte recurrente (art. 398.1 LEC).

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 Óscar Aguilar Martín contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida (sección 2ª) de 14 de enero de 2016 (rollo núm. 260/2015), que conoció de la apelación formulada frente a la sentencia del juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Balaguer de

2.º Imponer al recurrente las costas generadas por su recurso y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Muchas han sido las sentencias que se han dictado en los últimos años en materia de devolución de cantidades entregadas a cuenta en la construcción y venta de viviendas, regulada por la derogada Ley 57/68, tanto en la modalidad de afianzamiento mediante aval bancario como en la modalidad de seguro afianzamiento. En concreto, ha habido una sentencia que resultó de gran relevancia y que podemos decir que supuso un punto de inflexión en el análisis de lo que se puede considerar incumplimiento a efectos de lo regulado en el artículo 3 de la preceptuada Ley. Me refiero a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 2018, que venía a rectificar el criterio establecido en su sentencia de 9 de junio de 1986 en el sentido de declarar que dicho artículo introduce una especialidad consistente en que el retraso en la entrega de la vivienda, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. En concreto, la doctrina sentada por esta sentencia declaraba que:

“el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al art. 3 de la Ley 57/68, la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta de la sentencia del pleno de esta Sala de 5 de mayo de 2014 (rec. 328/2012), el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega”.

Quiero remarcar el hecho de que tanto el artículo 3 de la Ley 57/68 como la citada doctrina hablan de terminación y entrega, es decir, que el incumplimiento no sólo se deriva de que la vivienda no se haya terminado antes del plazo pactado –aunque el retraso haya sido mínimo–, sino también que la entrega se haya producido después de dicho plazo. Si bien, esta circunstancia abre un interrogante importante para el sector asegurador y para los profesionales del derecho que deben de abordar estos asuntos, que es la siguiente: qué ocurre cuando la vivienda se ha finalizado dentro del plazo pero la entrega no se ha producido dentro del plazo. Parece que la intención del Tribunal Supremo era clara, desprendiéndose en un primer momento de dicha doctrina que aunque la vivienda se hubiera terminado en plazo, mientras que el comprador hubiera instando la resolución antes que la promotora lo hubiera requerido para escriturar, tenía que considerarse incumplido el contrato y por tanto, procedía la devolución de las cantidades garantizadas por la aseguradora, salvo que se pudiera acreditar la mala fe del comprador (con lo que he ello supone en términos de carga probatoria), pero nada aclaraba sobre las repercusiones de actitud proactiva o pasiva de la empresa promotora/vendedora.

En mi opinión, esta solución dejaba a las aseguradoras en una situación de indefensión importante, ya que a pesar de su posición de garantes poco o ningún control podían tener sobre la evolución y estado de la promoción y mucho menos en los trámites posteriores a la finalización de las viviendas.

En este sentido, considero de gran relevancia la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2018 analizada. El supuesto de hecho que analiza se refiere a una promoción en la que se finalizó la obra en plazo y se obtuvo la licencia de primera ocupación, concurriendo por ello todos los requisitos necesarios para la entrega de la vivienda antes de que se produjera la resolución del contrato dos años después de aquello. Tal y como indica la sentencia, nada se hizo por las dos partes contratantes para procurar el otorgamiento de la escritura y entrega de la vivienda.

COMENTARIO

En concreto, consta en los antecedentes de hecho que las obras acabaron el 12 de septiembre de 2007, antes de que se cumpliera el plazo convenido (28 de febrero de 2008), y la cédula de habitabilidad fue obtenida el 20 de agosto de 2008, unos días antes de que se cumpliera el plazo convenido para el otorgamiento de escritura (28 de agosto de 2008). Si bien la promotora no requirió al comprador para otorgar la escritura de compraventa con la que se haría entrega de la vivienda hasta el 5 de marzo de 2009, antes el comprador no había instado la resolución del contrato ni tampoco reclamado de la aseguradora la restitución de las cantidades entregadas a cuenta, conforme al art. 3 de la Ley 57/1968. Después, el comprador no atendió al requerimiento del vendedor y ni siquiera interesó la resolución por incumplimiento. Fue más tarde cuando, a instancia de la promotora en concurso de acreedores, el juez del concurso, por sentencia de 25 de julio de 2011, acordó la resolución del contrato y declaró el derecho del comprador a recobrar las cantidades entregadas, como crédito contra la masa.

En estas circunstancias, establece la sentencia que *“no puede sostenerse que la entidad garante deba responder también de la mera desatención del vendedor al otorgamiento de la escritura pública y del desinterés del comprador en el cumplimiento del contrato (...), en definitiva, de la inactividad de las partes en la entrega cuando esta era material y jurídicamente posible dentro de los dos años posteriores a la fecha en que debía haberse entregado la vivienda.”* En definitiva, viene a declarar el TS que no es admisible pretender que la entidad aseguradora deba responder de esa mera desatención de las partes contratantes, y en concreto, de la pasividad de la propia promotora en el cumplimiento de sus obligaciones de requerir al comprador conforme resulte viable la entrega para escriturar al comprador.

Pero además, la relevancia e importancia de esta sentencia igualmente deriva de un argumento que se introduce de muto propio por el ponente relativo a una cuestión que no era objeto del recurso ni había resultado un hecho controvertido, pero que viene a dar luz sobre una de las cuestiones que más controversia ha venido suscitando en los últimos años en esta materia de aseguramiento de cantidades entregadas a cuenta. Nos referimos a “la coletilla” que se introduce en el último párrafo del fundamento segundo en el que literalmente dice: *“Adviértase que este plazo de dos años es el previsto para la prescripción de la acción ejercitada frente a la aseguradora, conforme al art. 23 LCS, y que la acción nació para el comprador desde que se cumplió el plazo pactado para la entrega”*. En concreto, son dos cuestiones las que está apuntando la Sala en materia de prescripción derivadas de este tipo de acciones: el plazo de prescripción y el inicio del cómputo de la misma. Y es que ilógico que tras innumerables sentencias contradictorias dictadas por los Juzgados y Audiencias Provinciales en esta materia, en concreto, sobre si el plazo de prescripción debe ser el general de 5 años (anteriormente 15 años) previsto en el Código Civil, o el plazo especial de 2 años previsto en la LCS, el Tribunal Supremo no haya abordado de primera mano esta cuestión, y haya zanjado de una vez por todas este debate. No obstante, esta sentencia parece que viene a anunciar la línea que la Sala Primera va a adoptar –cuando tenga la oportunidad–, dando por sentado en este supuesto –aunque no se enjuiciara la cuestión– que en todo caso el plazo para ejercitar la acción frente a la aseguradora es de 2 años, y que el mismo inicia desde que se cumplió el plazo de entrega (lo que resolvería también otra cuestión nada pacífica).

Sobre el inicio del devengo de los intereses especiales del asegurador de responsabilidad civil cuando no ha tenido tempestivo conocimiento del siniestro

Sentencia del Tribunal Supremo. (Sala 1ª)
de 24 de Septiembre de 2018.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna el pronunciamiento de la sentencia que aplica los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde el día 21 de diciembre de 2012, fecha de la presentación de la demanda que dio lugar a este procedimiento, coincidente con el conocimiento del siniestro por parte de la aseguradora, y no desde el día 3 de mayo de 2010, en que, a juicio de la recurrente, tuvo lugar el siniestro, como así resolvió la sentencia del juzgado.

El recurso se formula por vulneración del artículo 20, párrafos 3.º y 6.º, de la LCS, en relación con la jurisprudencia de esta Sala expresada en las sentencias 146/2009, de 26 de febrero, y 858/2010, de 15 de diciembre. Considera la recurrente que la aseguradora no ha probado que desconociera el siniestro y que la sentencia recurrida da por acreditado que sí lo conocía, al menos desde el juicio verbal previo a estas actuaciones, seguido entre el ase-

gurado, sr. Pablo Jesús , y su aseguradora, Axa, demandados en este pleito.

SEGUNDO.- 1.- Los hechos son los siguientes. El ahora recurrente, don Jose Ignacio , reclamó a don Pablo Jesús y a su aseguradora AXA, el pago de 27.203,74 euros, en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados por los defectuosos trabajos de sustitución de piezas y de reparación llevados a cabo en el vehículo de su propiedad, Porsche, matrícula-LSC .

Previamente a este pleito, el sr. Pablo Jesús presentó una demanda el 23 de marzo de 2011 frente a su aseguradora, AXA, reclamando el importe de 5.562,84 euros que había supuesto al mismo un intento de reparación del citado vehículo, lo que fue seguido en juicio verbal que concluyó mediante sentencia de 29 de noviembre de 2012 , desestimatoria de la demanda por no haberse acreditado el daño reclamado, no obstante declarar probado que el

siniestro estaba cubierto por la póliza. El 3 de mayo de 2010, Pablo Jesús había emitido la factura tras una primera y fracasada reparación del vehículo; día este que el recurrente interesa se tenga en cuenta a los efectos aquí enjuiciados.

2. La sentencia justifica una fecha distinta con los siguientes argumentos:

«...ha quedado acreditado que el siniestro se produce en el momento de la terminación de los defectuosos trabajos de reparación integral y sustitución de las piezas del motor del vehículo del demandante por parte de don Pablo Jesús y por ello, en principio, pudiera parecer adecuado fijar como fecha del siniestro la de 3 de mayo de 2010, fecha de la factura emitida por GB Motor Sport. Ahora bien según resulta de las actuaciones, la aseguradora AXA no tuvo conocimiento del siniestro hasta la reclamación que realiza don Pablo Jesús el 23 de marzo de 2011; y que motivó que el perito



ingeniero técnico don Ismael , de Veta S.L., por cuenta de la compañía aseguradora, examinara el vehículo el día 4 de abril de 2011, en el taller del asegurado, y según consta en su informe el perito constata los daños en el motor: rotura de seis pistones y cilindros sus culatas respectivas, daños en las juntas de unión, en el aceite y en los filtros de lubricación, y su causa: error en el montaje del motor por parte del asegurado don Pablo Jesús . Ahora bien, tampoco hemos de estar a la fecha de la reclamación del siniestro, por cuanto el perito estimó que la póliza no cubría el mismo, de modo que no fue hasta el dictado de la sentencia de 19 de noviembre de 2012 , en la que se determinó que el siniestro sí estaba cubierto por la póliza, que la aseguradora tiene conocimiento, no solo de que había ocurrido un siniestro, lo que ya conocía desde el informe pericial de 4 de abril de 2011, sino de que dicho siniestro estaba cubierto por la póliza. La discusión sobre la cobertura de la póliza no se estima fuera irrazonable o carente de fundamento, dado que es exclusión

habitual, ajustada al uso del ramo del seguro de responsabilidad civil empresarial, la del daño que sobrevenga a la propia obra o trabajo. La cuestión se complica aún más por la circunstancia de desestimar aquella sentencia de 19 de noviembre de 2012 , la reclamación de don Pablo Jesús por falta de prueba de la realidad del siniestro. Por otro lado, las diligencias preliminares que había instado don Jose Ignacio el 9 de octubre de 2012 se dirigen únicamente frente a don Pablo Jesús , no frente a AXA. Por ello, debe estarse como fecha inicial del cómputo de intereses la de la reclamación del perjudicado, 21 de diciembre de 2012, fecha de presentación de la demanda que da origen al procedimiento que nos ocupa, y en el que la aseguradora, conocedora del siniestro y de su cobertura por la póliza, no llevó a cabo pago ni consignación de cantidad alguna hasta una vez dictada la sentencia de primera instancia, lo que le hace merecedora del pago de los intereses del art. 20 de la LCS desde el 21 de diciembre de 2012, en lugar de desde el 3 de mayo de 2010 fijado por el juez a quo».

3. Estos argumentos no contradicen la jurisprudencia de esta sala citada en el motivo. Lo que se dice es que la regla general en la que se fija el dies a quo del devengo de los intereses sufre dos excepciones: la primera de ellas, referida al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario, implica que si no han cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o en la ley el término inicial del cómputo será el de la comunicación (artículo 20.6.ª II LCS) y no la fecha del siniestro; la segunda excepción viene referida al tercero perjudicado o sus herederos, respecto a los cuales, siendo también la regla general que los intereses habrán de devengarse desde la fecha del siniestro (artículo 20. 6.ª I LCS), de forma excepcional, en el caso de que el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del ejercicio de la acción directa (art. 20.6.ª III LCS).

Como de ordinario, se dice, este conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa, que constituye presupuesto de la referida excepción, lo tendrá la aseguradora por medio de la comunicación del siniestro efectuada por su asegurado, y no puede servir de excusa el que tal comunicación no se haya hecho por el perjudicado, al no ser entonces una carga exigible a este último, con la consecuencia de que la



aseguradora no puede rehuir el pago de la indemnización al asegurado o al tercero perjudicado prescindiendo del conocimiento del siniestro que ha obtenido por aquella vía sin incurrir en mora, pues el establecimiento del recargo de intereses de demora para la aseguradora, aplicable de oficio, tiene como finalidad estimular la rapidez y eficacia en la cobertura del siniestro, independientemente de que el llamado a percibir la indemnización sea el tomador del seguro o asegurado, el beneficiario o el tercero perjudicado.

3. Pues bien, los hechos probados de la sentencia ningún dato ofrece sobre este previo conocimiento del siniestro por parte de la aseguradora antes del que señala. La primera demanda se formula por el sr Pablo Jesús , en su nombre y como perjudicado, a su aseguradora AXA, por una cantidad muy distinta a la que ha dado lugar a este segundo pleito. Podría serlo el 19 de noviembre de 2012, fecha en que se dicta sentencia y se determina que el siniestro sí que estaba cubierto por la póliza. Pero, como dice la sentencia, la demanda formulada don Pablo Jesús se desestima por falta de prueba de la realidad del siniestro, ignorando AXA, hasta la interposición de la presente demanda -21 de diciembre 2012- los daños ocasionados al recurrente, sin que pagara o consignara cantidad alguna hasta que fue dictada

la sentencia de primera instancia; razonamiento que no se aparta de la jurisprudencia de esta sala por ajustarse a los hechos que han sido valorados de una forma absolutamente razonable y ponderada en la sentencia.

TERCERO.- La desestimación del recurso determina que, en cuanto a las costas, se impongán a la parte recurrente las causadas por el mismo, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC .

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 formulado por la representación procesal de don Jose Ignacio contra

la Sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño -Sección 1.ª- de 3 de noviembre de 2015 , con expresa imposición de las costas causadas por el recurso.

Librese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.



Por Mariano Medina Crespo
 Abogado
 Doctor en Derecho

La sentencia transcrita desestima el recurso que por infracción procesal había deducido el demandante, confirmando que los intereses especiales impuestos a la aseguradora demandada se devengarán, no desde la fecha del siniestro (31 de mayo de 2010), en que concluyó la defectuosa reparación del vehículo del actor y en la que se había emitido una concreta factura, sino desde la fecha en que la aseguradora de la responsabilidad civil del taller reparador tuvo conocimiento del siniestro en virtud de la demanda deducida por aquél (21 de diciembre de 2012). Se trata de un supuesto que resulta difícil de entender, por el formato y contenido (antecedentes y fundamentación) de la redacción de la sentencia señalada, dando lugar a que la solución del caso genere algunas dudas de signo tanto fáctico como jurídico-justicial. Para captar con cierta precisión el “argumento de la obra”, se requieren varias lecturas de la sentencia, para así ordenar el sentido de los diversos acontecimientos y circunstancias.

Se trata de un pleito en el que, estimada la demanda en primera instancia, entró en juego la oficialidad (tardíamente excitada) de los intereses moratorios especiales, pues el actor no los instó y hay que pensar que ello dio lugar a que el JPI no los impusiera, imponiendo (de modo innecesario) los intereses procesales desde la fecha de la sentencia, tal como se pedía en el suplico de la demanda (de modo igualmente innecesario). Pero

El auto aclaratorio estableció como día inicial del devengo el 3 de mayo de 2010, por corresponder a la fecha del siniestro. Contra la sentencia aclarada, la aseguradora interpuso recurso de apelación que fue acogido al estimarse que los intereses especiales debían devengarse desde el día 21 de diciembre de 2012 en que el actor dedujo su demanda.

el actor pidió aclaración de la sentencia para que se completara el fallo con el añadido de la imposición de aquellos intereses, invocando su aplicabilidad de oficio, es decir, la falta de necesidad de su rogación para establecerlos. El Juzgado accedió a tal petición, reconociendo que tales intereses son aplicables de oficio [pero sin puntualizar que se han de afirmar de oficio cuando sean procedentes y que se han de negar cuando sean improcedentes] y que la sentencia dictada no contenía motivación alguna para justificar su exclusión [rectius: falta de inclusión], pero, al parecer, sin explicitar la motivación justificativa de su fijación. El auto aclaratorio estableció como día inicial del devengo el 3 de mayo de 2010, por corresponder a la fecha del siniestro. Contra la sentencia aclarada, la aseguradora interpuso recurso de apelación que fue acogido al estimarse que los intereses especiales debían devengarse desde el día 21 de diciembre de 2012 en que el actor dedujo su demanda. Contra la sentencia apelatoria, el actor interpuso el recurso extraordinario, interesando que, con su acogimiento, se anulara parcialmente la sentencia recurrida y que, en su lugar, se confirmara la aclarada de primera instancia, aduciendo que la aseguradora tuvo conocimiento del siniestro en virtud del juicio verbal que, con anterioridad a su demanda, había deducido el taller asegurado contra la aseguradora para que

COMENTARIO

se declarara que la defectuosa reparación efectuada en el vehículo se encontraba cubierta por el seguro concertado de responsabilidad civil. En cualquier caso, la lectura de la STS no permite conocer la concreta consistencia del incumplimiento contractual que se produjo por esa reparación viciada.

