

nº 75

Tercer Trimestre. Año 2020



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

La responsabilidad patrimonial del Estado en la prevención de la salud de su personal sanitario frente al COVID-19

El doble filo de la contratación general de seguros. Bondades y maldades

Artículo 135.1 d) de la LRCSCVM. A vueltas con el criterio de intensidad

TEMAS

Las formas de prevenir y reparar el daño

Eugenio Llamas Pombo

LA LEY

 Wolters Kluwer

Estudio de la prevención del daño y de sus formas de reparación, incluida la valoración del daño moral

Las formas de prevenir y reparar el daño

Eugenio Llamas Pombo



nº75

Tercer Trimestre. Año 2020



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA N° 75

EDITORIAL

La tranquilidad de tener una Carta Magna garantista

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

DOCTRINA

- La responsabilidad patrimonial del Estado en la prevención y seguridad de la salud del personal sanitario a su servicio frente a la pandemia del COVID-19

Sebastian Socorro Perdomo.....9

- El doble filo de la contratación general de seguros. Bondades y maldades

Miguel Rojano García.....41

- Artículo 135.1 d) de la LRCSCVM. A vueltas con el criterio de intensidad.

Joaquín Perales Puertas.....67

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 14 de Julio de 2020.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad extracontractual. Límites al deber de resarcimiento del causante. Valoración del vehículo en caso de siniestro total. Reparación superior al precio de un vehículo de segunda mano similar. Gastos de alquiler de otro vehículo de sustitución.....81

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 14 de Julio de 2020.

RESPONSABILIDAD CIVIL: El límite cuantitativo de cobertura en cuanto a los honorarios de letrado que han de ser asumidos por la compañía en los casos de libre designación en el ámbito del artículo 74 de la lcs, puede calificarse como cláusula limitativa de los derechos del asegurado, e incluso lesiva, cuando se fijan unos límites notoriamente insuficientes en relación con la cuantía cubierta por el seguro de la responsabilidad civil91

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 15 de Julio de 2020.

RESPONSABILIDAD CIVIL: El estrés que produjo al demandante encontrarse en su domicilio con que su hijo se había ahorcado, tratando en vano de reanimarlo, desencadenó la declaración laboral de su incapacidad permanente absoluta y constituye una patología accidental que encaja en la cobertura del seguro de accidentes concertado con la demandada. Voto particular de tres magistrados105

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª), de 22 de Julio de 2020
RESPONSABILIDAD CIVIL: imprudencia grave, menos grave y leve. Caracterización. La presencia de una infracción grave de tráfico (art. 76 Lsv) supone un criterio orientador, aunque nunca definitivo o concluyente, del carácter menos grave de la imprudencia a efectos penales.125

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 17 de Septiembre de 2020
RESPONSABILIDAD CIVIL: se desestima la ulterior demanda civil frente a la aseguradora de la responsabilidad patrimonial de la administración no demandada en vía contenciosa administrativa, por la que se reclamaban los intereses del artículo 20 de la LCS.145

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes*155

PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

Breve aproximación a la sentencia inglesa: Scales v MIB (2020) de 2 de julio de 2020.

Por *Alberto Pérez Cedillo*171

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 Paül Velasco, Fernando Reglero Campos (†), Miguel Pasquau Liaño, Juan Antonio Xiol Ríos, José Manuel López García de la Serrana (†), Antonio Salas Carceller, José Luis Seoane Spiegelberg, Antonio del Moral García y Pedro José Vela Torres.

GRAN MEDALLA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN:

Juan Antonio Xiol Ríos, Mariano Medina Crespo, Javier López García de la Serrana, Andrés Cid Luque y José María Hernández-Carrillo Fuentes.

DISEÑO:

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

IMPRIME:

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

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



asociacionabogadosrcs.org

La tranquilidad de tener una Carta Magna garantista

por Javier López y García de la Serrana
Director

Por su parte **ENCARNACIÓN ROCA**, vicepresidenta de esta institución, ha resaltado que nuestra Constitución “*no se limita a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos*”.

El pasado 14 de Octubre se presentó la obra “*Los derechos constitucionales. Un paseo por el Prado*”, un libro que ha sido escrito por los doce magistrados que integran el Tribunal Constitucional y ello con motivo del 40 aniversario de dicha institución. La idea que ha dado origen a esta obra consiste en proponernos a los lectores un itinerario jurídico-artístico por pinturas y esculturas del Museo del Prado en las que se reconocen los derechos y libertades consagrados en la Constitución española de 1978. El presidente del Tribunal Constitucional, **JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS** al pronunciarse sobre este libro ha dicho que los objetivos marcados con el mismo pasan por difundir culturalmente los derechos consagrados en la norma fundamental y seguir reivindicando nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, dando a conocer la cultura española de los derechos humanos. **GONZÁLEZ RIVAS** insiste en que la Jurisprudencia producida por nuestro Tribunal Constitucional, casi 7.000 sentencias a lo largo de 40 años, han convertido a España en uno de los países más garantistas del mundo y han permitido a los españoles obtener la máxima protección o reparación de sus derechos e intereses legítimos.

Pues bien, en el momento en el que vivimos y ante la situación no ya solo social, nacional, sino mundial en la que nos encontramos, donde los problemas planteados por esta agotadora pandemia se unen a los incesantes conflictos políticos y económicos sacudiendo nuestra Sociedad, creo que nuestra Constitución y el desarrollo de la misma es uno de los mejores paraguas donde nos podemos resguardar. Y es que casi todos los problemas ante los que nos enfrentamos, o al menos aquellos frente a los que tenemos capacidad de reacción, podrían salvarse teniendo en cuenta qué significado tienen en realidad el conjunto de derechos fundamentales que vienen recogidos en nuestra Carta Magna. A saber, entre otros, el derecho a la vida, el derecho a la igualdad, la libertad ideológica, la libertad de expresión, la dignidad de la persona, el derecho a la educación, el derecho a un juicio justo, el derecho al medio ambiente, el derecho al trabajo o el derecho a la protección de la salud, son derechos protegidos de forma especial por nuestra Constitución, pero también debemos ser conscientes de cuál es el tratamiento que nuestra doctrina y jurisprudencia da al desarrollo e interpretación de los mismos, sobre todo ante

problemas de tal magnitud como el que nos ocupa y donde las medidas a tomar muchas veces pueden interpretarse como limitadoras de nuestros derechos. Y es que en nuestra España reciente no habíamos tenido hasta ahora restricciones tan drásticas en derechos fundamentales como el de circulación, derecho de reunión, derecho de manifestación, derecho de acceso a la justicia, u otros que conforman el desarrollo normal de cualquier estado de derecho. Las restricciones ante tales derechos han abierto un sinfín de opiniones y han ocupado numerosas líneas de artículos donde catedráticos, abogados o periodistas han opinado sobre el tema en cuestión, poniendo en tela de juicio, la mayoría de ellas, el respeto que con dichas medidas se guardaba frente a nuestros derechos fundamentales.

Pensemos así en situaciones como las vividas durante la reciente declaración del estado de alarma en los meses pasados, en relación por ejemplo a las medidas adoptadas con el objetivo de frenar la divulgación de bulos sobre la pandemia y frente a los que reaccionaron las grandes entidades que lideran las redes sociales tales como WhatsApp que limitó las cadenas de reenvíos, prohibiendo que sus usuarios reenviaran a más de un contacto mensajes que habían sido previamente reenviados en

multitud de ocasiones. O Facebook que adoptó una campaña de alerta a los usuarios que compartían noticias falsas relacionadas con el coronavirus. Y hasta desde el propio Gobierno, el propio Ministro del Interior, **FERNANDO GRANDE-MARLASKA**, hizo público en una comparecencia el fin de semana del 11 de abril que el Gobierno estaba monitorizando las redes sociales con el fin de encontrar mensajes que, no siendo necesariamente ilegales, podrían resultar peligrosos o formar parte de campañas de desinformación. Eran medidas que buscaban asegurar una información veraz para los ciudadanos y evitar que por la promulgación y difusión de comunicaciones o informaciones no veraces se pudiera aumentar la alerta e incluso el pánico social que ante la situación vivida ya existía de por sí.

Este conjunto de medidas se adoptaron por tanto en aras a un fin común de protección y mayor seguridad, pero sin embargo hay quienes las interpretaron e interpretan como posibles ataques a derechos tan fundamentales como, en este caso, el derecho a la libertad de expresión, en su vertiente de uso en las redes sociales. Pues bien, llegados a este punto, y al igual que veremos en siguientes ejemplos, nuestro Tribunal Constitucional durante sus cuarenta años de historia ya ha venido dando respuesta a supuestos similares de conflictos



de intereses, debiendo ser conscientes por tanto de que la respuesta al posible litigio debe pasar por el conocimiento y la aplicación de los principios esenciales en materia de enfrentamiento de derechos fundamentales, pues solo un planteamiento racional y lógico del asunto puede dar solución a la cuestión suscitada. Así, si bien es cierto que los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución tienen una especial protección constitucional con base en el artículo 53.2 de dicha norma, también lo es que estos derechos no pueden considerarse como ilimitados, entendiéndose como la imposibilidad de que la protección de los mismos pueda prevalecer sobre intereses de mayor trascendencia en un momento determinado. Sentencias como la del Tribunal Constitucional de 4 de junio de 2018, haciéndose eco de la importante sentencia de 8 de Abril de 1981, insisten en este principio; y también la sentencia del Tribunal Constitucional de 27-1-2020, la cual destaca que resulta indudable que el ejercicio de las libertades contenidas en el artículo 20 de la CE pueden colisionar con otros derechos fundamentales, especialmente con lo que aquí interesa con el derecho al honor y el derecho a la intimidad que por mandato del artículo 20.4 de la CE constituyen un límite externo al correcto ejercicio de aquellas (sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 2012).

En la misma línea un nuevo ejemplo de la situación que planteamos se suscita en cuanto a la interpretación y posible limitación del ejercicio del derecho de reunión y derecho de manifestación, los cuales de forma evidente y como consecuencia de la limitación de movilidad durante el estado de alarma ha suscitado más de una controversia a nivel local en las diferentes provincias de nuestro país y que en uno de estos casos ha llegado hasta el enjuiciamiento de nuestro Tribunal Constitucional. Así, resulta más que interesante el auto dictado por aquel con fecha 30 de abril de 2020, podemos decir que la primera de las resoluciones donde nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el efecto de la declaración de estado de alarma sobre nuestros derechos fundamentales, siendo ponente, además, el presidente de dicha institución. Si lo leemos detenidamente podremos advertir como el mismo contiene, además de una profunda fundamentación jurídica, una llamada de atención a aquellos que quizás no sean capaces de discernir entre qué derechos o intereses deben prevalecer sobre otros de menor entidad en situaciones como la que nos ocupa y en donde nos enfrentamos

a una pandemia de efectos mundiales. Así, el citado Auto nos recoloca en la cruda y real situación que vivimos (si es que alguien se ha podido olvidar durante algún segundo de la misma), recordando el número de víctimas que la misma ya se ha llevado por delante, el número de enfermos que ha dejado y la situación de pánico y desgracia económica que ha sembrado; y tras esa introducción sobre el crudo y real panorama sobre el que se debe enjuiciar el asunto planteado, entra a analizar la cuestión discutida, donde lo que se denuncia es la supuesta vulneración del derecho de reunión provocada por la resolución de la Subdelegación de Gobierno de Pontevedra que denegó la solicitud de una manifestación para el día 1 de mayo de 2020 solicitada por una asociación privada de ciudadanos. Los fundamentos de este auto, pasan por evidenciar cuál es el interés que prima en el específico momento social en el que se ha solicitado el derecho a dicha manifestación, resaltando el carácter limitado que tiene todo derecho fundamental cuando entra en conflicto con otro derecho que por sus especiales características de tiempo, espacio y trascendencia social se hace más digno de protección que el primero. La protección a la vida y a la seguridad vital de las personas, marcada por las medidas impuestas a nivel internacional a través de la Organización Mundial de la Salud, ponen de manifiesto cual es el derecho digno de mayor protección en este momento y nuestra Constitución responde perfectamente a dicho objetivo. No obstante siempre debemos tener presente que también nuestra doctrina constitucional tiene declarado en sentencias como la 28 de abril de 2016 dictada a raíz de la crisis del 2009 de los controladores aéreos, que *“a diferencia de los estados de excepción y sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio”*.

Y como no referirnos al derecho, que por su mayor incidencia en nuestro día a día, ha supuesto la mayor limitación para la mayoría de ciudadanos durante la declaración del estado de alarma, me refiero al derecho a la libre circulación. Como antes anunciábamos nuestro Tribunal Constitucional tiene declarado que durante la vigencia del estado de alarma cabe la restricción o limitación en cierta medida de la aplicación de aquellos derechos fundamentales que por la propia efectividad del estado excepcional puedan verse afectados, pero lo que en modo alguno va a tener amparo

legal ni constitucional será la suspensión de dichos derechos, por tanto no es aceptable la suspensión de dicho derecho. Sin embargo, las medidas adoptadas durante el tiempo del estado del alarma que han afectado y limitado la libre circulación de personas hace difícil el poder delimitar la restricción de este derecho con su total suspensión. En palabras de **LORENZO COTINO HUESO**, artículo titulado "Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus", publicado en el diario digital la Ley con fecha 30 de marzo de 2020, podemos compartir su opinión de que *"Materialmente es difícil no considerar justificada e idónea la medida. Y pese a que afectan al contenido esencial, estas graves restricciones de la circulación aún siguen posibilitando niveles importantes de movilidad y circulación."* Este autor defiende que pese a las deficiencias de calidad normativa que presentan la regulación de las medidas adoptadas, sin embargo, se trata de una regulación más precisa y delimitada que aúna y mejora las que con anterioridad al estado de alarma se estaban dictando desde distintas autoridades, *"con dudosa cobertura y suficiencia constitucional"*.

Asimismo, debemos tener en cuenta y muy presente que estas restricciones practicadas, cuentan con la cobertura constitucional del artículo 116 CE, con la de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio y además con el valor de ley que tiene el propio decreto de alarma.

No obstante como estamos comprobando, ante cualquier indicio que pudiera poner en duda la constitucionalidad efectiva de las medidas llevadas a cabo, podremos poner en marcha los diferentes mecanismos que nuestra Constitución nos dispensa, sabiendo que el Tribunal Constitucional tiene capacidad y solvencia para pronunciarse sobre las mismas.

Podemos concluir por tanto que nuestro Tribunal Constitucional ha permitido y seguirá permitiendo la restricción o limitación de determinadas manifestaciones de nuestros derechos fundamentales en situaciones tan excepcionales como las marcadas en un estado de alarma, pero nunca permitirá la suspensión de dichos derechos ni la extralimitación de aquellas restricciones bajo situaciones que no justifiquen la medida adoptada. Estos cuarenta años de trayectoria de nuestro Tribunal Constitucional hacen patente el hecho de que contamos con un país garantista, que cuenta con los instrumentos constitucionales necesarios para defender el ejercicio y la efectividad de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos españoles, y que, ante situaciones tan extraordinarias como la que nuestro país está viviendo, aporta a la Sociedad cierta tranquilidad acerca del correcto funcionamiento de su ordenamiento jurídico.

OCTUBRE 2020



La responsabilidad patrimonial del Estado en la prevención y seguridad de la salud del personal sanitario a su servicio frente a la pandemia del COVID-19

Sebastian Socorro Perdomo
Abogado

Sumario

- I.- CON CARÁCTER PREVIO: UN PRIMER ACERCAMIENTO AL PROBLEMA
- II.- UN BREVE APUNTE EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL PERSONAL SANITARIO COMO SUJETO PASIVO EN EL ACTO LESIVO CAUSADO
- III.- PRESUPUESTOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA EN LA PREVENCIÓN Y CONTENCIÓN DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 ENTRE EL PERSONAL SANITARIO ADSCRITO AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD
- IV.- LA FUERZA MAYOR COMO CAUSA DE SU EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
- V.- LA FALTA DE GARANTÍA Y PROTECCIÓN EN LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL COMO PRESUPUESTO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DAÑO CAUSADO
- VI.- A EFECTOS CONCLUSIVOS: REFLEXIONES FINALES EN TORNO A LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA PREVENCIÓN Y SEGURIDAD DE LA SALUD DEL PERSONAL SANITARIO A SU SERVICIO FRENTE A LA PANDEMIA DEL COVID-19.
- VII.-REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

I.- CON CARÁCTER PREVIO: UN PRIMER ACERCAMIENTO AL PROBLEMA

Ante la extraordinaria situación excepcional que estamos viviendo y soportando como consecuencia de la pandemia del COVID-19, entre muchas de las cuestiones que cabe plantearse, merece, a mi juicio, especial atención las posibles y más que probables reclamaciones generalizadas en el ámbito sanitario, planteadas por su propio personal sanitario, por los daños causados como consecuencia de la gestión pública llevada a cabo frente al contagio, en concreto, en materia de prevención y seguridad de los trabajadores sanitarios en la lucha contra la propagación del coronavirus.

La pandemia del coronavirus COVID-19 está causando verdaderos estragos entre el personal sanitario de nuestro Sistema Nacional de Salud. Sanidad calcula que más de 51.000 profesionales sanitarios se han contagiado por coronavirus en este tiempo, lo que representa el 20% de los positivos en nuestro país. Muchos de ellos ya han recibido el alta y se han ido incorporando a sus puestos de trabajo según establece el protocolo, pero, hasta el momento, a la fecha de elaboración de las presentes notas¹, lamentablemente, 52 sanitarios de distintos ámbitos han fallecido a causa de esta enfermedad en España.

Como ya ha tenido ocasión de manifestarse, reiteradamente, nuestro Tribunal Supremo, no todo contagio contraído por el personal sanitario en el ámbito de su actuación profesional implica la necesidad de la reparación del daño causado por parte de la Administración Sanitaria.

Particularmente, será objeto de estudio la incidencia de los efectos de la pandemia del COVID-19 en el personal sanitario público y la posibilidad de la promoción de reclamaciones patrimoniales frente al Estado por los numerosos casos de contagio entre estos profesionales, habiendo llegado a causar graves daños, incluso, la propia muerte.

Para ello, con carácter previo, haré una

¹ Estas notas fueron actualizadas a fecha 7 de junio de 2020 tomando como referencia el Informe sobre el "Análisis de los casos de COVID-19 en personal sanitario notificados a la RENAVE hasta el 10 de mayo en España", fechado el 29 de mayo de 2020, elaborado por el Equipo COVID-19, de la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (RENAVE), del Centro Nacional de Epidemiología (CNE) y del Centro Nacional de Microbiología (CNM), pertenecientes al Instituto de Salud Carlos III (ISCIII), dependiente del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

breve referencia a los presupuestos legal y jurisprudencialmente preestablecidos para poder responsabilizar patrimonialmente a la Administración Pública por los actos dañosos causados como consecuencia del funcionamiento de sus servicios públicos, así como precisaré si, como sujeto activo de la reclamación indemnizatoria, víctima del evento lesivo, podrá ser considerado el propio empleado público.

Una vez efectuados los anteriores apuntes preliminares, me centraré en la viabilidad de las posibles reclamaciones patrimoniales que puedan derivarse como consecuencia del contagio al que se ha visto sometido el personal sanitario adscrito a nuestro Sistema Nacional de Salud, con las lamentables y graves consecuencias que ha provocado dicha situación, prestando especial atención a las circunstancias que pudiesen ser invocadas por el Ente Público como causas excluyentes de todo tipo de responsabilidad. Hacemos referencia a la fuerza mayor como origen del daño causado, a la falta de antijuricidad de los perjuicios ocasionados y a la asunción del riesgo por el propio personal sanitario, como base justificativa para la exención de cualquier tipo de responsabilidad patrimonial con relación a la pandemia del COVID-19.

Por último, trataremos algo tan determinante para el resultado del procedimiento de reclamación que haya de promoverse como es la propia actividad probatoria ya no sólo del daño causado sino, lo que redundará en mayor complejidad, la conexión o relación de causalidad entre el acto lesivo provocado y el funcionamiento de la Administración Sanitaria.

Sirvan las presentes líneas como mi pequeño y particular reconocimiento a todo el personal sanitario que ha estado presente, desde el primer momento, combatiendo y luchando contra la pandemia del coronavirus, en beneficio de toda la colectividad, con escasos medios técnicos-preventivos, arriesgando su propia integridad física, hasta el extremo de haber sufrido en primera persona los estragos del contagio epidemiológico, dando pleno sentido al compromiso hipocrático adquirido.

II.- UN BREVE APUNTE EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL PERSONAL SANITARIO COMO SUJETO PASIVO EN EL ACTO LESIVO CAUSADO

2.1. SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

La responsabilidad patrimonial de la Administración, reconocida en nuestra Constitución Española, como principio general, en su art. 9.3, concretada en su art. 106.2, cabe definirla como la obligación de reparación de un daño causado a los particulares por la Administración como consecuencia de su funcionamiento, normal o anormal, siempre y cuando ese agravio causado tenga un carácter antijurídico y no mediase fuerza mayor.

Concretamente, el art. 106.2 de nuestra Carta Magna, reconoce el derecho de los particulares, en los términos establecidos por la ley, *«a ser indemnizados por toda lesión que sufran cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»*.

Ese pronunciamiento constitucional fijado en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración, actualmente, viene desarrollado en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, concretamente entre sus artículos 32

a 37, fijándose, en el primero de los preceptos citados, en su apartado primero, el derecho de los particulares *«a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley»*, precisándose, en su apartado segundo, que *«(e)n todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas»*.

Nos encontramos ante un tipo de responsabilidad de carácter extracontractual, directa y objetiva, con una regulación específica y desarrollada por normas de derecho administrativo aunque se haga uso para la determinación y cuantificación del daño causado a normas propias del derecho privado.

Tal como así se puntualiza en la STSJ de La Rioja, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia núm. 323/1999 de 16 junio.- CENDOJ, ECLI: ES:TSJLR:1999:304), *«(s)ignifica que esta responsabilidad es de tipo directo, que la*



COVID-19

Administración no responde subsidiariamente, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el personal a su servicio culpable. Se dice que es, también, objetiva, porque no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del Derecho civil, en este sentido el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de mayo de 1991 (RJ 1991\3901), dice que se trata de una responsabilidad que surge «al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente», en el mismo sentido la Audiencia Nacional, en Sentencia de 15 de junio de 1992, argumenta «el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones se desenvuelve ajeno a la idea de responsabilidad personal de sus agentes, a la idea de dolo o culpa». Esta es la razón de la referencia de la norma al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, porque lo que pretende es que la colectividad representada por las Administraciones Públicas asuma la reparación de los daños individualizados que produzca el funcionamiento de los servicios públicos por constituir cargas imputables al coste del mismo en justa correspondencia a los beneficios generales que dichos servicios reportan a la comunidad».

2.2. SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL PERSONAL SANITARIO COMO SUJETO PASIVO EN EL ACTO LESIVO CAUSADO

La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria ha venido siendo entendida principalmente por nuestra jurisprudencia y doctrina como aquella responsabilidad indemnizatoria imputable al personal sanitario pública derivada de una negligencia profesional, por un incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la *lex artis* (errores de diagnóstico, falta de consentimiento informado, errores de tratamiento, daños desproporcionados...) o causadas por deficiencias en sus instalaciones sanitarias, provocando tales situaciones unos daños en los particulares, usuarios de la sanidad pública, que no tenían obligación de soportarlos, siendo ello lo que determina el derecho a ser compensados por el perjuicio causado.

En nuestro caso, queremos detenernos, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, y, en concreto, dentro de la actuación de la Administración Sanitaria, en aquella responsabilidad patrimonial derivada por daños causados no a cualquier particular, sino

al propio empleado público, personal sanitario, atendiendo a los presupuestos fijados como criterios de imputación del daño causado, prestando especial atención a las causas de exclusión o exoneración de esa responsabilidad: la existencia de fuerza mayor y la falta de antijuricidad en el acto lesivo.

Por ello, atendiendo a la regulación legal, la primera cuestión que cabría plantearse es si entre los sujetos legitimados para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados por su funcionamiento se encontraría el personal a su servicio, funcionarios o personal contratado, al preverse en la norma como ostentadores de tal derecho únicamente a los «particulares», no haciéndose referencia alguna a empleados públicos.

Dicha cuestión ha quedado debidamente resuelta, desde hace ya un tiempo, por nuestra jurisprudencia, al entenderse, haciendo uso de un criterio integrador y globalizado, que el concepto de «particular» al que se hace referencia como sujeto pasivo del daño causado y correlativo sujeto activo de la reclamación indemnizatoria por ese quebranto ocasionado, debe ser interpretado en un sentido amplio, incluyéndose en el mismo a los empleados de la función pública, estando éstos perfectamente legitimados para instar el reconocimiento, con carácter general, de la pretensión indemnizadora².

Por nuestra jurisprudencia se ha aplicado el principio comúnmente admitido en el seno

² «En primer lugar y antes de averiguar si concurren los expresados requisitos, conviene fijar el ámbito subjetivo a que se refiere la responsabilidad patrimonial, esto es, si los funcionarios públicos pueden ser considerados como «particulares» -a los que se refiere el artículo 106.2 CE-, cuando el daño sufrido lo sea por razón de su condición o actividad funcional, o si, por el contrario, no es así, como señala la resolución recurrida. (...) Pues bien, lo cierto es que dicha cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo que no excluye a los funcionarios públicos de la titularidad del derecho a la reparación que comprende la responsabilidad patrimonial. Así, se incluye incluso a otros entes públicos como titulares, como resulta de la STS de 24 de febrero de 1994 (que se cita en la STS de 2 de julio de 1998) que declara que la «expresión particulares como sujeto pasivo y receptor de los daños, también lo es, en criterios de hermenéutica jurídica, mediante una exégesis no restrictiva del término, debiéndose incluir en el mismo no solo los sujetos privados, sino los sujetos públicos cuando estos se consideren lesionados por la actividad de otra Administración pública, pudiendo comprenderse dentro de aquel a los propios entes locales.» SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 31 octubre 2002 (CENDOJ: ECLI:ES:AN:2002:6013).

de la relación de prestación de servicios funcionariales de que el empleado público debe resultar indemne por todos los gastos que le ocasione el desempeño de sus funciones, de lo que cabe deducirse que el ejercicio del cargo no puede derivarse para el empleado público ningún perjuicio patrimonial, teniendo su fundamento en el art. 63.1 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado³ y en el art. 23.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública⁴. Por ello, siendo reiterada la doctrina jurisprudencial⁵ al respecto, debe garantizarse al empleado público la reparación integral del daño por éste padecido.

Como así fue reseñado por ENTRENA CUESTA⁶, «(e)n definitiva, pues, podrá exigirse responsabilidades a la Administración central cualquier sujeto que se considere lesionado por su actividad».

Nos encontramos, según SÁEZ LARA⁷, ante «...un supuesto específico de responsabilidad patrimonial de la Administración, donde el deber de reparar ha de quedar limitado a daños imputables a la Administración como consecuencia del incumplimiento de su deuda preventiva. (...) En consecuencia, para la solución de los casos de responsabilidad patrimonial deber adoptarse una perspectiva preventiva, teniendo presente los principios, derechos y

obligaciones que rigen esta materia pues, sólo así, a través de la conexión entre prevención y reparación, se podrá garantizar el derecho a una protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo de los (sus) empleados».

Salvada tal cuestión, resulta necesario precisar que no todo daño sufrido por un empleado público en el ejercicio de sus funciones es merecedora de una reparación indemnizatoria por parte del Ente Público.

La obligación de la Administración de responder patrimonialmente por daños profesionales, como por cualquier otro tipo de daño, no es un deber de carácter universal y generalizado. La ocurrencia de un acto lesivo en la prestación del servicio público o el padecimiento de una enfermedad profesional no es suficiente para la viabilidad de una acción resarcitoria distinta de las prestaciones de clases pasivas⁸. No se trata de un tipo de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo derivada de un resultado dañoso, no pudiendo ser considerada esa responsabilidad patrimonial extracontractual como presupuesto reparador de todos los daños producidos en el ámbito público.

3 En el art. 63.1 del R.D. 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, entre los derechos de los funcionarios, establece que «(e)l Estado dispensará a los funcionarios la protección que requiera el ejercicio de sus cargos,... ».

4 En el art. 23.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, se recoge que «(l)os funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio».

5 SSTs de 20 de mayo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, nº 3011/1996, ECLI: ES:TS:1996:30116) y 19 de septiembre de 1996 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, nº 4901/1996, ECLI: ES:TS:1996:4901), 16 de abril de 1997 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, nº 2644/1997, ECLI: ES:TS:1997:2644), 4 de febrero de 1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, nº 668/1999, ECLI: ES:TS:1999:668) o 17 de noviembre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, nº 8377/2000, ECLI: ES:TS:2000:8377), por todas.

6 ENTRENA CUESTA, R. «Curso de Derecho Administrativo. Volumen 1/1. Concepto, fuentes, relación jurídica-administrativa y justicia administrativa». Editorial Tecnos. 1988. Pág. 400.

7 SÁEZ LARA, C. «Responsabilidad patrimonial de la Administración y derecho a la seguridad y a la protección de la salud en el trabajo de los empleados públicos». Revista española de Derecho del Trabajo nº 145/2010. Editorial Civitas, SA. BIB 2010\111

8 «En ambos casos se remite por la Sala al criterio de la STS de fecha 12 de Marzo de 1991 insistiendo en que «que se trata de dos títulos indemnizatorios distintos, criterio éste de compatibilidad que se ha seguido en las Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Audiencia Nacional, tanto en la Sección 4ª, sentencias, entre otras, de 2 marzo y 28 noviembre 1995 y de 27 marzo y 8 de octubre de 1998, como por este mismo Tribunal, Sección 5ª, en Sentencias, entre otras, de 14 de junio de 2001, recurso 414/00, sentencia de 4 de octubre de 2.001, recurso 703/00, sentencia de 13 de marzo de 2.003 (JUR 2006, 275427), recurso 184/02, etc., sin que por ello se quiebre, por exceso, el principio de reparación integral del daño que rige en esta materia, en cuanto completa dicha reparación hasta cubrir la totalidad de los daños y perjuicios sufridos y lograr la indemnidad del derecho subjetivo o del interés que resulta lesionado, dado que la pensión se reconoce en consideración a la prestación del servicio y en favor de los familiares que la Ley señala, bastando para ser extraordinaria con que se demuestre que el fallecimiento se produjo en acto de servicio y la indemnización por responsabilidad patrimonial y objetiva de las Administraciones Públicas exige la concurrencia de los requisitos del artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y 1993, 246), sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, esto es, existencia de un perjuicio individualizado, su evaluabilidad y derivado de una relación de causalidad de carácter directo con el funcionamiento del servicio, sin existir el deber jurídico de soportar tal daño y la no concurrencia de circunstancias excluyentes.» SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 24 noviembre 2011 (CENDOJ: ECLI:ES:AN:2011:5623).

Al igual que para los demás supuestos de responsabilidad patrimonial, se requiere que se dé cumplimiento de los presupuestos y requisitos previstos en el art. 32 de la Ley 40/2015, siendo éstos:

- La existencia de un daño profesional individualizado, real, efectivo y económicamente evaluable;

- Además, ha de tratarse de un daño antijurídico e imputable a la Administración demandada de la reparación del mismo (con concurrencia de un nexo de causalidad entre la acción u omisión administrativa y el resultado lesivo);

- No siendo, por tanto, consecuencia de una situación de fuerza mayor.

III. PRESUPUESTOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA EN LA PREVENCIÓN Y CONTENCIÓN DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 ENTRE EL PERSONAL SANITARIO ADSCRITO AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Como ya hemos apuntado con anterioridad, no todo daño padecido por un empleado público, en ocasión a la prestación de sus servicios profesionales, implica la posibilidad y viabilidad de una reclamación indemnizatoria con cargo de la Administración de la que depende, distinta a las prestaciones de clases pasivas fijadas en la normativa correspondiente.

No son pocos los pronunciamientos judiciales que exoneran de cualquier responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, como consecuencia de las reclamaciones planteadas por sus empleados públicos por daños causados en acto de servicio o por enfermedades laborales, entendiendo que la existencia de un hecho lesivo derivado de la intervención profesional del personal a su servicio no resulta suficiente como criterio de imputación de responsabilidad, requiriéndose, para ello, un reproche imputable, manifiesto y determinante merecedor de la actuación resarcitoria por el daño causado.

Tal como así se recoge en la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de fecha 10 diciembre 2008⁹ [CENDOJ, ECLI:

ES:AN:2008:5156], «(c)omo es sabido, los requisitos necesarios, según el artículo 139 de la ley Jurisdiccional (actualmente, art. 32 de la Ley 40/2015) y la consolidada doctrina y jurisprudencia que lo interpreta, para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, son los siguientes: 1) Un hecho imputable a la Administración, bastando, por tanto con acreditar que un daño antijurídico, se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público; 2) Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar. El perjuicio patrimonial ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; 3) Relación de causalidad directa y eficaz, entre el hecho que se imputa a la Administración («funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos») y el daño producido, sin que proceda de la culpa exclusiva del perjudicado; 4) Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del caso fortuito, supuesto este que sí impone la obligación de indemnizar.».

A la vista de estos requisitos, cabría concluir que, en supuestos como el que nos ocupa, para poder apreciarse la responsabilidad patrimonial de la Administración, con la consiguiente obligación indemnizatoria, se precisa que el daño causado sea calificado como antijurídico, sin intervención de culpa imputable al personal sanitario y sin existencia de fuerza mayor como origen o causa del daño producido.

Resulta, por tanto, necesario analizar los presupuestos legal y jurisprudencialmente exigidos para poder determinar si la Administración del Estado puede ser responsable de los daños causados al personal

una Oficial Sanitario Asistencial de un Centro Penitenciario contra una Resolución dictada por la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior por la que se desestimó una reclamación indemnizatoria, exigiendo responsabilidad patrimonial por el contagio del VIH sufrido al pincharse en su mano, en dos ocasiones, realizando labores de limpieza del instrumental quirúrgico de la consulta del dentista de la Institución, contando como única protección facilitada por la Institución unos guantes de látex, causando baja laboral con sometimiento a tratamiento médico, incluyendo psicológico y psiquiátrico, que derivó en una situación de incapacidad permanente para su profesión habitual. La Audiencia Nacional estimó, parcialmente, la reclamación presentada al considerar que por parte del Centro Penitenciario se había incumplido con la obligación de facilitar a su personal el equipo de protección individual (EPI), contando aquella con unos simples guantes de látex, aunque concedió una cantidad inferior a la solicitada.

⁹ La SAN de 10 de diciembre de 2008 estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por



sanitario adscrito a su servicio por el contagio del COVID-19: a) la causación de un daño; b) la causalidad entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos; c) la antijuricidad del mismo; y d) la inexistencia de causa de fuerza mayor como determinante del daño causado.

Procederemos, a continuación, a realizar un estudio detenido y detallado de cada uno de esos presupuestos o requisitos establecidos para poder evidenciar sobre la viabilidad o no de las acciones indemnizatorias que pudiesen plantearse por la crisis epidemiológica en el ámbito sanitario.

3.1. LA DETERMINACIÓN DEL PERJUICIO CAUSADO Y SU ALCANCE

3.1.1. LAS CONFIGURACIÓN DEL DAÑO COMO PRESUPUESTO ESENCIAL Y NECESARIO EN LA RECLAMACIÓN INDEMNIZATORIA

Constituye el daño un elemento fundamental e imprescindible en la configuración de la responsabilidad civil en todos sus aspectos, debiendo quedar el mismo debidamente identificado, determinado y cuantificado. Por ello, de no existir daño o no quedar el mismo suficientemente acreditado, no cabría hablar de responsabilidad indemnizatoria.

La reparación del daño causado precisa, como no puede ser de otra forma, la concurrencia y manifestación de un daño que requiere ser reparado de tal forma que el estado de cosas alterado por el daño vuelva a su situación anterior a la producción del hecho que lo provocó¹⁰.

Haciendo propias las palabras de PANTALEÓN PRIETO¹¹, «*el daño es la fuente y la medida de la responsabilidad civil*».

Se trata, por tanto, de resarcir íntegramente («*restitutio in integrum*») el daño ocasionado y no enriquecer o empobrecer, en su caso, al perjudicado, debiendo éste percibir una indemnización equivalente al perjuicio sufrido.

Ello no quiere decir que, como así lo ha puesto de manifiesto ROCA TRÍAS¹², que la indemnización reclamable no sea acumulable a otras distintas, cuando éstas obedecen a hechos diferentes del propio daño. Considera la autora que los beneficios económicos que provienen de hechos diferentes del propio daño (por ejemplo, la indemnización por responsabilidad patrimonial por fallecimiento y el seguro de vida), resultan totalmente independientes y acumulables y, por tanto, no se han de computar en las indemnizaciones que se establezcan para resarcir el daño causado. Cosa distinta sería si derivan los efectos económicos del daño en sí mismo considerado (por ejemplo, la indemnización por daños materiales en un vehículo por responsabilidad patrimonial del Estado en el mantenimiento de la vía y el seguro de daños a todo riesgo), dado

civil médica» Sexta Edición. Editorial Civitas-ThomsonReuter. 2018. Pág. 962.

¹¹ PANTALEÓN PRIETO, F., «Cómo repensar la responsabilidad civil extra contractual (también la de las Administraciones Públicas)», La Responsabilidad en el Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 4, 2000, , p. 167.

¹² ROCA TRÍAS, E., «Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño». Anuario de Derecho Civil, 2004. Volumen LVII, fascículo III (julio-septiembre), pp. 901-928.

¹⁰ GALÁN CORTES, J. GALÁN CORTES, J., «Responsabilidad

que, con base al principio de la *compensatio lucri cum damno*, no serían indemnizaciones acumulables sino compensables hasta alcanzar la restitución integral del daño causado, no viendo incrementado el perjudicado su patrimonio más allá del daño sufrido, evitando, con ello, un enriquecimiento injusto.

En materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el daño causado como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, la jurisprudencia¹³ ha declarado, reiteradamente, que, se requiere y precisa que el mismo sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, debiendo, además, en cualquier caso, quedar suficientemente acreditado, no pudiéndose concretar una indemnización sobre parámetros posibles o hipotéticos.

La reparación indemnizatoria exigible e imputable a la Administración prestadora del servicio afectado debe quedar sustentado y apoyado, como ya se ha apuntado anteriormente, en el principio de reparación integral del daño causado, debiendo estar éste debidamente acreditado, siendo inadmisibles las reclamaciones resarcitorias basadas en hipotéticos, eventuales, futuros o, simplemente, posibles daños futuros, así como en contingentes dudosos o presumibles, sin que tampoco sirva la mera frustración de una expectativa. Es decir, que el detrimento patrimonial debe ser actual, constatable en la realidad y cierto, tal y como ha manifestado el Tribunal Supremo, en reiteradísima jurisprudencia, entre ellas en Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 27 de junio de 2007 (CENDOJ, ECLI:ES:TS:2007:5117)¹⁴.

¹³ A título ilustrativo, la SAN, Sala de lo Contencioso, Sección 8ª, de 25 de junio de 2012 (CENDOJ: ECLI:ES:AN:2012:3119): «...el daño debe ser real, cierto y determinado, sin que sean estimables, prima facie, los daños hipotéticos, potenciales, contingentes, dudosos o presumibles, sin que tampoco sea bastante la mera frustración de expectativas; el daño, además, debe estar acreditado, pues la indemnización no puede pivotar sobre parámetros eventuales o posibles».

¹⁴ La STS de 27 de junio de 2007 desestimó el recurso de casación promovido por el Abogado del Estado contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la AN al considerar que fundada la reclamación interpuesta por unos padres, respecto a los daños causados a su hijo recién nacido, como consecuencia de una infección (toxoplasmosis) no detectada a la gestante, tras ingreso en servicio de urgencias de un Hospital Público, por sangrado vaginal, con el diagnóstico inicial de “amenazas de aborto”, sobre la que se practicó una serología tardía, contrastada, posteriormente, con otra prueba, cuyo resultado se excedió en el tiempo, a pesar de la grave afección padecida, teniendo como resultado unas graves secuelas en el feto, una toxoplasmosis congénita,

3.1.2. EL PERJUICIO PATRIMONIAL CAUSADO POR CONTAGIO VÍRICO. LA PROBLEMÁTICA SOBRE LA DETERMINACIÓN Y ALCANCE DEL DAÑO OCASIONADO

En supuestos de responsabilidad patrimonial como consecuencia de contagios víricos, a la hora de valorar el daño causado, no cabe duda que se plantean importantes interrogantes, principalmente en cuanto al eventual desarrollo de la enfermedad, dado que no todas las personas presentan el mismo cuadro clínico, ni todas progresan de igual forma, dándose en ocasiones situaciones irreversibles e, incluso, letales.

Nuestros Tribunales, a la hora de valorar el daño ocasionado, por contagio vírico, han tomado en cuenta determinados valores: a) la gravedad de la enfermedad y su índice de curación; b) el deterioro de la calidad de vida; c) necesidad de contar con tratamiento médico y farmacológico continuo; d) la posibilidad de contraer otras enfermedades (hepatitis crónica). Estas circunstancias, unidas a otras ligadas a las circunstancias del caso concreto, son tenidas y tomadas en consideración para la determinación de la indemnización del daño causado, siguiendo, no obstante, nuestros Tribunales, como ya se ha apuntado anteriormente, un criterio restrictivo a la hora de valorar posibles daños hipotéticos.

3.1.3. LA PRUEBA DEL DAÑO CAUSADO POR EL COVID-19

Sin lugar a dudas, en cuanto a la prueba de daño causado, su dificultad probatoria radicará no solamente en la individualización de la lesión causada sino en la trazabilidad, en un marco de relación de causalidad, entre el efecto lesivo ocasionado y la eventual decisión, acción u omisión por parte de la Administración Sanitaria, en cuanto a la prevención y protección del personal a su servicio en su lucha contra la propagación del contagio vírico.

hidrocefalia, meningitis, diabetes insípida e hipercalcemia, con un grado de minusvalía del 76%. El fundamento de la reclamación se centraba en los daños morales ocasionados a los propios padres, así como en los daños personales causados en el hijo de los reclamantes, adecuación de vivienda, remuneración de persona cualificada para su atención, gastos de tratamiento asistencial y material de parafarmacia, entiendo la Sala que todos los conceptos reclamables eran indemnizarles salvo los gastos de adecuación de vivienda y la de gastos de tratamiento asistencial, al no corresponder el primero de ellos a una necesidad actual atendiendo a la edad del menor, y en cuanto a los gastos asistenciales por poder quedar los mismos cubiertos por la Sanidad Pública.

Ciertamente, no resultará suficiente para la viabilidad de la acción patrimonial resarcitoria probar el daño causado (fallecimiento, secuelas, tiempo de baja...) sino que, además, lo que redonda mayor complejidad, habrá de acreditarse que el contagio vírico fue consecuencia de la falta de medidas de información y protección del personal sanitario, de tal suerte que de haber sido tomadas tales medidas preventivas o de aseguramiento se hubiera evitado el daño causado.

Tal como así se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2008¹⁵, *«...corresponde al lesionado acreditar la existencia del daño y el nexo causal, que explique de que manera el defectuoso funcionamiento del servicio actuó como causa mediata en la producción de la lesión,.... corresponde a la Administración la acreditación de la circunstancia de hecho que defina el estándar del rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar situaciones de riesgo de lesión de los usuarios del servicio».*

15 En la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 16 de enero de 2008, fue objeto de estudio la reclamación indemnizatoria promovida por militar, Brigada Especialista, como consecuencia de un accidente en acto de servicio al sufrir una fuerte descarga eléctrica al verificar las conexiones del ordenador del servicio de admisión de enfermas del Hospital Militar de Melilla, considerando la Sala que no existía responsabilidad alguna dado que «(e)n el presente caso, el recurrente, a quien correspondía la carga de la prueba, no ha solicitado ni siquiera el recibimiento a prueba para acreditar la anormalidad, bien de la instalación eléctrica o del aparato que manipulaba, por lo que ha de partirse de la normalidad de la actuación administrativa, constituyendo un riesgo derivado de la propia profesión del recurrente el que se deriva de la manipulación del aparato que, desde luego y por su conexión eléctrica, obligaba a no realizarlo con las manos húmedas, circunstancia ésta que resulta acreditada en las actuaciones y que hace que quiebre el principio de antijuricidad del daño que en la presente situación no resulta imputable a la Administración, ya que para no entenderlo así el recurrente debió de haber acreditado una anormal funcionamiento del material que manejaba como elemento único causante del perjuicio junto con una correcta manipulación del mismo, habiéndose apreciado por el Tribunal de instancia que ni una ni otra circunstancia concurrían en el presente caso, de donde resulta la falta de responsabilidad de la Administración, bien por ausencia del elemento de la antijuricidad del daño o bien por falta del nexo causal roto por la propia conducta del recurrente que, al manipular indebidamente el aparato conectado con la toma de corriente eléctrica, ha de ser considerada como única causante del perjuicio sufrido por el recurrente. Todo ello sin olvidar, además, que en el presente caso el recurrente aparece curado de las lesiones, sin que al haber percibido sus retribuciones en el período en que se vio afectado por las mismas se le haya irrogado perjuicio indemnizable distinto al pretium doloris que reclama y que, por las razones antes mencionadas, fue correctamente denegado por el Tribunal de instancia.».

3.2. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA SANITARIO Y EL DAÑO OCASIONADO AL PERSONAL A SU SERVICIO COMO PRESUPUESTO CONFIGURATORIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Otro de los presupuestos necesarios para poder configurar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños sufridos como consecuencia del ejercicio y desarrollo de la función pública es la concurrencia de una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público desarrollado y el evento lesivo provocado, presentándose éste, en innumerables ocasiones, como enmarañado y complejo, siendo necesario, por regla general, hacer un tratamiento concreto y diferenciado de cada situación creada, generadora de un resultado nocivo, para conocer y fijar las consecuencias reparadoras y el alcance de ésta.

Como ha declarado, de forma pacífica y reiterada, nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 24 de enero de 2007 (CENDOJ, ECLI:ES:TS:2007:356)¹⁶, *«siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva (acción u omisión) del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse, por ser desconocida la causa generadora del evento dañoso».*

Con la relación de causalidad o nexo causal, tal como así lo ha considerado nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de la Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de fecha 26 de septiembre de 1998 (CENDOJ,

16 La STS de 24 de enero de 2007 desestimó el recurso de casación interpuesto por los padres de un joven contra la Sentencia dictada, en apelación, por la Sección novena de la Audiencia Provincial de Granada, en la que se confirmó la dictada en primera instancia, absolviendo al Servicio Andaluz de Salud y a una Médico de la reclamación indemnizatoria por responsabilidad civil sanitaria como consecuencia del fallecimiento de su hijo, persona joven, por trombosis venosa profunda. El TS consideró que no existía responsabilidad alguna del facultativo que trató al paciente y, por ende, de Servicio al que pertenecía, por haber actuado conforme a la lex artis, no existiendo reproche culpabilístico alguno, dado que había una gran dificultad en su diagnóstico, al haberse enmascarados sus síntomas en otros de origen postraumático, toda vez que acudió al Hospital por una patada recibida en el tobillo jugando al fútbol, no presentando, en ese momento, signo alguno de la enfermedad que causó su muerte.

ECLI:ES:TS:1998:5393)¹⁷, «se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante en sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o *«conditio 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 de otro anterior».

No obstante, esa regla condicional entre hecho y resultado no resulta suficiente para poder definir lo que viene siendo distinguida como causalidad adecuada, resultando necesario, no solamente que se den ambos parámetros sino, además, que esa interrelación sea normalmente idónea para determinar el evento o resultado, tomando para ello todas las circunstancias que rodean al caso concreto.

Se precisa dar cumplimiento a una adecuación objetiva entre acto y evento, y sólo cuando sea así, dicha condición se convierte en causa adecuada, causa eficiente, suficiente o causa próxima, prevalente y verdadera del daño causado, quedando de tal forma excluidos y faltos de valor todos aquellos demás actos concurrentes indiferentes, inadecuados o

absolutamente extraordinarios.

Claro está que cualquier acaecimiento lesivo puede no tener una única causa sino sea el resultado de un complejo de hechos, condiciones y situaciones que pueden ser autónomos entre sí o dependiente uno con los otros, dotados todos ellos de un determinado poder causal.

En la producción del resultado dañoso pueden concurrir una pluralidad de causas. Por ello, como así se puntualiza en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 25 de enero de 1997 (CENDOJ, ECLI:ES:TS:1997:408)¹⁸, «la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, si bien admitiendo la posibilidad de una moderación de la responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, lo que debe tenerse en cuenta en el momento de fijarse la indemnización. Ello no es obstáculo para que, según los casos, se requiera para

17 La STS de 26 de septiembre de 1998 desestimó el recurso de casación promovido por los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Canarias contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Canarias, con sede en Las Palmas, al considerar que existía responsabilidad de un Centro Escolar Público por el fallecimiento de un alumno de 7 años el cual se había caído desde un segundo piso, y, por ende, de la Consejería de Educación, fundamentada en la falta de cuidado y atención del profesorado así como de la ausencia de medidas de protección suficientes, concurriendo, por ello, en el caso enjuiciado las circunstancias de previsibilidad del daño y la falta de adopción de medidas de prevención del riesgo.

18 La STS de 25 de enero de 1997 desestimó el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia dictada por el Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, al considerar que del fallecimiento de un recluso en un Centro Penitenciario como consecuencia de recibir una puñalada por otro interno desconocido, era responsable, en este caso, el Ministerio de Justicia, dado que, a pesar de que la conducta del fallecido afectó a su resultado mortal, está circunstancia no tenía la suficiente entidad para romper el nexo causal entre el servicio público penitenciario y el resultado dañoso, primando el deber de vigilancia y cuidado que se le exige a los funcionarios penitenciarios para prevenir y evitar situaciones de este tipo, aunque la conducta del fallecido sí era determinante para moderar el importe de la indemnización.



determinar la existencia de responsabilidad, el carácter directo, inmediato y exclusivo del referido nexo...».

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1.998, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 28 de octubre de 1998 (CENDOJ, ECLI:ES:TS:1998:6273)¹⁹, «(n)o son admisibles otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que -válidas como son en otros terrenos- irían contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas».

Por ello, los factores potenciales de riesgos que puede rodear una determinada actividad administrativa deben de materializarse en una lesión concreta que precisará ser reparada cuando aparezca suficientemente probada la existencia de un vínculo causal, de tal suerte que de carecer de relevancia la intervención pública en el hecho luctuoso no justificaría reparación indemnizatoria alguna.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 27 de mayo de 1999 (CENDOJ, ECLI:ES:TS:1999:3699)²⁰, «(c)ierto es que la doctrina jurisprudencial más reciente viene sosteniendo la objetivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero ello no convierte a ésta en un asegurador que deba responder en todos los casos que se produzca un resultado lesivo a raíz de la utilización de

bienes o servicios públicos, sino que es necesario que exista un nexo causal entre el resultado en cuestión y el actuar de la Administración», no estando aquélla amparada en una causa de justificación que determine el deber jurídico del lesionado de soportar el daño causado.

Como apunta GALÁN CORTÉS²¹, «la prueba del nexo causal constituye un elemento básico e imprescindible para que pueda declararse la responsabilidad civil.».

Tal como así reiteradamente lo ha puesto de manifiesto nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 15 de noviembre de 2006, de la Sala de lo Civil, Sección 1ª, (CENDOJ: ECLI:ES:TS:2006:6778)²², «si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad objetiva u objetivada».

Ahora bien, nuestra jurisprudencia ha entendido que la relación de causalidad, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, no debe ser entendida, en cuanto a su prueba, como aquella científicamente comprobada, dejando de lado aquellas situaciones en las que, dadas las características de suceso enjuiciado, la prueba del nexo causal resulta de imposible o difícil determinación exacta, bastando, para imputar objetivamente el daño ocasionado, la concurrencia de un alto grado de probabilidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el resultado dañoso.

Por ejemplo, en la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 24 de octubre de 2003 (CENDOJ: ECLI:ES:TS:2003:6551)²³, en un caso de una fallecimiento de una paciente tras

¹⁹ La STS de 28 de octubre de 1998 desestimó el recurso de casación interpuesto por el Instituto Nacional de Salud contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso del TSJ de Canarias, con sede en Las Palmas de G.C., en la que se reconoció una indemnización a la esposa de un paciente al que se le había efectuado una transfusión de sangre portadora del virus de Hepatitis B, provocándole daños que originaron su fallecimiento, no siendo causa de exoneración de responsabilidad a la Administración el hecho de que fuese un caso fortuito, dado que lo alegado por la aquélla en cuanto a que el donante pudiese ser portador del virus y no llegar detectarse, siendo, por tanto, un riesgo extraño a la actuación de la Administración, resultaba intrascendente, al ser la responsabilidad patrimonial de carácter objetiva, respondiendo tanto si el daño causado fuese por el funcionamiento normal o anormal de sus servicios.

²⁰ La STS de 27 de mayo de 1999 desestimó el recurso de casación interpuesto por el conductor de una motocicleta contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso del TSJ de las Islas Baleares, al considerar que la causa del accidente sufrido no fue el estado de la vía sino velocidad con la que circulaba el recurrente, siendo, por tanto, la causa del SINIESTROS ajena al actuar de la Administración municipal demandada y, por tanto, no existió nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso.

²¹ GALÁN CORTES, J. «Responsabilidad civil médica» Sexta Edición. Editorial Civitas-ThomsonReuter. 2018. Pág. 574.

²² La STS de 15 de noviembre de 2006 desestimó el recurso de casación que se había interpuesto por una paciente de un Centro Sanitario Concertado con el Servicio Gallego de Salud (SERGAS), contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en la que se había estimado los recursos de apelación formalizados por dicho Centro Hospitalario y por una de sus anestesistas, las cuales fueron, en primera instancia, condenadas a abonar una indemnización a la recurrente, intervenida, en varias ocasiones, sufriendo, finalmente, una lesión medular importante, entendiéndose la Sala que no existió relación de causa y efecto entre los daños sufridos por la paciente y el acto médico, por la aplicación de la técnica de raquianestesia, teniendo la atrofia medular padecida una etiología variable.

²³ La STS de 24 de octubre de 2003 desestimó los recursos de casación interpuestos, tanto por la Administración del Estado como por los reclamantes, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la

una infección contraída en un quirófano de un hospital público, señaló como nexo causal entre la actuación administrativa y el fatal desenlace, el precario estado de las instalaciones de aire acondicionado localizado en la sala de operaciones, considerando que el germen que causó la muerte pudo haber entrado a través de tales instalaciones, siendo ello altamente probable aunque no matemáticamente probado.

3.3. LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO COMO PRESUPUESTO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

3.3.1. LA DETERMINACIÓN LEGAL DEL DAÑO INDEMNIZABLE EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Tal como ya hemos apuntado, no todo daño individualizado, efectivo, económicamente evaluable e imputable a la Administración Pública, en relación de causalidad, es merecedora de una reparación indemnizatoria, sino que se requiere, además, que ese daño causado carezca de cualquier tipo de justificación legal y que el mismo no sea consecuencia de una situación de fuerza mayor ajena al servicio público prestado.

No nos encontramos ante un tipo de responsabilidad administrativa de naturaleza objetivamente absoluta, de tal suerte que resultase suficiente para la imputación de responsabilidad la concurrencia de una relación de causalidad de carácter material, sirviendo éste como único elemento relevante y determinante de la misma.

Además de ese nexo causal entre la acción administrativa y el daño desencadenado, se

precisa que este último tenga un carácter antijurídico. Tal como así se recoge en la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 23 marzo 2000 (CENDOJ: ECLI: ES:AN:2000:1990), «... para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos. (...) Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable».²⁴

Por ello, habrá que prestar especial atención al ámbito de la actuación administrativa generadora del evento lesivo para conocer cuáles son los criterios normativos de imputación que les sea aplicable.

No todo tipo de actividad derivada de un servicio público provocadora de un daño, necesariamente implica la reparación del mismo por parte del Administración causante del mismo. Puede tratarse de un daño que tenga el damnificado el deber legal de soportarlo, sin que ello suponga legitimación alguna para reclamar la reparación indemnizatoria por el

Audiencia Nacional, la cual estimó parcialmente la reclamación formulada contra el Ministerio de Sanidad y Consumo por anormal funcionamiento de sus servicios públicos sanitarios, condenado a la Administración al pago de una suma indemnizatoria por el fallecimiento de una paciente intervenida en Centro Sanitario Público como consecuencia del contagio por una bacteria (germen aspergillus) en la sala de operaciones, pudiendo ser la causa del mismo el estado de las instalaciones del aire acondicionado, considerando el TS que concurría, en tal caso, el nexo causal exigible, aunque desatendió la pretensión de los recurrentes (esposo e hija de la fallecida) de ser indemnizados por mayor cantidad de la fijada en primera instancia, por los daños morales causados, al entenderse que la valoración económica fijada resultaba conforme a derecho, no habiéndose aportado por los recurrentes datos circunstanciales excepcionales que justificasen el incremento de la indemnización concedida.

²⁴ La SAN de 23 de marzo de 2000 estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Sargento Primero de Infantería del Ejército de Tierra contra una Resolución del Ministerio de Defensa, por la que se desestimaba una reclamación indemnizatoria como consecuencia de la pérdida del dedo anular de su mano derecha al habersele enganchado el mismo con la parte superior de un soporte de una estantería, al estar ordenando y recontando el material de almacén, al considerarse, en aquella Resolución, que era de aplicación el Baremo de Lesiones, Mutilaciones y Deformidades de carácter definitivo y no invalidante, publicado por Orden de 5 de abril de 1974, el cual preveía una prestación económica muy inferior a la reclamada por responsabilidad patrimonial, entendiéndose que no procedía acudir al régimen general de la responsabilidad patrimonial cuando existía una normativa específica. La Sala consideró que el recurrente tenía derecho a ser indemnizado conforme al régimen general de la responsabilidad patrimonial, a pesar de existir una normativa concreta, cuando, con ella, no repare a íntegramente el daño causado.

daño sufrido.

Tal como así fue definido por GARCÍA DE ENTERRÍA²⁵, “(e)l concepto de perjuicio es puramente económico, material; el de lesión es ya un concepto jurídico. Lesión sería el perjuicio antijurídico (...), perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo como toda licitud. La norma de la antijuridicidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado. (...) El concepto técnico de daño o lesión, a efectos de responsabilidad civil, requiere, pues, un perjuicio evaluable, ausencia de causas de justificación (civiles),

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ CARANDE, E. «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa». Estudios Monográficos. Anuario de Derecho Civil. Año 1955. Pág. 1125-1126.

no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona.”.

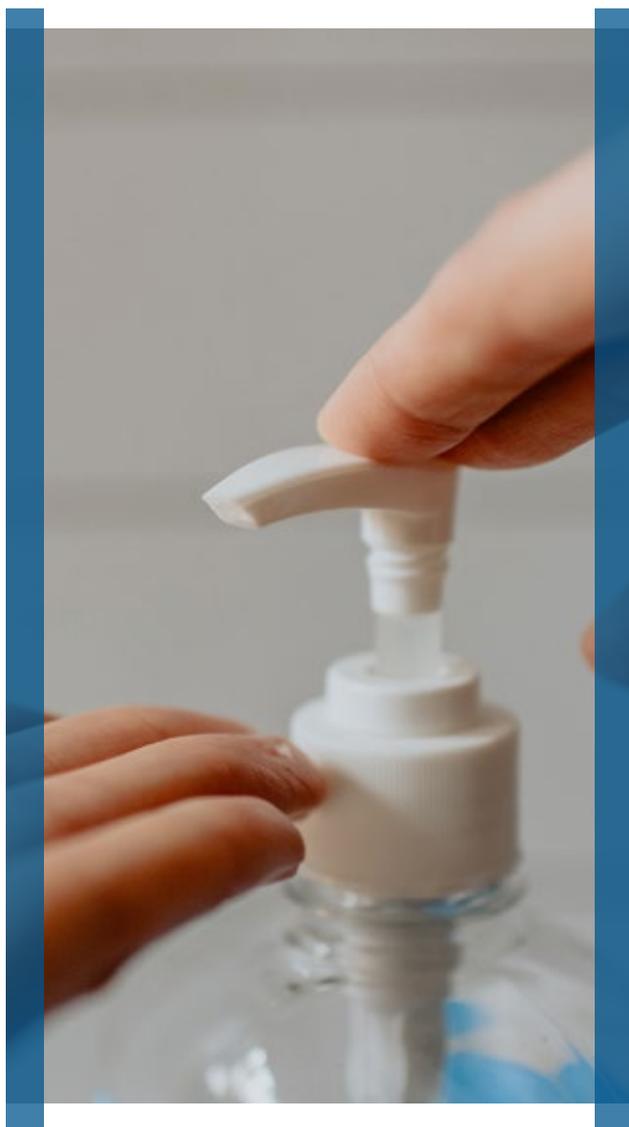
La responsabilidad patrimonial de la Administración no viene determinada atendiendo tan solo al daño ocasionado como consecuencia del funcionamiento de sus servicios públicos, sino que se requiere que ese daño causado tenga la consideración y el carácter de antijurídico, esto es, que el lesionado, como titular del daño, no tenga la obligación legal de soportar la situación lesiva con sus consecuencias.

Para la determinación de la antijuridicidad no se precisa, por tanto, que la actuación administrativa escape de la legalidad, pues puede causarse ese daño indemnizable al amparo de la misma, no distinguiendo el legislador entre daños ocasionados dentro del funcionamiento normal de los provocados por un funcionamiento anormal o defectuoso.

Nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias dictadas por la Sección 6ª, de la Sala de Contencioso, de fecha 25 de enero de 1997 (CENDOJ:ECLI:ES:TS:1997:408)²⁶ y de 24 de mayo de 1999 (CENDOJ:ECLI:ES:TS:1999:3590)²⁷, ha precisado que lo relevante en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no

²⁶ En la STS de 25 de enero de 1997, se desestimó el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional en la que se reconocía la indemnización a la esposa e hijos de un interno de un Centro Penitenciario fallecido como consecuencia de haber sufrido una agresión con arma blanca, aunque aplicó un criterio moderador por la concurrencia de culpa en el hecho luctuoso del propio interno agredido al haber comunicado la agresión varias horas más tarde de haberla sufrido, considerando que tal hecho no tenía entidad suficiente para romper el nexo causal entre el servicio público penitenciario y el resultado dañoso, dado que se incumplió con las medidas de vigilancia y seguridad exigibles.

²⁷ En la STS de 24 de mayo de 1999, se declaró no haber lugar al recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, interpuesto por un soldado que se encontraba realizando el servicio militar obligatorio, el cual sufrió un grave accidente por el que quedó tetrapléjico, al lanzarse al mar desde un acantilado en zona poco profunda, entendiendo la Sala que la culpa exclusiva de la víctima, siendo su comportamiento el único determinante del daño sufrido, siendo intrascendente el hecho de que estuviese cumpliendo el servicio militar obligatorio ya que ello no supone que la Administración tenga que soportar todos los riesgos generados por la conducta del soldado y ajenos a dicho servicio, siendo necesario que concurra un nexo de causalidad entre el funcionamiento normal o anómalo del servicio público y el resultado dañoso producido, exigencia que no se dio en el supuesto enjuiciado.



es el proceder antijurídico de la Administración, dado que tanto responde en supuestos de funcionamiento normal como anormal, sino la antijuridicidad del resultado o lesión.

La antijuridicidad de la lesión no concurre cuando el daño no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquél, incluyendo así nuestro ordenamiento jurídico como causa de justificación los denominados riesgos del progreso.

Eso sí, atendiendo al tenor de lo previsto en el art. 32.1 de la Ley 40/2015, los daños considerados como jurídicamente aceptables, de los que no se deriva responsabilidad alguna, deben ser tratados con carácter restrictivo al haberse considerado los mismos por el Legislador como excepción a la norma general, a los principios que rigen en la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el mencionado precepto, se reconoce, con carácter generalizado, el derecho a la indemnización por los daños causados por la Administración actuante (*“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados...”*), para, posteriormente, limitar ese derecho como excepción a la regla general establecida (*“... salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*).

En la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 5 abril 2011 (CENDOJ: ECLI: ES:TS:2011:1725), se puntualiza, al respecto, que *«..., la jurisprudencia considera que para la exigencia de responsabilidad basta que el daño tenga su origen en la actividad, normal o anormal, de la Administración, aunque se cause involuntaria o accidentalmente, sin que el que lo sufre tenga por su parte obligación de asumir el riesgo de dichos servicios, con la única excepción expresa de los causados por fuerza mayor o por culpa del propio perjudicado (STS. 3ª, 6ª, 31-VII-90 (RJ 1990, 2275)); o como dice la STS, de la misma Sala y Sección, de 16-XII-97, «a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte”*».

Por ello, el daño o lesión que debe ser soportado jurídicamente por el damnificado

debe ser un daño explícito y previsto en la norma, no pudiendo ser calificado éste como fórmula abierta y generalizada. Muy al contrario, debe ser interpretado forzosamente ese daño de manera restrictiva, de tal suerte que si existiese duda alguna sobre la antijuridicidad del mismo, deberá ser entendido éste, con base al principio de pro damnato, como daño indemnizarle y resarcible.

3.3.2. LA CONSIDERACIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LOS DAÑOS CAUSADOS EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

En el ámbito de la función pública, resulta determinante analizar que daños pueden ser calificables como antijurídicos, como presupuesto necesario para la reclamación indemnizatoria por parte del personal funcional o estatutario prestador del servicio público.

No han sido pocas las reclamaciones por responsabilidad patrimonial contra la Administración Pública promovidas desde dentro, por parte del personal adscrito a la función pública, con ocasión a daños sufridos, principalmente, en actos de servicio.

Si bien, en un primer momento, lo que era objeto de discusión era la compatibilidad de las indemnizaciones reclamadas con las prestaciones sociales que daban lugar, posteriormente, una vez salvada por nuestra Jurisprudencia la compatibilidad entre ambas prestaciones, las sociales y las indemnizatorias²⁸, lo que resultó ser centro de debate fue la determinación de la antijuridicidad del daño ocasionado, relacionado, principalmente, con la asunción voluntaria por parte del empleado público del riesgo creado, materializado en el daño ocasionado.

En esta materia, nuestro Tribunal Supremo ha sentado jurisprudencia, distinguiendo entre normalidad y deficiencia en el servicio público prestado, tomando especial atención a la imputabilidad o no del empleado

²⁸ Resulta ser doctrina jurisprudencial consolidada la compatibilidad entre las prestaciones de Seguridad Social y las indemnizaciones propias de una responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, al responder cada una de ellas en esencia y en su causa a aspectos diferentes, sirviendo la conjunción de éstas, prestaciones e indemnizaciones, al principio de plena indemnidad de la víctima, principio que no se alcanzaría con percepción única de prestaciones sociales plasmadas en las normas sectoriales. En tal sentido, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 6, de 24/07/2012 (CENDOJ: ECLI:ES:TS:2012:6053)

público damnificado en la causación del daño causado y, como ya hemos mencionado con anterioridad, al tipo de actividad pública desarrollada, en cuanto a la asunción del riesgo como propia de la misma, privando ello, en tales casos, de antijuridicidad al daño causado al existir un deber jurídico de soportar los efectos lesivos del acto dañoso.

Tal como así se expone en la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 24 de julio de 2012 (CENDOJ: ECLI:ES:TS:2012:6053)²⁹, «... ha de matizarse con la jurisprudencia de esta Sala formulada al efecto que distingue entre los daños y perjuicios sufridos por la prestación del servicio normal de los de funcionamiento anormal. Y si bien en los primeros, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que de acuerdo con la ley tiene el deber jurídico de soportar, lo que excluye la antijuridicidad de la actuación administrativa, no viniendo obligada la Administración a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial, más que con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, sólo en los segundos, cuando existe un funcionamiento anormal de servicio público, ha de distinguir entre si la deficiencia o normalidad es consecuencia exclusiva de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma conducta como pone de relieve el Tribunal de instancia y esa jurisprudencia de esta Sala, sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, faltando el nexo causal, o si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado, de forma que sólo cuando ninguna participación hubiese tenido el funcionario o servidor público perjudicado en el resultado producido, habría de ser resarcido por la Administración pública hasta alcanzar la plena indemnidad.».

²⁹ La STS de 24 de julio de 2012 desestimó el recurso de casación interpuesto por un militar contra una Resolución del Ministerio de Defensa por la que no se desatendía una reclamación indemnizatoria por responsabilidad patrimonial, como consecuencia de unas secuelas invalidantes sufridas al realizar un salto en paracaídas cuando efectuaba un curso básico de adiestramiento, al considerar que no había quedado probado que el accidente padecido lo fuera por algún fallo o problema mecánico del paracaídas utilizado o por circunstancias climatológicas adversas, siendo considerado el mismo como un caso de funcionamiento normal de la Administración, «...por lo que la responsabilidad por los perjuicios cuya indemnización se solicita, no ha de recaer sobre la Administración sino en los términos derivados de la regulación de la situación estatutaria con el reconocimiento de la pensión que ya se ha efectuado...».

Según esta doctrina, en los supuestos de reclamación patrimonial por daños ocasionados a los funcionarios públicos, habrá de tomarse como punto de partida si el daño ha sido consecuencia del funcionamiento normal del servicio público prestado o se trata de una deficiencia en el mismo.

En el caso de ser el daño consecuencia del funcionamiento normal del servicio público prestado, el Tribunal Supremo ha entendido que el resultado lesivo no tendría el carácter de antijurídico al derivarse de un riesgo que el prestador del servicio ha asumido voluntariamente, siendo consiente de la existencia del mismo. En ese supuesto, no vendría la Administración Pública obligada a indemnizar el daño causado, pudiendo optar aquel por solicitar las prestaciones sociales propias de su condición de empleado público.

En tal sentido, la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 4ª, de 5 de abril de 2011 (CENDOJ: ECLI: ES:TS:2011:1725), en la que se pone de manifiesto que «... conviene recordar que esta Sala Tercera, en Sentencia de 16 de junio de 2010, dictada en el recurso de casación nº 1563/06, establece lo siguiente: “Constituye doctrina reiterada de este Tribunal, como expresamente recoge nuestra sentencia de 20 de mayo de 2009, y así lo hemos declarado, también, en sentencia de 23 de abril de 2008, recogiendo el pronunciamiento de las de 1 de febrero de 2003 y 14 de octubre de 2004, la de que, en el supuesto de funcionamiento normal, el servidor público asume voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no resulta antijurídico y la Administración no viene obligada a indemnizarle en concepto de responsabilidad patrimonial, sino exclusivamente con las prestaciones pasivas previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, criterio éste mantenido ya también en la sentencia de 10 de abril de 2000”».

De tratarse el daño ocasionado consecuencia del funcionamiento anormal del servicio público en el que se ve implicado el empleado público damnificado, habrá que estudiar, según la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, si, en esa anormalidad en el funcionamiento de la actividad pública, ha intervenido de forma activa, culpable, exclusiva y directa el personal prestador del servicio, o, en su caso, la ocurrencia del evento lesivo obedece a factores externos al propio afectado o concurrentes al mismo.

En el primero de los casos, en el supuesto de intervención culposa del perjudicado y determinante del hecho luctuoso, quiebra la relación o nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño causado, por lo que no resulta procedente la reparación indemnizatoria por parte de la Administración titular del servicio.

En el otro caso, en el supuesto de que la conducta del perjudicado no ha sido la causante de la anomalía o deficiencia en el servicio, procede la reclamación reparadora.

Si de algún modo la intervención del empleado público ha favorecido o cooperado en el funcionamiento anormal del servicio prestado y, consecuentemente, en la producción del daño, concurriendo en la culpa, la pretensión indemnizatoria debe ser moderada en atención a su grado de participación.

Como señala SÁEZ LARA³⁰, «(h)oy la

³⁰ SÁEZ LARA, C. «Responsabilidad patrimonial de la Administración y derecho a la seguridad y a la protección de la salud en el trabajo de los empleados públicos». Revista española de Derecho del Trabajo nº 145/2010. Editorial Civitas, SA. BIB 2010\111

doctrina, tanto judicial como consultiva, no exige una relación de causa-efecto directa y exclusiva entre el funcionamiento del servicio y el daño para poder reconocer el derecho a la indemnización del daño producido, sino que siguen la doctrina de la “conurrencia de culpas” y, tras reconocer el derecho a la indemnización, se modula la cantidad que corresponde abonar a la Administración, proporcionalmente a su participación en la producción del daño.»

Corresponde al empleado público probar el deficiente funcionamiento del servicio público prestado.

Llegado a este punto, analizando la jurisprudencia recaída en torno a las reclamaciones indemnizatorias planteadas por parte del personal empleado público frente a la Administración por daños causados en ocasión al servicio prestado, cabe decir que dos son los presupuestos exigibles: a) que el daño sufrido sea como consecuencia de un funcionamiento anormal del servicio público; y, b) que el mismo no deba causa de forma exclusiva a la conducta culposa del agente público dañado.

Si el origen del acto lesivo está en el



funcionamiento anormal del servicio público prestado, no podemos hablar del deber jurídico del empleado público de soportar el daño causado como causa excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. En tal caso, deberá el perjudicado funcionario público ser resarcido por la Administración de todos aquellos daños y perjuicios causados.

Consecuentemente con lo expuesto, habrá de estar a la casuística concreta para poder determinar la existencia o no de esa responsabilidad patrimonial de la Administración, atendiendo, no al daño, en sí mismo considerado, sino a la causa del mismo (funcionamiento normal/anormal del servicio público prestado), así como a la intervención activa del damnificado, de tal suerte que solamente se vería justificada la indemnización por los daños causados si los mismos no derivan de un riesgo propio de la actividad pública desempeñada y respondan a una deficiencia del servicio público ajena o extraña a la propia conducta de aquél.

3.3.3. LA DETERMINACIÓN DE LA ANTIJURICIDAD DEL DAÑO COMO CONSECUENCIA DE LA PRESTACIÓN SOCIO-SANITARIA PÚBLICA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LOS DAÑOS SUFRIDOS POR PERSONAL SANITARIO POR CONTAGIO VÍRICO

Son dos pilares fundamentales en los que se ha sustentado nuestra jurisprudencia para desatender las reclamaciones patrimoniales en el orden sanitario por los empleados en el servicio de sus funciones, a) el deber de soportar el daño causado, configurando la actividad sanitaria como actividad de riesgo, debiendo asumir el profesional los daños derivados del funcionamiento normal del servicio público prestado; y, b) el estado del conocimiento de la ciencia, no siendo imputable a la Administración un evento lesivo que en el momento de su producción era desconocido y, por ende, inevitable. En ambos supuestos, se ha entendido que el daño causado no tiene el carácter de antijurídico, presupuesto necesario, entre otros, para la determinación de la responsabilidad patrimonial pública.

3.3.3.1. EL CONTAGIO VÍRICO COMO RIESGO PROPIO DE LA ACTIVIDAD SANITARIA

La antijuricidad del daño, como requisito ineludible y necesario para el reconocimiento de la responsabilidad por daños sufridos por

el empleado público en el ámbito del servicio público prestado, está sensiblemente vinculada con la propia actividad desarrollada por aquél.