Según recoge el TS, la sentencia apelatoria de la AP declaró que en 23 de marzo de 2011 el asegurado había reclamado a la aseguradora que se hiciera cargo del siniestro acaecido, siendo reconocido el vehículo en 4 de abril siguiente por el perito de la aseguradora que emitió informe en el sentido de que el siniestro no estaba amparado por la póliza por estar excluido el daño causado a la propia obra o trabajo. Ello suponía que el siniestro se reconocía, pero no su cobertura por la póliza concertada. Aunque la AP se hizo eco de que esta exclusión es habitual en el ramo del seguro de responsabilidad civil empresarial, lo cierto es que, promovido juicio verbal por el asegurado para que se de-



clarara que el siniestro acaecido (la defectuosa reparación) estaba cubierto por la póliza y para que la aseguradora se hiciera cargo del mismo, el JPI dictó sentencia en 19 de noviembre de 2012 en la que declaró que el siniestro había tenido lugar, que éste estaba cubierto por la póliza y que la aseguradora tuvo conocimiento de su real existencia [por lo menos, matizo yo] desde el 4 de abril de 2011 en que el perito reconoció el vehículo. Con ello, puntualizo por mi parte, se confundía la fecha de la noticia del siniestro que produjo la reclamación originaria con la fecha de la verificación de su existencia cierta. Pero la sentencia indicada, después de lo declarado, desestimó la demanda por entender que no

La AP se refiere a que la cuestión de la determinación del dies a quo del devengo de los intereses especiales resultaba complicada porque, aunque se había dado por recibida la noticia del siniestro por parte de la aseguradora, se había negado que se hubiera probado su existencia, para declarar que la reclamación judicial del tercero perjudicado (segundo, en realidad, y no tercero, dada la relación contractual existente con el asegurado, en virtud del incumplido contrato verbal de reparación del vehículo) implicaba que la aseguradora era conocedora, no sólo del siniestro, sino de su positiva cobertura

se había acreditado la realidad del siniestro. Véase que previamente se afirma que la sentencia del Juzgado declaró que el siniestro había ocurrido, para después desantender la demanda por no haberse acreditado la realidad de su acaecimiento, según se desprende de la transcripción de la fundamentación de la sentencia resolutoria de la alzada. En todo caso, respecto de la declaración formulada por la AP, debe destacarse que el hecho de que el tipo de pólizas señaladas suela excluir el daño causado a la propia obra no significa en absoluto que tal exclusión figurara (en su caso, con validez) en la concreta póliza concertada por el taller, dando lugar su falta de exclusión a que se declarara, precisamente, que el siniestro debatido estaba amparado por ella.

La AP se refiere a que la cuestión de la determinación del dies a quo del devengo de los intereses especiales resultaba complicada porque, aunque se había dado por recibida la noticia del siniestro por parte de la aseguradora, se había negado que se hubiera probado su existencia, para declarar que la reclamación judicial del tercero perjudicado (segundo, en realidad, y no tercero, dada la relación contractual existente con el asegurado, en virtud del incumplido contrato verbal de reparación del vehículo) implicaba que la aseguradora era conocedora, no sólo del siniestro, sino de su positiva cobertura, como si ese doble conocimiento lo hubiera proporcionado la demanda, sin haberlo obtenido antes.

Sentado todo lo anterior, con sus puntualizaciones, el TS declara que, con base en los hechos reputados como probados (alguno contradictorio, concretamente la realidad del siniestro, como ya se ha indicado), la aseguradora no tuvo conocimiento del siniestro hasta que el tercero (segundo) perjudicado formuló su reclamación judicial, por lo que

COMENTARIO

desestimó el recurso, dado que la sentencia recurrida no ofrecía dato alguno sobre que la aseguradora conociera el siniestro antes de que el actor formulara su demanda. Se apunta que el conocimiento del siniestro podía haberse fijado en la fecha en que se dictó la sentencia del pleito precedente (19 de noviembre de 2012), en la que se decía que el siniestro alegado estaba cubierto por la póliza, sin que se estimara la demanda por declarar que el siniestro no había sido acreditado. Pero una cosa es el conocimiento por parte de la aseguradora de que se le dice haberse producido un siniestro y otra que, después de dicho conocimiento, se estime improbadada su existencia, aunque en este caso la probanza de tal existencia resultó a la larga judicialmente indubitada.

(...)el TS declara que, con base en los hechos reputados como probados (alguno contradictorio, concretamente la realidad del siniestro, como ya se ha indicado), la aseguradora no tuvo conocimiento del siniestro hasta que el tercero (segundo) perjudicado formuló su reclamación judicial, por lo que desestimó el recurso, dado que la sentencia recurrida no ofrecía dato alguno sobre que la aseguradora conociera el siniestro antes de que el actor formulara su demanda. Se apunta que el conocimiento del siniestro podía haberse fijado en la fecha en que se dictó la sentencia del pleito precedente (...)

Pero, puestos a considerar como definitiva la prueba del siniestro (lo que es mucho considerar), hay que concluir que no se produjo con la demanda, sino con la fecha en que se estimó, es decir, con la fecha de la sentencia recaída en primera instancia (18 de julio de 2014). Por todo ello hay que concluir que doctrinalmente la sentencia del TS es impecable, pero que la exposición de su soporte fáctico y su concreción jurídica dista mucho de producir un efecto persuasivo. Por la premura con que se ha realizado el presente comentario, no he tenido ocasión de examinar directamente la SAP, siendo consciente de que hacerlo suele deparar alguna sorpresa.

Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Consecuencias del incumplimiento de la aportación del informe pericial con la oferta motivada. Desplazamiento del trámite de valoración a la fase prejudicial obligatoria y contradictoria previsto en el artículo 7 de la LRCSCVM

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 14 de Septiembre de 2018.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Moises Lazúen Alcón

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la Sentencia dictada en 15 de febrero de 2018 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Granada, en Juicio Ordinario nº 696/17, seguido por demanda de Dª. Elisabeth, y los menores, frente a Axa Seguros Generales, SA, en reclamación de cantidad por lesiones en circulación, se interpuso por la representación de la parte actora, recurso de apelación que ha originado el Rollo 204/18 de esta Sala, que resolvemos, poniendo de relieve con carácter previo, que aun cuando por virtud del presente recurso de apelación, la Sala cuenta con la facultad de revisar con plena Jurisdicción, el material probatorio aportado al proceso, tal actuación debe partir de la consideración de que cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez de primer grado, sobre la base de la actividad desarrollada en el acto del juicio, debe partirse, en principio, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por quien ha presidido el acto solemne del juicio, en el que adquieren plena efecti-

vidad los principios de inmediación, contradicción, concentración y oralidad. Afirmación a la que debemos añadir la consideración de que el uso que haya hecho Juez de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente la sentencia (STC 17-12-85, 23-6-86, 13-5-87, 2-7-90, 4-12-92 y 30-10-94, entre otras), únicamente deba ser rectificado, bien cuando en verdad sea ficticio, o bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador "a quo", de tal magnitud y diafanidad, que haga necesaria, con criterios objetivos y sin riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada. (SAP Pontevedra 14-7-11).

SEGUNDO.- Invoca la parte apelante la infracción de normas sustantivas (arts. 7 y 37 RDL 8/04), procesales y jurisprudencia, por extemporaneidad en la aportación de los dictámenes periciales de la aseguradora demandada. Dando por reproducido el contenido de los preceptos citados (según la redacción dada por la Ley 35/2015), esta Sala se remite al criterio manifestado por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial, en sentencia de 16-3-18, que señala "...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 3º), los cuales como característica fundamental reproducen 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 (...) pues cualquier otra interpretación de la que hubiera de concluirse la facultad de la aseguradora de solicitar el procedimiento de prueba pericial que no solicitó en el trámite prejudicial abocaría al retorno a la situación preexistente a la reforma operada por la Ley 35/15, de 22 de septiembre, en la que la valoración prejudicial del alcance de los daños quedaba supeditada al trámite facultativo del art. 38 LCS, provocando, además, un evidente desequilibrio entre las posiciones de ambas partes contrario al deber recíproco de colaboración que contempla el art. 37 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 (...) A la vista de lo anterior, es claro que no estamos ante un caso de limitación del derecho de defensa, por impropio denegación del acceso a medios de prueba reconocidos a favor de cualquiera de las partes en el litigio. Antes al contrario, nos encontramos ante el desplazamiento de 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 la 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 el trámite prejudicial. Es palmario, pues, que tal pasividad en la actuación de la aseguradora a ella solo debe perjudicar, al ser únicamente a ella imputable, siendo de notar la cesura que se hace a esta actitud por la Guía de Buenas Prácticas para la Aplicación del Baremo, y sobre todo, cuando en el caso enjuiciado, desde el 11-10-16, en que se hizo la previa reclamación a la aseguradora, hasta que por esta contesta la demanda (en 7-9-17), ninguna gestión ha efectuado ésta tendente a realizar informe alguno. Se acoge el motivo.

TERCERO.- En segundo lugar, se tacha a la sentencia de error en la valoración de la prueba en relación a la no existencia de las dos ocupantes menores de edad. El motivo ha de prosperar necesariamente desde el momento en que es la propia aseguradora la que admite que las dos menores viajaban en el vehículo, como aparece en el informe de biomecánica que aportó; incluso, el propio perito de la demandada, admitió que fue la aseguradora la que le facilitó dicha información. Si a ello se añade la documental médica aportada a los autos, pocas dudas caben acerca de la presencia de las menores en el vehículo en el momento del siniestro. Se estima, pues, el motivo.

CUARTO.- En tercer lugar, se invoca error valorativo e infracción de normas sustantivas y su jurisprudencia en relación con la alusión de la sentencia al llamado Protocolo de Barcelona. Adelantamos ya el éxito del motivo. En efecto, aplicar sin más el Protocolo de Barcelona de 2002, cuando hay documentación médica y pericial suficiente, no es de recibo, pues el citado Protocolo de actuación y valoración sobre

el SLC, puede servir de referencia válida cuando no se tienen datos médicos de los lesionados, lo que no acontece en el caso debatido, y ello, puesto en relación con el contenido del art. 136 del RDL 8/04 (en su redacción por la Ley 35/15), obliga a indemnizar por días de curación y no por criterios genéricos, estándares, pues el Protocolo citado es puramente orientativo. Por lo tanto, a los informes médicos habrá de estarse. Y desde la perspectiva expuesta, este Tribunal "ad quem", se decanta por la pericial actora (única pericial a tomar en consideración, dada la extemporaneidad de la aportada por la aseguradora, a la vista de lo resuelto en el primer motivo de la alzada) y esta es suficientemente expresiva de las lesiones sufridas por las tres ocupantes del vehículo accidentado, y las secuelas que asimismo se objetivan.

Y otro tanto cabe sostener respecto de los gatos reclamados por rehabilitación (ello en relación con los arts. 141 y 142 del RDL 8/04, según redacción de la Ley 35/15), y ello independientemente de que su prescripción fuera dictaminada por facultativo ajeno a la sanidad pública, dada la cualificación profesional del que las prescribió. Se acoge, pues, el motivo, debiendo precisarse, en relación con la intensidad de la colisión, y la presentación de informe de biomecánica, como decíamos en nuestra sentencia de 3-11-17 (entre otras) que en orden a la efectividad del informe biomecánico, que como dice la SAP de Cádiz de 11-9-14, se pretende establecer la relación entre la intensidad del hecho lesivo y las lesiones, y a tal efecto valorará si las variables mecánicas del accidente en relación con la biomecánica lesional son adecuadas a las consecuencias lesivas producidas. Al efecto, existen

dos posturas básicas: bien objetivar y aplicar a la generalidad de los casos los umbrales del dolor o umbrales patogénicos, bien estimar que las colisiones a baja velocidad también pueden serlo en función de las concretas circunstancias concurrentes. En el estado actual de la ciencia, los estudios empíricos sobre el "whiplash", es decir, del latigazo cervical, muestra cómo en su producción influyen factores de muy diferente naturaleza, de tal forma que el delta-V (esto es el cambio de velocidad que puede experimentar un vehículo con ocasión del impacto sufrido, aunque en realidad, lo que realmente interesa es cómo se proyecta esa delta-V sobre el ocupante, lo que sucede a la persona que va dentro del vehículo con ocasión de la colisión) no es un predictor concluyente para las lesiones de columna vertebral en los accidentes de tráfico a la vida real. Los científicos críticos en la fijación, probablemente acritica, de los umbrales patogénicos, destacan que las condiciones en que se realizan las pruebas experimentales no son representativas de los que se viven en el mundo real, y así se realizan sobre pocos sujetos, casi siempre varones, que toman asiento en el vehículo de forma correcta y que adoptan la lógica prevención ante una inminente colisión trasera. Todo ello, como queda dicho, ajeno a la vida real y sin tener en cuenta la multitud de factores en presencia, que van desde la predisposición del sujeto (nótese que incluso se ha correlacionado el estado psicológico previo con la posibilidad de sufrir secuelas), hasta el tipo y ubicación del reposacabezas.

Por su parte, en la jurisprudencia de las A. Provinciales, no sin vaivenes y contradicciones, quizás explicables por el casuismo propio de la



materia y por la justicia del caso concreto, se va abriendo una línea proclive a relativizar el valor de los informes de biomecánica, al menos en el aspecto que nos ocupa. Al efecto, es preciso determinar qué debe ser entendido como colisión a baja velocidad. La SAP de Las Palmas de 4-9-12, dice: "Se ha de tener presente que en el campo de la accidentología clínica se entiende por colisión a baja velocidad, la que sucede con una velocidad igual o inferior a 16 km/h (10 millas/h), debiendo recordarse que en la perspectiva médica y accidentología está comprobado científicamente su potencial lesivo y así, verbigracia, en una monografía de René Caillet, dedicada al dolor cervical y que correspondía a una edición española (Barcelona 1988), ya se hacía comprender que accidentes aparentemente inofensivos, pueden tener consecuencias nada desdeñables para los ocupantes de automóviles". Ha sido lugar común en esta materia que en las colisiones que produjeran un incremento de velocidad inferior a 8 km/h era imposible la causación de lesiones vertebrales. Pero ello no debe significar en el momento actual que siempre que se pruebe, mediante una prueba pericial, que de forma objetiva e inequívoca acredite ese dato, es decir, que el citado ΔV fuese inferior a los 8 km/h, no había lesiones corporales, pues igualmente está demostrado la posibilidad de lesiones a menor velocidad (algunos estudios han reducido el límite a los 4 km/h), en atención a las circunstancias personales de la víctima y circunstancias del siniestro. Así, pues, la intensidad de la colisión, por sí misma, no puede erigirse en criterio definitorio, como tampoco lo es el informe de biomecánica evacuado al respecto. Mucho más, si tenemos en cuenta que de ordinario se construyen a partir de meras hipótesis sobre las circunstancias del siniestro y/o sobre datos que no han sido debidamente introducidos en el proceso a través de medios que permitan su contradicción, como serían los interrogatorios de partes y testigos.

Pero es que, además, en algunas resoluciones se pone en tela de juicio la pretendida eficacia probatoria del informe de reconstrucción de un siniestro a la hora de determinar la existencia de relación de causalidad, porque en el mismo se parte de una premisa que se califica de inaceptable y que lo invalidaría, como es la de hacer traslación a un organismo vivo de las conclusiones que se extraen en un vertiente simplemente física o mecánica. Se argumenta que es un hecho incuestionable que un siniestro da lugar a lesiones distintas a personas situadas en el interior de un mismo vehículo, por lo que no puede aceptarse que, partiendo de unas

premisas de carácter físico sobre un siniestro, se extraiga como consecuencia ineludible que una determinada consecuencia no puede ser puesta en relación causal con el hecho de la circulación analizado. Y es que este tipo de informes periciales que se basan en parámetros ciertos (masa de los vehículos, huella de frenada, daños y deformaciones del vehículo, posición final...), como queda dicho, manejan otros inferidos solamente a partir de estudios y análisis empíricos. Por tanto muy pequeñas variaciones en esos parámetros de referencia, por ejemplo, motivadas por la configuración o estructura del vehículo dañado, por la posición que ocupaban los ocupantes que resultaron lesionados, o por la propia predisposición orgánica de los mismos, darán lugar a alteraciones extraordinariamente significativas sobre las conclusiones así extraídas.

Consecuentemente, se impone la acogida del recurso, con estimación íntegra de la demanda, y paralela revocación de la sentencia de primera instancia, sin efectuar condena en las costas de la alzada (arts. 394 y 395 LEC)

Vistos los artículos legales citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

La Sala ha decidido, con estimación del recurso formulado, revocar la sentencia, dictada en 15-2-18 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Granada, y en su consecuencia, estimando la demanda condenar solidariamente a los demandados al abono de 12.712'86 € (4.781'95 € para doña; 3.962'94 € para doña; y 3.967'97 € para doña) con más el interés legal correspondiente que para la aseguradora será el del art. 20 LCS, y al pago de las costas de la primera instancia, sin efectuar condena en las de esta alzada.

Dese al depósito constituido el destino que legalmente corresponda.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación, por interés casacional, y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, que deberá interponerse ante este Tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el siguiente a su notificación.

Así por esta nuestra resolución la pronunciamos, mandamos y firmamos.

La sentencia que es objeto de este comentario ha supuesto un revulsivo procesal ya que revoca la decisión de instancia y deniega la aportación junto con el escrito de contestación a la demanda del dictamen pericial y por ende su admisión como medio de prueba.

La sentencia de 16 de marzo de 2018 de la sección quinta de la Ilma. Audiencia Provincial de Granada, cuya doctrina reitera la de fecha 14 de septiembre de 2018 sección cuarta de la misma Audiencia Provincial, ha venido a confirmar la situación actual de fracaso de la reforma operada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, del artículo 7 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, ya que siendo el motivo de la modificación la “rápida solución extrajudicial de los conflictos” que preveía la Exposición de Motivos, no está cumpliendo su finalidad, en tanto que, no sólo no se están adjuntando con la oferta o respuesta motivada el informe médico que exige la norma, sino que en ocasiones ni se está dando respuesta a la obligada reclamación que tiene que realizar el perjudicado con carácter previo a iniciar el proceso.

Quizá ese fuese uno de los motivos subyacentes de las decisiones adoptadas, ya que, la sentencia extracta de la inicial el argumento que lo avala al afirmar que “...cualquier otra interpretación de la que hubiera de concluirse la facultad del asegurador ha de solicitar en el procedimiento de la prueba pericial, que no solicito en el trámite prejudicial, abocaría al retorno de 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 artículo 38 de la LCS...”

Desde una perspectiva estrictamente procesal podría objetarse que la normativa contenida en la Ley de enjuiciamiento civil respecto del momento de aportación del dictamen pericial no ha sido modificada por la reforma, ya que el legislador no ha querido vincular tal efecto a la falta de aportación en la fase preprocesal. De hecho en reformas posteriores de la referida regulación, cuando ha querido introducir alguna variación lo ha hecho expresamente, como efectuó con la reforma del artículo 336 modificado en su apartado cuarto y al que añadió un párrafo quinto por el apartado cuarenta y uno del artículo único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Desde una perspectiva material, pudiera replicarse que en la propia norma se prevén las consecuencias del incumplimiento por parte de la entidad de las obligaciones que le alcanzan tanto del tiempo, como la forma de sus contestaciones, al imponer el tipo penitencial del artículo 9 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, o las sanciones administrativas a las que expresamente se remite el artículo 7. 2. párrafo tercero. Todo ello con independencia de la valoración del comportamiento de las partes conforme al principio de buena fe o la facilidad probatoria, que habría necesariamente que realizarse en sentencia.

Sin embargo, de continuar considerando que la actuación previa en el trámite extraprocésal previsto en el referido artículo 7 carece de consecuencias en el proceso posterior, conllevaría mantener la situación actual de multiplicidad de procesos donde la discusión se ciñe a mínimas diferencias valorativas médicas.

Si este argumento pudiera entenderse demasiado crematístico para sostener la bondad de la solución adoptada, el bloqueo consciente de la posibilidad de agotar completamente el trámite extrajudicial que provoca el hecho que con la oferta motivada no se acompañe el informe médico que sustente la propuesta realizada por la entidad aseguradora es suficiente, per se, para realizar la interpretación referida.

Y ello puesto que la regulación contenida en el párrafo quinto del artículo 7.2 en relación con el RD Real Decreto 1148/2015, de 18 de diciembre, por el que se regula la realización de pericias a solicitud de particulares por los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en las reclamaciones extrajudiciales por hechos relativos a la circulación de vehículos a motor, en su artículo 4.2 se exige expresamente que, para dar curso a la solicitud, es preciso que la oferta se haya realizado conforme a la previsión normativa. Quizá dicha exigencia es porque el legislador ha pretendido que dicho trámite sea interpretado conforme al establecido en el artículo 38 de la LCS, actuando el médico forense como perito dirimente.

De hecho, en la primera sentencia dictada en este sentido se indica que la aportación del informe junto con la oferta motivada delimita el ámbito de conocimiento del litigio centrado, tras el fracaso del trámite previo, 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”*.

En ambas resoluciones el supuesto de hecho sobre el que se asienta la decisión no existe discusión sobre la cobertura o la responsabilidad de la aseguradora por las consecuencias del accidente, de tal modo que habría de cuestionarse si, aún cuando la norma imponga que, junto con la respuesta motivada ha de adjuntarse el informe médico, si éste no se adjunta con ella, si sería admisible la aportación posterior al proceso del dictamen elaborado cuando se está discutiendo la responsabilidad en el mismo.

(...)La primera de las cuestiones podría solventarse manteniendo dicho criterio si la demandada en el proceso posterior presentase cualquier otra posición que no fuese totalmente contraria a la asunción de responsabilidad, ya que de pretender una posible concurrencia de culpas o subsidiariamente la fijación de la indemnización de conformidad con el dictamen pericial (...)

Igualmente cabría cuestionarse el grado de vinculación de la reclamación que se realiza en la extrajudicial respecto de la formulada con posterioridad en el proceso seguido, fundamentalmente, en la materia que trata la sentencia, esto es a los efectos de la extemporaneidad o no de la aportación posterior del dictamen pericial médico.

La primera de las cuestiones podría solventarse manteniendo dicho criterio si la demandada en el proceso posterior presentase cualquier otra posición que no fuese totalmente contraria a la asunción de responsabilidad, ya que de pretender una posible concurrencia de culpas o subsidiariamente la fijación de la indemnización de conformidad con el dictamen pericial que intentase aportar al proceso, hubiera debido entregar el informe con carácter previo junto con su respuesta motivada tal y como exige la norma.

Respecto de la segunda, ya refirió la primera de las sentencias invocadas, la posibilidad de admisión de dictamen pericial en el proceso posterior, si bien limitado a los medios procesales que vinieran a desvirtuar la posición mantenida en la demanda “ como pudieran ser los derivados de 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 demandada.”

Esta es la línea que, con audacia, sigue en este momento la Audiencia Provincial de Granada, y que los operadores jurídicos seguimos con interés en espera de nuevas resoluciones de éste u otros partidos judiciales.



perlas cultivadas

por José María Hernández - Carrillo Fuentes
Abogado

Conocemos por los medios de comunicación el célebre caso fallado en el Juzgado de lo Penal nº 1 de Granada, en Sentencia nº 257/2018, de 18 de julio, de sustracción de menores y desobediencia, y que este condenó a la madre a dos años y seis meses de prisión por cada delito, y privación de la patria potestad durante 6 años, e indemnización en 30.000 € pero ¿Cuál es la razón de semejante rigor?::

“Se suele admitir que la graduación de la pena debe estar fundamentalmente en función de la intensidad con la que se ataca el bien jurídico protegido y las circunstancias que rodean la comisión del hecho. Y en este caso, esa intensidad es en grado supremo, pues los menores y el padre quedaron privados de verse durante más de un año. Y las circunstancias van acompañadas de graves afrentas al honor de Jose Manuel y a la estabilidad emocional de los menores en el futuro. La acusada no solo ha negado el ejercicio del derecho del padre a relacionarse con sus hijos y de estos con el padre. Ha vilipendiado a este de forma despectiva hasta el último momento, imputándole

unas conductas muy graves y reprobables, que no han existido porque no se han probado donde se debió hacer. Poniendo por delante un deseo de proteger a sus hijos del peligro que supone que vivan con una especie de monstruo, cuando tal peligro no ha sido ni detectado por la psicólogo forense, ha originado una lesión grave a derechos esenciales de la persona. Su renuente argumento de proclamar en todo momento que él es un maltratador, refiriendo sucesos que van más allá de lo constatado por la única sentencia que hubo sobre el particular, exterioriza una actitud de falta de respeto por la imagen pública de Jose Manuel , y, al darle tan amplia difusión, ha permitido que

quede constancia documental con la clara probabilidad de que en el futuro, los hijos puedan acceder a la misma y queden afectados por la imagen creada sobre el padre .”

“Predicar a los cuatro vientos que una persona maltrata, tortura y aterra a su familia, e incluso, que ha golpeado al hijo mayor, cuando no hay una condena firme, ni siquiera una investigación en trámite, y arengar a una multitud irreflexiva y visceral, para hacerla cómplice de ese escarnio, tratando de que la apoye de forma más o menos explícita, es una afrenta que muestra una voluntad dañina y lesiva de elementales derechos como el honor (art 18 CE) o el de presunción de inocencia con rango constitucional (art.24 2 CE) que costó a la humanidad mucho conquistar y el principio de la dignidad de la persona que es un valor constitucional acogido por el art. 10 de la Constitución española . Ello conlleva daños, no solo de tipo de moral, en cuanto que se ha atacado la dignidad y honor de la persona y su imagen, sino también de naturaleza económica incuantificable, pues la sensibilidad social que hay sobre la lacra del maltrato, ha llevado a muchas personas a aislar al maltratador convicto; a señalarlo y rehuirlo a la hora de una oferta de trabajo, de un negocio y de muchos otros aspectos de la vida social que van más allá del rechazo personal y afectan a lo económico. Ni siquiera el derecho a la defensa justifica esa desmesurada campaña, pues cuando empieza a difundir tan graves acusaciones, aún no había sido acusada ni se había abierto contra ella el proceso penal, y por tanto de nada tenía que defenderse. Y en todo caso, el derecho a defenderse autoriza a hacerlo sobre la base de hechos reales que se deben probar y acreditar, según la distribución de la carga de la prueba dentro del proceso, pero en ningún caso justifica dar a cogida a invenciones que lesionan bienes jurídicos fundamentales de otros.”

Sumamente ilustrativa, en la interpretación de los conceptos de convivencia y allegado –y responsable civil subsidiario– de la Ley 35/2015, la sentencia nº 258/2018, de 10 de mayo, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Coruña:

“No lleva razón cuando afirma que la sentencia es contradictoria sobre la circunstancia de la convivencia del fallecido con su padre R . Es cierto que en los Hechos Probados se deja constancia de que “C- El fallecido, Don Á D , desde el mes de abril de 2017 (aproximadamente), residía en el domicilio de su padre, sito en la localidad de DIRECCION001 , DIRECCION002 (A Coruña”. Pero ello no es contradictorio con el razonamiento de la fundamentación jurídica: “En cuanto a las responsabilidades civiles abonadas, no se discutieron en el acto de juicio salvo en lo referente a una eventual convivencia de padre e hijo durante un mes en la localidad de DIRECCION001 que a más de no estar plenamente probada, devendría dudosa su indemnización. La esposa fue, como se dijo, indemnizada y es cierto que art 63 del Baremo actual asimila separación de hecho (situación en la que se hallaría ésta al momento del siniestro) de manera que en ese caso sí se indemnizaría al padre pero no a esposa”. La lectura conjunta de ambos pasajes conduce a concluir que la convivencia de padre e hijo durante un mes, antes del fallecimiento, era coyuntural, y no suponía una separación de hecho del cónyuge, y que en consecuencia, no puede tener reflejo en la determinación del quantum indemnizatorio, a los efectos de 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. Es bien cierto que la convivencia del fallecido no podía tener lugar en dos domicilios y localidades

distintas, el de su esposa y el de su padre, simultáneamente, y que no pueden pretenderse dos indemnizaciones distintas por una misma causa de pedir. Pero no lo es menos que el cese de la convivencia con la esposa de menos de un mes de duración, sin evidencia ninguna de que esa fuese la voluntad real de los cónyuges, no puede entenderse como separación de hecho, para la exclusión de la indemnización según el artículo 63.3 de esa Ley. No ha habido ninguna exteriorización de esa intención de separación de hecho; y la ausencia del fallecido de su domicilio habitual durante unos días, ofrece explicaciones alternativas igualmente plausibles. La solución aplicada en la instancia, a ojos de esta Sala, es en este aspecto satisfactoria, y se cohonestaba con el resultado de la prueba practicada, y con las pautas de seguridad jurídica, por lo que debe ser confirmada.”

“Sobre la segunda cuestión, la indemnización como allegado del suegro J M ha sido denegada en la instancia, al considerar que no cabe asimilar la conducción de suegro a allegado, pues no se acreditó circunstancia de convivencia. El artículo 67.1 de la Ley 35/2015 , define a los allegados como aquellas personas que, sin tener la condición de perjudicados según las reglas anteriores, hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad. Y aparte de que la situación de convivencia



del fallecido con el suegro no queda claramente demostrada (véase certificado de empadronamiento al folio 384, en el que constan domicilios distintos del fallecido y su suegro, en puertas izquierda y derecha, respectivamente, del edificio sito en DIRECCION006 , AVENIDA000 NUM013), no debe olvidarse que hay declaraciones testificales que apuntan a que la razón del abandono por el fallecido de su domicilio habitual, aproximadamente un mes antes del accidente fue, precisamente, una discusión con su suegro. La Sala considera no probada la separación de hecho del fallecido y su esposa, pero esta conclusión no es predicable respecto del suegro recurrente. Si hubo convivencia (extremo no probado), ésta en cualquier caso se interrumpió antes del accidente, no cumpliéndose así

con el requisito de su inmediata anterioridad al fallecimiento.”

“Es decir, que como la atribución de responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120.5° del CP es una norma de naturaleza civil, con carácter general, existe una inversión de la distribución de la carga de la prueba, de suerte que es al titular del vehículo a quien compete demostrar la existencia del hecho excluyente de su responsabilidad, a saber, la inexistencia de autorización para el uso del vehículo por un tercero.

Es claro que la propietaria del vehículo M R , no ha aportado ninguna prueba de que no hubiese autorizado su uso al acusado; de hecho, más bien resulta lo contrario, pues reconoce tener tal grado de confianza en él que, pese a la ruptura de la relación

sentimental, dejó en su poder las llaves de su domicilio. La hipótesis de que ella cede voluntariamente al acusado las llaves de su domicilio, pero excluye de la autorización las llaves del vehículo, que están depositadas allí, resulta contractual. Es más, laten en toda su actuación las notas de riesgo y la falta de diligencia, ya que si ella conocía la condena previa del acusado por delito de conducción alcohólica, así como la habitualidad de sus consumos de esta índole, debería haber establecido pautas más prudentes para procurar su exención de responsabilidad, y no franquearle la entrada a su domicilio y libre acceso a las llaves del vehículo, como fue el caso. Se estima en este punto el recurso, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de M R.”

El Auto n° 7520/2018 de 4 de julio, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, inadmite el recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal entendiendo que “la actora está legitimada para formular la acción de responsabilidad extracontractual por los daños causados en un bien perteneciente a la sociedad de gananciales, extinguida por el fallecimiento de su esposo, pero no liquidada, entendiendo que actúa en defensa de los bienes y derechos comunes o en beneficio de la comunidad postganancial surgida tras el fallecimiento de uno de los cónyuges entre los herederos y el cónyuge supérstite, pese a darse la circunstancia de no manifestar que lo hace en beneficio de la comunidad”, especificando:

“«1.º) Sociedad de gananciales: Atribución de la titularidad sobre los bienes comunes. En la sociedad de gananciales, puesto que no surge una nueva persona jurídica, ambos cónyuges son titulares de los bienes comunes, pero los diversos objetos no les pertenecen pro indiviso, sino que integran el patrimonio común, una masa patrimonial que pertenece a ambos cónyuges. Ambos cónyuges son los propietarios de cada cosa, de modo que el derecho de uno y otro, unidos, forman el derecho total, pero no son titulares de cuotas concretas sobre cada bien.