Resulta, por tanto, imprescindible conocer si las consecuencias del acto lesivo derivan del riesgo propio de la actividad profesional desarrollada, siendo éste consustancial e inherente a ella o no, para, con ello, determinar la existencia o no de esa responsabilidad pública.

En el ámbito del sector sanitario, han existido numerosas reclamaciones como consecuencia del contagio vírico clínico, entendiéndose nuestro Tribunal Supremo, en la mayoría de los casos, que tal hecho supone un riesgo propio de la actividad socio-sanitaria, asumido y aceptado por el propio profesional sanitario, por lo que el daño no puede ser considerado antijurídico, no estando, por tanto, obligada la Administración a la reparación del mismo.

Así, por ejemplo, en STS, Sala de Contencioso, Sección 6ª, de 6 de noviembre de 2001 (CENDOJ: ECLI:ES:TS:2001:8646)³¹, consideró que no existía responsabilidad alguna de la Administración Sanitaria al no ser el contagio vírico un daño de carácter antijurídico, debiendo ser soportado por el propio sanitario, al tratarse de un riesgo propio e inherente a la actividad profesional desarrollada.

Tampoco entendió nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso, Sección 4ª, de 10 de abril de 2012 (CENDOJ: ECLI:ES:TS:2012:2670)³², la

³¹ En la STS de 6 de noviembre de 2001, fue objeto de estudio una reclamación planteada por un enfermero de la sanidad pública por contagio vírico de la hepatitis C, contra el Instituto Nacional de la Salud, que se decía sufrida por el recurrente en su ejercicio profesional, interponiéndose el recurso de casación contra la Sentencia desestimatoria dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias, recurso que si bien fue estimado en parte, en cuanto a la extemporaneidad de la reclamación administrativa, considerándola planteada dentro del plazo legalmente establecido, no lo fue, en cuanto al fondo del asunto, entendiéndose el TS que «...su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente (funcionario del Insalud en el supuesto actual)... razón por la que ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguiente, no viene obligada la Administración a repararlo al no concurrir el indicado requisito exigible por la doctrina jurisprudencial.»

³² En la STS de 10 de abril de 2012, se declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por un Sanitario el cual sufrió un contagio del virus de la hepatitis C, cuando atendía a un paciente enfermo, a pesar de haber cumplido con el protocolo de prevención establecido, dado que «...la actividad que desarrollaba el recurrente como enfermero del SAMU, implica y supone el riesgo profesional

responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria por el pinchazo sufrido por un auxiliar de enfermería con una aguja, debido a un movimiento brusco del paciente al que asistía, por tratarse, como en los casos anteriores, de un riesgo profesional asumido.

En la misma línea jurisprudencial, la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de fecha 29 de enero de 2004 (CENDOJ: ECLI:ES:TS:2004:430)³³, en la que se consideró que no existía responsabilidad alguna de la Administración por el contagio sufrido por una médica especialista en medicina nuclear del un hospital público al considerar que se trató de una enfermedad profesional derivada de un riesgo propio de la actividad profesional desarrollada, conocida y aceptada por la recurrente, no resultando el daño causado de carácter antijurídico.

En igual sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, 233/2014, de 9 de abril (CENDOJ: ECLI:ES:TSJCV:2014:1860)³⁴.

de sufrir cortes, pinchazos, tanto en la manipulación de los distintos utensilios con virtualidad suficiente para ello, como en el desarrollo propio de la actividad de asistencia médica a pacientes, siendo que la Administración debe procurar, proteger a sus funcionarios, con todos los medios a su alcance en materia de información, seguimiento de Protocolos, manipulación, limpieza, materiales propios de almacenaje y desecho, etc ... pero el riesgo existe y se contempla siendo consustancial al desarrollo de la actividad en sí misma considerada».

33 En la STS de 29 de enero de 2004, la Sala rechazó el recurso de casación interpuesto por una facultativa especialista en medicina nuclear por una cataratas sufridas, según la recurrente, por la exposición permanente a las radiaciones como consecuencia del trabajo que desempeñaba, entendiéndose que «(d)icho riesgo, atendida su condición de riesgo derivado de la actividad profesional suficientemente conocida, es un riesgo aceptado por la hoy recurrente que precisamente por esa aceptación voluntaria hace que el daño no pueda ser considerado como antijurídico y por tanto desaparece así uno de los requisitos imprescindibles para que pueda hablarse de responsabilidad profesional de la Administración, salvo que se acredite, que no es el caso, que la administración omitió alguna de las medidas de seguridad que venía obligada a adoptar en garantía de la integridad física de sus trabajadores».

34 En la STSJ de la Comunidad Valenciana, con sede en Valencia, Sección 2ª, de fecha 9 de abril de 2014, se desestimó en recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un resolución de la Consejería de Sanidad en la que rechazaba la reclamación patrimonial promovida por una auxiliar de enfermería que resultó infectada por VHC, en el desempeño de sus funciones en un Hospital Público, al cortarse, en el año 1983, con un micrótomo de anatomía patológica procedente de un enfermo de VHC. En este caso, la sanitaria alegó que nadie le había advertido sobre la situación de riesgo ni el Centro Hospitalario contaba con protocolos específicos al respecto para evitar

En cuanto a esa falta de antijuricidad del daño causado en el ámbito sanitario por tratarse de un riesgo asumido y aceptado por el profesional afectado, el Tribunal Supremo, curiosamente, en la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 24 de noviembre de 2005 (CENDOJ. ECLI:ES:TS:2005:8161)³⁵, relacionada con el contagio de la Hepatitis C por un cirujano del Servicio Andaluz de Salud, al sufrir un pinchazo durante una intervención quirúrgica a un paciente afecto de hepatopatía crónica, a pesar de mantener ese criterio, desatiende el recurso de casación interpuesto por la Administración, y, por tanto, confirma la Sentencia indemnizatoria dictada por el TSJ de Andalucía.

estas situaciones. La Sala desatendió el recurso amparándose en que «...nos encontramos ante la materialización de un riesgo profesional suficientemente conocido y aceptado previamente por la actora, y por el que ha sido compensada a efectos por medio de la declaración de invalidez laboral, sin que haya sido ese riesgo interferido o incrementado por un incumplimiento relevante de la Administración por la falta de información o medios suficientes para evitar el mismo. Por tanto, es evidente que el daño no es antijurídico y no puede reconocerse indemnización por responsabilidad patrimonial al haber quedado ya reconocido y compensado a nivel de prestaciones en el ámbito laboral».

35 En la STS de 24 de noviembre de 2005, la Sala declaró no haber lugar el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la STSJ de Andalucía, con sede en Granada, en la que fue condenada tanto la Junta como el Servicio Andaluz de Salud, al pago de una suma indemnizatoria por los daños y perjuicios sufridos por un Médico Cirujano de la Administración Sanitaria por un contagio vírico de hepatitis C, en el ejercicio de su labor profesional, concretamente al sufrir un pinchazo durante una intervención quirúrgica en una paciente afecto de hepatopatía crónica siendo las secuelas sufridas de tal entidad que le fue reconocida la situación de invalidez permanente absoluta para todo tipo de trabajo.

Curiosamente, en la Sentencia dictada se pone de manifiesto que la doctrina de la Sala era todo lo contrario a lo declarado en la Sentencia de instancia dado que el criterio del TS era que se trataba de una enfermedad de carácter profesional, siendo el riesgo del contagio vírico conocido por el recurrente y, por tanto, un riesgo aceptado por aquél por lo que el daño causado no puede tener la consideración de antijurídico y, por ello, no cabría hablar de responsabilidad patrimonial. No obstante, como tales argumentos no fueron motivo de casación, habiéndose limitado la Consejería de Salud (la única que preparó el recurso, no haciéndolo el Servicio Andaluz de Salud), a alegar la falta de legitimación pasiva (entendiendo que debía ser condenada el Servicio Andaluz de Salud, como organismo autónomo), la prescripción de la acción y error en la valoración de la prueba, motivos que resultaron rechazados, no siendo, por tanto, una cuestión planteada en el recurso en tema de la antijuricidad del daño, no podía afectar a su fallo el criterio jurisprudencial mantenido al efecto.

3.3.3.2. EL ESTADO DEL CONOCIMIENTO DE LA CIENCIA COMO OTRO PARÁMETRO PARA LA ANTIJURIDICIDAD DEL RESULTADO DAÑOSO

Además, nuestro Tribunal Supremo, en cuanto a la falta de antijuricidad del daño causado en el ámbito sanitario, como justificación de la irresponsabilidad de la Administración Sanitaria, en materia de las infecciones víricas, ha utilizado otro argumento de base, distinto y/o complementario con el del deber de soportar el daño ocasionado, siendo éste el estado del conocimiento de la ciencia, entendiéndose que es exigible que la Administración actúe diligentemente conforme al grado de entendimiento científico de la enfermedad, de tal suerte que, de tratarse de una agente vírico desconocido hasta el momento, sus consecuencias dañinas no pueden ser imputables o reprochables a ella.

Este argumento fue utilizado por el Tribunal Supremo, en múltiples ocasiones, para desestimar las reclamaciones indemnizatorias presentadas por personal sanitario (y resto de particulares), concretamente por contagios por VHC postransfusionales, estableciendo una línea divisoria entre los contagios anteriores al año 1990 y los posteriores, dado que la detección de la Hepatitis C no se produjo con anterioridad a dicha fecha, siendo, por consiguiente, los daños por contagio vírico sufridos hasta ese momento inevitables por falta de conocimiento científico sobre el mismo, entendiéndose, por ello, que el daño causado no tenía el carácter antijurídico.

En la STSJ de Cataluña, con sede en Barcelona, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, 325/2007, de 23 de abril de 2007 (CENDOJ: ECLI:ES:TSJCAT:2007:7253)³⁶, siguiendo la doctrina jurisprudencial fijada, aclaró que, «(e)n relación con el virus VIH la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2.006 recoge que ya la sentencia de 29 de noviembre de 2.002 ha afirmado que en el mes de agosto de 1.985 no se disponían de reactivos para la determinación del SIDA que, conforme a la sentencia antes invocada sólo se obtuvieron en abril de 1.987, por lo que es evidente que aún cuando el virus se

³⁶ En la STSJ de Cataluña de 23 de abril de 2007, se desestimó el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio de la reclamación patrimonial planteada contra el Instituto Catalán de Salud por los daños y perjuicios causados a una paciente de un Hospital Público con motivo de la asistencia prestada, concretamente originada por una transfusión de sangre en junio de 1983 en donde resultó infectada del virus VIH que se manifestó años más tarde, así como del virus de la hepatitis c o VHC.

había aislado en 1.983, el daño ante la absoluta imposibilidad, de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica de conocer si la sangre transfundida estaba contaminada por el virus del SIDA, ha de ser soportado por el interesado. En efecto, el genoma del virus de la hepatitis C fue aislado en 1989 por primera vez en Estados Unidos, siendo el responsable en más del 90% de las hepatitis no A no B, de transmisión por vía parenteral, datando de 25 de junio de 1990 la Orden de la Conselleria de Sanidad y Servicios Sociales en la que se determinan las pruebas a realizar en todos los hemoderivados, paralelo a lo que se hizo en el resto del mundo, y de 3 de octubre de 1990 la Orden del Ministerio de Sanidad que establece la obligación de practicar pruebas de detección de anticuerpos del virus de la hepatitis C (anti-VH) en las donaciones de sangre. Esos son los parámetros que el Tribunal Supremo tiene en cuenta para excluir la antijuricidad del daño, y que desde la sentencia de 25 de noviembre de 2000 se ha unificado y convertido en unánime, superando las tendencias contrarias anteriores³⁷.»

3.3.3.3. EL ÉBOLA COMO PRECEDENTE CERCANO DE PELIGRO EPIDEMIOLÓGICO: EL ESTADO DE LA CIENCIA FRENTE A LA RECLAMACIÓN PATRIMONIAL

En el año 2014, hubo en nuestro país otro precedente de contagio vírico que pudo haber alcanzado niveles epidemiológicos similares a los provocados por el COVID-19, como fue el virus del Ébola, el cual, afortunadamente, pudo ser controlado a tiempo.

A pesar de ello, en el ámbito de la sanidad pública, fue presentada, al menos, una reclamación por una profesional sanitaria,

³⁷ Esa tendencia contraria fijada por el propio Tribunal Supremo, la encontramos en la Sentencia dictada el 9 de marzo de 1.999, por su Sala Primera, en la que se señaló que «aunque las pruebas de detección del Virus de la Hepatitis C no eran exigibles sino desde la Orden de 3 de octubre de 1.990, esta particularidad no exonera de responsabilidad a la recurrente (Insalud), ya que a partir de la primavera del año 1.989, no solo en el espacio científico, sino también en la opinión pública, se conocía la gravedad de la Hepatitis C, así como las fuentes de contagio, entre las que se encontraba la transfusión de sangre efectuada en centros hospitalarios, lo que nos lleva, por vía de la responsabilidad patrimonial cuasi objetiva derivada de los actos dañosos efectuados por la Administración pública a través de sus autoridades y demás personal, a proclamar la responsabilidad de la recurrente, toda vez que, si bien se trata de un evento acaecido con anterioridad al año 1.990, la graduación de los conocimientos sobre la enfermedad y los cuidados para evitar la infección están dentro del riesgo que configura la responsabilidad cuasi objetiva, que contempla y debe producir todos sus efectos indemnizatorios».

auxiliar de enfermería del Hospital Carlos III de Madrid, que se vio infectada por el virus del Ébola³⁸.

Dicha reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida contra la Administración Sanitaria, concretamente contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, fue desatendida en vía administrativa, habiéndose interpuesto recurso contencioso-administrativo del que conoció la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

La reclamación patrimonial presentada no guardaba relación con los daños personales sufridos como consecuencia de la delicada situación personal que tuvo que soportar esta profesional sanitaria, la cual, junto con toda su familia, tuvo que estar, debido a su estado de salud y la peligrosidad de la transmisión vírica, varias semanas en estado de aislamiento y hospitalización, sino se centró la misma en los daños morales que decía habersele causados

³⁸ Hubo otra reclamación de la que conoció el TSJ de Madrid en relación al Ébola, como consecuencia del cierre y desinfección de un negocio de peluquería y estética del que era titular la recurrente, a causa de su ingreso hospitalario preventivo motivado por la atención profesional a la auxiliar de enfermería que resultó a ser el primer caso de contagio del Ébola en Europa. La recurrente permaneció ingresada en el hospital durante 14 días, recobrando la posesión de su negocio, tras las labores de limpieza y desinfección, un mes más tarde desde su alta hospitalaria. La Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, en relación a una primera reclamación patrimonial presentada por los daños y perjuicios ocasionados en el establecimiento de la que era titular la recurrente a consecuencia de la realización de las labores y trabajo de desinfección llevados a cabo, llegó a un acuerdo indemnizatorio con la recurrente. Posteriormente, la recurrente presentó una segunda reclamación patrimonial solicitando una indemnización adicional, en concepto daños materiales y morales, por las lesiones causadas a consecuencia del ingreso hospitalario y cierre del negocio de peluquería, reclamación que fue desatendida por la Consejería, siendo interpuesto recurso contencioso-administrativo del que conoció el TSJ de Madrid, Sección 10ª, habiéndose dictado Sentencia en fecha 10 de enero de 2019 (CENDOJ: ECLI:ES:TSJM:2019:1477), en la que se desestimó el recurso presentado al entender la Sala que la Administración actuó conforme a Derecho, dado que, «el principio de precaución permite que, en caso de duda sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud pública, la Administración pueda adoptar las medidas necesarias para protegerla sin necesidad de esperar a que se demuestren previamente la realidad y la gravedad de tales riesgos. (...) A juicio de la Sala, en el supuesto de autos se ha aplicado correctamente el principio de precaución, también recogido en el Derecho Comunitario, al haberse acreditado que el local había sido visitado por una persona afectada por el virus del Ébola, quien había recibido servicios de contacto directo y había desarrollado la enfermedad a pesar de que, inicialmente, no cumplía los factores protocolariamente determinados para apreciar un contagio.»

como consecuencia del sacrificio de su mascota ordenado por la Administración competente por el riesgo de ser posible foco de contagio a la población en general.

En este caso, fue desestimado el recurso, al considerar el TSJ de Madrid, Sección 10ª, en Sentencia dictada el 6 de abril de 2017 (CENDOJ: ECLI:ES:TSJM:2017:4168)³⁹, que el daño moral causado como consecuencia del sacrificio del animal de compañía del profesional sanitario no podía ser considerado o calificado como antijurídico al estar justificado el mismo, dado el estado de la ciencia, en las especiales circunstancias y en el peligro potencial de constituir núcleo de contagio a la población en general del virus detectado y ello a pesar de no mostrar, en ese momento, el can de la afectada sintomatología de clase alguna, viéndose, por tanto, obligada la reclamante a soportar el daño causado.

IV. LA FUERZA MAYOR COMO CAUSA DE SU EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

4.1. LA FUERZA MAYOR COMO ORIGEN DEL DAÑO CAUSADO. LA CONFIGURACIÓN DE LA FUERZA MAYOR COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN ACTUANTE

La fuerza mayor (*vis maior*) se configura como la causa única de exclusión de imputación de la Administración Pública frente a los daños ocasionados por el funcionamiento de sus

³⁹ En la STSJ de Madrid de 6 de abril de 2017, en cuanto al sacrificio del perro de la reclamante, dispuso que «(e)n primer lugar porque, de las disposiciones legales a que se ha hecho anterior referencia se deriva la carga impuesta con carácter general a todos los dueños o poseedores de los animales de soportar el sacrificio de los mismos como medida de salvaguarda de salud pública, y en el caso que nos ocupa se estaba ante la un alto riesgo de epidemia por contagio del virus del Ébola. (...) En segundo término porque, dado el escaso conocimiento científico sobre la prevención y tratamiento del virus del Ébola en general, y sobre la infección y potencial riesgo de transmisión por los perros, en particular, pero constanding que los mismos son un factor de alto riesgo para la transmisión del virus, fue inevitable proceder al sacrificio del perro de los recurrentes ante la imposibilidad real de trasladarlo vivo y de custodiarlo por personal entrenado que pudiera seguir un protocolo de actuación debidamente contrastado y en un establecimiento con condiciones de bioseguridad adecuadas para impedir el contagio de quienes entraran en contacto con el animal y, a través de ellos, a terceras personas. (...) Así las cosas, la falta de antijuricidad del resultado lesivo cuya reparación se reclama, determina que los recurrentes no tengan derecho a ser indemnizados a título de responsabilidad patrimonial de la Administración demandada.»

servicios públicos.

No resulta necesario, con base al criterio de imputación de carácter objetivo, para poder responsabilizar patrimonialmente a la Administración de un evento lesivo, en detrimento de los intereses de los particulares, que haya mediado culpa o imprudencia en la prestación del servicio o en su funcionamiento.

Ello no implica que, frente a cualquier situación dañosa, la Administración vaya a responder con carácter universal y generalizado. De concurrir como causa del daño ocasionado la fuerza mayor, la Administración no será responsable del mismo, tal como así se prevé en el art. 106.2 de nuestra Constitución Española y en el art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Tal como así se ha referido COSCULLUELA MONTANER⁴⁰, «(p)or fuerza mayor se debe entender la causa imprevisible e irresistible ajena a la conducta racional y previsora de toda persona u organización en relación con las actividades a su cargo».

40 COSCULLUELA MONTANER, L. «Manual de Derecho Administrativo». Editorial Civitas. Vigésima quinta edición, 2014, pág. 545.



Dispone el art. 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en cuanto a la indemnización se refiere, que «(n)o serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

En el mencionado artículo, como así lo hacía la anterior normativa⁴¹, se precisa y se matiza qué debe de entenderse por casos de fuerza mayor, tomando como parámetro el estado de la ciencia, en cuanto a su conocimiento y técnicas asistenciales.

Además, resulta determinante que la causa desencadenante del acto lesivo debe ser de carácter imprevisible o inevitable, dado que de haber podido ser previsto o evitado, a pesar de tal circunstancia fuera ajena a la propia organización administrativa, no excluiría la responsabilidad de la Administración Pública.

La prueba de la relación de causalidad entre el daño ocasionado y la fuerza mayor, como fundamento de la exclusión de la responsabilidad patrimonial corresponde a la Administración. Tal como así se recoge en la STS de 7 de diciembre de 1981⁴², corresponde «... la prueba del daño sufrido y su origen al particular que solicita la indemnización, y la del hecho impeditivo de la pretensión, fuerza mayor, a la Administración demandada en adecuada y correcta aplicación de la carga de la prueba establecida en el artículo 1.214 del Código Civil».

Doctrinalmente, se ha conceptualizado la fuerza mayor como aquel acontecimiento extraordinario, externo, imprevisible e inevitable, de tal entidad que aún aplicándose la mayor diligencia posible para intentar impedir el evento lesivo no es posible.

41 En los mismos términos, se recogía en el art. 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado, en su momento, por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en atención particularmente a las consecuencias derivadas de la responsabilidad en prestaciones sanitarias. Concretamente, en supuestos de contagios del SIDA por transfusiones de sangre. En su Exposición de motivos, se precisaba que «(e)n el 141 se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad...»

42 STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 7 de diciembre de 1981 (CENDOJ: ECLI: ES:TS:1991:1966)

Dentro de los presupuestos mencionados, el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de la Sala de lo Contencioso, Sección 1ª, de 23 de mayo de 1986 (CENDOJ: ECLI:ES:TS:1986:2713)⁴³ y de la Sección 6ª de la misma Sala, de 19 de abril de 1997 (CENDOJ: ECLI:ES:TS:1997:2735)⁴⁴, ha entendido determinantes, para la configuración de la fuerza mayor, la irresistibilidad (el evento lesivo quizá pudo haber sido previsto pero su resultado era inevitable) y la exterioridad (la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio), considerando fuerza mayor *«(a) aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado»*, y como así lo puntualiza la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 1ª, nº 790, de 10 de marzo de 1992

43 La STS del 23 de mayo de 1986 desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, por la que condenaba a la Corporación Local al pago de una indemnización a una Empresa que vio como su Factoría de Villaverde sufrió importantes daños y perjuicios como consecuencia de la inundación de sus instalaciones, por el deficiente estado de las vías municipales de evacuación de aguas pluviales, encontrándose taponadas y obstruidas las mismas por acumulación de residuos, provocando el agua embalsada junto a la valla o cierre de la Factoría, su derrumbando el cerramiento anegando totalmente la misma. En este caso, la Administración demandada excepcionó la fuerza mayor al entender ésta que la inundación fue producto de la acumulación de objetos arrastrados situados en las proximidades del cauce del arroyo como consecuencia de su desbordamiento. Fue rechazado por la Sala tal argumento exculpatario aduciendo que la titularidad del servicio de recogidas de aguas pluviales correspondían a la Corporación Local siendo ésta la responsable de estado de sus instalaciones y, en este caso, del estado de la rejilla obstruida de unos de sus colectores, correspondiendo a aquélla velar porque no se acumulasen depósitos en la misma.

44 La STS de 19 de abril de 1997 desestimó el recurso de apelación sostenido por la Generalidad de Cataluña contra la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por la que fue condenada a indemnizar a un motorista por el accidente sufrido como consecuencia del estado de la vía por la que circulaba, al no haber limpiado los servicios correspondientes de la Administración demandada el barro acumulado por las lluvias, siendo ello el causante del siniestro acontecido, sin que fuera apreciable la fuerza mayor invocada dado que de resultar imprevisible las precipitaciones pluviales (lo que fue rechazado por la Sala de primera Instancia por ser propias de la meteorología estacional), no cabría aceptar que el hecho luctuoso fuese inevitable dado que la tierra arrastrada por las lluvias pudo ser retirada previamente cuando las lluvias terminaron días antes o, al menos, podían haber señalizado la zona, siendo, por tanto, ajustada la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada a la que le correspondía el cuidado y vigilancia de las condiciones de viabilidad de la carretera en donde se produjo el accidente.

(CENDOJ: ECLI: ES:TS:1992:2004)⁴⁵, *«... reconociendo la cualidad del acontecimiento como extraordinario, esto es, como “supuesto que no hubiera podido proveerse, o que, previsto fuera inevitable”...»*.

En la misma dirección, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de abril de 1999⁴⁶, haciéndose eco de la del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1997, razona que *«la fuerza mayor es un concepto jurídico que debe quedar ceñido, como reiteradamente ha repetido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al suceso que está fuera del círculo del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, lo que no encaja en los eventos internos intrínsecos ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos»*.

Comporta, por tanto, la fuerza mayor, en palabras de SALAS CARCELLER⁴⁷, *«la concurrencia un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable, imprevisible e irresistible»*.

Por el contrario, en los supuestos de caso fortuito (no excluyente de responsabilidad patrimonial) lo que existe es una indeterminación de la causa productora del daño (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: *«falta de servicio que se ignora»*) y una interioridad del evento en relación con la organización en cuyo

45 La STS de 10 de marzo de 1992 desestimó el recurso presentado por una Sociedad contra la desestimación presunta de una reclamación de daños y perjuicios presentada contra el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo por daños sufridos en sus instalaciones por las violentas y extraordinarias inundaciones debidas a un fuerte temporal de lluvias, siendo el causante de las mismas, según la reclamante, un talud por vertido de escombros y piedras en uno de los márgenes del cauce del río realizado por la adjudicataria-concesionaria de una autopista de peaje con el propósito de reducir su anchura, provocando, como consecuencia de las lluvias, la virulencia y efecto desbastador en la ribera opuesta, en donde se encontraba situada la fábrica. La Sala consideró que las lluvias torrenciales con la crecida inusitada del río y las inundaciones provocadas, teniendo las mismas la calificación de riesgos catastróficos, se trataba de un fenómeno meteorológico de carácter excepcional y extraordinario, siendo calificado el suceso acontecido como fuerza mayor, al haberse causado los daños denunciados con independencia de las obras de estrechamiento del caudal del río.

46 SAN, Sala de lo Contencioso, Sección 4ª, de 28 de abril de 1999 (CENDO: ECLI: ES:AN:1999:2621)

47 Hizo referencia a la fuerza mayor como causa de exclusión de responsabilidad el Magistrado el Tribunal Supremo Excmo. Sr. D. Antonio SALAS CARCELLER en el discurso leído el 6 de mayo de 2011 en el acto de la recepción como Académico de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia, bajo el título de *«Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil»*.

seno se produjo el daño, estando directamente conectado con el funcionamiento de la propia organización administrativa⁴⁸. Se trata, por tanto, el caso fortuito, de un *«evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida»*⁴⁹.

En definitiva, frente al caso fortuito configurado como aquel suceso que no pudo preverse, pero de haberse previsto se pudiera haber evitado, en la fuerza mayor, el suceso resulta inevitable, aun de haberse previsto, presentándose el mismo como un acto de violencia insuperable.

4.2. LA PANDEMIA DEL COVID-19 COMO SUPUESTO DE FUERZA MAYOR

Tal como ya ha sido puesto de manifiesto anteriormente, la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a particulares como consecuencia del funcionamiento de sus servicios públicos, a pesar de tratarse de una responsabilidad de carácter objetiva en el que no se precisa como criterio de imputación la existencia de un comportamiento culposo o negligente en la intervención pública, dicha objetividad no resulta absoluta e insalvable, convirtiendo a la Administración Pública en una suerte de aseguramiento universal sino que entra en juego dos tipos de excepciones como son la concurrencia de una situación de fuerza mayor, prevista en el art. 106.2 de nuestra Constitución y art. 32 de la Ley 40/2015, y el estado de la ciencia y de las técnicas existentes en el momento de la producción del evento lesivo, recogido en el art. 34 de la mencionada Ley 40/2015.

Realmente, no se trata la fuerza mayor y el estado de la ciencia y la técnica de dos circunstancias excepcionales distintas y diferenciadas. Podemos considerar que la segunda de tales excepciones queda englobada o conceptuada dentro de la fuerza mayor, habiendo sido precisada y concretada en la Ley 40/2015 principalmente para los posibles supuestos de responsabilidad patrimonial dentro del ámbito sanitario.

Así las cosas, en un primer acercamiento a la cuestión planteada, esta es a que si la

⁴⁸ STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 31 de mayo de 1999 (CENDOJ: ECLI: ES: TS: 1999:3815)

⁴⁹ STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de fecha 19 de abril de 2001 (CENDOJ: ECLI: ES:TS:2001:3220)

pandemia del COVID-19 puede ser considerada como un supuesto de fuerza mayor excluyente de cualquier tipo de responsabilidad de la Administración por los daños que se pudiesen causar como consecuencia de la crisis pandémica que se derivase, cabría de dar una respuesta positiva al tratarse de un suceso de carácter imprevisible, insólito, inevitable y extraordinario, quedando el mismo al margen del dominio de la Administración, quebrándose, con ello, la relación de causalidad exigida.

Ahora bien, la respuesta dada, concebida en términos generales y abstractos, no dan respuesta concreta a todas y cada una de las situaciones generadoras del daño reclamable derivados de los efectos de la pandemia.

Atendiendo al tema que nos ocupa, las reclamaciones que pueden ser planteadas por parte del personal sanitario por el deficiente funcionamiento de la Administración Sanitaria frente a los efectos colaterales creados con ocasión a la crisis sufrida, no pueden ser solventadas o salvadas argumentando la concurrencia de una situación fáctica de fuerza mayor como causa excluyente de toda responsabilidad por parte del Estado.

Hacemos referencia a aquellos daños singulares derivados de la gestión pública llevada al efecto para la contención y lucha contra el coronavirus distintos a las cargas comunes asumidas por toda la colectividad.

Por lo tanto, no puede ser resuelta la cuestión planteada con una respuesta simple y generalizada en cuanto a que la pandemia, en sí misma considerada como fuerza mayor, excluye de cualquier responsabilidad de la Administración por los daños sufridos, en este caso, por el personal sanitario.

Habrá que analizar si por parte de la Administración Sanitaria se actuó dentro de los estándares que le son exigibles, acordes a la situación de crisis creada, o, por el contrario, no cumplió diligentemente con la gestión pública llevada, ocasionando ello daños de especial consideración entre el personal sanitario de este país.

A estas alturas, a nadie se le escapa que los sanitarios españoles, frente a otros de otros Estados, se han visto más afectados personalmente por el contagio vírico, por lo que resulta necesario analizar cuales han sido las causas que nos han distinguido en tal sentido.

Para ello, es determinante conocer y precisar si ese contagio masivo entre el personal sanitario en nuestro Estado guarda relación con una intervención defectuosa o tardía por parte de la Administración Pública, reflexionando sobre si las decisiones políticas tomadas fueron las correctas y en tiempo y si se actuó dentro de la previsión y de los estándares de seguridad esperables y exigibles.

En definitiva, la cuestión a depurar es si la actuación del Estado frente a la crisis sanitarias incrementó significativamente el riesgo provocando que el mismo se materializase en los múltiples contagios habidos entre su personal sanitario y asistencial.

A pesar de tratarse de una situación excepcional, extraordinaria y novedosa, no habiendo sufrido nuestro Estado una crisis epidemiológica de tal calibre, al menos en el último siglo, no podemos desatender los precedentes jurisprudenciales habidos en torno a la falta de responsabilidad patrimonial ante determinadas infecciones sustentadas en el desconocimiento científico de la enfermedad y la inexistencia, en ese momento, según el estado de la ciencia, de técnicas para asegurar la curación o evitar la propagación de los contagios víricos.

Tales argumentos exculpatorios, sin lugar a dudas, van a ser utilizados por la Administración demandada ante las reclamaciones que hayan de presentarse como consecuencia de los daños ocasionados por el virus COVID-19.

El desconocimiento invencible de técnicas preventivas y/o curativas que erradicasen las graves consecuencias de la pandemia, según el estado de la ciencia, no existiendo, hasta la fecha, vacuna alguna contra la misma, va a ser la justificación dada por la Administración para eludir su posible responsabilidad, siendo, en última instancia, nuestros Tribunales los que resolverán las cuestiones planteadas.

V.- LA FALTA DE GARANTÍA Y PROTECCIÓN EN LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL COMO PRESUPUESTO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DAÑO CAUSADO

5.1. LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y SEGURIDAD COMO GARANTÍA Y PROTECCIÓN AL PERSONAL SANITARIO FRENTE AL CONTAGIO VÍRICO

En la STS de fecha 29 de enero de 2004,

a la que ese ha hecho referencia al tratar la determinación de la antijuricidad del daño causado⁵⁰, a pesar de rechazar la reclamación presentada por tratarse de una enfermedad profesional derivada de un riesgo propio de la actividad sanitaria desarrollada, conocida y aceptada por el recurrente, no resultando, por ello, el daño causado antijurídico, sí se dejó apuntado algo que resulta determinante para exigencia de responsabilidad indemnizatoria a la Administración, como es el hecho de que se hubiera omitido «...alguna de las medidas de seguridad que venía obligada a adoptar en garantía de la integridad física de sus trabajadores», resultando, por consiguiente, determinante para la calificación de la lesión causada como antijurídica no el hecho del contagio vírico en sí mismo considerado, entendido éste como un riesgo propio y singular de la actividad profesional sanitaria desarrollada, sino la implicación de la Administración prestadora del servicio público en la prevención, seguridad y defensa de los posibles riesgos laborales de sus empleados que pudiesen padecer como consecuencia del desarrollo de su encomienda profesional.

En el mismo sentido, cabe mencionar la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 10 de diciembre de 2008 (CENDOJ, ECLI:ES:AN:2008:5156)⁵¹, en la que se responsabilizó a la Administración por el contagio del VIH de una auxiliar de enfermería destinada a un Centro Penitenciario tras sufrir varios pinchazos con instrumentales quirúrgicos usados en la consulta dental de dicha Institución, los cuales no se encontraban

⁵⁰ En la Sentencia dictada se hizo constar que «...a la vista de los textos internacionales sobre la materia, de nuestro Derecho Positivo (cuya cita, a la vista de los parámetros conceptuales descritos, sería parte mayor abundamiento) y de la ya copiosa jurisprudencia sobre responsabilidad de la Administración sanitaria, resulta claro que del deber referido derivan obligaciones específicas. (...) A la vista de los hechos considerados probados, la Sala considera indiscutible la antijuricidad de la actuación administrativa, y ello por no haber cumplido con lo dispuesto en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, en lo referente a los equipos de protección individual, pues se establecen los siguientes: “guantes, mascarillas, protecciones oculares, batas o delantales”, y tal como se ha quedado probado, la actora solo tenía unos guantes de látex.(...) Por otra parte, a la recurrente le fue asignada, como auxiliar de enfermería, el servicio en la consulta del dentista, pero además tenía que proceder a la limpieza del instrumental quirúrgico que se iba amontonando en una piletta o tarro de agua, usando unos simples guantes y un estropajo de color verde.».

⁵¹ En la Sentencia dictada se hizo constar que «...a la vista de los textos internacionales sobre la materia, de nuestro Derecho Positivo (cuya cita, a la vista de los parámetros

desinfectados, considerando la Sala que era responsable la Administración al no haberse facilitado a la infectada los equipos de protección individual adecuados al servicio prestado, contraviniendo lo dispuesto en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, habiéndole hecho entrega de unos simples guantes de látex, lo que determinó la antijuricidad de la actuación administrativa.

Dispone la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, concretamente en su art. 17.1 d), en cuanto a derechos individuales se refiere, que el personal estatutario de los servicios de salud ostenta, entre otros derechos, el derecho a «...recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como sobre riesgos generales en el centro sanitario o derivados del trabajo habitual, y a la información y formación específica en esa materia conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.».

En definitiva, a pesar de poder entenderse el contagio vírico del personal sanitario como una materialización de un riesgo profesional suficientemente conocido y aceptado por aquél, cabría hacer responsable del mismo a la Administración para la que desempeña sus servicios profesionales si, de alguna forma, ésta infringió o incrementó ese riesgo, incumpliendo sus deberes de prevención y protección, no facilitando a su personal información o medios suficientes para evitar el mismo.

5.2 LA INCIDENCIA LESIVA DE LOS EFECTOS DEL COVID-19 EN EL PERSONAL SANITARIO FRENTE A LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN DEL SISTEMA PÚBLICO NACIONAL DE SALUD

conceptuales descritos, sería parta mayor abundamiento) y de la ya copiosa jurisprudencia sobre responsabilidad de la Administración sanitaria, resulta claro que del deber referido derivan obligaciones específicas. (...) A la vista de los hechos considerados probados, la Sala considera indiscutible la antijuricidad de la actuación administrativa, y ello por no haber cumplido con lo dispuesto en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, en lo referente a los equipos de protección individual, pues se establecen los siguientes: “guantes, mascarillas, protecciones oculares, batas o delantales”, y tal como se ha quedado probado, la actora solo tenía unos guantes de látex.(...) Por otra parte, a la recurrente le fue asignada, como auxiliar de enfermería, el servicio en la consulta del dentista, pero además tenía que proceder a la limpieza del instrumental quirúrgico que se iba amontonando en una piletta o tarro de agua, usando unos simples guantes y un estropajo de color verde.».

5.2.1. ANTECEDENTES FÁCTICOS EN TORNO AL COVID-19 Y EL PERSONAL SANITARIO

No es objeto de este estudio realizar un análisis crítico forense exhaustivo sobre los motivos o razones que pudiesen haberse dado para dar justificación o no al comportamiento gubernativo frente al contagio pandémico, sino, al contrario, lo que se pretende es crear un debate jurídico y dialéctico sobre la transcendencia que pudo haber tenido el comportamiento activo o pasivo mostrado por la Administración Sanitaria frente al personal a su servicio, desde que se tuvo conocimiento o sospechas de los peligros epidemiológicos que comportaba la situación, para, tras analizar el estado de los acontecimientos, determinar o no la imputabilidad y responsabilidad de la Administración frente a los daños ocasionados, entre otros, en el ámbito sanitario.

Únicamente, mencionar, como antecedentes fácticos merecedores de tratamiento diferenciado, los siguientes:

1.- El 30 de enero de 2020 se celebró la segunda reunión del Comité de Emergencias del RSI⁵² (2005) convocada por el Director General de la OMS sobre el brote de nuevo coronavirus 2019 (n-CoV) en la República Popular de China, con casos exportados a otros países. En dicha reunión, la OMS reconoció que existía mucho desconocimiento e incertidumbre acerca del coronavirus 2019 (n-CoV), pero, dado que su creciente evolución y contagio, declaró, formalmente, ese nuevo brote epidemiológico como una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII)⁵³, recomendándose, entre otros

52 El Reglamento Sanitario Internacional (2005) o RSI (2005), es un acuerdo internacional jurídicamente vinculante suscrito por 196 países, entre los que se encuentran todos los Estados Miembros de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Su objetivo consiste en ayudar a la comunidad internacional a prevenir y dar respuesta a los riesgos graves para la salud pública que puedan cruzar fronteras y amenazar a la población mundial. La finalidad y el alcance del RSI (2005) consiste en prevenir la propagación internacional de enfermedades y proporcionar protección frente a ellas, controlarlas y dar una respuesta, todo ello de forma proporcional, a los riesgos que supongan para la salud pública y evitando interferencias innecesarias con los viajes y el comercio internacionales.

53 Desde la entrada en vigor del RSI (2005) en junio de 2007, se han declarado 5 ESPII: 1. La gripe pandémica A (H1N1); 25 abril de 2009; 2. La diseminación internacional del poliovirus salvaje; 5 mayo de 2014; 3. La epidemia de enfermedad por el virus Ébola en África Occidental; 8 agosto de 2014; 4. El conglomerado de casos de malformaciones congénitas y otros trastornos neurológicos en relación con el virus del

aspectos, «(t)ener preparada una vigilancia activa, detección precoz, aislamiento y manejo de casos, y seguimiento de contactos con el objetivo de reducir la infección humana, prevenir la transmisión secundaria y la propagación internacional.»⁵⁴.

2.- El 31 de enero de 2020 fue registrado en España el primer caso aislado conoravirus COVID-19.

3.- El 1 de marzo de 2020 la OMS, visto los niveles alarmantes de propagación de la enfermedad a nivel mundial y a la inacción por parte de los Estados miembros, elevó la declaración de la epidemia del COVID-19 a la categoría de pandemia⁵⁵.

4.- El 3 de marzo de 2020 la OMS toma conciencia del peligro de contagio masivo entre el personal sanitario del COVID y exhorta a los Estados miembros y a las industria en general a que fomenten la producción de equipos de protección personal (EPI) para afrontar la demanda mundial⁵⁶.

5.- En España, a partir del primer caso de coronavirus, hubo un crecimiento paulatino de

Zika; 1 febrero 2016; 5. La epidemia de enfermedad por el virus Ébola en la República del Congo; 18 octubre de 2019.

Cada una con características diferentes por su gravedad, su diseminación global, sus implicaciones humanitarias, la capacidad y modos de transmisión, las medidas de control disponibles, su impacto sobre los sistemas sanitarios, ya fueran asistenciales o de salud pública, y la percepción de riesgo por parte de la población y los profesionales.

54 Se hace referencia a esas medidas en el informe de Valoración de la declaración del brote de nuevo coronavirus 2019 (n-CoV) una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII), elaborado el 31 de enero de 2020, por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, dependiente de la Secretaría General de Sanidad y Consumo, de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, del Ministerio de Sanidad del Gobierno de España

55 La pandemia fue declarada por el Director General de la OMS en la conferencia de prensa sobre COVID-19 dada el 11 de marzo de 2020. <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>

56 «Sin cadenas de suministro seguras, el riesgo para los trabajadores sanitarios en todo el mundo es real. La industria y los gobiernos deben actuar con rapidez para estimular el suministro, reducir las restricciones a la exportación y poner en marcha medidas con las que detener la especulación y el acaparamiento. No podemos detener la COVID-19 sin proteger primero a los trabajadores sanitarios», dijo el Director General de la OMS, el Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, el 3 de marzo de 2020, en comunicado de prensa. <https://www.who.int/es/news-room/detail/03-03-2020-shortage-of-personal-protective-equipment-endangering-health-workers-worldwide>

casos, descontrolándose ese incremento desde el 8 de marzo de 2020.

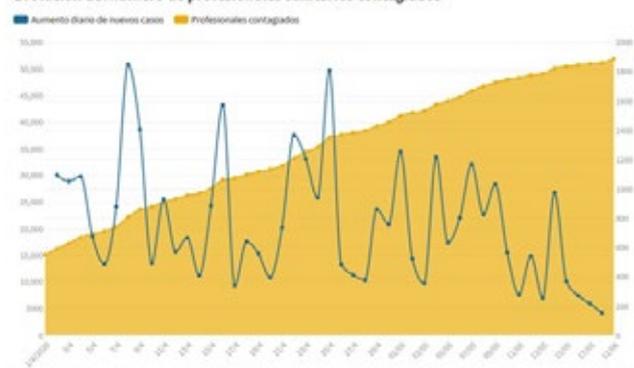
6.- La primera reacción gubernamental al problema, al menos desde un punto de vista normativo, fue tomada el 14 de marzo de 2020 con la aprobación del RD 463/2020⁵⁷, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

A partir de la entrada en vigor del RD dictado, el Ministro de Sanidad, junto a otros Ministros, asumió competencias para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, fueran necesarios para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, manteniendo las autoridades autonómicas y locales la gestión ordinaria de los servicios sanitarios, dentro de sus competencias, pero bajo las órdenes e instrucciones directas dadas por el Ministro de Sanidad.

7.- El 1 de abril de 2020 se publica el primer dato oficial de sanitarios contagiados de COVID-19 en España: 15.100 entre médicos, enfermeros y otros sanitarios.

8.- A fecha 25 de mayo de 2020, España ya registraba más de 51.214 profesionales sanitarios contagiados de COVID-19 desde el inicio de la crisis.

Evolución del número de profesionales sanitarios contagiados



Tal como así cabe apreciarse en el estudio evolutivo gráfico⁵⁸ que se adjunta, desde que

57 Publicado en el BOE, núm. 67, de 14/03/2020, con entrada en vigor ese mismo día.

58 El gráfico evolutivo sobre la propagación del coronavirus entre el personal sanitario se ha sido extraído de la publicación digital del portal "Redacción médica" (redacción médi-

fueron tomados por el Ministerio de Sanidad los datos de profesionales sanitarios contagiados, el 1 de abril de 2020, hubo, en un primer momento, un notable incremento de los casos detectados en dicho ámbito, pasando, en tan solo dos meses, de 15.100 casos a 51.849⁵⁹.

5.2.2. SOBRE EL CRITERIO DE IMPUTABILIDAD EN LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR DAÑOS SUFRIDOS POR PERSONAL A SU SERVICIO. LA DEUDA PREVENTIVA Y DE SEGURIDAD COMO PRESUPUESTO DE IMPUTACIÓN.

El criterio de imputación exigido para responsabilizar a la Administración prestadora del servicio público por daños profesionales ocasionados al personal adscrito a su actividad pública tiene un carácter particular o específico, distinto al criterio de imputación objetiva previsto para los daños causados a particulares.

No resulta suficiente para que se cumpla ese criterio de imputación la coincidencia en relación de causalidad entre la prestación del servicio público y el daño ocasionado, siendo necesario que el efecto lesivo sea consecuencia directa del incumplimiento de la Administración en el deber de garantizar una protección eficaz de la seguridad y salud laboral del empleado a su servicio, configurándose, dicha responsabilidad pública como la quiebra de esa medida preventiva y garantista que resulta exigible como derecho esencial del trabajador público a una protección eficaz de su seguridad y salud laboral en el desempeño de sus funciones.

Esa deuda preventiva exigible a la Administración para con sus empleados es lo que da sentido al criterio de imputación de responsabilidad patrimonial respecto a ellos, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el daño causado y esa falta de prevención y protección en el trabajo encomendado.

El deber de reparación del daño ocasionado tiene su sustento o fundamento en el incumplimiento por parte de la Administración con esa deuda preventiva y protectora que le es exigible frente a sus propios

empleados, sirviendo la misma como respuesta indemnizatoria derivada de la desatención mostrada en la protección eficaz del personal público a su servicio.

Resulta, por ello, necesario acudir a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁶⁰, normativa de aplicación no solamente en el ámbito empresarial sino, además, en el ámbito de las Administraciones Públicas, teniendo la norma no solamente un marcado carácter laboral sino constituyendo, también, en sus aspectos fundamentales, norma básica del régimen estatutario de la función pública, dictada al amparo de lo previsto en el art. 149.1.18ª de nuestra Constitución, presentándose la Ley con una vocación de universalidad, dirigida a tratar, de manera global y coherente, el conjunto de problemas derivados de los riesgos relacionados con la actividad laboral, ya sea dentro del ámbito del sector privado como del público.

Consecuentemente con lo expuesto, las obligaciones en cuanto a garantía y protección de la seguridad y salud laboral en el ámbito de la función pública vienen definidas por el propio régimen general previsto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁶¹, complementadas, en

⁶⁰ En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en su Exposición de motivos, en su apartado 3º, se establece que: «En consecuencia, el ámbito de aplicación de la Ley incluye tanto a los trabajadores vinculados por una relación laboral en sentido estricto, como al personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas, así como a los socios trabajadores o de trabajo de los distintos tipos de cooperativas, sin más exclusiones que las correspondientes, en el ámbito de la función pública, a determinadas actividades de policía, seguridad, resguardo aduanero, peritaje forense y protección civil cuyas particularidades impidan la aplicación de la Ley, la cual inspirará, no obstante, la normativa específica que se dicte para salvaguardar la seguridad y la salud de los trabajadores en dichas actividades; en sentido similar, la Ley prevé su adaptación a las características propias de los centros y establecimientos militares y de los establecimientos penitenciarios.»

⁶¹ El art. 3.1 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos, dispone que: «Esta Ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo. Cuando en la presente Ley se haga referencia a trabajadores y empresarios, se entenderán también comprendidos en estos términos, respectivamente, de una parte, el personal con relación de carácter administrativo o estatutario y la Administración pública para la que presta servicios, en los términos expresados en la disposición adicional tercera de esta Ley,.... »

ca.com/secciones/interactivos/coronavirus-médicos-contagiados-sanitarios-5123), habiéndose tomado como fuente los datos facilitados por el Ministerio de Sanidad.

⁵⁹ A fecha 12 de agosto de 2020, el número de profesionales sanitarios con positivo por COVID-19 asciende, según el Ministerio de Sanidad, a 54.424, habiendo fallecido 63 profesionales hasta el 5 de junio de 2020.

su caso, por normativa específica aplicable a determinadas actividades desarrolladas por ciertos cuerpos funcionariales, concretamente, Guardia Civil⁶², Cuerpo Nacional de Policía⁶³ o personal militar de las Fuerzas Armadas⁶⁴.

Y es, concretamente, en el art. 14 de la citada Ley, bajo el epígrafe «Derecho a la protección frente a los riesgos laborales», en donde se proclama el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y el correlativo deber de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, exigible no solo al empresario sino a «... las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio», debiendo el empleador, tanto privado como público, dentro del marco de sus responsabilidades, realizar todas aquellas actividades de prevención de riesgos laborales mediante la adopción de todas medida necesaria para la protección de la salud y seguridad de sus trabajadores.

En palabras de SÁEZ LARA⁶⁵, «(l) a LPRL impone al empleador la obligación, que debe de entenderse de medios y no de resultado, de adoptar toda medida preventiva, que fuera racionalmente necesaria.»

Entre las obligaciones impuestas al empleador como deuda de seguridad frente al trabajador a su servicio, en el artículo 17 de la LPRL dispone que «(e) l empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los

62 R.D. 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil.

63 R.D. 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

64 R.D. 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa.

65 SÁEZ LARA, C. «Responsabilidad patrimonial de la Administración y derecho a la seguridad y a la protección de la salud en el trabajo de los empleados públicos». Revista española de Derecho del Trabajo nº 145/2010. Editorial Civitas, SA. BIB 2010\111



equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos» (17.1), debiendo «... proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados al desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios (...), debiéndose de utilizar los mismos cuando los riesgos no se puedan evitar o no se puedan limitar ese suficientemente por medios técnicos de protección colectivas o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo» (17.2).

5.2.3. SOBRE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL ÁMBITO SANITARIO COMO CONSECUENCIA DE SU INTERVENCIÓN Y PROTECCIÓN AL PERSONAL A SU SERVICIO EN LA LUCHA CONTRA EL COVID-19.

Una de las principales incidencias que se han destacado, dentro del sector sanitario, como causante de las elevadas cifras de propagación del contagio vírico entre el personal sanitario, ha sido el problema constante de abastecimiento de material sanitario de protección individualizada (EPI), siendo el mismo necesario atendiendo a la imposibilidad técnica de la instalación de un sistema colectivo de protección eficiente.

En sus primeros estados, en muchos centros hospitalarios de nuestro país, existía escasez de medios⁶⁶, llegando, incluso, a agravarse, aún más si cabe, la situación, en algunos casos, debido a la falta de idoneidad de alguno de esos elementos de protección posteriormente facilitados, como fueron determinadas partidas de mascarillas, las cuales no cumplían con los estándares mínimos de protección y seguridad exigidos.

Esta grave situación se vio potenciada por la falta de formación e información, en los primeros momentos, de los protocolos de actuación sanitaria frente al COVID-19, lo que

66 Desde un primer momento, desde diversos sectores relacionados con el ámbito sanitario, entre ellos los sindicatos CSIF (Central Sindical Independiente y de Funcionarios) y SATSE (Sindicato de Enfermería) denunciaron en diferentes medios de comunicación la falta de medios y de equipos de protección, así como de material defectuoso, creando un clima de inseguridad dentro del sector sanitario. Sobre tal extremo, ver el portal digital "Redacción médica" (www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-los-sindicatos-exigen-proteccion-total-al-personal-sanitario-2814).

provocó ese elevado porcentaje de contagio entre el personal sanitario que se encontraba combatiendo la situación en la línea de fuego.

Esa falta de medios, unido a la saturación inicial de los centros sanitarios en las primeras semanas de la crisis epidemiológica, es lo que ha dado justificación a la alta tasa de contagio entre personal sanitario, siendo el país con mayor número de contagiados.

En consecuencia, atendiendo al estado de los acontecimientos, resulta necesario analizar si se cumplen los presupuestos legalmente establecidos para poder responsabilizar a la Administración por los daños sufridos entre el personal sanitario a su servicio en la lucha contra el contagio vírico del COVID-19.

Hacemos referencia a ese daño de carácter antijurídico, efectivo y tangible, económicamente evaluable, imputable a la Administración como manifestación de un funcionamiento defectuoso de sus servicios asistenciales y extraño a la fuerza mayor que debe concurrir para justificar la resarcibilidad de las lesiones causadas como fundamento de las reclamaciones indemnizatorias que pudiesen ser promovidas.

Dentro de los presupuestos señalados como determinantes para fijar la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de su intervención ante la lucha contra la pandemia en el ámbito de su personal sanitario, cabría focalizar o centrar la atención principalmente, siendo el eje del fundamento de las pretensiones indemnizatorias, la antijuricidad del daño causado, siendo el elemento controvertido la necesidad o la obligatoriedad del personal afectado de soportar el daño causado como consecuencia o manifestación del riesgo que provoca el desarrollo de su actividad profesional, habiendo asumido éste voluntariamente tales riesgos, siendo los mismos inherentes a su participación en la función pública dentro del ámbito sanitario y asistencial.

Llegado a este punto, tomando en cuenta que la propagación masiva y descontrolada entre el personal sanitario, en las primeras fases del contagio, no obedeció a su propia implicación, desidia o falta de diligencia en el desenvolvimiento de sus funciones, se precisa analizar la actuación administrativa de los órganos de dirección y control de la gestión pública, principalmente del Ministerio de Sanidad, para poder determinar si, en

los hechos acontecidos, presta especial relevancia un defectuoso funcionamiento en la intervención pública, ya sea por inactividad, retraso o desacierto en la gestión llevada, o, por el contrario, las consecuencias derivadas de la pandemia, en cuanto a sus efectos lesivos sufridos por el personal sanitario, tienen su fundamento y justificación en la presencia de una fuerza mayor extraña a cualquier clase de actuación pública, de tal suerte que por mucha diligencia que se hubiese tomado, por muy acertadas decisiones políticas que se hubieran adoptado, no se hubiera evitado el contagio masivo del personal sanitario adscrito a su sistema sanitario.

Será, por tanto, objeto de debate, confrontación y fiscalización la actuación estatal durante las distintas fases del proceso epidemiológico, centrándose la cuestión, en cuanto a las reclamaciones del personal sanitario se refiere, a si su intervención fue la correcta y apropiada conforme al estado de los acontecimientos.

Por ello, ante el hecho incontrovertido y manifiesto del contagio masivo del personal sanitario, principalmente, en las primeras etapas del proceso combativo, habrá que valorar si, en esa incidencia estadística, tuvo alguna participación o implicación la gestión pública llevada a cabo, focalizándose la atención en la determinación y análisis de las actuaciones de prevención y seguridad tomadas en cuenta, tendentes a la protección del personal sanitario, y, en su caso, si la insuficiencia de los equipos de protección individual entre profesionales sanitarios o la deficiencia de los facilitados, ostentan especial trascendencia para determinar la relación de causalidad entre el daño causado y el funcionamiento anormal de la Administración estatal.

Habrà, por tanto, que analizar si de alguna forma ha quebrado o se ha visto violentado el estándar de eficiencia administrativa exigible, provocando un defectuoso funcionamiento del servicio público, siendo su consecuencia la producción de un daño concreto entre el personal sanitario, susceptible de la imputación de responsabilidad patrimonial estatal.

5.2.4. SOBRE LAS RECLAMACIONES CAUTELARES PROMOVIDAS EN TORNO A LA PROTECCIÓN DEL PERSONAL SANITARIO FRENTE AL COVID-19 Y LA GESTIÓN PÚBLICA LLEVADA. SUS PRIMERAS RESPUESTAS JUDICIALES.

Han sido las múltiples peticiones cautelares que han sido cursada ante los órganos jurisdiccionales ante la desprotección del personal sanitario que han derivado en resoluciones judiciales ordenando a la Administración a suministrar los equipos de protección necesarios y adecuados para salvaguardar la seguridad de los profesionales sanitarios.

Entre ellas, cabe destacar los autos dictados por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, Sección 4ª, de fechas 25 de marzo de 2020 (rec. 88/2020) (CENDOJ:ECLI:ES:TS:2020:2418A), de 31 de marzo de 2020 (rec. 91/2020) (CENDOJ:ECLI:ES:TS:2020:2425A), de 20 abril de 2020 (rec. 91/2020) (CENDOJ:ECLI:ES:TS:2020:2446A).

En la primera de las resoluciones mencionadas, la dictada en fecha 25 de marzo de 2020, la Confederación Española de Sindicatos Médicos solicitó, como medida cautelar a tomar inaudita parte, a fin de asegurar la tutela judicial efectiva que pudiera acordarse en sentencia, de acuerdo con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que se requiriera a la Administración demandada a fin que, en cumplimiento de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, de lo establecido en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, y en atención a la directa aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Reglamento de Desarrollo, se provea con carácter urgente e inmediato, en el término de 24 horas, en todos los Centros hospitalarios, Centros asistenciales de Atención Primaria, Servicios de Emergencias, Servicios de Asistencial Rural, centros con pacientes institucionalizados así como todos los demás centros asistenciales del territorio nacional ya sean públicos o privados y cualesquiera otras dependencias habilitadas para uso sanitario, batas impermeables, mascarillas fpp2, fpp3, gafas de protección y contenedores grandes de residuos, para, con ello, mitigar, en la medida de lo posible, el grave riesgo a la salud de los trabajadores de la Sanidad y de los propios ciudadanos que acuden a los centros asistenciales del territorio.

En este caso, la Sala, a pesar de desestimar la medida cautelar interesada por la Confederación Española de Sindicatos Médicos, no por motivos de fondo, sino por defectos procesales al no haberse precisado la actuación

concreta contra la que se dirigía la medida solicitada, consideró que, si bien el requerimiento solicitado sobre el aprovisionamiento de medios de protección al personal sanitario era conforme y ajustado a las circunstancias excepcionales vividas, no constaba ninguna actuación de la Administración competente contraria a esa exigencia, siendo manifiestos y reiterados los pronunciamientos de los responsables públicos insistiendo en que se están desplegando toda suerte de iniciativas para satisfacer esas exigencias y necesidades.

En la segunda de las resoluciones reseñadas, la de fecha 31 de marzo de 2020, se hace constar que la petición de medidas cautelares presentada por la Confederación Española de Sindicatos Médicos estaba fundamentada en los mismos motivos relacionados en la anterior petición cursada, resuelta por el Auto dictado el 25 de marzo de 2020, al que se ha hecho referencia, precisando, en este momento, el objeto de la impugnación, la inactividad del Ministerio de Sanidad por incumplimiento del artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020⁶⁷, así como el derecho fundamental vulnerado, el de la integridad física consagrado en el art. 15 de la Constitución.

Resultó, igualmente, desestimada la pretensión cautelar interesada, invocando nuevamente la Sala otro defecto procesal insalvable, como era la necesidad del requerimiento previo a la Administración demandada de la adopción de las medidas ahora interesadas para poder ser apreciada esa supuesta inactividad administrativa denunciada.

A pesar de la denegación de las medidas cautelares interesadas, en la citada resolución la Sala declara aceptado como hecho notorio y no controvertido la falta de disponibilidad de medios necesarios de protección para el personal sanitario frente a la pandemia, aunque se consideraba que la cuestión jurídica a resolver no era esa situación creada sino la posible inactividad antijurídica de la Administración, sobre lo que carecía la Sala, en ese momento, de los elementos suficientes para poder pronunciarse al respecto.

Por el contrario, en la tercera de las

⁶⁷ El art. 12.4 Del Real Decreto 463/2020 disponía, entre "las medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional", lo siguiente: «Estas medidas también garantizarán la posibilidad de determinar la mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de la crisis sanitaria.»

resoluciones dictadas, sobre adopción de medidas cautelares, el Auto de fecha 20 de abril de 2020, la Sala estima procedente requerir a la Administración competente para que adoptase «*todas las medidas a su alcance para que tenga lugar efectivamente la mejor distribución de los medios de protección de los profesionales sanitarios*», al no haber alcanzado plena efectividad la distribución de tales medios de protección, debiendo el Ministerio de Sanidad informar quincenalmente a la Sala de las medidas concretas adoptadas para dar cumplimiento al requerimiento que se efectuaba.

En definitiva, de las resoluciones mencionadas cabe extraer, a juicio de esta parte, dos apuntes de vital interés e importancia que pudiesen servir como base de la fundamentación de las reclamaciones que fueran promovidas por el personal sanitario en cuanto a los daños sufridos por el contagio vírico del COVID-19:

a. El reconocimiento por el Tribunal Supremo que la falta de medios de protección del personal sanitario, denunciado dentro del sector sanitario público, es un hecho notorio y manifiesto por lo que resulta, por ello, innecesario desplegar cualquier medio de prueba al respecto;

b. El fracaso, por parte de la Administración competente, en la gestión llevada en torno a la distribución de los medios de protección a los profesionales sanitarios y la falta de aprovisionamiento de material de protección individual necesario para la preservación de su salud, integridad física y seguridad de éstos en el ámbito laboral.

VI. A EFECTOS CONCLUSIVOS: REFLEXIONES FINALES EN TORNO A LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA PREVENCIÓN Y SEGURIDAD DE LA SALUD DEL PERSONAL SANITARIO A SU SERVICIO FRENTE A LA PANDEMIA DEL COVID-19.

Analizado cada uno de los presupuestos legal y jurisprudencialmente preestablecidos para la determinación de la posible responsabilidad patrimonial del Estado en la prevención, tratamiento y seguridad de la salud del personal sanitario a su servicio frente a la pandemia del COVID-19, cabe extraer las siguientes reflexiones:

1. No todo acontecimiento lesivo, en el

ámbito de la función pública, sufrido por el personal sanitario adscrito al Sistema Nacional de Salud, en la prestación de su actividad profesional, implica, necesariamente, una reparación indemnizatoria por parte de la Administración Pública.

2. Para poder exigir responsabilidad patrimonial al Estado por los daños ocasionados al personal sanitario, se precisa que el daño ocasionado tenga un carácter antijurídico, sin intervención de culpa relevante e imputable al personal sanitario y sin la concurrencia de fuerza mayor como origen o causa del mismo.

3. En cuanto a la prueba del daño causado, corresponderá al personal sanitario acreditar la existencia del mismo, su alcance y determinación, debiendo concretar los conceptos indemnizatorios objeto de reclamación y facilitar la prueba que dé justificación a su reclamación indemnizatoria, prestando especial importancia las pruebas periciales médicas sobre la valoración del daño y su trazabilidad, en un marco de relación de causalidad, entre el efecto lesivo y la falta de medios de prevención, protección y seguridad facilitados por parte de la Administración Sanitaria.

4. Las reclamaciones que pudiesen ser planteadas por el personal sanitario por el deficiente funcionamiento de la Administración Sanitaria frente a los efectos colaterales creados con ocasión a la crisis sufrida, pretenderán, con toda probabilidad, ser solventadas o salvadas, sin más, argumentándose la concurrencia de una situación fáctica de fuerza mayor como causa excluyente de toda responsabilidad pública, fijando aquélla en el desconocimiento invencible de técnicas preventivas y/o curativas que mitigasen los graves efectos de la pandemia, al no existir, dado el estado de la ciencia, tratamiento alguno, correspondiendo a la Administración el acreditar y justificar tal circunstancia.

5. Frente a ello, cabe precisar que la cuestión controvertida no debe focalizarse en la falta de previsibilidad, inevitabilidad y excepcionalidad de la pandemia del COVID-19, sino en las actuación pública llevada frente a la crisis sanitaria creada, en el sentido de valorar si ésta incrementó significativamente el riesgo provocando su materialización en contagios masivos habidos entre su personal sanitario y asistencial.

6. Por otro lado, a los efectos de calificar

la antijuricidad del daño ocasionado al personal sanitario, como eje fundamental de las pretensiones indemnizatorias que pudiesen formularse, no resultará suficiente probar la existencia y concreción del daño causado, al poder ser considerado el contagio vírico sufrido resultado de un riesgo propio y singular de la actividad profesional sanitaria desarrollada, sino, además, tal como previamente se ha dejado apuntado, habrá de efectuarse un estudio crítico y analítico sobre la intervención de los órganos de dirección y control de la gestión pública, con el objeto de calificar la misma como correcta y adecuada, atendiendo a la crítica situación fáctica creada, o, por el contrario, defectuosa en su funcionamiento, ya sea por inactividad, retraso o desacierto en la gestión llevada, afectando, ello, a la prevención y estándares de seguridad esperables y exigibles.

7. Resulta, por ello, necesario identificar, en una relación de causalidad, el daño causado y la falta de prevención y protección en el trabajo del personal sanitario adscrito al Sistema Nacional Salud, principalmente, en los primeros estados de la pandemia, con el objeto de determinar si el elevado porcentaje de contagio habido entre el personal sanitario tuvo relación con el problema constante de abastecimiento de material sanitario de protección individualizada (EPI) sufrido, agravado por la falta de idoneidad de alguno de los elementos de protección posteriormente facilitados y potenciado por la ausencia de formación e información de protocolos sanitarios desarrollados frente crisis pandémica creada en torno al COVID-19.

8. Respecto a la falta de medios de protección del personal sanitario, denunciado dentro del sector sanitario público, presupuesto de las futuras pretensiones indemnizatorias, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse declarando tal hecho como notorio y manifiesto, por lo que resultaría innecesaria desplegar cualquier medio de prueba al respecto, pudiendo ser responsable de ello la Administración competente al haber fracasado en la gestión llevada en torno a la distribución de los medios de protección a los profesionales sanitarios y la falta de aprovisionamiento de material de protección individual necesario para la preservación de su salud, integridad física y seguridad de éstos en el ámbito laboral⁶⁸.

68 Sobre la posible responsabilidad de la Administración Sanitaria por los daños que se hubiesen ocasionados al personal sanitario por el contagio masivo del COVID-19, la Sala de lo Contencioso de Tribunal Supremo se ha pronunciado

VII.- REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA:

1.- COSCULLUELA MONTANER, L. «*Manual de Derecho Administrativo*». Editorial Civitas. Vigésima quinta edición, CIVITAS. 2014.

2.- ENTRENA CUESTA, R. «*Curso de Derecho Administrativo.Volumen 1/1. Concepto, fuentes, relación jurídica-administrativa y justicia administrativa*».Editorial Tecnos. 1988. Pág. 400.

3.- GALÁN CORTES, J. «*Responsabilidad civil médica*» *Sexta Edición*.Editorial Civitas-ThomsonReuter. 2018.

4.- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ CARANDE, E. «*Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa*». Estudios Monográficos. Anuario de Derecho Civil. Año 1955.

5.- PANTALEÓN PRIETO, F., «*Cómo repensar la responsabilidad civil extra contractual (también la de las Administraciones Públicas)*», La Responsabilidad en el Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 4, 2000.

6.- ROCA TRÍAS, E., «*Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño*». Anuario de Derecho Civil, 2004. Volumen LVII, fascículo III (julio-septiembre),

7.- SÁEZ LARA, C. «*Responsabilidad patrimonial de la Administración y derecho a la seguridad y a la protección de la salud en el trabajo de los empleados públicos*». Revista española de Derecho del Trabajo nº 145/2010. Editorial Civitas, SA. BIB 2010\111.

sobre el fracaso en la gestión pública llevada en torno a la facilitación de los medios de protección individual en el ámbito sanitario, en un auto sobre medidas cautelares, fechado el 31 de marzo de 2020, acordando requerir al Ministerio de Sanidad la adopción de todas las medidas a su alcance para que tenga lugar efectivamente la mejor distribución de los medios de protección de los profesionales sanitarios. Debe tomarse en consideración el contexto en el que fue dictado el mencionado auto, en un procedimiento de petición de medidas de carácter cautelar, en donde se ha valorado, entre otras cosas, la apariencia de buen derecho en la reclamación formulada, careciendo ello de valor de cosa juzgada, debiendo ser discutido la cuestión de fondo sobre la posible responsabilidad en el procedimiento principal, en el que podría el Tribunal, tras la práctica de los medios de prueba que se entendiesen necesarios, considerar, en cambio, justificada la intervención de la Administración demandada, a pesar de la resolución cautelar dictada.



doctrina

El doble filo de la contratación general de seguros. Bondades y maldades.

Miguel Rojano García
Abogado

Sumario

- I.- INTRODUCCIÓN. HACIA LA ESTANDARIZACIÓN NORMATIVA DEL SEGURO.
- II.- LA CONTRATACIÓN EN MASA DE SEGUROS.
- III.- LA INTERVENCIÓN NORMATIVA. TIPIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN GENERAL EN EL SEGURO
- IV.- LA ADHESIÓN. CAUSA DEL NUCLEAR DEL PROBLEMA.
- V.- SUJECIÓN DEL CONTRATO DE SEGUROS A LAS BASES LEGALES DE CONTRATACIÓN GENERAL.
- VI.- LÍNEAS DE INTERVENCIÓN TUTELAR SOBRE EL ADHERENTE ASEGURADO.
- VII.- LAS GARANTÍAS MATERIALES. EL TRUST JURISPRUDENCIAL DE LOS CONTROLES JUDICIALES.
 - 7.1 Control de incorporación o inclusión.
 - 7.2 Control de transparencia.
 - 7.3 Control de contenido. La abusividad.
 - 7.4 Bonus de garantía adicional. Cláusula limitativa de derechos.
- VIII.- LA GÉNESIS DE LOS PROBLEMAS EN LA CONTRATACIÓN GENERAL DE SEGUROS.

El seguro es uno de los milagros jurídicos más trascendentales, del que la civilización debería estar orgullosa. Fruto de la sinergia más sofisticada de ingeniería jurídica y financiera, este recurso ha demostrado sobrada solvencia, participando cual sine qua non del desarrollo económico y social. En la medida que la seguridad es fermento de desarrollo, el predicamento del seguro deviene directamente proporcional a este. En consecuencia, este sector no ha dejado de crecer, hasta el punto, de haber tenido que confiar su suerte a los estándares de la adhesión, para poder evacuar toda la demanda habida en el mercado. Sin embargo, adhesión y ambición empresarial son variables de un algoritmo que, en no pocas ocasiones, genera problemas prácticos en la contratación de seguros.

I.- INTRODUCCIÓN. HACIA LA ESTAN- DARIZACIÓN NORMATIVA DEL SEGURO.

Durante buena parte de la historia conocida, el desarrollo económico de los estados ha venido sostenido, principalmente, por la capacidad y eficacia de sus ordenamientos jurídicos para regular los retos que la caprichosa realidad les ha ido presentando. Una de las realidades más decisivas para el desarrollo económico y social ha sido la mercantil, cuya constante expansión ha perpetuado la particular persecución del derecho a la realidad mercantil, que aún sigue vigente. Realidad, de la que el seguro ha sido participe desde tiempo inmemoriales, repuntando con hitos históricos como el eje temporal que comienza con la Revolución Comercial¹, y sigue con el Colonialismo, Mercantilismo, Revolución Industrial², hasta la actualidad, más vivo que

1 VARGAS VASSEROT, Carlos. La Evolución Histórica del Derecho Mercantil y su Concepto. Repositorio Universidad de Almería, 2012, p. 15. Según el autor, "es, a partir de este siglo X cuando hubo una serie de circunstancias que transformaron la economía europea de una manera espectacular y se inicia un periodo denominado revolución comercial. Se produjo un aumento sin precedentes de población, que provocó una demanda de productos de todo tipo y, por ende, el desarrollo del comercio".

2 Considerado aquel periodo que transcurre desde finales del siglo XIII, hasta principios del siglo XVIII; eje temporal donde encontramos tres fenómenos clave en el devenir del comercio, como son, el Colonialismo, Mercantilismo, y la Revolución Industrial. A propósito de este último hito histórico, la autora DÁVALOS TORRES (en DÁVALOS TORRES, María Susana. Manual de introducción al Derecho Mercantil. Ed. Nostra, 2010, p. 20), nos señala especialmente que, "La Revolución Industrial del siglo XIX tuvo efectos en el derecho mercantil", y que "la Revolución Industrial implicó la sofisticación en la producción e intercambio de bienes y servicios. Con la finalidad de facilitar la regulación del comercio, se propuso la unificación del derecho privado para dejar a un lado la división entre derecho civil y derecho mercantil".

nunca, en la presente Revolución Digital que vivimos. Y, mientras el seguro siga demostrando una eficiencia sin parangón para el control y la gestión de riesgos, va a conservar el precinto de *sine qua non* para el desarrollo económico.

El firme tránsito del seguro hacia el olimpo de los servicios financieros terminó por llamar la atención del legislador, que en el siglo XV entiende la normativa de aplicación insuficiente, y decide controlarla, hasta este siglo, "salvaje", actividad aseguradora³. Y no es hasta entonces, que, con la llegada de la generación de las Ordenanzas, y el correspondiente Libro del Consulado del Mar, se positiva el derecho de seguros de forma ordenada⁴. Primera dosis de homogeneidad normativa de referencia para el contrato de seguro, que pocos siglos después, serían incorporadas de forma actualizada a la nueva generación de Códigos (Comercio y Civil). Códigos que traen la uniformidad al contrato de seguro, en el territorio de aplicación de estas normas, y en aquellas materias que regula expresamente⁵. Posteriormente, en pleno

3 Salvaje, por cuanto antes del siglo XV el seguro quedaba, en buena medida, al albur de la absoluta libertad de pacto, sin mayor referencia normativa que aquellas normas consuetudinarias de aplicación a estos negocios jurídicos

4 DE CAPMANY SURÍS Y DE MONTPALÁU, Antonio. Libro del Consulado del Mar. Ed. Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, Barcelona, 1965. En esta obra se detallan las Ordenanzas habidas; como las de Barcelona (pp. 603, 605, y 615), de Burgos en 1537 (p. 624), de Sevilla en 1555 (p. 653), la póliza general de ida a indias (p. 660), la Adición sobre la materia de los seguros, sacada de una ordenanza de Felipe II de 1553, § 161 y 162 de las órdenes reales para la casa de la contratación de Sevilla (p. 666), la Ordenanza de Bilbao del año 1737 (p. 667), y también referencias a otras normas extranjeras de seguros europeas, como los "estatutos de seguros de la ciudad de Florencia de 13 de marzo de 1522: las decisiones de la rota de Génova de 1582, entre otros, en el Catálogo y noticia de los autores de diversas naciones que han escrito sobre la jurisprudencia mercantil y legislación marítima" (p. 741). LACRUZ MANTECÓN, Miguel L. Formación del contrato de seguro y cobertura del riesgo. Ed. Reus, Colección Jurídica general-Monografías, Madrid, 2013, p. 11. "En España se siguió durante bastante tiempo en este ámbito contractual con el sistema de Consulados y Ordenanzas Municipales... sistema que este pervivió hasta llegar a una normativa general con el Código de Comercio de 1829".