Esta forma de atribución de la titularidad sobre los bienes comunes comporta, además, por lo que interesa en este proceso, que los cónyuges y sus sucesores, mientras no liquiden la sociedad, no pueden disponer sobre mitades indivisas de los bienes comunes. Es decir, durante la vigencia del régimen de gananciales no puede considerarse que cada cónyuge sea copropietario del 50% de cada bien. Para que se concrete la titularidad de cada cónyuge sobre bienes concretos es precisa la previa liquidación y división de la sociedad.

postganancial. Tras la disolución de la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges, y hasta la liquidación del patrimonio, existe una comunidad universal en la que se integran los bienes que conformaban el patrimonio común (art. 1396 CC).

a) Partícipes. Son partícipes de esta comunidad postganancial el viudo y los herederos del premuerto. El viudo es, en primer lugar, cotitular del patrimonio postganancial indiviso. Pero, además, al viudo le corresponde la cuota usufructuaria en la herencia del premuerto, en la que está incluida la

2.º) Comunidad



cotitularidad que a este último le correspondía en el patrimonio ganancial. En el caso de legado voluntario de usufructo universal sobre la herencia del premuerto, el viudo es usufructuario de toda la herencia y, por tanto, usufructuario de toda la cuota del premuerto en la sociedad de gananciales.

b) Gestión del patrimonio común. i) Para la transmisión de la propiedad sobre un bien concreto de la comunidad postganancial es precisa la intervención de todos los partícipes. Sin embargo, el contrato obligacional realizado por alguno o algunos de ellos no da lugar a la aplicación del régimen de la nulidad y es posible la eficacia de la transmisión si se produce la adjudicación del bien a los partícipes que lo otorgaron (arg. art. 399 CC). Otra cosa es que, en defensa de su interés en que no se burle su participación en el patrimonio común, los demás partícipes puedan ejercitar una acción para que el bien se integre en el patrimonio postconsorcial (lo que no es exactamente una reintegración derivada de la nulidad).

ii) Para los actos de administración basta la mayoría de intereses en la comunidad postconsorcial (arg. 398 CC). A efectos del cómputo de mayorías deben tenerse en cuenta tanto las cuotas de titularidad como las de usufructo, en la medida en que lo relevante es quién tiene la facultad de administrar (cfr. art. 490 CC, para el usufructo de cuota).»

Conviene conocer la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de septiembre de 2018 -asiento C80/17- respecto de una propietaria de un

automóvil matriculado en Portugal, que por motivos de salud, deja de conducirlo, lo estaciona en el patio de su casa, no inicia trámites para su oficial retirada de circulación, y no mantiene en vigor su seguro obligatorio. En dicha situación, su hijo, sin autorización ni conocimiento de la madre, lo usa, se accidenta y fallece tanto él como los otros dos menores que lo ocupaban, ¿era obligatorio haber mantenido su seguro obligatorio en vigor? ¿el organismo de indemnización -análogo al Consorcio de Compensación de Seguros- puede repetir contra el propietario no responsable?

“El artículo 1, punto 1, de la Primera Directiva define el concepto de «vehículo» como «todo vehículo automóvil destinado a circular por el suelo». Esta definición es independiente del uso que se haga o pueda hacerse del vehículo de que se trata (sentencias de 4 de septiembre de 2014, Vnuk, C 162/13, EU:C:2014:2146, apartado 38, y de 28 de noviembre de 2017, Rodrigues de Andrade, C 514/16, EU:C:2017:908, apartado 29).

Como observó el Abogado General en los puntos 63 a 65 de sus conclusiones, tal definición aboga en favor de una concepción objetiva del concepto de «vehículo», que no varía en función de la intención del propietario del vehículo o de otra persona de utilizarlo efectivamente.”

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

1) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados

miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como sobre el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, en su versión modificada por la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, debe interpretarse en el sentido de que es obligatorio suscribir un contrato de seguro de la responsabilidad civil relativa a la circulación de un vehículo automóvil cuando el vehículo sigue estando matriculado en un Estado miembro y es apto para circular, pero se encuentra estacionado en un terreno privado por la mera decisión de su propietario, que ya no tiene intención de conducirlo.

2) El artículo 1, apartado 4, de la Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, Segunda Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles, en su versión modificada por la Directiva 2005/14, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional que establece que el organismo previsto en esa disposición tiene derecho a interponer recurso, además de contra el responsable o los responsables del accidente, contra la persona que estaba sujeta a la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación del vehículo que haya causado los daños indemnizados por este organismo, pero no había suscrito ningún contrato a tal efecto, aun cuando dicha persona no sea civilmente responsable del accidente en el que tales daños se produzcan.”

La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 57/2018, de 24 de Mayo, desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de Ponferrada, en relación con el apartado trigésimo del art. Único de la Ley 6/14, de 7 de abril, que modifica la Disposición Adicional 9ª del Texto articulado de la Ley Sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad y lo hace por la exigencia de que el órgano que cuestiona concrete el precepto constitucional infringido, y exteriorice su razonamiento, sin perjuicio de que vuelva a promover cuestión cumpliendo el art. 35.2 LOTC, pero son de interés las postura del Letrado del Estado, y Fiscalía General del Estado:

“Considera- el abogado del estado - que la Ley 17/2005, de 19 de julio, que incorpora la disposición adicional novena a la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, establece un sistema de responsabilidad por culpa. Finalmente la modificación de la disposición adicional novena producida por la Ley 6/2014, de 7 de abril, no incorpora ninguna novedad en punto a la naturaleza del sistema de responsabilidad, aclarando únicamente el título de imputación del titular del aprovechamiento cinegético o del propietario del terreno, indicando que responderán cuando realicen una acción colectiva de caza mayor o haya concluido doce horas antes del accidente, eliminando la referencia a la falta de conservación del terreno acotado que se preveía en la norma modificada. Considera que la doctrina entiende que con esta reforma nos acercamos a países de nuestro entorno europeo en el que se establece fundamentalmente la responsabilidad del conductor y excepcionalmente la del Estado, pero no la de los titulares de los cotos que sólo se reconocen responsables de los daños producidos por las piezas de caza procedentes de los mismos en los daños causados a la ganadería o a la agricultura.”

“Refiere- la Fiscalía General del Estado- que no existe inconveniente en admitir la responsabilidad cuasi objetiva de los conductores, como reconoce la STC 181/2000 (FJ 15). Es más, el sistema de responsabilidad objetiva viene reconocido, con carácter general, en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (arts. 1 y 5). Añade que tales normas coexisten con la norma de responsabilidad general por culpa del artículo 1902 CC, así como de responsabilidad del artículo 1905 CC -poseedor de un animal- que, no obstante establecer su responsabilidad por los perjuicios que causare cuando se le escape o extravíe, admite la posibilidad de que cese esa responsabilidad cuando «el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido».

...

Entiende que esta regulación supone un régimen especial e incrementado de los supuestos de atribución de responsabilidad al conductor «que se aparta de la normativa general del art.1.1RDL 8/2004», a lo que se une la imposibilidad de aplicar la exoneración modulada que previene aquel precepto respecto de la culpa exclusiva del perjudicado o fuerza mayor extraña a la conducción, o la posibilidad de concurrencia de culpas, no contemplada en el régimen

cerrado de la disposición cuestionada.

Afirma que el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 8/2004 modula la responsabilidad del conductor, pero dicho sistema no se aplica al caso dados los términos de la disposición cuestionada, y ello sin perjuicio de que la STC 50/2016, de 11 de febrero, indica que la disposición no excluye que el titular del aprovechamiento cinegético pueda ser considerado responsable del accidente en aplicación de la norma general del artículo 1.902 CC. Considera que la disposición lleva a la desprotección de las víctimas, partiendo de la inexistencia de culpa alguna y de la imposibilidad de determinar la concurrencia de otra culpa determinante del resultado, encontrándose la protección del conductor al albur de su propia solvencia o de la contratación de un seguro privado, sin que la exposición de motivos justifique «este régimen singular», que fue cuestionado en los debates parlamentarios. Por tales razones considera que la regulación de carácter absoluto, que no admite modulaciones, no se compadece con el principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE, lo que determina la inconstitucionalidad de la norma.”

Es importante, y oportuno hacernos eco del contenido de la sentencia nº 72/2018, de 21 de junio del pleno del Tribunal Constitucional, en respuesta a la cuestión interna de la Sala Segunda del propio Tribunal sobre el Art. 188 apartado 1º párrafo 1º, de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social:

“En suma, el párrafo primero del artículo 188.1 LJS («Contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva») incurre en insalvable inconstitucionalidad «al crear un espacio de inmunidad jurisdiccional incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la reserva de jurisdicción a los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial». El precepto cuestionado, «en cuanto excluye del recurso judicial a determinados

decretos definitivos del Letrado de la Administración de Justicia (aquellos que resuelven la reposición), cercena... el derecho del justiciable a someter a la decisión última del Juez o Tribunal, a quien compete de modo exclusivo la potestad jurisdiccional, la resolución de una cuestión que atañe a sus derechos e intereses y legítimos» (STC 58/2016, FJ 7).

Nuestro fallo ha de declarar, por tanto, la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo primero del artículo 188.1 LJS, debiendo precisarse,

al igual que hicimos en la STC 58/2016, FJ 7, que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, el recurso judicial procedente frente al decreto del Letrado de la Administración de Justicia resolutivo de la reposición ha de ser el directo de revisión al que se refiere el propio artículo 188.1 LJS.”

La presente resolución además de descartar el nexo causal pretendido por la actora de un ictus, y de un trastorno orgánico de la personalidad (TOP) como no imputables al conductor de un Quad que atropella a la actora, rechaza el planteamiento del recurrente de que no se tengan en cuenta los informes complementarios de los peritos de la parte demandada - aseguradora - al entender que el reconocimiento que han hecho del lesionado, durante la tramitación del proceso, y la realización de los informes infringen los Art. 336.1º, 4º y 5º, 337.1º, y 345 de la LEC, en relación a los art. 247 de la LEC, art. 11.1 LOPJ y 24 de la CE - sentencia nº 363/2017, de 26 de octubre, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo:

“conclusión que no comparte este tribunal, pues el art 336.5 in fine, admite que cuando se trata de reclamaciones de daños personales, se puede instar al actor para que permita ser reconocido por un facultativo. Dada su redacción, se refiere a la realización de esa exploración, dentro y durante la tramitación del proceso. En este caso, con independencia de que la parte demandante no haya puesto obstáculo alguno a la demanda, para que sus peritos pudiera reconocer y examinar a D Nicanor con carácter previo a la presentación de la demanda; lo cierto es que la compañía de seguros Línea Directa,

aporta con su contestación los informes periciales que considerar oportunos, los cuales se hacen en base a la información documental que tiene en su poder, salvo el del Doctor Clemente, que si había visto al lesionado el 7/5/2013; y mediante otro sí de la misma, pag 294, solicita poder hacer la revisión, exploración y reconocimiento de D Nicanor, que le es autorizado por la juzgadora de Instancia. Realizada esa exploración, se realizan y aportan esos informes complementarios con la debida antelación a la celebración de la vista. Por lo tanto se debe entender que no se ha infringido

ninguna norma procesal ni se le ha causado a la actora ninguna indefensión; sino todo lo contrario, pues debido a la gravedad de las lesiones y secuelas, por las que se reclama una importante cantidad de dinero, con esta actuación se ha permitido conocer cuál es la verdadera situación actual de D Nicanor; lo que garantiza al máximo la igualdad de armas y el respeto máximo a los principios de defensa y contradicción de ambas partes litigantes. Por ello, se considera correctamente unidas a las actuaciones, esos informes complementarios, que podrán ser valorados por este tribunal.”

En resolución nº 34/2018, de 26 de abril de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, se decide por el Tribunal del Jurado, el terrible caso en el que el exmarido de la víctima, después de golpearla reiteradamente contra un escalón la deja inconsciente, viva y tres horas más tarde la transporta en el maletero para situarla en la carretera y matarla pasando su coche dos veces sobre ella, y en materia de responsabilidad estableció el siguiente razonamiento:

“En aplicación de los preceptos expuestos, debe ser considerado responsable civil de la muerte de I el acusado y condenado penalmente por el asesinato, J C , que deberá indemnizar a los perjudicados respecto de los que se ha solicitado indemnización y que no son otros que los hijos de I , S y J P y el hermano de la víctima, A . Ello se deriva de que ha quedado probado y no ha sido objeto de discusión, que en el momento de ocurrir los hechos, J C era el exmarido de I y tenían dos hijos menores en común de dos y cinco años respectivamente; así como que A era el hermano de I y actual tutor legal de dichos menores asumiendo la educación, crianza y cuidado de los menores, junto con su pareja.

A fin de fijar la cantidad indemnizatoria, se emplea el baremo o sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, ...Así, la aplicación de dichos criterios cuantitativos, lo es como criterio orientativo en los delitos dolosos, matizándose la conveniencia de cierto incremento respecto de los importes inicialmente establecidos, con base o fundamento en el mayor dolor (daño moral) que el padecimiento de esta clase de conductas, intencionadas,

pueden ocasionar en el ánimo de quien las sufre. (SSTS de 22 de Septiembre de 2.009 , 9 de octubre y 22 de noviembre de 2015).

El hecho de estar ante una muerte dolosa en circunstancias especialmente duras para los allegados de la víctima teniendo en cuenta todo lo expuesto, la juventud de I , la quiebra de la unidad familiar en una edad tan temprana para S y J P , el hecho indiscutible de que la pérdida de uno de los progenitores en edad tan temprana, -en este caso además implica la pérdida también del otro progenitor - supone una afectación en diversos ámbitos del desarrollo emocional, educativo de los menores que deben ser resarcidos adecuadamente, la circunstancia de que Inocencia tenía un trabajo retribuido, y finalmente y por encima de todo, la ausencia durante toda una vida de una madre, y como ya se ha expuesto con anterioridad, el tan relevante hecho de que dicha muerte la haya causado su propio padre, obligan a fijar una indemnización a favor de cada uno de los menores por importe de 200.000 euros.

Respecto a A, se interesa por el Ministerio Fiscal se fije una

indemnización por valor de 30.000 euros. El hermano de I es quien desde el momento de la muerte de su hermana, se ha hecho cargo, junto con su pareja, de los menores S y J Pe. Él es el tutor legal de los mismos y habida cuenta de la privación de la patria potestad acordada en la presente resolución y la prohibición de aproximación y comunicación durante 30 años respecto de, entre otros, los menores, será Andrés quien asuma las dificultades propias de la educación, y sostenimiento de todas las necesidades de los menores, sin olvidar la dramática circunstancia en la que asume dicho cargo, el drástico cambio que todo esto ha supuesto para su vida y la de su pareja, quienes no tenían en el momento de los hechos hijos ni por tanto cargas familiares, marcándoles lo ocurrido un forzado proyecto de vida, y muy especialmente, el dolor por la muerte de una hermana en tales circunstancias y con la que mantenía una estrecha relación. Todo ello hace que se considere procedente (teniendo en cuenta el principio dispositivo que rige en esta materia de la acción civil "ex delicto" conforme al cual no se podrá exceder lo solicitados por las partes), que se indemnice por el acusado a A en la cantidad de 30.000 euros.”



Sin duda es hábil para abogar por una revocación, imputar al Juzgador de instancia que - ante la falta de prueba - no hiciese uso del mecanismo previsto en el art. 429.1 de la LEC, de poner de manifiesto la falta de prueba, pedir un complemento, o acordar diligencias finales, al respecto, a firma la sentencia nº 404/2018 de 5 junio de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona:

“Al respecto, se comparte lo que señala la SAP Málaga, sección 5a, de 3 de marzo de 2017, que recoge el criterio de la jurisprudencia menor:

” dicha falta de prueba no puede entenderse que deba ser suplida por el Juzgador de oficio por aplicación de lo dispuesto en el artículo 429 de la LEC. En este sentido debe entenderse de conformidad con la denominada jurisprudencia menor - SAP de Murcia de 15 de febrero de 2002 -EDJ2002/11 920-, SAP de Badajoz de 3 de mayo de 2002 -EDJ2002/40005-, SAP de Lugo de 29 de mayo de 2002 -EDJ2002/32229-, SAP

de Pontevedra de 17 de junio de 2002 -EDJ2002/41397-, SAP de Navarra de 16 de abril de 2002, SAP de Burgos de 23 de julio de 2002 -EDJ2002/43197-, SAP de Alicante de 30 de octubre de 2002 -EDJ2002/63966-, SAP de Córdoba de 6 de febrero de 2003 -EDJ2003/10258-, entre otras-, a la vista de su interpretación conjunta, sistemática y finalista, que se trata de una facultad judicial condicionada a la subjetiva constatación sobre la insuficiencia de las pruebas ya propuestas para acreditarlos hechos controvertidos, con la finalidad última de convencer al órgano jurisdiccional de la bondad de la pretensión

actuada, tratándose de una apreciación subjetiva que difícilmente podrá ser objeto de control externo y a posteriori por otro órgano judicial para imponer su propio criterio, sin que pueda servir de fundamento para subsanarla inexistencia de prueba o las propuestas por las partes inadecuadamente, así como que las actuaciones no se puede retrotraer hasta la proposición de prueba para dar posibilidad a las partes para proponer la necesaria para acreditar su derecho. En definitiva, el artículo invocado recoge un mecanismo para facilitar la convicción judicial sobre los hechos controvertidos mediante la facultad de

integración probatoria, pero no impone al juez un deber de controlar la suficiencia probatoria en la inicial fase de la audiencia previa, ni existe una garantía absoluta que, aun con indicación de insuficiencia probatoria, las nuevas pruebas acrediten los hechos controvertidos, todo ello sin olvidar que la normativa de la carga de la prueba del artículo 217 de la LECiv que opera al tiempo de dictar sentencia, no se halla supeditada al uso de la facultad del artículo 429». (SAP Madrid-Sección 14a - 27/10/2005 - 56/2005 - EDJ2005/209783-). En igual sentido, (SAP Alicante-Sección 6a - 27/05/2009 - 7/2009 -EDJ2009/151424-).

Se trata de una norma que hay que interpretar con cautela, pues la iniciativa probatoria, como manifestación del principio dispositivo, corresponde a las partes: «(...) hay que ponerla en relación con el Artículo 282 -EDL2000/77463-, que otorga la iniciativa probatoria a las partes. Nada impedía al demandante articular los medios de prueba que considerara pertinentes, y el Juez de instancia hizo un resumen de los hechos discutidos en el sentido que se ha transcrito. En este litigio están en juego intereses puramente particulares, sometidos al principio dispositivo, debiendo interpretarse y aplicarse el Artículo 429 de forma cautelosa, pues el principio general está señalado en el Artículo 282 y las normas generales en materia de carga de la prueba» (SAP Las Palmas-Sección 3a - 7

7/7 7/2009 - 883/2007 - EDJ2009/347062-).

Es por ello que no es el cauce para suplir la inactividad probatoria voluntaria de las partes. Así lo señala (SAP Salamanca-Sección 1ª -29/05/2007-141/2007-EDJ2007/141619-): «En consideración a lo expuesto, y dado que rige el principio general en el proceso civil de rogación, según lo establecido en el artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -EDL2000/77463-, no puede pretenderse la revocación de la sentencia por el solo hecho de que el Juez no haya suplido, en base al artículo 429 la deficiente actividad probatoria de las partes, que además conocían ya los criterios de esta Audiencia al respecto».

Por tanto, esa facultad que la Ley atribuye al juez en el art.429.1 LEC en el ámbito de juicio ordinario, y que resulta aplicable en el juicio verbal conforme prevé el art.443.3 LEC, no se encamina a suplir la eventual falta de prueba suficiente propuesta por las partes.

Y tampoco cabía acordar de oficio diligencias finales, no ya solo por no darse los presupuestos previstos en el art., 435.2 LEC para poder acordarlas de oficio ("Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran

resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos"), sino porque no cabe esa posibilidad en el juicio verbal, como señala la STS, Sala 1a, de 3 de julio de 2012:

"la petición posterior, concluido el juicio verbal y por el trámite de las diligencias finales, inicialmente previstas únicamente para el juicio ordinario, debe considerarse extemporánea. Como muy bien argumentó la Audiencia Provincial para denegar esta misma prueba solicitada en apelación, la prueba en este caso no fue indebidamente denegada (art. 460.2.1a LEC), pues, al margen de que las diligencias finales no se prevén expresamente en el juicio verbal, en todo caso el art. 435.1.1a LEC las excluye cuando se trate de "pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del art. 429".

Es más, aunque a partir de la modificación de la LEC operada en virtud del art. único.56 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre el art.447.1 LEC prevé la posibilidad de conceder a las partes trámite de conclusiones, una vez practicadas las pruebas, no se ha previsto, en cambio, la posibilidad de acordar diligencias finales."



Constituye ciertamente una orientación interesante en la interpretación de las situaciones pre-existentes a un accidente, de patrimonio biológico disminuido, o lesiones preexistentes, la sentencia nº 737/2018, de 10 de julio de 2018, de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, unificadora de doctrina, y determina si corresponde la declaración de Gran Invalidez a la situación de una trabajadora, de la Once, que con anterioridad a su alta en la Seguridad Social, presentaba patologías que ya eran merecedoras de su consideración como necesitada de ayuda por parte de otra persona:

“De conformidad con la tradicional interpretación del artículo 136.1 LGSS (en la versión correspondiente a los hechos enjuiciados; en la actualidad artículo 193.1) las reducciones anatómicas o funcionales de carácter genético o que, sin tenerlo, se han producido antes de la afiliación o alta del trabajador no pueden ser tomadas en consideración para causar protección por Incapacidad Permanente. De tal manera que aquellas lesiones o enfermedades que se padecieran con anterioridad al alta en la Seguridad Social no han de tener incidencia en la valoración de una invalidez permanente, pues en caso de que existan algunas invalidantes del trabajo, la misma Seguridad Social tiene sistemas de protección o prestaciones para subvenir a esas situaciones o contingencias, como son las atenciones a las personas con discapacidad. Ello no obstante, el párrafo segundo del citado precepto establece que: «Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.

En tales casos, habrá que determinar si concurren los supuestos configuradores

de los distintos grados de invalidez permanente, pero bien entendido siempre que la valoración no puede hacerse en comparación con la capacidad laboral normal de un trabajador ordinario, sino con la ya reducida que presentaba el propio trabajador. En definitiva, han de tenerse en cuenta, a tales efectos, las peculiaridades de su inserción en el mundo laboral, en la medida en que supone una ampliación de sus posibilidades de trabajo, compensadora, justamente, de su inicial imposibilidad para desarrollar una actividad laboral en las condiciones habituales del mundo laboral. Ello implica que la lesión preconstituida queda extraordinariamente relativizada en estos supuestos en los que, aun existiendo antes de la afiliación, el encuadramiento se ha producido teniendo en cuenta ya los padecimientos y la situación clínica del trabajador.

Portanto, habida cuenta de que el actor presentaba, con anterioridad al ingreso en el mundo laboral, una situación clínica que ya exigía la ayuda de una tercera persona, tal circunstancia no debe ser tenida en cuenta a efectos de la configuración de la nueva situación protegida que se produce como consecuencia exclusiva de la pérdida de la capacidad de trabajo que hasta entonces tenía el trabajador; de ahí que se le reconozca, por agravamiento de las lesiones que padecía y la aparición de otras nuevas, una Incapacidad Absoluta para todo Trabajo, pero, por lo mismo, ello le impide el reconocimiento de la Gran Invalidez, puesto que la situación clínica que

podría dar lugar a la misma ya la padecía con anterioridad a su ingreso en el mundo laboral, sin que las nuevas lesiones o el agravamiento de las ya padecidas hayan tenido ninguna incidencia a los efectos invalidantes que se pretenden.”

“La situación padecida por la demandante es merecedora de su consideración como gran invalidez si se examina en abstracto. Pero habida cuenta de que ello ya sucedía cuando comienza a desarrollar su actividad productiva la solución es distinta, por mandato legal expreso. La Entidad Gestora ha denegado la existencia de una GI interpretando correctamente nuestra legislación de Seguridad Social.”



Hay casos en que la dinámica habitual en el tráfico mercantil y la Ley del Consumidores y Usuarios no discurren parejos ni armoniosamente, y cuando, por azares del destino aquella es sometida a los tribunales, bajo el prisma de esta, surge inevitable lo correcto ante los “préstamos rápidos” como ejemplo, la sentencia nº 250/2018 de 26 de julio, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona:

“a) Así las cosas, en cuanto a la penalización por mora establecida en el contrato en éste como en otros muchos casos debellamarse la atención acerca de lo dispuesto en el art. 85.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que califica como abusivas “las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”. Entendemos que un porcentaje del 8% resulta excesivo, aunque su aplicación quede limitada a una sola vez, en tanto la cantidad resultante podrá ser capitalizada. Es sobradamente conocido que el Tribunal Supremo, tanto para los préstamos personales (STS núm. 265/15 de 22 de abril) como para los hipotecarios (STS núm. 364/15 de 3 de junio), admite tan solo para los intereses de demora incrementos máximos de dos puntos porcentuales respecto de los remuneratorios pactados. Ciertamente las cláusulas penales cumplen una función similar a los intereses de demora que, no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como sanción o pena con el objeto de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones (SSTS de 2 de octubre de 2001 y 4 de Junio del 2009).Consecuentemente, pueden trasladarse aquí los criterios señalados por la STJUE de 14 de marzo de 2013 a la que hicimos referencia en el fundamento

anterior para valorar cuándo la indemnización pactada resulta proporcionada y admisible. Y un porcentaje del 8% no parece estar justificado por lo que dicha cláusula debe ser también declarada nula y tenerse por no puesta en el contrato conforme dispone el art. 83 del citado Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

b) En cuanto a la comisión por gastos de reclamación, el art. 87.6 del mismo texto legal considera abusivas las cláusulas que impongan “el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente” o “la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados”.

En el caso de autos, la comisión implica un cargo automático por el mero hecho de constituirse el prestatario en mora, cuando la comisión sólo es devengable, según la normativa vigente, por la prestación de un servicio que es lo que legitima a tal cobro, pero no su aplicación automática. Ninguna prueba ha aportado Banco C del servicio que presuntamente ha prestado para que se devengue la comisión ni de su coste.

En el presente caso, no consta que el coste de reclamación de un recibo corresponda con el importe cobrado, y no consta siquiera que la entidad prestamista haya

llevado a cabo actividad alguna que justifique el cobro de la comisión, ni siquiera la remisión de una comunicación por cualquier medio, lo que unido al importe desproporcionado de la comisión conlleva su declaración de nulidad como cláusula abusiva.

Por ello, y en virtud del artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y del artículo 85 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios , la cláusula es nula de pleno derecho y se tiene por no puesta, resultando entonces improcedente la reclamación de dichas comisiones e indemnizaciones debiendo confirmarse en este punto la resolución de instancia.”

Evidentemente, “no todo vale”, y la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas tiene un marco muy definido, que conviene no traspasar, como por ejemplo, el de la tipificación personal en el delito de atentado, objeto de la sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional nº 50/2018, de 10 de mayo:



“No se trata, de que el precepto atribuya la condición de agente de la autoridad a determinadas personas en atención a la función que cumplen en el ejercicio de la competencia autonómica, del servicio de transporte de personas por ferrocarril. Es que, al atribuir tal condición a los empleados del titular de la infraestructura y de las empresas ferroviarias «a los efectos de la exigencia, si procede de la responsabilidad correspondiente a quienes ofrezcan resistencia o cometan atentado o desacato, de obra o de palabra, contra ellos», el precepto cuestionado no se atiene a esa finalidad y supera el límite que supone el respeto a las exclusivas competencias estatales, de modo que el legislador sectorial autonómico se autoerige en legislador penal.

Ese efecto se produce al hacer referencia explícita tanto a determinadas conductas identificadas indudablemente con tipos penales (resistencia, atentado o desacato, de obra o de palabra), como al determinar específicamente que la atribución de la condición de agente de la autoridad se hace a los expresos efectos de poder exigir responsabilidad por conductas que son indudablemente punibles, conforme a la legislación penal. De esta manera se tipifica de manera efectiva y concreta el supuesto de responsabilidad penal en la que pudieran incurrir quienes lleven a cabo determinadas conductas ilícitas contra los sujetos a los que se refiere el precepto autonómico. El artículo 38.4 de la Ley 4/2006 no sólo contiene la «advertencia», sino que hace mención expresa a

determinados tipos penales en los que potencialmente pueden incurrir quienes ofrezcan «resistencia o cometan atentado o desacato, de obra o de palabra» a los «empleados del titular de la infraestructura y de las empresas ferroviarias». La norma autonómica atribuye así el carácter de potencial sujeto pasivo de esos delitos a los empleados del titular de la infraestructura y de las empresas ferroviarias en el ejercicio de sus funciones. Con ello, en cuanto que determina que ciertas personas pueden ser sujetos pasivos de algunos tipos penales, se adentra en un ámbito que la Constitución reserva en exclusiva al Estado. Remite a la tipificación de las conductas de la norma penal e incide de ese modo en el establecimiento de las consecuencias punitivas correspondientes, materias propias de lo penal, conforme

a las SSTC 142/1988, FJ 7, y 162/1996, FJ 4. No se limita a aludir a la potencial exigencia genérica de responsabilidad penal en la que se pudiera incurrir, sino que se concreta respecto de unos concretos ilícitos penales, lo que supone que el Parlamento de Cataluña al prever ciertos delitos en particular, como consecuencia de determinadas conductas de las que pudieran ser objeto los

sujetos pasivos previstos en el artículo 38.4 de la Ley 4/2006, se ha arrogado una facultad que es competencia exclusiva del Estado de acuerdo con lo previsto en el artículo 149.1.6 CE.

En consecuencia, el artículo 38.4 de la Ley 4/2006, debe ser declarado inconstitucional y nulo.”



Viene a incidir la Sentencia nº 502/2018 de Sección nº 13 de la Audiencia Provincial de Barcelona en la doctrina que establece que, “en los casos de responsabilidad extracontractual, cuando no sea posible la determinación individual y personal de las responsabilidades atribuibles a los agentes intervinientes, surge una solidaridad impropia que permite que pueda prosperar la acción dirigida contra cualquiera de los eventuales responsables” STS de fecha 6 de noviembre de 1980, matizada, pero no desvirtuada por la STS (Pleno) de 10 de septiembre de 2012 (STS 536/2012), ratificada por la posterior STS de 4 de febrero de 2013 (STS 283/2013):

Ahora bien, la doctrina jurisprudencial recogida en esta STS 536/2012 es la aplicable cuando se trata de las acciones ejercitadas, bien por los conductores de los vehículos implicados, bien, por subrogación, por sus aseguradoras, precisamente sobre la base del riesgo inherente a la conducción creado por cada uno de ellos.

Pero, en el supuesto de autos, la demanda principal se interpone por las tres personas que viajaban como pasajeros en uno de los vehículos (el autotaxi) implicados en el accidente. Se trata de terceros que carecían del dominio del hecho por lo que a la conducción del vehículo se refiere, quienes, por tanto, no introducen con su conducta ningún factor de riesgo. Se trata de terceros perjudicados por los conductores de los vehículos indudablemente implicados,

que son los que practican actividades de riesgo y por ello responsables solidarios, salvo que acrediten que las víctimas, con su conducta, interfirieron de forma determinante, quebrando la relación causal entre el daño y la actuación de los conductores. De este modo el art. 1.1 de la LRCSCVM establece que la obligación de indemnizar los daños personales causados con motivo de la circulación por un vehículo de motor, sólo se excluirá cuando se pruebe que fueron debidos únicamente a culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo.

A este respecto cabe recordar, siguiendo los razonamientos de la STS de 14 de abril de 2001 (STS 364/2001) que en los casos en los que la obligación nazca de un hecho ilícito o culposo, la mayor parte de la doctrina científica

se ha decantado concluyendo que se ha de estimar que la responsabilidad exigible es la solidaria entre los agentes concurrentes a la producción del daño precisando; que, por definición, en toda situación de solidaridad existen cuotas de responsabilidad de cada deudor, pues en la relación interna entre los deudores cada uno lo es de un parte, que se presumirá igual si no hubiere otra norma convencional o legal (art. 1.138); pero tales cuotas no se proyectan frente al tercero, que es acreedor del total de la deuda frente a cada uno de los deudores; y por ello la solidaridad entre todos los deudores frente al acreedor no es incompatible con la fijación de tales cuotas en la relación interna .

En consecuencia, encontrándonos ahora en este último caso de incertidumbre causal, en que no consideramos acreditado el concreto porcentaje en

que ha contribuido el riesgo de cada vehículo al resultado producido, frente a los demandantes, que son todos ellos terceros perjudicados, tanto el CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS como R son responsables de la totalidad de la indemnización.

Solo un último inciso para hacer constar que no podemos considerar una concurrencia de culpas por parte de los actores por no

llevar el cinturón de seguridad, y ello por diversas razones: a) porque en ningún caso esa omisión sería predicable de todos los pasajeros del taxi, y no consta debidamente acreditado quiénes de ellos concretamente no lo llevarían, existiendo cierta confusión de datos al respecto si se contrastan los datos del atestado y las manifestaciones de las partes; b) porque, en todo caso, solo puede excluir la imputación la conducta o negligencia del perjudicado, si se acreditase que los daños se

deben única y exclusivamente a dicha conducta, lo que obviamente no es el caso, y c) porque, para considerar la posible apreciación de concurrencia de culpas, sería necesario que constase probado, y no es así, en qué medida podría haber influido en el resultado de daños el no uso del cinturón, no pudiéndose aplicar, a nuestro juicio, un porcentaje a tanto alzado, estimativamente considerado.”