5 Inicialmente, con el CCom de 1829, en su Título VIII, del Libro II, se prevén los seguros de conducciones terrestres (arts. 417-425 CCom 1829); y, en la Sección III, del Título III, del Libro III, los seguros marítimos (arts. 840-929 CCom 1829); así como otros preceptos de aplicación al seguro de corte general, como por ejemplo el art. 997 CCom 1829, sobre el contenido material a expresar en la póliza, o el art. 997 CCom 1829, sobre la prescripción de la acción a los 5 años, entre otros. Posteriormente, con el CCom de 1885, el contrato de seguros queda al amparo, además de a las disposiciones generales que le sean de aplicación en virtud de esta norma, a lo expresamente indicado en el Título VIII, del Libro II (arts. 380-438 CCom 1885), o en la Sección III, del Título III, del Libro III (arts. 737-805 CCom 1885), para el seguro marítimo en particular. Por su parte, el Código Civil, en

proceso descodificador del CCom⁶, y fruto del vendaval normativo tutelar comandado por el movimiento *pro consumatore*⁷, llega la LCS, cuyo ADN lleva el primer gen específico de contratación general (art. 3 LCS).

Vemos, luego de bastantes siglos funcionando el seguro sin más amparo normativo que pactos privados y normas consuetudinarias, termina llegando *“la realidad empujando al Derecho”*⁸, que introduce al seguro en una vorágine positivista, hasta la actualidad, donde cuenta con bastante soporte legal aplicable. El caso, es que el derecho mercantil no ha dejado de perseguir una realidad que *“no corta el mar sino vuela”*, como es la actividad aseguradora, que, además de crecer, ha demostrado una

sus arts. 1791 y ss. CC, regularían la actividad del seguro en aquellas relaciones jurídicas exentas del carácter comercial que sí exigiría el CCom para la aplicación de sus preceptos.

6 Suerte de desescalada normativa generalizada, que vacía paulatinamente de contenido el actual CCom, dejando ver todo un fenómeno de éxodo normativo secuenciado sin precedentes. Al derecho de seguros le llega su particular turno con la promulgación y entrada en vigor de la actual LCS, cuya única DA deroga los arts. 1791 y ss. CC, y arts. 380-438 CCom, así como “cuantas disposiciones se opongan a los preceptos de esta Ley”. En relación a este fenómeno: LASSO GAITE, Juan Francisco. Crónica de la Codificación Española. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, p. 387. Según el autor, “son tan numerosas las disposiciones especiales y modificaciones del contenido de este Libro, que aflora el problema de la descodificación y anticodificación o inadecuación de la forma de un Código a la materia mercantil, tema interesante aludido por varios conferenciantes en los actos conmemorativos del Centenario del Código de Comercio”; entre ellas, el seguro, en 1980, con la promulgación de la LCS.

7 ACEDO PENCO, Ángel. La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Anuario de la Facultad de Derecho, núm. 18, 2000, p. 300. Movimiento que registra sus primeras apariciones a finales del siglo XIX, en Nueva York, con la aparición de Liga de Consumidores en el año 1891; pero que no fue hasta la mitad del siglo XX, cuando comienza a surgir con fuerza, sobre todo en Europa. Tránsito que refiere expresamente CASTAÑEDA MUÑOZ, José Eugenio. Historia breve de la evolución de la protección a los consumidores en la CEE. Ed. Universidad Complutense de Madrid, Cuadernos de Estudios Empresariales, núm. 2, 1992, pp. 195-205. Explica sus razones, CALZADA CONDE, M^a Ángeles, “La protección del asegurado en la Ley de Contrato de Seguro”; en BATALLER GRAU, Juan, y VEIGA COPO, Abel B. La protección del cliente en el mercado asegurador. Ed. Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2014, p. 109, que luego de situar el “fenómeno de protección de los consumidores... en los años sesenta, ligado a un cierto grado de desarrollo social y económico”, refiere que su causa “es la de la desigualdad de los particulares frente, por lo que aquí ahora importa, a los empresarios; desigualdad debida a la circunstancia de que estos últimos poseen un mayor nivel económico, de conocimientos específicos en el sector de que se trate”.

8 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Contratación en masa, ¿contratación?. Themis, Revista De Derecho, núm. 15, 1989, p. 55.

resbaladiza capacidad de mutar, tan rápido, como lo haga el riesgo que dimane del dinámico contexto económico y social, al tiene como objetivo asegurar.

A mi juicio, la conclusión más importante de todo este devenir histórico, es que la salud del mercado asegurador trasciende a lo jurídico. No sólo por haber surgido de forma natural y/o silvestre hace miles de años, y del más sofisticado ingenio y destreza del ser humano, sino porque, en adelante, la particular gesta del seguro, con mayor o menor exponencialidad, no ha dejado de crecer, y con independencia de su fiscalización normativa; es decir, su supervivencia nunca ha dependido de amparo normativo ni tipificación alguna. Ha crecido soberanamente, y con un éxito, que sólo se explica con razones metajurídicas como las que expondremos a continuación, las cuales elevan al seguro a la más digna consideración de bien de primera necesidad. Por tanto, conste; que la trascendencia actual del seguro, es furto de la más digna meritocracia, de su propia utilidad; que si la intendencia normativa se ha fijado en esta figura, no ha sido precisamente para incentivar el negocio, pues, realmente, la salud del mercado asegurador, lo único que ha necesitado para expresarse, ha sido liberalismo, y nunca algún subsidio normativo. Ergo, la intervención se debe exclusivamente a razones de orden público, a cuestiones de sostenibilidad, como son la seguridad jurídica y equilibrio contractual *inter partes*. Caso que nos ocupa, donde la contratación masiva que caracteriza el seguro actual, compromete seriamente a una de las partes del contrato, como es el adherente, por las razones que se irán exponiendo a lo largo de este trabajo, y que convierten al contrato de seguros en diana de control jurídico.

II.- LA CONTRATACIÓN EN MASA DE SEGUROS.

La contratación masiva de seguros representa, posiblemente, el devenir más importante de su historia. Muy probablemente, allá que fueran los albores del seguro, jamás se habría pensado que, en algún momento de su longeva vida, fuera a ser un producto consumido a ritmo de bien de primera necesidad, ni que fuera a ser uno de los pilares de la civilización en su máximo grado de desarrollo, como es el actual.

La contratación en masa es, en origen, un fenómeno social, caracterizado por el consumo elevado de algún producto, y cuya trascendencia jurídica surge por el recurso técnico empleado para evacuar los grandes volúmenes de demanda, *ergo negocio*, que ello

implica, el contrato de adhesión. Ésta representa una suerte de contratación 2.0, y lleva implícita una cinética contractual especialmente abreviada, hecho nuclear que levanta el interés del legislador. Mismo interés, que precipita la normativa dedicada a la contratación general, tanto común, como específica de seguros, creando toda una red normativa aplicable a los condicionados generales de estos contratos, y en orden a controlar el raudo tráfico mercantil que exhibe el sector seguro.

Por qué surge la contratación masiva, como fenómeno social y jurídico, hasta casi alcanzar consideración de bien de primera necesidad en la actualidad, es una cuestión de profundidad considerable, digna de tratado. En relación al seguro, crecimiento y predicamento actual del seguro se deben a un conjunto de causas heterogéneas, tantas como; antropológicas⁹; de oportunidad económica¹⁰;

⁹ Causas inherentes a la naturaleza más visceral e instintiva del ser humano, como es la básica pulsión de supervivencia constante, cuyo sine qua non más inmediato es la ancestral preocupación por la seguridad. En este sentido, ANTÓN HURTADO (en, ANTÓN HURTADO, Fina. Aproximación antropológica a la seguridad en las sociedades complejas. Universitas, Revista de Ciencias Sociales, núm. 13, 2013, p. 75), nos refiere que, "la seguridad es un tema poliédrico que ha estado presente en la vida de los seres humanos desde los albores de la especie". En relación a ello, vid. Teoría de la "Pirámide de Abraham Maslow"; psicólogo estadounidense que clasifica las necesidades propias del ser humano, situando la correspondiente a la seguridad entre las más elementales; necesidad, de la que el contrato de seguros participaría de su satisfacción "neutralizando el riesgo, diluirlo, o minimizarlo, es la médula intrínseca del seguro...", palabras que, según el autor VEIGA COPO (en, VEIGA COPO, Abel. El riesgo en el contrato de seguros. Ed. Civitas, Madrid, 2015, p. 19), "...es la médula intrínseca del seguro, función y causa del mismo. Anticiparse al mismo, prevenirlo, reducir el impacto sobre la integridad de un patrimonio, la integridad e indemnidad de la persona, perimetrar su frecuencia, su intensidad, su variabilidad, son ejes cardinales del seguro, tanto desde una óptica de eficiencia jurídica, como, sobre todo, económico actuaria", y que (en, VEIGA COPO, Abel. Tratado del Contrato de Seguro. Ed. Civitas, Madrid, 2017, p. 72), el "consumidor de seguros, ante una cauta y prudente aversión al riesgo, necesita cubrir bienes, patrimonio, salud, persona, dependencia, etc.".

¹⁰ En la medida que el seguro se ha convertido

factores ambientales, como el aumento generalizado y exponencial del riesgo medio¹¹, del que es objeto el contrato de seguros, junto a la capilarización del mismo¹²; consideración de

en un tren de crecimiento económico, que pocos ordenamientos están dispuestos a dejar pasar. En este sentido, GONZÁLEZ DE FRUTOS (en GONZÁLEZ DE FRUTOS, María del Pilar. Importancia económica y social del seguro. Gerencia de riesgos. Fundación Mapfre, núm. 72, 4º trimestre, Madrid, 2000, pp. 13-18), destaca las bondades del seguro privado, como vector y motor de crecimiento económico.

¹¹ ANTÓN HURTADO, Fina. Aproximación antropológica..., cit. p. 84. La autora señala uno de los motivos principales por los que el riesgo se ha incrementado considerablemente en los últimos siglos, dejando constancia que, "la sociedad del riesgo es la sociedad industrial, en la que el individuo toma conciencia del peligro que puede suponer la implantación de determinados descubrimientos científicos y tecnológicos". En el mismo sentido, CALZADA CONDE (en "La protección del asegurado en la Ley de Contrato de Seguro", en BATALLER GRAU, Juan; y VEIGA COPO, Abel B. La protección del cliente... cit. p. 145), indicando que, "En suma, hay que partir de la idea de que en sociedades complejas y altamente desarrolladas es necesario asumir el coste de la producción de importantes daños tanto en su dimensión cuantitativa como cualitativa, y que la fórmula más adecuada de sobrellevar ese coste es, como antes se señaló, por medio de la institución del seguro, en estos casos, de seguros obligatorios".

¹² El desarrollo científico y tecnológico que venimos disfrutamos desde hace siglos, ha incrementado el número de actividades que una persona media desarrolla en su vida ordinaria; penetrando el riesgo, en consecuencia, hasta el resquicio más agudo de nuestras vidas. Riesgos simples o complejos, domésticos, mercantiles, personales, industriales, voluntarios, obligatorios, etc.; todos ellos, susceptibles de interés asegurable en base a un contrato de seguros. En este sentido, el autor VEIGA COPO; en VEIGA COPO, Abel. Tratado... cit. p. 90, aludiendo a "Nuevos seguros, nuevas coberturas, nuevos límites han marcado la tendencia, pero también perimetran el presente y el futuro inmediato. Nuevos riesgos, riesgos emergentes, riesgos ignorados marcan el rumbo de las recientes, pero también de las próximas innovaciones en el contrato de seguro. Seguros a favor de terceros, con o sin representación. Seguros de grupo o colectivos, seguros con designación de beneficiarios, seguros de caución, donde su nota casi primordial pero necesaria, es la de ser un seguro a favor de tercero". Ídem. párr. 1º y 2º del ap. "Objetivo y alcance de la Guía", en la "Guía de buenas prácticas en el uso terminológico utilizado en el documento de información de productos de seguros no vida" (UNESPA).



bien de primera necesidad¹³; democratización¹⁴ y aceptación social del seguro¹⁵; sofisticación mercantil¹⁶; entre otros motivos, como la creciente cultura de la responsabilidad civil, que aconseja asegurar cualquier actividad susceptible del más mínimo riesgo que se desarrolle.

En conclusión, una sociedad donde participar de ella lleva aparejado un coste inexorable en términos de riesgos, y un mercado asegurador que se ha empeñado en poner al alcance de esta, una de las herramientas más eficientes para mitigar sus consecuencias, no es de extrañar que el seguro haya llegado a ser *“una necesidad, al igual que el conocimiento de una segunda lengua”*¹⁷. Y esto anterior, no es más que la historia de una gran demanda, unida a la capacidad empresarial de responder con una gran oferta, de cuya reacción química surge la contratación en masa del contrato de seguros, como expresa y reiteradamente ha reconocido nuestro alto tribunal, v.g. de la STS 853/2006 11 septiembre 2006 (6597/2006 - ECLI: ES:TS:2006:6597), y otras¹⁸. al destacar *“el carácter inexcusable de estos contratos como contratos masa y de adhesión”*.

El caso, como veremos in fine en este trabajo, es que la contratación en masa de seguros es una práctica muy propensa a la

¹³ Vid. UNESPA. Informe Estamos Seguros. 2018, pp. 17-24. Donde analiza, desde diferentes puntos de vista, el presupuesto de la familia media española; pudiendo ver, en las diferentes gráficas que se ilustran, cómo el gasto en seguros no es en absoluto despreciable.

¹⁴ La riqueza y poder adquisitivo medio de la parte adherente, es un parámetro que claramente facilita el libre acceso al seguro. En la medida que la capacidad económica del sujeto medio es mayor, puede invertir en productos que satisfacen necesidades, como en este caso es la seguridad, por medio de seguros.

¹⁵ UNESPA. Informe... cit. pp. 50 y 51. “El seguro es, obviamente, el programa más tocado en las acciones de educación financiera.”.

¹⁶ Por un lado, la metamorfosis cualitativa de la figura del asegurador, que se ha profesionalizado y especializado hasta extremos sin precedentes. Y, por otro lado, el desarrollo de los canales de distribución y venta de seguros, que permiten estos productos se distribuyan urbi et orbi, hasta el más remoto cliente y ápice de riesgo existente. Vid. UNESPA. Informe... cit. p. 288. “Las redes de comercialización de seguros, que vienen desarrollándose desde hace muchos años, tienen como su objetivo obvio y principal la capacidad de llegada a los clientes”.

¹⁷ BRAVO REYES, Juan Hernando. “Crecimiento y desarrollo del sector asegurador; frente a la evolución cultural de las empresas de familia”. Revista Equidad y Desarrollo, núm. 5, enero-junio 2006, p. 141.

¹⁸ En el mismo sentido, la STS 268/2007 8 marzo 2007 (1203/2007 - ECLI:ES:TS:2007:1203), STS 394/2008 13 mayo 2008 (1714/2008 - ECLI:ES:TS:2008:1714), y la STS 473/2012 9 julio 2012 (5766/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5766).

integración underground de ciertas cláusulas, especialmente delicadas para el adherente. Hecho que bien puede (y lo hace) provocar más de una sorpresa, justo en el momento donde estos productos alcanzan su razón de ser, como es el advenimiento del siniestro y correspondiente ejecución de la cobertura del seguro.

III.- LA INTERVENCIÓN NORMATIVA. TIPIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN GENERAL EN EL SEGURO.

A la vista de las circunstancias, sale a relucir el carácter más reactivo del derecho, desencadenándose una respuesta adaptativa del ordenamiento jurídico, frente a estas transacciones mercantiles de nueva generación. Para ello, el legislador no ha tenido más remedio que salir al paso, y poner en funcionamiento la maquinaria normativa, esta vez, para tipificar y canalizar una costumbre contractual mercantil, que, hasta entonces, emerge *praeter legem*, como es la contratación masiva; y con especial atención al sector seguros, donde claramente se llega advertir un importante uso de la adhesión, que conviene controlar con carácter de urgencia (pues, no es casualidad, que el art. 3 LCS, se adelante casi veinte años a la propia LCGC). Desde entonces, pocos contratos de seguros celebrados escapan a la cinética marcada por la adhesión y norma que la regula; quedando principalmente, al albur de la contratación ordinaria del art. 1256 CC, los grandes riesgos (arts. 44, 107.2 LCS y 11 LOSSEAR) y el reaseguro (art. 77 LCS).

Así pues, en la medida que esta revolucionaria práctica contractual, no sólo presume de éxito, sino que, en palabras BULLARD GONZÁLEZ, viene a *“convulsionar las más tradicionales estructuras de nuestro derecho privado”*¹⁹. resulta comprensible su regulación fuera una cuestión de tiempo, tiempo que hoy es una realidad. Efectivamente, en nuestro ordenamiento, no es hasta la segunda mitad del siglo XX, cuando el reto de regular la contratación general se deja ver en la agenda pública de la intendencia normativa²⁰. Pulsión normativa que parece encontrar su origen en el movimiento *pro consumatore* antes citado.

¹⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Contratación en masa... cit., p. 47.

²⁰ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio. “Disposiciones generales”. En ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio; y MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge (VVAA). Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Ed. Tecnos, 1999, Madrid, p. 19. Según el autor, se hace constar, que nuestro ordenamiento comienza a reaccionar a la ventolera de la contratación en masa, por medio de los Anteproyectos de

Así pues, la norma destinada a tipificar la contratación general, lleva implícita la vocación eminentemente tutelar de este movimiento, que reivindica la restitución de la homeostasis contractual en aquellos contratos mercantiles que, por diversas razones, su equilibrio deviene corrupto, por haberse descompensado la correspondencia jurídica inter partes. Todo ello, sin perjuicio de la forma disociada en que se ha implantado este movimiento en nuestro ordenamiento, regulando materia de consumidores y de contratación general por separado, consendas leyes autónomas (LGDCyU y LCGC); aunque, como quiera que la causa de ambas normas representa el *ceteribus paribus* de esta empresa normativa, como es proteger a la parte contractual considerada débil, respecto de la contraparte en posición privilegiada, ambas son sinérgicamente compatibles (art. 59.3 LGDCyU), como ocurre cuando el desequilibrio viene retroalimentado por la doble condición de adherente y consumidor²¹. Cisma normativo no exento de críticas, reivindicando el provecho que habría tenido una regulación unificada²².

Por su parte, destacamos el acervo de *inputs* que justifican la intervención y tipificación normativa, los cuales comparten doble naturaleza, jurídica y económica. Por un lado, sostienen esta empresa normativa aquellos fundamentos jurídicos, como el principio rector del art. 51 CE, y los correspondientes de seguridad jurídica e igualdad contractual; improntas que se deslizan en la EM LCGC, como la consigna que expresamente alude a “la protección de la igualdad de los contratantes como presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales”. Por otro lado, razones económicas, considerando que la causa de esta norma “constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica”; de lo que se deduce el firme propósito político legislativo para maximizar todo lo posible el desarrollo

Ley de 1983, 1987, 1991 y 1997; así como, de soslayo con la Ley 26/1984 dedicada principalmente a los consumidores y usuarios; y a través de cierta refracción normativa en la Directiva 93/13/CEE, consagrada a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

²¹ Sobre la doble calidad, asegurado-consumidor, la STS 475/2006 3 mayo 2006 (2873/2006 - ECLI: ES:TS:2006:2873) habla de “una protección adicional en cuanto que había de aplicarse a los contratos de seguro en aquellos supuestos en los que el asegurado fuera considerado como consumidor en el sentido de esa Ley, en tanto en cuanto pudiera ofrecer en un determinado caso concreto una condición más beneficiosa que la contenida en la Ley de Contrato de Seguro. Esta protección se ha incrementado con la modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que se ha llevado a cabo por la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación”.

²² ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio; y MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge (VVAA). Comentarios... cit. p. 23.

económico y social²³, a través, en este caso, de la contratación general de seguros, siendo éste un tren de fortuna y prosperidad, que pocos estados estarían dispuestos a dejar pasar.

En suma, los procesos legislativos abiertos en consecuencia, somatizan legalmente la contratación general de seguros de acuerdo a un destacado eje normativo principal, y de referencia para este trabajo, como es el compuesto por la triple participación de la LCGC, el art. 3 LCS, y, en su caso, con la colaboración tutelar de la LGDCyU, si concurre categoría de consumidor, junto a la de adherente tomador/asegurado. En un segundo plano, veremos, existen otras normas coadyuvan a la causa tutelar comandada por el eje anterior, como la LOSSEAR, o el Libro II del Real Decreto Ley 3/2020 (en adelante LDS). Normas, todas ellas, eminentemente tutelares, a las que el seguro privado ha confiado su fortuna jurídica. Una fortuna que pretende neutralizar los efectos negativos que le son inherentes a la contratación en masa por adhesión, y sea quien sea el encargado de cerrar el contrato de seguros con condiciones generales a pie de campo (vid. arts. 130 y 134 LDS).

En cuanto al eje normativo principal, llama poderosamente la atención el orden secuencial temporal en el que se ha configurado. Atendiendo a las fechas en que cada una de las normas entra en vigor, vemos, que lejos de haber nacido de forma sincronizada, la progresión reguladora parece haberse producido de forma inversa. A juzgar por la evidente cronología, tenemos que la LCS, en su versión originaria (1980, vigor en 1981), ya nace con el art. 3 LCS, precepto totalmente dedicado a la contratación general (e indirectamente el art. 34 LCS, sobre la transmisión del objeto asegurado); aunque, ciertamente, no con la profundidad que posteriormente lo hará la LCGC. Lo llamativo del caso es, que aquella norma se erige cabecera reguladora de las condiciones generales de la contratación, incluido materia de seguros, la LCGC, tiene su entrada en vigor en 1998; y, con permiso de la derogada Ley 26/1984, y la Directiva 93/13/CEE, que abordan esta materia a modo de *obiter dicta*, podemos afirmar, que el contenido material que aborda el art. 3 LCS, sobre condiciones generales en el contrato de seguros, resulta claramente una norma adelantada a su tiempo en nuestro

²³ ISERN SALVAT, María Rosa. Las Condiciones Generales del Contrato de Seguro y la Protección del Asegurado en el Derecho Español. Revista Boliviana de Derecho, núm. 18, julio 2014, p. 100. “De esta forma, las condiciones generales son un hecho consustancial a la economía de empresa vinculada a la idea de uniformidad y de economía de escala”. O, la STS 649/2017 29 noviembre 2017 (4265/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4265), que puntualiza: “la utilización de condiciones generales tiene un sentido económico”.

ordenamiento²⁴.

A futuro, sobre la prospectiva de la intervención normativa, no han sido pocas las normas que se han postulado candidatas a reforzar o relevar la normativa que, por ruta general o específica, son aplicables a las condiciones generales del contrato de seguros. No siendo el propósito de este trabajo analizar la viabilidad de las pulsiones normativas habidas hasta la fecha, simplemente dejamos señalados aquellos preceptos incluidos en estos trabajos, que, por determinadas razones, no han salido al tráfico jurídico legal; como, por ejemplo, los arts. 4 ALCS 2010 y 2011, 581-3 ACM 2014, 4:110 PECL 2000, 17:202 PEICL 2015, y 6:301 y ss. PDCC 2008, y 1268 PMCC 2009²⁵, cuya virtual participación en esta causa, modificaría el eje legal analizado en el presente.

En definitiva, cuesta pensar que un estado de derechos decidiera dejar al albur de la más absoluta orfandad legal a toda una provechosa práctica contractual, cuyo crecimiento desmedido, pudiera tener un impacto sistémico grave, que llegue a desaconsejar su uso, por tener mayor efecto perjudicial que bondades. Con esta tipificación se pretende controlar el

²⁴ CALZADA CONDE, M^º Ángeles. "La protección del asegurado en la Ley de Contrato de Seguro". En BATALLER GRAU, Juan; y VEIGA COPO, Abel B. La protección del cliente... cit. p. 108. "Se considera, así, que el Derecho de seguros es pionero en esta materia". En el mismo sentido TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier. "La aplicación de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios al Contrato de Seguro". En BATALLER GRAU, Juan; y VEIGA COPO, Abel B. La protección del cliente... cit. pp. 187 y 188. "Se ha destacado por la doctrina, que la Ley de Contrato de Seguro, 50/1980, de 17 de octubre (BOE del 18 de octubre; en adelante LCS), ha sido pionera en la tutela del consumidor, desarrollando el art. 51 CE, que establece el programa constitucional".

²⁵ Anteproyecto Ley Contrato de Seguros, Anteproyecto Código Mercantil, Principles of European Contract Law, Principles Of European Insurance Contract Law, Principios del Derecho Contractual Comunitario, y Propuesta de Modificación del Código Civil, respectivamente.

desajuste que implica el uso de la adhesión, como es la alteración de la homeostasis jurídica de la reciprocidad equitativa *inter partes* del contrato de seguros, que veremos en el siguiente apartado. Gracias a la intermediación de este eje normativo sinérgico, específico, ad hoc, y normativa satélite, se entiende, en principio, restituida, de forma artificial, la sostenibilidad contractual jurídica.

Retomando la valoración adelantada en el primer punto de este trabajo in fine, ciertamente, la salud mercado asegurador no está, ni mucho menos, condicionada por la tipificación normativa. Sin embargo, si la salud mercantil experimentada por el asegurador, va en detrimento de la calidad jurídica de las miles de unidades de relaciones jurídicas que componen este mercado, desnivelando esta, los estabilizadores jurídicos contractuales del ordenamiento se ponen en marcha, por medio de disposiciones normativas como las analizadas, para restablecer el equilibrio contractual. Se trata de alcanzar cierto grado de homeostasis, donde el asegurador maximice su negocio, hasta el punto donde ceden los bastidores más elementales de los contratos de seguros; no es admisible exacerbar el negocio, si el coste lo paga la parte débil de la contratación, el adherente, en divisa de derechos.

IV.- LA ADHESIÓN. CAUSA DEL NUCLEAR DEL PROBLEMA.

El objeto del eje normativo antes comentado, no es otro que intervenir el núcleo procesador de la contratación general, la adhesión. La adhesión no es más que el libro de instrucciones que marca la aplicación de unos tiempos contractuales de mayor celeridad, que aquellos que prevé la contratación más ortodoxa. Se trata de una versión contractual abreviada y simplificada, que la dota de una especial verticalidad. Así pues, las bondades de esta cinética jurídica residen en la capacidad de evacuar grandes



volúmenes de contrataciones, en un proceso jurídico más sucinto. Se trata de un factor de eficiencia contractual, cuyas ventajas no están exentas de inconvenientes; inconvenientes en términos de asimetría contractual, que la normativa de aplicación y jurisprudencia viene a neutralizar. Efectivamente, contratar ex cláusulas “*predispuestas e incorporadas a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes*” (EM LCGC) es, tan cómodo para una parte, como peligroso para otra, sin garantías legales.

Como es evidente, hace años que el mercado asegurador incorporo a sus filas el recurso de la adhesión, evacuando, actualmente, un altísimo porcentaje de su negocio por estos cauces contractuales. Según MESSINEO, el contrato de seguros se ajusta a los estándares de la adhesión, en la medida que contiene “cláusulas dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas o rechazarlas, este tipo de contrato existe debido a una situación inicial de disparidad entre las partes; una dotada de una particular fuerza contractual que impone su esquema a la otra”²⁶. Ídem, VEIGA COPO, indicando que, “no cabe duda de que entre los contratos de adhesión es el de seguro el que presenta un mayor vigor y probablemente un más amplio desarrollo, en tanto se trata de una actividad contractual en la que la médula de la misma se centra en el empleo generalizado de condiciones

generales de la contratación”²⁷; y, que “*al ser un contrato de adhesión, la autonomía de la voluntad del tomador básicamente se reduce a aceptar el contrato en cuanto bloque compacto con sus exclusiones y limitaciones. Apenas hay en la generalidad de los supuestos regateo, capacidad de negociación. Las condiciones son prerredactadas e impuestas por la aseguradora, produciéndose generalmente una enorme erosión en la bilateralidad de la negociación*”²⁸. Y CASTAN TOBEÑAS, que directamente señala “*...un caso muy frecuente de contratos de adhesión son los contratos de seguros*”²⁹.

Por su parte, la dimensión jurisprudencial del derecho dedicada al seguro privado, se manifiesta en el mismo sentido. V.g. la STS 2982 27 noviembre 1989 (6776/1989 - ECLI: ES:TS:1989:6776), indicando que “*...el contrato de seguro obedece en su origen a la naturaleza de los llamados contratos de adhesión, porque sus cláusulas aparecen redactadas por la empresa aseguradora de modo que al asegurado sólo le queda la libertad de aceptar o rechazar el texto que se le propone sin posibilidad de ninguna iniciativa por su parte relativa a la modificación de esas cláusulas.*”; la STS 50 2 febrero 1990 (814/1990 - ECLI: ES:TS:1990:814), señalando

27 VEIGA COPO, Abel. “El condicionado en el contrato de seguro”; en BATALLER GRAU, Juan, y VEIGA COPO, Abel B. La protección del cliente... cit. p. 421.

28 VEIGA COPO, Abel. “Caracteres del contrato de seguro”; en VEIGA COPO, Abel. Tratado... cit. p. 205.

29 CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho civil español, común y foral. Tomo III. 17ª ed., Ed. Reus, Madrid, 2008, p. 580.

26 MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. 3ª ed., Ed. Jurídicas Europa-América, Argentina, 1971, p. 483.



“la naturaleza de contrato de adhesión que, normalmente, tiene el de seguro”; o “la tradicional estimación del contrato de seguro como contrato de adhesión”, que nos testimonia la STS 22 noviembre 1989 (6624/1989 - ECLI: ES:TS:1989:6624).

Empero, como adelantamos al inicio de este punto, no todo el monte es orégano para la adhesión, y por más bondades que podamos extraer de esta revolucionaria fórmula contractual, éstas no son precisamente gratuitas. Efectivamente, la adhesión tiene sus efectos secundarios, siendo el más representativo, aquel que reduce considerablemente la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC)³⁰, provocando, en mayor o menor medida desequilibrio contractual inter partes. Y es, precisamente, la asimetría jurídica que surge por defecto y efecto de la adhesión, entre los agentes económicos participantes (predisponente asegurador, y adherente tomador y/o asegurado), que emerge el *“fenómeno económico de la posición privilegiada, que, por diversos motivos una parte tiene sobre otra”*³¹, originándose un caldo de cultivo idóneo para abusos por parte de la posición que resulta dominante, que, sin intervención normativa, dejaría en situación de indefensión técnica a la parte dominada.

Por ello, no es casualidad, que normativa y jurisprudencia se hayan puesto de acuerdo para fiscalizar rigurosamente esta

³⁰ Rebajar, pero no anular. Como se desprende de lo manifestado por VEIGA COPO (en VEIGA COPO, Abel. Tratado... cit. pp. 86 y 138), indicando que, “la autonomía de la voluntad juega un papel, o debería hacerlo, pero tal vez no tan clave como a priori se pudiese pensar. Autonomía que, en suma, se evidencia en una erosión de la bilateralidad, en la negociación, pero no en la selección de otras alternativas entre otros oferentes del seguro”; y que, “Frente a una «radical» autonomía de la voluntad, ábside del derecho moderno de los contratos, el de seguro, atenúa esa libertad dejando no obstante fuertes resquicios al pacto, a la libertad de pacto”. Por parte de la jurisprudencia; en la STS 36/2018 24/01/2018 (139/2018 - ECLI: ES:TS:2018:139), constatando que, “incluso, en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes...”, por cuanto se “...presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado”; o la STS 1125/97 28 noviembre 1997 (7222/1997 - ECLI: ES:TS:1997:7222), aclarando que “se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente)”.

³¹ CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho civil... cit. pp. 579 y 580. En el mismo sentido, cita a Messineo, dando fe de la existencia de una “parte contratante económicamente más fuerte”, que termina “con la imposición de determinadas cláusulas o del completo esquema del contrato, en sentido ventajoso para él y en detrimento del otro contratante, el cual, siendo económicamente más débil, no tiene libertad de escoger, sino de aceptar aquellas cláusulas o aquel esquema, o renunciar a la celebración del contrato”.

particular mecánica contractual. Fiscalizar, y no neutralizar, por cuanto, hemos dicho, existe el convencimiento de que la adhesión es un recurso especialmente eficiente evacuando grandes volúmenes de negocio, así como un arma jurídica potente para el crecimiento económico. Hecho de lo que bien puede dar cuenta el seguro privado, cuya encomienda a estos estándares de contratación, ha sido una de las razones principales de su ejemplar trayectoria y desarrollo reciente.

No obstante, veremos, incluso con la intensa fiscalización que analizamos en el presente, al menos en la práctica del seguro, al paradigma de la adhesión se le ven las vestiduras. Dan fe de ello los tribunales de justicia, que no paran de ventilar litigios cuyos hechos controvertidos se sitúan en la dimensión contractual correspondiente a los condicionados generales del seguro. Efectivamente, observamos en la práctica una alta tasa de infracción normativa en este sentido, que denunciaremos en los puntos finales de este trabajo.

V.- SUJECCIÓN DEL CONTRATO DE SEGUROS A LAS BASES LEGALES DE CONTRATACIÓN GENERAL.

Antes de la entrada en vigor de la LCGC, la única referencia material expresa para identificar condiciones generales de la contratación era la jurisprudencia. Operativa la LCS, su art. 3 LCS, tampoco lleva contenido material que trabaje como coeficiente identificador de condiciones generales, simplemente se limita a acentuar la minuciosidad con la que éstas deben ser integradas, transcritas y aceptadas, en el contrato; pero no señala de forma directa o indirecta cuáles son generales, y cuáles no. El salto de calidad llega con el vigor de la LCGC, donde las fuentes identificadoras de condiciones generales alcanzan rango legal, aunque sin desplazar la siempre útil jurisprudencia, que seguirá complementando esta norma.

Como mandan los estándares de elaboración normativa³², la LCGC abre su apartado de disposiciones generales *“fijando el objeto y ámbito de aplicación de la norma”*. En este sentido, sus dos primeros preceptos (arts. 1 y 2 LCGC) retratan el arquetipo positivo de condición general de contratación. El

³² Directrices de técnica normativa. Aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005. Gobierno de España. Ministerio de Presidencia. 2011. Téngase en cuenta que existen otras directrices de ámbito autonómico, que coexisten con estas estatales.

primero lanza un vector identificador objetivo, y el segundo traza el subjetivo, destinados a ser *"interpretados conjuntamente"*³³. ambos trazan las coordenadas legales que construyen el ámbito de aplicación de la norma (vis positiva); salvo, concurra alguna de las circunstancias de exclusión del art. 4 LCGC (vis negativa).

La primera de las aristas delimitadoras (art. 1 LCGC) circunscribe la consideración de las *"condiciones generales de la contratación..."* a aquellas *"cláusulas predispuestas, cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"*. Los rasgos identificativos que nos describen gráficamente este precepto, revelan la archiconocida serie teórica de propiedades compuesta por los caracteres de; contractualidad, predisposición, imposición, y generalidad³⁴.

Por su parte, la segunda de las coordenadas identificadoras de condiciones generales (art. 2 LCGC) trabaja el plano subjetivo. En él, se describe la categoría personal y/o subjetiva que deben reunir las partes contratantes para agotar el tipo iniciado por el

artículo precedente. Concretamente, se exige, sean *"contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente"* (art. 2.1 LCGC). Es decir, este precepto completa la vis atractiva objetiva iniciada por el art. 1 LCGC, añadiendo la subjetiva, y, a la existencia de cierto contenido material predispuesto, añade el siguiente sine qua non, que el promotor de este sea necesariamente un profesional³⁵.

De acuerdo al contenido descriptivo del art. 2.2 LCGC, y con permiso del art. 4 LCGC, es claro que el asegurador se adhiere a esta categoría profesional. Incluso, de contar en ecuación del caso en particular con la vis atractiva de la LGDCyU, por presencia de consumidor adherente, el art. 4 LGDCyU define el concepto de *"empresario"*³⁶ de forma compatible con el de *"profesional"* del art. 2.2 LCGC (aunque, a mi juicio, algo más completa la del art. 4 LGDCyU). Sin embargo, cualquier

35 Art. 2.2 LCGC, "A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada". Cuasi ídem, en materia de consumidores, resulta interesante el art. 4 LGDCyU: "A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión".

36 Sic. "...se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión"

33 ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio. "Disposiciones generales". En ARROYO MARTÍNEZ Ignacio, y MIQUEL RODRÍGUEZ Jorge (VVAA). Comentarios... cit., p. 22.

34 ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio. "Disposiciones generales". En ARROYO MARTÍNEZ Ignacio, y MIQUEL RODRÍGUEZ Jorge (VVAA). Comentarios... cit., p. 23.



contemplación sobre la categoría subjetiva del predisponente en el contrato de seguros es vana, en la medida que el imperativo legal de los arts. 6 y 27 LOSSEAR, termina de un plumazo con cualquier debate. Actualmente³⁷, gracias a estos preceptos, se circunscribe, en exclusiva, la actividad aseguradora, ergo oferta mercantil de estos productos, a las propias entidades aseguradora, y por medio de las figuras mercantiles societarias que se detallan en el segundo de los preceptos indicados; de las que, evidentemente, se presume el carácter profesional.

En cuanto a la contraparte, a diferencia de la exclusividad del predisponente, el art. 2 LCGC deja impronta de un arquetipo polifacético para el adherente, pudiendo este ser persona física, jurídica, particular, profesional, o consumidor³⁸; todas ellas, quedarían, en principio, bajo el amparo de la LCGC. Y, como es de rigor, si añadimos a la ecuación jurídica contractual la consideración de tomador/asegurado en el adherente, se reclutaría el contenido del art. 3 LCS. Ídem con la categoría de consumidor, en este caso, si el adherente, incluso asegurado, ostenta ajenidad a la "*actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*" para las personas físicas; o, en su caso, para las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, la ausencia del "*ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*". En este último caso, se movilizarían los preceptos dedicados a la contratación de cláusulas no negociadas individualmente de los art. 80 y ss. LGDCyU.

En síntesis, por silencio y compatibilidad de la LCS, estos trabajos expositivos de delimitación legal de condiciones generales de contratación, son de plena aplicación al contrato de seguros. Sin que ello suponga óbice alguno, para que el pretérito art. 3 LCS siga expresando su impronta jurídica, sobre los aspectos materiales que específicamente se hacen constar en él. Y sin mayor lance que la sinergia que pueda encontrar con preceptos materialmente concomitantes en la LCGC, como pueden ser los arts. 5 y 7 LCGC; o, en su caso, con los requisitos para con las cláusulas no negociadas individualmente de los arts. 80 y ss. LGDCyU, si concurre el *súmmum* en términos de tutela, es decir, la triple calidad de adherente,

³⁷ Téngase en cuenta, que anteriormente hasta la entrada en vigor de la LCS en 1981, técnicamente, gracias a los arts. 1791 a 1797 CC en vigor, la actividad aseguradora estaba al alcance de los particulares.

³⁸ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio. "Disposiciones generales". En ARROYO MARTÍNEZ Ignacio, y MIQUEL RODRÍGUEZ Jorge (VVAA). Comentarios... cit., p. 23. Refiere el autor que, "teniendo en cuenta que la LCG es de alcance general, se aplica a los contratos con condiciones generales, con independencia de que el adherente sea o no un consumidor".

asegurado, y consumidor.

VI.- LÍNEAS DE INTERVENCIÓN TUTELAR SOBRE EL ADHERENTE ASEGURADO.

En términos generales, aunque este trabajo se centre en la tutela material aplicada a las cláusulas generales de los contratos de seguros, esto no es más que una porción de la empresa tutelar para con el adherente asegurado. Realmente, el sistema normativo alrededor de esta causa, comprende todo un sistémico despliegue logístico de intervención garantista, para con la parte débil que participa de estas contrataciones. Aunque, a mi juicio, el vector que analizamos, resulta el más incisivo de todos, pues aborda, de forma estratégica, el núcleo del problema, la cinética contractual, en virtud de la cual, se integran las condiciones generales en el contrato.

Dentro de esta empresa normativa, el espectro de tutela para con estas condiciones generales viene participado por segmentos de diferente naturaleza. Aquel que interesa a este trabajo, es el segmento de naturaleza material, donde podemos ver la faceta más práctica, incisiva, y forense del legislador; en la medida que fija imperativamente una serie de *sine qua non* formales, que debe practicar todo acto de contratación general, así como la exigencia de ciertas características deben reunir las cláusulas generales objeto de regulación; so riesgo de considerarse no puestas (art. 7 LCGC), o directamente nulas (art. 8 LCGC, y 83 LGDCyU por abusividad).

En un segundo plano para este trabajo, resumimos otros segmentos arquetípicos de tutela, los cuales, pese a participar de la holística causa garantista para con la parte adherente, no inciden tan directamente en la cinética contractual de integración cláusular, o fisonomía de las mismas; motivo por el cual, simplemente damos cuenta de ellos. De naturaleza administrativa, por medio de los efectos ad extra que los arts. 3 LCS (pár. 2º) y art. 81 LGDCyU ejercen, se insta a la "*vigilancia de la Administración Pública*" sobre estos condicionados generales o no negociados individualmente. De naturaleza registral, a través del Registro de Condiciones Generales (art. 11 LCGC, en relación al art. 84 LGDCyU). De naturaleza judicial, cualificando la relevancia de las decisiones del Alto Tribunal en esta materia, en la medida que exhortan a la Administración a instar a las aseguradoras actuar en consecuencia, suprimiendo alguna categoría de cláusula considerada lesiva para la parte asegurada y adherente (pár. 3º art. 3 LCS). Aunque no necesariamente aplicable al seguro, de exigirse formalización contractual ad solemnitatem,

entra en juego la más autorizada fe pública notarial y registral, velando por el cumplimiento de las normas aplicables, así como facultando al adherente a solicitar un plus de garantía al Notario, en cuanto al control de incorporación y transparencia se refiere (arts. 5.2, 23 LCGC, 81.2 y 84 LGDCyU). De naturaleza sancionadora, por medio de su correspondiente régimen típico (art. 24 LCGC), y otros derivados de aplicación de normativa satélite (arts. 190 y ss. LOSSEAR y 192 y ss. LDS). De naturaleza social, con las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales (arts. 12 a 20 LCGC). O, por medio de la publicidad de sentencias, dictada en el ejercicio de una acción colectiva, en el sentido que permite el art. 21 LCGC.

Destacado lo anterior, el segmento de tutela que incide directamente en el problema objeto de este trabajo, no es otro que aquel que dedica sus esfuerzos a controlar la praxis contractual, abarcando, todo lo relativo a la inteligibilidad de las cláusulas generales que se integran en ella, así como su pleno y consciente consentimiento por parte del adherente. Estos propósitos se encuentran somatizados en el eje normativo señalado (arts. 5, 7 LCGC, 3 LCS, y, eventualmente, 80 LGDCyU), los cuales configuran una suerte de algoritmo jurídico aplicable a las condiciones generales cual test de viabilidad, que los tribunales no han dudado desarrollar, elaborando la importantísima jurisprudencia que veremos a continuación, y, que más allá de hacer sus funciones estrictas de complementar la norma, sincroniza lógicamente la aplicación sinérgica de tantas consignas garantistas que no proporcionan este vórtice de preceptos.

Vórtice de preceptos que cuentan con una suerte de segunda fila normativa, coparticipada por la LOSSEAR, LDS y el ROSSEAR, cuyos ámbitos de aplicación alcanzan, en mayor o menor medida, la cinética contractual del seguro. Normas puramente sectoriales, que exhortan, tanto al asegurador (art. 1 a 3, 6 y 27 LOSSEAR), como a todos los sujetos distribuidores de seguros (art. 134 y ss. LDS) a; *“proteger los derechos de los tomadores, asegurados y beneficiarios, así como de promover la transparencia y el desarrollo adecuado de la actividad aseguradora”* (art. 1 LOSSEAR), *“garantizar la protección de los derechos de los tomadores, asegurados y beneficiarios por contrato de seguro, así como promover la libertad en la contratación de productos de naturaleza aseguradora”* (art. 1 LDS), o desarrollar *“los principios de claridad, transparencia, publicidad y seguridad jurídica deben presidir la transmisión de contratos en masa”* (EM ROSSEAR); y todo ello, bajo el virtuoso aura de la “honorabilidad comercial y

profesional” (arts. 128.19 LDS), que se exige *urbi et orbi* a todo distribuidor de seguros³⁹.

Y, por si se faltara a esta honorabilidad, infringiendo estándares de información y transparencia el acto contractual con el cliente adherente, ya sea por contravenir los arts. 96 LOSSEAR, 172 y ss. LDS, 182 y ss. LDS (obligaciones de información), o por quebrar el eje normativo de referencia de los arts. 5, 7 LCGC, 3 LCS, y 80 LGDCyU, se pone de manifiesto el factor motivación normativo, con las correspondientes infracciones legalmente previstas (arts. 193 y ss. LOSSEAR, 192 y ss. LDS). Las cuales, con permiso de la graduación a las que se refieren los arts. 205 LOSSEAR y 196 LDS, serían potencialmente sancionables *ex arts. 198 y ss. LOSSEAR, y 194 LDS*. Y ello por cuanto, este repertorio de sujetos representa la punta ejecutiva de este negocio, los que están a pie de campo contratando seguros. Ergo, si tenemos un vector de problemas presente, que afecta a las contrataciones, analizar las condiciones en que se trabaja por parte de los distribuidores de seguros es esencial.

VII.- LAS GARANTÍAS MATERIALES. EL TRUST JURISPRUDENCIAL DE LOS CONTROLES JUDICIALES.

Como quiera que esta impronta normativa viene a regular uno de los aspectos más sensibles de un contrato de seguros, era cuestión de tiempo que los tribunales de justicia conocieran de estos fundamentos jurídicos, en orden a ventilar la cantidad de litigios que se derivan de este tipo de incidentes contractuales. Y es así, como la parte más experimental y forense del derecho contribuye activamente a esta venerable causa, aportando su dosis particular de tutela, y por medio de la fuente complementadora de la norma que le es propia, la jurisprudencia. Jurisprudencia auténtica, que podemos afirmar, ha hecho suyo los postulados más garantistas que se deslizan de cuantas EM se preceden en las diferentes normas analizadas (salvo la LCS, que no tiene EM).

A tales efectos, este poder ha sido capaz de construir, en base al eje normativo de referencia, un método interpretativo bastante solvente, para pulsar y diagnosticar la viabilidad jurídica de las condiciones generales de los contratos de seguros. Fórmula

³⁹ Arts. 137.5, 139.1, 147.3 a), 149.3 b), 152.1 c), 157.1 c) LDS, en orden y respectivamente, para los colaboradores externos de los mediadores de seguros, para empleados de entidades aseguradoras que participan en la distribución de seguros, para agentes de seguros exclusivos, para agentes de seguros vinculados para operadores de banca-seguros, y para corredores de seguros.

compuesta por tres controles ordenados y secuenciados lógicamente, incorporación o inclusión, transparencia y contenido; tres puntos analíticos especialmente estratégicos, especialmente eficiente testeando la tolerancia jurídica. Técnicamente, consiste en aplicar una suerte de algoritmo interpretativo, cuyas variables se corresponde con las exigencias legales indicadas anteriormente, y su resultado dependerá del diagnóstico positivo de cada uno de los factores identificadores de viabilidad jurídica. Sólo así se entiende el acto contractual capaz de integrar las condiciones generales puestas en tela de juicio. En suma, se trata de un legado jurídico de gran provecho para el tráfico jurídico ordinario, donde no es extraño observar litigios donde las partes invocan el sistema de controles diseñado por la jurisprudencia, para defender sus intereses jurídicos.

En cuanto a la refracción efectiva de la norma analizada por medio de esta jurisprudencia, cabe indicar que esta se expresa *ex post* a la contratación. Efectivamente, una vez el objeto litigioso se encuentra sub iudice, cualquier fiscalización contractual, no tiene otra forma de expresarse que no sea a posteriori. Al fin y al cabo, estos controles juzgan viabilidad jurídica de cláusulas generales que, en su día, cabe la sospecha, no fueron integradas de acuerdo al ordenamiento en consecuencia. En consecuencia, resolviendo sobre si procede aplicar la no incorporación o nulidad de aquellas que no hayan pasado los controles (arts. 7, 8 LCGC, y, en su caso, 83 LGDCyU).

Pese a diversas interpretaciones doctrinales sobre el orden y posición de los controles⁴⁰, en adelante, analizamos cada uno de ellos, siguiendo el método y orden que acostumbran a seguir los tribunales de justicia que conocen de estas causas. Salvo que, por ministerio de la justicia rogada, el tribunal sólo tenga margen de maniobra para conocer de algunos de los controles concretos, la secuencia interpretativa completa comenzaría, a groso modo, con un doble filtro, de corte negativo y positivo, patrocinados por los controles de

incorporación y transparencia, respectivamente. Todo ello, finalizando con el eventual control de contenido, el cual, más que la forma en que se ha introducido la cláusula en la relación jurídica, preocupa el contenido o mensaje de la misma, concretamente, si es contraria a la buena fe y causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes; abusividad en términos de la LGDCyU.

7.1 CONTROL DE INCORPORACIÓN O INCLUSIÓN.

La reciente y didáctica STS 23/2020 20 enero 2020 (98/2020 - ECLI: ES:TS:2020:98) nos da las claves para entender y delimitar el control de *"inclusión o de incorporación..."*. Según la cual, formando parte de *"una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato"*, a cargo del predisponente, *"mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato"*. Este control se apoya materialmente en lo sustantivo por los arts. 5, 7 LCGC y 3 LCS; recursos jurídicos, en virtud de los cuales, la jurisprudencia queda altamente capacitada para centrar su atención en verificar la consciencia del adherente respecto del condicionado general del contrato que suscribe, y que esta suscripción se ha materializado en tiempo y forma legal. Y esto, *cual sine qua non* necesario para el siguiente de los controles que veremos; pues, absurdo sería, discutir la transparencia o la didáctica de una cláusula en particular, si previamente se desconoce su existencia.

Por tanto, sintetizando las claves de este control, tenemos las siguientes coordenadas jurisprudenciales. Que interesa especialmente *"...la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido"* (sic. STS 23/2020), supeditando su visto bueno a una *"efectiva constatación del contenido contractual"* (STS 1374 29 abril 1989 (8183/1989 - ECLI: ES:TS:1989:8183)) por parte del adherente. Que, para ello, se exhorta al predisponente asegurador, a *"llamar la atención del tomador del seguro, aceptante ordinario por simple adhesión, a fin de que quede advertido de la inclusión de semejantes cláusulas cercenadoras de sus normales derechos y al conocerlas de manera efectiva pueda entenderse que las asume con plenitud de conocimiento"* (STS 86/2011 16 febrero 2011 (543/2011 - ECLI: ES:TS:2011:543)). Y que, *el onus probandi de haber cumplido con lo anterior corresponde al predisponente, "acreditando que el adherente tuvo ocasión real*

40 V.g. CAÑIZARES LASO, Ana. Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. Revista de Derecho Civil vol. II, núm. 3 (julio-diciembre, 2015), pp. 73 y 74. La autora deja constancia de ello, indicando que, *"en los últimos tiempos se ha venido desarrollando el planteamiento de que el denominado control de transparencia suponga, en realidad, un tercer control distinto de los controles que en principio son especiales en el caso de la contratación con condiciones generales... Este planteamiento debe proceder en dos direcciones: respecto de si la transparencia se encuentra en el marco del control de incorporación o inclusión y en ese caso, y en segundo lugar, si entendiendo que el denominado control de transparencia está integrado en el control de inclusión debería traspasarle todo contrato con condiciones generales con independencia de los contratantes..."*.

de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración” (sic. STS 23/2020).

El sustrato material jurídico del que se vale el juzgador, para calibrar estos estándares de incorporación, se encuentra en los arts. 5, 7 LCGC y 3 LCS. Preceptos que cualifica el arquetípico consentimiento ordinario del “concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato” reseñado en el art. 1262 CC, con ulteriores requisitos. A saber, de una preliminar aceptación “por el adherente de su incorporación al mismo” (art. 5.1 LCGC), seguida de una inclusión material de amplio espectro, impulsada por el art. 3 LCS, que exige imperativamente al asegurador predisponente anticipe los procesos de inclusión a los propios actos preparatorios (“en la proposición de seguro, si la hubiere”) (art. 6 LCS); y como es de rigor, en la protocolaria “póliza de contrato”, permitiendo incluso se entregue “...en un documento complementario” (art. 3 LCS).

Más allá de estos esfuerzos para garantizar una expedita inclusión del condicionado general, y para evitar cualquier grado de clandestinidad posible, cierra este circuito expositivo de cláusulas la correspondiente firma del adherente. Justo como establece el art. 5.1 LCGC, exigiendo la “firma por todos los contratantes” (art. 5.1 LCGC), y en el mismo sentido, el art. 3 LCS, al referir que

estos condicionados generales “se suscribirán por el asegurado”. Y, por último, siguiendo el orden práctico de lo que sería un proceso de incorporación homologado por ley, por parte del art. 5.1 LCGC, se exigiría hacer “referencia a las condiciones generales incorporadas”, haber “facilitado un ejemplar de las mismas” (2º pár. in fine), y, por parte del art. 3 LCS, la entrega de “copia del mismo”.

Instrucciones de corte positivo, que trabajan aspectos contractuales tan estratégicos, como lo son la figura de la aceptación, firma, y referencias al condicionado en el propio contrato. Aspectos, todos ellos cualificados, justo al grado de tutela que merece este tipo de contratos, para con la parte débil que la suscribe, y por las razones ya comentadas en este trabajo. Cualificación que no tiene otro objetivo que ampliar la ratio de oportunidades de información al adherente, reduciendo lo máximo posible el fantasma de la clandestinidad contractual de estos condicionados, que, denunciamos, suele ser habitual.

Dato interesante, a propósito de la eventual participación de un adherente tomador/asegurado en calidad de consumidor, es la débil aportación material de la LGDCyU, al escrito ámbito de aplicación del control de incorporación de cláusulas no negociadas individualmente. Resulta que, mientras que, para el resto de condicionado del contrato (las



consideradas sí negociadas individualmente), esta norma presume de una serie de preceptos muy bien dotados de garantías jurídicas (tales como, el eje compuesto por los arts. 60, 63, 99 y 100 LGDCyU, entre otros), para las cláusulas no negociadas individualmente, el art. 80 LGDCyU lanza una serie de exigencias garantistas, cuyo contenido está más pensado para enarbolar el control de transparencia, que para el presente analizado de incorporación. Si observamos el contenido del art. 80 LGDCyU, vemos que un altísimo porcentaje del mismo, lo dedica a garantizar, más que el conocimiento del propio clausulado, la didáctica y el entendimiento profundo del mensaje jurídico que lleva tal clausulado. Razones por las cuales, entendemos, el contenido del art. 80 LGDCyU se expresa jurídicamente en el siguiente de los controles, que pasamos a analizar.

7.2 CONTROL DE TRANSPARENCIA.

Siguiendo el orden lógico interpretativo propuesto para estos controles, aclaradas las cuestiones relativas a la incorporación del condicionado general (conocimiento material del condicionado general, y firma), preocupa ulterior reto, sí aquella dimensión contractual conocida y firmada, se ha incluido en el contrato de seguros en condiciones de inteligibilidad bastante; tanto, que el adherente haya comprendido el mensaje de aquel documento jurídico que ha tenido la oportunidad de conocer y aceptar. Ciertamente, esto anterior sugiere cierta diferencia técnica entre el control de incorporación y transparencia. Que, en mi opinión, estimo. Y ello, bajo el convencimiento de que, es plenamente posible, conocer de la existencia de un condicionado general, incluso haberlo aceptado expresamente por escrito, pero que una retorcida semántica, frustre la transmisión de la misiva contractual general al asegurado adherente.

Sobre este particular, la jurisprudencia consultada parece tomar una posición intermedia, reconociendo separación funcional entre incorporación y transparencia, pero sin llegar a escindir materialmente ambos controles. Esto, permite mantener el carácter holístico de los controles, pero sin que ello suponga la diversidad funcional de los mismos, donde cada uno interesa un segmento de viabilidad jurídica diferente. Concretamente, la reciente STS 23/2020 20 enero 2020 (98/2020 - ECLI: ES:TS:2020:98) nos aclara que, *“el control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo”*; y plus, sobre el que se interesa el *“adherente o el consumidor realmente las haya conocido y (además) entendido...”*. Por

tanto, *“conocer” y “entender”*, dos puntos analíticos, tan reveladores como especialmente estratégicos, que el juzgador pulsa, en orden a calibrar la viabilidad jurídica de las condiciones generales objeto de control.

En cualquier caso, sinergia y concurrencia necesaria se ponen de manifiesto, desde el momento que cualquier situación intermedia no termina de consumir el propósito definitivo garantista del legislador. Prueba de ello, que el Tribunal Supremo considera no superado el control de incorporación, si no se trata de una *“cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato”* (sic. STS 23/2020). Y no lo consuma, por cuanto, la estructura holística a la que responde el sistema de controles, implica que la quiebra de uno de sus pilares sigue dejando al adherente asegurado en el terreno de indefensión técnica.

Expuesto lo anterior, y en cuanto al estricto ámbito material de la transparencia se refiere, cabe decir, que este control hace de embajador de una empresa que trasciende al contrato. El firme propósito por la claridad y precisión ya impera de forma sistémica e integral, en buena parte de nuestro ordenamiento jurídico⁴¹. Por su parte, el control de transparencia nos trae esta saludable filosofía al contrato de seguros, reivindicando la didáctica del lenguaje contractual empleado por el asegurador, para comunicarse con sus interlocutores clientes, potenciales adherentes tomadores/asegurados. Todo ello, en pro de las garantías de éstos, máxime, cuando estamos ante uno de los arquetipos de relación jurídica contractual asimétrica.

Con la máxima del *in claris non fit interpretatio* por bandera, ley y jurisprudencia derrochan sinergia trabajando por la higiene contractual, construyendo este control de transparencia. Control diseñado expresamente para detectar y neutralizar factores de oscuridad literaria clausular, como puede ser el abuso de retórica jurídica, lenguaje enrevesado, ambigüedades, tecnicismos⁴², tamaño de letra

⁴¹ Vid. por ejemplo; en el ámbito procesal, los arts. 218.1, 302.1, 433, 214.1, 399.3 LEC; en el sustantivo, los arts. 1281 y ss. CC; sobre la normativa de contratación general no tratada en este trabajo, el art. 7 LCDSF (Ley 22/2007), o sobre servicios de pagos, los arts. 44 a 52 Directiva UE 2015/2366 del Parlamento Europeo y Del Consejo; y la normativa de especial afinidad al seguro, como la bancaria, con las Circulares 6/2010 y 5/12 del Banco de España, y Orden EHA/2899/2011; entre otras tantas normas habidas en nuestro ordenamiento que reivindican la claridad y precisión de los actos jurídicos interesados en su ámbito de aplicación correspondiente.

⁴² 42 SAP Madrid, sec. 21ª, 299/2018 10 septiembre 2018

excesivamente pequeño, entre otros elementos distorsionadores del mensaje contractual. Al fin y al cabo, el contrato, además de ser catalizador de acuerdos, *ergo* una fuente de derecho (arts. 1089 y 1091 CC), representa el canal de comunicación entre asegurador y asegurado adherente. Por tanto, cualquier elemento que deforme la inteligibilidad la misiva del condicionado general, merma, total o parcialmente, el discernimiento del interlocutor contractual del asegurador.

Por su parte, el legislador pone las bases legales sobre las que se construirá este control jurisprudencial dedicado a la transparencia de las condiciones generales del contrato de seguro, en los arts. 5.5 LCGC, 3 LCS, (y art. 80 LGDCyU para en caso concurrir condición de consumidor). Sociedad legal específica, que nutre al contrato de seguros de una serie de requisitos clausulares de forma y fondo, orientando la redacción y expresión de éstas al mayor de los grados de transparencia y didáctica posible. No obstante, veremos, con arreglo a la ley, el nivel de profundidad didáctica parece quedar en el terreno de lo abstracto, pues deja sin despejar, qué se entiende por claridad y precisión, y tampoco se tiene en cuenta otra variable de la ecuación, como es la preparación del interlocutor contractual.

La vaguedad de estas referencias legales se deduce de la propia narrativa legal, cuando simplemente se hace referencia a una línea de conceptos orientativos, como son, la *“transparencia⁴³, claridad⁴⁴, concreción⁴⁵ y sencillez⁴⁶”*, por parte del art. 5.5 LCGC, la *“forma clara y precisa”* del art. 3 LCS (réplica en

el art. 8.3 LCS, para algo tan esencial como es el riesgo en el seguro), o, en su caso, la, a mi juicio la que resulta más completa, la redacción del art. 80 LGDCyU47, y con permiso del específico art. 212.1 LDS para Planes y Fondos de Pensiones⁴⁸, que también se sitúa en el top de rigor. Este último precepto, haciendo honor al grado cualificado de indefensión en que se encuentra un sujeto bajo la condición de consumidor, refuerza el control de transparencia, y además de la triple *“concreción, claridad y sencillez”*, que es más de lo mismo indicado por la LCGC y LCS, habla de *“comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato”*. Y más aún, garantiza la *“accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”*, e incluye matiz tipográfico sin precedentes, bajo la advertencia, de que *“en ningún caso se entenderá cumplido este requisito, si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura”⁴⁹*. En suma, según los preceptos que corresponda reclutar, estos nos disponen trazas legales de corte positivo, que marcan las coordenadas de viabilidad jurídica de transparencia, y que el juzgador hace suyas para enarbolar ulterior test de tolerancia, con el propósito de calibrar la *“comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula”* (sic. STS 23/2020).

Por otro lado, son numerosas las

(12453/2018 - ECLI: ES:APM:2018:12453). Condicionados “... redactados de forma oscura, con lenguaje poco común, muy técnico y sin que su comprensión esté al alcance de cualquiera”.

43 SAP Barcelona, sec. 4ª, 775/2017 21 noviembre 2017 (11857/2017 - ECLI: ES:APB:2017:11857). Describe la transparencia de las cláusulas como la “comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”

44 *Ibidem*, SAP Barcelona, sec. 4ª, 775/2017... “El requisito de claridad en la redacción, aunque no lo define la Ley de Condiciones Generales de la Contratación expresamente, parece hacer referencia a la claridad visual, a que el texto deba ser legible, así como al lenguaje empleado”, no admitiéndose “aquellas en las que la forma, ubicación o incluso estructura gráfica hagan imposible desde la perspectiva de un contratante diligente, conocer el contenido de la cláusula”.

45 *Ibidem*, SAP Barcelona, sec. 4ª, 775/2017... “En cuanto a la concreción, debemos interpretarlo como la necesidad de que se produzca una completa descripción de aquello a lo que se refiera la condición”.

46 *Ibidem*, SAP Barcelona, sec. 4ª, 775/2017... “En cuanto al requisito de sencillez debe entenderse reputando no incorporadas al contrato aquellas condiciones generales de la contratación que requieran para su comprensión conocimientos técnicos más allá de los propios de un adherente medio o diligente”

47 STJUE 23 abril 2015 (ECLI:EU:C:2015:262), en el asunto C-96/14, y en relación a los consumidores asegurados: “Un contrato de seguro debe exponer de manera transparente, precisa e inteligible el funcionamiento del mecanismo de cobertura del seguro, de modo que el consumidor puede valorar sus consecuencias económicas”.

48 Introduce un nuevo art. 10 bis en la LRFPF (RD 1/2002), a mi juicio, totalmente ejemplar (en la misma línea ejemplar que la LDS). Incide profundamente en la transparencia de los productos regulados, exigiendo al asegurador “información adecuada y transparente que les permita fundamentar sus decisiones sobre su jubilación y conocer el contenido y evolución de sus derechos en el plan.”, y, bajo órdenes expresas de “actualización periódica, claridad en la redacción, utilizando un lenguaje sucinto y comprensible, evitando jergas y el uso de términos técnicos cuando puedan emplearse en su lugar palabras de uso cotidiano”, prohibiendo expresamente redacción “engañosa y deberá garantizarse la coherencia en el vocabulario y contenido...”, ordenando la “fácil lectura...disponible, al menos, en castellano”, y que, todo ello, “se facilitará de forma gratuita”.

49 AAP Castellón, sec. 3ª, 211/2017 7 septiembre 2017 (488/2017 - ECLI: ES:APCS:2017:488A). “estando en un contexto de difícil lectura, dada la letra tan minúscula que emplea para lo que se necesita el uso de una lupa no siendo suficiente las lentes usuales de lectura, resultando además de difícil comprensión para un adherente medio al utilizar conceptos y fórmulas matemáticas complicadas”.

pulsiones normativas que han incidido en esta idea de transparencia (v.g. arts. 4.3.a), anexo 1.k) ALCS 2010, 4.3, anexo 2.m) ALCS 2011, 581-3.3.a) ACM 2014, 2:206, 6:302 PDCC 2008, 4:110.2.a) PECL 2000, 5:101.a) y 17:202.4 PEICL 2015, o la *“Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta”* de fecha 10 de noviembre de 2017, entre otros), y otros los trabajos que han osado intentar ventilar la vaguedad normativa ex lege (v.g. *“guía de buenas prácticas en el uso terminológico utilizado en el documento de información de productos de seguros no vida”*. UNESPA), promoviendo la *“clarificación terminológica”* (sic.) de los conceptos que nos proporcionan los textos legales en vigor.

Sin embargo, es la jurisprudencia, en calidad de fuente complementadora de la norma, aquella que más, y con mejor fortuna, ha profundizado en estas labores de precisión normativa, disipando buena parte de la vaguedad implícita de los conceptos analizados. En este caso, la jurisprudencia simplifica el maremágnum de conceptos conferidos ex lege, trabajando sobre la base de dos eficientes indicadores de transparencia, como son, la pedagogía y tipografía clausular. La primera, estaría relacionada con la expresividad pedagógica del tenor literal⁵⁰; y la segunda, con cuestiones relativas a la apariencia material de las mismas⁵¹. Y ello, sin desatender un factor de corrección ambiental, es decir, las circunstancias objetivas y subjetivas en el que se formaliza el contrato de seguros⁵². Con estas coordenadas, la jurisprudencia perimetra un

50 STS 265/2020 9 junio 2020 (1581/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1581). Se precisa, “antes de la celebración del contrato, de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dichas cláusulas en la ejecución del contrato celebrado”, de tal modo que no “pase inadvertida al consumidor por que se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada”.

51 *Ibidem*, SAP Barcelona, sec. 4ª, 775/2017... “El requisito de claridad en la redacción, aunque no lo define la Ley de Condiciones Generales de la Contratación expresamente, parece hacer referencia a la claridad visual, a que el texto deba ser legible, así como al lenguaje empleado”, no admitiéndose “aquellas en las que la forma, ubicación o incluso estructura gráfica hagan imposible desde la perspectiva de un contratante diligente, conocer el contenido de la cláusula”.

52 *Ibidem*, SAP Barcelona, sec. 4ª, 775/2017... “Circunstancias que deberán valorarse en relación al caso concreto y a los términos contractuales en los que se enmarca la referida cláusula contractual”. La STJUE 16 enero 2014 (ECLI:EU:C:2014:10), en el asunto C-226/12, se hace constar que, “incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso”, para, reiterar y concluir en el fallo, que “incumbe al tribunal remitente, para apreciar la posible existencia de un desequilibrio importante, tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contra-

espacio bien delimitado de tolerancia clausular, dentro del cual se endiente la incorporación de un condicionado general de forma transparente.

Sobre el factor de corrección para calibrar la transparencia, ciertamente, toda la expresividad y carga pedagógica que pueda exhibir un condicionado general, tiene una suficiencia relativa, al menos, en relación a contexto en el que se contrate. Como quiera que no estamos dentro de unas coordenadas absolutas, éstas deben calibrarse en relación a aquellos elementos objetivos y subjetivos de interés. Por un lado, la sofisticación del contrato ha sido abiertamente interesada por nuestra jurisprudencia, tal como hemos citado de la STS 285/2020, que hacía depender *“la sencillez y claridad exigible...”* al *“tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual”*. Pero, por otro lado, dentro del flanco circunstancial subjetivo, el autor VEIGA COPO se ha cuestionado: *“¿quién mide el grado de claridad y precisión, y cuando ha de acudir entonces a esa labor interpretativa, pues si se da un mínimo de claridad donde radica entonces la oscuridad?”*; o, *“¿es acaso lo mismo oscuridad que incomprensión, genera una la otra?”*⁵³. De estas palabras puedo deducir, que más allá de la complejidad del contrato, no todo adherente es igualmente de permeable a la información jurídica media, y esto podría ser un factor más a tener en cuenta.

No obstante, teniendo presente que el asegurador no deja de ser el predisponente (parte privilegiada), y que se enfrenta a un sujeto con la presunción iuris tantum de inferioridad, es el asegurador quien debe calibrar, y siempre al alza, sus esfuerzos didácticos en la redacción de las cláusulas que él mismo redacta, según el cliente medio a quien va dirigido al producto. Por más que la educación financiera se postule como argumento en contra de esto anterior, no debe perderse el norte en este tipo de contrataciones en masa, donde el adherente tiene tan limitado su margen de maniobra, que la debilidad en consecuencia no puede verse agravada por falta de conocimiento cualificado. Si bien la educación financiera contribuye a la contratación responsable, no podemos aceptar se convierta en un sine qua non para contratar; pues para ello están las garantías jurídicas.

to, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de éste”. O la reciente STS 285/2020 11 junio 2020 (2181/2020 - ECLI: ES:TS:2020:2181), indicando que *“la sencillez y claridad exigible a la cláusula depende del tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual”*.

53 VEIGA COPO, Abel B. La interpretación de las condiciones en el contrato de seguro. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 35, 2010, p. 55.

Y todo ello, en orden a impedir que la suscripción de un contrato de seguros con condiciones generales sea la historia de un mensaje jurídico recibido por el adherente (conocido y firmado), que no ha podido ser descifrado (ininteligible), por contener *“cláusulas, a veces más de las deseadas, lacónicas y equívocas, oscuras y esquivas”, que “provocan una incompreensión intolerable e inadmisibles para el tomador del seguro quien poco puede hacer ante tal comportamiento”*⁵⁴, como, con muy buen tino, nos describe VEIGA COPO. En cualquiera de los casos, susceptibles de no incorporación, o nulidad ex arts. 5.5 a 10 LCGC⁵⁵.

7.3 CONTROL DE CONTENIDO. LA ABUSIVIDAD.

Por último, el tercero de los controles judiciales susceptibles de ser aplicados a las condiciones generales del contrato de seguros⁵⁶, es el control de contenido. Diseñado expresamente para detectar misivas contractuales abusivas, cierra el circuito de controles ordinarios establecidos por la jurisprudencia. Siguiendo el orden lógico interpretativo propuesto, habiendo conocido, firmado, y entendido el adherente, el paquete de cláusulas que compone el condicionado general suscrito, interesa analizar si el mensaje de alguna de éstas lleva implícito algún componente que rompa con los parámetros maestros calibradores de abusividad (buena fe y equilibrio), en los términos que veremos a lo largo del presente.

Si en los controles anteriores, el hecho de que el adherente tomador/asegurado goce, además, de la condición de consumidor, amplía considerablemente las garantistas aplicables, ex *ulterior* aplicación de la LGDCyU, en este

54 VEIGA COPO, Abel B. La interpretación... cit. p. 52.

55 VEIGA COPO, Abel B. La interpretación... cit. p. 55. *“...en determinados extremos, la falta de claridad e imprecisión rozará la sanción de nulidad, esto es, cuando sea totalmente imposible generar una mínima y coherente interpretación de la cláusula en cuestión, y por el contrario, la aplicabilidad de la interpretación, que ser la solución más idónea, la preferiremos cuando se genere oscuridad, ambigüedad...”*.

56 Según la EM LCGC, la cláusula abusiva *“puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares”*. Sin embargo, a juzgar por lo indicado en el art. 80 LGDCyU, parece circunscribir la abusividad a las cláusulas *“no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente”*, además de los requisitos de rigor (art. 3 Directiva 93/13 CEE).

control, el hecho diferenciador también tiene su particular relevancia. La propia EM LCGC da fe del cisma jurídico en el tratamiento tutelar aplicable, según el adherente sea consumidor o no, y ante el mismo trance de abusividad⁵⁷. Por un lado, se hace constar que *“el concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores”*; ámbito ubicado en los arts. 82 y ss LGDCyU. No obstante, tener ámbito propio, no implica que la abusividad sea una exclusividad en las relaciones con consumidores. La abusividad es un fenómeno nocivo, tan antiguo, como lo habría sido la contratación, y tan universal, como éstos hicieran depender su homeostasis al eje buena fe y justo equilibrio; y, obviamente, esto trasciende a la materia consumidora, sin perjuicio de que en este campo la preocupación se manifieste en su máximo exponente. Precisamente por esto anterior, acto seguido, el propio legislador reconoce, que la trascendencia de la abusividad en materia de consumidores, no es óbice para que la contratación con *“condiciones generales entre profesionales”* encuentren amparo legal ante este nocivo trance, por cuanto, efectivamente, también puede *“existir abuso de una posición dominante”*. Y, por si quedara alguna duda a este respecto, sigue aclarando la EM, que *“nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios”*.

No obstante, como decimos, la respuesta legal como consecuencia de la abusividad, sí es diferente. En la medida que la LCGC no centra su ámbito de aplicación material directamente a los consumidores, vemos, delega precisar las consecuencias a la norma ad hoc correspondiente (LGDCyU), indicando que *“sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley”* (refiriéndose al catálogo de cláusulas abusivas tipificadas en los arts. 85 a 91 LGDCyU). No obstante, ni esta lista de cláusulas no agota el espectro de abusividad clausular general, ni el no consumidor queda desamparado ante este trance antijurídico. Efectivamente, la propia EM LCGC señala *“las normas generales de nulidad contractual”*, como alternativa garantista para los contratos sin consumidores mediante, bajo la advertencia de que se tendrán *“en cuenta en cada caso las características específicas*

57 Sobre esta suerte de discriminación jurídica; MATO PACÍN, María Natalia. El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el derecho comparado y europeo. Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 7, núm. 2, octubre 2015, pp. 216-282.

de la contratación entre empresas”, y, por descontado, la restrictividad jurisprudencial que encuentra la tutela judicial solicitada de un sujeto no consumidor por “abuso de posición dominante” (sic. EM LCGC).

Vista la anterior escisión normativa y jurisprudencial anterior (discriminación jurídica de garantías para algunos autores), interesa el concepto de “cláusula abusiva”. Teóricamente, es un agente nocivo susceptible de aparecer en las relaciones jurídicas contractuales, cuyo efecto más visible es la distorsión de la reciprocidad equitativa inter partes sostenible, rompiendo con el cénit homeostático contractual que se precisa para que este siga teniendo efectos jurídicos. Uno de los primeros arquetipos conceptuales tiene lugar con la entrada en vigor de la LCU 1984, que, por ministerio del art. 51 CE, lanza un revolucionario, y, a mi juicio, excelso art. 10 LCU. Este precepto, en su primer punto, adelanta la base típica de lo que, posteriormente, la LCGC bautizará como “condición general”. Ítem más, supedita esta suerte de contratación a una serie de requintos que vienen a ser los actuales controles de incorporación, transparencia y contenido. Y, para este último, la derogada LCU ya tenía bien identificado y estereotipado literalmente este factor distorsionador de contenido clausular, la abusividad; que es identificado como aquella cláusula “...que perjudique de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporte en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios”, y que, en todo caso, rompe con la homeostasis contractual de “buena fe y justo equilibrio”.