Resulta llamativo, en cuanto que legalmente factible, pero infrecuente, -“corregir en beneficio del reo cualquier error de derecho suficientemente constatado...”- que hallamos en la sentencia nº 388/18 de 25 de julio de la Sala 2ª del Tribunal Supremo:

“4. En el motivo se contiene una argumentación que nada tiene que ver con el quebrantamiento de forma en el sentido casacional: entiende que la pena de prisión que le ha sido impuesta por el órgano de instancia resulta carente de proporción con los hechos enjuiciados y con las circunstancias en él concurrentes.

Pese a lo desenfocada que resulta la interposición del motivo y aunque expresamente no haya sido planteado por la recurrente, debemos tener en cuenta su voluntad impugnativa y la doctrina de esta Sala (SSTS 625/2010 de 6.7, 139/2009 de 24.2, 268/2009 de 19.2) que permite corregir en beneficio del reo cualquier error de Derecho suficientemente constatado, por cuanto esta Sala casacional, con asunción de

su plena jurisdicción puede entrar en el estudio de una cuestión jurídica de obligado estudio y resolución y que forma parte de la demanda de justicia, inevitablemente unida a la tutela judicial efectiva que, como derecho fundamental, implícitamente está asumido por el acusado al formular su pretensión revocatoria.

El error se constata en la individualización de la pena impuesta por el delito contra la seguridad del tráfico, por conducción de un vehículo de motor sin haber obtenido nunca permiso para ello. El Tribunal aprecia la atenuante de dilaciones indebidas (Fundamento Jurídico Séptimo), por lo que las penas se deben imponer en su mitad inferior (art. 66.1.1ª CP). Opera correctamente en el caso del delito contra los derechos de los

ciudadanos extranjeros, ya que razona que impone la pena en su mitad inferior y cercana al mínimo legal (Fundamento Jurídico Noveno), estableciendo la pena de prisión de 4 años y 3 meses. Sin embargo, la pena impuesta por el delito contra la seguridad del tráfico es la de multa de 20 meses con una cuota diaria 12 euros, cuando la mitad inferior de la pena de multa se debe mover entre los 12 meses y los 18 meses, de conformidad con el art. 384 CP. De acuerdo con los mismos criterios que aplica al delito del art. 318 bis CP, se considera que la multa procedente es la de 12 meses y 15 días con cuota diaria de 12 euros.

Por ello, el motivo debe ser estimado parcialmente.”

El deber de restitución de los frutos del poseedor de mala fe, la culpa contractual, el deudor doloso, y el lucro cesante,- y la biología de la pretensión procesal -interesante conjunto que se halla en la sentencia nº 537/13 de 4 de enero de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

“3. El deber de restitución de los frutos que recae respecto del poseedor de mala fe, conforme a lo dispuesto en el artículo 455 del Código Civil, trae causa, prima facie, de la propiedad del legítimo poseedor como título de atribución del derecho a los frutos producidos. Razón que resulta también extrapolable, como títulos de atribución, tanto a la existencia de derechos de goce sobre la cosa, como a la posesión de buena fe, conforme a lo señalado por el artículo 451 del Código Civil. Desde esta perspectiva, y al hilo de lo argumentado por la parte recurrente, si bien puede afirmarse que el deber que pesa sobre el poseedor de mala fe respecto de los frutos percibidos anida en un fundamento de sanción del enriquecimiento sin causa, mientras que el deber respecto de los frutos que hubiera podido percibir el poseedor legítimo se concreta en una deuda indemnizatoria; no obstante, debe señalarse que esta delimitación que interesa, primordialmente, a los parámetros a tener en cuenta para el cálculo del quantum, no altera la unidad conceptual y sistemática de la figura en orden a su configuración en torno a una única acción de restitución derivada de la liquidación de un estado posesorio concordante, significativamente, con la preferencia, en la medida que sea posible, de la restitución de los frutos percibidos por el poseedor de mala fe.

En este contexto, los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir (*fructus percipiendi*) no pueden establecerse de un modo autónomo con independencia del marco de aplicación de la obligación de restitución resultante pues con mayor precisión, si se quiere, la obligación de restitución no trae causa directa de la propiedad sobre los frutos, en sí mismos considerados, sino de los títulos de atribución anteriormente señalados y de la consiguiente liquidación del estado posesorio, presupuestos que en el presente caso no concurren pues del título de atribución, esto es, de la relación contractual subyacente, dichos frutos no tuvieron una previa y necesaria existencia real y, por tanto, situación posesoria que pueda ser objeto de liquidación; de forma que su abstracta consideración de frutos civiles, con referencia a los posibles intereses que pudieran recibir como compensación resarcitoria, o el mero alcance de la mala fe de la conducta seguida por los demandados no resultan comprensivos, por ellos solos, de la tipicidad básica que informa la aplicación del artículo 455 del Código Civil. (STS 30 de abril de 2013, 275/2013).

4. Sin embargo, y sin perjuicio de lo anteriormente señalado, conforme a la configuración del dolo contractual o del dolo en la ejecución de las obligaciones, que ambas instancias declaran como conclusión obtenida

mediante una inferencia establecida a partir de circunstancias de hecho que detalladamente expresa, se presenta dotada de racionalidad y lógica suficiente, la causa de pedir resarcitoria solicitada en el presente motivo debe ser estimada.

En este sentido, si bien en nuestro sistema el dolo civil no constituye “per se” una pretensión autónoma, en orden a configurarse ya como acción única, o bien como presupuesto de la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación y, en su caso, del resarcimiento de los daños, no obstante, dentro del marco de la responsabilidad contractual o extracontractual de que se trate, su aplicación responde a un criterio de agravación de la responsabilidad como respuesta a la actuación frontalmente contraria al Principio de Buena fe (entre otras, STS 25 de febrero de 2013, núm. 58/2013). Desde esta valoración debe entenderse la diferenciación dispuesta por el artículo 1107 del Código Civil; así, párrafo primero, mientras que el deudor no doloso sólo responde del resarcimiento de los daños previsibles en cuanto sean consecuencia necesaria de su incumplimiento, el deudor doloso asume un resarcimiento integral de los daños ocasionados, esto es, de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, párrafo segundo del precepto.

Pues bien, en este contexto, debe señalarse que la pretensión resarcitoria de la

parte recurrente, respecto de los intereses compensatorios desde el momento en que se produjo el perjuicio, esto es, desde la venta de los derechos de suscripción preferente, el día 7 de enero de 1988, resulta adecuada a la responsabilidad fundada en el dolo en la medida que corresponde a un daño contractual comprendido en el contenido indemnizable que nuestro Código Civil establece (artículo 1106) con el objeto, en términos generales, de colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos que estaría si no se hubiese producido la lesión contractual; indemnidad que en el caso de la responsabilidad contractual fundada en el dolo resulta, como se ha señalado, reforzada. En el presente caso, como la propia sentencia de Apelación puntualiza, dicha pretensión indemnizatoria queda concretada en el denominado lucro cesante (lucrum cessans) como

expresión o extensión lógica de la ganancia frustrada o dejada de obtener. Concreción que, por lo demás, y dentro del propio régimen de responsabilidad contractual, resulta plenamente adecuada a la inferencia causal aplicable a la responsabilidad fundada en el incumplimiento doloso, "daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación". En efecto, atendidos los fundamentos de la responsabilidad contractual, esto es, el propósito comercial que informó la relación contractual, así como la debida ejecución del programa de prestación, no cabe duda que el menor precio de venta obtenido, respecto del que se debiera haber producido, constituye un lucro cesante derivado directa o internamente de la propia razón económica de la relación comercial celebrada que debe ser contemplado dentro del resarcimiento integral de la lesión contractual considerada

en toda su extensión, esto es, atendido el completo iter comercial desarrollado; de ahí, que los intereses compensatorios por no haber podido disfrutar los flujos monetarios que el contrato debió generar deban ser atendidos desde la fecha en que este se celebró, el 7 de enero de 1988, momento en el que realmente se operó la lesión contractual."

"En este concreto ámbito, esta Sala, al examinar la prohibición de la mutatio libelli, ha venido declarando que puede admitirse que la pretensión procesal, conservando su existencia, experimente un cierto desarrollo durante el transcurso del proceso, producto de lo que metafóricamente se ha llamado biología de la pretensión procesal (SSTS 17/2010, de 9 de febrero, 420/2010 de 5 de julio y 803/2011, de 9 de marzo)."

La Sentencia nº 442/18, de 12 de Julio , de la Sala 1ª del Tribunal Supremo se dicta "... ante un supuesto de ... impugnación de un acuerdo de comunidad, impugnación que no es aislada sino que es una página más de la historia litigiosa del hoy recurrente con su comunidad, a la cual viene obligando a una interminable cadena de procedimientos judiciales, procesos que no han contribuido a los objetivos pretendidos por el comunero, quien nunca ha conseguido la declaración de que su hubiese conculcado el orden jurídico y sin embargo provoca una cantidad elevada de gastos procesales que han venido supliendo el resto de los comuneros en detrimento de su propio patrimonio."

Es doctrina reiterada de esta sala, que la comunidad vencida no puede repercutir al comunero que litiga con ella, como gastos generales, los devengados por la defensa de la comunidad (abogado y procurador) (sentencias de 24 de julio de 1997, rec. 2366/1993 ; 475/2011 de 24 de junio ; 894/2011 de 30 de noviembre ; 146/2012 de 26 de marzo y 342/2018 de 7 de junio).

En el presente caso, se declara por la Audiencia Provincial- de Murcia, sección 1ª Stª 08/04/2015):

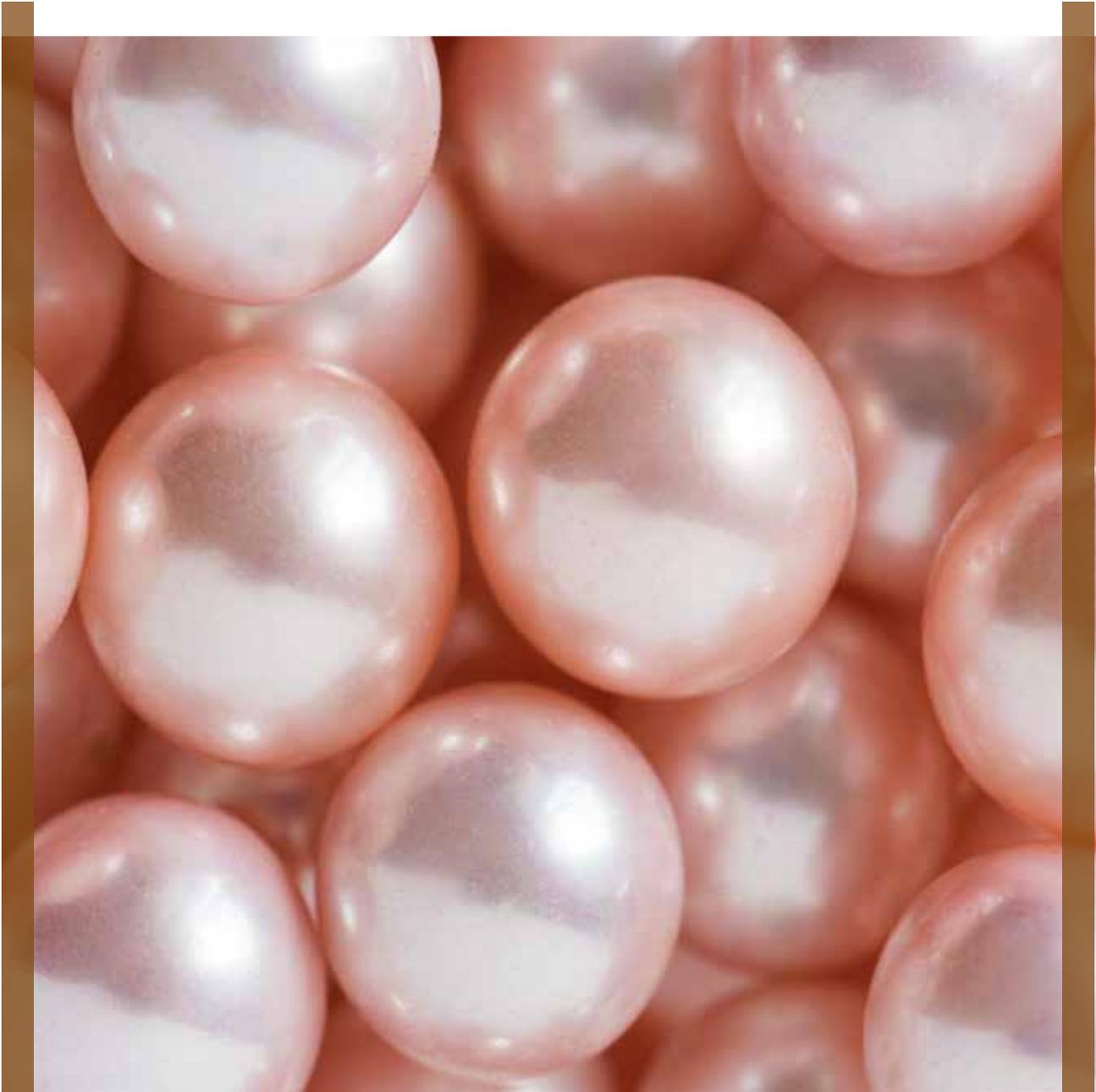
«Segundo.- Han de ser desestimadas las alegaciones de la apelante en base a los acertados razonamientos contenidos en la sentencia dictada en la instancia, debiendo decir, no obstante, que un gasto merece la consideración de general cuando se realiza en

beneficio de la Comunidad, obligando su coste a todos los comuneros, englobándose en dicho concepto los gastos de defensa jurídica de los derechos e intereses legítimos de la comunidad autorizados por la junta de propietarios, constituyendo la excepción a ello aquellos gastos procesales devengados por litigio planteado entre la Comunidad y el propietario del piso o local en que se impongan las costas

procesales a la citada Comunidad, ya que si en estos casos se hace recaer sobre el comunero que combatió judicialmente el acuerdo de la misma, con la obligación de su pago estaría afrontando no sólo los gastos propios sino también en parte los de la Comunidad de Propietarios vencida, si bien en el supuesto enjuiciado, ...en ningún caso se ha condenado a la Comunidad al pago de las costas judiciales, y las únicas resoluciones en que no se han impuesto las costas a la

hoy apelante son ... si bien en ambos casos no se hace pronunciamientos sobre las mismas por existir dudas de hecho o de derecho u otras razones, pero en ningún caso porque se acogieran los planteamientos del comunero disidente, ni tan siquiera parcialmente, de manera que no es factible considerar que se viera agraviado por los acuerdos de la Comunidad, que se encontró con la obligación de mantener sus acuerdos que en ningún caso fueron alterados o declarados

nulos judicialmente, debiendo llevar a cabo la misma un desembolso para pagar a los profesionales que la representaron o asistieron, al margen de que por el tipo de procedimiento fuere, o no, exigible la presencia de tales profesionales, pudiendo por ello acordar el reparto de tales gastos entre todos los comuneros, incluido el impugnante que nunca obtuvo pronunciamiento alguno favorable total o parcialmente a sus pretensiones de fondo».





Mª CRUZ APARICIO REDONDO

por M^º Carmen Ruiz-Matas Roldán

Doña M^ª Cruz Aparicio Redondo, magistrada del Juzgado de 1^ª Instancia n^º 11 de Bilbao, ponente en diferentes cursos y jornadas sobre el Baremo desde su entrada en vigor en colaboración con diferentes asociaciones así como en el CGPJ, el Colegio de la Abogacía de Vizcaya, y el Instituto de Medicina Legal. Ha impartido la asignatura de valoración del daño corporal en la Escuela Judicial. Autora de diferentes artículos sobre el nuevo sistema de valoración para publicaciones de ámbito nacional. Actualmente forma parte del Grupo de Apoyo a la Comisión de Seguimiento del Baremo.

Tenemos la suerte de poder entrevistar en esta ocasión a doña M^ª Cruz Aparicio Redondo, Magistrada del Juzgado de 1^ª Instancia n^º 11 de Bilbao, quien participará como ponente en nuestro próximo Congreso Nacional en Gijón y quien siempre está dispuesta a colaborar con nuestra Asociación en cualquiera de sus actividades

MC: En primer lugar quisiera preguntarle qué opinión le merece la actividad desarrollada por la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro y si considera que sus publicaciones y conclusiones pueden influir en cierto modo en el sentir de nuestra Jurisprudencia sobre responsabilidad civil.

MCA: Tanto la revista publicada por la Asociación, como los cursos que organiza, así como su congreso anual, constituyen un referente para cualquier operador jurídico que desee mantenerse al día sobre las resoluciones judiciales más

recientes, las últimas reformas legislativas, y la mejor doctrina al respecto. En la medida que la actividad desarrollada por la Asociación es un cauce de expansión del conocimiento, es evidente que la misma puede contribuir a conformar una determinada interpretación en relación con los temas que aborda.

MC: Sabemos que es gran conocedora del Nuevo Baremo introducido 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 y querría preguntarle si entiende que los cambios introducidos por el mismo han sido suficientes para mejorar la reparación del daño personal en España.

MCA: La reforma ha supuesto una mejora innegable respecto al sistema anterior, tanto en la estructura y vertebración del mismo, como en la

indemnización por fallecimiento y la correspondiente a grandes lesionados, por citar alguno de sus puntos más relevantes. Pero es evidente que la Ley 35/2015 no supuso un punto final en la mejora del sistema de valoración, como evidencia la creación de la Comisión de seguimiento, que sigue trabajando en la adopción de acuerdos que permitan solventar de forma consensuada los problemas de interpretación que surgen tras su entrada en vigor, y que culminará su labor elevando un informe razonado del que pueden derivar mejoras en el sistema.

MC: ¿Por qué considera que el trámite de reclamación previa por el lesionado y oferta motivada por la aseguradora no está funcionando como se había previsto con la Reforma?

MCA: La sensación que tenemos en los Juzgados de Primera Instancia es que se ha reducido el número de asuntos de tráfico. Aunque podría pensarse que ello es debido a que la fase previa está teniendo éxito, intranquiliza escuchar que ello obedece, en algunos casos, a que los perjudicados se ven abocados a aceptar ofertas con las que no están de acuerdo, para evitar el coste e incertidumbre que implica iniciar un procedimiento judicial. Se observa cierta tendencia a emitir ofertas motivadas a las que no se acompaña el correspondiente informe médico definitivo, incluso cuando el perjudicado ha sido reconocido por los servicios médicos designados por la aseguradora (desde luego, dichos servicios no están facilitando informe alguno al perjudicado, pese a estar obligados a ello por el art. 37.3 LRCSCVM). En cualquier caso, los incumplimientos tienden a perpetuarse si no se deriva consecuencia negativa alguna de los mismos; habrá que analizar si se están denunciando dichas contravenciones, la respuesta que reciben estas denuncias, y si es necesario introducir nuevas sanciones que desincentiven a los infractores.

MC: ¿Está de acuerdo con la incipiente Jurisprudencia menor según la cual no es admisible la aportación de pericial en el procedimiento judicial por parte de la aseguradora si previamente en el trámite de reclamación previa no ha aportado al lesionado dicha pericial junto a su oferta motivada?

MCA: Hasta el momento, solo conozco la SAP Granada, sec. 5ª, nº 110/18, de 16 de marzo (cuyos argumentos ha reproducido la sec. 4ª de la misma Audiencia en la sentencia nº 244/18, de 14 de septiembre), a la que se debe reconocer el mérito de haber dado por primera vez una solución motivada a este problema. Aunque los argumentos en los que se fundamenta la deci-

sión me parecen cuestionables, comparto la inquietud que subyace en la citada resolución. Se percibe cierto consenso sobre la insuficiencia de las consecuencias negativas previstas para el incumplimiento por la aseguradora de las obligaciones que le impone el art. 7 LRCSCVM. Tal y como está regulada la cuestión, tanto en el citado precepto, como en los arts. 335 ss. LEC, parece difícil que los tribunales vayan a adoptar una respuesta unánime al respecto a corto plazo, lo que genera una inseguridad jurídica a todas luces indeseable. Entiendo que la cuestión debe ser debatida en la Comisión de Seguimiento, a fin de alcanzar una respuesta uniforme y consensuada, aprovechando que está a punto de cumplirse el plazo establecido en la DA 1ª de la Ley 35/2015, para la emisión del correspondiente informe razonado.

MC: ¿Considera que las recomendaciones de la comisión de seguimiento de la aplicación del nuevo sistema instaurado deberían ser tenidas en cuenta por todos los agentes que intervienen en la tramitación de accidentes de circulación?

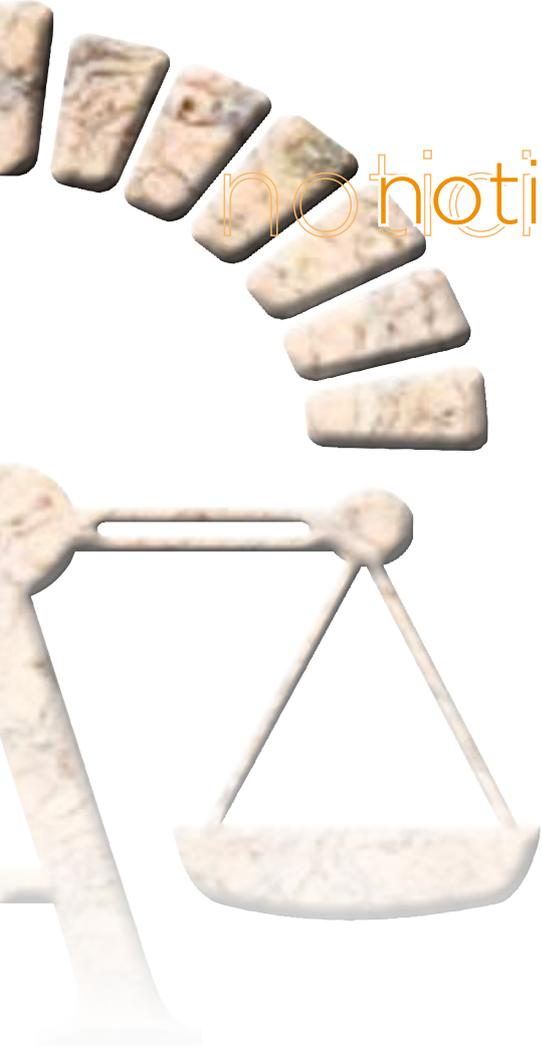
MCA: Sin duda alguna. La Guía de buenas prácticas es un instrumento imprescindible para todos, pero la misma no cumplirá su objetivo de unificar criterios si es obviada por los agentes implicados. Debe tenerse en cuenta que en la Comisión de seguimiento están representados todos los intereses afectados, lo que permite la adopción de soluciones consensuadas y, en consecuencia, satisfactorias para el conjunto de los involucrados.

MC: ¿Entiende que la aplicación del Baremo en otros ámbitos fuera de la circulación de vehículos a motor es la mejor solución para todos los casos, o considera que hay excepciones donde los límites del Baremo se pueden sobrepasar?

MCA: Valoro de forma positiva la función orientadora del Baremo fuera del ámbito motorizado (negligencias médicas, accidentes de trabajo, caídas ...). No obstante, las especiales características de este último justifican la imposición de ciertos límites al principio de reparación íntegra que no deben operar cuando se utilice el sistema de valoración para calcular indemnizaciones por daños no derivados de hechos de la circulación.

Muchas Gracias por su colaboración

noticias y actividades



PUBLICADA UNA NUEVA ACTUALIZACIÓN DE LA **GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE AUTOS**, QUE INCLUYE LOS ACUERDOS DE LA **COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DE 2 DE OCTUBRE DE 2018**, REFERIDOS A LA VALORACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE POR DEDICACIÓN A LAS TAREAS DEL HOGAR DE LA UNIDAD FAMILIAR EN CASO DE MUERTE, SECUELAS Y LESIONES TEMPORALES.



MINISTERIO DE JUSTICIA
MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

GUIA DE BUENAS PRÁCTICAS 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 (en adelante LRCSCVM).

PRESENTACIÓN

I.- En el seno de las instituciones de la Unión Europea y de la mayoría de los países de la OCDE se viene llevando a cabo desde hace años una política conocida como "regular mejor" (better regulation) o "legislación inteligente" (smart regulation) que se plantea no sólo incrementar la calidad técnica de las normas y simplificar el ordenamiento jurídico, sino también potenciar su eficacia y eficiencia mediante el uso de métodos de evaluación durante su elaboración (ex ante) y una vez han entrado en vigor (ex post).

Esta forma de trabajar pretende garantizar que las decisiones políticas se preparen con los mejores conocimientos socioeconómicos posibles y de un modo abierto y transparente, con el respaldo de la participación amplia de grupos de interés que representen a todos los colectivos potencialmente afectados. Con ello se aspira a cubrir todo el ciclo de la política legislativa, que abarca desde el diseño, adopción y elaboración de políticas de actuación, su plasmación en las correspondientes normas jurídicas, hasta la implementación o puesta en práctica de las normas ya aprobadas. Para cada fase del ciclo de la política legislativa, existen una serie de principios, objetivos, instrumentos y procedimientos que tienen por finalidad conseguir la mejor legislación posible y que se refieren a la planificación, la evaluación de impacto normativo, la consulta de las partes interesadas, la implementación y la evaluación *ex post*.

II.- La Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* ha introducido en el panorama administrativo español una nueva regulación orientada no solo a atenuar la dispersión normativa que pudiera existir, sino también a reforzar la participación ciudadana, la seguridad jurídica y la revisión del ordenamiento.

Con estos objetivos, se establecen en ella por primera vez las bases con arreglo a las cuales se ha de desenvolver la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas con el objeto de asegurar su ejercicio de acuerdo con los principios de buena regulación, garantizar de modo adecuado la audiencia y participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento, como corolario imprescindible del derecho constitucional a la seguridad jurídica¹.

En esta línea, el artículo 130.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, relativo a la Evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación, dispone que:

¹) Con esta regulación se siguen las recomendaciones que en esta materia ha formulado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su Informe emitido en 2014 «Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement».



MINISTERIO DE JUSTICIA
MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

“1. Las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas.

El resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente.”

Esta norma fortalece la **evaluación ex post**, puesto que junto con el deber de revisar de forma continua la adaptación de la normativa a los principios de buena regulación, se impone la obligación de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor, con el objeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos, cuál ha sido su impacto social y si el coste y cargas derivados de ellas estaba justificado y adecuadamente valorado.

III.- Uno de los muchos instrumentos técnicos que pueden servir para guiar una evaluación ex post son las **recomendaciones de buenas prácticas**. Tales recomendaciones son el resultado del acuerdo de los diversos colectivos que intervienen en la aplicación de una nueva normativa, con la participación, en ocasiones de la Administración. No tienen por objeto substituir la tarea interpretativa de los tribunales en la aplicación del Derecho, sino servir de herramienta a los operadores jurídicos para fomentar la colaboración, la buena fe y la transparencia generalizadas en la aplicación de la normativa. Gozan del respaldo que les otorga 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. El análisis de su seguimiento y de su cumplimiento generalizado espontáneo o de su rechazo proporciona también un indicador importante respecto a las propuestas de mejora de la regulación que puedan realizarse al final del proceso de evaluación ex post.

IV.- En estos puntos, 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* ha sido pionera reproduciendo esa voluntad evaluativa de las políticas públicas y su normativa mediante la creación en la disposición adicional primera de una **Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración** con el objeto de analizar su puesta en marcha, sus repercusiones jurídicas y económicas y el sistema de actualización previsto en dicha norma.

La Comisión de Seguimiento, presenta a continuación sugerencias de buenas prácticas aprobadas por el Pleno de la Comisión.



MINISTERIO DE JUSTICIA
MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

Acuerdos de la Comisión de 14 de septiembre de 2017.

BUENAS PRÁCTICAS

1. PRINCIPIOS GENERALES

Las buenas prácticas requieren que las relaciones entre asegurador y perjudicado, y de todos los profesionales que participan en los procedimientos de reclamación de daños personales, estén presididas por los principios de colaboración, buena fe y transparencia. La Comisión de Seguimiento recomienda también que todas las actuaciones se ajusten además a las buenas prácticas específicas que vaya estableciendo.

2. CAPÍTULO JURÍDICO

2:1. RECLAMACION EXTRAJUDICIAL PREVIA A LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

2:1:1. Contenido de la reclamación

La buena práctica requiere que la reclamación extrajudicial previa contenga todos los datos de los que disponga el perjudicado. Constituye una práctica que contraviene el deber de colaboración del perjudicado establecido en los arts. 7 y 37 LRCSCVM la presentación de reclamaciones ocultando información de la que se disponga y que dificulte la determinación de la responsabilidad o la cuantificación del daño.

2:1:2. Validez de la reclamación extrajudicial no cuantificada

Dado que de acuerdo con el art. 7.1 LRCSCVM no corresponde al perjudicado llevar a cabo la cuantificación de su reclamación, la buena práctica exige admitir la reclamación extrajudicial previa que no contenga la cuantificación de la indemnización que se solicita, incluso en el caso de que el reclamante disponga de todos los elementos para poder calcularla y cuantificarla.

2:2. OFERTA MOTIVADA

2:2:1. "Ofrecimiento" a la víctima por procedimientos distintos de la oferta motivada

La buena práctica exige que no se lleven a cabo "ofrecimientos" resarcitorios al perjudicado que no se materialicen a través del procedimiento de la oferta motivada, ni que se condicione el contenido de la oferta motivada a la aceptación de "ofrecimientos" previos telefónicos, verbales o por escrito. La oferta motivada prevista en el art. 7. 2 y 3 LRCSCVM, su forma, contenido, plazos y demás requisitos constituyen un mecanismo esencial de protección de los intereses de los perjudicados que se considera insustituible.



MINISTERIO DE JUSTICIA
MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

2:2:2. Contenido de la oferta motivada

2:2:2-1. La buena práctica exige que la oferta motivada prevista en el art. 7.2 y 3 LRCSCVM contenga de forma estructurada y desglosada los distintos conceptos que se indemnizan y sus correspondientes importes, de forma que el perjudicado pueda conocer con claridad el importe total de la indemnización ofrecida y el desglose de los importes parciales que componen dicha indemnización. Constituye una práctica que contraviene el deber de colaboración del asegurador previsto en los arts. 7 y 37 LRCSCVM la presentación de ofertas motivadas ocultando información de la que se disponga y que dificulte la determinación de la responsabilidad o la cuantificación del daño.

2:2:2-2. En particular, la buena práctica demanda:

- a) Respecto de las secuelas, que la oferta motivada o el informe médico definitivo que se adjunte a ella contenga su relación, los puntos asignados a cada una y la codificación que les corresponda.
- b) Respecto a las lesiones temporales, que consten, en su caso, los grados del perjuicio personal por pérdida temporal de calidad de vida previstos en el art. 138 LRCSCVM.
- c) De acuerdo con el art. 7.3.d) LRCSCVM, el pago de la oferta motivada no puede condicionarse a la renuncia de futuras acciones. No obstante, se considera una práctica admisible el acuerdo de renuncia de futuras acciones después de emitida la oferta y pagada la indemnización. Se excluye de dicho acuerdo, conforme al artículo 43 de la LRCSCVM, la reclamación por alteraciones sustanciales de las circunstancias que determinaron la fijación de la indemnización o por la aparición de daños sobrevenidos.

Acuerdos de la Comisión de 27 de noviembre de 2017.

2:3. APORTACIÓN DE INFORME MEDICO EN EL CASO DE OFERTA O RESPUESTA MOTIVADA

2:3:1. Informe médico en los casos de coincidencia entre la reclamación previa y la oferta motivada

Si los conceptos e importes que constan en la oferta motivada coinciden con los solicitados en la reclamación, tanto en el caso de lesiones temporales como de secuelas, la buena práctica permite considerar la información médica aportada por el lesionado como informe médico definitivo a los efectos del art. 37.3 LRCSCVM.

2:3:2. Informe médico en los casos de oferta motivada en que solo se produzcan lesiones temporales

2:3:2-1. En los casos en que solo se reclamen lesiones temporales, si no hay cuantificación o no existe acuerdo sobre la reclamación, la buena práctica permite que la aseguradora base su oferta motivada en la documentación médica aportada por el lesionado con explicación detallada de los criterios empleados.

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 LRCSCVM.



MINISTERIO DE JUSTICIA
MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

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 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

2:3:4-1. La buena práctica no requiere que la entidad aseguradora incluya informe médico alguno en los casos en que no se pueda cuantificar el daño en su totalidad previstos en el párrafo segundo del art. 7.4.a) LRCSCVM.

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.

2:3:4-3. En el caso de lesiones temporales o secuelas que deriven de un traumatismo menor de columna vertebral, la buena práctica no demanda el informe médico definitivo en la respuesta motivada que se base en que la sintomatología no apareció en tiempo médicamente explicable, atendiendo al criterio cronológico del art. 135.1.b) LRCSCVM.

Acuerdos de la Comisión de 6 de marzo de 2018.

2:3:5. Deberes de diligencia y colaboración

2:3:5-1. El artículo 7.2. LRCSCVM establece en su quinto y penúltimo párrafo que el asegurador deberá observar desde el momento en que conozca, por cualquier medio, la existencia del siniestro, una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización. Por esta razón, aunque no haya reclamación del perjudicado, la buena práctica requiere que:

a) Cuando el asegurador tenga conocimiento de la existencia de daños corporales en un siniestro que pueda afectarle, despliegue, en cumplimiento de tal deber, la actividad necesaria para cuantificar el daño y, cuando le corresponda, liquidar la indemnización lo antes posible.

b) El lesionado preste la colaboración necesaria que prevé el art. 37.2 LRCSCVM para que los servicios médicos designados por el asegurador le reconozcan cuando éste lo solicite, con la periodicidad médicamente adecuada y sin dilaciones injustificadas, y de forma que no



MINISTERIO DE JUSTICIA
MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

perturbe sus actividades ni comporte riesgo para su salud o integridad física.