Con estos antecedentes, la misiva europea vehiculizada ex Directiva 93/13 CEE, retroalimenta la pulsión garantista que del art. 51 CE, y, por mor de los arts. 93 y ss. CE, deja su impronta en nuestro ordenamiento, siendo la LCGC aquella que, años después, hace suya su contenido. En mi opinión, salvo por la inoportuna falta de neutralidad expositiva⁵⁸, esta norma señala, de forma muy didáctica aquellas coordenadas básicas de abusividad. Concretamente, se consideran “cláusulas abusivas” aquellas “que, en contra de las

exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales”. Definición que, a falta del requisito de no ser “negociada individualmente”, y/o que corresponda a una “práctica no consentida expresamente”, coincide con lo conceptualizado en el art. 82 LGDCyU.

Esto anterior nos suministra el algoritmo para evaluar contenido clausular, altamente eficiente identificando contenidos abusivos, y el cual parece bascular sobre cinco factores de entrada. Atendiendo a la literalidad legal, tenemos cinco variables, cinco sine qua non redactados de tal forma, verificables secuencialmente en cascada. Esta sucesión de acontecimientos de interés jurídico representaría la mecánica de control, y comenzaría detectando la infracción de uno de los principios más elementales de nuestro ordenamiento, la buena fe⁵⁹. En segundo lugar, que esta infracción tenga una consecuencia tangible, un desajuste y/o desequilibrio contractual, que perturbe la reciprocidad equitativa *inter partes*. En tercer lugar, que la orientación de este desequilibrio sea en perjuicio del adherente tomador/asegurado⁶⁰. En cuarto lugar, un factor cualificador, pues no basta cualquier desequilibrio, éste debe ser importante. Por último, una manifestación de la causa de exención de responsabilidad por excelencia del art. 1105 CC, es decir, que todo esto anterior sea injustificado. Concurridas todas, la cláusula toma apellido obligatorio, de abusiva.

En síntesis, la mayor o menor tutela, según el caso, estaría justificada por la presunción de inferioridad que le es inherente al consumidor. Lo importante, es que ningún de los dos casos queden sin el mínimo amparo legal exigible por ser adherente (LCGC); y sin el extra de tutela que sobreviene *ex condición de tomador/asegurado*. Cualidades que, la interpretación judicial debe tener en cuenta, aplicar las reglas de los arts. 6 LCGC y 1288 CC⁶¹.

⁵⁹ Atávico concepto que cuenta con un colosal desarrollo doctrinal a sus espaldas, y con una sólida órbita normativa alrededor. Sólo en la materia contractual; los arts. 7, 1107, 1164, 1258, 1262 CC, 12, 19, 31 LCS, 6.i) RSRE, 65, 80.1.c), 82, 87, 98 LGDCyU, 247 LEC, y 11 LOPJ.

⁶⁰ Aquí es donde se le ve el plumero al legislador. Parece, es tanta la preocupación e interés, en tutelar al débil consumidor, que hasta en normas que no tienen como ámbito de aplicación estricto a estos sujetos, se deja ver la predilección por tales; máxime, habiendo terreno legal apropiado (LCU, y posteriormente LGDCyU), para extender toda la tutela que estime conveniente el legislador.

⁶¹ STS 1050/2007 17 octubre 2007 (7789/2007 - ECLI: ES:TS:2007:7789), reconociendo que, “el art. 1288 CC, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia en especial

⁵⁸ La definición de cláusula abusiva que traza la EM LCGC, lo hace claramente con un ojo puesto en el consumidor. Aunque a esta norma se le reconoce cierta afinidad en materia de consumidores, no es menos cierto que su ámbito de aplicación trasciende a ello. En consecuencia, la definición de cláusula abusiva por su parte, debería prescindir de alusiones al consumidor, y haber trazado una más universal, que se ajustara a todos los supuestos de relaciones contractuales susceptibles de presentar algún viso de abusividad; vengán éstas participadas de un consumidor o no.

en consonancia a los principios *“interpretatio contra proferentem”* y *“pro asecurato”*⁶².

7.4 BONUS DE GARANTÍA ADICIONAL. CLÁUSULA LIMITATIVA DE DERECHOS.

Más allá del eje articular antes visto, así como de la estructura secuencial técnica jurisprudencial que lo enarbola (controles), vemos, el derecho de seguros guarda un as en la manga sin precedentes en cuanto a la tutela del adherente se refiere, en el propio art. 3 LCS. A término del primero de sus párrafos, el precepto nos reserva 145 caracteres (de sus 940 totales), para exigir se destaquen *“...de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito”*. Simple, pero profundo inciso, que abre toda una caja de pandora jurisprudencial, de la que no ha dejado de brotar polémica y debate⁶³.

El carácter estratégico y delicado de ciertas cláusulas contenidas en el condicionado general del contrato de seguros, aconsejan se constituya nueva categoría, la *“cláusula limitativa de derechos”* (en adelante CLD); que, veremos, se posicionará en contraste con las cláusulas delimitadoras del riesgo (en adelante CDR), a efectos de tratamiento garantista. Sin restar valor al resto de cláusulas del contrato de seguros, hablamos de estipulaciones cuya literalidad regula contenido y/o aspectos tan esenciales del contrato, que pueden llegar a curvar, deformar, distorsionar, o directamente frustrar, la cobertura de un seguro, en perjuicio del adherente asegurado; ergo aumentando considerablemente el margen de indefensión. En muchas ocasiones, precipitando el fantasma de la *“cláusula sorpresiva”*⁶⁴. Por estas razones,

ante los llamados contratos de adhesión, de cuya categoría el contrato de seguro forma indudablemente parte”.

62 Tal como refiere la STS 174/1998 3 marzo 1998 (1435/1998 - ECLI: ES:TS:1998:1435), *“cabe afirmar que sometido el asegurado a condiciones preconstituidas por el asegurador, el contrato no admite interpretaciones, ni alcances, ni efectos que pugnen con el sentido favorable y proteccionista al asegurado y que la interpretación ha de ser la más favorable a éste”*; o la reciente STS 68/2020 28 enero 2020 (592/2020 - ECLI: ES:TS:2020:592), indicando que, *“la equívocidad y oscuridad de una cláusula contractual en un contrato de adhesión, como suele ser el contrato de seguro, no debe beneficiar a la entidad aseguradora sino al asegurado”*

63 Hecho que ya reconoció la EM ALCS 2011, tildando de *“intenso debate doctrinal y la jurisprudencia sobre cláusulas lesivas, limitativas y delimitadores del riesgo ha orientado la solución legal de buscar la mayor claridad posible para estas cláusulas”*.

64 Fenómeno jurídico contractual contrario a la transparencia. Surge como consecuencia de una cláusula

preocupa especialmente su integración clandestina; y prudente es, en consecuencia, se procure un plus de rigurosidad en el conocimiento, entendimiento y aceptación de las mismas.

A estos efectos, el inciso del art. 3 LCS objeto de análisis, tipifica una estructura jurídica mutilada en dos actos, que blindada el contrato de seguros de cláusulas, tan potencialmente distorsionadoras de la naturaleza más elemental del seguro, como, en su caso, perjudiciales para el asegurado adherente, como son las CLD. Mutilada en dos actos, por cuanto su tenor literal describe una secuencia jurídica destinada a licenciar este tipo de cláusulas, coparticipada por dos requisitos formales⁶⁵ que *“...deben concurrir acumulativamente”*⁶⁶. A saber, la distinción *“de modo especial”*, y la ulterior aceptación específica por escrito. Dos exigencias adicionales, sobre dos puntos clave estratégicos, que se incorporan a las instauradas ex controles ordinarios; de ahí que sea un plus de tutela. Todo ello, con la finalidad de que *“el asegurador cumpla con el deber de poner en conocimiento del asegurado dichas cláusulas limitativas con la claridad y énfasis exigido por la ley y recabe su aceptación especial”*⁶⁷.

El primero de los dos requisitos (*“destacarán de modo especial”*), resulta una distinción lexicográfica, que eleva a la máxima potencia los esfuerzos para distinguir en su contexto una cláusula de esta índole. A la claridad y precisión ordinaria que deben reunir estos condicionados generales, se le suma incisiva significación especial, que debería disipar cualquier posible despiste del adherente. Y qué mejor forma de provocar la atención visual del mismo, que destacando gráficamente las mismas. ¿Cómo?; transcribiendo las mismas en el contrato bajo una apariencia especial

general, cuya redacción vacía de contenido las condiciones particulares, o reducen significativamente su cobertura. Infortunio contractual, altamente lesivo para los adherentes asegurados, penalizado por nuestro Alto Tribunal en numerosas sentencias, (v.g. STS 58/2019 29 enero 2019 (162/2019 - ECLI: ES:TS:2019:162)). Sobre este particular, existen visos de extrapolación normativa en los comentarios del art. 2.1.20 PICC 2006 (Surprising terms), el cual pretende *“evitar que la parte que utiliza cláusulas estándar adquiera una ventaja injusta imponiendo cláusulas furtivas que la otra parte difícilmente aceptaría si fuera consciente de ellas”*; y posteriormente, en el art. 430-3.2 ACM 2014.

65 LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, Javier. Cuestiones controvertidas en materia de derecho de seguros. Ed. Dykinson, Madrid, 2019, p. 254. Habla el autor de una *“doble perspectiva”*, a propósito de la obligación del control sobre las CLD.

66 STS 76/2017 9 febrero 2017 (418/2017 - ECLI: ES:TS:2017:418)

67 STS 570/2019 4 noviembre 2019 (3419/2019 - ECLI: ES:TS:2019:3419)

y/o peculiar, con personalidad lexicografía y morfológica propia, generando un contraste visual respecto del resto de cláusulas generales, que no tenga otro efecto que no sea la alerta y/o llamar la atención del interlocutor tomador/asegurado adherente⁶⁸; o, procurar las CLD no se encuentren mezcladas o encubiertas entre otra naturaleza de cláusulas. Para ello, la rica y abundante jurisprudencia nos señala ciertos recursos. De suerte gráfica, las más comunes son, la transcripción en *“en negrita”*⁶⁹; o utilizar

*“letra distinta, subrayado o color diferente al empleado aparecer de forma”*⁷⁰. De orden sistemático, que éstas vengán *“separada de las demás”*, cuanto menos, que no venga *“mezclada con otras cláusulas tanto limitativas de derechos como delimitadoras del riesgo”*⁷¹, o en las últimas páginas del condicionado general. Entre otras formas de disimular cláusulas que bien podrían asustar a cualquier cliente, y frustrar la deseada venga del distribuidor correspondiente.

El segundo de los requisitos subordina la eficacia de las CLD a un acto de voluntad adicional por parte del adherente. Se trata de un ulterior refrendo, que se suma al que ordinariamente se exige para consensuar la contratación del seguro; con la particularidad, de que esta manifestación expresa de voluntad tiene una cláusula diana, aquella específica considerada CLD. De este modo, bajo el imperativo legal *“deberán ser específicamente*

68 STS 406/1996 21 mayo 1996 (3074/1996 - ECLI: ES:TS:1996:3074) y STS 86/2011 16 febrero 2011 (543/2011 - ECLI:ES:TS:2011:543) sobre la necesidad de *“llamar la atención del tomador del seguro, aceptante ordinario por simple adhesión, a fin de que quede advertido de la inclusión de semejantes cláusulas cercenadoras de sus normales derechos y al conocerlas de manera efectiva pueda entenderse que las asume con plenitud de conocimiento”*. O la SAP San Sebastián, sec. 2ª, 378/2018 12 julio 2018 (767/2018 - ECLI: ES:APSS:2018:767), indicando que, se *“exige que la constancia gráfica en la póliza debe hacerse de modo que se resalten dichas cláusulas limitativas sobre la forma común de redactar la póliza, bien porque se emplea una tipografía especial que llame la atención, bien porque se recojan en apartados especiales que las destaquen sobre la expresión general de la póliza”*.

69 Como ocurre, por ejemplo, en la STS 140/2020 2 marzo 2020 (705/2020 - ECLI: ES:TS:2020:705), poniendo en valor que las *“las cláusulas limitativas están destacadas en negrita sobre fondo azul en las condiciones generales de la póliza”*. Al igual que en otras tantas, como las STS 601/2010 1 octubre 2010 (5535/2010 -

ECLI: ES:TS:2010:5535) y STS 555/2019 22 octubre 2019 (3380/2019 - ECLI: ES:TS:2019:3380), que penalizan al asegurador por no resaltar CLD con este recurso tipográfico, considerando el *“error exclusivamente imputable a la aseguradora que redactó unilateralmente la cláusula y, en consecuencia, no puede perjudicar a la asegurada”*.

70 SAP Jaén, sec. 1ª, 320/1999 14 julio 1999 (857/1999 - ECLI: ES:APJ:1999:857).

71 STS 140/2020 2 marzo 2020 (705/2020 - ECLI: ES:TS:2020:705).



aceptadas por escrito”, se ha construido la rigurosa teoría de la doble firma⁷². Exigencia, en virtud de la cual, *“la firma no puede aparecer solo en el contrato general sino en las condiciones particulares que es el documento donde habitualmente deben aparecer las cláusulas limitativas de derechos”*⁷³. El propósito, no es otro, que disipar, más si cabe, el fantasma de la ignorancia del adherente, máxime cuando se trata de cláusulas especialmente delicadas, que bien pueden comprometer la efectividad de su seguro. Sobre este particular, la jurisprudencia establece no sustituye el requisito de la doble firma la aceptación diferida de las CLD en el condicionado particular⁷⁴.

Corolario de distinguir una categoría concreta de cláusulas, es el distanciamiento respecto de aquellas otras no cualificadas. En este caso, tipificar CLD, ha hecho que la jurisprudencia, por descarte, identifique al resto como CDR; epíteto con el que se ha identificado doctrinalmente a aquellas merecedoras de control ordinario, frente a las CLD, que hemos dicho, merecen plus extraordinario de control. Cualquier contemplación simplista de esta distinción está muy lejos de la realidad. Según el histórico jurisprudencial, la línea divisoria entre ambos firmamentos no es precisamente sencilla⁷⁵; razón por la que se han invertido no pocos

esfuerzos, en neutralizar todo el mimetismo que pudiera deducirse de ambas categorías. Esfuerzos que, a juzgar por la antología jurisprudencial, parece tener su rendimiento efectivo, en la medida que se observa una tendencia depuradora de conceptos; aunque a, mi juicio, aún en terreno *non liquet*.

Según la doctrina jurisprudencial más vanguardista, se ha identificado CLD, como aquella que *“restringe, condiciona o modifica el derecho del asegurado a la indemnización, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido”*; o, de forma más franca y espontánea, aquellas *“que empeoran la situación negocial del asegurado”*⁷⁶. Por otro lado, la versión regular y menos delicada de estas cláusulas no negociadas, las CDR, se han identificado por ser *“aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial”*⁷⁷. *“aquellas mediante las cuales se individualiza el riesgo y se establece su base objetiva”*⁷⁸. Sobre estas últimas, asisten otras líneas identificadoras más funcionales, como aquellas que refiere que *“responden a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o en coherencia con el uso establecido”*, y que *“no puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual”*⁷⁹.

En síntesis, la más acrisolada jurisprudencia exige, para cualquier condición general, que *“sea clara y precisa, y que sean conocidas y aceptadas por el asegurado para lo cual resulta suficiente que en las condiciones particulares, por él suscritas, se exprese, de la misma forma clara y precisa, que conoce y ha recibido y comprobado las condiciones generales”*; añadiendo, que, esto anterior, siempre *“...cuando no se trata de condiciones que restringen los*

⁷² Sobre este particular, la STS 140/2020 2 marzo 2020 (705/2020 - ECLI: ES:TS:2020:705), la cual establece, que “es condición de validez de las limitativas la doble firma”. Y una interesante aclaración, recogida en la SAP Málaga, sec. 5ª, 151/2019 18 marzo 2019 (692/2019 - ECLI: ES:APMA:2019:692), explicando que, este “requisito de la doble firma”, consiste, primero en la “relativa al contrato globalmente considerado, y la segunda para cada cláusula limitativa, ya que nada se opone a que existan varias en un solo contrato”.

⁷³ STS 140/2020 2 marzo 2020 (705/2020 - ECLI: ES:TS:2020:705).

⁷⁴ La jurisprudencia impide se convaliden CLD por la puerta de atrás, firmando un apartado del condicionado particular que haga reconocer al asegurado adherente que acepta todas las CLD contenidas en el condicionado general. En este sentido, la STS 140/2020 2 marzo 2020 (705/2020 - ECLI: ES:TS:2020:705), indicando que, “de modo que en ningún caso bastaba solo con la firma de la remisión contenida en las condiciones particulares”; o la SAP Jaén, sec. 1ª, 320/1999 14 julio 1999 (857/1999 - ECLI: ES:APJ:1999:857), tildándolo directamente como “el peregrino argumento utilizado por la aseguradora de que aparece la firma del contratante bajo la estereotipada y adhesiva fórmula de que “el tomador del seguro conoce y acepta las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado””.

⁷⁵ STS 601/2010 1 octubre 2010 (5535/2010 - ECLI: ES:TS:2010:5535), reconoce que “...en ocasiones harto complicado en la práctica la diferenciación o distinción entre ambos tipos de cláusulas”, o la STS 58/2019 29 enero 2019 (162/2019 - ECLI: ES:TS:2019:162), indicando que, “desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas parece, a primera vista, sencilla”, pero nada más lejos de la realidad.

⁷⁶ STS 399/2020 6 julio 2020 (2233/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2233), citando a las STS 961/2000 16 octubre 2000 (7414/2000 - ECLI:ES:TS:2000:7414), y STS 953/2006 9 octubre 2006 (5858/2006 - ECLI: ES:TS:2006:5858).

⁷⁷ STS 329/2020 22 junio 2020 (2002/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2002), con base en la STS 853/2006 11 septiembre 2006 (6597/2006 - ECLI: ES:TS:2006:6597).

⁷⁸ STS 345/2020 23 junio 2020 (2081/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2081), con base en la STS 704/2006 7 julio 2006 (5884/2006 - ECLI:ES:TS:2006:5884).

⁷⁹ STS 421/2020 14 julio 2020 (2500/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2500), STS 1033/2005 30 diciembre 2005 (7595/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7595), y STS 704/2006 7 julio 2006 (5884/2006 - ECLI: ES:TS:2006:5884).

*derechos del asegurado*⁸⁰, pues, obviamente, cuando estemos ante una CLD, se precisa, además, destacar de forma especial, y la doble firma antes referida. Pero, en ocasiones, por más que se empeñe el derecho, la realidad no deja de ir por delante, y, a veces, con un factor de motivación mayor, que el que propone la ley.

VIII.- LA GÉNESIS DE LOS PROBLEMAS EN LA CONTRATACIÓN GENERAL DE SEGUROS.

Vista la solvencia del consorcio de fuentes normativas y vectores jurisprudenciales, que trabajan al unísono por la sostenibilidad de los efectos jurídicos derivados de los condicionados generales en los contratos de seguros, no podemos afirmar estemos en una situación de abandono sistémico por parte de la intendencia normativa. Sin embargo, da la sensación, que por más rigor y vehemencia que puedan exhibir los poderes públicos para con esta causa, la impronta de estos, *ex norma* y jurisprudencia, no termina de materializarse en el tráfico ordinario de la contratación de seguros. Parece ser, el problema tiene su origen en factores extrajurídicos; (disclaimer) sin que esto anterior implique descartar margen de mejora normativa. Para ello, no hay más que atender a la realidad que ambiciona regular el particular derecho de seguros, la cual vemos funcionar a pie de campo de acuerdo a una filosofía y ritmo, que los buenos propósitos normativos no terminan de sustanciarse. Tal es la divergencia, que pasamos a analizar la fiel imagen de un antagonismo entre dos disciplinas; ciencias jurídicas, procurando seguridad y equilibrio contractual; y ciencias empresariales, puestas al servicio del máximo rendimiento económico. Más concretamente, vemos cómo la técnica de gestión de ventas más agresiva, desafía la potente trina estructura jurídica contractual de controles clausulares analizada en este trabajo.

Poniéndonos en situación, hablamos de un mercado altamente competitivo, cuyos tiempos y prácticas comerciales, funcionan con unas reglas de juego propias, que acostumbra a situarse al filo de la navaja legal; ergo, no es extraño, en muchas ocasiones, estas prácticas entren en conflicto con la normativa de aplicación. La causa de este contexto deviene por la concurrencia de varios factores. Principalmente, debido a un ecosistema gobernado por la archiconocida ley de la oferta y demanda, retroalimentada por la impronta liberal que imprime la filosofía mercantil de la

persona jurídica que gobierna, en exclusiva (arts. 5, 22 y 27 LOSSEAR), este mercado, las entidades aseguradoras.

La genética de estas mercantiles predispone al ánimo de lucro, y este elevado a su máximo exponente. En consecuencia, profesan una religión que antepone el rendimiento económico sobre todas las cosas; rendimiento económico que depende de las ventas; y ventas, que se encarga de maximizar a base de política de ventas muy agresivas, siendo una de sus manifestaciones los fuertes objetivos y estímulos económicos a sus motores de ventas, los distribuidores debidamente autorizadas y con capacidad ejecutiva para distribuir seguros (arts. 134 y 135 LDS)⁸¹. Hablamos de pingües y succulentos incentivos a estos, muy tentadores, causa de que la genética del asegurador trascienda de arriba abajo, expresándose también sobre sus extremidades comerciales. Este hecho tan particular es realmente lo que generaliza y cronifica el problema estructural que denunciamos ocurre en la contratación mercantil de seguros. Esto genera un panorama donde, en ocasiones, la ambición empresarial y ansia comercial del asegurador, así como de sus distribuidores de seguros, se combinan peligrosamente, para abreviar, más si cabe, los ya simplificados procesos contractuales que, por ministerio de la adhesión, caracteriza a una buena parte de la contratación de seguros.

En suma, un *quid pro quo*; el asegurador azuza a sus canales de ventas con fuertes y ambiciosos objetivos de ventas periódicamente, y éstos responden en consecuencia, obteniendo, desde su estabilidad comercial, si cumplen con los mínimos exigidos, hasta un extra de beneficios tan significativo como ventas cierre. Esta convergencia de intereses, cualquiera que sea el canal de venta susceptible de materializar el contrato de seguros, vendrá gobernado por la misma filosofía de maximización de ventas, y rendimiento económico. En definitiva, potentes estímulos, que no han dejado de complicar el trabajo al derecho más riguroso dedicado a estas contrataciones, viendo cómo en los tribunales se revisan diariamente cantidad de

⁸¹ Téngase en cuenta, el sector asegurador concentra parte importante del volumen total de sus ventas en la mediación. Vid. distribución por primas, en "Informe 2018. Seguros y Fondos de Pensiones", del Ministerio de Economía y Empresa, Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la empresa, DGSFP, pp. 200-211. Ídem, según ICEA, en 2018 "Agentes y corredores... se consolidan como principal canal de distribución, con una cuota de mercado del 45,3%, frente al 38,2% de la venta a través de bancos y el 16,5% de la comercialización sin mediadores".

⁸⁰ STS 473/2012 9 julio 2012
(5766/2012 - ECLI: ES:TS:2012:5766).

contratos de seguros, que se han salido de la ruta legal marcada por la adhesión más estricta.

Dicho lo cual, llama poderosamente la atención, cómo el núcleo operativo más remoto de las aseguradoras, los comerciales que trabajan a pie de campo (la mayoría incluso externos, ex contratos mercantiles), son tan decisivos en el problema planteado. Y también, que la cumbre estratégica, conociendo del problema, no intervenga; y, si lo ha hecho, eso no parece reflejarse en los tribunales. Al fin y al cabo, los comerciales son los que evacúan las ventas, en contacto directo con el cliente, poniendo en práctica esta vertical cinética de contratación. Ergo, este es el punto de la cadena mercantil que resulta el más idóneo para pulsar y analizar en profundidad el problema, justo aquel donde participa el comercial, poniendo en práctica todas sus habilidades comerciales para lograr los objetivos e incentivos referidos.

Advertida que la suerte profesional de estos sujetos depende de cerrar un mínimo ambicioso de ventas, y que su fortuna depende de ir más allá de este mínimo, entre estos propósitos y su objetivo, sólo está la ley. Y, si resulta que la ley rara vez se deja ver ante este tipo irregularidades contractuales; y, si se deja ver, ya se encargará de enfrentar el problema otra persona que no será al comercial (el departamento jurídico de la empresa, cuando llega la reclamación y/o demanda judicial), no hay, a la vista del comercial, ningún óbice para que este dé rienda suelta a sus habilidades comerciales más productivas, sin más cortapisas que la resistencia del cliente. Por tanto, entre el eventual dilema de dar rienda suelta a la pulsión más visceral de maximizar sus ventas, o el respeto por las normas, parece claro cuál será la elección.

Simplificando mucho la mecánica de este trabajo, la ciencia que desarrolla la gestión de ventas propone una estrategia comercial que distingue dos puntos clave en la venta de bienes y servicios, que son, en definitiva, los dos objetivos principales en la mentalidad del comercial; la captación de clientes, y el cierre de ventas. La captación de clientes, como parte elemental del proceso de venta, pone al comercial a exhibir sus habilidades más persuasivas para con el potencial cliente. Se trata de ilustrar a este con una dosis de información precisa, tan justa, que el interlocutor experimente la necesidad de contratar, sin que una sobredosis de información haga desistir de su contratación. Por más que el código de buenas prácticas y deontología comercial aplicable

sugiera un trabajo de información integral “de la A a la Z”, sobre el seguro en este caso (más que nada, para hacer cumplir la normativa), lo cierto es que, en la práctica, esto parece no cumplirse, por considerarse riesgo innecesario, capaz de frustrar el negocio. La realidad es que el comercial se cuida mucho de incurrir en sobredosis de información contractual, pues, sencillamente, pudiera asustar al interlocutor, y provocar su desistimiento. Por tanto, cumplir rigurosamente con todas las garantías de contratación de seguros, tanto las referentes a las condiciones particulares, como las relativas a los controles de incorporación, transparencia y contenido del condicionado general (incluidos los correspondientes a las CLD), a efectos prácticos comerciales, es inviable; a efectos *legales*, no.

Al final, dependiendo de la habilidad haya empleado el comercial en los actos preparatorios a la venta, se cerrará la venta. La ciencia que estudia las ventas señala la rapidez del acto como un factor clave de la transacción⁸². Por ello, toda la verticalidad se imprima en este acto, revierte en mayor probabilidad de consumación contractual. Se trata de no romper con la efervescencia del consumidor lograda en el paso anterior. Cualquier parafernalia contractual de más, es una oportunidad más para que el cliente desista contratar. Ello por cuanto, el efecto efervescencia tiende a perderse, a la vez que aumentan las posibilidades de que el posible cliente reciba ulteriores *inputs* comerciales de otras aseguradoras y/o comerciales, y pueda contratar con la competencia.

Efectivamente, la competencia existente en el mercado asegurador es otro factor que retroalimenta toda la ansiedad comercial hasta ahora tratada. La rivalidad entre comerciales es absoluta, como quiera que el interés lucrativo es individual, no se distingue entre compañeros y competencia, todo es competencia. Incluso, en aquellos susceptibles de tener compañeros (agentes exclusivos, sobre todo), vemos una hostilidad encubierta de compañerismo. Por más que las versiones políticamente correctas nos vendan una arcadia mercantil, donde la venta de seguros sea una práctica puramente friendly, la realidad, es que el mundo comercial es la guerra por el cliente. En definitiva, otro factor más, promueve la contrataciones rauda, espontánea o clandestina, con la finalidad

⁸² TRACY, Brian. *Psicología de ventas: Como vender más, más fácil y rápidamente de lo que alguna vez pensaste que fuese posible*. Ed. Grupo Nelson, 2005.

de abreviar todo lo posible la contratación, obviando o soslayando, algunos de los requisitos legales de contratación. En cualquier caso, todas, al borde, o directamente dentro, del abismo antijurídico.

En suma, todo esto anterior, de una u otra forma, termina repercutiendo en la infracción de los estándares de la adhesión. Y es que, realmente, a juzgar por la cantidad de reclamaciones y procesos judiciales, que traen causa en formalizaciones contractuales defectuosas, hay razones, más que suficientes, para pensar que la red de contratos individuales sobre el que se construye el sector asegurador, cuenta con una tasa de irregularidades alta. Téngase en cuenta, que aquello que emerge sub iudice, es sólo una porción y/o muestra de la realidad; pues, habrá cantidad de contratos de seguros formalizados de aquella forma clandestina (defectuosos), que, por suerte para el asegurador, no ha precipitado el riesgo objeto de cobertura, pasando desapercibido el defecto, y es que, por desgracia, hasta que no hay siniestro, no se revisa la configuración jurídica del contrato.

Tenemos, por tanto, una peligrosa tendencia generalizada y transversal a la celeridad contractual, que, si respondiera a ingeniería comercial legalmente sostenible, no habría debate alguno; pero, por desgracia para el asegurador, no es el caso. Es un hecho antijurídico sintetizar más la apurada y afilada ecuación contractual que nos propone la normativa reguladora de la adhesión. Sencillamente, porque la adhesión mantiene lo mínimo indispensable para sostener el equilibrio contractual inter partes. No existe incentivo comercial tan potente, que justifique sacrificar alguno de los puntos medulares que sostiene el estándar de la adhesión. Cualquier iniciativa y/o maniobra que abrevie el proceso contractual de la adhesión, sacrificando la observancia de estos puntos esenciales de conocimiento y consentimiento, traspasa la línea roja. Línea que vemos traspasar habitualmente.

Como decimos, prueba de que esta línea se traspase habitualmente, es el volumen de procesos extrajudiciales (principalmente, reclamaciones reguladas ex Orden ECO/734/2004 y Orden ECC/2502/2012) y judiciales existentes, cuya ratio decidendi centran su atención sobre irregularidades formales en condicionado general del seguro. Base sobre la cual, podría incluso afirmarse, que la LCGC, y, por extensión LCS (y, en su caso, la LGDCyU), son una de las normas más

sacudidas de nuestro particular ordenamiento jurídico contractual.

Ahora bien, sobre la base del dilema planteado, entre rendimiento económico y legalidad, la pregunta es, qué tan potente es uno y otro, y por qué parece prevalecer el primero. Por su parte, el rendimiento económico depende de un criterio puramente crematístico; y, reflejo de la prosperidad y dinero que mueve este sector⁸³, podemos hacernos una idea de cuán rentable es. Por otro lado, el imperium normativo es tan potente, como tajante sea el efecto motivador que emerja ex infracciones y sanciones establecidos como consecuencia de eventual vulneración. A este respecto, las infracciones susceptibles de afectar a aseguradores y distribuidores, por una mala praxis contractual respecto del cliente, son diversas. Concretamente, las conductas contrarias a la contratación general homologada, podrían ser tipificadas de acuerdo a los arts. 195.15, 196.5, 196.9 LOSSEAR, 46 y 49 LGDCyU, 192.2. j), l), m), p), v), 192.3. d), e), f), g) y 192.4 LDS; que, sin perjuicio de los criterios de graduación de los arts. 205 LOSSEAR y 196 LDS, serían susceptibles de devenir en sanción (arts. 198 y ss. LOSSEAR, y 194 LDS). Sanción con la que resulta difícil calibrar la potencia normativa; sencillamente, porque la gama es amplísima⁸⁴; desde consecuencias realmente anecdóticas (v.g. amonestación), hasta las más graves, que, en caso de ser aplicadas, harían temblar los cimientos de muchas entidades aseguradoras.

⁸³ Según UNESPA, en base a estadísticas elaboradas por ICEA, "Los ingresos de las aseguradoras por la venta de pólizas a cierre de 2019 ascendieron a 64.155 millones de euros".

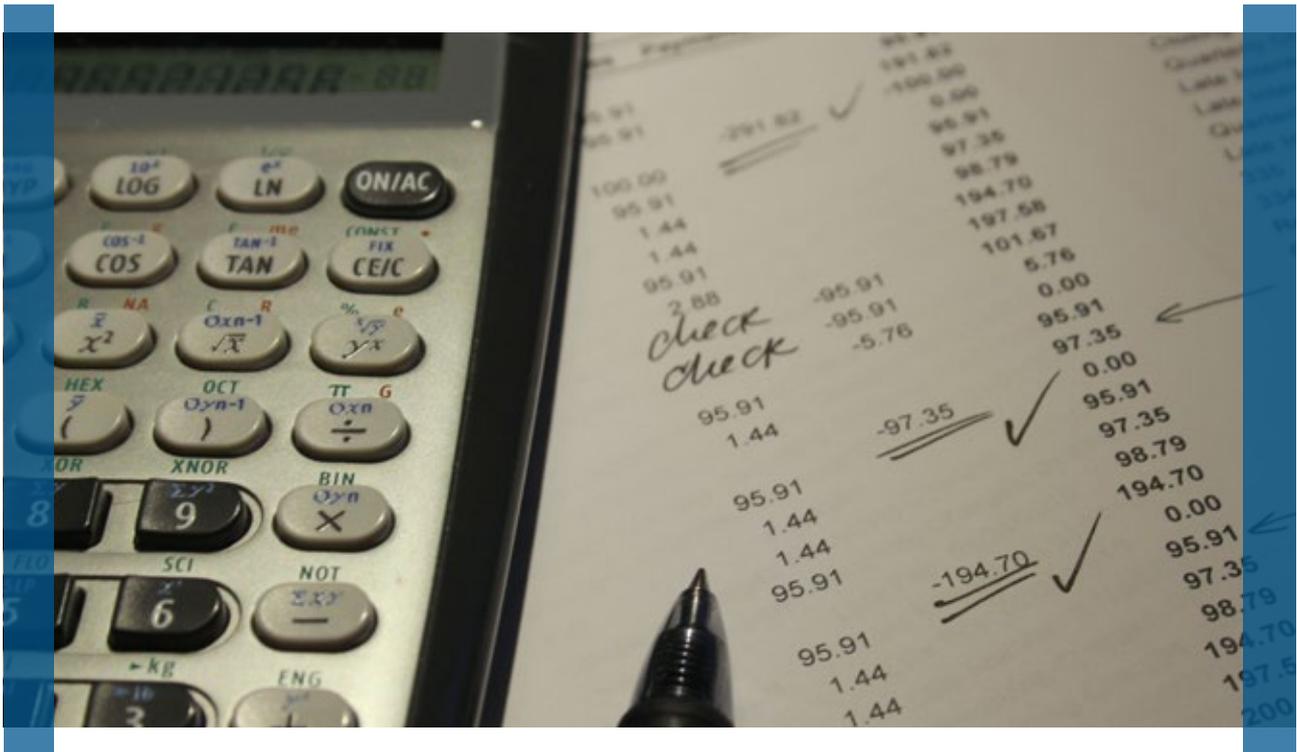
⁸⁴ Por parte de la LOSSEAR, hablamos de sanciones que van, desde una simple "amonestación privada" (leve), hasta multas "por importe máximo del 1 por ciento de su volumen de negocio y superior a 240.001 euros", incluso, la mismísima apoptosis empresarial aseguradora ex sanción no pecuniarias de la "revocación de la autorización administrativa", o la "Suspensión de la autorización administrativa para operar en uno o varios ramos". Por su parte, la LDS, diferenciando entre personas físicas y jurídicas, se muestra más contundente, estableciendo sanciones, desde la más simple "amonestación privada" (leve), pasando por suspensiones temporales de ejercicio profesional, hasta la cancelación de inscripción en registros administrativos habilitadores, o la pecuniaria del "el 3 por ciento del volumen de negocio anual total según las últimas cuentas disponibles aprobadas por el órgano de dirección o 1.000.000 de euros" o el "El doble del importe de los beneficios obtenidos o de las pérdidas evitadas con la infracción, en caso de que pueda determinarse", para personas jurídicas, y "100.000 euros o el doble del importe de los beneficios obtenidos o de las pérdidas evitadas con la infracción, en caso de que pueda determinarse.", para personas físicas (no señalamos la sanción más grave que se hace constar en la norma, en el art. 194.2 LDS, pues la infracción del art. 192.2, k) LDS a la que está sujeta, no es compatible la problemática analizada).

Con estos datos, y a juzgar por la vigencia del problema denunciado, podemos concluir de acuerdo a tres posibilidades alternativas lógicas; que no se sancione; que se haga de forma tan leve, que el factor compensación coste/beneficio neutralice el efecto motivador normativo; o que el carácter reciente de la norma que aspira a ser el acicate de las aseguradoras en este sentido, la LDS (publicado BOE 5 febrero 2020, vigor día siguiente ex DF 16ª RDL 3/2020) no haya tenido tiempo aún de exhibir toda la ejemplar contundencia que se gasta con los distribuidores de seguros⁸⁵, entre otras cosas, por irregularidades en la contratación de estos productos. Sin embargo, hasta ahora, los correctos vistos contra las aseguradoras, han sido por otras razones, provenientes de diferentes órganos⁸⁶.

⁸⁵ Vid. VELOSO, Moncho (26 enero 2018). "El Gobierno aprueba multas millonarias por la venta irregular de seguro. La nueva ley de Distribución de Seguros obliga a las compañías a evaluar periódicamente la idoneidad de clientes y productos.", en ABC Economía (v. digital). MÉNDEZ DE VIGO, Íñigo (11 mayo 2018). "El Gobierno aprueba elevar hasta cinco millones las sanciones máximas a distribuidores de seguros", en El Mundo Economía (v. digital).

⁸⁶ La CNMV multa a varias aseguradoras "por no contar con una comisión de auditoría exigida por ley" (Resolución de 23 de junio de 2020 CNMV, en BOE núm. 200, de 23 de julio de 2020, pp. 56647 a 56648). O, por parte del TS, la STS, sala 3ª, 772/2020 15 junio 2020 (1562/2020 - ECLI: ES:TS:2020:1562), donde se condena a una entidad aseguradora, a pagar una multa de 40.001 € por infracción de la normativa de protección de datos; concretamente, por el envío de publicidad no consentida a un cliente.

En suma, más allá de las nociones del consumo responsable, y de la educación financiera que, por parte de algunas voces y organismos, se aconseja interesen los agentes económicos susceptibles de contratar seguros, lo cierto es que esto no va a terminar de reducir la tremenda distancia entre asegurador y adherente asegurado (al menos de una parte importante de los contratos de seguros que se celebran actualmente, es decir, salvo grandes riesgos, reaseguros, etc.), ni a invertir la reciprocidad predisponente-adherente. Es el dominio del asegurador, en todos los sentidos, aquello que atribuye, salvo prueba en contrario (*iuris tantum*), toda responsabilidad ex contratación irregular. Así pues, si queremos conservar la indemnidad de este milagro jurídico que es el seguro, así como las bondades que de él se derivan, en términos de desarrollo económico y social, convendría cuidar su salud, por ejemplo, previendo focos de distorsión contractual, como los analizados en el presente. Y todo ello, por *cuanto*, *no hay ambición comercial* que justifique abreviar más, los ya sintetizados procesos de contratación general de seguros ex adhesión, ni letra pequeña que se escriba en un contrato de seguros, sin transparencia y consentimiento expreso (firma convencional, o doble firma, según CDR o CLD), que no venga firmada por el diablo.





Artículo 135.1 d) de la LRCSCVM. A vueltas con el criterio de intensidad.

Joaquín Perales Puertas
Abogado

Sumario

I.-INTRODUCCIÓN

II. CONTENIDO DEL ART. 135.1 d).

III.- RESPUESTA MOTIVADA / RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES.

IV.-CONCLUSIONES

I.- INTRODUCCIÓN:

De los distintos criterios de causalidad en traumatismos menores de columna vertebral a los que hace referencia el art. 135 de la LRCSCVM , introducido por la Ley 35/15 de 22 de septiembre, es el de intensidad el que continúa erigiéndose como protagonista absoluto, pretendiendo servir de “cortafuegos” a las entidades aseguradoras frente a las reclamaciones por daños personales formuladas en aquellos casos en que los daños de los vehículos implicados son de escasa entidad.

Un análisis del resultado de su aplicación, en estos casi cinco años de entrada en vigor del mencionado precepto legal, bien podría resumirse en una notable satisfacción del

sector asegurador en la fase prejudicial, que es inversamente proporcional a la satisfacción de la víctima cuando la respuesta al derecho resarcitorio que le asiste la halla en vía judicial, como más adelante se expondrá.

El informe de biomecánica conteniendo el cálculo de un Delta V por debajo del “*umbral lesivo*” -pese a la distinta y dispar literatura científica existente al respecto-, viene a ser el *becerro de oro* al que de forma sistemática acuden las entidades aseguradoras cuando los daños materiales no superan x.-euros (cada aseguradora fija su propio límite), y a partir de ahí, se deriva el expediente aperturado al departamento denominado de baja intensidad, de “fraude”, etc.

Y a continuación, el perjudicado recibe la siguiente respuesta motivada: *“No se cumple el criterio de intensidad del art. 135.d) de la LRCSCVM. Adjuntamos informe de biomecánica”*. Fin de la fase prejudicial.

Es en este momento, como antes se ha indicado, cuando el informe de biomecánica cobra especial valor y relevancia, como figura disuasoria para plantear posteriores reclamaciones judiciales.

En efecto, el perjudicado encuentra:

-Una negativa de la compañía contraria a hacer frente a las obligaciones extracontractuales que le son inherentes como aseguradora del vehículo responsable del accidente.

-Y ante dicha respuesta, en caso de que la defensa de sus intereses se haya ejercido por la asesoría jurídica su propia compañía, una negativa de ésta a hacer frente a las obligaciones contractuales que asimismo le son inherentes (ex art. 1 de la LCS), al no continuar con la reclamación en vía judicial por “no considerar viable la misma”, dejando libertad de acción al perjudicado.

Pero como decía Napoleón, *“La victoria pertenece al más perseverante”*; y sólo la víctima que decide continuar con su reclamación acudiendo a la vía judicial, es la que en la mayoría de las ocasiones viene obteniendo una respuesta favorable a la misma por parte de los Tribunales.

II.-CONTENIDO DEL ART. 135.1 d)

-¿Qué dice el art. 135.1 d)?: *d) Criterio 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.*

A diferencia de lo previsto en el proyecto de ley, la fórmula *no conlleva exigencias biomecánicas*, sino tener en cuenta la intensidad de la colisión junto con otros factores que favorecen el nacimiento de la lesión cervical. El artículo 135 no los enumera, pero sí los reconoce cuando señala *“y las demás variables que afectan a la probabilidad de su existencia”*

Por tanto el informe de biomecánica no es determinante, tratándose sólo de un elemento

más a tener en cuenta en relación a la intensidad del accidente, junto con, y esto sí es, insistimos, redacción literal del precepto legal, *“las demás variables que afectan a la probabilidad de su existencia”*

Pues bien, son precisamente esas variables que afectan a la probabilidad de la existencia de lesiones, las que se ignoran por parte de las entidades aseguradoras que rehúsan el siniestro, como antes se ha indicado, *“por no cumplirse el criterio de causalidad”* amparándose las mismas única y exclusivamente en el cálculo de un Delta V contenido en un informe de biomecánica.

Llegados a este punto, debemos destacar el contenido del Dictamen 3/16 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial D. Bartolomé Vargas Cabrera sobre la Ley 35/15 de 22 de septiembre de reforma del Sistema para la Valoración de los daños y perjuicio causados a las personas en accidentes de circulación y protección de los derechos de las víctimas en el ámbito de la siniestralidad vial, en el que se contiene un análisis pormenorizado de las modificaciones introducidas por la citada Ley, indicando en relación al criterio de intensidad del art. 135.d) lo siguiente: *d) Criterio de intensidad, radicado 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 afecten a la probabilidad de su existencia. A diferencia de lo previsto en el proyecto de ley, la fórmula no conlleva exigencias biomecánicas, sino tener en cuenta la intensidad de la colisión junto con otros factores que favorecen el nacimiento de la lesión cervical. El art. 135 no los enumera, pero sí los reconoce cuando señala “y las demás variables que afectan a la probabilidad de su existencia”, esto es, entre otros, vehículo parado, imprevisibilidad de la colisión, posición del cuello, musculatura más o menos desarrollada en la zona afectada, la existencia de lesiones previas, etc.”.*

Jouvencel, en su monografía *“Latigazo Cervical. Compatibilidad de lesiones y daños estructurales en los vehículos”*, a tal respecto, indica que *“El Delta-V 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)”*, enumerando a continuación los demás factores que tienen un carácter esencial, como: 1. dirección del vector de impacto; 2. tipo de asiento; 3. posición de la cabeza y del cuerpo; 4. envergadura / peso del ocupante; 5.- antecedentes médicos de la víctima; 6. preparación del sujeto cuando recibe

el impacto; 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.

Factores los anteriores a los que igualmente se refiere Mario de las Heras en su artículo "El artículo 135 de la LRCSCVM introducido por la ley 35/2015" publicado en la Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, núm. 67, págs. 29-42.

Asimismo, en la Revista Española de Medicina Legal, Vol 42, número 2, Abril-Junio 2016, se indica: *Observamos que los umbrales para la aparición de síntomas son inferiores en colisiones reales, lo que puede estar en relación con los múltiples factores que se relaciona con el riesgo de lesión, muchos de ellos no presentes*

en los test de laboratorio con voluntarios y que reflejan multitud de condiciones que se dan en condiciones reales (atención, posición, factores predisponentes fisiológicos y psicológicos, etc».

Sin embargo, ninguna de las "demás variables que afectan a la probabilidad de la existencia de lesiones" a que se hace expresa referencia en el art. 135.d) se recogen en el rehúse de las entidades aseguradoras, bastándoles para justificar el rechazo a la reclamación previa, el valor del Delta V contenido en el informe de biomecánica calculado en base a los daños materiales de los vehículos implicados.

Se desnaturaliza por tanto el concepto biomecánica, por cuanto que si su origen etimológico, de procedencia griega, es el fruto de la suma de tres elementos de dicha lengua: -El sustantivo "bio", que puede traducirse como "vida". -La palabra "mekhane" que es sinónimo



de “máquina” y -El sufijo “-ico” que se utiliza para indicar “relativo a”; siendo su significado literal “relativo a la máquina de los seres vivos”, la única mecánica (máquina) que se analiza en los citados informes es la del vehículo (los daños del mismo), planteándose otra ecuación errónea: Factura de chapa (vehículo x) + factura de chapa (vehículo y) = Informe de biomecánica.

La afirmación anterior no es gratuita; ya hasta se recoge en reciente Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Tercera, de 25 de junio de 2.020 -especialmente reseñada en el número 74 de la revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro-, a la que a continuación haremos de nuevo referencia: *“La prueba pericial que incorrectamente se venía denominando como “biomecánica” -cuando lo analizado no es una ser vivo, sino los daños en los vehículos, por lo que no tiene sentido el uso de la partícula “bio”- y que ahora se conoce como de “reconstrucción mecánica”, no pueden tenerse como elemento probatorio determinante, por cuanto no pasa de ser una mera evaluación estadística carente del mínimo rigor exigible a toda prueba pericial que se presenta ante un tribunal de justicia”.*

III.-RESPUESTA MOTIVADA / RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES.

El “*alter ego*” del criterio de intensidad es, para el sector asegurador, el informe biomecánica + Delta V, al que sólo en algunas ocasiones se suma también un informe médico definitivo en el que se concluye que *“el mecanismo de producción del accidente no cumple el criterio de causalidad de intensidad, según cálculo de Delta V contenido en informe de biomecánica”.*

Es decir, en el informe médico definitivo tampoco se analizan el resto de variables a las que de forma expresa se refiere el art. 135. d), pero *da igual*; el informe de biomecánica es más que suficiente para *“fundamentar”* una respuesta motivada a la vista de sus excelentes resultados en fase prejudicial, y del ahorro que ello viene suponiendo al sector asegurador.

¿Y cuál es la respuesta de los Tribunales?

En el análisis de la jurisprudencia existente, a la que se pretende hacer especial referencia en el presente artículo, pronto llegamos a una conclusión: y es el cierto *hartazgo* que se adivina -como en la Sentencia ya citada de la

A.P. de A Coruña de 25 de junio de 2.020-, ante la reiterada alegación del sector asegurador de la inexistencia de nexo causal al no cumplirse el criterio de causalidad, atendiendo única y exclusivamente, a la entidad de los daños de los vehículos implicados, siendo enormemente ilustrativa la fundamentación jurídica de la citada Resolución, llegando a considerar el anterior razonamiento *“simple y capcioso”*: 1) *A menor intensidad de daño en los vehículos, tenemos por cierto que hay una menor transmisión de energía a los ocupantes del habitáculo, y de ahí deducimos que las lesiones que se producen a los usuarios también han de ser menores.* 2) *A partir de ese razonamiento, no siempre cierto, se da un paso más y se sostiene que si la energía transmitida no supera un determinado umbral, no es posible que se produzcan lesiones.* 3) *Y a renglón seguido, como dicha afirmación se confirma estadísticamente en grandes números, se quiere establecer una regla que exonera a las aseguradoras del cumplimiento de sus obligaciones resarcitorias: Si la colisión no genera una cierta deformación en los vehículos, las lesiones (especialmente las cervicales) que puedan invocar los ocupantes o bien son directamente falsas o bien tienen otro origen. Y de ahí se fijan valores del ΔV (delta uve) y una determinación de cuál ha de ser el valor mínimo de ese ΔV para que consideremos que esa energía puede producir daños a las personas. Bien entendido: Por debajo de ese ΔV se niega la posibilidad de daño. Lo que era estadístico se convierte en verdad absoluta e inmutable”.*

Se habla asimismo del *“reproche frecuente”* en el artículo doctrinal de la Magistrada Juez D^a Montserrat Peña Rodríguez *“El nexo causal en accidente de tráfico. Aspectos jurídicos y biomecánicos”* publicado en el núm. 69 de la Revista Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, pág. 19 a 40, *“que en numerosas resoluciones judiciales se hace a los informes de biomecánica a la hora de valorar su fuerza probatoria, es su carácter genérico y/o estadístico, y la ausencia de conexión de los mismos con las específicas circunstancias del caso concreto”.*

Y prueba de ese *reproche frecuente* se halla en la siguiente relación de las sentencias más recientes de la jurisprudencia menor, que entendemos ilustrativas sobre la respuesta que de forma reiterada se está dando al respecto por los Tribunales:

Procede recordar no obstante que, ya con anterioridad, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de octubre de 2.012, sobre la

indeterminación de los informes biomecánicos que versan sobre accidentes de tráfico a baja velocidad, establece que “no sólo por la distinta consideración que merece la absorción del impacto a escasas velocidades en vehículos de una cierta antigüedad frente a los demás más modernos, sino por las propias características físicas de los ocupantes del vehículo afectado, lo que determina un enorme relativismo que impide conclusiones cerradas”.

A continuación, como ya se ha indicado, se relacionan las sentencias más recientes dictadas por las Audiencias Provinciales en relación al pretendido *binomio* criterio de intensidad-informe de biomecánica:

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1ª, de 17 de julio de 2.020:

“(...) El criterio de la intensidad exige que se tenga en cuenta no solo la fuerza del impacto, sino también las demás variables que afectan a la probabilidad de su existencia. Y en el presente caso no es sólo que la prueba destinada a acreditar la intensidad no permita acreditarla por las razones expuestas, sino que además dicha prueba no hace referencia a ninguna otra variable de las que afectan a la probabilidad de su existencia, como la edad de la víctima, su corpulencia, su postura etc.

En definitiva, a juicio de la Sala los criterios de causalidad quedan acreditados con los informes médicos aportados por la parte actora a su demanda (...)”

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, de 16 de julio de 2.020:

“(...) No podemos admitir, a partir de criterios técnicos ajenos a la medicina, que exista un «umbral para posibles lesiones», porque es notorio que en el plano de la salud no existen lesiones sino lesionados, y que la respuesta del cuerpo humano a un impacto es variable y, en cierto modo, impredecible, sometida a un sinfín de circunstancias aleatorias que dan lugar a diferentes resultados; hasta un estornudo sorpresivo y forzado puede dar lugar a una contractura que puede generar algias cervicales. Cualquier estudio teórico sobre lo que se da en denominar «estudios de biomecánica” responden a estudios estadísticos cuyas bases de estudio -por cierto- tampoco conocemos, lo que no nos permite determinar la fiabilidad de las consecuencias extraídas y su adecuada valoración. La respuesta del cuerpo humano

ante desplazamientos bruscos solo puede ser medida en cada caso concreto. No responde igual una persona prevenida, que ya está alerta para afrontar el impacto, que a otra desprevenida. No es lo mismo la respuesta de una persona en posición centrada y bien asentada que la de otra en posición de escorzo y algo girada. Y no es lo mismo la respuesta de una persona que la de otra ante impactos de igual intensidad. Podríamos seguir indicando variables, pero lo que es difícil admitir -por no decir que es inadmisibile- es considerar que la baja intensidad de un impacto excluye necesariamente posibles algias postraumáticas (...).

Argumento jurídico que asimismo lo encontramos en anterior Sentencia de de 14 de mayo de 2.020

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, de 19 de mayo de 2.020:

“(...) De tal regulación resulta que la intensidad del golpe es uno más de los criterios de causalidad que debe ser tomado en consideración para determinar ese nexo causal entre accidente y lesiones, dentro del resto de variables que contempla, que en este caso concurren todas, así el de exclusión porque no existe prueba de antecedente traumático previo o posterior al accidente que justifique las lesiones que les fueron diagnosticadas a la actora y, por el contrario, el lapso temporal entre su aparición y la producción indiscutida del accidente avalan esa relación causal pues su acreditación médica lo fue en plazo inferior a las 72 horas, como también la corrobora el criterio topográfico o de localización de lesiones en cuanto éstas se producen esencialmente a nivel cervical y lumbar, las más expuesta en este tipo de accidentes de alcance por detrás.

Es por ello que en este caso el citado informe de biomecánica, carece de eficacia probatoria suficiente para restar eficacia probatoria a los informes médicos, que ponen de manifiesto que la colisión por leve que fuera causó en este caso las lesiones que aquí se reclaman (...).

-Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3ª, de 7 de mayo de 2.020:

“Sobre la valoración de informes de esta naturaleza se pronuncia la Sentencia de esta Audiencia de la Sección Cuarta de 28 de febrero de 2018 en la que, sin excluir el valor del informe biomecánico, señala que debe valorarse prudentemente y en relación con el resto de

elementos probatorios obrantes, añadiendo que “En orden a los criterios de valoración de los informes periciales biomecánicos en relación con los accidentes de circulación, traeremos a colación la S.A.P. de Alicante (Sección Novena) nº 314/2.017, de 17 de julio Jurisprudencia citada SAP, Alicante, Sección 9ª, 17-07-2017 (rec. 105/2017) , que resume la postura de la jurisprudencia menor al respecto, a cuyo tenor:

“en relación con el negado nexo causal, los informes biomecánicos deben ser valorados con gran prudencia porque no contemplan todos los factores que pueden tener influencia en el mecanismo lesional, así el que la resistencia de los paragolpes es cada vez mayor, y que a menor deformación del paragolpes se produce una mayor transmisión de energía al interior del vehículo. Tampoco se consideran factores tales como, el peso de los vehículos, el de los ocupantes o el de la carga, la posición de los ocupantes o las características técnicas de los reposacabezas. El principio general de que parten de que en colisiones producidas a menos de 8 km/h no se pueden producir lesiones, es cuestionado, no se trata de una verdad absoluta existiendo estudios que fijan este umbral en velocidades muy inferiores. En cualquier caso es el criterio médico más que el técnico el que puede pericialmente auxiliar al Juez, junto con el resto de la prueba, también la pericia biomecánica, a fijar el nexo causal”.

En dicho informe no consta que se hayan tenido en cuenta las circunstancias personales y físicas del demandante, ni sus peculiaridades anatómicas, su masa, la postura y ubicación en la que se encontraba cuando se produjo la colisión, si tenía la cabeza colocada en el reposacabezas, si iba con el cinturón de seguridad abrochado, si vio venir el vehículo que le alcanzó..”.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, de 28 de febrero de 2.020:

(...)Consideramos que como en otros supuestos, en los que se realiza este tipo de estudios biomecánicos, calcular por los daños de los vehículos el umbral lesivo respecto a las lesiones cervicales que presenta el demandante, resulta muy hipotético puesto que dicho umbral no es igual para todas las personas, y que se deberían haber tenido en cuenta las circunstancias no solo de los vehículos afectados específicamente e igualmente el grado de aceleración, sino también las de la víctima, difícilmente se pueden determinar las consecuencias lesivas, por la mera remisión

a los daños materiales de los vehículos, sin tener en cuenta las circunstancias propias del lesionado. Conclusión, que explica porque dicha correlación entre las lesiones y las colisiones de bajo intensidad, variara según el volumen, marca y masa de los vehículos, y ubicación, aceleración y dinámica del accidente, y el tamaño, sexo y edad de la persona afectada. Consideramos así que el parámetro utilizado es impreciso, pues el factor de la baja intensidad, no es el único, ni determinante de las consecuencias del accidente, existiendo una gran diversidad de estudios que sostienen otros niveles de velocidad inferiores como umbral de causación de las lesiones (...).

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, de 23 de mayo de 2018:

“...la simple baja intensidad de la colisión por alcance en que consistió el accidente de autos no es suficiente para determinar el alcance de las lesiones. Prueba de ello es que el dictamen pericial mecánico aportado por la demandada concluye que, dada la baja intensidad del mismo, no existe nexo causal entre la mecánica del siniestro y la posible existencia de lesiones en los ocupantes del vehículo alcanzado, y, sin embargo, a través de las pruebas médicas aportadas a los autos se ha demostrado que la demandante sí que sufrió lesiones como consecuencia del accidente, (...).”

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Cuarta, de 16-12-19:

“Tras realizar un análisis técnico (teórico) de la colisión, calcular la energía cinética, con cita en un estudio realizado en Suecia sobre la influencia de la severidad del impacto en el riesgo de lesiones asociadas al latigazo cervical, concluyen que “la literatura científica es unánime en que no se producen lesiones cervicales con variaciones de velocidad, AV, inferiores a 8 Km/h”, añadiendo que la posibilidad de sufrir lesiones cervicales de duración igual o superior a un mes es del 0%, rechazando, en definitiva, el nexo causal.

La Sala considera que la determinación del nexo causal no puede quedar resuelta por el informe de biomecánica aportado por los demandados, remitiéndonos a nuestra sentencia de 11 de diciembre de 2016 (recurso de apelación 448/2013), en la que ponderando un informe de similares características técnicas, decíamos, en el fundamento de derecho segundo, lo siguiente:

Entrando, por tanto, en los argumentos



con los vehículos y las de la colisión, de suerte que la conclusión sobre la velocidad a la que se produce la colisión, que según las fotografías aportadas fue descentrada, no puede ser tenida como exacta. Por otra parte, los ensayos con personas conscientes de que van a recibir una colisión por alcance en absoluto pueden equipararse con la situación del conductor que recibe el golpe inesperadamente de cara al mecanismo lesional de aceleración-hiperextensión, por lo que las conclusiones del mismo, evidentemente estereotipadas, no pueden desvirtuar los juicios clínicos que expresamente conectan causalmente la colisión con la sintomatología que objetivan (...)”.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, de 4 de diciembre de 2.019:

“(…) Centrado así el objeto del debate en esta alzada y por lo que al motivo principal de impugnación se refiere, habremos de recordar con mayor argumento que el genérico de la instancia, como venimos exponiendo reiteradamente y más concretamente en reciente sentencia de 13-3-19 con cita de otra anterior de 27-10-14, que esta Sala ya declaró, que el informe biomecánico por más que se pretenda su concreción en relación con el accidente: “es abstracta, genérica y teórica, se basa en meras apreciaciones de las fotografías de los vehículos, completado con el aporte subjetivo del asegurado de la demandada, que aunque con cierta lógica se exponen por el Sr. perito, carecen realmente de una exposición de base científica suficiente, por la que mediante la aplicación de las leyes de la física, estadísticas, médicas, etc., y a través de los datos objetivables necesarios recabados, pudieran haber apoyado en el supuesto concreto la transposición de esas conclusiones más genéricas y teóricas -reiteramos- que se exponen.

En este mismo sentido nos pronunciábamos en la también en la sentencia, Secc. 2ª de 7-11-13, al declarar que la “prueba médica no puede resultar desvirtuada por la prueba pericial biomecánica e informe médico aportado con la contestación, a la que el juzgador de instancia no ha dado prevalencia a la hora de formar su convicción, en orden a la inexistencia de prueba en este caso de nexo de causalidad, la primera porque está basada en meras hipótesis o estudios teóricos que concluyen que colisiones de escasa entidad por alcance por detrás no puede producir lesiones como las que le fueron diagnosticadas a los actores, al estar los estudios de que parte, desvirtuados por

impugnatorios de fondo, se insiste en que dicho informe viene avalado por la escasa entidad de los daños ocasionados, habiendo de decirse al respecto, por obvio que parezca, que el artículo 348 de la LEC establece que los dictámenes periciales se valorarán con arreglo a las reglas de la sana crítica, precepto que es fruto de la experiencia jurídica y científica que aconseja huir de afirmaciones categóricas, singularmente en valoraciones sobre reconstrucción de causas, de modo que el informe biomecánico, en términos generales, ni carece de valor probatorio ni cabe reconocerle un valor indiscutible, y así es como se contempla en la variedad de resoluciones judiciales que lo abordan, debiendo ser objeto de examen en el caso concreto, porque las consideraciones basadas en las deformaciones de la carrocería y elementos estructurales de los vehículos, se enfrentan fundamentalmente al hecho de que la afectada por la colisión, que no se niega, reciben atención médica inmediata en la que se hallan molestias y dolores a nivel cervical y lumbar .

(…) “ Ninguna de estas conclusiones pueden considerarse concluyentes ni, por ende, convincentes, puesto que, por un lado, no puede establecerse paralelismo en lo que se refiere a las condiciones en que se realizan los ensayos



otros de la misma naturaleza que contradicen esa conclusión, en relación a la velocidad a que circulaban, cuando los datos o estudios prácticos de que parte el técnico que lo elaboró, están basados en colisiones por alcance por detrás de vehículos, y se lleva a cabo el mismo sin haber observado los daños ocasionados a los mismos”.

Es este además el sentir de buena parte de las AA.PP., véase a modo de ejemplo por citar alguna reciente y en un supuesto prácticamente idéntico en el que también en una colisión por alcance y a velocidad de impacto de 8 kms/h, la SAP de Granada, Secc. 3ª de 23-1-15, que con cita de otras anteriores, la SAP de Madrid (Sec. 10ª) de 30 de junio de 2014 ó SAP de Murcia (Sec. 5ª) de 12 de febrero de 2013, resaltaba que respecto a la frecuencia en que se asegura en este tipo de informes la inexistencia de lesiones en todas las colisiones por alcance con escasos daños materiales en los vehículos “en modo alguno dicha afirmación se corresponde con un axioma ni está médicamente acreditado la imposibilidad de que se produzcan lesiones de tipo cervical y no toman en cuenta ni la forma en la que se produce el golpe, lo esperado del mismo por los lesionados, la edad o estado de salud antecedente...” . A estas presunciones la Sentencia de la A.P. de Madrid citada vino a añadir que “la bibliografía especializada sobre biocinemática en los accidentes del tránsito

motorizado permiten concluir que tomando en consideración que el latigazo cervical es un mecanismo de transferencia de energía al cuello, por aceleración/deceleración, se debe precisar que no existen bases científicas para afirmar que las lesiones agudas del latigazo cervical no conducen a dolor crónico, ni tampoco que las colisiones por alcance, que no provocan daños en los vehículos no puedan causar tales lesiones. Sin olvidar que la colisión no se individualiza por la zona o área de impacto, sino por su dirección y sentido, esto es, por el vector del impacto.”.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, de 19 de noviembre de 2.019:

“ (...) Los demandados han asumido la forma de producirse el accidente, negando la existencia de relación de causalidad entre la accidente y las lesiones de la actora. En la sentencia de instancia se desestimó la demanda atendiendo a que en el informe biomecánico aportado por la parte demandada concluye que la variación entre velocidad experimentada por el vehículo de la actora (entre 4, 7 y 6, 4 km/h) y la aceleración entre 0, 8 y 1, 4 g determina un riesgo de lesiones nulo (...)

Respecto al informe biomecánico aportado, debemos señalar que en el mismo se hace



referencia a que se han consultado diversas bases de datos, sin que se precise cuáles han sido esas base de datos y que se ha utilizado una herramienta de cálculo desarrollada por el Grupo de Investigación de Nuevas Tecnologías en Vehículos y Seguridad Vial del Instituto de Investigación de Ingeniería en Aragón, sin precisar ninguna información más sobre dicha herramienta. Por lo tanto, utilizando estos dos elementos, es decir las desconocidas base de datos y la herramienta de cálculo no explicada, se llega a unas conclusiones que no pueden ser analizadas por esta Sala.

En Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1ª, de 8 de julio de 2.019, se consigna:

“(...) Por tanto el hecho de que el informe de biomecánica llegue a la conclusión contraria, en particular por la escasa entidad de los daños de los vehículos, no es óbice para considerar acreditado el nexo causal entre el accidente de tráfico y los daños personales que se reclaman.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, de 9 de marzo de 2.020:

-(...)Debe concluirse que existieron lesiones y que éstas tuvieron su causa o fueron como consecuencia del siniestro, acreditándose con ello la existencia de certeza en el nexo

causal, debiendo reiterar que las misma han quedado objetivadas y se compadecen con la forma en que tuvieron lugar los hechos, no siendo factible establecer una correspondencia absoluta entre la falta de intensidad del impacto y la mayor o menor gravedad de las lesiones, no estimando que el informe de biomecánica en sí mismo desacredite la realidad lesional ni su mayor o menor magnitud, resultando notoria la existencia del siniestro a la vista de los daños sufridos por los vehículos, y siendo innegable que un impacto leve normalmente produce consecuencias lesivas leves, ello no es predicable de forma taxativa, ya que operan o influyen otros factores tales como el hecho de si el vehículo se encontraba detenido o en movimiento, si se encontraba acelerando o accionando el sistema de frenado, sin olvidar que un golpe inesperado puede causar en el ocupante del vehículo impactado una sacudida más violenta, considerando que estos elementos son aleatorios e inciden en la propia magnitud de la lesión, razón por la que debemos atenernos a los partes médicos a la hora de establecer la realidad lesional producida (...).

- En Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Tercera, de 30 de diciembre de 2.019, se indica:

“En cuanto a los criterios a que se refiere el artículo 135 del TRLRCSCVM (exclusión,

cronológico, topográfico y de intensidad) solamente sería discutible la concurrencia del criterio de intensidad, y si bien es cierto que la colisión fue leve, no debemos olvidar, como se dijo por esta Sala en su sentencia de fecha 10 de Abril de 2015, en un supuesto de valoración de un informe de biomecánica sobre la relación de causalidad entre un leve impacto por alcance y las lesiones de cervicalgia reclamadas por el actor:

“Así pues, de nuevo, se somete a este Tribunal el análisis sobre las consecuencias lesivas de un accidente como el de autos que vuelve a plantear las dificultades que entraña el enjuiciamiento de accidentes por alcance de escasa entidad y su relación causal con las lesiones reclamadas por cervicalgia, unas veces por tratarse de pretensiones fraudulentas y fingidas o exageradas en mayor o menor medida (vid SAP de Badajoz -Sec. 2ª- de 19 de junio de 2014) y otras por no objetivarse suficientemente esa relación causal o, como aquí ocurre, minimizarse o descartarse la relación de causalidad desde informes periciales de biomecánica que, como ya decíamos en nuestra Sentencia de 21 de julio de 2014 , alcanzan, en algunas ocasiones, conclusiones “aventuradas al partir de datos incompletos incorporados a este tipo de informes que tratan de reconstruir la dinámica de la colisión sin datos concluyentes u objetivos” o bajo criterios empíricos aplicados a cualquier circunstancia y siniestro. Esto último es lo que, a criterio de este Tribunal y lo mismo apreció la sentencia recurrida, ocurre en el caso de autos por lo que, como en otras ocasiones, habremos de prescindir total o parcialmente de esas conclusiones exoneratorias no del todo justificadas.

Ejemplo de ello son nuestras Sentencias, por citar las más recientes, de 14 de febrero , de 28 de marzo , de 11 de abril o la ya citada de 21 de julio de 2014 o, más próximas, en las de 23 de enero de 2015 o 13 de marzo de 2015 , y ello porque, como resume la SAP de Salamanca de 18 de septiembre de 2014 analizando este tipo de informes técnicos de biomecánica, una correcta valoración de la prueba pericial exige “en primer lugar tener en cuenta la condición del sujeto que realiza el informe, pero también el objeto de la pericia, las operaciones desplegadas en el análisis pericial, las conclusiones obtenidas por el perito y, finalmente, los informes de contradicción. Es cierto -añadía esta última sentencia- que con frecuencia se tiende a dar mayor credibilidad al informe del perito basándose en su supuesto carácter objetivo: perito de oficio frente a perito de parte, el licenciado frente al que no

lo es, mayoría de peritos frente a la minoría, etc., olvidando lo que debería contar en primer término: la racionalidad y la calidad de los informes. ... para lo que habrá de tenerse en cuenta la credibilidad personal del perito, y como ha hecho valer su credibilidad en el plano profesional, cuestión ésta que debe observarse bajo el prisma de la imparcialidad. Aunque es previsible que los expertos propuestos por las partes tiendan a orientar sus informes a favor de la parte que les paga, ... máxime si los mismos presentan defectos o son manifiestamente insuficientes.

Respecto del objeto de la prueba pericial hay que tener en cuenta que puede recaer sobre un elemento de prueba o sobre una inferencia, es decir, [cuando se trata] de verificar un hecho como mostrar cuál es la ley científica o la máxima de experiencia técnica que explica la relación entre dos fenómenos” y sin “olvidar la relación de inmediatez entre el perito y la fuente de prueba y la duración de aquella inmediatez.”

Finalmente, señalaba esta Sentencia de la A.P. de Salamanca, lo decisivo a la hora de valorar este tipo de prueba es, junto con lo ya señalado, el “tener en cuenta las operaciones cognoscitivas que vertebran el informe pericial dado que en el mismo tan importante como la conclusión es el camino que se sigue para llegar a ella.” .

Esto es, tener en cuenta las fuentes de conocimiento, los razonamientos, las teorías y metodología y máxime de la experiencia para valorar, desde la sana crítica, si esas conclusiones se ajustan a la lógica, al estado actual de la ciencia, a conocimientos contrastados entre los técnicos del gremio de referencia, en relación con las técnicas utilizadas y la disponibilidad de medios técnicos y operaciones realizadas que les lleve a unas conclusiones que sean coherentes, tanto con los datos, razonamientos y técnicas seguidas, como con el resto de las pruebas practicadas.

Pues bien, en este último contexto la SAP de Madrid (Sec. 10ª) de 30 de junio de 2014 , tras recordar que la SAP de Murcia (Sec. 5ª) de 12 de febrero de 2013 ya dejó señalado respecto a la frecuencia en que se asegura en este tipo de informes la inexistencia de lesiones en todas las colisiones por alcance con escasos daños materiales en los vehículos que “en modo alguno dicha afirmación se corresponde con un axioma ni está médicamente acreditado la imposibilidad de que se produzcan lesiones de tipo cervical y no toman en cuenta ni la forma

en la que se produce el golpe, lo esperado del mismo por los lesionados, la edad o estado de salud antecedente...” .

A estas presunciones la Sentencia de la A.P. de Madrid citada vino a añadir que “la bibliografía especializada sobre biocinemática en los accidentes del tránsito motorizado permiten concluir que tomando en consideración que el latigazo cervical es un mecanismo de transferencia de energía al cuello, por aceleración/deceleración, se debe precisar que no existen bases científicas para afirmar que las lesiones agudas del latigazo cervical no conducen a dolor crónico, ni tampoco que las colisiones por alcance, que no provocan daños en los vehículos no puedan causar tales lesiones. Sin olvidar que la colisión no se individualiza por la zona o área de impacto, sino por su dirección y sentido, esto es, por el vector del impacto.” .

Fundamentación Jurídica asimismo recogida en anterior Sentencia de esa misma Sección de 5 de septiembre de 2.019.

-En Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Cuarta, de 22 de noviembre de 2.019, se indica lo siguiente:

“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 medica y accidentología está comprobado científicamente su potencial lesivo y así, verbigracia, en una monografía de Samuel , dedicada al dolor cervical y que correspondía a una edición española (Barcelona

1988), ya se hacía comprender que accidentes aparentemente inofensivos, pueden tener consecuencias nada desdeñables para los ocupantes de automóviles”. Ha sido lugar común en esta materia que en las colisiones que produjeran un incremento de velocidad inferior a 8 km/h era imposible la causación de lesiones vertebrales.

Pero ello no debe significar en el momento

actual que siempre que se pruebe, mediante una prueba pericial, que de forma objetiva e inequívoca acredite ese dato, es decir, que el citado delta-V fuese inferior a los 8 km/h, no había lesiones corporales, pues igualmente está demostrado la posibilidad de lesiones a menor velocidad (algunos estudios han reducido el limite a los 4 km/h), en atención a las circunstancias personales de la victima y circunstancias del siniestro. Así, pues, la intensidad de la colisión, por si misma, no puede erigirse en criterio definitorio, como tampoco lo es el informe de biomecánica evacuado al respecto. Mucho mas, si tenemos en cuenta que de ordinario se construyen a partir de meras hipótesis sobre las circunstancias del siniestro yo sobre datos que no han sido debidamente introducidos en el proceso a través de medios que permitan su contradicción, como serían los interrogatorios de partes y testigos. Pero es que, además, en algunas resoluciones se pone en tela de juicio la pretendida eficacia probatoria del informe de reconstrucción de un siniestro a la hora de determinar la existencia de relación de causalidad, porque en el mismo se parte de una premisa que se califica de inaceptable y que lo invalidaría, como es la de hacer traslación a un organismo vivo de la conclusiones que se extraen en un vertiente simplemente física o mecánica. Se argumenta que es un hecho incuestionable que un siniestro da lugar a lesiones distintas a personas situadas en el interior de un mismo vehículo, por lo que no puede aceptarse que, partiendo de unas premisas de carácter físico sobre un siniestro, se extraiga como consecuencia ineludible que una determinada consecuencia no puede ser puesta en relación causal con el hecho de la circulación analizado. Y es que este tipo de informes periciales que se basan en parámetros ciertos (masa de los vehículos, huella de frenada, daños y deformaciones del vehículo, posición final...), como queda dicho, manejan otros inferidos solamente a partir de estudios y análisis empíricos. Por tanto muy pequeñas variaciones en esos parámetros de referencia, por ejemplo, motivadas por la configuración o estructura del vehículo dañado, por la posición que ocupaban los ocupantes que resultaron lesionados, o por la propia predisposición orgánica de los mismos, darán lugar a alteraciones extraordinariamente significativas sobre las conclusiones así extraídas”.

Fundamentación Jurídica asimismo recogida en anterior Sentencia de esa misma Sección de 24 de noviembre de 2.017, 7 de octubre de 2.016 y 15 de julio de 2.016.