2:3:5-2. En todo caso, haya o no reclamación del perjudicado, la buena práctica requiere que, una vez consolidadas las secuelas o producida la curación, los servicios médicos designados por el asegurador proporcionen al lesionado sin dilaciones injustificadas el informe médico definitivo que prevé el art. 37.3 LRCSCVM, sin necesidad de tener que esperar a la oferta o, en su caso, respuesta motivada.

Acuerdos de la Comisión de 2 de octubre de 2018.

2:4. Buenas prácticas en la valoración de determinados perjuicios

2:4:1. Buenas prácticas en la valoración de la indemnización del lucro cesante por dedicación a las tareas del hogar de la unidad familiar en caso de muerte, secuelas y lesiones temporales

2:4:1-1. La regulación de la indemnización del lucro cesante por dedicación a las tareas del hogar de la unidad familiar responde a lo largo de la ley a los mismos criterios básicos. Por esa razón, la buena práctica requiere.

a) Que por dedicación a las tareas del hogar en los casos previstos de los artículos 84, 131 y 143.4 LRSCVM debe entenderse que es trabajo doméstico para atender las necesidades de la unidad familiar tal como lo entiende el art. 60 LRSCVM.

b) Que los incrementos para unidades familiares de más de dos personas previstos en los artículos 84.2 y 131.1.b) LRCSCVM se aplican también en todos los casos de lesiones temporales con independencia de la existencia o no de secuelas y de su puntuación.

c) Que en los casos de lesiones temporales con secuelas superiores a tres puntos no existe el límite de los treinta días y también se aplican las reglas que tienen en cuenta siempre la cantidad diaria de un salario mínimo interprofesional anual y el tamaño de la unidad familiar previstas en el art. 131.1 a) y b) LRCSCVM, sin necesidad de que el número de puntos conduzca a una incapacidad permanente absoluta o total.

d) Que la regla relativa a la dedicación parcial en caso de reducción de jornada o de trabajo a tiempo parcial de los artículos 85 y 131.3 LRCSCVM se aplica a todos los casos previstos en el art. 143.4 LRCSCVM.

e) En caso de secuelas, la regla del art. 131.3 LRCSCVM en materia de dedicación parcial a las tareas del hogar debe entenderse referida a los mismos supuestos de reducción de la jornada o de desempeño de trabajo a tiempo parcial para atender las necesidades de la unidad familiar.

2:4:1-2. La duración del perjuicio por lucro cesante por dedicación a las tareas del hogar de la unidad familiar en los supuestos de incapacidad permanente absoluta o total es hasta los 67 años. No obstante, si el lesionado había cumplido los 67 años en el momento del accidente, pero seguía dedicándose a las tareas del hogar de la unidad familiar, sin estar percibiendo pensión contributiva por jubilación o incapacidad permanente, la duración del perjuicio es de dos años.



MINISTERIO DE JUSTICIA
MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

2:4:1-3. En los supuestos de lesiones temporales el lucro cesante por dedicación total o parcial a las tareas del hogar de la unidad familiar, se aplicará, cuando a causa del accidente exista un perjuicio por pérdida temporal de calidad de vida muy grave, grave o moderado y no se esté percibiendo pensión contributiva por jubilación o incapacidad permanente.

2:4:1-4. En los supuestos de lesiones temporales de lesionados de más de 67 años, se indemnizará el lucro cesante por dedicación total o parcial a las tareas del hogar de la unidad familiar, con el límite establecido en los supuestos de curación sin secuelas o con secuelas iguales o inferiores a tres puntos, salvo que se acredite que el estado de salud de la víctima no le permitía realizar las tareas del hogar antes del accidente.

2:4:1-5. La prueba de la dedicación a las tareas domésticas puede llevarse a cabo por todos los medios admitidos en Derecho. En todo caso, la buena práctica considera prueba documental suficiente de la dedicación a las tareas domésticas la acreditación de las cuatro circunstancias mencionadas en los apartados a) a d) siguientes a través de la aportación de la documentación que se señala, respectivamente, en cada uno de ellos:

- a) No estar trabajando en el momento de producción del accidente, mediante Informe de vida laboral de la Tesorería General de la Seguridad Social.
- b) No estar inscrito como demandante de empleo en la fecha del accidente o estar inscrito como desempleado de larga duración (más de 12 meses), mediante certificado del SEPE
- c) No estar percibiendo prestación contributiva por jubilación o incapacidad permanente, mediante certificado de la Seguridad Social.
- d) La convivencia en una unidad familiar que reúna los requisitos del art. 60 LRCSCVM en la que pueda desempeñar tales tareas, mediante certificado de empadronamiento.

2:4:1-6. La percepción de las prestaciones contributivas por desempleo, jubilación o incapacidad permanente que correspondan a un trabajo remunerado a tiempo parcial serán compatibles con la indemnización del lucro cesante correspondiente a la dedicación parcial a las tareas del hogar del art. 131.3 LRCSCVM.

Acuerdos de la Comisión de 6 de febrero de 2018.

3. CAPÍTULO ACTUARIAL

3:1. BASES TÉCNICAS ACTUARIALES

3:1:1. Publicación de las Bases Técnicas Actuariales.

La buena práctica requiere que para resolver aquellos casos en los que la Ley establece que deben usarse las bases técnicas actuariales a efectos de cálculo (cf. arts. 88.3, 125.6 y 132.4) se utilicen las publicadas por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Las Bases Técnicas Actuariales a las que se refiere el artículo 48, que contienen las hipótesis económico- financieras y biométricas del cálculo de los coeficientes actuariales, son las presentadas en Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones.

Con ellas se realizaron todos los cálculos que contiene el modelo actuarial al que se refiere la Ley para hallar todas las tablas, coeficientes y factores actuariales insertas como Anexos. Dichas Bases Técnicas Actuariales están publicadas en la página web de la DGSFP en la siguiente dirección electrónica:

https://www.dgsfp.mineco.es/DireccionGeneral/JuntaConsultiva/Documentos/JCOrden12122014/Bases_Tecnicas_Actuariales__Baremo__IAE__20140606__VF.PDF



MINISTERIO DE JUSTICIA
MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

3:1:2. Interpretación de las Bases Técnicas Actuariales.

La buena práctica requiere:

- a) Que las Bases Técnicas Actuariales sean siempre interpretadas en el contexto de la LRCSCVM y de su articulado sobre el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.
- b) Que todas y cada una de las hipótesis que contienen las Bases Técnicas Actuariales sean interpretadas en su conjunto, y nunca separada o aisladamente.
- c) Que las hipótesis actuariales definidas en la propia LRCSCVM y las contenidas en las Bases Técnicas Actuariales no sean objeto de modificación, salvo los supuestos previstos en la Ley y con sus limitaciones (cf. arts. 88.3, 125.6 y 132.4).
- d) Los ingresos netos de la víctima para calcular el multiplicando son los que se acrediten y no forman parte ni de las hipótesis actuariales definidas en la propia LRCSCVM ni de las Bases Técnicas Actuariales. Para realizar el cálculo actuarial del lucro cesante en los casos de ingresos netos que superen el importe de 120.000 euros recogido en todas las tablas 1.C, referidas al lucro cesante en caso de fallecimiento, y en las tablas 2.C.4, 2.C.5 y 2.C.6, referidas al lucro cesante en supuestos de incapacidad, se considerará el tiempo durante el cual pueda razonablemente preverse que se hubiera mantenido la generación de dichos ingresos. No obstante lo anterior, en aquellos casos en los que la duración del perjuicio se encuentre definida en la ley y ésta la limite a un número determinado de anualidades, la proyección temporal no podrá superar dicha limitación (*Acuerdos de la Comisión de 6 de marzo de 2018*).
- e) Que, a los efectos de la reducción del perjuicio del lucro cesante establecido en los artículos 88.1 y 132.4 de la LRCSCVM, los sistemas basados en regímenes especiales de la Seguridad Social y los sistemas de previsión social alternativos al régimen especial de trabajadores autónomos tengan la consideración de pensiones públicas.
- f) Que la facultad de acreditar una pensión pública distinta de la prevista en las Bases Técnicas Actuariales corresponda exclusivamente al perjudicado

3:2. INFORMES

3:2:1. Informe actuarial.

La buena práctica requiere que, para acreditar el derecho del perjudicado en aquellos casos que marca la Ley (cf. arts. 88.3, 125.6 y 132.4) y en aquellos que conforme al punto 3.1.2.d) anterior necesite de cálculo actuarial, se presente un informe actuarial que se ajuste a los criterios y modelos de cálculo establecidos por las Bases Técnicas Actuariales. El informe actuarial será realizado y suscrito por un actuario, desestimándose o rechazándose aquellos otros que no reúnan tal requisito.

3:3. TABLAS

3:3:1. Método de interpolación lineal para el cálculo de coeficientes comprendidos entre los años marcados por la tabla técnica TT3.

La tabla técnica TT3 se refiere a los coeficientes de capitalización actuarial de prótesis y ortesis. Los periodos de recambio que recoge la tabla son 1, 3, 5, 7, 10, 15 y 20 años.

Se considera una buena práctica para hallar un coeficiente cuando la vida útil se encuentre entre dos valores de la tabla TT3 utilizar el siguiente método de interpolación lineal:



MINISTERIO DE JUSTICIA
MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

Sea $(X; Y) = [\text{años de recambio; coeficiente actuarial}]$

Entonces:

$$(Y_2 - Y_1) : (Y_3 - Y_1) = (X_2 - X_1) : (X_3 - X_1)$$

$$Y_2 = Y_1 + \{(Y_3 - Y_1) * (X_2 - X_1) : (X_3 - X_1)\}$$

Un ejemplo: se quiere hallar el coeficiente actuarial a aplicar para un lesionado de 40 años para un reemplazamiento cada 12 años con pérdida de autonomía grave.

De las tablas se obtienen los coeficientes actuariales para 10 y 15 años de reemplazamiento para una edad de 40 años.

$$(X_1; Y_1) = [10; 2,8594]$$

$$(X_3; Y_3) = [15; 2,0902]$$

El nuevo coeficiente actuarial Y_2 , correspondiente a 12 años de reemplazamiento, se encuentra entre $(X_1; Y_1)$ y $(X_3; Y_3)$

Es decir: $(X_2; Y_2) = (12; Y_2)$.

$$Y_2 = 2,8594 + \{(2,0902 - 2,8594) * (12 - 10) / (15 - 10)\} = 2,8594 - 2,0902 * 2/5 = 2,8594 - 0,3168 = 2,5517$$

Por consiguiente:

$$(X_2; Y_2) = (12; 2,5517)$$

En conclusión, el nuevo coeficiente actuarial a aplicar para un lesionado de 40 años para un reemplazamiento cada 12 años con pérdida de autonomía grave es de 2,5517.

3:3:2. Utilización de la Tabla TT3 para el cálculo de las ayudas técnicas o productos de apoyo para la autonomía personal.

La buena práctica ampara que el importe de los gastos del artículo 117 de la LRCSCVM correspondientes a ayudas técnicas o productos de apoyo para la autonomía personal pueda indemnizarse en forma de capital utilizándose para su cálculo el factor actuarial de las tablas TT3 incluidas en las bases técnicas actuariales a las que se refiere el artículo 48 de la LRCSCVM con el importe máximo establecido en la Tabla 2C.



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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Parte general

Delimitación y especies.
Elementos. Efectos o consecuencias

Mariano YZQUIERDO TOLSADA

4ª edición

Dykinson, S.L.

NOVEDAD EDITORIAL

Un estudio detallado de los problemas generales de la responsabilidad civil extracontractual. Un libro accesible para todos, que resultará muy práctico no sólo para alumnos, sino también para juristas y todas aquellas personas, profesionales o no, que tengan interés en acercarse al mundo del Derecho y que actúan en los campos de la salud, del deporte, de la abogacía, etc.

4ª edición, 2018, 750 páginas

PVP: 59,00 €

Realice ahora su pedido a info@dykinson.com y benefíciase de un 5% de descuento

ÍNDICE

CAPÍTULO I. RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL

CAPÍTULO II. RESPONSABILIDAD CIVIL PURA Y RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO: UNA INJUSTIFICADA DUALIDAD NORMATIVA

CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

CAPÍTULO IV. LA ACCIÓN U OMISIÓN

CAPÍTULO V. EL DAÑO

CAPÍTULO VI. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

CAPÍTULO VII. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (I). EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS PROPIOS

CAPÍTULO VIII. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (II). EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS AJENOS

CAPÍTULO IX. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (III). EN LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LOS ANIMALES Y DE LAS COSAS INANIMADAS

CAPÍTULO X. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

CAPÍTULO XI. LA LEGITIMACIÓN PASIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

CAPÍTULO XII. VÍAS O CAUCES DE RECLAMACIÓN

CAPÍTULO XIII. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

CAPÍTULO XIV. LAS FORMAS DE REPARACIÓN

CAPÍTULO XV. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Gijón

Convention Bureau

XVIII

Congreso Nacional Asociación
Española de Abogados
Especializados en Responsabilidad
Civil y Seguro

Jueves día 15

- 13:00 h.** Asamblea: Salón de actos de la Biblioteca Municipal (antiguo Banco de España), calle Jovellanos 23, Gijón.
- 16:00 h.** Entrega de acreditaciones
- 16:30 h.** **Inauguración**
Palacio de Congresos de Gijón. Asistirá la Excmo. Sra. Dña. Encarnación Vicente Suárez, Directora General de Justicia e Interior del Principado de Asturias
- 17:00 h.** PRIMERA PONENCIA: "Supuestos de RC amparados por el seguro del hogar"
Ilmo. Sr. D. Rafael Martín del Peso García, Magistrado y presidente de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias
- 18:00 h.** SEGUNDA PONENCIA: "Más allá del mal llamado baremo sanitario: por una ley de responsabilidad civil médica y sanitaria"
D. Miquel Martí Casals, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona
- 19:00 h.** TERCERA PONENCIA: "La nueva jurisprudencia sobre la prescripción de la RC"
D. Santiago Cavanillas Múgica, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Baleares
- 20:30 h.** Recogida de los autobuses en el Palacio de Congresos
- 21:00 h.** Recepción "Espicha tradicional"
Lugar: en Ulagar, El Trole, Ctra. del Trole, 80. 33394 Gijón

Viernes día 16

- 09:30 h.** CUARTA PONENCIA: "Interrupción o no del nexo causal por inadecuada asistencia médica en accidentes de circulación"
Ilmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegerberg, Magistrado, Presidente de la Audiencia Provincial de A Coruña
- 10:30 h.** QUINTA PONENCIA: "Reflexiones sobre un Baremo que no es el que tendría que haber sido: sus maleficios resarcitorios y las reformas necesarias"
D. Mariano Medina Crespo, Presidente de AEAERCS
- 11:30 h.** Pausa Café
- 12:00 h.** Mesa Redonda (intervención de 30 min. cada ponente más 30 min de debate): "Reclamación previa, oferta motivada y cuestiones procesales en materia de RC automovilística. La Guía de Buenas Prácticas"
 - Ilma. Sra. Dña. M^o Cruz Aparicio Redondo, Magistrada del J^o de 1^o Inst. núm. 11 de Bilbao
 - Ilma. Sra. Dña. M^o José Rivas Velasco, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n^o 14 de Granada
 - Ilmo. Sr. D. Gonzalo Sancho Cerdá, Magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia de Torrent
- 14:00 h.** Almuerzo de trabajo
- 16:30 h.** SEXTA PONENCIA: "Elenco de imprudencias dañosas con relevancia criminal"
Excmo. Sr. D. Vicente Magra Served, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo
- 17:30 h.** SÉPTIMA PONENCIA: "Configuración actual de las acciones de responsabilidad civil contra administradores sociales"
Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo
- 18:30 h.** OCTAVA PONENCIA: "La RC en el ámbito del Derecho de Familia"
Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo
- 19:30 h.** Clausura del Congreso. Por la Excmo. Alcaldesa de Gijón Dña. Carmen Moriyón Entrialgo
- 21:00 h.** Recogida por los Autobuses en los hoteles recomendados para traslado a la Cena de Gala
- 21:30 h.** **Cena de Gala** con Barra Libre
Lugar: Restaurante Somio Park Carretera Gijón - Alto del Infanzón, s/n (Somio), Gijón

Sábado día 17

- 10:30 h.** Recogida en los hoteles por los autobuses
- 11:30 h.** Visita a Cangas de Onís (primera capital de Asturias) y Covadonga (Basílica y gruta)
- 15:00 h.** Comida asturiana en el restaurante Los Arcos de Cangas de Onís

ORGANIZA



PATROCINAN



COLABORAN



Directores del congreso:
Javier López y García de la Serrana
José Luis Nava Meana

www.asociacionabogadosrcs.org

902 361 350