-Asimismo, la Audiencia Provincial de Granada, Sección Quinta, en Sentencia de 18-10-19, indica:

“Es criterio mayoritario en las Audiencias Provinciales que en los siniestros de baja intensidad no basta la aportación de un informes biomecánicos para que automáticamente quede excluida la relación de causalidad entre el siniestro y lesiones. En primer lugar porque no existe un criterio unánime en este tipo de informes en cuanto al umbral mínimo de velocidad que excluiría de forma indubitada la aparición de lesiones. Y en segundo lugar, porque el mero dato de la velocidad de colisión en abstracto, sin tomar en consideración los demás factores que también intervienen en la colisión, excluye que dichos informes basados

en el solo dato de la velocidad de impacto, sean determinantes. Por último, y en tercer lugar, si existen informes médicos que constatan, con pleno cumplimiento de los criterios del art. 135 de la LTSCVM, la existencia de lesiones, sin que consten otras causas remotas del siniestro, tampoco el informe biomecánica puede alzarse contra la evidencia médica.

(...)La doctrina jurisprudencial mayoritaria de las audiencias provinciales sobre la informes periciales biomecánicos o de reconstrucción del accidente, señala, en general, que, por sí solos, en colisiones de baja intensidad o levedad del impacto, no son suficientes para desvirtuar la relación de causalidad. Se basan en cálculos probabilísticos.

No valoran determinados parámetros del vehículo, ocupantes y dinámica de la colisión. En los accidentes en la vida real pueden concurrir factores que pueden favorecer la presencia de lesiones como la edad de los ocupantes del vehículo, sexo, su masa corporal, posición del cuello, su estado físico y psicológico, si la colisión es por sorpresa o no.

(...) Es unánime el criterio asentado por las Audiencias Provinciales sobre la eficacia probatoria de los informes Biomecánicos en el sentido de que la entidad de la lesión que puede producir un "latigazo cervical" no sólo se encuentra en función de la intensidad de la colisión, sino también de la situación de la propia víctima, es decir, de su constitución física, altura, peso, edad, colocación o posición en el vehículo o, incluso, de la postura que adoptara en el habitáculo en el momento del impacto; de tal modo que una colisión por alcance de baja intensidad puede determinar un resultado lesivo de mayor alcance, sin que esta circunstancia implique una situación de desproporción entre el siniestro y el resultado.

La conclusión alcanzada por los informes periciales presentados por la parte demandada apelante no son en absoluto concluyentes porque se basan en datos puramente teóricos, de tal modo que no puede afirmarse, sin más, que no existe nexo causal cuando se apoya en una mera conjetura dimanante de la velocidad a la que podría circular el vehículo que colisionó contra el que se encontraba detenido para concluir que no existe nexo causal con el resultado lesivo reclamado.

(...) El dato de la velocidad de colisión además de pugnar con la constatación médica de las lesiones, es un dato con respecto al cual no consta que exista consenso científico sobre cuál sería la velocidad por debajo de la cual -a modo de una suerte de presunción iuris et de iure - se estimaría imposible la causación de lesiones".

IV.-CONCLUSIONES:

-Es necesaria una lectura completa y correcta del artículo 135.d) de la LRCSCVM. No se menciona en el mismo al informe de biomecánica, y sí de forma expresa a "las demás variables" que afectan a la probabilidad de la existencia de adecuación entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción.

Sin embargo, por parte del sector asegurador, se insiste una y otra vez en

rechazar las reclamaciones previas formuladas por "no cumplirse el criterio de intensidad", acudiendo única y exclusivamente al informe de biomecánica; informe de biomecánica que no analiza ninguna de las "demás variables" a que hace referencia el citado art. 135.d), y en el que se llega a conclusiones sobre la probabilidad o no de la existencia de lesiones sólo en función de la entidad de los daños de los vehículos implicados en el mismo; daños que además en la mayoría de los casos no son verificados por el perito emisor.

-Esa respuesta motivada sustentada en un informe de biomecánica sin duda está obteniendo notables resultados en la fase prejudicial, dado que un importante número de reclamaciones previas rehusadas no se transforman en posteriores demandas, pues se le exige a la víctima que, tras haber sufrido un accidente, de resultar lesionado, de precisar un tratamiento médico, de curar con o sin secuelas, sea además "valiente" y asuma los riesgos inherentes a un procedimiento judicial (dado que en la mayoría de las ocasiones, su propia entidad aseguradora considerará no viable la reclamación, dejándole "libertad de acción").

-Y, sin duda, es necesario ser "valiente"; porque sólo con la interposición de la demanda e inicio del procedimiento judicial salvo que con anterioridad a la celebración de la vista se alcance acuerdo indemnizatorio -lo que en no pocas ocasiones ocurre, siendo la entidad aseguradora conocedora de la reiterada jurisprudencia existente al respecto-, la víctima podrá hallar, de forma mayoritaria, respuestas judiciales como las Sentencias referenciadas en el presente artículo.

-Sentencias que coinciden en que la entidad de la lesión que puede producir un "latigazo cervical" no sólo se encuentra en función de la entidad de los daños materiales de los vehículos implicados, sino también de la situación de la propia víctima, es decir, de su constitución física, altura, peso, edad, posición en el vehículo, colocación en el mismo, postura adoptada en el momento de la colisión, etc.; de tal modo que una colisión por alcance de baja intensidad sí puede determinar un resultado lesivo de mayor alcance.

-Sentencias que coinciden además en que los informes de biomecánica se basan en datos puramente teóricos, de tal modo que no puede afirmarse, sin más, que no existe nexo causal cuando se apoya en una mera conjetura dimanante de la velocidad a la que podrían

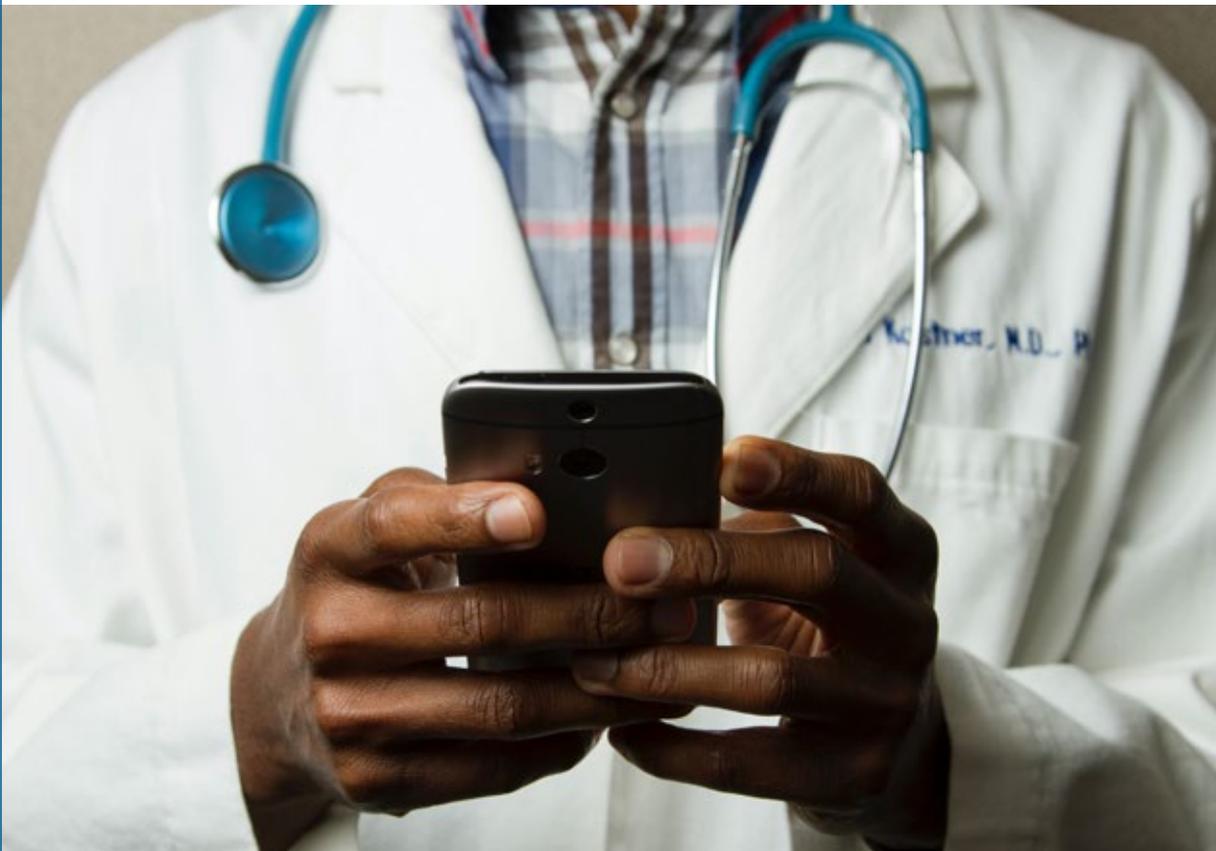
circular los vehículos implicados en el accidente; máxime cuando la velocidad de impacto (Delta V) es un dato respecto del cual no existe consenso científico sobre la determinación del *umbral lesivo*.

-Quizá una solución que permitiría reducir la litigiosidad en estos supuestos, sería una modificación de la redacción del art. 135.d), en la siguiente revisión de la LRCSCVM, en la que se enumeraran expresamente las variables que afectan a la probabilidad de la existencia de un resultado lesivo, y que sin duda son ajenas a la cualificación profesional de quienes vienen firmando los informes de biomecánica, de tal forma que el análisis del criterio de intensidad no se sustentara tan solo en la valoración de los daños materiales de los vehículos implicados, sino también, necesariamente, en la valoración de aquellas variables.

-Por otro lado, pese a que en la redacción final del art. 135. d) se omitieron las exigencias biomecánicas, lo cierto es que en la práctica, todo rehúse amparado en que *“no se cumple el criterio de intensidad”*, se sustenta en un informe de biomecánica, y en un cálculo de un Delta V sobre el no hay consenso científico sobre el *umbral lesivo*, por cuanto que, en colisiones

posteriores, si bien hay estudios que lo fijan en 8 km/h, hay otros estudios que lo rebajan a 6 km/h, y como se recoge en Sentencia ya referenciada de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Cuarta, de 22 de noviembre de 2.019, *“está demostrado la posibilidad de lesiones a menor velocidad (algunos estudios han reducido el limite a los 4 km/h)”*. A este respecto, bien podría establecerse en una próxima revisión y modificación del art. 135.d), la fijación de un umbral lesivo mínimo de un Delta V de 4 km/h, además siempre de la enumeración del resto de variables que afectan a la probabilidad de la existencia del resultado lesivo.

Hasta entonces, la única solución para intentar reducir la litigiosidad y que pueda atenderse un mayor número de reclamaciones previas, es, precisamente, demandar; demandar para que sigan dictándose resoluciones como las indicadas, y sirvan de reflexión al sector asegurador sobre si merece la pena continuar rechazando reclamaciones previas al amparo de un informe de biomecánica. Pero no nos engañemos, seguirá mereciendo la pena, si la cuenta de resultados así lo indica.





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Responsabilidad extracontractual. Límites al deber de resarcimiento del causante. Valoración del vehículo en caso de siniestro total. Reparación superior al precio de un vehículo de segunda mano similar. Gastos de alquiler de otro vehículo de sustitución

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 14 de Julio de 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos decisorios del presente recurso partimos de los antecedentes siguientes:

1.- El objeto del proceso.

Es objeto del presente litigio la demanda formulada por D. Damaso , en la que ejercita una acción de responsabilidad extracontractual al amparo del art. 1902 del CC, como consecuencia de la colisión producida, el 20 de diciembre de 2013, entre el turismo de su propiedad, con el conducido por la demandada D.a Dulce , a causa de haber invadido ésta última el carril contrario a su sentido de marcha, provocando la colisión frontal entre ambos móviles. Igualmente se dirigió la demanda contra la compañía de la conductora demandada Axa Seguros Generales, S.A.

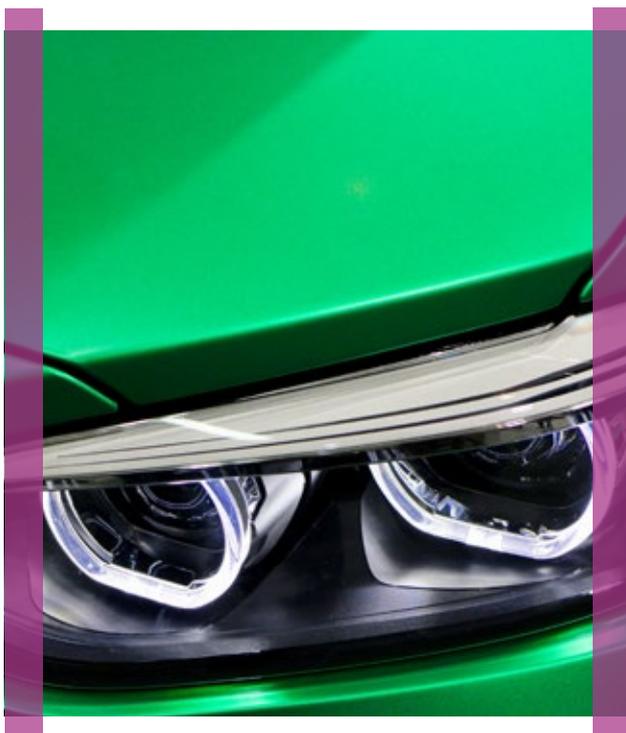
En la demanda se postuló la condena solidaria de las codemandadas a abordar la reparación del daño sufrido en el vehículo del demandante, así como la cantidad adicional de 7.828,63 euros, calculada hasta la fecha de

la demanda, y ulteriores mensualidades que, en concepto de alquiler de un vehículo de sustitución, se continuasen devengando hasta la completa reparación del automóvil siniestrado, aportándose las facturas correspondientes.

Las demandadas se opusieron a la demanda, negando la responsabilidad de D.a Dulce en la génesis del daño. Subsidiariamente, se defendió el carácter antieconómico de la reparación postulada, al superar con creces el valor de un vehículo similar al tiempo del siniestro. Se descartó igualmente la reclamación de los gastos de alquiler, al haber sido generados por el demandante, en tanto en cuanto conocía, a los tres días del accidente, que el vehículo había sido declarado siniestro total y que, por lo tanto, no procedía su reparación que devenía manifiestamente antieconómica. La aseguradora además se opuso al pago de los intereses de demora del artículo 20 LCS, por haber mediado oferta indemnizatoria rechazada por el demandante y concurrir la causa prevista en el artículo 20.8 LCS.

2.- La sentencia de primera instancia.

Seguido el juicio, en todos sus trámites, se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Motril, que estimó íntegramente la demanda, por entender que, una vez acreditada la responsabilidad de la conductora demandada, la reparación del daño, cualquiera que fuera su importe, constituye la solución resarcitoria preferente, aun cuando



la cuantía de la reparación del vehículo siniestrado pudiera ser superior a su valor venal. En consecuencia, concluyó que procedía la condena postulada, sin que ello suponga ningún tipo de enriquecimiento injusto, toda vez que se solicitó por el actor la efectiva reparación de su vehículo, dejándolo en su estado anterior a la producción del siniestro y no el importe de aquella.

En cuanto a los gastos de alquiler de un vehículo de sustitución se estimó igualmente la demanda, con fundamento en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría de no haberse producido el evento dañoso, rigiendo en nuestro derecho la teoría de la protección a ultranza del perjudicado, y dado que el demandante precisaba el vehículo para el desarrollo de su actividad personal. Por todo ello, condenó también solidariamente a las codemandadas a abonar la cantidad de 14.611,66 euros, correspondientes a las mensualidades vencidas a la fecha de la audiencia previa, más las que se devenguen ulteriormente hasta la completa reparación del turismo siniestrado.

3.- La sentencia de segunda instancia.

Contra dicha resolución se interpuso recurso apelación por las demandadas. La sentencia de segunda instancia, dictada por la sección 4.a de la Audiencia Provincial de Granada, estimó parcialmente los recursos, y, revocando la resolución del Juzgado, condenó solidariamente a las demandadas recurrentes a abonar al actor la suma de 4.511 euros, más los intereses legales.

La Audiencia razonó que, en el supuesto enjuiciado, nos encontramos con un vehículo matriculado el 1 de abril de 2004, con una antigüedad considerable en el momento del siniestro el 20 de diciembre de 2013, habiendo transcurrido además tres años desde tal fecha, sin que se haya reparado. Apreció también una evidente desproporción entre el valor de reparación (6.700 €) y el valor venal del vehículo (3.470 €), por lo que consideró que dicha forma de resarcir el daño resultaba antieconómica. En virtud de las consideraciones expuestas, fijó el montante indemnizatorio en un total de 4.511 euros, consecuencia de adicionar al valor venal un 30% de valor de afección.

Por otra parte, se desestimó la pretensión de condena a pagar los gastos de alquiler de un turismo similar al siniestrado, toda vez que se consideró que no resultaba lógico que el dinero destinado al alquiler no se hubiera empleado,

bien en el arreglo del vehículo accidentado, bien en la adquisición de uno similar en el mercado. Igualmente se señaló que, a los tres días del accidente, la compañía había comunicado que se trataba de un siniestro total, y que, en cualquier caso, el curso que estaba realizando el demandante en Motril (Granada), para cuyo desplazamiento utilizaba el vehículo siniestrado, finalizó en el mes de junio, reclamándose, sin embargo, mensualidades de alquiler posteriores sin justificación de necesidad.

Por último, se condenó a la compañía de seguros al abono de los intereses de demora del art. 20 de la LCS, al haber ofertado la indemnización procedente cinco meses después de la fecha del siniestro.

4.- El vehículo siniestrado no llegó a ser reparado y se aportaron al proceso justificantes documentales de los gastos de alquiler de los vehículos de sustitución, que utilizó el demandante para desplazarse a Motril (Granada) y de esta manera asistir a un curso de formación profesional en el que estaba matriculado, siendo el importe devengado por tal concepto hasta el 8 de mayo de 2014 de 2947,84 euros. La compañía demandada ofertó al actor, con fecha 5 de mayo de 2014, una cantidad de dinero, superior a su valor venal, para la adquisición de otro vehículo, que fue rechazada, al exigir el actor la reparación de su vehículo.

5.- **Del recurso de casación.** Contra dicha sentencia se interpuso por el demandante recurso extraordinario por infracción procesal, así como recurso de casación por interés casacional, siendo el primero de ellos inadmitido.

SEGUNDO.- Recurso de casación

El recurso se fundamenta, al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, «[...] por resolver la sentencia recurrida puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales», denunciando la infracción del artículo 1902 del Código Civil, en relación a la reparación in natura y el enriquecimiento injusto.

1.- Fundamento del recurso interpuesto

La parte recurrente afirma que la sentencia de la Audiencia obvia que se pedía una condena de hacer, cual era abordar la reparación del vehículo siniestrado, sin que se interesase una indemnización. Tal circunstancia acredita que su petición de resarcimiento del daño era

seria y firme y que, por lo tanto, no carecía de consistencia jurídica. Se citaron distintas sentencias de Audiencias que, en casos como el presente, se apartan del criterio de la resolución recurrida, justificando de tal forma el interés casacional alegado.

También se cuestionó que hubiera sido desestimada la pretensión relativa al pago de los gastos de alquiler, señalando el recurrente que precisaba un vehículo para trasladarse a Motril (Granada), desde la pequeña localidad en la que vive, y que los horarios de la compañía de transporte público eran escasos y limitados, por lo que se vio obligado a tomar dicha decisión.

2.- Causas de inadmisión

La compañía aseguradora se opuso la admisión del recurso de casación, alegando que no concurrían los requisitos exigidos para su conocimiento por parte de este tribunal. Los óbices de admisibilidad formulados no pueden ser acogidos.

Ello es así, dado que, en la formulación del recurso de casación interpuesto, se respetaron los hechos probados de la Audiencia; se alegó el concreto precepto de derecho material o sustantivo que se consideró infringido y se citaron sentencias de los tribunales provinciales, que sostienen criterios divergentes sobre la problemática debatida. En definitiva, se plantea al tribunal una cuestión jurídica, relativa a la forma de resarcimiento del daño cuando el importe de la reparación de un vehículo de motor excede manifiestamente de su valor al tiempo del siniestro.

Como señala la sentencia 2/2017, de 17 de enero:

«[...] tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan

el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

En el mismo sentido, las sentencias 351/2015, de 15 de junio; 550/2015, de 13 de octubre; 577/2015, de 5 de noviembre; 188/2016, de 18 de marzo; 331/2016, de 19 de mayo; 667/2016, de 14 de noviembre; 579/2016, de 30 de septiembre; 727/2016, de 19 de diciembre; 2/2017, de 10 de enero; 243/2019, de 24 de abril y 146/2020, de 2 de marzo, entre otras.

TERCERO.- Decisión del recurso de casación

Procede, en consecuencia, resolver el recurso de casación interpuesto, analizando la cuestión debatida, que radica en determinar la forma procedente de resarcimiento de los daños materiales ocasionados a un vehículo automóvil, en accidente de circulación, cuando el coste de reparación excede manifiestamente del valor venal (o valor de venta en el mercado del vehículo siniestrado), e incluso, del valor de compra en el mercado de segunda mano de un vehículo de las mismas características. Cuestión controvertida que abordaremos en los apartados siguientes:

1.- Consideraciones generales sobre la indemnidad de la víctima como principio resarcitorio rector ante los daños injustamente sufridos

La responsabilidad civil no se explica sin la existencia del daño. Puede concurrir una responsabilidad civil sin culpa, pero no es viable sin menoscabo, perjuicio o dolor ajeno. La causación del daño, cuando concurre un título de imputación jurídica, justifica la transferencia o endoso del perjuicio sufrido del patrimonio de la víctima al del causante, al que se le impone, por elementales exigencias de decencia en las relaciones humanas, la obligación de resarcirlo. La regulación normativa de la responsabilidad civil busca los presupuestos necesarios para la determinación del sujeto que ha de asumir tan elemental obligación.

El art. 1902 del CC obliga a reparar el daño causado. La búsqueda de la indemnidad del perjudicado se convierte en pilar fundamental del sistema, que informa los artículos 1106 y 1902 del CC, y exige el restablecimiento del patrimonio del perjudicado al estado que tendría antes de producirse el evento dañoso (sentencias 260/1997, de 2 de abril; 292/2010, de 6 de mayo y 712/2011, de 4 de octubre).

En definitiva, nuestro sistema de responsabilidad civil está orientado a la reparación del daño causado, bien in natura o mediante su equivalente económico (indemnización). Manifestación normativa de lo expuesto la encontramos en el art. 33 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, cuando establece que el principio de reparación íntegra busca «asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos».

En el sentido expuesto, se manifiesta la sentencia 247/2015, de 5 de mayo, cuando declara que: «[...] el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito, lo que se conoce como restitutio in integrum».

2.- El resarcimiento del perjudicado no puede suponer para éste un beneficio injustificado. Existencia de límites al deber de reparar o indemnizar el daño

El daño ha de ser resarcido, pero también en su justa medida. No puede convertirse en beneficio injustificado para el perjudicado. De esta manera, para el contrato de seguro, lo proclama expresamente el art. 26 de su ley reguladora 50/1980, de 8 de octubre, cuando norma que «el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado».

A ese equitativo resarcimiento del daño se refiere la sentencia 208/2011, de 25 de marzo, cuando señala que la «[...] finalidad de la indemnización es la de reparar el daño causado y no la de enriquecer el perjudicado». De igual forma, se expresa la sentencia 712/2011, de 4 de octubre, al reafirmar que los tribunales han de ponderar las circunstancias concurrentes para evitar que se produzca una indeseable situación de tal clase. O, en el mismo sentido, la sentencia 482/1981, de 15 de diciembre.

3.- El resarcimiento del daño habrá de ser racional y equitativo, no se puede imponer al causante una reparación desproporcionada o un sacrificio económico desorbitado que sobrepase la entidad real del daño

En los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil se establecen tales límites. Y así, en el art. 10:104, bajo el epígrafe «reparación en forma específica», se señala que: «En lugar de la indemnización, el dañado puede reclamar la reparación en forma específica

en la medida en que ésta sea posible y no excesivamente gravosa para la otra parte».

Y, en el art. 10:203, concerniente a la «pérdida, destrucción y daño de cosas», norma, en su apartado (1), que:

«Cuando una cosa se pierde, destruye o daña, la medida básica de la indemnización es su valor y, a estos efectos, es indiferente que la víctima quiera sustituir la cosa o repararla. No obstante, si la víctima la ha sustituido o reparado (o lo va a hacer) puede recuperar el mayor gasto si tal actuación resulta razonable».

En los daños materiales, la reparación del objeto dañado es la forma ordinaria de resarcimiento del daño sufrido. Ahora bien, este derecho a la reparación in natura no es incondicional, sino que está sometido a los límites de que sea posible -naturalmente no es factible en todos los siniestros- y que no sea desproporcionado en atención a las circunstancias concurrentes. O dicho de otra manera, siempre que no se transfiera al patrimonio del causante una carga económica desorbitante. La forma de resarcimiento del daño pretendida ha de ser razonable y la razón no se concilia con peticiones exageradas, que superen los límites de un justo y adecuado resarcimiento garante de la indemnidad de la víctima.

En definitiva, el derecho del perjudicado a obtener la reparación del daño como cualquier otro no puede ser ejercitado de forma abusiva o antisocial (art. 7 del CC), sino que queda circunscrito a la justa compensación, encontrando sus límites en la proporcionada satisfacción del menoscabo sufrido al titular del bien o derecho dañado.

Incluso, la sentencia 79/1978, de 3 de marzo, que se viene citando como manifestación de un incondicionado derecho de opción del perjudicado para exigir la reparación in natura, utiliza como razonamiento la proximidad del precio del valor de reparación del vehículo siniestrado y el de sustitución de otro similar en el mercado, al señalar que «[...] como ocurre en este caso, ambos valores se aproximan sensiblemente, como se da por acreditado en el quinto considerando de la sentencia de primer grado»; es decir, que la precitada resolución no dejaba de contemplar ni, por lo tanto, descartaba que fueran objeto de ponderación y correlativo tratamiento específico los supuestos de antieconómicas reparaciones.

4.- Valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto de daños derivados de la circulación de vehículos de motor

En el caso litigioso, nos hallamos ante un daño material causado en un automóvil propiedad del demandante, con las connotaciones específicas de los objetos de tal clase, que deben de ser ponderadas a la hora de resarcir el daño.

En efecto, los vehículos de motor son bienes perecederos, que se deterioran y agotan con su uso y, por lo tanto, se devalúan con el tiempo. Es manifestación normativa de lo expuesto que a efectos fiscales se publican precios medios de venta aplicables a los vehículos de motor, en atención a su marca y modelo, con sus correlativas tablas de depreciación por el transcurso del tiempo (anexo IV de la Orden HAC/1273/2019, de 16 de diciembre).

En consecuencia, es habitual que sus dueños se vean obligados a sustituirlos por otros, dándolos de baja o vendiéndolos a terceros, cuando todavía conservan un valor de uso susceptible de transmisión onerosa.

Otra circunstancia a ponderar es la existencia de un mercado, bien abastecido, de vehículos de ocasión, en el cual es posible la adquisición de un vehículo de similares características al que se venía disfrutando sin excesivas dificultades.

Por otra parte, el adquirente consumidor cuenta con la protección dispensada por la legislación tuitiva de consumidores y usuarios, que se extiende a los vehículos de segunda mano u ocasión (art. 123 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre); o cuando la relación sea entre particulares o profesionales las previsiones del art. 1484 CC, relativas al saneamiento por vicios ocultos, o incluso la aplicación de la doctrina del aliud pro alio, en casos de inhabilidad del vehículo adquirido en sustitución del siniestrado.

Constituye elemental máxima de experiencia que la circulación de vehículos de motor es fuente generadora de indiscutibles riesgos sometidos a un sistema de aseguramiento obligatorio, siendo pues desgraciadamente habitual los siniestros viarios y la necesidad de asumir el resarcimiento tanto de los daños corporales como de los materiales causados, hallándose aquéllos, a diferencia de éstos, sometidos a un sistema tabular de preceptiva

aplicación (art. 33.5 del RDL 8/2004, de 29 de octubre, sobre el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad y seguro en la circulación de vehículos de motor, tras modificación por Ley 35/2015, de 22 de septiembre).

Cuando se trata de daños materiales, el natural resarcimiento del daño se obtiene generalmente por medio de la efectiva reparación de los desperfectos sufridos en un taller especializado, cuyo coste el perjudicado repercute en el autor del daño o en las compañías aseguradoras, que abordan directamente el coste de la reparación o lo resarcen a través de acuerdos entre ellas. Es cierto que la reparación puede implicar una cierta ventaja para el dueño del vehículo dañado, derivada de la sustitución de las piezas viejas deterioradas por el uso por otras nuevas en óptimas condiciones, pero tampoco el resarcimiento del perjudicado es susceptible de llevarse a efecto de forma matemática, por lo que dichos beneficios son tolerables y equitativos, como también no deja de ser cierto que el valor del vehículo se devalúa al sufrir el siniestro que lo deteriora. Esta concreta forma de resarcimiento se reconduce,

sin más complicación, a la simple valoración del importe de la reparación llevada a efecto.

5.- Análisis específico de los supuestos en los que la reparación sea manifiestamente superior al valor de un vehículo similar

No se cuestiona el derecho, que compete al dueño del vehículo, a abordar su reparación, postular que se lleve a efecto, o exigir, en su caso, la indemnización correspondiente. Cosa distinta es que pueda imponer unilateralmente la reparación o endosar el coste de la misma al causante del daño, prescindiendo del importe al que se eleve la mano de obra y las piezas de repuesto necesarias para ejecutar la reparación del vehículo en los supuestos de siniestro total.

En efecto, la problemática se suscita, cuando siendo la reparación viable, así como seria y real la intención del dueño de llevarla a efecto, o incluso se haya abordado y sufragado su precio, se pretenda repercutir el importe de la misma al causante del daño, a pesar de ser el coste de aquélla manifiestamente desproporcionado con respecto al valor del



vehículo al tiempo del siniestro.

Tal cuestión no es novedosa, pues se suscita habitualmente ante los tribunales de justicia, existiendo criterios resolutorios, no siempre coincidentes, en las sentencias dictadas por nuestras Audiencias Provinciales, lo que justifica el interés casacional, como fundamento del recurso de casación interpuesto. Ya esta misma Sala 1.a, en sentencia de Pleno 338/2017, de 30 de mayo, intentó abordar dicha problemática, si bien insubsanables defectos procesales de formalización del recurso de casación impidieron fijar doctrina jurisprudencial al respecto.

Sobre tal cuestión, amén de la precitada sentencia 79/1978, de 3 de marzo, se pronunció, de forma indirecta y sin constituir específico motivo de casación, la sentencia 347/1996, de 24 de abril, tratándose de un caso de error judicial, en el cual se consideró lógica y razonable, a tales y exclusivos efectos, la decisión del órgano unipersonal de la Audiencia Provincial, que avaló la negativa de la entidad recurrente a sufragar la reparación del vehículo siniestrado, en los supuestos en que el valor de dicha reparación fuera muy superior al venal, en cuyo caso será este último importe el precedente para fijar la correspondiente indemnización, incrementándolo en la cantidad necesaria para cubrir los gastos de adquisición de otro vehículo de similares características y el posible valor de afección si lo hubiere.

En la sentencia 48/2013, de 11 de febrero, no se cuestionaba el criterio de la Audiencia de cuantificar los daños del vehículo conforme al valor venal, más el incremento necesario en concepto de valor de afección; sino que se pretendía que dicho valor se incrementase del 20% al 50%, lo que fue desestimado, dado que «las diferencias están amparadas en supuestos concretos que han sido debidamente ponderados en las dos sentencias de instancia».

Pues bien, desde esta perspectiva, hemos de señalar que no existe un incondicionado *ius electionis* (derecho de elección) del dueño del vehículo siniestrado para repercutir contra el causante del daño el importe de la reparación, optando por esta fórmula de resarcimiento, cuando su coste sea desproporcionado y exija al causante del daño un sacrificio desmedido o un esfuerzo no razonable.

En consecuencia, cuando nos encontremos ante una situación de tal clase, que se produce en los supuestos en los que el importe de la

reparación resulte muy superior con respecto al valor de un vehículo de similares características, no es contrario a derecho que el resarcimiento del perjudicado se lleve a efecto mediante la fijación de una indemnización equivalente al precio del vehículo siniestrado, más un cantidad porcentual, que se ha denominado de recargo, de suplemento por riesgo o confianza, y que, en nuestra práctica judicial, se ha generalizado con la expresión de precio o valor de afección, que comprenderá el importe de los gastos administrativos, dificultades de encontrar un vehículo similar en el mercado, incertidumbre sobre su funcionamiento, entre otras circunstancias susceptibles de ser ponderadas, que deberán ser apreciadas por los órganos de instancia en su específica función valorativa del daño.

6.- Criterio del tribunal sobre la decisión de este motivo del recurso interpuesto

En virtud del conjunto de razonamientos expuestos, considera este tribunal que el criterio adoptado por la Audiencia, en la resolución del presente conflicto judicializado, que es además el mayoritariamente seguido por nuestras Audiencias provinciales, es conforme a derecho.

La sentencia recurrida, al abordar la reparación del daño, no se ha apartado del canon de la racionalidad, ni ha incurrido en ningún error notorio o patente. Su decisión no es arbitraria, sino que se encuentra debidamente fundada y ha respetado el principio de la proporcionalidad, lo que determina el refrendo de su criterio valorativo del daño causado (sentencias 91/2011, de 16 de febrero; 116/2011, de 20 de febrero; 374/2011, de 31 de mayo; 712/2011, de 4 de octubre y 91/2017, de 15 de febrero, entre otras muchas).

Por todo ello, el recurso de casación no debe ser estimado en este aspecto.

7.- Criterio del tribunal en relación a la desestimación de la pretensión de la satisfacción de los gastos de alquiler

Al abordar tal cuestión, hemos de partir de la base de que el demandante se ha visto privado del uso de su vehículo, al no poder ser utilizado como medio de transporte para trasladarse a la localidad de Motril (Granada), y asistir de tal forma al curso de formación profesional, que venía recibiendo en dicha localidad; circunstancias de las que nace su derecho a ser resarcido del daño sufrido. Ello no significa que sea aceptable la forma en que se

pretende obtener el resarcimiento del perjuicio reclamado.

En efecto, por un lado, la víctima está sometida al deber, derivado de la buena fe (art. 7 del CC), de mitigar los daños, sin someter al causante a sacrificios desproporcionados. Incluso tal obligación tiene manifestación normativa específica en el art. 17 de la Ley de Contrato de Seguro, para el caso de la existencia de vínculos convencionales de tal naturaleza.

Como venimos destacando no es factible una forma de reparación del daño que sea desproporcionada a las circunstancias concurrentes, cual es que, conociendo que el vehículo era siniestro total, a los tres días del accidente, optar por el alquiler de un vehículo de motor cuyo coste, a la fecha de la audiencia previa, doblaba el importe de la reparación del vehículo y triplicaba su valor de mercado y que además se sigue devengando. Elevado coste, cuya asunción por parte de la víctima acreditaba una capacidad económica que le permitía acudir a otros medios alternativos menos gravosos para conservar el valor de uso de la cosa.

No obstante, también la aseguradora debió de ser diligente en la liquidación del daño, constatada la necesidad del vehículo por parte del actor. No tiene sentido demorar la oferta de indemnización hasta los cinco meses posteriores al siniestro, como tampoco la tiene exigir los gastos de alquiler hasta la ejecución de los trabajos de reparación, cuando ésta no era procedente y la indemnización ofrecida por la aseguradora conforme a derecho y proporcionada a las circunstancias concurrentes, de manera tal que posibilitaba la adquisición de un vehículo similar en el mercado.

Es, por ello, que el tribunal considera que procede conceder una indemnización por el valor de uso del que el actor se vio privado, correspondiente a los importes de alquiler documentalmente justificados hasta el 8 de mayo de 2014, en atención a que, el 5 de mayo de dicho año, la compañía demandada efectuó la oferta de pago de la indemnización correspondiente proporcionada a la entidad del daño.

Ello supone, asumiendo la instancia, una indemnización adicional por tal concepto de 2947,84 euros, con los intereses legales del art. 20 de la LCS desde la fecha del siniestro, sin que conste que en dicha suma se incluyese el

importe del combustible consumido de cargo del actor.

Es este el único extremo en el que se estima el recurso.

CUARTO.- Costas y depósito Conforme al art. 398.2 LEC, la estimación en parte del recurso de casación determina que no proceda imponer

las costas causadas por el mismo.

Con respecto a la devolución del depósito constituido para recurrir se aplica el régimen jurídico de la Disposición Adicional 15.a 8 LOPJ, procediendo su restitución a la parte recurrente.

La parcial estimación de la demanda y recurso de apelación conlleva a que tampoco se haga condena en costas (arts. 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

1.o- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por D. Damaso , contra la sentencia de fecha 3 de febrero de 2017, dictada por la sección 4.a de la Audiencia Provincial de Granada, en el recurso de apelación 538/2016, sin imposición de las costas correspondientes, y con devolución del depósito constituido para recurrir.

2.o- Casar la referida sentencia, que revoca la dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.o 3 de Motril, en los autos de juicio ordinario no 998/2014, en el único sentido de adicionar a su fallo, una indemnización correspondiente a gastos de alquiler por importe de 2.947,84 euros, más los intereses legales del art. 20 de la LCS desde la fecha de siniestro, todo ello sin hacer especial pronunciamiento con respecto a las costas de primera y segunda instancia.

Librese 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

Por Pedro Torrecillas Jimenez
Abogado

Esta sentencia cuyo ponente es Seoane Spiegelberg, establece, de forma clara y precisa, cual es el criterio del T.S. a la hora de delimitar la frontera entre la restitución in natura” y el enriquecimiento injusto, cuando se ejercita una acción basada en la responsabilidad extracontractual, reclamando los daños del vehículo participante en el accidente, e incluso, como en este caso, el importe por el alquiler de un vehículo sustitutivo del dañado.

Se parte de la sentencia dictada en Primera Instancia, donde se recogen, íntegramente las pretensiones de la parte actora, condenando al responsable a abonar el importe de un presupuesto de reparación, mas elevado que el valor del vehículo siniestrado, a pesar de que había sido declarado siniestro total, y ello porque el titular solicitaba que se llevara a cabo la reparación del mismo, e incluso se conceden los gastos abonados por el alquiler de un vehículo, durante meses, cuyo importe es muy superior al valor del vehículo dañado.

Por la Audiencia Provincial se revoca parcialmente la sentencia, y se le concede al perjudicado el importe del valor venal más un 30 % por valor de afección, no estimando sus pretensiones en cuanto al importe de alquiler reclamado.

El referido ponente, efectúa un interesante recorrido por diversas sentencias dictada por el T.S. en la materia que nos ocupa, comprobándose que la línea seguida, en los últimos años ha sido uniforme, en la forma en que se debe tratar este tipo de reclamaciones. En concreto, resalta la sentencia 247/15 de 5 de mayo, cuando declara que :.” el resarcimiento

“(…) Es obvio que puede existir una controversia cuando el vehículo es reparable, con un coste muy superior a su valor de mercado, y existe una verdadera intención de su titular en repararlo, como ha ocurrido en los hechos objeto del procedimiento judicial, y dicha cuestión ha provocado criterios resolutorios distintos en las sentencias dictadas por nuestra Audiencias Provinciales.

tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o ilícito, lo que se conoce como restitutio in integrum”.

A la hora de valorar el daño o perjuicio, se parte de tres premisas básicas:

- El resarcimiento del perjudicado no puede suponer para este un beneficio injustificado, es decir, existen límites al deber de reparar o indemnizar el daño.
- El resarcimiento del daño habrá de ser racional y equitativo, no se puede imponer al causante una reparación desproporcionada o un sacrificio económico desorbitado que sobrepase la entidad real del daño.
- Valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto de daños derivados de la circulación de vehículos de motor.

En definitiva, el ponente considera que el derecho del perjudicado a obtener la reparación

COMENTARIO

del daño como cualquier otro no puede ser ejercitado de forma abusiva o antisocial (art. 7 del C.C) sino que queda circunscrito a la justa compensación, encontrándose sus límites en la proporcionada satisfacción del menoscabo sufrido al titular del bien o derecho.

En los hechos objetos de valoración, el vehículo había sido declarado siniestro total, tres días después del siniestro, y su reparación era muy superior el valor de mercado del mismo, es decir era claramente antieconómica y totalmente desproporcionada.

Ante dicha situación, según la sentencia, no es contrario a derecho que el resarcimiento del perjudicado se lleve a efecto mediante la fijación de una indemnización equivalente al precio del vehículo siniestrado, más una cantidad porcentual, que se ha denominado de recargo, o valor de afección, que comprenderá el importe de los gastos administrativos, dificultades de encontrar un vehículo de similares características en el mercado, incertidumbre sobre su funcionamiento, entre otras circunstancias, que tendrán que ser valoradas y tenidas en cuenta.

Es obvio que puede existir una controversia cuando el vehículo es reparable, con un coste muy superior a su valor de mercado, y existe una verdadera intención de su titular en repararlo, como ha ocurrido en los hechos objeto del procedimiento judicial, y dicha cuestión ha provocado criterios resolutorios distintos en las sentencias dictadas por nuestra Audiencias Provinciales. Por dicho motivo esta sentencia, del Pleno de la Sala 1ª del T.S. ha afirmado que no existe un incondicionado *ius electionis* (derecho de elección) del dueño del vehículo siniestrado para repercutir contra el causante del daño el importe de la reparación, optando por la referida fórmula de resarcimiento, cuando su coste sea desproporcionado y exija al causante un sacrificio desmedido o un esfuerzo no razonable.

Por último, la otra cuestión debatida es el importe reclamado por el alquiler de un vehículo, pretensión desestimada por parte de la Audiencia Provincial. Si embargo, el ponente, aunque en un principio considera que la indemnización solicitada por este concepto es excesiva y desproporcionada, atendiendo a que triplica el valor del vehículo, estima en parte las pretensiones del propietario en base a la actitud, poco diligente, que adoptó la entidad aseguradora, quien a pesar de que el vehículo se declaró siniestro total a los tres días del accidente, tardó más de cinco meses en realizar la oferta motivada, y por dicha circunstancia concede el importe de alquiler reclamado hasta dicha fecha.

En definitiva, estamos ante una clarificadora sentencia que deja patente cual es el criterio jurisprudencial vigente en lo referente a valoración de los daños de los vehículos siniestrados y los gastos de alquiler reclamados por sus propietarios en las reclamaciones extracontractuales, buscando un claro equilibrio entre el derecho a ser restituido por su titular, sin provocar un enriquecimiento injusto a la hora fijar la valoración correspondiente, y dejando una advertencia a las entidades aseguradoras en el sentido de que por la actitud poco diligente en demorar las ofertas puede provocar la estimación de algunas pretensiones dudosas por parte de los perjudicados, habida cuenta de que en este caso el propietario del vehículo, declarado siniestro total, alquiló otro vehículo, durante meses, desembolsando un importe muy superior a su valor por dicho concepto.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

El límite cuantitativo de cobertura en cuanto a los honorarios de letrado que han de ser asumidos por la compañía en los casos de libre designación en el ámbito del artículo 74 de la LCS, puede calificarse como cláusula limitativa de los derechos del asegurado, e incluso lesiva, cuando se fijan unos límites notoriamente insuficientes en relación con la cuantía cubierta por el seguro de la responsabilidad civil

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 14 de Julio de 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruíz

PRIMERO .- Resumen de antecedentes.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del presente recurso los que se exponen a continuación.

1.- Don Pio presentó demanda contra la aseguradora Mapfre por la que le reclamaba los honorarios de abogado devengados como consecuencia de la defensa en juicio de la responsabilidad civil exigida a él, y de la que aquella era aseguradora.

Como director gerente de una cooperativa se le reclamó por esta una indemnización de 1.287.309,66 euros. La suma asegurada era de 1.200.000 euros.

MAPFRE era también aseguradora de la cooperativa que le exigía responsabilidad civil a don Pio ; por lo que este designó abogado de su libre elección, por entender que existía

conflicto de intereses.

La demanda de responsabilidad civil dirigida contra él fue desestimada en todas las instancias (primera instancia y apelación) así como en el recurso de casación ante el TSJ de Aragón.

Los honorarios del abogado que se reclaman ascendieron a 121.874,48 euros.

2.- La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda hasta el límite de 30.000 euros que se establecía en la póliza de seguro de responsabilidad civil con relación a los gastos de abogado.

i) Teniendo en cuenta que la aseguradora ya le había satisfecho al abogado 15.193,5 euros, le restaba por abonar 14.806,5 euros, y, por ende, se la condena a pagar esta cantidad, más los intereses del art. 20 LCS.

ii) El 20 de octubre de 2010, pero con fecha de efecto de 31 de octubre del mismo año, la Sociedad Cooperativa Virgen de la Oliva, como tomadora-asegurada y la compañía de seguros Mapfre, como aseguradora, suscribieron una póliza denominada «Seguro de responsabilidad civil profesional» que cubría (con una suma asegurada de 1,2 millones de euros) la responsabilidad en la que pudieran incurrir los directivos de dicha entidad, entre los cuales se encontraba el demandante D. Pio, que en esa fecha (y desde el año 1978) desempeñaba el cargo de director-gerente.

La póliza cubría la responsabilidad civil profesional de los administradores sociales, directores generales, y demás personas que desarrollasen funciones de alta dirección, incluidas las reclamaciones de un asegurado frente a otro.

iii) En lo que aquí interesa en el documento de condiciones particulares adicionales se contiene la cláusula 2.2.10, en la pág. 6, sobre cobertura de defensa y fianzas.

Consta de siete párrafos y, en el último párrafo, dispone:

[...] Cuando se produjera algún conflicto entre Asegurado y Asegurador, motivado por tener que sustentar éste intereses contrarios a los del citado Asegurado, el Asegurador lo pondrá en conocimiento del mismo, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que, por su carácter urgente, sean necesarias para la

defensa. En tal caso el Asegurado podrá confiar su defensa jurídica a otros letrados, a su libre elección, quedando el asegurador obligado a abonar los honorarios hasta el límite de 30.000 euros por asegurado con el tope máximo de la suma asegurada.

iv) Para el juzgador se trata de una cláusula delimitadora del riesgo, por lo que no son de aplicación las exigencias del artículo 3 LCS.

3.- El actor interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia y conoció de él la sección número 2 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que dictó sentencia el 3 de octubre de 2017 por la que confirmó la sentencia de primera instancia en lo ahora relevante.

Al motivar su decisión expone la siguiente argumentación:

(i) Se parte de la existencia de conflicto de intereses y, por ende, se ha de calificar si la cláusula que fija el tope máximo de 30.000 euros, respecto de los honorarios de letrado de libre elección, es limitativa de derechos o delimitadora del riesgo cubierto.

(ii) En la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de julio de 2016, que cita la apelante, se decide sobre un supuesto en que existía conflicto de intereses por asegurar la aseguradora a ambas partes, y de ahí que el asegurado se viese obligado a nombrar abogado para reclamar el daño.

Continúa la audiencia que en las Condiciones Particulares de ese supuesto se contemplaba como riesgo asegurado la defensa jurídica sin limitación alguna, y ni en estas ni en las generales se incluía un pacto especial y expresamente aceptado por el asegurado que limitase la responsabilidad en supuestos de conflicto.

(iii) Concluye la Audiencia que: «En la póliza litigiosa sí existe tal límite en las condiciones particulares adicionales, que delimitan el contrato de seguro en aspectos varios tales como quiénes sean los asegurados, suma asegurada; siniestro, objeto de seguro y que viene a definir como siniestro amparado la reclamación de asegurado contra asegurado (acción individual y /o social de responsabilidad), no siendo admisible la alegación de parcial conocimiento o aceptación solo de las condiciones particulares, que pueden beneficiarle.»

Cita la STS de pleno de esta sala de 11 de septiembre de 2006 y, con fundamento en ella, entiende que la cláusula que se califica es delimitadora del riesgo.

4.- La representación procesal de la parte actora interpone contra la anterior sentencia recurso de casación por razón de interés casacional, que formula en tres motivos.

(i) Motivo primero. Enunciación y desarrollo.

Infracción del artículo 3 de la Ley 50 /1980 del Contrato de Seguro concurriendo interés casacional al existir jurisprudencia del Tribunal Supremo que se manifiesta en términos contrarios al fallo de la sentencia que se recurre, al contener esta última como «ratio decidendi» la consideración como delimitadora del riesgo la cláusula contractual litigiosa que, en caso de conflicto de intereses, establece un límite cuantitativo a la libre designación de Letrado por el asegurado, mientras que el Tribunal Supremo ha fijado el carácter limitativo de dichas cláusulas, debiendo cumplir los requisitos formales previstos en el artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro para su validez.

Fundamenta el interés casacional en la STS 481/2016, de 14 de julio.

En el desarrollo del motivo alega que en el caso que nos ocupa resulta evidente que la cláusula aplicada en la instancia y en la alzada como «ratio decidendi» de la pretensión principal de nuestra demanda, al resultar limitativa del derecho a la defensa jurídica de mi representado, no debió nunca ser aplicada ya que su validez dependía del cumplimiento del régimen establecido para tales cláusulas en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro y ha quedado acreditado no solo que la misma no fue aceptada expresamente, sino que tan siquiera fue esgrimida, por Mapfre a lo largo de la primera instancia, (únicamente opuso la existencia de un presunto baremo que devino carente de validez), y no recurriendo posteriormente en apelación la sentencia del Juzgado.

Por ello, siendo limitativa la cláusula referida y no cumpliendo los presupuestos del art. 3 de la LCS, la consecuencia no puede ser otra que obligar a la demandada Mapfre a abonar los honorarios devengados por el Letrado que defendió al Sr. Pio , minutados y reclamados conforme a las normas del Colegio de Abogados de Zaragoza, al igual que hizo, con las facturas del procurador que le representó sin objeción

alguna, como así consta acreditado en autos. Así las cosas, resulta notorio que, estando en presencia de una cláusula claramente limitativa de los derechos de mi mandante, la sentencia recurrida infringe por inaplicación el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, en el que se preceptúa que este tipo de cláusulas ha de aparecer especialmente resaltadas en el contrato y aceptadas por escrito:

A juicio de esta parte, acreditado el conflicto de intereses, así como la garantía de defensa jurídica que ampara a mi representado por los gastos de defensa en que pudiera incurrir como consecuencia de su actuación profesional como Director Gerente de la Cooperativa, cualquier posible condición que imponga la aseguradora que excluya, limite o reduzca en determinados supuestos la cobertura del riesgo en principio asegurado, y que, de no ser por tal cláusula o parte de la misma, quedarían incluidos en el riesgo que delimita el ámbito general del seguro, claramente es una cláusula limitativa de los derechos del asegurado.

Añade la recurrente que no solo no existe aceptación expresa de la cláusula que aplica la Audiencia sino que ni siquiera aparece resaltada de forma especial.

Es más, aparece como oculta al final de la citada cláusula.

Como refuerzo de su tesis afirma la recurrente que, a la vista de los hechos acreditados y de todas las circunstancias concurrentes, la cláusula que aplica la sentencia recurrida tiene el carácter de lesiva, por cuanto no solo no era conocida por el asegurado, sino que en modo alguno era razonable y además dejaba vacío de contenido el propio contrato de responsabilidad civil, cuya suma asegurada era de 1.200.000 euros y por el que se abonaba una prima de casi 6.000 euros anuales.

Finalmente, como corolario del desarrollo del motivo, sostiene que, acreditada la naturaleza limitativa de la cláusula aplicada, no ser conocida por el asegurado al reconocérsele la libre designación de profesionales, ni ser aceptada posteriormente por escrito, es evidente que debió aplicarse el artículo 3 LCS y, por ende, tenerla por no válida e inaplicable.

Por tanto, debe estimarse íntegramente la demanda, al haber quedado acreditado que la cantidad reclamada obedece a los honorarios devengados por el letrado del recurrente, minutados conforme a los trabajos realmente

efectuados, a tenor de los Criterios del REICAZ (Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza), no impugnados en forma alguna por la demandada.

(ii) Motivo segundo. Enunciación y desarrollo.

Infracción por inaplicación del artículo 3 de la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro concurriendo interés casacional al existir jurisprudencia del Tribunal Supremo que se manifiesta en términos contrarios al fallo de la sentencia que se recurre, al contener esta última como «ratio decidendi» la consideración como delimitadora del riesgo la cláusula contractual litigiosa que viene a limitar la garantía cubierta con carácter general en la póliza, mientras que el Tribunal Supremo ha fijado el carácter limitativo de dichas cláusulas, debiendo cumplir los requisitos formales previstos en el artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro para su validez.

Cita en apoyo del motivo las SSTS 590/2017, de 7 de noviembre; 402/2015, de 14 de julio; 543/2016, de 14 de septiembre; 520/2017, de 27 de septiembre; 147/2017 de 2 de marzo, y la 489/2012, de 19 de julio.

Concluye que en el supuesto que nos ocupa, y dando por reproducidos los argumentos al respecto reseñados en el anterior motivo, es evidente la naturaleza limitativa de los derechos del asegurado de la cláusula aplicada por la sentencia recurrida, por lo que atendiendo al criterio establecido por el Tribunal Supremo en sentencias como las anteriormente reseñadas, deberá estimarse el motivo y en consecuencia el recurso de casación formulado por esta parte y revocando la sentencia de la Audiencia Provincial estimar íntegramente la demanda inicialmente formulada.

(iii) Motivo tercero. Enunciación y desarrollo.

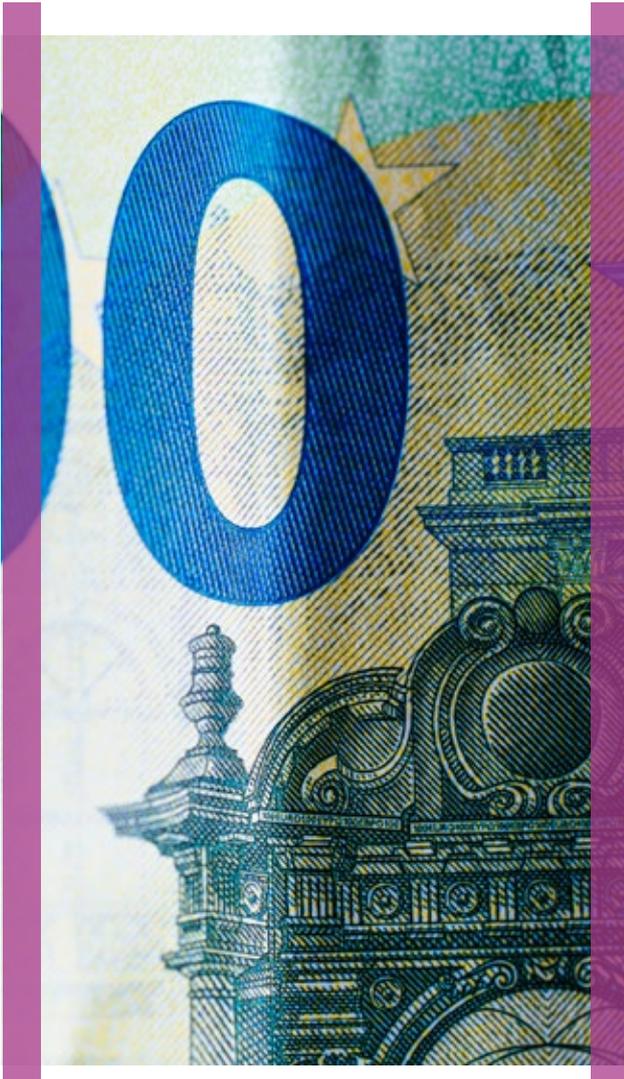
Infracción por inaplicación del art. 3 de la Ley 50 /1980 del Contrato de Seguro concurriendo interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales que se manifiesta en términos contrarios al fallo de la sentencia que se recurre, al contener esta última como «ratio decidendi» la consideración como delimitadora del riesgo la cláusula contractual litigiosa que establece un límite cuantitativo a la libre designación de Letrado por el asegurado, mientras que la mayoría de las Audiencias Provinciales actualmente consideran dichas cláusulas como limitativas de los derechos del asegurado, debiendo cumplir los requisitos formales previstos en el artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro para su validez.

5.- La sala dictó auto el 11 de diciembre de 2019 por el que acordó inadmitir el tercer motivo del recurso de casación y admitir los motivos primero y segundo del mismo.

La parte recurrida formuló escrito de oposición a los motivos admitidos del recurso.

SEGUNDO.- Decisión de la Sala. En atención a la estrecha vinculación que tienen entre sí la enunciación y desarrollo de los dos motivos admitidos, vamos a ofrecer una respuesta conjunta, conforme autoriza la doctrina asentada de esta sala.

1.- Para la mejor inteligencia de la presente resolución se ha de partir de una serie de consideraciones para acotar con claridad el debate:



(i) Tanto la sentencia de primer grado como la de la audiencia, aquí recurrida, sostienen que es de aplicación lo dispuesto en el art. 74 de la LCS, y no lo establecido en los arts. 76 a) y siguientes de la misma ley, que son de aplicación al denominado «seguro de defensa jurídica».

(ii) La sentencia recurrida tiene como acreditada que existía una situación de conflicto de intereses.

Por tanto, las alegaciones de la parte recurrida en la oposición al recurso no respetan tal conclusión, acudiendo a entresacar párrafos de la sentencia que no son los concluyentes.

Literalmente la sentencia recurrida afirma en el fundamento de derecho cuarto lo siguiente:

«Pero el juzgador de instancia asumió la existencia de conflicto de intereses en los términos establecidos en la póliza y la apelada, al tiempo de oponerse al recurso, lo respetó con el argumento de ser la interpretación potestativa del juez, no siendo ilógica ni irreflexiva».

En la metodología de su discurso sostiene, pues, el tribunal de apelación, que, «partiendo de la calificación de que ha existido conflicto de intereses», corresponde analizar si resulta aplicable el límite de 30.000 euros para los honorarios de letrado, lo que impone calificar si ese límite es limitativo de los derechos del asegurado o delimitador de la cobertura.

Como afirma la sentencia de primera instancia «la cuestión es determinar si estamos ante una cláusula limitativa y, en consecuencia, si es necesaria la aceptación por escrito que alega la parte actora».

2.- La STS 646/2010, de 27 de octubre, con antecedentes en la STS 437/2000, de 20 de abril, y la STS 91/2008, de 31 de enero, aborda el artículo 74.2 LCS y el alcance de la defensa jurídica del asegurado, frente a la reclamación del perjudicado, en atención al seguro de responsabilidad civil.

Afirma lo siguiente:

«El artículo 74 LCS regula el deber de dirección jurídica a cargo del asegurado derivado del propio contrato de seguro de responsabilidad civil. Es doctrina de esta sala (SSTS de 31 de enero de 2008. rc. 5 /2001) que, por no comprender un seguro de defensa jurídica, el cual ha de ser objeto de contratación

independiente (STS de 20 de abril de 2000), el seguro de responsabilidad civil se rige, en lo que respecta a la defensa del asegurado que incurre en responsabilidad civil frente a terceros, como es el caso, por el régimen establecido en el artículo 74 LCS, que atribuye al asegurador la simple dirección jurídica del asegurado (lo que la doctrina menor ha denominado en ocasiones como «defensa estricta») frente a la reclamación del perjudicado, siendo de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. Por el contrario y a diferencia del régimen establecido en el artículo 74 LCS, el seguro de defensa jurídica en sentido estricto obliga al asegurador, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo Judicial o Arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia Jurídica Judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro - artículo 76 a) LCS-, teniendo derecho dicho asegurado a elegir libremente el procurador y abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento artículo 76 d) LCS.

«Del artículo 74.1 LCS se desprende que es regla general en el seguro de responsabilidad civil que el asegurador asuma la dirección jurídica de su asegurado frente a las reclamaciones del perjudicado, siendo por cuenta de aquel los gastos de defensa que se ocasionen. Esta regla general sólo se excepciona de mediar pacto en contrario, o, por aplicación de lo previsto en el segundo párrafo del citado precepto, cuando quien reclama está asegurado en la misma compañía, o existe algún otro posible conflicto de intereses, situación en que el asegurado puede optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica del asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, quedaría obligado el asegurador a abonar los gastos de la dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza. A dichos supuestos legales cabría añadir, según la doctrina de esta sala sentada en la sentencia antes citada, el caso en que la compañía incurriese en pasividad que le fuera imputable, pues si con su dejadez o conducta omisiva causara un daño al asegurado, habría de responder frente a éste por incumplimiento, no ya de un derecho que le confiere al asegurado la Ley y la propia póliza, sino de un deber respecto de los intereses en juego del mismo, comprendiendo tal responsabilidad la asunción de los gastos de defensa que haya tenido que procurarse el asegurado por sus propios medios.

«El artículo 74.2 LCS regula un aspecto concreto del contrato de seguro de responsabilidad civil, de manera que su ámbito subjetivo lo integran las partes del mismo, con exclusión de terceros, como el perjudicado por el siniestro, por más que por éste se alegue la existencia de un eventual conflicto de intereses con la entidad frente a la que se acciona de forma directa, en la medida que dicho conflicto tan solo excepciona la regla general del párrafo primero en favor del asegurado, permitiéndole optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica del asegurador o confiar su propia defensa a otra persona, pero no tiene repercusión alguna cuando el destinatario de la dirección jurídica es un tercero ajeno a la relación contractual.

«El artículo 74 LCS tiene, por tanto, un estricto ámbito de aplicación: la defensa del asegurado a cargo del asegurador, frente a reclamaciones de terceros fundadas en la responsabilidad civil cubierta por el seguro. Es materia ajena al mismo la defensa jurídica del tercero perjudicado, ya accione separadamente contra él, asegurado responsable, directamente contra la compañía, o conjuntamente contra ambos.»

3.- A partir de tal doctrina, emanada de la previsión legal, surge el interrogante de la calificación del mencionado límite y condiciones de su incorporación a la póliza, bien entendido que aparece previsto en la póliza cuando se refiere ésta a la cobertura de la defensa en la condición particular adicional 2. 2. 10, así como que, según la sentencia de primera instancia, no desautorizada por la del tribunal de apelación, la cláusula en cuestión no es oscura ni de difícil comprensión.

4.- La sala se ha ocupado en fechas recientes de sentar la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas en el contrato de seguro.

Vamos a acudir al contenido de la STS 273/2016, de 22 de abril de 2016, luego reiterado en las SSTS 543/2016, de 14 de septiembre y la 541/2016 de 14 de septiembre, y más recientemente en la STS 58/2019 de 21 de enero, para exponer dicha doctrina.

En ella se afirma lo siguiente:

«1.-Desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas es sencilla, de manera que las primeras concretan el objeto

del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro. Mientras que las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido.

«No obstante, como expresa la STS 715/2013, de 25 de noviembre, en la práctica, no siempre han sido pacíficos los perfiles que presentan las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado. Las fronteras entre ambas no son claras, e incluso hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado.

«La STS 853/2006, de 11 de septiembre, sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de esta Sala 1.a, (verbigracia STS 1051/2007, de 17 de octubre; y 598/2011, de 20 de julio), según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en qué ámbito temporal.

«Otras sentencias posteriores, como la STS 82/2012, de 5 de marzo, entienden que debe incluirse en esta categoría la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada. Se trata, pues, de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes).

«2.- Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido. Deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, de manera que deben ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas por escrito; formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (SSTS 268 /2011, de 20 de abril;

y 516/2009, de 15 de julio).

«La jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. El principio de transparencia, fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas introductorias o particulares.»

Tal doctrina se completa con la de las expectativas razonables del asegurado.

Se afirma en la sentencia citada que: «Cuando legislativamente se estableció un régimen específico para que determinadas condiciones generales del contrato de seguro alcanzasen validez, se estaba pensando precisamente en las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado. Estas cláusulas pueden ser válidas, pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen -es decir, que no le sorprendan- y que sean razonables, que no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico y, por tanto, que no le priven de su causa».

5.- En atención a la anterior doctrina se puede llegar a las siguientes conclusiones: (i) En presencia de conflicto de intereses el asegurado puede optar por mantener la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona.

Pero en este último supuesto, y por disposición legal, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica pero «hasta el límite pactado en la póliza».

Por tanto, este límite cuantitativo de cobertura en cuanto a los honorarios de letrado, que han de ser asumidos por la compañía en los casos de libre designación, tiene un claro respaldo legal, ya que es la propia norma la que autoriza al asegurador a incluirlo en la póliza.

La doctrina científica más autorizada mantiene que en este caso (art. 74-2 LCS) el establecimiento de un límite cuantitativo «parece razonable» ya que «el pago de los gastos de la dirección jurídica, ilimitado y sin

control, podría ser abusivo», y que «en este caso parece lógico que habrán de ser las condiciones particulares las que señalen los límites exactos de la obligación del asegurador».

Ese límite debe ponerse en relación con el art. 1 LCS, que habla de la obligación del asegurador de indemnizar «dentro de los límites pactados».

Desde esta perspectiva, y no discutida en casación la existencia de conflicto de intereses como presupuesto justificador de la libre designación de letrado por el asegurado, entraba dentro de lo razonable calificar la cláusula litigiosa (2.2.10), en principio, como delimitadora del riesgo, pues mediante ella literalmente se fijaba por el concepto de gastos de defensa un límite de 30.000 euros por asegurado, que no era más que la concreción de una previsión legal, y que no tenía otra finalidad que la de delimitar cuantitativamente ese concreto riesgo (la defensa jurídica) accesorio al principal del seguro de responsabilidad civil.

Esta es la interpretación que acoge la sentencia recurrida, con apoyo en la doctrina fijada en la STS de pleno 853/2006 y en el dato de que dicha estipulación apareciera



en el documento de condiciones particulares adicionales dentro del apartado 2 dedicado al objeto del seguro, donde, como bien indica el tribunal de instancia, se delimitaba el contrato de seguro en aspectos varios tales como quiénes son los asegurados, la suma asegurada, el siniestro y el propio objeto de aseguramiento. La cita de la sentencia de pleno responde a que en esta se consideró delimitadora del riesgo, y por ende, sometida «al régimen de aceptación genérica sin la necesidad de la observancia de los requisitos de incorporación que se exigen a las limitativas» una cláusula incluida en las condiciones generales de la póliza por la que se fijaba la suma máxima (1 millón de pesetas por siniestro) de «la cobertura que la entidad aseguradora prestaba a los gastos ocasionados al asegurado en concepto de minuta de letrado y derechos y suplidos de procurador», razonando que «aquellas cláusulas mediante las cuales se establece la cuantía asegurada o alcance de la cobertura no constituyen una limitación de los derechos que la ley o el contrato reconocen al asegurado, sino que delimitan la prestación del asegurador por constituir el objeto del contrato».

(ii) A partir de tales antecedentes se alcanza el núcleo del debate.

Surge la duda de si la norma que permite al asegurador limitar cuantitativamente la cobertura de los gastos de defensa jurídica cuando el asegurado haya optado por confiársela a un profesional de su libre elección ha de interpretarse en el sentido de que la cláusula que fija ese límite de cobertura es en todo caso delimitadora de la misma, o si, por el contrario, dicha previsión legal ha de interpretarse exclusivamente en el sentido de que el asegurador está legalmente facultado para establecer un límite cuantitativo en la póliza, pero bien entendido que, por tratarse de una limitación de los derechos del asegurado en un contrato de adhesión, su validez y oponibilidad vendría condicionada al cumplimiento de los específicos requisitos (de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y haber sido específicamente aceptadas por escrito) del art. 3 LCS.

La duda se explica porque el art. 74-2 LCS solo dice que, si el asegurado opta por confiar la defensa a un letrado de su libre elección, «el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza», es decir, se faculta al asegurador a pactar ese límite cuantitativo, pero, ciertamente, el precepto no atribuye a la

cláusula que lo fije una determinada naturaleza, como sin embargo el legislador sí ha hecho en el caso de las cláusulas de delimitación temporal de cobertura o claim made (art. 73-2 LCS), calificándolas como limitativas, y que recientemente fueron objeto de interpretación por las SSTS 252/2018 de 26 de abril, de pleno, 170/2019, de 20 de marzo, y 185/2019, de 26 de marzo.

En consecuencia, podría entenderse que el silencio del legislador deja a los tribunales la decisión última de atribuir a la cláusula en cuestión una u otra consideración, según las circunstancias del caso.

De ahí, la disparidad de criterios, o mejor de respuestas, que se puede apreciar en las Audiencias Provinciales.

Precisamente las STS de 31 de mayo de 1988, bien es cierto que anterior a la de pleno, ya citada, afirmaba que «en todo caso la teórica distinción entre ambos tipos de cláusulas, en la práctica y, según cada caso en concreto, nos conduce a afirmar que una estipulación delimitadora del riesgo puede llegar a convertirse en una limitación de los derechos del asegurado».

Este último argumento se compadece perfectamente con la jurisprudencia antes expuesta sobre las expectativas razonables del asegurado a partir del contenido natural del contrato, y que viene a considerar limitativa toda cláusula sorpresiva que se aparta de dicho contenido.

Por tanto, la fijación en la póliza de dicho límite puede calificarse, en principio, como cláusula delimitadora del riesgo.

Pero no, y de ahí que digamos «en principio», de forma categórica por el mero hecho de que sea la traducción de una previsión legal, sino porque, pudiendo tener en principio esa naturaleza, en tanto cláusula que delimita cuantitativamente el objeto asegurado, no obstante, las circunstancias del caso pueden determinar su consideración como limitativa de los derechos del asegurado, e incluso lesiva.

(iii) Donde se torna compleja la anterior reflexión, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, es en la fijación de unos límites notoriamente insuficientes en relación con la cuantía cubierta por el seguro de la responsabilidad civil.

En este caso podría considerarse que dichas cláusulas son implícitamente limitativas del derecho del asegurado a la libre elección de abogado.

Se estaría restringiendo la cobertura esperada por el asegurado, y quedaría desnaturalizada la defensa jurídica accesoria al seguro de responsabilidad civil.

Afirma la STS de fecha 19 de julio de 2012 que: «Las cláusulas delimitadoras del riesgo establecen exclusiones objetivas de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (fijado en las cláusulas particulares, en las que figuran en lugar preferente de la póliza o en las disposiciones legales aplicables salvo pacto en contrario) o en coherencia con el uso establecido y no puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual».

A ello se acoge cierta doctrina para entender que la cláusula en cuestión debe respetar y ser congruente con el propio objeto del seguro, sin que pueda vaciarlo de contenido o hacerlo ilusorio.

Se desnaturalizaría el contrato de seguro si se fijasen unas coberturas insuficientes en relación con los intereses que se han defendido, pues se limitaría de manera notoria la defensa y la tutela efectiva de los derechos del asegurado, que constituye el objeto del seguro.

(iv) La anterior doctrina no contraviene la recogida en la STS 481/2016, de 14 de julio, pues la respeta y se limita a matizarla.

En efecto, como veníamos manteniendo, el asegurado no elige abogado por su libre voluntad, sino a causa del conflicto de intereses entre él y la aseguradora.

Si, no obstante verse compelido a ello, el límite de cobertura resulta insuficiente, como en el caso eran 1500€, ello supone desnaturalizar el contrato de seguro, pues le limita al asegurado la libre designación de abogado que defienda sus intereses, y lo vacía en la práctica de contenido.

En estos supuestos sí cabe calificar la

cláusula de limitativa del derecho del asegurado y su validez está condicionada al régimen especial de aceptación previsto en el artículo 3 de la LCS.

(v) No se le escapa a la sala la dificultad que entraña distinguir entre un límite insuficiente o suficiente, en orden a la calificación de la cláusula.

De ahí, que razones de seguridad jurídica harían deseable, siempre con respeto a la autonomía de la voluntad, acudir a un índice de referencia para calificar el límite como delimitador de la cobertura y evitar litigios como el presente.

Uno de ellos podría ser, a título de ejemplo, fijar como límite el importe orientativo del baremo de los colegios profesionales.

Evidentemente el índice lo será en función del límite de la cobertura del seguro de responsabilidad civil contratado.

Esta cláusula, aunque relativa a consumidores y en el marco del seguro de defensa jurídica, previsto en el artículo 76 a) y siguientes de la LCS, fue declarada válida por la STS 401/2010, de 1 de julio.

Decimos uno de ellos, pero podría ser cualquier otro índice, que sea claro y transparente, y que esté sujeto a reglas objetivas y sustraídas a la fijación subjetiva y caprichosa por parte de las aseguradoras, de cuya aplicación resulte un límite que permita razonablemente sufragar los gastos de defensa del asegurado.

De ese modo se conseguiría un equilibrio entre los intereses del asegurado y de la aseguradora.

De una parte los del asegurado, normalmente en contrato de adhesión, que vería satisfecha, de modo efectiva, la tutela de sus derechos, y de otra los de la aseguradora, que soportaría unos gastos razonables, en compensación a no poder hacer uso de sus servicios jurídicos.

(vi) Descendiendo al supuesto enjuiciado, y aun reconociendo que el límite fijado es muy superior al de la sentencia de referencia, se constata que se separa ostensiblemente de la cuantía minutada conforme al baremo orientador elaborado por el colegio profesional, en relación con los intereses que se han

defendido, esto es, con el quantum de la responsabilidad civil reclamada en la demanda.

Consecuencia de lo anterior es que debe ser calificada la cláusula, en cuanto al límite de cobertura, como limitativa de la misma, pues de lo contrario el asegurado vería sensiblemente desnaturalizado el contrato en lo relativo a su defensa jurídica, pues la afrontaría, económicamente, en un tanto por ciento notablemente más elevado que el fijado como límite en la póliza. Esto es, la aseguradora abonaría al asegurado sólo la cuarta parte de lo minutado a éste por su letrado.

6.- En atención a lo motivado la sala estima el recurso de casación. Al asumir la instancia estima parcialmente el recurso de apelación y, por ende, también parcialmente la demanda.

Decimos parcialmente por los siguientes motivos:

i) Porque la minuta, a los efectos objeto de debate, debe ser no sobre la cuantía reclamada por responsabilidad civil (1.287.309,66 euros), sino sobre el quantum de responsabilidad civil cubierto por el seguro, que asciende, según se ha recogido, a 1.200.000 euros.

ii) A la minuta resultante se le han de restar, como sostiene la sentencia de primera instancia, 15.193,5 euros, que ya fueron abonados.

iii) Los intereses legales del art. 20 de la LCS los serán desde el 1 de julio de 2016, según decidió la Audiencia en el auto de 24 de octubre de 2017, que dictó como complemento de la sentencia recurrida.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC, no se imponen a la parte recurrente las costas del recurso.

Con fundamento en los mismos preceptos no se hace expresa condena en costas de las causadas en las instancias.

FALLO

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

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Pio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 2.a) de 3 de octubre de 2017, completada por el auto de 24 de octubre de 2017 y el auto de 30 de octubre de 2017 dictada en el rollo de apelación 419/2017, dimanante del procedimiento ordinario 253/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ejea de los Caballeros.

2.- Casar la sentencia recurrida y, por ende, asumiendo la instancia, estimar la demanda parcialmente en los siguientes términos:

i) Se ha de confeccionar la minuta sobre el quantum de la responsabilidad civil cubierto por el seguro, que asciende a 1.200.000 euros.

ii) A la minuta resultante se le han de restar 15.193,5 euros. iii) Los intereses legales del art. 20 de la LCS lo serán desde el 1 de julio de 2016.

3.- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

4.- No se hace expresa condena en costas de las causadas en las instancias. Líbese 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.



Por **José A. Badillo Arias**
Abogado

La cláusula que limita la defensa jurídica en caso de conflicto de intereses, puede ser limitativa de derechos o considerada como lesiva si desnaturaliza el objeto del seguro

Esta resolución vuelve a plantear el asunto, muy controvertido en la jurisprudencia, sobre la distinción entre las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado y las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, por las diferentes consecuencias jurídicas que tienen unas y otras. Las primeras integran el contrato de seguro y basta que sean conocidas por el tomador/asegurado. En cambio, las limitativas de derechos, deben ser aceptadas de forma específica por el contratante.

La STS de 14 de julio de 2015 (RJ 2015, 4129), en su fundamento de derecho tercero, nos recuerda que la jurisprudencia de la Sala ha distinguido las cláusulas delimitadoras del riesgo de las cláusulas limitativas de derechos, a partir de la Sentencia de Pleno de 11 de septiembre de 2006, reiterada en otras posteriores. Entre las primeras, las delimitadoras del riesgo, se encuentran aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un

(...) Esta resolución vuelve a plantear el asunto, muy controvertido en la jurisprudencia, sobre la distinción entre las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado y las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, por las diferentes consecuencias jurídicas que tienen unas y otras. Las primeras integran el contrato de seguro y basta que sean conocidas por el tomador/asegurado. En cambio, las limitativas de derechos, deben ser aceptadas de forma específica por el contratante.

riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada. Responden a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o en coherencia con el uso establecido, evitando delimitarlo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza.

Como indica la sentencia que ahora comentamos, aludiendo a la STS 715/2013, de 25 de noviembre, en la práctica, no siempre han sido pacíficos los perfiles que presentan ambos tipos de cláusulas. Las fronteras entre ambas no son claras, e incluso hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado. En definitiva, sabemos cuál el régimen de cada una de estas cláusulas, pero, en muchos casos, cuando nos enfrentamos a una de ellas, no siempre es fácil encajarlas en uno u otro tipo.

El caso que nos ocupa, proviene de una demanda por parte de una cooperativa contra un directivo de la misma, reclamándole la cantidad de 1.287.309,66 euros. Éste tenía un seguro que garantizaba su responsabilidad civil (D & O) por hechos derivados

COMENTARIO

de su gestión, con un límite de 1.200.000 €. Comoquiera que la cooperativa estaba asegurada en la misma entidad que el directivo, éste nombró un abogado de su libre elección al entender que existía un conflicto de intereses.

La demanda de responsabilidad civil dirigida contra el directivo fue desestimada en primera instancia y en apelación, así como en el recurso de casación ante el TSJ de Aragón.

Los honorarios del abogado que se reclaman en este procedimiento que da lugar a la sentencia que comentamos, ascendieron a 121.874,48 euros. Sin embargo, la entidad demandada alega que el límite previsto en la póliza en caso de conflicto de intereses es de 30.000 €.

Las dos sentencias de instancia entienden que, efectivamente, estamos ante un conflicto de intereses, puesto que el directivo y la cooperativa que le demandó en el anterior procedimiento estaban asegurados en la misma entidad. Asimismo, interpretan que la cláusula que limita los honorarios de abogados a 30.000 € es delimitadora del riesgo y, por tanto, no requiere cumplir con los requisitos de aceptación expresa del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro.

Ante la desestimación de sus pretensiones, el actor recurre en Casación, alegando, en síntesis, que la cláusula objeto de controversia es limitativa de derechos del asegurado y no delimitadora del riesgo. Por ello, entiende que no debe aplicarse, puesto que no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 3 LCS.

La Sala, que estima las pretensiones del actor, aclara que en este caso es de aplicación lo dispuesto en el artículo 74 LCS, y no lo establecido en los artículos 76 a) y siguientes de la misma ley, que son de aplicación al denominado «seguro de defensa jurídica». Asimismo, queda acreditado en la sentencia que se recurre que estamos en presencia de un conflicto de intereses regulado también en el artículo 74 LCS. Por tanto, para el Alto Tribunal, la cuestión es determinar si estamos ante una cláusula limitativa y, en consecuencia, si es necesaria la aceptación por escrito que alega la parte actora.

Para ello, la Sala 1ª alude a algunas sentencias anteriores de la propio Tribunal Supremo, en las que se distingue entre las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de derechos del asegurado. De este modo, sostiene que la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas es sencilla, de manera que las primeras concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro. Mientras que las cláusulas limitativas, restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido. No obstante, como expresa la STS 715/2013, de 25 de noviembre, en la práctica, las fronteras entre ambos tipos de cláusulas no son claras, e incluso hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado.

Aplicada esta doctrina al caso que nos ocupa, la sentencia reconoce que este límite cuantitativo de cobertura respecto a los honorarios de letrado, que han de ser asumidos por la compañía en los casos de libre designación, tiene un claro respaldo legal, ya que es el artículo 74.2 LCS autoriza al asegurador a incluirlo en la póliza. De la misma manera, asevera que la introducción de este límite para razonable, puesto que si no fuera así, podría ser abusivo. Incluso, reconoce, como había sostenido la sentencia de instancia, que entraba dentro de lo razonable calificar la cláusula litigiosa, en principio, como delimitadora del riesgo.



COMENTARIO

“... En definitiva, pese a reconocer que la cláusula controvertida tiene una naturaleza, en principio, delimitadora, la Sala entiende que si dichos límites de cobertura de la defensa jurídica son notoriamente insuficientes en relación con la cuantía cubierta por el seguro de la responsabilidad civil, podría entenderse que estamos en presencia de una cláusula limitativa, porque se estaría restringiendo la cobertura esperada por el asegurado, y quedaría desnaturalizada la defensa jurídica accesoria al seguro de responsabilidad civil.

Sin embargo, la sentencia argumenta que el artículo 74.2, al permitir que el asegurador, en caso de conflicto de intereses, limitar dichos gastos, no define esta cláusula, tal como lo hace el artículo 73.2 con respecto a las llamadas *claims made*, que las califica como limitativas de derechos del asegurado. Por ello, podría entenderse que el silencio del legislador deja a los tribunales la decisión última de atribuir a la cláusula en cuestión una u otra consideración, según las circunstancias del caso.

En definitiva, pese a reconocer que la cláusula controvertida tiene una naturaleza, en principio, delimitadora, la Sala entiende que si dichos límites de cobertura de la defensa jurídica son notoriamente insuficientes en relación con la cuantía cubierta por el seguro de la responsabilidad civil, podría entenderse que estamos en presencia de una cláusula limitativa, porque se estaría restringiendo la cobertura esperada por el asegurado, y quedaría desnaturalizada la defensa jurídica accesoria al seguro de responsabilidad civil.



El estrés que produjo al demandante encontrarse en su domicilio con que su hijo se había ahorcado, tratando en vano de reanimarlo, desencadenó la declaración laboral de su incapacidad permanente absoluta y constituye una patología accidental que encaja en la cobertura del seguro de accidentes concertado con la demandada. Voto particular de tres magistrados

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 15 de Julio de 2020
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Mª Díaz Fraile

PRIMERO. - Antecedentes relevantes.

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

1.- Las partes litigantes estaban vinculadas por una póliza de seguro de accidentes, que cubría como riesgo asegurado la invalidez permanente con un capital de 838.991,97 euros. En la póliza se definió el accidente como: «Lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del Asegurado», atribuyéndose un porcentaje del 100% del capital objeto de cobertura a la invalidez permanente, entendiéndose por tal, entre otras, la enajenación mental que excluya de cualquier trabajo.

Igualmente, las partes habían concertado un seguro de vida, que cubría la invalidez permanente absoluta del actor, por la que fue indemnizado con la cantidad de 226.050,70 euros.

2.- El hecho cuya calificación como

accidente es objeto de la controversia consistió en que el 4 de abril de 2010 el actor descubrió ahorcado a su único hijo, de 20 años, en su domicilio, procediendo inmediatamente a descolgarlo y a prestarle infructuosamente los auxilios necesarios en su condición de médico, pese a los cuales el joven, que presentaba signos vitales, murió en sus brazos.

3.- El demandante fue diagnosticado de trastorno por estrés postraumático grave y depresión mayor, con eventuales síntomas psicóticos y alteración del control de los impulsos. Cursó baja laboral entre el 12 de julio de 2011 y el 12 de junio de 2012; asimismo el 31 de mayo de 2012 se dio de baja en el régimen de autónomos. Dichos padecimientos justificaron la declaración de invalidez permanente absoluta derivada de accidente no laboral por la jurisdicción social (sentencia del Juzgado de lo Social no 3 de Cantabria de 22 de junio de 2015, confirmada por otra de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de dicha comunidad autónoma de 10 de noviembre de dicho año).

4.- El actor presentó una demanda con la pretensión de ser indemnizado al amparo de la póliza de seguro de accidentes suscrita con la compañía demandada. Seguido el correspondiente proceso judicial finalizó por sentencia desestimatoria dictada por el Juzgado de Primera Instancia no 6 de Santander, en la que se entendió, en síntesis, que si bien había quedado acreditado el padecimiento psíquico del actor, no quedó probado que proviniese de manera exclusiva del trauma del suicidio de su hijo, puesto que ya venía padeciendo un trastorno distímico, ulteriormente agravado por el fallecimiento de su padre, de manera tal que no concurría el requisito de que el accidente fuera consecuencia de una causa súbita. Por otra parte, la muerte del hijo del actor no fue debida a una conducta autolítica aislada e inesperada sino fruto de un fatal desenlace con cuatro intentos previos fallidos.

5.- Interpuesto recurso de apelación, la precitada resolución fue revocada por sentencia dictada por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria, que argumentó que el concepto de lesión corporal comprende las dolencias no sólo físicas sino también psíquicas padecidas por el demandante. Se consideró que la causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado concurría por el hecho del descubrimiento por el actor de su hijo ahorcado y agonizante. Y continuó su razonamiento precisando que tal circunstancia

desencadenó una patología psiquiátrica constituida por el estrés postraumático padecido, sin constancia de que el trastorno distímico, diagnosticado en el año 2008, haya sido la causa del padecimiento referido, pues su tratamiento no se prolongó más de 100 días.

Igualmente se razonó que:

«[...] este tribunal entiende que lo relevante no es tanto el suicidio, sino las concretas y terribles circunstancias en que el demandante conoció la muerte de su hijo, circunstancias que refuerzan y agravan la potencialidad lesiva, que se manifestó desde el primer momento como advirtió el Dr. Calixto , ex director del IML de Gerona, que nunca se había encontrado una situación como aquella y constató que el Sr. Saturnino al tiempo del levantamiento del cadáver estaba shockado, desquiciado, enloquecido. Que aquello no fue una reacción momentánea se constata con el informe de un mes posterior de la psicóloga Sra. Angustia . En suma es el descubrimiento del hijo moribundo y su posterior fallecimiento lo que constituye esa causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, segundo elemento necesario para determinar la realidad de un accidente amparado por la póliza de seguro».

6.- Contra dicha sentencia se interpuso por la compañía demandada el correspondiente recurso de casación, en que se sostuvo la infracción del art. 100 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS), por estimar que los hechos enjuiciados no constituían un evento encuadrable en el ámbito específico y pactado de un contrato de tal clase.

Igualmente se fundamentó el recurso en una vulneración de lo dispuesto en el art. 20.8 de la LCS, al concurrir causa justificada para la no imposición de los intereses moratorios previstos en dicho precepto.

SEGUNDO. - Recurso de casación. Formulación del primer motivo.

1.- El primero de los motivos del recurso de casación interpuesto por razón de la cuantía de la pretensión, al amparo del art. 477.2. 2o de la LEC, se fundamenta en la vulneración del art. 100 de la LCS.

2.- En su desarrollo se argumenta, en síntesis, que (i) no concurren los presupuestos normativos exigidos por el art. 100 de la LCS para considerar que nos hallamos ante un accidente

objeto de cobertura, pues las dolencias psíquicas que padece el actor no cumplirían los requisitos de responder a una causa externa y súbita; (ii) la patología psiquiátrica sufrida, además de ser endógena, no se padeció por el actor en el trágico momento en que descubrió a su hijo en el trance de la muerte, sino que se manifestó con posterioridad, resolviéndose inicialmente el duelo de forma adecuada y no patológica, como se desprende del hecho de que la baja laboral del demandante no se produjo hasta un año y tres meses después; (iii) para poder hablar de accidente, la lesión corporal debe ser física, o de ser psíquica, que vaya unida a una lesión física de la que fuera consecuencia, según resultaría de la sentencia de esta Sala núm. 516/2002, de 30 de mayo.

TERCERO. - Consideración previa. Delimitación del ámbito del recurso de casación: respeto de los hechos declarados probados.

1.- Antes de entrar en el análisis de este motivo de casación es necesario realizar una consideración previa, derivada de la propia naturaleza del recurso interpuesto por la compañía de seguros demandada, que veda cuestionar la base fáctica de la sentencia recurrida.

Constituye doctrina reiterada de esta Sala que la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente cuestionarse a través del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del art. 469.1. 4.º LEC, cuando concurra un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba o por la infracción de una norma tasada atinente a tan fundamental función de la jurisdicción, siempre que resulte vulnerado el canon de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en art. 24 CE (SSTS 1069/2008,

de 28 de noviembre; 458/2009, de 30 de junio; 736/2009, 6 de noviembre; 333/2013, de 23 de mayo; 615/2016, de 23 de mayo y 239/2019, de 24 de abril).

2.- Sin embargo, en el caso presente la parte demandada no ha interpuesto el mentado recurso para obtener la excepcional revisión del material fáctico de la instancia. En este sentido, la sentencia de esta Sala núm. 484/2018, de 11 de septiembre, entre otras muchas, proclama que:

«Los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión)».

Disentir de los presupuestos jurídicos sobre los que se fundamenta y delimita el ámbito de cobertura del seguro de accidentes litigioso, con alegada vulneración de lo dispuesto en el art. 100 de la LCS, constituye una supuesta infracción de una norma de derecho sustantivo, susceptible de ser incardinada en el campo específico del recurso de casación interpuesto; ahora bien, bajo el condicionante de respetar los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, ya que el recurso casación, como hemos venido destacando, no constituye una tercera instancia.

3.- Esta consideración previa resulta necesaria en el presente caso en el que la parte recurrente incurre en el defecto de hacer



supuesto de la cuestión o petición de principio, cuando sostiene que: (i) la distimia previa del actor, la enfermedad neoplásica que padecía su esposa, el fallecimiento ulterior de su padre, supone que no existió relación causal entre el trauma psíquico sufrido por el descubrimiento del hijo ahorcado y posteriormente fallecido en las circunstancias descritas y su posterior declaración de invalidez, en contra de la valoración probatoria de la Audiencia que afirma ese nexo causal; y (ii) que el suicidio del hijo del demandante fuera previsible como si de una fatal e irremediable consecuencia se tratase, hecho ajeno a los declarados probados por la Audiencia.

En definitiva, la parte recurrente da su versión de lo acontecido, bajo la expresión literal «el verdadero debate fáctico en nuestra opinión», o sosteniendo que la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia es «totalmente errónea, ilógica y arbitraria», procediendo a realizar una valoración probatoria alternativa y distinta del *factum* del proceso, con cita de documentos e informes periciales, lo que resulta incoherente con la clase de recurso interpuesto, pues la revisión probatoria pretendida, como se ha dicho, está vedada en sede casacional.

4.- Cuestión distinta, por su carácter jurídico-sustantivo, es si concurren los requisitos para poder hablar de un accidente respetando los hechos probados de la Audiencia, y si el seguro de accidentes cubre sólo el daño físico o también el psíquico, y si, en este último caso, éste necesariamente ha de derivar de un previo daño de aquella otra naturaleza.

CUARTO. Decisión de la Sala. Ámbito objetivo del seguro de accidentes y concepto jurídico de «accidente».

1.- *Ámbito propio del seguro de accidentes.* El seguro de accidentes tuvo su origen histórico en la necesidad de resarcir las lesiones personales derivadas de los accidentes de ferrocarril. Posteriormente, amplió su campo de actuación a la esfera laboral con la pretensión de cubrir los accidentes sufridos por los trabajadores en el desempeño de sus funciones, que se desarrolló normativamente bajo la tutela de la legislación laboral. En su progresiva evolución incrementó su ámbito específico de cobertura a otra clase de accidentes, producidos en variados ámbitos sectoriales de la actividad humana, tales como deportes, viajes, determinadas profesiones, etc.

2.- A diferencia del seguro de

responsabilidad civil, por medio del cual se pretende la indemnidad patrimonial del asegurado ante la eventualidad de daños sufridos por personas o cosas de los que deba responder en los términos del art. 73 de la LCS, en el caso del seguro de accidentes se da cobertura a la circunstancia de haber sufrido el asegurado u otra persona una lesión corporal o la muerte derivada de un supuesto calificable como tal «accidente».

3.- También se diferencia el seguro de accidentes del derecho de daños, pues no pretende cubrir un eventual y posible daño patrimonial, sino corporal. Su objeto no es el daño causado en una cosa, sino el sufrido por una persona. Se trata, por lo tanto, de un seguro de personas (STS 29 de enero de 1996), en cuyas pólizas se contiene una valoración anticipada o *forfait* de las sumas aseguradas, según las lesiones, incapacidades o muerte sufridas derivadas del accidente, configurándose de tal manera como un seguro de sumas.

4.- Tampoco cabe confundir el seguro de accidentes con el seguro de vida, en la medida en que en éste es la muerte o la supervivencia, o ambas a la vez, las que conforman el objeto de la cobertura, que obliga a la compañía aseguradora a satisfacer al beneficiario un capital, renta u otras prestaciones convenidas (art. 83 LCS); mientras que lo que cubre el seguro de accidentes es la lesión corporal, que llegue a producir la muerte - o la invalidez temporal o permanente - del asegurado, como consecuencia del accidente (art. 100 LCS).

5.- En este esfuerzo delimitador, la sentencia de esta Sala núm. 1148/2003, de 27 de noviembre, diferenció también el seguro de accidentes, del seguro de vida y del del seguro de enfermedad:

«[...] en el seguro sobre la vida, para el caso de muerte, el riesgo asegurado es precisamente el fallecimiento de la persona, cualquiera que sea su causa, salvo que ésta se encuentre excluida de manera expresa en la póliza (artículo 91). En el seguro de enfermedad, el riesgo es precisamente la presencia de ésta, que puede ser causa no sólo de los gastos necesarios para su cuidado, sino también de una invalidez, temporal o permanente, pero, a diferencia de lo que sucede en el accidente, la enfermedad ha de deberse a unas causas diversas a las que producen éste».

Por tanto, la enfermedad queda cubierta por el seguro, si se trata de un seguro de

enfermedad, cualquiera que sea su causa, sin perjuicio de la delimitación del riesgo que puedan pactar las partes, pero sólo queda cubierta por un seguro de accidentes cuando la causa de la enfermedad, que derive en la muerte o invalidez del asegurado, sea un accidente.

Es decir, el seguro de accidentes no queda delimitado negativamente por la inexistencia de una enfermedad, sino que lo determinante es si la lesión corporal sufrida, y que deriva en resultado de muerte o invalidez, ha sido causada por un «accidente» en el sentido que a esta expresión le da el art. 100 LCS. En esta medida no existe una dicotomía excluyente entre accidente y enfermedad, pues la lesión corporal causada por el accidente puede derivar en un proceso patológico temporal o permanente. Lo relevante es la causa eficiente que provoca dicho resultado, y si dicha causa puede o no subsumirse en el concepto legal de «accidente». Lo que obliga a precisar el concepto jurídico de «accidente» a los efectos de la aplicación del régimen legal del contrato de seguro de accidentes.

QUINTO. - El concepto jurídico de accidente. Su cotejo con las circunstancias de la litis.

1.- *El concepto jurídico de accidente.* El contrato de seguro, objeto de este proceso, pivota sobre el concepto de accidente, definido por la RAE, en su acepción segunda, como «suceso eventual o acción de la que resulta daño involuntario para las personas o las cosas».

El art. 100 de la LCS contiene los elementos jurídicos definidores del concepto de accidente, sin perjuicio de las facultades configuradoras de las partes, al regir en la materia el principio de la libre autonomía de la voluntad. En el caso que nos ocupa, coincide el riesgo contractualmente cubierto, según es definido en la póliza, con el concepto legal.

Pues bien, conforme al precitado art. 100 LCS:

«Sin perjuicio de la delimitación del riesgo que las partes efectúen en el contrato se entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte».

2.- Conforme a esta definición legal, para que se produzca el siniestro típico es necesario

la confluencia de una cadena o sucesión de hechos con relevancia jurídica, íntimamente conectados entre sí, que la doctrina denomina «desgracia accidental», consistentes en la concurrencia de: (i) un evento violento, súbito, externo e involuntario (causa inicial, originadora o eficiente); (ii) que genere una lesión corporal (efecto de la causa inicial y causa secundaria del resultado final); (iii) que, a su vez, produzca invalidez temporal, permanente o la muerte (resultado final).

3.- Por tanto, no cabe confundir la lesión con el accidente. Aquélla es la consecuencia de la concurrencia de una causa violenta súbita, externa y ajena a la voluntad del asegurado. De manera tal que, desde la perspectiva del seguro, no puede haber accidente sin la existencia de una lesión corporal; quedando también al margen de la cobertura las lesiones que no respondan a un evento causante que reúna los requisitos del art. 100 de la LCS. Es igualmente preciso que la lesión sufrida produzca la muerte, la invalidez temporal o permanente.

Sólo la concurrencia de todos estos factores determinará la obligación de la compañía de hacerse cargo del siniestro asegurado, por conformar conjuntamente los elementos constitutivos del accidente objeto de cobertura. Por tanto, resulta preciso su examen individualizado, a fin de permitir delimitar con precisión el concepto de «accidente» que se requiere para poder dar respuesta al recurso interpuesto.

4.- *Los elementos constitutivos del concepto legal de accidente.* Conforme a lo dispuesto en el art. 100 de la LCS, las notas constitutivas o caracterizadoras del evento o causa originadora o eficiente del concepto legal de accidente son las siguientes: «violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado». Analizaremos cada uno de estos caracteres separadamente.

5.- *Evento involuntario.* Es necesario que el accidente sea ajeno a la intención del asegurado; es decir, que no haya sido buscado de propósito; o, dicho de otra manera, que se produzca independientemente de la voluntad del asegurado.

En este sentido, el art. 102 de la LCS señala que «si el asegurado provoca intencionadamente el accidente, el asegurador se libera del cumplimiento de su obligación». Igualmente, en el supuesto de que el beneficiario «cause dolosamente el siniestro quedará nula la

designación hecha a su favor», caso en el cual «la indemnización corresponderá al tomador o, en su caso, a la de los herederos de éste». En definitiva, quien se lesiona voluntariamente no sufre un accidente.

La sentencia de esta Sala núm. 639/2006, de 9 de junio, se refiere a este requisito de la forma siguiente:

«Puede interpretarse la intencionalidad como un término equivalente a culpabilidad, al menos en el sentido de entender que la acción realizada por el sujeto ha de haber sido querida por él, siendo, por consiguiente, fruto de su voluntad».

Sólo son susceptibles de ser consideradas como intencionales las situaciones en las que el asegurado provoca consciente y voluntariamente el siniestro o, cuando menos, se lo representa como altamente probable y lo acepta para el caso de que se produzca (SSTS de 9 de junio de 2006 y 1029/2008, de 22 de diciembre).

6.- En el caso enjuiciado, no podemos hablar, bajo ningún concepto, de evento intencionado, ni de lesión corporal causada o fingida, ni tan siquiera se sugiere por parte de la compañía aseguradora.

7.- *Evento externo.* La exterioridad se predica en este caso del cuerpo de la víctima, es decir que la lesión corporal no responda a un proceso patológico interno o endógeno. Es preciso que se desencadene por la acción de fuerzas o causas exteriores al sujeto que sufre el accidente. El carácter externo se refiere a la causa, no a los efectos, que pueden ser trastornos o daños corporales internos.

La sentencia 613/2000, de 20 de junio, hace hincapié en este requisito, al exigir que se trate de una causa «proveniente del mundo exterior materialmente perceptible y no a consecuencia de una patología interna o enfermedad del organismo humano que actúa como síndrome subyacente».

La jurisprudencia es constante cuando exige que la lesión ha de tener su origen en una causa diversa a un padecimiento orgánico, de manera tal que no sea desencadenada, de forma exclusiva, o, fundamentalmente, por una enfermedad (SSTS de 13 de febrero de 1968, 29 de junio de 1968, 23 de febrero de 1978, 7 de junio de 2006, 10 de diciembre de 2007 y 118/2008, de 21 de mayo).

Lo que excluye esta jurisprudencia es que la lesión corporal asegurada sea desencadenada «de forma exclusiva, o, fundamentalmente» por una enfermedad. No excluye que a la lesión haya podido contribuir como concausa de carácter secundario una determinada patología previa (por ejemplo, la rotura de huesos por una caída fortuita de una persona que sufra osteoporosis). Dicho en otros términos: la existencia de dicha patología previa no constituye causa de exoneración de la obligación resarcitoria del asegurador (vid. sentencia de esta Sala núm. 1067/2003, de 11 de noviembre, en un caso de infarto de miocardio causado por causa externa en una persona que padecía hipertensión arterial).

8.- Consideramos concurrente igualmente este requisito en el supuesto de hecho enjuiciado. La existencia de un diagnóstico por estrés postraumático exige un trauma psíquico desencadenante que responda a una causa exterior, de la misma manera que las depresiones pueden ser endógenas o exógenas, éstas últimas de naturaleza reactiva a un evento desencadenante mal resuelto o no superado.

Del manual de diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales elaborado por la Asociación Norteamericana de Psiquiatría e internacionalmente aceptado por la comunidad científica, se desprende indirectamente la siguiente definición del «trauma psíquico»:

«exposición personal directa a un suceso que envuelve amenaza real o potencial de muerte, grave daño u otras amenazas a la integridad física personal, ser testigo de un suceso que envuelve muerte, daño o amenaza a la integridad física de otra persona, enterarse de la muerte no esperada o violenta, daño serio, amenaza de muerte o daño experimentado por un miembro de la familia u otra relación cercana» (criterio A 1)».

En la décima revisión de la Clasificación Internacional de las Enfermedades Mentales CIE 10, de la OMS, lo define como:

«trastorno que surge como respuesta tardía o diferida a un acontecimiento estresante o a una situación (breve o duradera) de naturaleza excepcionalmente amenazante o catastrófica, que causarían por sí mismos malestar generalizado en casi todo el mundo, entre los que se encuentra ser testigo de la muerte violenta de alguien.»

La jurisprudencia ha admitido que un hecho

externo pueda causar una lesión corporal interna, como acontece con la doctrina del tratamiento jurídico del infarto de miocardio como accidente derivado de una situación previa de presión y estrés, consecuencia del aumento del trabajo (STS de 14 de junio de 1994), del esfuerzo físico en el desarrollo de la actividad laboral (STS de 27 de diciembre de 2001), del esfuerzo y tensiones en el desempeño del trabajo (STS de 27 de febrero de 2003), todas ellas citadas por la sentencia 709/2015, de 18 de diciembre, o incluso proveniente del ejercicio físico de especial intensidad en la práctica deportiva (STS 23 de octubre de 1997).

Las definiciones médicas reseñadas, en conjunción con la jurisprudencia citada (que diferencia claramente entre el carácter externo del hecho o evento lesivo y el carácter interno de la lesión corporal), permiten concluir que los trágicos acontecimientos descritos y acreditados en la instancia determinan la concurrencia en el presente caso del requisito de la cualidad externa del evento enjuiciado.

9.- *Evento violento súbito.* Significa que opera con ímpetu y fuerza contra el cuerpo humano. La violencia se predica de la intensidad del resultado producido y su capacidad lesiva, en este caso, evidente, al provocar la invalidez del actor.

Además, el hecho desencadenante ha de ser imprevisto, como acontece en el caso que nos ocupa. Es cierto que el hijo del actor era objeto de tratamiento y atención médica previa. Ahora bien, de haberse apreciado de forma clínica y objetiva riesgo autolítico grave e inmediato, dentro de la imprevisibilidad del comportamiento humano, hubiera sido objeto de medidas de internamiento psiquiátrico. El padre no podía prever que, al llegar a su casa, se encontrase a su hijo colgado en el cuarto de baño.

10.- El accidente es un evento que ha de operar con rapidez e intensidad sobre la persona que lo sufra, causándole una lesión corporal. Un hecho no deja de ser súbito cuando las consecuencias últimas de las lesiones inicialmente sufridas se revelen o agravan con el tiempo.

Es decir, el carácter súbito se predica del evento lesivo, de la causa originadora o eficiente de la lesión. Este carácter implica también una inmediatez temporal entre dicho evento y su impacto sobre la persona que lo sufre, pero no requiere que el resultado o efecto lesivo,

que ya *in fieri* debe estar presente en el primer momento, inmediato a la aparición del evento causante, haya desplegado toda su eficacia dañosa en esa primera fase temporal. Es decir, no es preciso que el daño asegurado (muerte o invalidez derivada de la lesión corporal) sea también coetáneo a la aparición del evento causante de la lesión, sino que puede aparecer en una fase posterior como consecuencia de la evolución propia de la patología interna generada por el accidente, siempre que el nexo causal entre éste y aquella quede claramente establecido.

SEXO. - El concepto legal de «lesión corporal» a los efectos del contrato de seguro de accidente. Precedentes jurisprudenciales.

1.- Es necesario que el accidente desencadene una lesión corporal, que afecte a la integridad de una persona, con eficacia lesiva directa. Por «lesión corporal», ha de entenderse toda alteración de la integridad del cuerpo humano, tanto en su aspecto físico como psíquico. Por tanto, la lesión sufrida puede ser física y psíquica, sin perjuicio del juego de las cláusulas limitativas del riesgo contratado.

2.- Así lo admitió la sentencia de esta Sala núm. 516/2002, de 30 de mayo, en la que razonamos:

«En cuanto al primero de los elementos de esa definición, la «lesión corporal», ha de entenderse por lesión toda alteración de la integridad del cuerpo humano, tanto en su aspecto físico como psíquico; en el presente caso, el padecimiento psíquico del asegurado es consecuencia directa de las lesiones físicas por él padecidas en el accidente de circulación que sufrió. Dada esa relación directa entre las lesiones corporales y el cuadro de stress postraumático que padece el asegurado, no existe obstáculo legal alguno para que, al amparo del art. 100 citado, pueda entenderse que el mismo está amparado por la póliza suscrita dado su carácter accidental y no procedente de un proceso patológico independiente de las lesiones físicas padecidas por el asegurado».

3.- En el caso resuelto por la citada sentencia el resultado lesivo causante de la invalidez fue un cuadro de estrés postraumático que, a su vez, fue causado por las lesiones físicas derivadas de un accidente de circulación. Por ello esa sentencia, aunque claramente incluía en el concepto de «lesión corporal» cualquier alteración de la integridad del cuerpo

humano, bien en su aspecto físico, bien en su aspecto psíquico, como se pronunció en un supuesto en que las lesiones psíquicas fueron el efecto de otras previas físicas, dejaba en pie la duda de si estas previas lesiones físicas, aun no siendo las causantes directas de la invalidez del asegurado, eran necesarias para calificar el suceso como «accidente», lo que dio lugar a diferentes opiniones en la doctrina.

4.- Estas dudas deben entenderse resueltas en sentido negativo por otros pronunciamientos jurisprudenciales posteriores.

Así, la sentencia de este tribunal núm. 997/2006, 11 de octubre, resolvió un hecho en el que se admitió como «lesión corporal» un daño psíquico, sin previa lesión física, consistente en una depresión reactiva a ideas obsesivo-compulsivas, causante de una invalidez permanente padecida por el asegurado. Este era policía de profesión y sufrió la depresión y posterior invalidez como consecuencia de haber sufrido dos atentados, el primero en grado de tentativa, consistente en la colocación de un artefacto explosivo en los bajos de su vehículo, y el segundo, tres meses después, por la explosión acaecida en la terraza de una vivienda aneja a la que habitaba.

La Audiencia estimó que tales hechos constituían un accidente cubierto por el seguro concertado, y este tribunal desestimó el recurso de casación, señalando que:

«[...] tampoco en este caso procede la revisión de la labor interpretativa puesto que la Sentencia declara expresamente probado que no puede negarse la condición de accidente a los efectos del seguro concertado al detrimento de la salud motivado por dos hechos claros, habiéndose declarado ya por esta Sala, en sentencia de 30 de mayo de 2.002 en referencia

al artículo 100 de la Ley de Contrato de Seguro que, en cuanto al primero de los elementos de esa definición, la «lesión corporal», ha de entenderse por lesión toda alteración de la integridad del cuerpo humano, tanto en su aspecto físico como psíquico».

5.- Por tanto, queda aclarado que para que concurra una «lesión corporal», en el sentido que da a este término el art. 100 LCS, no es preciso que la muerte o invalidez del asegurado sea causada por una lesión física, pudiendo ser causada por una lesión psíquica, precedida o no de otra de aquella naturaleza.

En el caso resuelto por la citada sentencia, el segundo atentado no afectó físicamente a la persona del asegurado, y el primero quedó en grado de tentativa. Pero ello no impidió que ambos atentados frustrados, de indiscutible carácter violento súbito, generasen unos efectos lesivos en la persona del asegurado, en forma de patologías psíquicas, que derivaron en su invalidez permanente.

6.- De la jurisprudencia de esta Sala también resulta que la lesión corporal puede ser interna y que el evento causante no precisa tener carácter físico. Así resulta de la doctrina de esta Sala sobre la problemática del infarto como accidente comprendido dentro de un seguro de esta clase, siempre que sea consecuencia inmediata, y debidamente acreditada, de una situación de estrés, esfuerzo físico o presión padecida por el asegurado.

7.- En este sentido, la STS 613/2000, de 20 de junio, señala que para considerar que nos encontremos ante un accidente, tal y como lo define el art. 100 de la LCS, es necesario que se den los requisitos siguientes:

«1o) Que se trate de una lesión corporal



y, que su causa sea súbita, esto es, con una afectación inmediata y no una patología más o menos prolongada, que suponga un deterioro progresivo hasta que se produzca el óbito.

«2o) Que sea violenta o proveniente del mundo exterior materialmente perceptible y no a consecuencia de una patología interna o enfermedad del organismo humano que actúa como síndrome subyacente.

«3o) Que concurra una causa externa que, es donde se cierne la dificultad de la decisión, para lo que resalta: que ha de entenderse por causa externa, todo lo que no provenga del mismo componente psicosomático del afectado».

8.- La sentencia 118/2018, de 21 de febrero, se refiere en concreto al requisito de la «causa externa» en relación con los infartos de miocardio (en que se produce una necrosis de parte del corazón por falta de riego sanguíneo debida a una obstrucción arterial), razonando su respuesta afirmativa a la concurrencia de tal requisito del siguiente modo:

«Nos hallaríamos ante un accidente en los episodios cardiacos o vasculares cuando, además de manifestarse súbitamente, concurren con una causa externa, como puede ser, por ejemplo, una fuerte excitación nerviosa debida a una discusión violenta, el hacer un esfuerzo violento o tener una impresión fuerte, entre otros (SSTS, Sala Cuarta, de 12 de diciembre de 1983, 9 de octubre de 1984, 19 de noviembre de 1985, 25 de marzo de 1986, 2 de febrero de 1987, 4 de marzo de 1988, 20 de marzo de 1990, 27 de junio de 1990, 14 de junio de 1994)».

9.- Esta línea jurisprudencial no quedó alterada por la sentencia de la Sala núm. 709/2015, de 18 de diciembre, que descartó que sea catalogable como accidente una rotura fibrilar, padecida jugando al pádel y el tromboembolismo pulmonar ulterior, causa directa de la muerte, que se produjo casi un mes más tarde de la lesión, pues la *ratio decidendi* en este caso estuvo en el hecho de la ausencia del carácter súbito del evento (lesión padecida jugando al pádel) en la medida en que su eficacia lesiva no fue inmediata ni directamente causante del fallecimiento:

«Es cierto que esta Sala en ocasiones, excepcionalmente y cuando el fallecimiento de la persona se produce por infarto de miocardio lo ha equiparado a «accidente» a efectos del contrato de seguro, pero para ello ha exigido

unos requisitos muy concretos, como que obedezcan a causa externa, inmediata y ajena a factores orgánicos» [...] que no puede estimarse que se esté en presencia de un accidente, en los términos en que es conceptualizado por el artículo 100 de la Ley de Contrato de Seguro puesto que se produce casi un mes más tarde de la lesión padecida jugando al pádel, lo que descarta esa aparición súbita exigida para la apreciación del accidente, y que la causa final del fallecimiento «ha de ser considerada como de progenia congénita por completo».

10.- En el presente caso, resulta extrapolable la jurisprudencia reseñada sobre la posible calificación de los infartos como accidente, en los términos señalados, pues el evento dañoso provocó una lesión corporal interna, en forma de graves patologías psíquicas, causantes, a su vez, de una invalidez permanente, como consecuencia de (i) una fuerte impresión emocional, (ii) unida a una intensa excitación nerviosa, y (iii) sumada también a un importante esfuerzo físico, fácilmente representable, requerido para proceder a descolgar el cuerpo del propio hijo, de veinte años de edad, y la aplicación de su pericia técnica como médico para asistir al hijo, intentando evitar el fatal desenlace, finalmente de forma infructuosa. Se produce en el presente caso, por tanto, una concurrencia no de uno, sino de los tres factores que cita la reseñada jurisprudencia de esta Sala, a título ejemplificativo, de en qué circunstancias un infarto o accidente cardiovascular puede entrar en el concepto de «accidente» del art. 100 LCS.

11.- Con ello mantenemos ahora el mismo criterio restrictivo que ha invocado dicha doctrina jurisprudencial, criterio que reafirmamos, pues no todo accidente cardiovascular ni todo estrés postraumático puede subsumirse en el citado concepto legal. No se trata en el presente caso de una situación de duelo mal resuelta, o de patologías psíquicas no invalidantes, o meramente transitorias, ni de situaciones que puedan ser calificadas como la contemplación accidental de hechos traumáticos que afecten a personas ajenas al círculo íntimo del asegurado.

Para que pueda hablarse de «accidente» en el sentido del art. 100 LCS, deben concurrir los singulares factores ya señalados, que, en este caso, a la vista de las particulares circunstancias concurrentes, por la especial intensidad del dramatismo objetivo que revisten, unidas al hecho de afectar directamente al hijo del asegurado, justifican la conclusión a que llegó

la Audiencia.

12.- En el caso de la presente litis, el hecho traumático desencadenó en el actor un shock psíquico que, además de especialmente virulento, según se describe en el relato fáctico hecho por la Audiencia, fue inmediato, constatado por el médico forense en el momento mismo del levantamiento del cadáver, y confirmado un mes más tarde por el informe de la psicóloga que examinó al actor.

El daño, por tanto, fue especialmente intenso, inmediato al evento causante, no transitorio, y sujeto a una evolución de agravación progresiva, conforme a la naturaleza de su propia etiología, según se desprende del nexo causal directo afirmado por la Audiencia, que desembocó finalmente, al cabo de un año y tres meses, en una invalidez permanente, por «accidente no laboral».

Esa evolución temporal de los padecimientos psíquicos del actor durante un periodo de más de un año, hasta llegar al resultado de su invalidez, no enerva esta conclusión, pues resulta acorde con su naturaleza. Precisamente en la definición de la CIE 10 de la OMS, una de las características del trastorno por estrés postraumático es que surge como respuesta tardía o diferida a un acontecimiento estresante.

13.- Esta conclusión, por lo demás, viene a coincidir con la adoptada en el ámbito de la jurisdicción de lo social, que reconoció al actor una invalidez permanente en el grado de incapacidad permanente absoluta derivada de accidente no laboral, excluyendo su consideración de enfermedad común, según la sentencia núm. 856/2015, de la Sala de lo Social (Secc. 1a) del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en la que razonó:

«Puesto que, del inalterado relato de la instancia, ante el hecho traumático del suicidio del hijo del actor, en las circunstancias en que lo fue, que han determinado el inicio y su gravedad, de la dolencia depresiva del actor. Derivado de algo externo, súbita en su aparición y limitación psíquica funcional al trabajador; no con un ulterior y progresivo desarrollo de la enfermedad, tardío, prolongado y evolutivo, hasta llegar a un resultado que es el valorado a efectos de incapacidad permanente. Sino que desde dicho inicio ya lo fue, con pronóstico grave y no mejorando con el tratamiento prescrito.

«Por lo que no es una enfermedad, reactiva o

no a algo externo, que se adquiere y lentamente conduce al final evolutivo permanente. Sino que es algo que puede reputarse repentino (la enfermedad y su gravedad), imprevisto que violenta la psique del actor, en la forma descrita, reactiva al estrés traumático sufrido».

SÉPTIMO. - *Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.* Pues bien, con tal base argumental hemos de resolver el supuesto litigioso que nos ocupa, y con ello concluir que debemos desestimar este motivo del recurso y confirmar la sentencia recurrida en la medida en que extiende el concepto de accidente, a los efectos del seguro de tal clase, a los hechos descritos y acreditados en la instancia, y cuya relación causal con la patología y la posterior invalidez sufrida por el actor es declarada probada por la sentencia recurrida, al concurrir todos los requisitos legales para ello, según hemos analizado ampliamente «supra».

La desestimación del primer motivo de casación hace necesario entrar a analizar segundo de los interpuestos, relativo a la infracción del art. 20.8 de la LCS.

OCTAVO. - *Formulación del segundo motivo del recurso.* 1.- El motivo se introduce con la siguiente fórmula:

«Segundo motivo: Infracción del artículo 20 de la Ley 50/1980 por entender que conforme al párrafo 8o de dicho precepto concurre causa justificada».

2.- En su desarrollo se invoca la doctrina de la sentencia de esta Sala núm. 641/2015, de 12 de noviembre, y las allí citadas, y se argumenta, en síntesis, que: (I) la incertidumbre sobre la cobertura del seguro supone una causa justificada para exonerar a la aseguradora del pago de los intereses del art. 20 LCS; (ii) cuando el asegurado comunicó el siniestro, la compañía aseguradora abonó sin dilación al asegurado el importe de 226.050,70 euros, correspondientes al seguro de vida que también tenía contratado; (iii) la comunicación del asegurado se refería a una incapacidad derivada de depresión mayor, lo que sin mayores análisis jurídicos o médicos se consideró enfermedad, ajena al objeto de cobertura en un seguro de accidentes; (iv) la existencia de opiniones de distintos psiquiatras que en el caso había considerado que la depresión venía precedida por antecedentes mentales de distimia previa y otras circunstancias familiares adversas que estarían relacionadas con dicha enfermedad, y que habría precedido al suicidio del hijo; y (v)

el criterio de los médicos del INSS, según los cuales estaríamos ante una enfermedad.

NOVENO. - *Decisión de la Sala. El régimen del art. 20 LCS sobre los intereses de demora a cargo de la aseguradora. Exoneración por la concurrencia de causas justificativas del retraso en el pago.*

El motivo debe ser estimado por las razones que siguen.

1.- El art. 20 de la LCS regula la mora de las compañías aseguradoras, como claramente resulta de lo dispuesto en el párrafo primero de dicho precepto, cuando establece que «Si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios, no obstante entenderse válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, se ajustará a las siguientes reglas».

Dentro de las cuales la regla 4.a señala que la indemnización por mora consistirá en «[...] el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100».

Como ha declarado esta Sala de forma reiterada, el art. 20 LCS es una norma de marcado carácter sancionador y de finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado (SSTS 13 de junio de 2007; 26 de mayo y 20 de septiembre 2011; y 14 de julio de 2016).

2.- La citada regulación legal sobre la mora de las compañías aseguradoras incluye, no obstante, una excepción a la referida obligación indemnizatoria, excepción contenida en la regla 8a del mismo art. 20 LCS, que dispone:

«No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable».

3.- Esta dispensa de la indemnización por mora ha sido objeto de interpretación por una abundante jurisprudencia de esta Sala. La sentencia 73/2017, de 8 de febrero, reiterada por la 461/2019, de 3 de septiembre, con cita de otras anteriores, resume la jurisprudencia sobre la interpretación y aplicación de la regla del artículo 20.8.o LCS.

Como se recuerda en dicha sentencia, la jurisprudencia ha mantenido una interpretación restrictiva de las causas que excluyen el devengo del interés de demora del art. 20 LCS, en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma, para impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados.

La mera existencia de un proceso judicial no constituye causa que justifique por sí sola el retraso en la indemnización, o permita presumir la racionalidad de la oposición. El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses, a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar.

Conforme declaramos en la sentencia 489/2016, de 14 de julio:

«la mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial [...] (SSTS 13 de junio de 2007; 26 de mayo y 20 de septiembre 2011)».

4.- La Audiencia, tras recordar esta misma jurisprudencia, ha excluido la concurrencia de causa justificativa de la mora en el presente caso, al considerar que, conforme a las circunstancias de la litis y al texto de la póliza, no existía incertidumbre alguna sobre la cobertura del seguro.

5.- Esta conclusión no puede confirmarse, pues no cabe apreciar que el retraso en el abono de la indemnización en este caso haya respondido a una conducta de mala fe, en el sentido de carente de causa justificada, por parte de la aseguradora que, a pesar de la ausencia de incertidumbre alguna, haya acudido

al procedimiento de forma abusiva y dilatoria. Con independencia de que la discrepancia entre las partes se haya resuelto en el sentido favorable a la cobertura del siniestro, ese resultado no puede entenderse como el hito conclusivo inexorable o único compatible con el canon de razonabilidad en el momento inicial del procedimiento.

La prueba de que no era totalmente ilógica e irracional la postura de partida de la demandada resulta del mismo hecho de que su tesis, que partía de la exclusión de la cobertura por considerar que el hecho causante del daño era calificable como enfermedad común (depresión mayor) y no como accidente, fue la tesis sostenida por el juzgado de primera instancia, y también por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en el procedimiento seguido ante la jurisdicción de lo social. El mismo hecho de que esta sentencia cuente con votos particulares pone de manifiesto que la tesis sostenida en el procedimiento por la demandada no puede ser calificada de dilatoria ni merecedora de la sanción en que consiste los intereses de demora en la cuantía que los fija el art. 20 LCS.

DÉCIMO. - Costas y depósito. 1.- Al haberse estimado en parte el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.2 LEC.

2.- Igualmente, al haberse estimado en parte el recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas de segunda instancia, conforme establece el mismo precepto.

3.- La estimación parcial del recurso de apelación conlleva la estimación en parte de la demanda, por lo que tampoco procede hacer imposición de las costas de primera instancia.

4.- Procede acordar también la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de casación y apelación, de conformidad con la disposición adicional 15a, apartado 8, LOPJ.

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 en parte el recurso de casación interpuesto por la compañía de seguros demandada Axa Seguros Generales S.A., contra

la sentencia de fecha 29 de junio de 2017, dictada por la sección 2.a de la Audiencia Provincial de Cantabria, en el recurso de apelación 144/2017, sin imposición de las costas correspondientes, y con devolución del depósito constituido para recurrir.

2.o- Casar la referida sentencia exclusivamente en lo relativo a la condena al pago de los intereses de demora del art. 20 LCS, que queda sin efecto alguno, y confirmarla en los demás pronunciamientos, con el resultado de desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en cuanto a la desestimación de la pretensión de condena al pago de los intereses moratorios, extremo en el que confirmamos la sentencia de 24 de enero de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.o 6 de Santander, en los autos de juicio ordinario 280/2016.

3.o- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación ni de las causadas en ambas instancias.

4.o- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación. Líbrense 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.

VOTO PARTICULAR formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Luis Seoane Spiegelberg, al que se ADHIEREN los Excmos. Sres. Magistrados D. Antonio Salas Carceller y D. Eduardo Baena Ruiz.

Discrepo respetuosamente de la opinión mayoritaria de la sala expresada en la sentencia. Expongo, a continuación, las razones por las que creo que el recurso de casación debería de ser estimado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Nada se objeta a los fundamentos de derecho primero y segundo de la sentencia del pleno. Mi discrepancia radica sobre la consideración de que los desgraciados hechos, objeto de este proceso, sean susceptibles de ser considerados como accidente, tal y como es delimitado en el art. 100 de la LCS, que contiene su definición legal, reproducida en la póliza suscrita.

Todo ello, con independencia del criterio seguido por la jurisdicción social, que no vincula a este tribunal. En este sentido, la STS 264/2015, de 11 de mayo, señala que «no cabe confundir el accidente que contempla la ley de contrato de seguro con el suceso o accidente laboral, que se sigue con criterios muy distintos conforme a las normas laborales, tuitivas del trabajador».

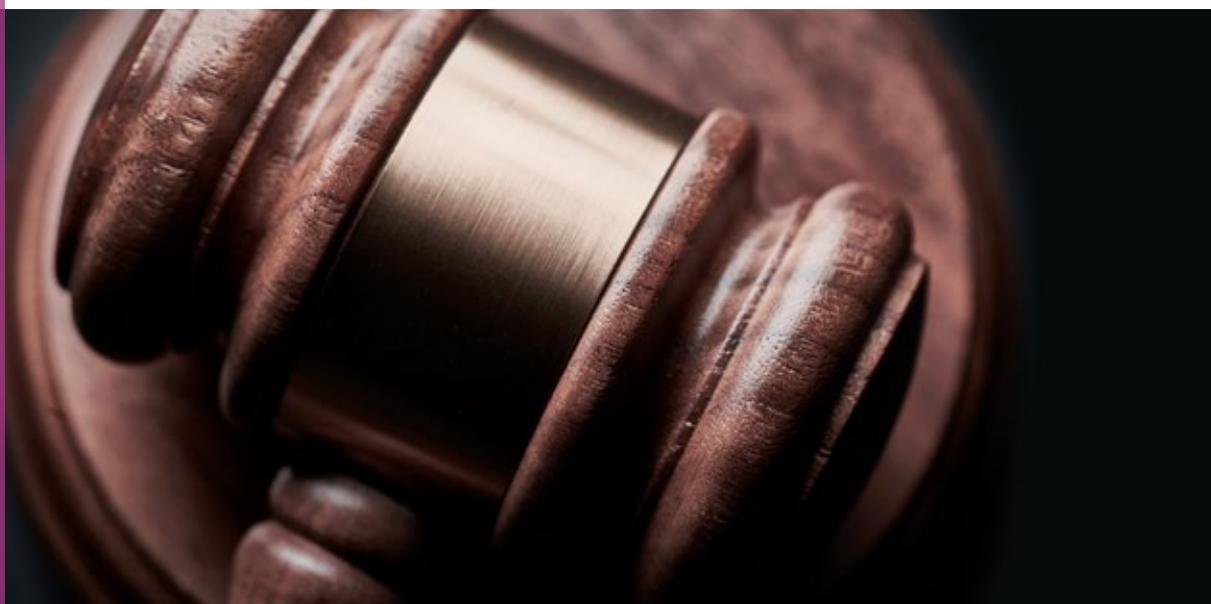
2. No se puede cuestionar la inmensa desgracia sufrida por el demandante por la fatal decisión de su hijo de poner fin a su vida. Si hay una ley natural que siempre debiera de ser respetada es que un padre nunca sobreviviera a un hijo. La experiencia traumática vivida por el actor desencadena la natural comprensión y empatía con el sufrimiento padecido, máxime además en las trágicas circunstancias en que se produjeron los hechos, descritas en la sentencia de pleno. Es pues natural la situación de intensa tensión emocional en la que se encontraba el demandante al procederse al levantamiento del cadáver. Tampoco se cuestiona que dicho acontecimiento fuera causa del trastorno por estrés postraumático padecido, lo que conforma además un hecho probado, intangible en casación, fijado por la sentencia de la Audiencia.

3. Ahora bien, para que se produzca el siniestro típico, cubierto por el seguro de accidentes, es necesario la confluencia de una cadena o sucesión de hechos con relevancia jurídica íntimamente conectados entre sí, que la doctrina denomina «desgracia accidental», consistentes en la concurrencia de un evento

violento, súbito, externo e involuntario, que genere una lesión corporal que, a su vez, produzca invalidez temporal, permanente o la muerte. Sólo la concurrencia de dichos factores determinará la obligación de la compañía de hacerse cargo del siniestro asegurado.

4. Analizando las particularidades del presente caso, deviene incuestionable que la conducta autolítica del desafortunado joven es un hecho violento, súbito y externo, que provocó su fallecimiento. Es cuestión distinta, si el descubrimiento, vivencia y asunción interna de este acontecimiento traumático por su padre, constituye un hecho susceptible de ser calificado como accidente a los únicos efectos de un seguro de tal naturaleza. El actor ya fue indemnizado, por la compañía demandada, en virtud de un seguro de vida e invalidez igualmente concertado, con la suma de 226.050,70 euros, que es la cobertura que entiendo le corresponde, pero no la específica del seguro de accidentes con base al cual acciona.

5. En el manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales de la sociedad norteamericana de psiquiatría, versión manejada DSM IV, dentro del epígrafe F.43.1, figuran como criterios de diagnóstico de los trastornos por estrés postraumático, como el sufrido por el actor, en el apartado A), que: «La persona ha estado expuesta a un acontecimiento traumático en el que han existido: 1) la persona ha experimentado, presenciado, o le han explicado (o más) acontecimientos caracterizados por



muertes o amenazas para su integridad física o los demás; 2) La persona ha respondido con un temor, una desesperanza o un horror intensos».

En las características diagnósticas, entre los acontecimientos que pueden originar un trastorno por estrés postraumático, se incluyen, aunque no de forma exclusiva, «la observación de accidentes graves o muerte no natural de otras personas a causa de la guerra, accidentes, ataques violentos, desastres o ser testigo inesperado de muertes [...] así como «los acontecimientos traumáticos experimentados por los demás y que al ser transmitidos al individuo pueden producir en él un trastorno por estrés postraumático comprenden (aunque no de forma exclusiva) actos terroristas, accidentes graves o heridas de envergadura vividos por un familiar o un amigo cercano, o la constancia de que el propio hijo padece una enfermedad muy grave».

6. No considero que quepa extender el concepto de accidente, a los efectos del seguro de tal clase, a un hecho traumático de naturaleza psíquica, que experimente el asegurado a lo largo de su existencia, que le resulte intolerable para su psiquismo, de manera tal que dé lugar a una respuesta patológica, si no va unido a una lesión corporal directamente sufrida por el asegurado, o excepcionalmente psíquica, pero derivada de un suceso en el que haya sido protagonista principal y directo.

En este sentido, no considero que se pueda incardinar como accidente del art. 100 de la LCS, la vivencia de un hecho súbito y violento padecido por un familiar cercano, que sufra un siniestro de etiología traumática, realizando una tarea doméstica. Por supuesto, que sería accidente para quien personalmente es víctima del mismo, padeciendo a consecuencia de ello una invalidez o incluso la muerte; pero no para quien simplemente es testigo presencial de lo sucedido, aunque conforme un shock psíquico, que genere un trastorno por estrés postraumático, como respuesta a la negativa experiencia vivida, siendo indiferente a tales efectos que se tengan conocimientos médicos para auxiliar al familiar o que este muera en sus brazos.

No considero tampoco que constituya un accidente, con los requisitos del art. 100 de la LCS, el hecho de contemplar la precipitación accidental o intencionada de una persona, o la colisión de dos vehículos de motor con lesionados o muertos, incluso cuando uno de ellos sea hijo del asegurado. Ni naturalmente

el impacto psicológico que pueda producir el conocimiento de un hecho trágico padecido por un familiar cercano. De la misma manera, que no es accidente, bajo mi criterio, el impacto psicológico que le puede producir a un psiquiatra el suicidio de un enfermo depresivo al que trata, aunque se produzca en su hospital y al que infructuosamente intente reanimar.

Es cierto que, en todos estos ejemplos, nos hallamos ante hechos violentos, súbitos, externos e imprevistos, pero no sufridos directamente por el asegurado, sino por otras personas, como es el caso que enjuiciamos, en el que el padre no era el destinatario de la conducta autolítica de su hijo, sino que fue éste el que, en su trágica decisión, puso fin a su existencia, sufriendo el padre el trauma emocional, del descubrimiento de lo acontecido, todo ello unido a los vínculos afectivos incuestionables derivados de las relaciones paterno filiales.

No identifico, por lo tanto, en contra del criterio mayoritario, y el enorme respeto que me merece, que la situación de estrés sufrida por el asegurado, al descubrir lo acontecido, sea un hecho violento, súbito, externo subsumible en la condición de accidente en los términos del art. 100 de la LCS, como si lo es el proceso causal elegido por su hijo para el suicidio. De la misma forma que no estimo que, al tiempo de concertación del seguro, las partes contratantes contemplasen un riesgo de tal clase como objeto de la cobertura suscrita; siendo el riesgo el alma y nervio del contrato, la causa de su concertación.

7. La jurisprudencia sobre el contrato de seguro de accidentes no aporta precedentes decisorios válidos a la casuística del hecho litigioso, sino que, particularmente, entiendo, es ajena a la solución mayoritaria.

En efecto, el caso litigioso no es identificable con la consideración del infarto de miocardio como accidente, admitido como tal por la jurisprudencia, con carácter restrictivo, siempre que sea consecuencia, inmediata y debidamente acreditada, de una situación de estrés, esfuerzo físico o presión padecida por el asegurado.

En este sentido, la STS 613/2000, de 20 de junio, señala que es necesario que concurra, entre otros, el requisito siguiente:

«1o) Que se trate de una lesión corporal y, que su causa sea súbita, esto es, con una afectación inmediata y no una patología más o menos prolongada, que suponga un deterioro

progresivo hasta que se produzca el óbito».

La STS 118/2018, de 21 de febrero, razona igualmente que:

«Nos hallaríamos ante un accidente en los episodios cardiacos o vasculares cuando, además de manifestarse súbitamente, concurren con una causa externa, como puede ser, por ejemplo, una fuerte excitación nerviosa debida a una discusión violenta, el hacer un esfuerzo violento o tener una impresión fuerte, entre otros (SSTS, Sala Cuarta, de 12 de diciembre de 1983, 9 de octubre de 1984, 19 de noviembre de 1985, 25 de marzo de 1986, 2 de febrero de 1987, 4 de marzo de 1988, 20 de marzo de 1990, 27 de junio de 1990, 14 de junio de 1994)».

En este caso, el acontecimiento vivido desencadenó en el actor un impacto emocional perfectamente representable para cualquier persona que desgraciadamente lo sufra. Ahora bien, es lo cierto que los trastornos padecidos no se generaron de forma inmediata, sino que fueron producto de una afectación psíquica, y no directamente física como el infarto, que se fue elaborando paulatinamente, conformando una patología más o menos prolongada en el tiempo, generadora de un deterioro progresivo, en contra de los criterios de la precitada STS 613/2000, para que el infarto sea considerado accidente.

Precisamente, en la definición de la CIE 10 de la OMS, una de las características del trastorno por estrés postraumático es que surge como respuesta tardía o diferida a un acontecimiento estresante. Y buena muestra de lo expuesto es que la baja laboral del actor no se produce hasta transcurridos un año y tres meses del evento dañoso, siendo inicialmente adecuada la gestión del duelo, de manera que el demandante no se vio impedido, durante un significativo periodo de tiempo, para dedicarse a su actividad habitual, a diferencia de los efectos fulminantes que produce el infarto de miocardio, ya sean estos mortales o tributarios de tratamiento urgente. Es, por ello, que ambas situaciones no son asimilables y la jurisprudencia sobre el infarto, que predica además su carácter restrictivo y no extensivo, no la considero aplicable al caso que nos ocupa.

Tampoco puedo compartir el argumento de la sentencia recurrida de que contribuyó al resultado producido el «importante esfuerzo físico, fácilmente representable, requerido para proceder a descolgar el cuerpo del propio hijo, de veinte años de edad, y la aplicación de su

pericia técnica como médico para asistir al hijo», pues no veo relación entre un esfuerzo físico de tal clase y el trastorno mental padecido, otra cosa es el impacto emocional.

8. En el supuesto enjuiciado por la STS 516/2002, de 30 de mayo, el daño psíquico procedía de una previa lesión física, siguiendo en este sentido el criterio mayoritario de la doctrina, tanto nacional como foránea, que, a la hora de interpretar el art. 100 de la LCS, identifica la lesión corporal con la física, o, incluso, la psíquica, pero siempre que ésta última derive directamente de otra de aquélla naturaleza, y así se razona:

«En cuanto al primero de los elementos de esa definición, la «lesión corporal», ha de entenderse por lesión toda alteración de la integridad del cuerpo humano, tanto en su aspecto físico como psíquico; en el presente caso, el padecimiento psíquico del asegurado es consecuencia directa de las lesiones físicas por él padecidas en el accidente de circulación que sufrió. Dada esa relación directa entre las lesiones corporales y el cuadro de stress postraumático que padece el asegurado, no existe obstáculo legal alguno para que, al amparo del art. 100 citado, pueda entenderse que el mismo está amparado por la póliza suscrita dado su carácter accidental y no procedente de un proceso patológico independiente de las lesiones físicas padecidas por el asegurado».

La situación descrita no guarda, de nuevo, identidad de razón con el caso que nos ocupa, pues el actor no sufrió, directamente, sobre su persona, una lesión física de la que se desencadenase un padecimiento psíquico ulterior en clara relación causal.

9. En la STS 997/2006, de 11 de octubre, se admitió el daño psíquico, sin una previa lesión física, consistente en una depresión reactiva a ideas obsesivo-compulsivas, causante de una invalidez permanente padecida por el asegurado, como consecuencia de haber sufrido dos atentados; el primero de ellos, en grado de tentativa, consistente en la colocación de un artefacto en los bajos de su vehículo; y, el segundo, tres meses después, por la explosión acaecida en una terraza de una vivienda aneja a la que habitaba, que consideró dirigida a su persona. En este caso, además la baja médica se produjo escasos días después del segundo atentado.

La Audiencia estimó que tales hechos constituían un accidente cubierto por el seguro

concertado, y este tribunal desestimó el recurso de casación, señalando al respecto que;

«[...] tampoco en este caso procede la revisión de la labor interpretativa puesto que la Sentencia declara expresamente probado que no puede negarse la condición de accidente a los efectos del seguro concertado al detrimento de la salud motivado por dos hechos claros, habiéndose declarado ya por esta Sala, en sentencia de 30 de mayo de 2.002 en referencia al artículo 100 de la Ley de Contrato de Seguro que, en cuanto al primero de los elementos de esa definición, la «lesión corporal», ha de entenderse por lesión toda alteración de la integridad del cuerpo humano, tanto en su aspecto físico como psíquico».

Ahora bien, en ese caso, el evento dañoso se hallaba vinculado a la actividad profesional del asegurado como policía, los hechos violentos, súbitos e imprevistos habían sido dirigidos directamente contra su persona y la repercusión psíquica padecida fue inmediata; mientras que, en el caso que ahora valoramos, el suceso acaecido no tenía como destinatario el actor, sino que fue consecuencia de la desafortunada decisión de su hijo de poner fin a su vida, por supuesto tampoco tenía relación alguna con la actividad del demandante y su baja laboral se produjo más de un año después.

10. En el caso enjuiciado, no concurre un protagonismo directo pasivo del asegurado en el acontecimiento causante del trastorno psíquico que provocó su invalidez. Se trata de un desgraciado hecho de otro, en el que el asegurado no tuvo participación alguna en su génesis, ni fue dirigido contra su persona, sino simplemente vivenciado, al descubrir el suicidio de su hijo, y todo ello por doloroso que resulte.

Aunque obviamente no es lo mismo un seguro de responsabilidad civil que otro de accidentes, en el baremo del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, concretamente en la Tabla II, apartado 2. A.1. B), se señala, con respecto a las secuelas por estrés postraumático, que «es indispensable que el cuadro clínico se produzca como consecuencia de un accidente de circulación de naturaleza excepcionalmente amenazante o catastrófica en el que se hayan producido lesiones graves o mortales, y en el que la víctima se haya visto directamente involucrada».

No, por lo tanto, cuando sea simple testigo del accidente automovilístico, o estuviera implicado en él un familiar próximo, aunque puedan ser los expuestos factores desencadenantes de un trastorno psíquico como el sufrido por el actor. Cuestión distinta sería, si fuera en el interior del vehículo siniestrado, al producirse el accidente automovilístico -que indiscutiblemente es un hecho súbito violento, externo e imprevisto- pues entonces también sería sujeto pasivo de un siniestro con los requisitos del art. 100 de la LCS, y no simple testigo involuntario de lo acontecido o sujeto desafortunado que vivenció un acontecimiento trágico.

La fatal experiencia sufrida por el demandante, tras la contemplación directa y personal de la consumación de la conducta autolítica de su hijo y su infructuoso intento de reanimarlo, no lo consideró pues accidente a los efectos de un seguro de tal clase, y, en ello, radica mi respetuosa discrepancia con la mayoría.

11. El conjunto argumental expuesto me conduce a apartarme del criterio de la de la sentencia del pleno de esta sala, y, en consecuencia, considero que la decisión procedente debiera ser la recogida en el siguiente:

FALLO

1.0- Estimar el recurso de casación interpuesto por la compañía de seguros demandada Axa Seguros Generales S.A., contra la sentencia de fecha 29 de junio de 2017, dictada por la sección 2.a de la Audiencia Provincial de Santander, en el recurso de apelación 144/2017, sin imposición de las costas correspondientes, y con devolución del depósito constituido para recurrir.

2.0- Casar la referida sentencia, y desestimando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, confirmar la sentencia de 24 de enero de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Santander, en los autos de juicio ordinario 280/2016, con preceptiva imposición de costas a la parte demandante recurrente y pérdida del depósito.

Por **Mariano Medina Crespo**
Abogado. Doctor en Derecho.

1. **El hecho.** El 4 de abril de 2010 el demandante, médico de profesión, se encontró en su domicilio a su único hijo que se había ahorcado, descolgándolo y tratando en vano de reanimarlo.
2. **El estrés postraumático** y su evolución. Se diagnosticó al demandante un estrés postraumático grave y una depresión reactiva también grave que dio lugar a que: a) al cabo de quince meses causara baja laboral durante casi un año; b) a que, unos meses antes, causara baja en el régimen de autónomos; y c) a que, después, la jurisdicción social le reconociera una incapacidad permanente absoluta derivada de un accidente no laboral; calificación ésta que excluye su consideración como enfermedad común y que, como tal, no vinculaba a la jurisdicción civil, pero que resulta bastante difícil desconocerla en ella.
3. **La póliza de accidentes** y su cobertura. El demandante tenía concertada una póliza de seguro de accidentes con Axa, con un capital asegurado de cerca de 840.000 € en caso de invalidez permanente dimanante de una lesión corporal sufrida como

“(…) Según la clasificación internacional de las enfermedades mentales, de la OMS, el trauma psíquico es el efecto súbito o diferido de un acontecimiento estresante de naturaleza excepcionalmente amenazante o catastrófica, pudiendo originarse al serse testigo de la muerte violenta de alguien.”

consecuencia de un accidente consistente en un evento violento, súbito, externo y ajeno a la intención del asegurado.

4. **La lesión psíquica como especie de una lesión corporal.** El demandante fue víctima de un duelo patológico que constituye una lesión corporal psíquica consistente en el padecimiento de un estrés postraumático grave.
5. **Consistencia del trauma psíquico.** Según la clasificación internacional de las enfermedades mentales, de la OMS, el trauma psíquico es el efecto súbito o diferido de un acontecimiento estresante de naturaleza excepcionalmente amenazante o catastrófica, pudiendo originarse al serse testigo de la muerte violenta de alguien. De esta definición se hace eco el TS y, después, el voto particular.
6. **La cuestión debatida.** La cuestión a dilucidar estribaba en si esa lesión psíquica determinante de una invalidez permanente constituye un accidente, cuyos elementos constitutivos, previstos en el art. 100 de la LCS y en la póliza concertada son: a) lesión corporal; b) causa violenta y súbita; c) causa externa; y d) causa ajena a la intención del asegurado.
7. **La decisión del Pleno del TS.** El TS considera, de conformidad con lo apreciado por la sentencia recurrida (revocatoria de la absolutoria recaída en primera instancia), que se está ante un accidente cubierto por la póliza, por lo que confirma el fallo

principal del Tribunal de instancia, aunque suprime la imposición de los intereses moratorios especiales y nada dice sobre los ordinarios que, por lo tanto, se dejan de imponer. Lo normal es que, una vez suprimidos los especiales, dado que quien pide lo más pide lo menos, se hubieran impuesto los ordinarios, con devengo desde la fecha de la interpelación extrajudicial o judicial y comienzo de la mora procesal desde la fecha de la sentencia apelatoria.

8. **Referencia a los términos concretos del fallo casacional.** Al estimarse el recurso de casación, por la acogida del segundo motivo atinente a la imposición de los intereses moratorios especiales, tras haberse declarado no haber lugar al primero, referente a la condena del principal indemnizatorio cubierto por el seguro de accidentes, el TS asume la instancia y revoca parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de que, mantenida la condena por el principal pretendido, desestima la apelación en el extremo atinente a aquellos intereses, reputándolos improcedentes mediante la irregular fórmula de decir que en este punto se confirma la sentencia de primer grado que no los impuso; y digo que es fórmula irregular porque, siendo dicha resolución desestimatoria de la demanda, la negación de la condena por el principal pretendido conllevaba de suyo la imposibilidad de imponer el más mínimo interés moratorio.
9. **El fundamento del *decisum* del TS.** Se está ante un accidente cubierto por la póliza, dada la presencia de sus elementos constitutivos: a) porque la lesión psíquica es una lesión tan corporal como la física; b) porque la origina un evento violento y súbito que operó con fuerza sobre el cuerpo del asegurado; c) porque se produjo en virtud de un evento exterior o extraño al cuerpo del asegurado, sin que deje de serlo por la predisposición de padecer una enfermedad de tipo psíquico, al igual que sucede con quien, padeciendo una osteoporosis, sufre la rotura de sus huesos como consecuencia de una caída accidental; y d) porque el evento fue del todo ajeno a la intención del asegurado, es decir, extraño a su voluntad.
10. **El voto particular disiente del anterior criterio.** Sostiene que tendría que haberse anulado la sentencia recurrida y confirmado la absolutoria de primer grado.
11. **Los caracteres identificativos de un accidente, según su definición legal.** El voto particular reconoce que la lesión psíquica sufrida por el demandante se encausa en un evento violento, súbito, externo y no intencionado. En este punto, coincide, como no puede ser otra manera, con el criterio colegial mayoritario.
12. **El trastorno psíquico puede producirse de modo diferido.** También coincide el voto particular con el criterio mayoritario de que el estrés postraumático y, en concreto, su efecto impeditivo permanente puede producirse de modo repentino en relación con el evento desencadenante, pero también constituir una consecuencia tardía, como sucedió en el caso de autos.
13. **La singularidad del voto particular: la negación de que el demandante sufriera un accidente.** Reconocida por el voto particular la existencia de los elementos constitutivos de un accidente, se niega que el padecimiento psíquico del demandante lo originara un acontecimiento de esa índole. No hay, pues, accidente que desencadene la invalidez permanente.
14. **Fundamento de la tesis de que el trauma psíquico de mero origen contemplativo se sustrae al concepto de accidente.** El voto particular sostiene que el hecho de que el trauma psíquico lo desencadene la contemplación de aquel evento violento, súbito, externo y no intencionado, siendo condición necesaria, no es condición suficiente para reputar que se está ante una lesión accidental porque el accidente exige un protagonismo directo pasivo de la víctima del trauma psíquico, es decir, que ella tiene que haberse visto involucrada en la producción de tal evento.

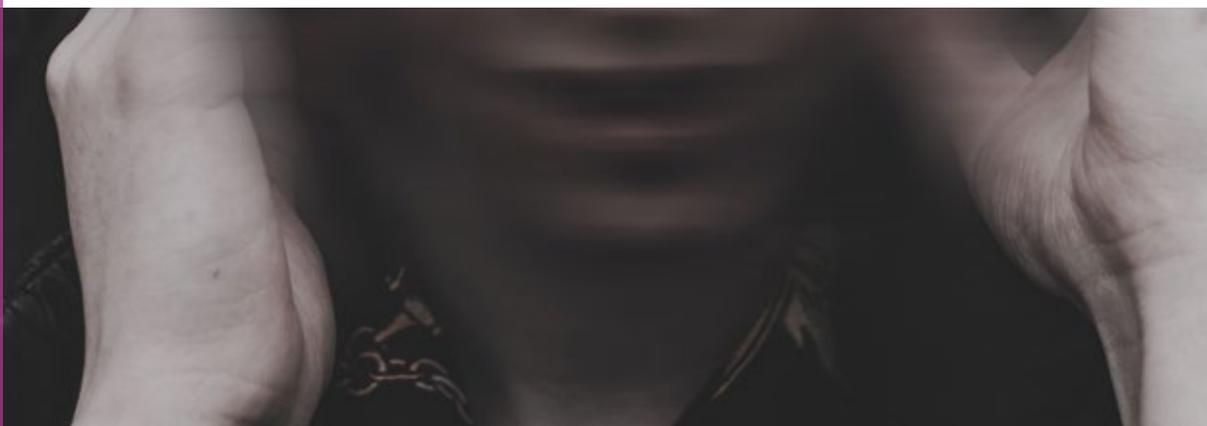
Se considera que, cuando una lesión psíquica deriva directamente de una lesión física padecida por la víctima, se está ante la resultancia del accidente que ha

producido esa primera lesión, que es lo acontecido en el caso resuelto por la STS de 30 de mayo de 2002 (núm. 516). Apreciación que es de evidencia cegadora. Pero también se argumenta que puede suceder que la lesión psíquica no resulte precedida de una lesión física que la desencadene, como es el caso resuelto por la STS de 11 de octubre de 2006 (núm. 997), en el que la lesión se desencadenó por haber sufrido el demandante dos atentados consecutivos, de los cuales el primero iba dirigido inequívocamente contra él (artefacto explosivo colocado en los bajos de su vehículo) y creyó que el otro, producido en la inmediación de su domicilio (explosión de una terraza), se había dirigido también contra él, siendo atentados vinculados a su actividad profesional como policía, es decir, que el actor se vio directamente involucrado en la producción de esos eventos. A partir de la invocación de esta segunda sentencia, el voto convierte el elemento circunstancial de la involucración, que se dio en el caso resuelto por ella, en requisito complementario del concepto de accidente, según se verá a continuación.

- 15. La sutil, significativa y sofisticada invocación de la tipificación de la secuela de estrés postraumático como perjuicio fisiológico resarcible en el cuadro contenido en la tabla 2.A.1 del Baremo de Tráfico de 2015.** Aunque se advierte que no es lo mismo un seguro de responsabilidad civil que un seguro de accidentes, el voto trae a colación la descripción que, para considerar resarcible la secuela consistente en un estrés postraumático, contiene la tabla 2.A.1 (capítulo 1, subapartado B.1, referencia inicial), en el sentido de que es preciso que el cuadro clínico se produzca como consecuencia de un accidente de circulación de naturaleza excepcionalmente amenazante o catastrófica en el que se hayan producido lesiones graves o muertes y en el que la víctima se haya visto directamente involucrada. Tras esta invocación, el voto explica -interpreta- que no basta con que el estrés se produzca al haber sido la víctima simple testigo de un accidente automovilístico en el que esté implicado un familiar. Hecha esta explicación que, como se verá, tiene su fuente inspiradora, el voto la ilustra diciendo que, si, en ese caso, la víctima-testigo se hubiera encontrado en el interior del coche en el que falleciera su hijo, se estaría ante una lesión psíquica resarcible porque la víctima se vio involucrada en el accidente. El concepto de involucración implica una participación pasiva en el evento originador de la lesión psíquica.

Pues bien, el voto particular importa ese requisito de resarcibilidad seleccionada que excluye el resarcimiento de las consecuencias lesivas de muchos accidentes, pero lo transforma en requisito necesario para que un evento se reputa que constituye un accidente.

- 16. Conclusión crítica sobre el voto particular: la adición de un requisito ausente en la definición legal del accidente.** Lo anterior sirve para concluir que el único apoyo normativo de la singularidad apreciativa del voto se halla en la indicada previsión baremétrica que se encuentra en la regulación de la responsabilidad civil automovilística que cubre su seguro y solo derivadamente en la regulación de éste; regulación excepcional y restrictiva que está puesta al servicio, en este concreto extremo, de diferenciar las lesiones psíquicas que se reputan relevantes o irrelevantes



para cuantificar la responsabilidad civil del conductor responsable del accidente. Porque se está ante el frecuente uso de la técnica de las concesiones restringentes a las que acude el Baremo de Tráfico, no tanto para incluir lesiones como resarcibles, como para excluir las de tal condición, aunque lo sean y aunque hayan sido causadas por el accidente. Se establece la regulación tabular para incluir en el resarcimiento las lesiones psíquicas que se producen pocas veces y excluir así (verdadero objetivo) las que se producen con mayor frecuencia. Y, para excluir del resarcimiento esas lesiones psíquicas causadas por el accidente, se introduce la cláusula de la “involucración”.

Para entenderlo, acudo al siguiente ejemplo: si un matrimonio sale de su casa para comprar el pan y la esposa se queda esperando en el portal y ve cómo el marido, al cruzar la calle, es atropellado estrepitosamente, el estrés postraumático que, en su caso, desencadene en ella el accidente no es resarcible porque ella no se vio involucrada en él. En cambio, si los dos empiezan a cruzar la calle, pero el marido se adelanta un poco y resulta atropellado de forma estrepitosa y ella no, el estrés postraumático que pueda ella padecer es relevante porque se vio involucrada en el accidente, dado que también ella pudo ser la víctima física del mismo, no siendo un mero testigo de la muerte violenta del marido, sino protagonista pasiva directa del atropello del que sintió que se habría librado por los pelos.

Por eso dice el voto que las lesiones psíquicas invalidantes, que, en el caso de autos, produjo al actor la contemplación directa de la consumación de la conducta autolítica de su hijo y el intento infructuoso de reanimarlo, no resultan amparadas por la póliza de accidentes, porque, al no estar el asegurado involucrado como protagonista pasivo directo en tan desgraciado evento, sus lesiones psíquicas no se deben al accidente legalmente definido para fijar la cobertura de dicho seguro.

El sentido restringente de la previsión tabular consiste en diferenciar, de un lado, la lesión psíquica resarcible de la que es víctima de un accidente sin sufrir lesión física alguna y, de otro, la que es irresarcible; y, a tal efecto, se acude al concepto de “involucración”, al que tanta relevancia adjudica el voto particular.

Pero téngase en cuenta que la involucración y la falta de involucración sirven en el baremo secular invocado para sostener que, de haberla, la lesión psíquica encausada en el accidente es resarcible y que, de no haberla, no lo es, pese a tratarse de un verdadero perjuicio (concreta manifestación del sometimiento del Baremo al principio de la reparación fraccional). Pero no se niega que, en uno y otro caso, la lesión psíquica haya sido originada por el accidente. En cambio, el voto se vale del concepto de la involucración para alterar su sentido porque le sirve para sostener que, si no la hay, la lesión psíquica no se debe a accidente alguno.

Por cierto, que puestos a destacar alteraciones, es bien significativo comprobar que la previsión del baremo médico se inspira -con la técnica de la estricta copia parcial- en la definición de estrés postraumático que contiene la clasificación internacional de enfermedades mentales a que se ha hecho referencia, pero le introduce una sensible variación, al añadir el requisito de la involucración para conceptualizar la lesión psíquica accidental como resarcible y omitir que esa lesión puede originarla el hecho de “ser testigo de la muerte violenta de alguien” .

Por maléfica influencia del Baremo de Tráfico, el voto particular pretende completar la definición legal del accidente contenida en el art. 100 de la LCS mediante la adición creativa de un neorequisito (la involucración de la víctima) que en aquél brilla por su ausencia y que restringe injustificadamente su cabal sentido. Se trata de uno de los muchos casos en que se ponen de manifiesto los negativos efectos alestésicos de la regulación baremada para la cuantificación de la responsabilidad civil por daños corporales causados en los accidentes de circulación. En este caso, no se está ante un voto que sea preludio pretendido de un progreso -como la experiencia demuestra que tantas veces acontece- , sino ante uno que postula un auténtico regreso.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Imprudencia grave, menos grave y leve. Caracterización. La presencia de una infracción grave de tráfico (art. 76 LSV) supone un criterio orientador, aunque nunca definitivo o concluyente, del carácter menos grave de la imprudencia a efectos penales.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª)
de 22 de Julio de 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Del Moral

PRIMERO.- Estamos ante la nueva modalidad casacional surgida de la reforma procesal de 2015. Cuenta ya con cinco años de rodaje. Con ella el legislador quiso dotar al Tribunal Supremo de una herramienta para que la función nomofiláctica, esencial a la casación, alcanzase también a los delitos competencia de los Juzgados de lo Penal. Pese a constituir el grueso de la estadística criminal tales infracciones no accedían ordinariamente a casación. Esa limitación impugnativa combinada con la promulgación de un Código Penal de nueva planta y sus casi constantes reformas había generado un campo bien abonado para la diáspora interpretativa entre los diversos órganos judiciales sin mecanismos aptos para la homogeneización, con merma de la seguridad jurídica y cierta erosión del principio de igualdad.

La sentencia que estrenó esta novedosa casación -210/2017, de 28 de marzo- definía sus singulares características y plasmaba jurisdiccionalmente sus contornos que, en una



primera aproximación, se habían perfilado en el pleno no jurisdiccional de esta Sala segunda de 9 de junio de 2016, luego reiteradamente citado.

En relación al asunto que hemos de abordar ahora conviene recordar dos ideas extraídas de ese acuerdo que inciden aquí de manera especial.

a) Primeramente, que las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art 849 de la Lecrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts 849 2o, 850, 851 y 852. Reviste interés en este caso esa advertencia en cuanto al art. 851. En este tipo de recurso no es fiscalizable la claridad del relato fáctico. Ni eventuales, contradicciones inmanentes a ese relato. Déficits encuadrables en el no 1 del art. 851 (o en los restantes números de tal precepto) no son susceptibles de corrección a través de esta vía impugnativa. No es ello un sinsentido: en esos extremos, ajenos a esta modalidad de casación, subsiste la situación preexistente. Se mantiene desde que, allá por los años sesenta del siglo pasado, se atribuyó competencia para el enjuiciamiento de algunos delitos a Juzgados unipersonales con posibilidad de apelación, pero sin casación. Ésta, ahora, solo se ha abierto al debate de problemas de orden sustantivo, de subsunción jurídico penal.

Cuando nos enfrentamos en esta casación con hechos probados que adolecen de alguna incongruencia u oscuridad, habrá que estar a su entendimiento más favorable para el reo. No es posible una nulidad ex art. 901 bis a) LECrim.

Hacemos notar esto porque el hecho probado tal y como ha cristalizado tras la apelación -a él hemos de atenernos indefectiblemente-, en algún extremo esencial siendo inteligible, provoca cierta dificultad en su cabal y plena comprensión. Pues bien, hemos de estar a la más favorable de las posibles lecturas racionales de ese relato.

b) En otro orden de cosas, resulta también digno de ser enfatizado en este momento algo que, por otra parte, es sobradamente conocido: Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art 884 Lecrim).

Esos condicionantes se entienden y resultan naturales si los conectamos con la reflexión que transitaba por los primeros párrafos de aquella ya datada sentencia inaugural que emanaba del Pleno Jurisdiccional:

“Estamos ante una modalidad de recurso que enlaza más con el art. 9.3 CE (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva). Salvando las gotas de simplificación que anidan en esa disyuntiva, esa premisa -es

un recurso al servicio de la seguridad jurídica más que de la tutela judicial efectiva- ayuda a diseñar este novedoso formato impugnativo. Esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también lo sirva; sino por el principio de seguridad jurídica. También en esta vía casacional se acaba poniendo punto final en la jurisdicción ordinaria a un asunto concreto con personas singulares afectadas, dispensando en definitiva tutela judicial efectiva. Pero esta función es satisfecha primordialmente a través de la respuesta en la instancia y luego en una apelación con amplitud de cognición. Colmadas ya las exigencias de la tutela judicial efectiva con esa doble instancia, se abren las puertas de la casación pero con una muy limitada capacidad revisora: enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica. El horizonte esencial de esta modalidad de casación es, por tanto, homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. La respuesta a un concreto asunto también se proporciona pero en un segundo plano, como consecuencia y derivación de esa finalidad nuclear. Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE; más que de su art. 24.

En el campo de las imprudencias viarias proporcionar criterios unificadores (en la medida de lo posible: las fórmulas elegidas por el legislador para definir estas infracciones penales son bastante refractarias a su encaje en moldes precisos) reviste un interés innegable. Las vaporosas distinciones legales combinadas con la frecuencia de este tipo de delincuencia, y conectadas, además, con temas más sociológicos, victimológicos y algunos metajurídicos que con notable erudición y profundidad quedan reflejados en el dictamen evacuado por el Ministerio Público para valorar la incidencia de la reforma penal de 2019, evidencian la necesidad de acotaciones y pronunciamientos que, previsiblemente, habrán de sucederse para progresivamente contribuir a alumbrar unas mínimas pautas o estándares que guíen la atormentada tarea de fijar unas fronteras entre la imprudencia grave, la menos grave y la leve.

SEGUNDO.- Desde esas premisas referente primario e insoslayable es la descripción de la acción imprudente que brinda el hecho probado. Sobre eso hemos de debatir. No hay duda del resultado producido -fallecimiento-; ni de que existió una imprudencia (lo afirma la Audiencia); ni de la relación de causalidad entre ésta y el resultado.

En cuanto a la imputación objetiva, podemos descartar, en principio, sin perjuicio de retomar el tema si fuese necesario, alguna singularidad concomitante: sobrepasar una línea longitudinal continua. Todos concuerdan en que era y es inevitable para efectuar el giro autorizado que pretendía el acusado. El resultado fatal no está ligado con una relación de imputación objetiva con esa formal irregularidad (inesquivable, por otra parte, quizás por deficiencias en la señalización).

En el núcleo del hecho imprudente, excluido ese detalle, no hay controversia en torno a la imputación objetiva. No se suscita duda alguna al respecto, más allá de que, eventualmente, la sentencia de apelación dé cabida a eventuales concausas que, sin eliminar la imputación objetiva, pueden atemperar la gravedad de la imprudencia.

Pues bien, en ese punto nuclear -gravedad de la imprudencia- hemos de manejarnos con esta dubitativa narrativa:

«El accidente se produjo cuando Bilal Heyouf Mohamed, tras reducir su velocidad e indicarlo con la luz intermitente correspondiente, realizó, sin llegar a detenerse, un giro a la izquierda para acceder al Acuartelamiento Coronel Fiscer antes del tramo de líneas discontinuas existente a tal fin, que no puede determinarse si se puede efectuar por completo a través del mismo, así como tampoco si el Sr. Heyouf se percató de que Francisco Cabeza Linares se aproximaba a él en sentido contrario ni las razones de ello”.

Sobre esos hechos ha de versar nuestra decisión. Somos cautivos de ese relato. No podemos elucubrar sobre cuál de las posibilidades que el hecho probado deja abiertas sería la más probable. Aunque en alguna medida hemos de tratar esclarecer cuál de esas hipótesis imaginables que caben en el hecho probado es la que se acomoda a las explicaciones que se vierten en el fundamento de derecho y que desprenden un indubitado aroma de apreciaciones factuales. Solo podemos tomarlas en consideración en cuanto favorezcan al reo, según la jurisprudencia más reciente que es, en general, bastante inflexible y rupturista con lo que durante muchos años vino aceptándose: integración del hecho probado, incluso contra reocon afirmaciones fácticas contenidas en otros lugares de la sentencia. Tal técnica está hoy anatematizada.

En cualquier caso, es imprescindible ahora, aunque sea a los únicos fines de aclarar

(nunca completar) lo que aparece en el hecho probado; o, en su caso, de comprobar si de esas consideraciones de naturaleza fáctica contenidas en la fundamentación se deducen elementos favorables al reo, mencionar algunos de los pasajes de la sentencia de apelación que giran en torno a esa temática.

Tras unas muy atinadas consideraciones previas, generales pero con la mirada puesta en el supuesto a analizar, sobre la capacidad de revaloración probatoria en la apelación, el grado de probabilidad que ha de manejarse, y los parámetros con los que operó la juzgadora en la instancia, así como la prueba que avala cada una de las aseveraciones, en lo que es un excelente modelo de lo que ha de ser la tarea de la revisión de la valoración probatoria, la Audiencia concluye, en armonía con la sentencia de instancia, que el recurrente anunció la maniobra con los intermitentes, y redujo la velocidad antes de llegar al lugar del giro, aunque sin detenerse. Ratifica, reforzando la argumentación del Juez de instancia, que el límite de velocidad era de 50 km/hora; así como que no había obstáculos para una plena visibilidad. Explica también minuciosamente por qué entiende que, descartado que el fallecido llevase una velocidad superior a 75 km hora, no está demostrado que fuese la adecuada a la vía. Quizás la rebasaba: ciertos datos apuntan a una velocidad superior a la autorizada, aunque, se apostilla, seguramente una velocidad inferior no hubiese evitado la colisión. Sostiene asimismo que el giro no se hizo de forma inopinada, ni brusca, que el conductor de la motocicleta antes del impacto acababa de sortear un obstáculo en el margen derecho de la calzada y que se situó en el lado izquierdo de su carril, lo que supondría cierta irregularidad en cuanto se aparta de los mandatos del art. 15 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a motor y seguridad vial y el art. 29 del Reglamento General de Circulación. Para quien conducía en sentido contrario puede ser menos esperable que la motocicleta avanzase por ahí.

Estima la Audiencia Provincial que la versión que da por acreditada la sentencia de instancia (el acusado vio a la motocicleta pero confió en que contaba con tiempo suficiente para realizar el giro) no es ni la única, ni la más probable a tenor del conjunto de la actividad probatoria.

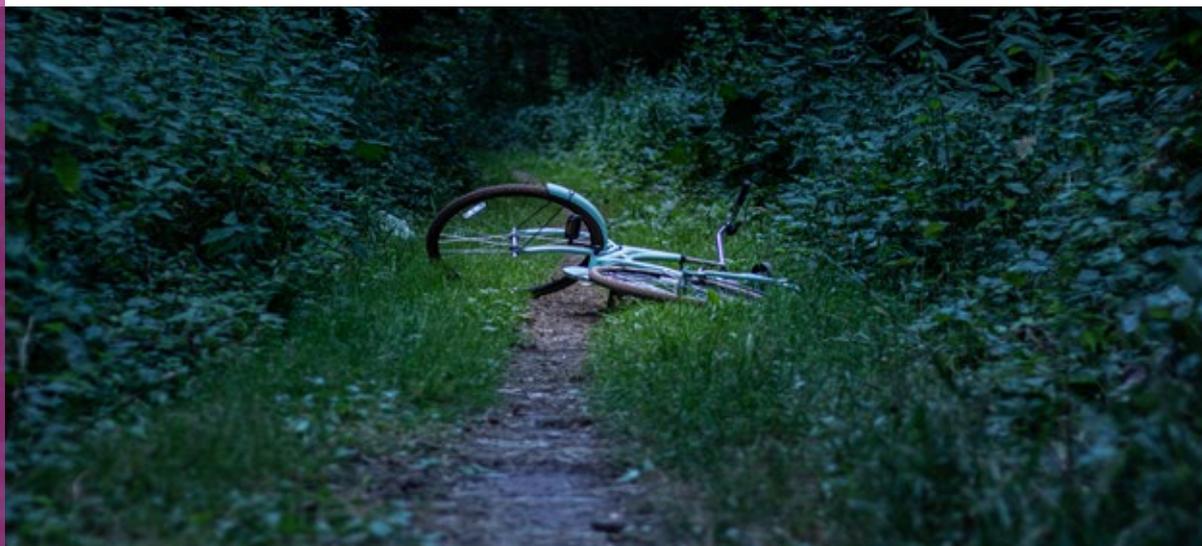
Si se mantuviesen los hechos en la forma en que los relata la sentencia del Juzgado de lo Penal es difícil discutir que estemos ante una imprudencia grave (asumir el riesgo de realizar el giro sabiendo que en dirección contraria

avanza una motocicleta a una distancia en la que no hay seguridad de que vaya a dar tiempo a no interponerse en su trayectoria). Pero si no es esa la hipótesis más probable según el Tribunal, tiene que ceder el paso (en sentido figurado: el contexto obliga a esta apostilla) a otras que la Audiencia admite como posibles y son más favorables al acusado.

Se asegura en el fundamento jurídico tercero (apartado g) que probablemente era imposible realizar el giro sin pisar la línea continua. Y, por otra parte, que esa circunstancia carece de relevancia alguna respecto al resultado. Tal elemento, por tanto, ha de ser marginado del discurso argumentativo sobre la imprudencia, tal y como se sugirió antes (no hay imputación objetiva).

En trance de inclinarse por una de las eventuales hipótesis alternativas que explique el suceso, la Audiencia elude una conclusión clara. Se limita a sugerir algunas de las imaginables: que el conductor realizase el giro sin prestar atención alguna a los que circulaban en sentido contrario; que mirara pero sin la suficiente concentración; o sin invertir tiempo suficiente en la observación; o que “percibiendo» la presencia de la motocicleta... su cerebro por infinidad de posibles razones no asimiló la información” (sucede en ocasiones, advierte la sentencia, tras insinuar que tal hipótesis se barrunta como bastante probable). La inadvertencia pudo verse favorecida causalmente por la eventual velocidad superior a la permitida de la motocicleta y su marcha por el borde derecho de su carril. La Audiencia se reconoce incapaz de alcanzar una convicción sobre cuál de esas posibles alternativas aconteció.

Más adelante, ya en sede de motivación jurídica, reitera: «no se ha acreditado ni si el recurrente se apercebó de la presencia de una motocicleta que circulaba en sentido contrario cuya trayectoria podía interceptar al realizar el giro hacia la izquierda que quería hacer y que finalmente ejecutó, lo que, en todo caso, se tuvo que deber a su insuficiente atención a las circunstancias de la vía (infracción del deber subjetivo de cuidado). No obstante, se llevó a cabo una maniobra que no habría debido llevarse a cabo en función de lo expuesto en el fundamento de derecho cuarto de no tener la certeza plena de que no existía riesgo alguno en ella y tras haber hecho todo lo posible para conseguirla (infracción del deber objetivo de cuidado), todo lo cual está conectado directamente sin ninguna interferencia por otras circunstancias con el resultado lesivo



(muerte)».

Y finalmente, en forma conclusiva “Tampoco puede llegar a saberse si prescindió de las medidas más esenciales para asegurarse de que no se ponía en situación de colisionar con alguien pro más que la motocicleta estuviera a su vista, razón por la que no puede llegar a concretarse cuál sería la magnitud de su quebrantamiento de la norma de cuidado».

Como se ve, entre valoraciones predominantemente jurídicas (como la mención a la magnitud del quebrantamiento de la norma de cuidado) y algunas de tipo probatorio (análisis de los elementos que respaldan cada afirmación), se cuelan otras que suponen, más que completar (que también se hace), aclarar algunos extremos del relato fáctico: aquellos que dan contenido a la locución no pueden determinarse... las razones de ello (es decir, de que el conductor no se percatase de la presencia de la motocicleta). En concreto se afirma que entre esas ignotas razones, una no cuestionada fue la «insuficiente atención a las circunstancias de la vía».

Esos son los mimbres fácticos con los que contamos.

TERCERO.- La sentencia de apelación, la que es objeto de casación, es absolutoria. El recurso de la acusación particular, apoyado por el Fiscal, desarrolla un único motivo canalizado -no podía ser de otra forma- a través del art. 849.1o LECrim, única vía para combatir sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales. Entiende que estamos ante una imprudencia grave. La argumentación

que desarrolla trata de no apartarse del hecho probado delimitado por la Audiencia. Pero no lo consigue en lo que es el nudo gordiano de la cuestión.

Se exponen muy bien los elementos de la imprudencia, su esencia. Pero al identificar la negligencia que se imputa al acusado se adentra en cierto objetivismo: invadió el lado izquierdo del sentido de su marcha. Es real; no es punto controvertido. Pero eso, así descrito, sin aditamento alguno, no basta. Es necesario que la maniobra se haya efectuado de forma imprudente. Y para llegar a la calificación que propugna, con una negligencia que se etiquete de grave, de omisión de elementales normas de cuidado. El hecho probado dice que no advirtió en el momento de invadir el sentido opuesto que avanzaba una moto, pero, añade, no se sabe por qué.

Dice el recurso “ha quedado probado que el acusado no se cercioró de que podía realizar la maniobra sin peligro”. No se deduce eso de forma tan taxativa del hecho probado de la sentencia de apelación. Una cosa es «no cerciorarse» y otra «no percatarse». Lo segundo puede deberse a no haberse cerciorado, pero también a otras eventuales razones. Ciertamente es una hipótesis pausable, la sostenida por el recurrente pero la Audiencia abre un abanico de posibilidades compatibles con la confluencia de una serie de factores (velocidad de la moto excesiva más la zona del carril por la que circulaba, a lo que podría añadirse un mecanismo interno cerebral que no se explica muy bien y que no se conecta necesariamente a un descontrol voluntario o culpable o desidioso) que permiten desmentir

la gravedad o la absoluta desatención que presume el recurso. No afirma la sentencia de forma concluyente y apodíctica que el acusado no prestó atención alguna. Cualquiera que se acerque al supuesto puede deducir que eso es una hipótesis probable. Pero la sentencia, admitiéndolo, no descarta otras posibilidades, y, entre ellas, una ligera desatención con la que se pudieron aliar otros factores ajenos a su culpabilidad. Y no podemos apartarnos de esa valoración probatoria dado el modelo de casación en el que nos movemos.

Es la modalidad impugnatoria -art. 849.1o- la que impone ese condicionante y no la doctrina sobre la imposibilidad de estimar recursos contra sentencias absolutorias por razones de prueba que en el caso de una condena previa en instancia anterior no opera. Con este mínimo excurso damos contestación a la primera de las objeciones que opone el recurrido: la doctrina del TEDH y TC sobre revocación de sentencias absolutorias por razones probatorias. Estamos ante un problema no de concurrencia o no de un elemento subjetivo, sino de valoración de la mayor o menor gravedad de una desatención proclamada. Precisamente por movernos dentro del estricto marco del art. 849.1 LECrim no podemos, como solicita el Fiscal en su dictamen inicial de apoyo el recurso evacuado en momento apto para la adhesión (art. 867 LECrim) pese a que parece cuestionarlo el recurrido, rehabilitar la sentencia del Juzgado de lo Penal en su apreciación fáctica.

La sentencia de apelación, leída en su integridad, avala una desatención pero no da por sentada una acción que suponga violación absoluta de normas elementales de cuidado; antes bien, detalla que señaló la maniobra, y que no se descarta que hiciese lo correcto y adecuado para asegurarse que no avanzaba nadie en sentido contrario; pero que, a pesar de ello, probablemente no se percató de la presencia de la motocicleta. Sobre el principio in dubio que marca en buena parte el razonamiento de la Audiencia se hace imposible armar una desatención que, sin tener que ser grosera o absoluta, integre la gravedad exigida por el art. 142.1 CP.

No es posible afirmar una imprudencia grave a partir de esos hechos dubitativos. Ni siquiera si convenimos con el Fiscal, según expone en el elaborado y denso dictamen últimamente presentado, que la aparición del concepto de imprudencia menos grave en la reforma penal de 2015 no ha supuesto indirectamente una elevación del listón a partir del cual la

imprudencia ha de empezar a ser considerada grave. Así ha de entenderse, en principio, entre otras razones porque el concepto de imprudencia o culpa grave aparece en muchos otros delitos en el Código Penal. No es asumible que a través de la reforma en 2015 de los delitos culposos de homicidio y lesiones (y pensando principalmente en la circulación viaria) se haya llegado oblicuamente a despenalizar un grupo de supuestos de los demás tipos que manejan ese concepto imprudencia grave. Se hace difícil sostener que la locución "imprudencia grave" puede significar una cosa en los arts. 142 y 152 y otra diferente, menos exigente, en los demás tipos penales que manejan ese concepto para discriminar entre lo punible y lo no punible.

Otra cosa es que probablemente el intérprete o aplicador del derecho, de forma inconsciente -o consciente-, al barajar un escalón intermedio también punible -imprudencia menos grave- en el marco de los arts. 142 y 152 pueda llegar de facto a rebajar el estándar de la imprudencia grave, traspasando los casos menos graves de entre los graves, a la negligencia menos grave (en posicionamiento al que también parecería invitar la terminología: aunque debe precisarse que se habla de imprudencia menos grave; no de imprudencia grave, pero menos -permitásenos la expresión-, lo que sugiere una imprudencia inferior a la grave). Eso obliga en abstracto -aunque la discusión en esos términos puramente lingüísticos arroja pocos frutos- a rellenar la categoría intermedia nutriéndola con los supuestos más graves de lo que antes de 2015 se calificaba como leve.

No es esta opinión unánime entre los comentaristas de la reforma de 2015. Algunos entienden que esa nueva categoría constituye un híbrido que se nutre tanto de los escalones más bajos de la antigua imprudencia grave como de los más altos de la anterior leve. En cualquier caso, ese debate en términos de categorías tiene algo de bizantino: nos hemos de mover con un mínimo marco conceptual -hay tres grados de imprudencia y el más leve es típico-, pero sobre todo a base de casuística.

CUARTO.- Descartada la imprudencia grave, se impone escudriñar si podríamos hablar de una imprudencia menos grave: es tipo homogéneo. No habría inconveniente alguno derivado del principio acusatorio en llegar a tal solución. Lo apunta expresamente el Fiscal en su dictamen. Esa posibilidad motivó la incidencia procesal activada por esta Sala invitando a las partes a pronunciarse sobre una eventual aplicación retroactiva de la modificación de la

imprudencia realizada en 2019.

Escurrizado resulta el concepto de imprudencia menos grave: hay que construirlo, según acabamos de sugerir, aunque la cuestión no es pacífica en la doctrina, a base de dividir la antigua categoría de imprudencia leve en dos grupos: las imprudencias más graves de las antiguas leves y las restantes. El grupo de las imprudencias menos graves es una categoría de fronteras difusas tanto por arriba como por abajo. Debe abrirse paso como en cuña entre esas dos formas (grave y leve, que se corresponden con las tradicionales temeraria y simple) que gozaban de arraigo y contaban con ciertos criterios unificadores.

Aunque algo había dicho ya esta Sala sobre la imprudencia menos grave, no estamos en condiciones de valorar si las aclaraciones (¿o modificaciones?) que ha introducido la reforma de 2015 pueden considerarse o beneficiosas o perjudiciales para el reo (o sencillamente indiferentes que parece ser lo más exacto y así lo defiende el Fiscal en su dictamen: sería norma más aclaratoria que reformadora; una interpretación auténtica según proclama el preámbulo de la Ley).

Está claro, en todo caso, ya se estime que la reforma ha ampliado los contornos, todavía poco definidos, de la imprudencia menos grave; ya se estime que los ha reducido; ya se piense que se ha limitado exclusivamente a aportar criterios orientativos que aclaran o perfilan algo más, pero no pretenden modificar, ni para ampliarlo ni para reducirlo, el ámbito de lo punible, que si un resultado producido por negligencia no grave no es encajable en la nueva formulación de la imprudencia menos grave nacida de la reforma de 2019 no será punible. Eso hace que tomemos como punto de referencia esa nueva acotación legal para abordar este asunto, conscientes, además, de que desde ese soporte legal vigente serán más provechosas de futuro las consideraciones que podamos hacer. Y, por otra parte, que, afirmada tal catalogación conforme a la norma vigente, no podrá discutirse tampoco su inclusión en la tipicidad inmediatamente precedente, aunque en esa legalidad previa no aparezca el criterio delimitador introducido en 2019.

Recordemos algunos pronunciamientos jurisprudenciales como telón de fondo, aunque no aportan criterios definitivos, sino menos acercamientos.

La STS 54/2015, de 11 de febrero, citada en

la resolución del Juzgado de lo Penal que, como la de apelación, es de excelente factura, sirve como botón de muestra de la doctrina general anterior sobre la imprudencia grave. Lo que constituye la esencia del delito de imprudencia es “la infracción del deber de cuidado que hace reprochable su comportamiento porque ese cuidado le era exigible. En estos delitos culposos es la falta de atención la que determina ese error de cálculo que ocasionó no tomarse en serio la producción del resultado o la mencionada esperanza equivocada, lo que traslada el título de imputación al ámbito de la imprudencia.

A este respecto la jurisprudencia viene señalando que la imprudencia se configura por la concurrencia de los siguientes elementos: a) una acción u omisión voluntaria no intencional o maliciosa, con ausencia de cualquier dolo directo o eventual; b) el factor psicológico o subjetivo consistente en la negligente actuación por falta de previsión del riesgo, elemento no homogeneizable y por tanto susceptible de apreciarse en gradación diferenciadora; c) el factor normativo u objetivo representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, concretado en normas reglamentarias o impuesto por las normas socio culturales exigibles al ciudadano medio, según común experiencia; d) producción del resultado nocivo; y e) adecuada relación causal entre el proceder descuidado desatador del riesgo y el daño o mal sobrevenido, dentro del ámbito de la imputación objetiva (SSTS. 1382/2000 de 24.10, 1841/2000 de 1.12.

En efecto esta teoría de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el ámbito de la imprudencia donde es precisamente el resultado lesivo lo que condiciona la relevancia penal de un comportamiento descuidado, que por muy grave que sea, sin la concreción de aquél, queda sustraída del marco de lo punible.

Efectivamente la tradicional estructura del delito imprudente se basa en dos elementos fundamentales: el psicológico o previsibilidad del resultado y el normativo o reprochabilidad, referido al deber de evitar el concreto daño causado. Sobre esta estructura se requiere: una acción u omisión voluntaria, pero no maliciosa, referida a la acción inicial, puesto que el resultado no ha sido querido ni aceptado; que dicha acción u omisión será racionalmente peligrosa, no permitida, al omitirse el deber de cuidado normalmente exigido por el ordenamiento jurídico, por las costumbres o por las reglas de la convivencia social; finalmente, esta conducta con conocimiento del peligro o sin él, ha de ser



causa eficiente del resultado lesivo o dañoso no perseguido, que constituye la parte objetivo del tipo.

Así las cosas, la operación de conexión jurídica entre la conducta imprudente y el resultado no puede realizarse desde una perspectiva exclusivamente naturalística, sino que el resultado será objetivamente imputable a una conducta infractora de la norma de cuidado siempre que, constatada entre ambos la relación de causalidad conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, pueda afirmarse que dicho comportamiento descuidado ha producido una situación de riesgo para el bien jurídico protegido suficientemente importante y grave para que se haya materializado en un determinado resultado lesivo.

En STS.1050/2004 de 27.9, hemos precisado que la esencia de la acción imprudente se encuentra en la infracción del deber de cuidado y el tipo objetivo se configura con la realización de una acción que supere el riesgo permitido y la imputación objetiva del resultado. En el delito imprudente, por consiguiente, se produce un

resultado socialmente dañoso mediante una acción evitable y que supera el riesgo permitido. La tipicidad se determinará mediante la comparación entre la acción realizada y la que era exigida por el deber de cuidado en la situación concreta.

Respecto al momento y fuentes del deber de cuidado, la situación debe ser objeto de un análisis “ex ante” y teniendo en cuenta la situación concreta en la que se desarrolló la acción. La norma de cuidado, al igual que el riesgo permitido, puede estar establecida en la ley, en un reglamento, en disposiciones particulares y, desde luego, basada en la experiencia.

La acción peligrosa tiene que producir un resultado que pueda ser imputado objetivamente a la misma. Así pues, el resultado debe ser evitable conforme a un análisis “ex ante”.

Varios son los criterios de imputación del resultado, y como más destacados señalaremos la teoría del incremento del riesgo; conforme a

la misma es preciso que el resultado constituya la realización del riesgo generado por la acción y que la conducta del sujeto haya incrementado la probabilidad de producción del resultado comparándola con el peligro que es aceptable dentro del riesgo permitido. Para la teoría del ámbito de protección de la norma, no habrá imputación del resultado cuando éste no sea uno de los que se pretenden impedir con la indicada norma. En otras palabras, la norma que impone los deberes pretende evitar ciertos resultados, cuando el resultado no es uno de ellos, significa que se encuentra fuera de su ámbito de protección y, consecuentemente, debe negarse la imputación de dicho resultado. Por último la teoría de la evitabilidad, conforme a la cual habrá que preguntarse que hubiera sucedido si el sujeto hubiera actuado conforme a la norma. Si a pesar de ello, es decir, si aunque el sujeto hubiera cumplido con la norma el resultado se hubiera producido igualmente, habrá que negar la imputación objetiva del resultado.

En el delito imprudente, el tipo subjetivo lo constituye el desconocimiento individualmente evitable del peligro concreto. Desconocimiento que le es imputable ya que pudo haber previsto el resultado si su comportamiento hubiera sido adecuado al deber de cuidado.

En el caso presente la determinación de la relación de causalidad no ofrece duda alguna al ser evidente el nexo causal entre la acción del acusado y el resultado lesivo producido y en cuanto a la calificación de la culpa, habrá de partirse de que en las infracciones culposas es la intensidad y relevancia de la previsión y diligencias dejadas de observar la que va a determinar la incardinación en una u otra modalidad, y de ahí que en los casos de lesiones imprudentes del artículo 152, la gravedad en la culpa es exigencia del tipo delictivo, convirtiéndose en falta en los casos de levedad en la imprudencia aunque el resultado lesivo fuese de los previstos como delito (art. 621).

Pues bien la jurisprudencia de esta Sala SSTs. 171/2010 de 10.3, 282/2005 de 25.2, 665/2004 de 30.6 y 966/2003 de 4.7, señala que “el nivel más alto de la imprudencia está en la llamada «culpa con previsión», cuando el sujeto ha previsto el resultado delictivo y pese a ello ha actuado en la confianza de que no habrá de producirse y rechazándolo para el supuesto de que pudiera presentarse. Aquí está la frontera con el dolo eventual, con todas las dificultades que esto lleva consigo en los casos concretos. En el vértice opuesto se encuentra la

culpa sin previsión o culpa por descuido o por olvido, en que el sujeto no prevé ese resultado típico, pero tenía el deber de haberlo previsto porque en esas mismas circunstancias un ciudadano de similares condiciones personales lo habría previsto. Es la frontera inferior de la culpa, la que separa del caso fortuito”.

Desde otra perspectiva, generalmente se ha entendido que la omisión de la mera diligencia exigible dará lugar a la imprudencia leve, mientras que se calificará como temeraria, o actualmente como grave, cuando la diligencia omitida sea la mínima exigible, la indispensable o elemental, todo ello en función de las circunstancias del caso.

De esta forma, la diferencia entre la imprudencia grave y la leve se encuentra en la importancia del deber omitido en función de las circunstancias del caso, debiendo tener en cuenta a estos efectos el valor de los bienes afectados y las posibilidades mayores o menores de que se produzca el resultado, por un lado, y por otro, la valoración social del riesgo, pues el ámbito concreto de actuación puede autorizar algunos particulares niveles de riesgo.

La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en ocasiones en este sentido, afirmando que la gravedad de la imprudencia se determinará en atención, de un lado, a la importancia de los bienes jurídicos que se ponen en peligro con la conducta del autor y, de otro, a la posibilidad concreta de que se produzca el resultado, (STS no 2235/2001, de 30 de noviembre).

Por su parte la STS 805/2017, de 11 de diciembre (caso Madrid Arena), tras unas consideraciones generales sobre la imprudencia, trata de establecer algunos criterios que ayuden a perfilar qué debemos entender por imprudencia menos grave, inspirándose en buena medida, lo que no se oculta, en el Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial: “Como acertadamente se razona, y resulta de la jurisprudencia de esta Sala, el delito imprudente exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1o) La infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión). 2o) Vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado). 3o) Generación de un resultado. 4o) Relación de causalidad. A lo anterior debe sumarse: 1) En los comportamientos activos: a) el nexo causal entre la acción imprudente y el

resultado (vínculo naturalístico u ontológico) b) la imputación objetiva del resultado (vínculo normativo): que el riesgo no permitido generado por la conducta imprudente sea el que materialice el resultado. 2) En los comportamientos omisivos: dilucidar si el resultado producido se hubiera ocasionado de todos modos si no se presta el comportamiento debido. Pero no que no se puede saber o conocer si el resultado se hubiera producido, o no, de haberse prestado la atención debida. Conforme a la teoría de la imputación objetiva, se exige para determinar la relación de causalidad: 1) La causalidad natural: en los delitos de resultado éste ha de ser atribuible a la acción del autor. 2) La causalidad normativa: además hay que comprobar que se cumplen los siguientes requisitos sin los cuales se elimina la tipicidad de la conducta: 1o) Que la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, lo que se entiende que no concurre en los siguientes supuestos: a) Cuando se trata de riesgos permitidos. b) Cuando se pretende una disminución del riesgo: es decir, se opera para evitar un resultado más perjudicial. c) Si se obra confiado en que otros se mantendrán dentro de los límites del riesgo permitido (principio de confianza). d) Si existen condiciones previas a las realmente causales puestas por quien no es garante de la evitación del resultado (prohibición de regreso). 2o) Que el resultado producido por la acción es la concreción del peligro jurídicamente desaprobado creado por la acción, manteniéndose criterios complementarios nacidos de la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, de forma que en estos casos hay que indagar cuál es la causa que realmente produce el resultado.

Como alegación subsidiaria, el recurrente sostiene que la conducta del Sr. del Amo podría constituir una imprudencia menos grave.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, ha procedido a una despenalización de la imprudencia leve, dibujando nuevos conceptos, imprudencia grave y menos grave en los tipos imprudentes de los arts. 142 y 152 del Código Penal.

Las razones de la distinción es la modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera

del Código Penal.

Así, según se expone en el Preámbulo de la LO 1/2015, el legislador considera “oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil” por considerar que estos supuestos deben quedar fuera del Código Penal razonando que “no toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad”.

Dentro de las imprudencias que se consideran por el legislador que constituyen conductas merecedoras de reproche penal se establece esa modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, en las que se incluyen, por lo que afecta a la presente resolución, los delitos de homicidio por imprudencia grave y menos grave previstos en el párrafo primero y segundo del art. 142 del C.P., respectivamente, y las lesiones por imprudencia grave del art. 147.1 del C.P. que se recogen en el art. 152.1.1o del C.P., no considerándose constitutivas de infracción penal las lesiones previstas en el art. 147 del C.P. que se cometan por imprudencia menos grave puesto que el segundo párrafo del art. 152 del C.P. sólo sanciona al que por imprudencia menos grave cometiere alguna de las lesiones a que se refieren los arts. 149 y 150 del C.P.

Se hace, pues, necesario un esfuerzo interpretativo para delimitar los conceptos de imprudencia grave y menos grave y proyectarlos sobre la realidad social diaria.

La distinción, al menos en su nomenclatura, es novedosa en nuestro sistema penal, y en concreto la expresión y concepto de imprudencia menos grave, pudiendo ayudarnos los antecedentes histórico-legislativos en la exégesis de la misma.

Desde el Código Penal de 1848, la imprudencia se venía graduando en tres categorías: imprudencia temeraria, imprudencia simple con infracción de reglamentos y simple

o mera imprudencia. Con la reforma operada por LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, se consideró que la llamada infracción de reglamentos, por concurrir prácticamente en todo hecho culposo, no podía ser utilizada como criterio diferenciador entre delito y falta, antes al contrario, incluso para la falta debía requerirse tal infracción reglamentaria, aun admitiendo la posibilidad de un tipo mínimo de falta en que no concurrese ese elemento; razonamiento que ha de estimarse correcto pues la esencia del injusto imprudente no está fundado sólo en las infracciones de la legislación extrapenal.

La imprudencia temeraria venía definida jurisprudencialmente como la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar y guardar en los actos de la vida ordinaria, o en la omisión de la diligencia que resulte indispensable en el ejercicio de la actividad o profesión que implique riesgo propio o ajeno (STS de 15 de octubre de 1991).

En la imprudencia simple se incluía dogmáticamente la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen y conforman el supuesto concreto, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose a la cota exigida habitualmente en la vida social (ver STS de 17 de noviembre de 1992).

El Código Penal de 1995 estableció un nuevo régimen de crimina culposa, utilizando las categorías de imprudencia grave y leve. La doctrina de esta Sala entendió que imprudencia grave era equivalente a la imprudencia temeraria anterior, mientras que la leve se nutría conceptualmente de la imprudencia simple (STS 1823/2002, de 7 de noviembre), persistiendo la culpa levísima como ilícito civil. La diferencia radicaba en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, seguía siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia.

Como hemos dicho, la LO 1/2015, contempla la imprudencia grave y menos grave, quedando la imprudencia leve reservada para el ámbito (civil) de la responsabilidad extracontractual.

La cuestión es pues si los conceptos imprudencia grave y menos grave son o no equivalentes a los anteriores de imprudencia grave y leve y si, por tanto, ha habido una reducción de la intervención penal.

En la doctrina científica, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, se pueden distinguir, fundamentalmente, dos posturas en torno a la elaboración conceptual de la nueva categoría de imprudencia menos grave -y su relación con la grave-. En primer lugar, la que tiende a identificar la imprudencia menos grave con la antigua leve, y junto a ella la de quienes la construyen como una tipología de imprudencia intermedia más intensa que la leve anterior, por lo que se separaría de esta última, nutriéndose de supuestos más graves y sin detraer ninguno de la imprudencia grave. En segundo lugar, la que elabora la nueva imprudencia menos grave como desgajada o separada de la grave, al alimentarse de sus conductas más leves, con las consiguientes repercusiones en el derecho transitorio centradas en la posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva categoría como más beneficiosa.

La imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve. Por otra parte, la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave, y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino que constituye una nueva categoría conceptual. La nueva modulación de ese nivel de imprudencia delictiva contempla un matiz diferenciador de grados o niveles de gravedad; la vulneración del deber de cuidado es idéntica en una y otra y la diferencia está en la intensidad o relevancia -la imprudencia leve atípica vendría referida, por exclusión de las otras dos categorías, a la vulneración de deberes de cuidado de insuficiente entidad o relieve y de mayor lejanía a la imprudencia grave-.

La menor gravedad significa, en estos términos, partir de una previa valoración de la entidad o intensidad en la infracción de los deberes referidos, constitutivos de la imprudencia grave, que ante las circunstancias concurrentes, se degrada o desvalora.

Proyectando estas consideraciones al derecho transitorio, no cabría hablar de retroactividad con el argumento de que el nuevo texto surgido de la reforma podría ser más favorable, dado que la imprudencia grave no ha sufrido modificación alguna.

En suma, en una aproximación hermenéutica al concepto de imprudencia menos grave, es precisa una vulneración de cierta significación o entidad de los deberes normativos de cuidado, en particular de los plasmados en los preceptos legales de singular relevancia, sin exclusión de

los sociológicos.

Por tanto, la imprudencia menos grave ha de situarse en el límite superior de aquéllas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar, encontrándose supuestos que por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido, de conformidad con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia para ello, y a los que con anterioridad se ha hecho referencia, pueden ser considerados como menos graves.

La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir).

Estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos. La imprudencia grave es, pues, la omisión de la diligencia más intolerable, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad».

No sobra reiterar esta doctrina jurisprudencial.

QUINTO.- La reforma de 2019 ha intentado delimitar o clarificar algo ese concepto -imprudencia menos grave-. Tomando prestado un criterio que había aflorado en alguna jurisprudencia menor, establece que la presencia de una infracción grave de la ley sobre tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial (RDL 6/2015, de 30 de octubre) supondrá, en principio, un caso de imprudencia menos grave a los efectos de los arts. 142 y 152 CP.

“Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de esta por el Juez o el Tribunal”.

La glosa inicial de esta proposición normativa sugiere estas consideraciones:

a) Es claro que la referencia a una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial remite al RDL 6/2015 y su listado de infracciones graves.

b) Una segunda observación: no tiene la norma afán de proporcionar con esa remisión una definición única y excluyente de la imprudencia menos grave. Es solo una indicación orientadora. Presenta alguna singular diferencia (en cuanto no se ofrece como definitiva) a la introducida en el campo de las imprudencias graves. En este ámbito el Código reformado establece que se reputa en todo caso grave la imprudencia en la que el resultado traiga causa de algunas de las circunstancias previstas en el art. 379 (exceso de velocidad relevante en los términos allí previstos, o conducción bajo los efectos del alcohol u otras sustancias tóxicas). Al igual que ha establecido la jurisprudencia en relación al art. 380.2 (STS 744/2018, de 7 de febrero de 2019) estamos ante una presunción legal de imprudencia grave; no ante una definición excluyente o totalizadora. Es taxativa en el sentido de que no es conciliable con la ley, producido un resultado como consecuencia de esos delitos de riesgo, degradar la imprudencia de su máximo rango legal (salvo que podamos negar la imputación objetiva: determinara la producción del hecho). Pero al margen de esos, caben otros supuestos de imprudencia grave. En el marco de la imprudencia menos grave el inciso «en todo caso» que aparecía en el texto que inspiró la enmienda desapareció.

c) La nueva caracterización de la imprudencia menos grave, presenta un relevante

matiz frente a la especificación de la imprudencia grave. La presencia de una infracción grave de tráfico, según la catalogación administrativa, empuja en principio al marco de la imprudencia menos grave y aleja de la imprudencia leve no punible. Ahora bien, eso no significa ni que no puedan existir otros casos de imprudencia menos grave; ni que siempre que se dé una infracción grave de tráfico la imprudencia haya de ser calificada de menos grave.

Desarrollemos esta idea:

a) Pueden aparecer supuestos en que sin identificarse una infracción administrativa grave estemos ante una imprudencia menos grave (aunque si observamos el listado extensísimo, y con algún supuesto extremadamente abierto, de las infracciones viarias graves -art. 76 de la Ley de Seguridad Vial-, eso será muy difícil: basta fijarse en la amplísima fórmula de la letra m): es infracción grave la conducción negligente). También -es lógico- existirán casos en que la infracción de tráfico administrativa adquiera la consideración de muy grave, y, sin embargo, no alcance el nivel de la gravedad a efectos penales exigido por los arts. 142 y 152. Deberemos acudir entonces a la imprudencia menos grave para ofrecer la respuesta penal adecuada.

b) Pero, igualmente, son concebibles supuestos en que se constate la presencia de una infracción grave y no estemos ante una imprudencia menos grave:

1. Bien porque el Juez o Tribunal considere que la imprudencia alcanza magnitud suficiente para colmar el concepto penal de imprudencia grave. Éste sería el presente supuesto según el entendimiento del recurrente que comparte el Ministerio Fiscal.

2. O bien, en el otro extremo, por entenderse que, aunque concurra una infracción grave viaria, la imprudencia no desborda los linderos de la imprudencia leve en sentido jurídico penal. El juez o tribunal no queda convertido en esclavo de la catalogación administrativa. No estamos ante la resurrección de la imprudencia simple con infracción de reglamentos. A eso responde -y el seguimiento de la tramitación parlamentaria lo confirma- el inciso que alude a la necesidad de que el juez aprecie la entidad de la imprudencia. La presencia de una infracción grave supone una presunción de imprudencia menos grave. Emplaza, en principio, a incoar diligencias para esclarecer los hechos y delimitar la magnitud de la negligencia. Pero

el Juez podría llegar a excluirla por factores varios no susceptibles de ser reducidos a un listado: Solo caben orientaciones o criterios que habrán de ir pensándose casuísticamente (v.gr., si la infracción administrativa grave es intencional o fruto de una negligencia). No es admisible otra interpretación que la de dejar esa escapatoria al arbitrio judicial descartando una dependencia absoluta de la calificación penal de la imprudencia respecto de la catalogación administrativa, menos precisa y más de brocha gorda. Un absoluto automatismo es rechazable. Así se deriva inequívocamente de ese inciso final; y, así, por otra parte, se constata si examinamos el listado de infracciones graves de la legislación viaria.

La comparación con la cláusula del inciso final del art. 142.1, párrafo penúltimo lo corrobora: en todo caso se dice ahí. No encontraremos igual apostilla en la previsión paralela del art. 142.2 donde se ve sustituida por una matización: apreciada la entidad de esta por el Juez o Tribunal. El pronombre «esta» solo puede referirse a la infracción grave administrativa. No puede significar algo tan obvio e innecesario como señalar que es el Juez quien debe constatar que la conducta es encajable en alguna de las infracciones descritas en el art. 76 que ahora citaremos. Añade algo: además de ser una infracción grave según la normativa administrativa de tráfico, ha de encerrar una determinada entidad, concebida como algo más, un plus, de orden valorativo, que debe ponderar el Juzgador y que permite definitivamente excluir la levedad.

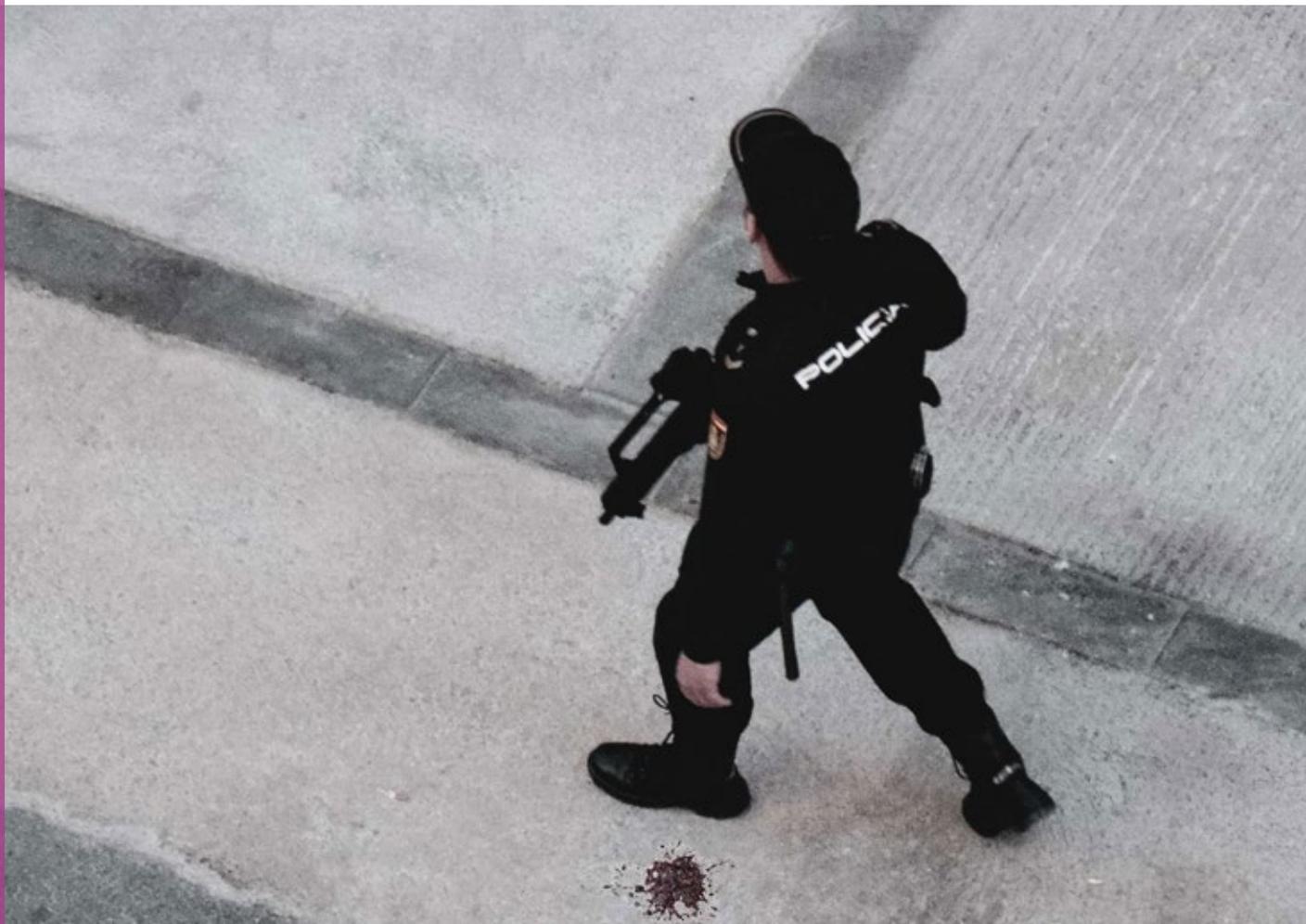
La técnica del legislador es alambicada y la interpretación tiene algo de tortuosa. La confusión se ve alimentada por el manejo de términos idénticos (grave, leve) para referirse a conceptos distintos, provocando un cierto galimatías que reclama continuas aclaraciones.

Recopilemos: la presencia de una infracción grave de tráfico -que es la pauta orientadora introducida en 2019- puede determinar:

a) Una imprudencia grave si el Juez o Tribunal lo estima así a la vista de las circunstancias que implican esa mayor magnitud de la infracción del deber de cuidado.

b) Una imprudencia menos grave, que, según esa pauta, debiera ser lo ordinario, aunque aquí se imponen matices.

c) Una imprudencia leve si el Juez o Tribunal no aprecia entidad suficiente en la



infracción como para categorizarla penalmente de menos grave, en supuestos que tampoco serán insólitos o excepcionales.

Pese a lo bienintencionado de la reforma, no se logra la deseable previsibilidad normativa, previsibilidad tan importante en el derecho penal como lo es en la imprudencia. Algo se ha avanzado, pero no se alcanza el nivel ideal de taxatividad. Se queja de ello en uno de sus dictámenes de casación la parte recurrida. Se antoja, en efecto, poco claro un marco jurídico que se podría sintetizar así: la infracción grave de una norma de tráfico (con un resultado típico) constituye un delito leve de imprudencia menos grave, sancionado con pena leve o con pena menos grave, salvo que el Juez o Tribunal considere bien que la imprudencia es grave, bien que es leve.

La utilización de unos mismos vocablos (grave, leve) con significaciones diversas (según nos estemos refiriendo al ámbito administrativo, al de la imprudencia penal, o al

de la catalogación de los delitos y las penas) provoca un panorama más bien turbio.

SEXTO.- Demos un paso más a través del análisis de la norma administrativa que se sitúa como referente -no exclusivo ni definitivo, pero sí indicador o indiciario- de lo que es imprudencia menos grave a los efectos del art. 142 CP (y 152).

Según el art. artículo 76 de la Ley sobre Tráfico Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial (LSV) son infracciones graves (solo mencionamos las que afectan a la conducción de vehículos de motor):

“a) No respetar los límites de velocidad reglamentariamente establecidos o circular en un tramo a una velocidad media superior a la reglamentariamente establecida, de acuerdo con lo recogido en el anexo IV. (...).

c) Incumplir las disposiciones de esta ley en materia de preferencia de paso, adelantamientos,



cambios de dirección o sentido y marcha atrás, sentido de la circulación, utilización de carriles y arcones y, en general, toda vulneración de las ordenaciones especiales de tráfico por razones de seguridad o fluidez de la circulación.

d) Parar o estacionar en el carril bus, en curvas, cambios de rasante, zonas de estacionamiento para uso exclusivo de personas con discapacidad, túneles, pasos inferiores, intersecciones o en cualquier otro lugar peligroso o en el que se obstaculice gravemente la circulación o constituya un riesgo, especialmente para los peatones.

e) Circular sin hacer uso del alumbrado reglamentario. f) Conducir utilizando cualquier tipo de casco de audio o auricular conectado a

aparatos receptores o reproductores de sonido u otros dispositivos que disminuyan la atención permanente a la conducción.

g) Conducir utilizando manualmente

dispositivos de telefonía móvil, navegadores o cualquier otro medio o sistema de comunicación, así como utilizar mecanismos de detección de radares o cinemómetros.

h) No hacer uso del cinturón de seguridad, sistemas de retención infantil, casco y demás elementos de protección.

i) Circular con menores de doce años como pasajeros de ciclomotores o motocicletas, o con menores en los asientos delanteros o traseros, cuando no esté permitido.

j) No respetar las señales y órdenes de los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico.

k) No respetar la luz roja de un semáforo. l) No respetar la señal de stop o la señal de ceda el paso. (...) m) Conducción negligente.

(...) ñ) No mantener la distancia de seguridad con el vehículo precedente. o) Circular con un vehículo que incumpla las condiciones técnicas reglamentariamente establecidas, salvo que sea calificada como muy grave, así como las infracciones relativas a las normas que regulan la inspección técnica de vehículos.

(...) r) Conducir vehículos con la carga mal acondicionada o con peligro de caída. (...) u) La ocupación excesiva del vehículo que suponga aumentar en un 50 por ciento el número de plazas autorizadas, excluida la del conductor. v) Incumplir la obligación de impedir que el vehículo sea conducido por quien nunca haya obtenido el permiso o la licencia de conducción correspondiente.

(...) x) Circular por autopistas o autovías con vehículos que lo tienen prohibido. (...) z) Circular en posición paralela con vehículos que lo tienen prohibido».

Junto a ellas quedan definidas unas infracciones muy graves en un precepto contiguo (art. 77): «a) No respetar los límites de velocidad reglamentariamente establecidos o circular en un tramo a una velocidad media superior a la reglamentariamente establecida, de acuerdo con lo recogido en el anexo IV.

b) Circular con un vehículo cuya carga ha caído a la vía, por su mal acondicionamiento, creando grave peligro para el resto de los usuarios.

c) Conducir con tasas de alcohol superiores

a las que reglamentariamente se establezcan, o con presencia en el organismo de drogas.

(...) e) Conducción temeraria. f) Circular en sentido contrario al establecido. g) Participar en competiciones y carreras de vehículos no autorizadas. (...) i) Aumentar en más del 50 por ciento los tiempos de conducción o minorar en más del 50 por ciento los tiempos de descanso establecidos en la legislación sobre transporte terrestre.

(...) k) Conducir un vehículo careciendo del permiso o licencia de conducción correspondiente. (...)

II) Circular con un vehículo que incumpla las condiciones técnicas que afecten gravemente a la seguridad vial.

Si centramos la atención en la letra m) del art. 76 sale no solo reforzada, sino blindada frente a cualquier cuestionamiento la interpretación expuesta del inciso final del art. 142 (apreciada la entidad de ésta por el Juez o Tribunal). No puede ser otra que la indicada: es compatible la constatación de una infracción grave de tráfico con una calificación penal como imprudencia leve y, por tanto, con exclusión de la punibilidad. Si negligencia e imprudencia son sinónimos; o al menos términos no susceptibles de significar cosas claramente distintas, siempre que se produzca una imprudencia pilotando un vehículo de motor podrá hablarse de conducción negligente. También si es un episodio puntual. La infracción grave administrativa de la letra m) del art. 76 LSV no sanciona solo una conducción negligente con cierta proyección temporal. También la negligencia momentánea encaja en esa falta. Si eso es así, habríamos arrebatado a la imprudencia leve todo espacio. En la graduación efectuada en el Código Penal la habríamos arrinconando hasta expulsarla del campo de juego: no existirían imprudencias de tráfico leves lo que supondría una clara traición a la voluntad del legislador. La mera mención, huérfana de cualquier otra valoración adicional de la infracción prevista en la letra m) del art. 76 no basta para argumentar la concurrencia de una imprudencia menos grave.

No existe, así pues, vicariedad de la norma penal respecto de la administrativa: ésta por voluntad del legislador aporta un indicativo, un criterio, un indicio de la posible catalogación como imprudencia menos grave, pero no cancela la facultad del Juzgador, para, in casu, razonándolo, declarar bien que es una imprudencia grave, bien que es una imprudencia

leve.

Algo aporta en todo caso la mención: una infracción grave de tráfico constituye una presunción, un criterio orientativo, de que, prima facie, estaremos ante una imprudencia menos grave. Para desactivar esa especie de presunción, salvo casos muy claros (vgr., y por usar un ejemplo tópico, alcance por detrás a escasa velocidad en un momento de colapso circulatorio con continuas retenciones) ordinariamente será necesario incoar diligencias, indagar y decidir mediante una motivación especial; razonar por qué en el supuesto concreto, pese a ello, la negligencia no tiene entidad suficiente para desbordar la categoría inferior (levedad).

Evidentemente esa valoración no siempre será igual. Según cual sea la infracción grave de tráfico con que operemos habrá unos matices u otros. Y siempre será imprescindible el juicio que exige la imputación objetiva.

La ya mencionada infracción de la letra m), por ejemplo, aporta o nada o muy poco pues remite al problema general ¿cómo de grave es la negligencia? En los excesos de velocidad habrá que graduar, entre otros imaginables factores, en cuánto se excedía el tope permitido: habrá supuestos muy diferenciables. Otras veces puede ser decisivo comprobar si la infracción administrativa en sí ha sido intencionada o por descuido (v. gr., al no respetarse un «ceda el paso») y ponderar las causas de esa desatención momentánea, ... No es posible un prontuario o un vademécum completo: será el juzgador el llamado a valorar en cada supuesto, sin perder de vista ese parámetro legal orientativo (infracción administrativa grave) del que no puede prescindir, y que le obliga prima facie a explicar por qué pese a constatar una infracción grave descarta la calificación como imprudencia menos grave.

La presencia de una infracción grave constituye indicio de imprudencia menos grave; presunción que, puede ser contrarrestada por una motivación suficiente a veces basada en la evidencia, tendente a mostrar que esa imprudencia en esas concretas circunstancias y sus singulares características no alcanza ese rango intermedio y puede ubicarse razonablemente en la imprudencia leve, atípica penalmente.

SÉPTIMO.- Volvamos al supuesto que analizamos. Objetivamente y sin mayores matices, estamos ante una infracción viaria

grave: no se ha respetado la preferencia de paso y normas sobre cambio de dirección o sentido (art. 76 c) LSV). Al mismo tiempo se han desoído otros mandatos de la ley de Tráfico que el fiscal evoca y desmenuza, como hacía la sentencia del Juzgado de lo Penal y analiza también el recurrente. A esos respectivos pasajes nos remitimos.

Ahora bien, en el nebuloso escenario fáctico que presenta la sentencia, aún razonándose por el Tribunal que se aprecian infracciones de normas de la conducción (las cita), y pudiendo asegurarse que concurrió cierta imprudencia por parte del acusado no podemos catalogarla de grave en tanto algunas de las hipótesis posibles que admite la sentencia devalúan esa gravedad.

La Audiencia hace protesta expresa de que en esa valoración el resultado no puede influir, es un elemento del que hay que abstraerse. Es así, en efecto: hay que estar al desvalor de la acción y no al desvalor del resultado; aunque con un matiz: ex ante la previsibilidad de posibles resultados más graves obliga a redoblar el deber de cuidado. Y en la realización de esa concreta maniobra (giro a la izquierda atravesando el sentido contrario de la calzada) en ese concreto escenario, es alto el peligro y previsible la posibilidad de resultados más graves que en otro contexto (el alcance por detrás en una aglomeración circulatoria vuelve a acudir en nuestro auxilio al buscar un ejemplo).

Pese a la fórmula tortuosa y negativa (no consta...) del hecho probado, la lectura íntegra de la sentencia abre paso a una versión que se considera acreditada: hubo cierta desatención.

La Audiencia sostiene que concurrió necesariamente una imprudencia que no puede ser otra que algún grado de desatención.

La lectura de la secuencia fáctica, ciertamente, genera cierto estado de confusión: no se puede saber exactamente qué pasó. Pero sí se llega a expresar que en ese no advertir la presencia de la moto jugó algún papel un descuido, por mínimo que fuese, del acusado.

Que la sentencia de apelación arroje poca luz sobre lo sucedido no es necesariamente un defecto, ni algo reprochable al Tribunal. Si los hechos se reflejan confusamente será porque de la prueba no se desprende, a su juicio, la suficiente claridad. La perplejidad del Tribunal ante ello queda honestamente reflejada en la sentencia: viene a decir que no le ha quedado

claro qué sucedió, ni por qué no vio el acusado a la motocicleta. Pudo deberse a muchos factores, que va enumerando sin propósito ni exhaustivo ni concluyente (velocidad de la motocicleta, lugar por donde avanzaba por el carril...). Pero sostendrá que los hechos no se pueden explicar sin, al menos, un mínimo de desatención por parte del conductor.

No nos corresponde en este tipo de recurso fiscalizar si esa valoración probatoria ha sido correcta; o si podría resultar más convincente la efectuada por el Juzgado. No hemos valorado la prueba porque ni podemos ni debemos. Nos limitamos a acoger acríticamente la versión ambigua y dubitativa del Tribunal de apelación. La Audiencia ha hecho un examen meticuloso de toda la prueba y ha llegado a esas conclusiones: la prueba es inidónea para esclarecer las causas que pudieron motivar que el acusado no advirtiese la presencia de la motocicleta, aunque sí se afirma que al menos concurrió cierta dosis de imprudencia.

En ese contexto de la conducción (maniobra de giro a la izquierda), por el especial riesgo que comporta, es exigible no ya el cuidado ordinario, sino extremar las precauciones. Se impone una atención extrema. No haber empeñado esa atención superlativa, no puede calificarse nunca, por vía de principio, de imprudencia leve en ese marco viario específico de singular riesgo. En los casos en que la desatención sea mínima y confluyan otros factores que degradan la propia imprudencia, estaremos, al menos, ante una imprudencia menos grave.

En el caso concreto hay una infracción que puede ser calificada de grave (art. 76 c) LSV) con lo que queda cubierta la exigencia del nuevo art. 142 CP. Esa infracción debe llevar a la calificación, al menos, como imprudencia menos grave, aunque no cabe un automatismo inmatizado. En este caso por las razones que acaban de apuntarse no podemos escapar del espacio de la imprudencia menos grave (si se acogen algunas de las hipótesis que maneja como probables la Audiencia Provincial).

Del conjunto de hipótesis que caben como posibles en el hecho probado (aclarado en la fundamentación jurídica) la más favorable al acusado integra, cuando menos, una imprudencia menos grave. El escenario descrito y el suceso relatado no son cohonestable con la estricta levedad. La gravedad queda degradada por esos otros factores que se señalan como concausas no totalmente descartables. Pero no es posible rebasar por debajo las lindes de la

imprudencia menos grave. Operamos así con lo que se conoce como determinación alternativa del hecho (Wahfestellung: SSTS 136/2017, de 2 de marzo, 586/2016, de 4 de julio; 427/2014, de 29 de mayo; 408/2015, de 8 de julio ó 128/2015, de 25 de febrero) que obliga a inclinarse por la hipótesis más favorable al reo, de las admitidas por el hecho probado. Se puede recordar a este respecto la STC 62/1994, de 28 de febrero de 1994, donde se descubre una implícita aplicación de esa técnica de la determinación optativa del hecho:

No podemos hablar por tanto como única hipótesis posible de absoluta falta de previsión y cuidado (imprudencia grave) por desprecio de las normas de cautela que aun la persona menos cuidadosa hubiera atendido. Pero sí resulta indudable, aún en la alternativa fáctica más favorable, de inobservancia de una diligencia de grado medio, no equiparable al estándar del mas previsor, ni tampoco al del menos cuidadoso. Es una omisión de un deber de cautela y precaución medianamente exigible en las circunstancias concretas, que en este caso imponían una atención extrema. Estamos ante una imprudencia de grado medio (ni grave, ni leve) apta para ser encajada en el concepto penal de imprudencia menos grave.

Procede la estimación parcial del recurso. OCTAVO.- La estimación parcial del recurso lleva a declarar de oficio el pago de las costas (art. 901 LECrim).

FALLO

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

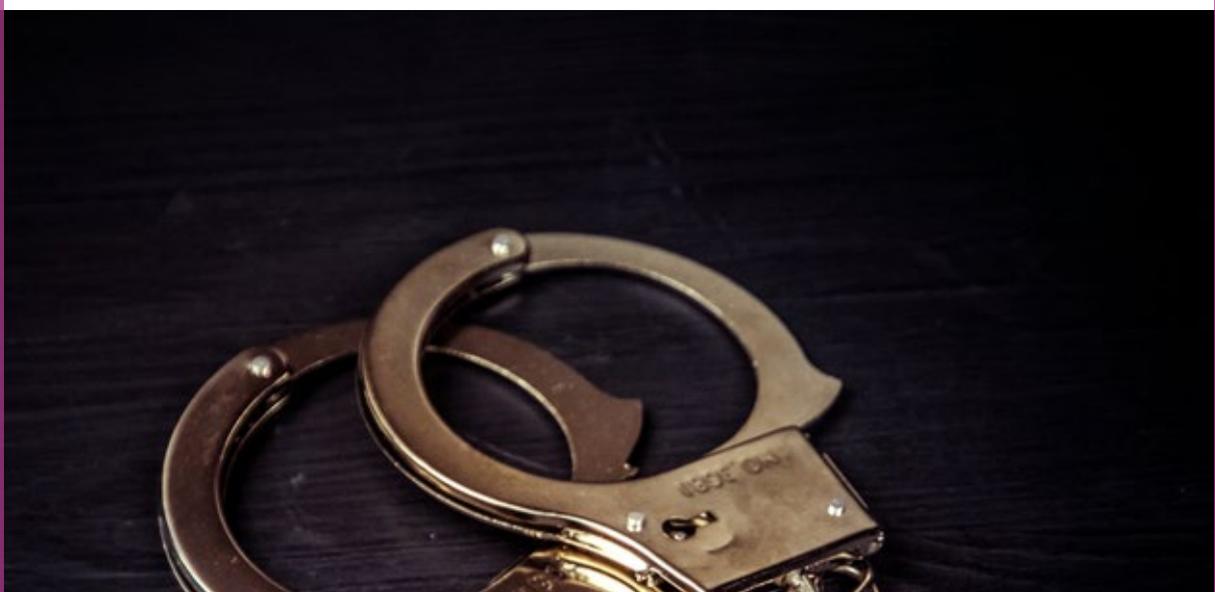
1.- ESTIMAR parcialmente el recurso de casación interpuesto por la acusación particular FRANCISCO RAÚL y MIGUEL CABEZAS CANCA contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz, de fecha 6 de febrero de 2018, que revocó la sentencia de 26 de junio de 2017 dictada por el Juzgado de lo Penal no 1 de Ceuta que condenaba al recurrente por un delito de homicidio por imprudencia.

2.- Declarar de oficio las costas ocasionadas en este recurso. procédase a la devolución del importe del depósito legalmente establecido.

Comuníquese esta resolución a la sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz y al Juzgado de lo Penal no 1 de Ceuta, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Guillermina Mataran Ferreira
Abogada

Esta excepcional sentencia, en la que ha sido ponente el Excmo. Dr. Antonio del Moral García, se preocupa y se ocupa de delimitar el concepto de imprudencia menos grave recientemente modificado por la L.O. 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente.

La mencionada reforma junto con la falta de claridad y certeza en la causa exacta del accidente de circulación, han propiciado el dictado de una sentencia en la que se hace un viaje a través de la vida de la imprudencia penal para intentar delimitar la frontera entre la imprudencia grave, menos grave y leve, lo que desde mi punto de vista no se consigue del todo, no por falta de voluntad del TS, sino porque la fórmula legal no es propicia a ello. Sea como sea, no hay duda de que la STS sí contribuye a alumbrar unas mínimas pautas o estándares en la fijación de los límites entre dichas imprudencias, constituyendo esto mi principal conclusión tras la lectura de la resolución.

(...) "no arrojan luz sobre "qué sucedió ni por qué el acusado no vio a la motocicleta", admitiendo únicamente que en cualquier caso, fuese como fuese, sí existió un mínimo de desatención por parte del conductor, concurriendo por tanto cierta dosis de imprudencia."

En este caso partimos de unos hechos probados en la sentencia de apelación en los que, no siendo punto controvertido que el accidente se produce cuando el acusado invade el carril contrario al realizar un giro a la izquierda, para acceder al acuartelamiento coronel Fiscer (Ceuta), sin embargo, los mismos **no arrojan luz sobre "qué sucedió ni por qué el acusado no vio a la motocicleta", admitiendo únicamente que en cualquier caso, fuese como fuese, sí existió un mínimo de desatención por parte del conductor, concurriendo por tanto cierta dosis de imprudencia.**

En este escenario fático, descartada la imprudencia grave, el TS se plantea si podrían subsumirse los hechos en el concepto jurídico de imprudencia menos grave, conforme a la reforma operada por la L.O. 2/2019, para lo que, tras realizar un recordatorio de la doctrina general de la imprudencia grave anterior a la reforma, a través de las STS 54/2015, de 11 de Febrero y STS 805/2017, de 11 de diciembre (caso Madrid Arena), se adentra a desglosar e interpretar los artículos 142.2 y 152.2 del Código Penal, destacando las siguientes consideraciones en relación al concepto de imprudencia menos grave:

a) La referencia a las normas sobre tráfico es evidente que lo son al mencionado RDL 6/2015, de 30 de octubre y en concreto al listado de infracciones graves recogido en su artículo 76.

b) En ningún caso con la remisión a dicha norma administrativa se pretende proporcionar un concepto único y excluyente de la imprudencia menos grave, **sino que estamos ante una indicación orientadora** y ello, a diferencia de la definición reformada de la imprudencia grave, en la que sí se establece que **"en todo caso"** nos encontramos ante ésta (imprudencia grave) cuando el resultado traiga causa de alguna de las circunstancias prevista en el artículo 379 CP (conducir a una velocidad que supere en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida legalmente, conducir bajo las influencias de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas).

c) **La comisión de unos hechos constitutivos de una infracción grave administrativa nos sitúan, a priori, ante una imprudencia menos grave**, alejándonos de su consideración de leve (y por tanto no punible), **si bien esta calificación no es automática**, pudiendo encontrarnos ante una infracción administrativa grave pero que penalmente se acabe considerando como imprudencia grave (tal como consideró estos hechos el Juzgado de lo Penal), o al contrario, que ésta se considere que no rebosa los límites de la imprudencia leve y por tanto debe ser resuelta en la jurisdicción civil.

Del mismo modo, aunque es más improbable, también podemos encontrarnos ante un supuesto en el que no siendo los hechos constitutivos de ninguna de las infracciones graves establecidas en el artículo 76 del RDL, sí se considere como imprudencia menos grave del artículo 142 del Código Penal.

Como indica el TS, el juez o tribunal no queda convertido en esclavo de la catalogación administrativa, de ahí que el legislador incluya el inciso final de los artículos 142.2 y 152.2 CP: “apreciada la entidad de ésta por el Juez o Tribunal”, siendo “esta” la infracción grave administrativa.

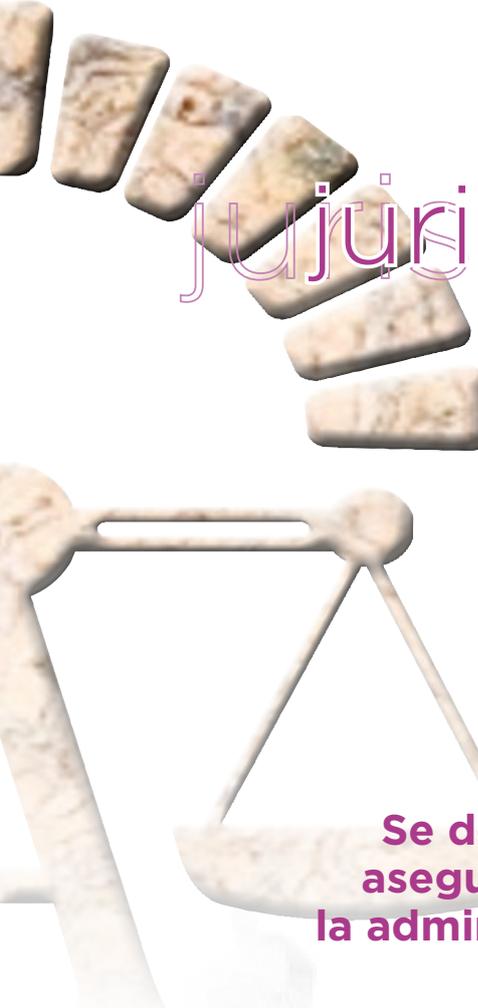
Llegados a este momento, si la remisión a la legislación administrativa en materia de tráfico es orientativa o indiciaria y la graduación de la imprudencia punible finalmente queda en manos del juez, ¿realmente ha cumplido con la finalidad de aclarar el concepto de imprudencia menos grave?

Pues bien, el TS en su empeño por clarificar este concepto, se adentra a analizar el artículo 76 de la Ley sobre Tráfico y Circulación de Vehículos a Motor, destacando lo siguiente:

Si procedemos a una lectura de este podemos comprobar cómo se recogen prácticamente todas aquellas conductas constitutivas de infracción en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, pues, además, aquellas que no estén expresamente descritas, podríamos incluirlas en su letra m): **conducción negligente**. La gran mayoría, por no decir la totalidad de los accidentes de circulación, serían encuadrables en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 76, por lo que de considerarse suficiente la remisión a la norma administrativa para definir la imprudencia como menos grave, podríamos decir que hemos rescatado la imprudencia simple por infracción de reglamentos del C.P. de 1848, además de haber arrebatado a la negligencia leve todo su espacio, efecto que es evidente que no perseguía el legislador.

Consiguientemente, **no existe sustitución de la norma penal respecto de la norma administrativa**. Ésta constituye un **criterio orientativo** para situarnos, en principio, en el ámbito de la imprudencia menos grave, si bien será el Juez o Tribunal quien valore, en cada caso, sin perder de vista el parámetro legal orientativo (infracción administrativa grave) del que no puede prescindir, el grado de imprudencia ante el que nos encontramos, debiendo motivar en todo caso las resoluciones en las que se aparte de la calificación de imprudencia menos grave.

Desde mi punto de vista, pese a lo bien intencionado de la reforma, poco aclara en relación a dicho concepto, tal y como se desprende de la STS comentada. Si en algo se ha avanzado con la reforma es en el carácter indicador, indiciario u orientativo de lo que es imprudencia menos grave, pues siempre que nos encontremos ante una infracción grave de las prevista en el artículo 76 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, la imprudencia deberá catalogarse de menos grave, salvo que el Juez o Tribunal, atendiendo a la mayor o menor entidad del deber de cuidado infringido, motive suficientemente que la imprudencia cometida no alcanza el rango de menos grave, lo que la ubicaría en la imprudencia leve y por tanto, procedería al archivo penal de las actuaciones. De ahí que debemos prestar una especial cuidado en la denuncia que dé lugar a las Diligencias Previas, pues a mi parecer la misma debe describir con la mayor claridad posible la conducta infractora, para que el Juez tenga elementos suficientes para valorar penalmente la entidad de la infracción y en su caso, destruir la presunción de imprudencia menos grave establecida con la reforma de los artículos 142 y 152 del Código Penal.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Se desestima la ulterior demanda civil frente a la aseguradora de la responsabilidad patrimonial de la administración no demandada en vía contenciosa administrativa, por la que se reclamaban los intereses del artículo 20 de la LCS.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 17 de Septiembre de 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

1.- Objeto del proceso

Es objeto de este juicio la acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS), que formula el actor contra la compañía Zurich, en su condición de aseguradora del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña, en reclamación de 20.312 euros, correspondientes a los intereses del art 20 LCS, que se consideran pendientes de cobro. La base de hecho de tal reclamación deriva de una mala praxis médica de la que fue declarada responsable la administración sanitaria, en sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de dicha comunidad autónoma de fecha 4 de diciembre de 2013.

En la precitada resolución judicial, se condenó a la administración sanitaria a abonar



la suma de 250.000 euros, por los graves daños corporales sufridos por el hijo menor del actor a consecuencia de la defectuosa atención sanitaria prestada, con los intereses legales desde la fecha de la reclamación administrativa. La cantidad objeto de condena fue consignada por la aseguradora y ya percibida por los perjudicados.

De dicha indemnización corresponde a cada progenitor del menor 25.000 euros, y la concreta cantidad, que se reclama en este litigio, son los intereses del art. 20 de la LCS, con relación dicho principal de 25.000 euros, computados desde el 30 de marzo de 2007, data en la que se hizo la reclamación patrimonial en vía administrativa, hasta el 26 de diciembre de 2013, fecha de consignación del principal de la indemnización con los intereses legales objeto de condena para su pago a los perjudicados, y todo ello una vez descontados 7.402,39 euros, ya percibidos en concepto de intereses legales ordinarios.

2.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

Formulada la correspondiente demanda judicial se tramitó juicio ordinario, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 41 de Barcelona, que dictó sentencia en la que estimó la demanda, tras descartar la excepción de prescripción y la existencia de una cuestión prejudicial civil, basándose para ello en la sentencia de 25 de

febrero de 2014, dictada en un caso que se consideró similar al presente.

El referido órgano jurisdiccional partió de la base fáctica de que el actor instó junto con su esposa reclamación administrativa, que fue desestimada por silencio, promoviendo posteriormente recurso contencioso-administrativo contra el Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya, a cuya actuación imputaban los daños y perjuicios sufridos por su hijo menor y por ambos progenitores.

Se razonó que el actor no tenía obligación alguna de demandar a Zurich, en sede contencioso-administrativa. Se declaró probado que se pagó la indemnización objeto de condena con los intereses legales; no obstante, se consideró que, desde que conoció la compañía de seguros la existencia del siniestro y correlativa reclamación a la administración asegurada, también sabía que quedaba expuesta, por incumplimiento de su obligación de satisfacer puntualmente el siniestro, a que se ejercitara contra ella una acción de condena al pago de los intereses del art. 20 LCS, sin que, por otra parte, concurriera causa justificada para liberarse del abono de los mismos.

Por todo lo cual, se estimó la demanda con imposición de costas.

3.- Sentencia de apelación.

Interpuesto recurso de apelación, su

conocimiento correspondió a la sección 4.a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que partió de la consideración de que el nudo gordiano del litigio radicaba en determinar si la indemnización por mala praxis médica, que ya fue abonada en el proceso seguido contra la administración autonómica, implicaba o no, que el derecho autónomo e independiente del tercero perjudicado establecido en el art 76 LCS (reclamando únicamente la diferencia de los intereses del art 20 LCS) se había extinguido por pago de la obligación de indemnizar.

La Audiencia Provincial, en su decisión, consideró que no era aplicable la doctrina de la sentencia de 25 de febrero de 2014, en la que se basaba el Juzgado, por sendas razones. En primer término, dado que, al tiempo del caso contemplado en dicha resolución, la aseguradora no podía ser demandada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y, además que, en aquel caso, a la fecha de interposición de la demanda, no se había cobrado la indemnización, por ello se reclamaba tanto el pago del principal como de los intereses del art. 20 LCS; a diferencia de lo que acontecía, en el caso litigioso, en el que, no sólo se había realizado la consignación de la indemnización, sino que además la parte actora había percibido su importe el 21 de febrero de 2014, antes de la interposición de la demanda, y no solo el principal, sino también de los intereses legales ordinarios.

Todo ello conduce al tribunal provincial a considerar que «cuando la parte actora ejercita la acción del art. 76 LCS ya no existe obligación de indemnizar, ya que el pago hecho por el deudor solidario extingue la obligación para todos los deudores solidarios». Y continúa argumentando, incluso admitiendo como cierto que la demandada incurrió en mora desde el momento en que tuvo conocimiento del siniestro (30.03.2007), para que se pueda exigir el pago de la demora es requisito previo e imprescindible que se pueda exigir el pago del principal, en este caso la indemnización.

Se citó la sentencia de 4 de marzo de 2015, en un caso de acción directa del art. 76 LCS, en la que el perjudicado, que había sido enteramente resarcido del daño corporal sufrido por el asegurado, se declaró carecía de derecho para pretender ser indemnizado de nuevo por la compañía aseguradora.

4.- Recursos de casación e infracción procesal. Contra la precitada resolución judicial se interpusieron por el demandante dichos recursos extraordinarios.

Recurso extraordinario por infracción procesal. SEGUNDO.- Examen del motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

Este recurso se formuló, al amparo del artículo 469.1.4o de la LEC, por error patente en la valoración de la prueba y consiguiente vulneración del artículo 24 CE. Ello es así, se razona, por haber considerado la sentencia recurrida que el pago del principal indemnizatorio se efectuó por la aseguradora Servei Català de la Salut, cuando resulta incontrovertido e inmediatamente verificable a través de la documentación pública obrante en autos, que tal pago se efectuó por la aseguradora Zurich.

Se citan, como expresión del meritado error, los siguientes parajes de la sentencia de la Audiencia, al señalar que «en el momento en que la actora ejercita la acción del art. 76 LCS carece de tal derecho puesto que ha cobrado principal e intereses del deudor solidario, la aseguradora de ZURICH» y al señalar que: «cuando la parte actora ejercita la acción del art 76 LCS ya no existe obligación de indemnizar, ya que el pago hecho por el deudor solidario extingue la obligación para todos los deudores solidarios».

No podemos apreciar dicho error, en tanto en cuanto no niega la sentencia que el pago de la indemnización fue consignado por Zurich, sino que, como en el previo procedimiento contencioso administrativo la única parte fue la Administración, se afirmó correctamente que el pago se hizo por el deudor solidario condenado, aunque lo llevara a efecto su aseguradora.

Por otra parte, la ratio decidendi (razón de decidir) de la sentencia recurrida no proviene del concreto sujeto que consignó la indemnización, sino del hecho de que la condena impuesta a la Administración, única parte demandada, había sido ya satisfecha al tiempo de dirigirse la demanda contra la compañía de seguros por los intereses del art. 20 de la LCS.

Por todo ello, dicho recurso no puede ser estimado.

Recurso de casación.

TERCERO.- Examen del primer motivo del recurso de casación

El recurso de casación se fundamentó en la infracción del artículo 1144 del Código Civil. En su desarrollo se consideró que la sentencia recurrida había infringido dicho precepto, al estimar que la sustanciación de un previo procedimiento contencioso-administrativo contra la administración sanitaria cercenaba la posibilidad de una posterior acción, ante los tribunales civiles, contra la compañía de seguros, con la finalidad de cobrar las cantidades no percibidas en el primer procedimiento (en concreto, los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro).

Al momento de desarrollarse los presentes hechos, no estaba en vigor la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, por lo que no se va a entrar en su interpretación.

1.- Opciones con las que contaban los perjudicados al tiempo de reclamar la indemnización correspondiente por la mala praxis sufrida.

En este caso, a los perjudicados y, por lo tanto, al recurrente, se les abrían las opciones siguientes.

A) En primer lugar, formular reclamación administrativa previa ante la propia Administración para obtener el resarcimiento del daño, en cuyo caso finalizado el expediente administrativo, con reconocimiento de responsabilidad y fijación de la indemnización correspondiente, se producen las consecuencias jurídicas siguientes, a las que se refiere la STS 321/2019, de 5 de febrero:

«(i) fijada la indemnización, la aseguradora o la propia asegurada pueden pagarla y extinguir el crédito; (ii) una vez declarada la responsabilidad y establecida la indemnización, si el perjudicado no acude a la vía contenciosa, esos pronunciamientos quedan firmes para la administración; (iii) pueden producirse, potencialmente, todos los efectos propios de las obligaciones solidarias, además del pago, ya mencionado; y (iv) la indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite del derecho de repetición que el art. 76 LCS reconoce a la aseguradora».

Esta doctrina es ulteriormente ratificada en

la sentencia 579/2019, de 5 de noviembre.

B) Los perjudicados, en el caso de que hubieran optado por la vía administrativa, si formulada la preceptiva reclamación previa fuera desestimada, expresamente o por silencio administrativo, o cuando considerasen insuficiente la cantidad ofertada en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos, podrían cuestionar tal resolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las formas siguientes:

a) Bien, mediante el ejercicio de una acción de condena exclusivamente dirigida contra la Administración, siendo la jurisdicción contencioso-administrativa a la que le compete el conocimiento de las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial dirigidas contra la Administración, según resulta de lo normado en el art. 2 e) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de dicha jurisdicción (en adelante LJCA).

b) Bien, demandando por dicha vía, conjuntamente con la administración a su aseguradora, como expresamente posibilita el art. 9.4 II de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), en consonancia con lo cual norma el art. 21 c) de la LJCA, que se consideran legitimadas pasivamente a «las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren».

C) Por último, se les abría una tercera posibilidad, como era la de prescindir de la vía administrativa y demandar exclusivamente a la compañía de seguros, en su condición de sociedad mercantil, ante la jurisdicción civil, ejercitando contra ésta la correspondiente acción directa del art. 76 de la LCS (autos de la Sala de Conflictos, 3/2010, 4/2010, 5/2010 de 22 de marzo y sentencias 574/2007, de 30 de mayo, 62/2011, de 11 de febrero y 321/2019, de 5 de febrero).

La condena de la aseguradora dependerá de la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración asegurada, que deberá acreditarse, en el proceso civil, bajo los parámetros propios del derecho administrativo, lo que no es cuestión extravagante sino expresamente prevista en el art. 42 de la LEC, que regula las cuestiones prejudiciales no penales que se susciten en el proceso civil.

2.- Particularidades del caso enjuiciado.



En el caso presente, los perjudicados optaron por la reclamación administrativa previa, que fue desestimada por silencio administrativo, lo que motivó que posteriormente interpusieran recurso contencioso administrativo, que finalizó por sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que fijó la indemnización correspondiente, la cual fue consignada en el procedimiento por la compañía de seguros junto con los intereses legales objeto de condena y efectivamente percibida. Los perjudicados no dirigieron demanda contencioso administrativa contra la aseguradora.

3.- Decisión del tribunal.

El objeto de este pleito radica pues en determinar si es viable la posibilidad de ejercitar la acción directa contra la compañía aseguradora, no en reclamación del principal

ya fijado y satisfecho, sino exclusivamente los intereses del art. 20 de la LCS, una vez descontados los ya percibidos, a los que fue condenada la Administración demandada.

No sirve para la resolución de la presente controversia el caso resuelto por la sentencia la sentencia 71/2014, de 25 de febrero, en la que apoya el Juzgado su decisión, pues en ella expresamente se señala que «la reclamación en vía administrativa se produjo antes de la reforma del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la L.O. 19/2003, y que, como no podía ser de otra forma, la sentencia condenó únicamente a la Administración demandada [...] La aseguradora no gozaba en esos momentos de legitimación para ser parte en el proceso contencioso».

Las diferencias, con el litigio que ahora nos ocupa, son evidentes; puesto que, a la fecha de

los hechos enjuiciados en la sentencia 71/2014, la aseguradora no podía ser demandada en vía contencioso administrativa y, por lo tanto, tampoco en ella se podían reclamar los intereses del art. 20 de la LCS; la indemnización no había sido satisfecha al tiempo de interponer la demanda civil, y se postulaba una declaración de cobertura del seguro concertado con la demandada sobre los daños causados; mientras que, en el caso objeto de este recurso de casación, la aseguradora podía ser demandada ante la vía contencioso-administrativa, siendo decisión de los perjudicados no hacerlo, y la condena impuesta a la Administración, por principal e intereses, fue satisfecha por la compañía aseguradora antes de la presentación de la demanda civil, pocos días después de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Es de aplicación, en la actualidad, lo dispuesto en los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, del Sector Público, especialmente los arts. 34.3 y 35, reguladores de la materia, pero no vigentes a la fecha de los presentes hechos.

Pues bien, resolviendo el caso litigioso, si la parte perjudicada opta por no demandar a la aseguradora en vía contencioso administrativa, marginándola de la misma, cuando podía dirigir también la demanda contra ella conjuntamente con la Administración, no es factible que, discutida y fijada la responsabilidad patrimonial y la cuantía indemnizatoria en dicho orden jurisdiccional, se pretenda posteriormente promover un juicio civil, para obtener exclusivamente la diferencia de los intereses legales percibidos con los establecidos en el art. 20 de la LCS, cuando pudieron y debieron ser reclamados con intervención de la aseguradora en la vía contencioso administrativa (arts. art. 9.4 II de la LOPJ y 21 c) de la LJCA), o con la finalidad de buscar un más propicio tratamiento jurídico en la aplicación del art. 20 de la LCS.

No se vulnera el art. 1140 del CC, pues la compañía de seguros sólo responde si también lo debe hacer la asegurada, y solo en la medida en que lo deba hacer. Otra cosa es que incurra en mora, que consideramos no se produce, en el caso presente, pues elegida la vía contencioso administrativa, sin interpelación de la aseguradora, la compañía quedó pendiente de la resolución dictada en dicha vía jurisdiccional, para fijar, en su caso, la cuestionada responsabilidad de la administración y la cuantía de la misma; y, una vez establecidas éstas, proceder, como así hizo,

sin demora, a satisfacer su importe.

CUARTO.- Segundo motivo de casación

Por infracción del artículo 20.6.o de la Ley de Contrato de Seguro. El motivo se desestima, en coherencia con el anterior, toda vez que no se considera que la compañía haya incurrido en mora a los efectos de la aplicación del art. 20 de la LCS, por los razonamientos antes expuestos, al conocer del motivo anterior.

Procede en consecuencia desestimar el recurso de casación interpuesto y confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial.

QUINTO.- Costas y depósito

Las costas de los recursos se deben imponer al recurrente, de conformidad con el artículo 398.1 LEC en relación con su artículo 394.1, y conforme al apdo. 9 de la D. Adicional 15.a LOPJ procede la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

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 los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación interpuestos contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2017, por la Sección 4.a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.o 537/2016.

2.o- Confirmar la sentencia recurrida.

3.o- E imponer las costas de dichos recursos a la parte recurrente, con pérdida de los depósitos constituidos. Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

Por **Jose Manuel Villar Calabuig**
Abogado

Sentencia interesante por su contenido doctrinal que, como nos tiene acostumbrados el ponente, servirá de material formativo respecto a las opciones de la reclamación contra la administración y su aseguradora.

Resumen del caso: Reclamación por mala praxis con daños y perjuicios a un menor. Se formula reclamación administrativa previa, desestimada por silencio administrativo. Se insta el oportuno procedimiento contencioso administrativo contra la administración, sin concurso de la aseguradora, que finaliza estableciendo la responsabilidad del Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya, fijando la indemnización correspondiente mas intereses legales. El actor decide en ese momento presentar demanda civil contra la aseguradora Zúrich, para imposición de los intereses punitivos del art. 20 de la LCS. Si bien en primera instancia se estima íntegramente la demanda, la Audiencia Provincial de Barcelona estima el recurso de la aseguradora, desestimando así la reclamación de los padres del menor. Formulan Recurso Extraordinario por Infracción Procesal, al entender que habiendo consignado la propia aseguradora en el contencioso no se había reflejado correctamente, y Recurso de Casación por interés casacional por infracción del art. 1144 del CC. y del art. 20.6 de la LCS.

“... desde la reforma introducida por la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, la aseguradora de responsabilidad civil de la administración puede ser demandada en el procedimiento administrativo”.

Poca trascendencia tendrá el Recurso Extraordinario, al asumirse que la consignación la hizo la aseguradora, y que esto no tendrá relevancia en la desestimación del Recurso de Casación.

Entrando en la cuestión jurídica debatida, sobre la posibilidad de demandar civilmente a la aseguradora de la responsabilidad civil de la administración, en concreto para aplicación de intereses del art. 20 de la LCS, tras resolución administrativa que establece esta responsabilidad civil, la clave de esta sentencia es el reproche que el tribunal hace al actor al haber demandado exclusivamente a la administración en el procedimiento administrativo, cuando, desde la reforma introducida por la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, la aseguradora de responsabilidad civil de la administración puede ser demandada en el procedimiento administrativo.

Así, como material formativo, *la Sentencia identifica con claridad las opciones que tenía el actor:*

1.- *Reclamación administrativa previa ante la propia Administración para obtener el resarcimiento del daño, en cuyo caso finalizado el expediente administrativo, con reconocimiento de responsabilidad y fijación de la indemnización correspondiente.*

COMENTARIO

2.- *Cuestionar tal resolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las formas siguientes: acción de condena exclusivamente dirigida contra la Administración o demandando por dicha vía, conjuntamente con la administración a su aseguradora, como expresamente posibilita el art. 9.4 II de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), en consonancia con lo cual norma el art. 21 c) de la LJCA.*

3.- *Prescindir de la vía administrativa y demandar exclusivamente a la compañía de seguros, en su condición de sociedad mercantil, ante la jurisdicción civil, ejercitando contra ésta la correspondiente acción directa del art. 76 de la LCS. La condena de la aseguradora dependerá de la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración asegurada, que deberá acreditarse, en el proceso civil, bajo los parámetros propios del derecho administrativo.*

“No procede, por tanto, reclamar los intereses del art. 20 a la aseguradora en un procedimiento civil independiente, cuando pudieron y debieron ser reclamados con intervención de la aseguradora en la vía contencioso-administrativa”

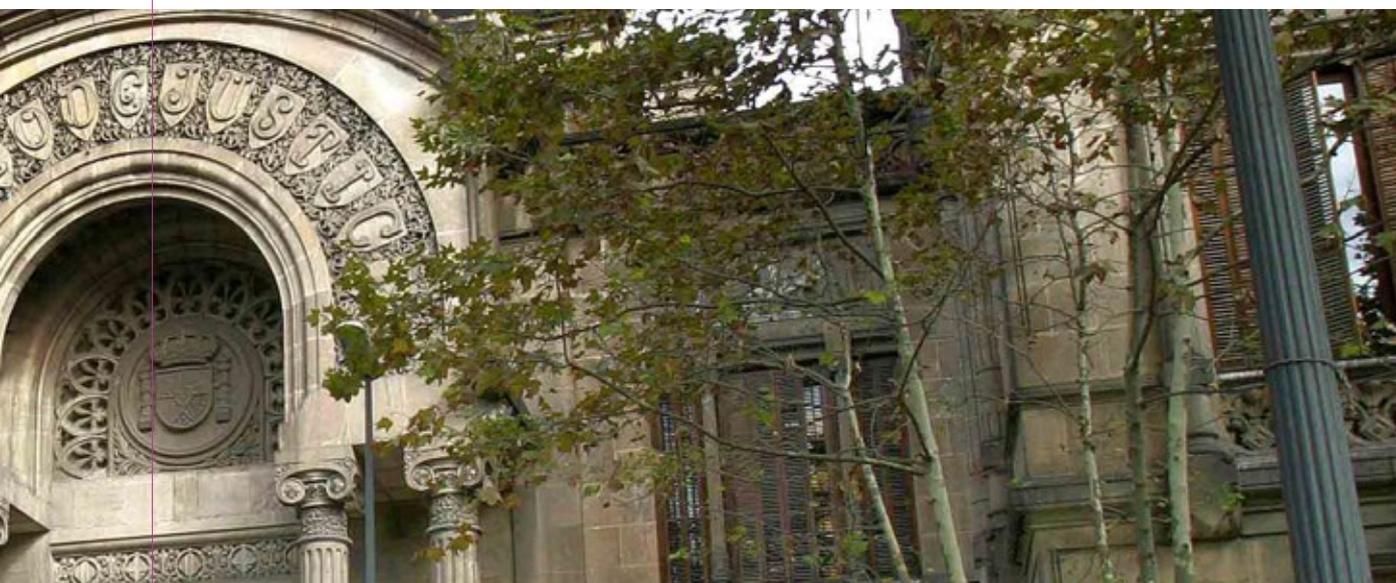
Respecto a la opción 1, es interesante resaltar el respaldo de esta sentencia a la doctrina del Tribunal en la STS 321/2019, de 5 de febrero, ratificada también por la STS 579/2019, de 5 de noviembre, que establece expresamente, respecto a las consecuencias jurídicas del reconocimiento de responsabilidad y fijación de la indemnización, lo siguiente : «(i) fijada la indemnización, la aseguradora o la propia asegurada pueden pagarla y extinguir el crédito; (ii) una vez declarada la responsabilidad y establecida la indemnización, si el perjudicado no acude a la vía contenciosa, esos pronunciamientos quedan firmes para la



administración; (iii) pueden producirse, potencialmente, todos los efectos propios de las obligaciones solidarias, además del pago, ya mencionado; y (iv) la indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite del derecho de repetición que el art. 76 LCS reconoce a la aseguradora».

El Tribunal valora que, en este caso, se optó por la reclamación previa, sin resultado, y posterior recurso contencioso administrativo, pero en el que no se dirigió la demanda contencioso-administrativa contra la aseguradora, cuando pudo, y debió, hacerlo. Por ello considera el Tribunal que *“no es factible que, discutida y fijada la responsabilidad patrimonial y la cuantía indemnizatoria en dicho orden jurisdiccional, se pretenda posteriormente promover un juicio civil, para obtener exclusivamente la diferencia de los intereses legales percibidos con los establecidos en el art. 20 de la LCS, cuando pudieron y debieron ser reclamados con intervención de la aseguradora en la vía contencioso administrativa (arts. art. 9.4 II de la LOPJ y 21 c) de la LJCA), o con la finalidad de buscar un más propicio tratamiento jurídico en la aplicación del art. 20 de la LCS.”*. No procede, por tanto, reclamar los intereses del art. 20 a la aseguradora en un procedimiento civil independiente, cuando pudieron y debieron ser reclamados con intervención de la aseguradora en la vía contencioso-administrativa.

Conviene, por aclarar algo el caso y, seguramente, la errónea estrategia según el Alto Tribunal del actor, que la Sentencia del Tribunal Supremo STS 71/2014 de 25 de febrero, muy presente y comentada por el ponente, ayudó a que en primera instancia se estimara la demanda. La práctica judicial nos enseña que hay recursos porque los criterios no están consolidados y así, lo que en primera instancia era claro, la Audiencia lo desmonta, con el acertado, para el Alto Tribunal, argumento de que esa sentencia no es de aplicación al caso concreto. La Sentencia de 2014 versaba sobre un supuesto anterior a la reforma de 2003 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no pudiendo la aseguradora ser parte en el proceso contencioso y por ello no podían reclamarse los intereses del artículo 20 de la LCS. También se diferencia del caso enjuiciado en que la demanda se puso antes de que se hubiera satisfecho la indemnización. Es decir, lo que para el juzgador de primera instancia fue la base de su estimación de la reclamación, es corregido tanto por la Audiencia Provincial como por el Alto Tribunal.



COMENTARIO

Como apunte final, es importante trasladar a este comentario el contenido de los artículos mencionados por el Alto Tribunal, que le llevan a la conclusión de que el actor debió haber demandado a la aseguradora en procedimiento contencioso administrativo, en concreto el art. 9.4 de la L.O. 19/2003 que establece en su párrafo 2º: *Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva”, y respecto al art. 21.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que establece: c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren, tras la modificación de la norma, por la L.O. 19/2003, y que entró en vigor el 15/01/2004.*

En cuanto al segundo motivo del recurso de casación, la mora de la aseguradora se resuelve de forma sencilla con el argumento de que, habiendo acudido exclusivamente a la reclamación administrativa, sin concurso de la aseguradora, la misma quedó pendiente de la resolución administrativa y que, tal como se fijó la responsabilidad y la indemnización, procedió al pago.





perlas cultivadas

por José María Hernández - Carrillo Fuentes
Abogado

Para quienes con frecuencia creciente desconfían de la prosperabilidad de los recursos, la sentencia nº 128/20 , de veintinueve de mayo , de la Sección 4ª de la . Audiencia Provincial de Granada, -ponente Ilmo Sr. D. Antonio Gallo Erena-: atendiendo una indebida aplicación del Art 138 de TRLR en relación con los artículos 51 (actividades esenciales de la vida ordinaria) y 54 (actividades de desarrollo personal) en lo que afecta a las lesiones temporales -que postula que los días de perjuicio particular grave son 339, no los 55 reconocidos en la instancia- pondera positivamente que el perito judicial” diferenciando la situación de la actora desde el alta hospitalaria pese a tener un fijador externo en la pierna derecha, ... de manera que pese a las limitaciones que debió soportar, no resulta equiparable a la situación de internamiento hospitalario. Efectivamente es cierto que el ingreso hospitalario no es requisito sin el que no pueda entenderse aparezca perjuicio personal grave, no deja de ser un ejemplo, pero es evidente que la parte una vez que dejó de estar en dicha situación tiene la carga de prueba para alegar y probar situación que le haga perder su autonomía personal para realizar una parte relevante de las actividades esenciales de la vida ordinaria o la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal, lo que en este caso entendemos que efectivamente se hace” concluyendo que los días en los que hubo de soportar el fijador externo son de perjuicio personal grave, pese a no estar ingresado en el Hospital:

“...se pone de manifiesto que tras el alta hospitalaria pasó a una situación similar en su domicilio, con reposo absoluto, tratamiento de fisioterapia y farmacológico, con dosis diaria de heparina. Solo luego de retirársele el fijador externo pudo comenzar

a andar con ayuda de bastones, habiendo quedado evidenciado que durante todo ese tiempo hasta el 6-8-2017 perdió su autonomía personal para una parte relevante de las actividades esenciales de la vida ordinaria que contempla el Art. 51 del TR. En este caso realizar tareas domésticas, asearse, vestirse, desplazarse,

sentarse, levantarse, habiéndole imposibilitado también llevar a cabo la mayor parte de sus actividades de desarrollo personal, como el desempeño de su profesión, disfrute o placer, actividad sexual, el ocio y práctica de deportes....La transcendencia del fijador para condicionar todo ello...”

En torno a la “equivalencia entre días de baja laboral y días de perjuicio moderado”, que “concluido el tratamiento rehabilitador el periodo curativo había concluido, y ya podía hablarse de días de perjuicio personal básico (art. 136 del TRLRCSVM) sino de secuelas”, y que es informe concluyente hallamos la Sentencia Nº 157/2020, de diecinueve de julio, de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª- Magistrado único Ilmo. Sr. D. Raúl Hugo Muñoz Pérez-:

“El hecho de que la baja laboral comenzara el día 17/07/2017 (el primer día laborable después del siniestro) al margen de la relevancia que dicho dato pueda tener a efectos administrativos, no la tiene a los efectos indemnizatorios que aquí nos ocupan. Y ello porque acudiendo a las presunciones (art. 386.1 de la LEC) si el día 17/07/2017 el actor estaba impedido incluso para realizar su trabajo, es lógico concluir que la limitación para la realización de una parte relevante de sus actividades de desarrollo específico (art. 138 del TRLRCSVM) existía ya durante los días previos e inmediatamente posteriores al siniestro, esto es los días 14, 15 y 16 de julio.

La equivalencia entre días de baja laboral y días de perjuicio moderado también ha sido apreciada, entre otras, por la SAP de Asturias de 14 de mayo de 2020 (rec. 617/2019, FJ 2):

«(...) Con arreglo a los criterios antes expuestos y acreditado que el lesionado causa baja laboral hasta el día 29 de junio, sin que pueda haber duda alguna que una de las actividades más relevantes de la actividad específica diaria y habitual son las derivadas del trabajo a que se dedique el lesionado, por ser la que normalmente ocupan la mayor parte de los

esfuerzos y actividades físicas y mentales en el discurrir de las personas. En definitiva, el perjuicio moderado, en este caso, coincidirá con aquel de la sanidad durante el que la víctima ha estado impedida para el desarrollo de su vida diaria en términos equivalentes a cómo lo hacía inmediatamente antes del hecho lesivo, que en este caso se extiende durante los 135 días impedido para desarrollar su trabajo habitual, computándose los restantes días hasta la fecha de alta y finalización de tratamiento fisioterápico como de perjuicio básico, tal como efectúa el Dr. Pedro Antonio. Sin que a estos efectos puedan tomarse en consideración la valoración del Dr. Casiano, pues el mismo en su informe no aprecia perjuicios personales por cuanto estima que del accidente que nos ocupa, solo sería esperable médicamente, en las peores circunstancias unas molestias cervicales leves autolimitadas con desaparición de las mismas en unas dos semanas, por lo que no se cumple el criterio médico legal relativo a la entidad suficiente. (...)».

TERCERO.- La equivalencia expresada entre días de baja laboral y días de perjuicio moderado,

Sin embargo, no cabe reconocerle al actor los 37 días de perjuicio personal básico que solicita, que irían desde la fecha del alta

(09/10/2017 al 14/11/2017). Y es que el hecho de que D. S., una vez finalizado el tratamiento rehabilitador (05/10/2017) tuviera que reincorporarse de forma progresiva a su trabajo, no contradice el hecho de que concluido el tratamiento rehabilitador el periodo curativo había concluido, y ya podía hablarse de días de perjuicio personal básico (art. 136 del TRLRCSVM) sino de secuelas, sobre las que resolvemos a continuación.

En relación con las secuelas, la primera de ellas es la de algias postraumáticas sin compromiso radicular y/o síndrome cervical asociado (1-5 puntos) al que la demanda le otorga 1 punto.

Las secuelas derivadas de un traumatismo cervical menor del art. 135 del TRLRCSVM exige para su acreditación la existencia de un informe médico «concluyente», mereciendo tal calificación aquel que además de en las manifestaciones del paciente se base en pruebas complementarias, entre las que también se incluye la exploración facultativa. Sin que alcance la consideración de «concluyente» el informe basado en las meras manifestaciones (anamnesis) del lesionado como lo ha razonado la SAP de Madrid de 09 de octubre de 2019 (rec. 573/2018, FJ 11 y 12):

«(...) 11. B) Informes médicos.- Por otro lado, también a efectos argumentativos pero conforme a la práctica habitual antes de la reforma de 2015, «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» (arg. art. 37.1 LRCyS). «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» (art. 135.2 LRCyS).

12. Pues bien, no será concluyente el informe basado exclusivamente en manifestaciones subjetivas de dolor sino que será precisa alguna prueba médica complementaria en la que se presenten signos clínicos, no necesariamente una radiografía o resonancia magnética (que, por otra parte, comúnmente arrojan falsos positivos por causas alternativas como las degenerativas) pues la exploración física podría ser suficiente si revela tales signos».



La Sentencia nº 332/2020, de ocho de julio, de la Audiencia Provincial de Salamanca, - Ponente, Ilmo. Sr. D. Jose Antonio Vega Bravo- delimita el alcance del concepto legal de secuela y de su indemnización y que supondría una duplicidad indemnizatoria contraria a la ley y al principio general de prohibición del enriquecimiento injusto o sin causa, el hecho de indemnizar a un perjudicado por las secuelas derivadas de un accidente de tráfico, y a la vez indemnizarle por los gastos médicos de la operación dirigida a eliminar dichas secuelas.:

“Segundo.- Así las cosas es preciso indicar inmediatamente que la sentencia apelada no ha declarado que en el presente caso exista cosa juzgada material, sino que ha lo que ha hecho ha sido introducir el concepto de la cosa juzgada material como argumento a mayor abundamiento. Porque lo que se declara en dicha sentencia, con total acierto a juicio de este tribunal, es que la pretensión ejercida en este juicio por la parte actora consistente en exigir el pago por la compañía de seguros

demandada de la operación quirúrgica realizada para eliminar las secuelas padecidas y ya indemnizadas- constituye un quebrantamiento del principio que prohíbe ir en contra de los actos propios, si bien, en efecto, a mayor abundamiento añade que tal pretensión, en aquellos casos en que se hubiese seguido entre las partes- perjudicado y compañía de seguros- un juicio terminado por sentencia firme, en la que se hubiere concedido al perjudicado una indemnización por secuelas, iría en contra de la cosa juzgada

material.

En definitiva, se resuelve en la sentencia apelada, como con plena claridad y acierto se indica en la misma, el problema consistente en delimitar el alcance del concepto legal de secuela y de su indemnización. Y es que, desde luego, supondría una duplicidad indemnizatoria contraria a la ley y al principio general de prohibición del enriquecimiento injusto o sin causa, el hecho de indemnizar a un perjudicado por las secuelas derivadas de un accidente de tráfico, y a la vez indemnizarle por los gastos médicos de la operación dirigida a eliminar dichas secuelas.

Sin duda, nadie puede obligar a un perjudicado a admitir una indemnización por secuela, ni tampoco la ley establece qué destino debe dar dicho perjudicado al dinero de tal indemnización. Pero, tampoco hay duda de que cuando define y valora la ley una secuela, en virtud del principio de reparación integral,

reconoce al perjudicado el derecho de indemnización de unas consecuencias dañosas del accidente de tráfico que permanecen. De modo que si además de esa indemnización, se le indemniza al perjudicado en los gastos de la operación quirúrgica dirigida a eliminar dichas secuelas, el resultado sería que tal víctima habrá recibido una indemnización por unas secuelas que ya no existen y que por ello debería devolver.

Pues bien, conforme al art.93.1 -EDL 2004/152063- «son secuelas las deficiencias físicas, intelectuales, orgánicas y sensoriales y los perjuicios estéticos que derivan de una lesión y PERMANECEN una vez finalizado el proceso de curación . El material de osteosíntesis que permanece al término de este proceso tiene la consideración de secuela».

La indemnización de las secuelas obedece, pues, a que se trata de una deficiencia que existe y permanece.

De modo que el perjudicado es libre de solicitar una indemnización por las secuelas o una indemnización por los gastos médicos derivados de la eliminación de tales. Ahora bien, si el perjudicado acepta la indemnización por las secuelas, no es que renuncie a la indemnización de daños o perjuicios personales y/o materiales posteriores desconocidos, sino que acepta la indemnización de algo existente, una secuela, que por definición legal consiste en una deficiencia física, intelectual, orgánica y sensorial y los perjuicios estéticos que derivan de una lesión y PERMANECEN una vez finalizado el proceso de curación. De suerte que si su intención era que tal deficiencia permanente llamada secuela

deje de existir, en tal caso debería haber esperado y haber optado, no por la indemnización de la secuela, sino por la indemnización de la operación dirigida a hacerla desaparecer.

La interpretación de la parte apelante, que incluso manifiesta en su recurso que añade una alegación nueva lo cual constituye una alegación prohibida por el art. 456 LEC, que por ello se desestima sin más-, en el sentido de considerar que toda indemnización por secuela no impide que se lleven a cabo las correspondientes operaciones quirúrgicas dirigidas a eliminar tales secuelas, operaciones que deberá indemnizar la compañía de seguros, si bien reconoce que ésta tiene derecho a compensarse por las cantidades recibidas por el perjudicado en concepto de secuelas, constituye una interpretación absurda, pues, condena a las partes tras un accidente de tráfico a un rosario de juicios interminables, en contra del más elemental concepto de economía procesal. Sin olvidar que atenta contra el principio más fundamental de nuestro ordenamiento jurídico procesal, cuál es el de la seguridad jurídica. Así como que constituye un claro quebranto del principio de prohibición del enriquecimiento injusto por duplicar la indemnización de un mismo daño, su existencia y su eliminación, lo cual a posteriori se trata de paliar mediante sucesivos juicios posteriores dirigidos a compensar tal enriquecimiento injusto. **No hay base legal ni jurisprudencial para ello.....**

Nada, pues, como hemos dicho, otorga según la ley base para la pretensión que ha sido objeto del presente juicio. No regula

nuestro legislador una tal reclamación. Sin duda cuando la ley define el concepto de secuelas e insiste en su naturaleza de «deficiencias» que «permanecen» no se refiere a que tales deficiencias no pueden hacerse desaparecer, por ejemplo a través de una operación quirúrgica, sino a que se valoran por su carácter o naturaleza de permanencia. No se trata, pues, de una deficiencia que ha sufrido el perjudicado y que ya no existe, sino de una deficiencia que ha sufrido como consecuencia del accidente y que permanece. De modo que, como hemos visto, la valoración legal de la misma tiene en cuenta su carácter de deficiencia que permanece. En los tratos preliminares entre las partes es cuando deberá decidir el perjudicado si se conforma con la indemnización por la deficiencia permanente o si prefiere esperar a realizar la operación quirúrgica para que se le indemnicen los gastos de su desaparición.

Por lo demás, indicar que si en esos tratos preliminares las ofertas e informes médicos de la compañía no se han hecho en el modo legalmente establecido, en cuanto al tiempo, la forma etc, ello, según hemos visto, aparece regulado por la ley y tiene consecuencias administrativas, e incluso en materia de intereses, pero en modo alguno permite fundamentar una pretensión como la que ha sido objeto el juicio, que a la postre conduce, como hemos visto, a una doble indemnización de una misma deficiencia, la indemnización de su existencia permanente y la indemnización de la operación para hacerla desaparecer.”

Resulta sorprendente que aun se acuda al argumento de la posible responsabilidad de un ocupante en sus lesiones - fuera de los supuestos tasados de inobservancia del uso de casco , cinturón de seguridad o análogos, Sentencia nº128/2020, de veintitrés de julio , de la Audiencia Provincial de Mérida ,Sección 3ª -Ponente: Ilmo. Sr Joaquin Gonzalez Casso-:

“La ocupante del vehículo, en cuanto a las lesiones que padeció, es inmune a las circunstancias en las que tuvo lugar el accidente. Le son irrelevantes.... Pues bien, en la sentencia de instancia se nos relata la existencia de dos concausas o concurrencia

de culpas en el evento lesivo. Pero los causantes son los conductores, no la víctima.

Reseñar que cuando se crea en los años cuarenta del siglo pasado el seguro obligatorio de automóviles, se realiza con la

finalidad de crear un patrimonio responsable para el caso de que alguien resultara muerto o lesionado en un hecho de la circulación permitiendo la plena indemnidad. Se objetiva la culpa y sólo se excluye la indemnización en favor de la víctima en los dos supuestos que recoge el artículo 1 de la Ley de Responsabilidad Civil. Don N y don Jose A cometerían las infracciones que fuera al Reglamento General de la Circulación. Doña G , por más que viajara en uno de los dos vehículos -nos da lo mismo el que fuere- es un tercero cuya plena indemnidad no puede verse afectada en un evento lesivo en el que no ha tenido, «ni arte, ni parte».



Curiosamente, dos sentencias que comparten muchos aspectos, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 29 de abril de 2020, ponencia del Ilustrísimo Sr. Don Julio Tasende Calvo, sobre un accidente circulatorio en una rotonda, y ambas revocatorias, N.º 111/2020 Y N.º121/2020, alcanzan conclusiones divergentes. En la primera, los actores conductor y ocupante de un vehículo que “se disponía a salir de una rotonda y se encontró que el carril por el que circulaba estaba ocupado por el vehículo asegurado en la entidad demandada, lo que hizo que aquel frenase bruscamente evitando” la colisión, no obstante sufrieron “presuntas” lesiones, que en primera instancia fueron atendidos, y en apelación “...dado que ni siquiera llegó a producirse colisión alguna... a los efectos de valorar la entidad de la frenada que el conductor demandante circulaba por una rotonda y muy despacio a una velocidad de 220-3 km/h... “se revocó absolviendo ante las dudas sobre la relación causal (Art 135 TRLRCS (VM);

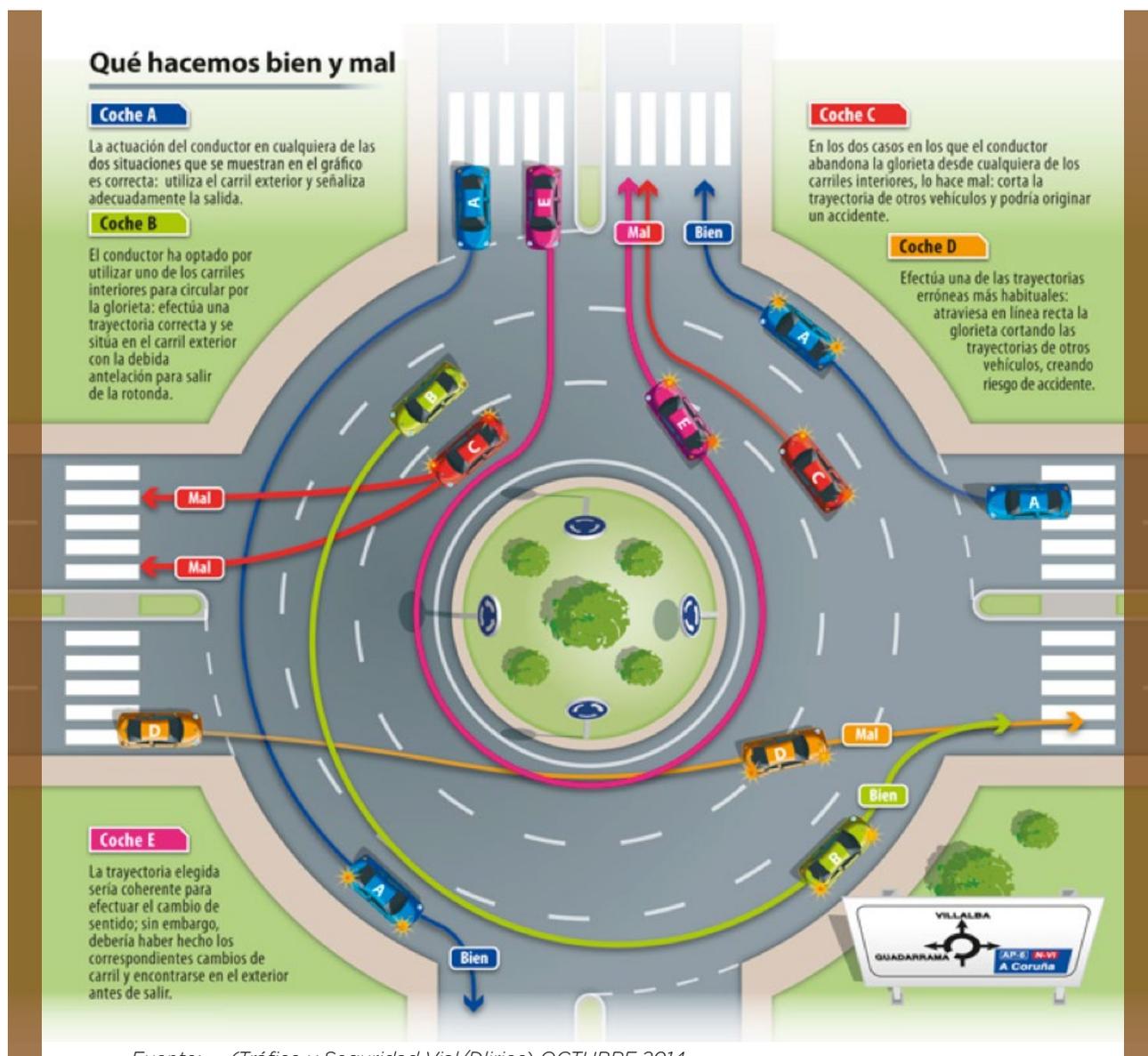
Sin embargo, la Sentencia N.º121/2020 de 29/04, condena al entender que la circulación por el carril interior de una glorieta sin una causa especial que lo justifique constituye una conducta poco diligente:

“...En el presente caso, frente a los fundamentos de la sentencia apelada, que considera acreditada la culpa exclusiva de la víctima, alegada por la aseguradora demandada, consideramos que esta parte no ha probado que el comportamiento de la conductora del automóvil por ella asegurado fuese totalmente correcto o irreprochable, sin ninguna incidencia decisiva en la génesis y desarrollo de la relación causal que desembocó en los daños personales y materiales cuya indemnización es objeto de reclamación, demostrando que el accidente se debió única y exclusivamente a la culpa o negligencia del actor apelante. Por el contrario y de acuerdo con la prueba practicada, es evidente que la colisión entre los vehículos implicados en el accidente tuvo como única causa eficiente y constatada la maniobra poco diligente realizada por la conductora del vehículo asegurado en la compañía demandada, la cual, circulando por el carril interior de una glorieta y con la intención de abandonarla, procedió a

desplazarse lateralmente y a realizar un cambio de dirección hacia el carril exterior por el que transitaba correctamente y en sentido circular el automóvil conducido por el demandante, interponiéndose así en su normal trayectoria sin respetar la prioridad de paso que a éste le correspondía, de conformidad con la norma general contenida en el art. 30.2 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. La mera circunstancia de circular por el carril interior de la glorieta, sin una causa especial que lo justifique, cuando lo normal y adecuado es hacerlo por el carril exterior, al que se accede directamente y que facilita la maniobra de salida sin peligro para los demás usuarios, constituye en sí misma una conducta poco diligente, creadora de un riesgo adicional e innecesario, en cuanto obliga a realizar un desplazamiento lateral que implica un cambio de carril para abandonar la glorieta. Por otra parte, el hecho de que la señalización horizontal de la glorieta, y la línea discontinua

existente en un punto determinado de la calzada, permita al vehículo que circula por su carril interior salir de la misma, atravesando el carril exterior, no le exonera de la obligación de respetar, en esta maniobra de desplazamiento lateral y ocupación del carril exterior, la preferencia de paso que en todo caso corresponde al vehículo que transita por él en sentido circular.”

La Orden de 1 de septiembre de 2020 para la aplicación en la Comunidad Autónoma de Andalucía de medidas de prevención en materia de salud pública por el COVID-19 ha podido aplicarse (a diferencia de otras autonomías) por que fue ratificada por el El Auto N.º 220/2020, de dos de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede Granada). Sala de lo Contencioso- Ponente: Miguel Pedro Pardo Castillo- :



Fuente: (Tráfico y Seguridad Vial/Dlirios) OCTUBRE 2014

“En efecto, es bien conocido que nos encontramos ante una grave crisis sanitaria y que, en el momento del dictado de la presente resolución, se ha producido un incremento de los brotes epidémicos que, obviamente, exige por parte de la Administración la adopción de cuantas medidas sean precisas para controlar y frenar los contagios. Se trata, por tanto, de un escenario complejo que demanda una fuerte intervención administrativa, donde debe conciliarse la necesaria protección de la vida con el ejercicio de diversas actividades económicas que, por las circunstancias en

que se desarrollan, suponen un elevado riesgo de brotes epidémicos. No cabe perder la perspectiva de que en el momento actual, en el que no existe un tratamiento curativo efectivo ni una vacuna que pueda prevenir futuros contagios, las principales medidas sanitarias deben centrarse fundamentalmente en la prevención, también conocida como intervención temprana. Y por las razones anteriormente expuestas, entendemos que la orden alcanza un necesario equilibrio o proporción entre las medidas que impone y la razón última que las justifica, más aún

atendiendo al número de personas que estas actividades congrega, y, por tanto, el elevado riesgo de contagio.

En definitiva, hemos de concluir que las medidas incluidas en la orden son justificadas y proporcionadas -y, hemos de añadir, necesarias- para la consecución del fin que se pretende, esto es, la protección de la vida, salud e integridad física, al amparo de los artículos 15 y 43 de la CE, sin que quepa predicar una lesión de derechos fundamentales de tal entidad que deba entenderse desproporcionada o injustificada, que se trata del

concreto objeto de la solicitud de ratificación que nos ocupa.”

VOTO PARTICULAR que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Ángel Gollonet Teruel:

PRIMERO.- El objeto de este incidente, que podríamos denominar procesalmente «medidas cautelares inversas» (porque es la Administración la que solicita un pronunciamiento y porque se pide la ratificación de las medidas y no su suspensión), es la adecuación a Derecho desde el punto de vista de los derechos fundamentales de la Orden de 1 septiembre de 2020 de la Consejería de Salud y Familias publicada en el BOJA de 1 de septiembre de 2020.

.....**NOVENO.-** La suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales tiene establecidos en la Constitución española unos cauces específicos, que no son, desde luego, los que se utilizan con la Orden de 1 de septiembre de 2020.

El artículo 55.1 de la Constitución española solo permite la suspensión de determinados derechos fundamentales en los casos de estado de excepción y de sitio, nunca en el estado de alarma, donde puede haber limitaciones o restricciones, pero no suspensión de derechos fundamentales.

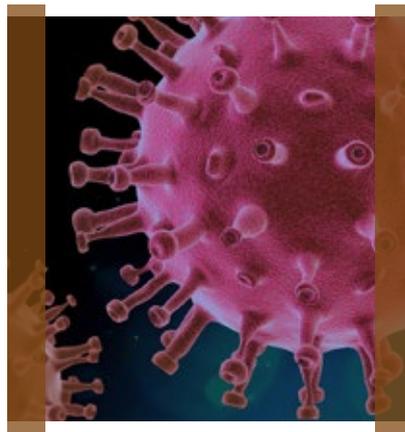
Es claro que en el estado de alarma no se pueden suspender derechos fundamentales, por lo que mucho menos puede hacerse con un reglamento autonómico.

Es cierto como se ha dicho que estamos desde hace meses en una pandemia, pero esto no supone que las

más elementales garantías de libertad y del Estado de Derecho no tengan que respetarse.

El ordenamiento jurídico dispone de cauces suficientes para la protección de la salud sin menoscabo de los derechos constitucionales.

Por todas estas razones formulo el presente voto particular”



Resulta muy clarificador, en el hasta ahora nebuloso terreno de la recurribilidad en casación de los autos de sobreseimiento dictados por las Audiencias Provinciales, Auto de 29 de septiembre de 2020., dictado en Queja nº 20147/2020, por la Sala 2ª del Tribunal Supremo- Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet-¿Cabría, pues, entender que la fase de procedimiento abreviado es la equiparable al auto de procesamiento en el procedimiento -ordinario-, o cabe entender que en la de diligencias previas existe imputación formal que habilita la casación en estos casos?:

“**ÚNICO.-** Con respecto a la queja suscitada en torno a si cabe casación ante los autos de sobreseimiento libre en fase de diligencias previas es claro que no existe en esta fase imputación formal y no cabe casación ante el auto de la Audiencia Provincial confirmando el sobreseimiento libre.

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 122/2020 de 12 Mar. 2020, Rec. 2828/2018 que:

“Con el fin de unificar criterios y despejar dudas, el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala celebrado el 9 de febrero de 2005 estableció en orden a la recurribilidad en casación de los autos dictados por las Audiencias, que «los

autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones: 1ª. Se trate de un auto de sobreseimiento libre. 2ª. Haya recaído imputación judicial equivalente a un procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, el derecho aplicable y las personas responsables. 3ª. Se haya dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación». Y esta orientación interpretativa ha sido ahora acogida por el legislador en el actual artículo 848 LECRIM, a tenor del cual «podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos

definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada», regulación en línea con la ampliación que de la casación ha propiciado la Ley 41/2015, extendiendo la misma a las sentencias dictadas en todos los procedimientos seguidos por delitos, a excepción de los leves, con independencia de su gravedad y del órgano al que compete la revisión a través de la apelación.”

¿Cabría, pues, entender que la fase de procedimiento abreviado es la equiparable al auto de procesamiento en el procedimiento abreviado, o cabe entender que en la de diligencias previas existe imputación formal que habilita la casación en estos casos?

Señala la sentencia que “Los contornos que para avalar la constitucionalidad del procedimiento abreviado marcó la STC 186/1990 de 15 de noviembre, al reclamar una valoración judicial de los indicios previa a la apertura del juicio oral que el imputado pudiese combatir eficazmente mediante un recurso, quedaron concretados desde la reforma del año 2002 en la decisión del artículo 779.1. 4ª LECRIM (asimilable a la prevista en el anterior art. 790). A partir de ese momento quedó consolidado ese auto de transformación como equivalente para el procedimiento abreviado, al auto de procesamiento en el ordinario. A él corresponde delimitar los hechos punibles

y posibles partícipes, es decir, el ámbito objetivo y subjetivo del proceso, y se encuentra sometido a un amplio régimen de revisión a través del recurso de apelación (entre otras SSTs 473/2006 de 17 de abril; 608/2006 de 11 de mayo; 977/2007 de 22 de noviembre; 129/2010 de 19 de febrero; 63/2011 de 4 de febrero de 2011; 872/2015 de 17 de diciembre; 790/2017 de 7 de diciembre, o 94/2019 de 20 de febrero).”

De la misma manera, en auto del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto de 13 Jul. 2018, Rec. 20381/2018 se confirma que: “aunque el auto decreta el sobreseimiento libre, como señala el auto denegatorio de la Audiencia, la causa no se ha dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada ya que esta se lleva a cabo en el auto de transformación, por ello la queja debe ser desestimada con imposición de las costas al recurrente (art. 870 LECrim)”.

Y con gran contundencia señalamos en auto del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto de 12 Jul. 2019, Rec. 20448/2019 que: “en ningún momento ha existido imputación judicial fundada contra los querellados. No existió transformación alguna del procedimiento, y el auto de sobreseimiento se dictó en fase de diligencias previas, pues como afirma la propia recurrente, dicho procedimiento se limitó a la incoación de las correspondientes diligencias previas, acordando el sobreseimiento provisional y archivo. En modo alguno, el mero hecho de la incoación de previas puede considerarse imputación fundada, pues como decíamos en el auto de 11/05/18, queja 20235/18, «solo

puede entenderse por tal, la que describe el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables, tal sería el auto de transformación de las Diligencias Previas en procedimiento abreviado o el auto de procesamiento en el procedimiento ordinario».

La imputación formal propia se verifica en la transformación de las diligencias previas, donde se fijan hechos, autores y calificación, no en la fase previa de mera investigación judicial y práctica de diligencias instructoras. Es en la vía del art. 779.1.4ª LECRIM cuando se toma la decisión de acordar la transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, debiendo el Juez de Instrucción concretar los hechos punibles e identificar a las personas a las que se imputan. En este auto -llamado de «transformación»- se producirá la imputación formal en el proceso abreviado y se concretan los indicios contra la persona jurídica; y también se decidirá en él si concurren con ella otros imputados.

La imputación es un elemento esencial en la fase de instrucción hasta el punto de que no puede decretarse la apertura del juicio oral contra una persona que no haya adquirido previamente la condición de imputada. Pero ello no se produce con la mera admisión de una querrela o la práctica de diligencias, sino por un auto propio posterior de imputación y transformación visto los resultados de éstas, no antes. El traslado de la imputación se hace depender de la valoración por el instructor de indicios racionales de criminalidad.

Como señala

la mejor doctrina, el juez no asume de manera automática la imputación que se desprende de una denuncia, de una querrela, o de la investigación previa de la policía o del fiscal, sino que esos actos se someten a un juicio jurisdiccional sobre el carácter punible de los hechos y sobre la posibilidad de que los haya realizado una persona. Y así, el juez puede rechazar una denuncia o una querrela por entender atípicos o no creíbles los hechos denunciados, del mismo modo que puede no citar a declarar en calidad de imputado (investigado) a un sujeto que ha sido señalado por un testigo o por otro imputado por estimar no creíble o verosímil esa atribución.

Por tanto, el tránsito de la calidad de investigado a imputado depende de un control judicial, no estando el juez instructor obligado a asumir la imputación procedente de terceros, y ello requiere de una expresa resolución que así lo indique. Y, así, se señala que en el Procedimiento Abreviado (PA), ese auto de imputación formal es el que prevé el art. 779.1.4.º LECrim. y que recibe distintas denominaciones: auto de transformación o de continuación del PA; auto de clasificación, auto de acomodación, o simplemente, auto de PA. En este caso, al estar en fase de diligencias previas no cabe recurso de casación.

No hay imputación formal. El auto de continuación del PA es la resolución en la que queda formalizada la imputación.”

Salvo que una ley penal lo establezca expresamente no se puede presumir que es retroactiva (art 2 LEC , supletoria según el art. 4 LEC) y ello respecto de normatividad penal sustantiva, no de la procesal penal, así lo establece el Auto núm. 657/2020 ,de 17 de septiembre, de la Sala 2ª de lo penal del Tribunal Supremo - ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre-:

“Sobre la retroactividad de las leyes, el Tribunal Constitucional (Sentencias 149/1995 de 16 de octubre y 374/1993 de 13 de diciembre) recuerda que el fenómeno de la retroactividad es posible si la propia ley lo autoriza.

Conviene recordar que las leyes procesales no son leyes penales, por lo que no es posible el efecto retroactivo de las mismas, sino que únicamente son aplicables a los procedimientos en vigor con arreglo a las circunstancias establecidas para el procedimiento aplicable.

La STS 1336/2011, de 12 de diciembre señala que, el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable con carácter supletorio, por prescripción del artículo 4 de la misma Ley, dispone que salvo que se establezca otra cosa en las disposiciones legales de derecho transitorio, los asuntos

se sustanciarán siempre con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas.

C) A la vista de lo anteriormente expuesto, se hace necesario antes de entrar en el fondo del recurso, analizar si la resolución que se impugna, es susceptible de ser recurrida en casación en el caso que nos ocupa.

Se trata de una Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Granada, que desestimó el recurso de apelación formulado por B , contra una sentencia dictada por un Juzgado de lo Penal de Granada.

Para abordar esta cuestión, se hace necesario partir de una premisa esencial, cual es que la redacción actual del artículo 847.1 b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es la otorgada por la Ley 41/2015,



de 5 de octubre (BOE del 6 de octubre), de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Dicha reforma entró en vigor el seis de diciembre de 2015 (Disposición final cuarta de la Ley 41/2015), siendo determinante que en la Disposición Transitoria única de la Ley 41/2015, se establezca que se aplicará «a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor».

Por lo tanto, la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al amparo de la cual, son recurribles en casación las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, no puede incidir, en virtud de la Disposición Transitoria referida, sobre un proceso, como el que nos ocupa, cuya incoación empezó el día 27 de octubre de 2014.

En conclusión, la modificación legal operada por la Ley 41/2015 no puede tener efectos retroactivos sobre el presente procedimiento, al no estar previsto expresamente en su Disposición Transitoria, única posibilidad que posibilitaría que esta Sala conociese sobre el fondo del recurso de casación interpuesto. No pudiéndose acudir, ante dicha falta de previsión, al principio de retroactividad de la Ley penal más favorable, ya que no estamos en el ámbito de la normatividad penal sustantiva, sino de la procesal penal, donde la redacción del artículo 792.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vigente y aplicable al procedimiento del que estamos tratando, establecía que «contra la Sentencia dictada en apelación no cabrá recurso alguno».

Poco a poco , se va formando un cuerpo de resoluciones delimitando lo que los letrados de administración de justicia , deben , pueden y no pueden hacer, en dicha línea y como un importante avance más en dicha delimitación necesaria que a todos los juristas - incluidos ellos- interesa , lo constituye la Sentencia 49/2020, de 15 de junio, de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional :

“En la presente demanda, a diferencia de lo que sucedía en las sentencias citadas, a la recurrente no se le ha denegado el recurso ante la autoridad jurisdiccional. Lo que aquí se cuestiona es que el letrado de la administración de justicia se arrogó competencias que no le correspondían, por cuanto se trataba del ejercicio de funciones estrictamente jurisdiccionales. Así sucedió cuando, mediante diligencias de ordenación, rechazó, en primer lugar, la petición de revisión de oficio de la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria; y, en segundo lugar, el incidente de nulidad de actuaciones planteado por la actora. De nuevo conviene recordar que la decisión relativa al carácter abusivo de una cláusula contractual es de competencia exclusiva del juez y no comparte la naturaleza procesal o de mero trámite que tienen las decisiones del letrado de la administración de justicia. Igualmente claro resulta el carácter jurisdiccional de la resolución del incidente de nulidad de actuaciones, que se desprende sin reserva alguna de su reglamentación legal (arts. 228 LEC y 241 LOPJ), que somete la tramitación y resolución a un estricto control judicial. Como señalamos en la STC 208/2015, de 5 de octubre, FJ 5, «[d]e manera diáfana, los apartados uno y dos del art. 241 LOPJ atribuyen la competencia para conocer del incidente de

nulidad de actuaciones al juez o tribunal que dictó la resolución que hubiera adquirido firmeza, incluso cuando proceda la inadmisión a trámite del incidente, pues la resolución que así lo acuerde debe ser una providencia sucintamente motivada».

En definitiva, lo relevante en este supuesto, desde el prisma en que se sitúa este tribunal, no es la nulidad que comporta resolver mediante diligencia de ordenación cuestiones que, conforme a la ley, han de ser resueltas por medio de providencia o auto, sino al hecho de que la actuación desarrollada por el letrado de la administración de justicia ha supuesto una manifiesta denegación de la tutela judicial efectiva, ya que impidió que el juez pudiera entrar a conocer sobre unas pretensiones -carácter abusivo de determinada cláusula y solicitud de nulidad de actuaciones- cuya resolución le compete con carácter exclusivo. Es innegable que nuestro enjuiciamiento no recae propiamente sobre una actuación jurisdiccional, pero lo cierto es que la actuación material del letrado de la administración de justicia -la inadmisión de las pretensiones que la actora dirigió al juez- extralimitándose en su competencia, impidió que el titular del órgano judicial pudiera desarrollar su función jurisdiccional, lo cual justifica que este Tribunal deba

intervenir para reparar la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, al igual que hizo en recurso resuelto por la STC 208/2015.

Comprobada la vulneración denunciada del derecho a la tutela judicial efectiva, en la manifestación del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), procede, en orden a restaurar el derecho de la recurrente, anular lo actuado desde la diligencia de ordenación de 31 de julio de 2017, con la que el letrado de la administración de justicia dio respuesta al escrito de la recurrente de fecha 21 de julio de 2017, para que el titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Amposta resuelva las peticiones formuladas por la actora.”

Quando crees que la ficción es infinitamente prolija llega la realidad y te sorprende , con un “...en el que el recurrente, de forma un tanto paradójica, parecía reclamar menor celeridad: una especie de anómalo y exótico derecho a un proceso con ciertas dilaciones” respecto del recurso del MHP de la Generalitat D. Joaquim Torra i Pla, -y la petición de suspensión cautelar de la pérdida de la condición de diputado del Parlamento de Cataluña asociada a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia - Sentencia núm. 477/2020 , de 28 de septiembre del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal-ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez:-

“DUODÉCIMO.- En cuanto a la solicitud que mediante OTROSI formulaba el recurrente en el escrito de formalización, ni fue atendida ni podía ser atendida. Se pedía

que se decretase la suspensión cautelar de los efectos asociados a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia y en particular de la pérdida de la condición de diputado del Parlamento de Cataluña del recurrente.

...no es eso una medida cautelar acordada en el proceso penal y susceptible de ser modificada por el juez o tribunal que conoce del mismo.

En este caso se trata de las consecuencias jurídico-electorales que la LOREG atribuye a una sentencia penal condenatoria, aunque no sea firme.

Cosa diferente es que este tribunal no se tape los ojos ante esa consecuencia desfavorable extraprocesal de una sentencia que pende de casación y que por tanto se pueda tomar en consideración en la agenda de señalamientos para no prolongar más que lo estrictamente indispensable una situación de interinidad que ya lleva aparejada un efecto perjudicial para el acusado, aunque no haya sentencia firme (vid. STS 722/2018, de 23 de enero de 2019).

D É C I M O TERCERO.- *Por último, para dar contestación a todas las cuestiones suscitadas, tenemos que hacernos eco de la mención realizada en el curso de informe en la vista de casación sobre una supuesta indebida citación del recurrente para ese acto. Aunque fue una alusión marginal sin el formato de una queja expresa, llamó la atención de esta Sala que ha querido comprobar si en efecto se ha producido alguna deficiencia en ese trámite, pese a que en principio carecería de relevancia (art. 180.2 LECrim). No hemos sabido detectar irregularidad o déficit alguno*

en ese auto de comunicación: la resolución -3 de julio de 2020- por la que se señalaba el día para la celebración de la vista que había sido interesada por el recurrente y que, además, dada la naturaleza del delito resulta preceptiva (art. 893 bis a) 2º LECrim) y que tenía un doble contenido (el principal, la admisión del recurso; el accesorio y supeditado al mismo: señalar fecha para la vista conforme al turno establecido), fue notificada en forma a esta parte el 6 de julio como la parte proclama expresamente en la súplica que interpuso frente a ella (desestimado luego en auto de 23 de Julio también notificado. Por eso solo acertamos a descubrir —asumiendo el riesgo de equivocarnos- que ese sutil, y en absoluto abrupto, sino siempre legítimo más allá de la mayor o menor o ninguna razón que pueda encerrar, reproche quería enlazar con un recurso de súplica que formalizó el recurrente en fecha 16 de junio de 2020 (el escrito está fechado el día anterior) que fue repelido por no venir referido a una formal resolución judicial, y en el que el recurrente, de forma un tanto paradójica, parecía reclamar menor celeridad: una especie de anómalo y exótico derecho a un proceso con ciertas dilaciones. El derecho fundamental es justamente el contrario: a un proceso ágil que no siempre puede ser atendido en la medida de lo deseable. Más en un caso como el presente en que, según hemos indicado supra, la pendencia llevaba aparejada una situación perjudicial para el recurrente por la cierta eficacia extraprocesal que a la condena no firme otorga la legislación electoral. El asunto se señaló en la fecha indicada tomando en consideración también esa circunstancia.”

Resulta interesante acercarse - de entre las recomendables 1844 páginas-a la Sentencia Nº 507/2020 ,de 14 de octubre , de la Sala 2ª de lo Penal , del Tribunal Supremo, - Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre - del conocido como “caso Gurtel ”- (pags 1603, y ss), para concretar de un lado el concepto de partícipe a título lucrativo y de otro conocer la realidad de lo desgranado en medios de comunicación:

“370.- El motivo cuarto por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim por vulneración de los derechos al honor (art. 18.1 CE), a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), a un proceso con la garantía de imparcialidad judicial (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por la innecesaria inserción en la sentencia impugnada de diversas afirmaciones que atribuyen al recurrente la posible comisión de un delito que no se enjuiciaba. “

“En concreto, en la sentencia impugnada, tanto en los hechos probados como en la fundamentación jurídica, se contienen las siguientes afirmaciones:

Asimismo refiere el contenido del voto particular que expresamente considera que tales afirmaciones eran innecesarias y además expresivas de una técnica

irregular en la redacción de la sentencia, al incluir en el relato de hechos probados, hechos que expresamente resultaban ajenos al conocimiento del tribunal.

Y así comienza su voto afirmando que a partir de “algo que ha sido colateral al enjuiciamiento”, como era “la existencia de una contabilidad extraoficial llevada por LUIS BÁRCENAS, se hacen menciones, principalmente, en el apartado I de los HECHOS PROBADOS, punto 1 a), con las que parece colocarse al Partido Popular en una dinámica de corrupción institucional, cuando a dicho Partido no se le ha enjuiciado por actividad delictiva alguna, no ya porque en la época en que suceden los hechos no había entrado en vigor la reforma que en nuestro Código Penal tiene lugar mediante ley 5/2010, de 22 de junio de 2010, con la que se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino, precisamente, porque ha

comparecido en la presente causa en la condición de partícipe a título lucrativo, por lo tanto, ajeno a cualquier relación con la actividad delictiva que aquí se enjuicia” (p. 1.588). Y subraya que “no era necesario introducir los referidos pasajes, porque, estando encartado el P.P. como partícipe a título lucrativo, hay que partir de su total ausencia de participación en los hechos delictivos y su desconocimiento de los mismos, para mantener lo cual invoco la STS 447/2016, de 25/05/2016, sobre la que volveré con más atención al tratar la responsabilidad de dicho Partido, que, respecto de la naturaleza del partícipe a título lucrativo, pone el acento en el desconocimiento del hecho típico, y en que su responsabilidad no debe estar expuesta al mismo juicio de reproche que sirve de fundamento a la declaración de culpabilidad penal, pues con esos pasajes se le está haciendo ese reproche, que nada aporta respecto de la posición que ha



POPULARES

ocupado en esta causa, ni de cara la responsabilidad que se le exige" (p. 1.589).

Razonamiento acertado en parte, no se puede afirmar una responsabilidad penal sin acusación o defensa. Nadie acusó porque no se podía, de modo que apuntar una responsabilidad no pretendida es tanto como situarse en el lugar de la acusación y condenar sin instancia de parte. La contradicción en la que entra la sentencia es evidente, considerar que el Partido Popular era conocedor y responsable penal, aunque sea a efectos teóricos, supone entender que no era ajeno a los hechos penales, de modo que sería imposible aplicar la norma utilizada para imputar civilmente a dicho partido en el proceso penal y con base a una figura, art. 122, que exige la ajenidad.

No puede afirmarse la autoría del Partido Popular como autor de delitos de corrupción y prevaricación irregular, cuando esta posibilidad de que fuera destinatario de sobornos no fue objeto de acusación, al no solicitarse su condena en tal sentido y haber sido traído al proceso como partícipe a título lucrativo que presupone que el beneficiario no solo no participó en el delito sino que desconoció su comisión.

Es una condena a la restitución de lo recibido a título gratuito. Basta con constatar que se ha producido una recepción y que no responde a título oneroso para que proceda la condena a la devolución. Tal consecuencia no implica reproche culpabilístico, para esa condena a la restitución no es necesaria ni una gota de culpabilidad. Ni siquiera conocimiento. Si a alguien le ingresan en su cuenta corriente, aun sin saberlo, una cantidad de dinero que

proviene de un ilícito penal, ha de devolverlo. Así de sencillo. Aunque no se hubiera enterado de nada. Incluso en los casos en que hubiera sido engañado, haciendo creer que era un donativo legítimo. Por tanto, no es un problema de que la defensa haya de demostrar su inocencia, son inocentes y esta Sala casacional no dice lo contrario. Sencillamente se ha demostrado que han recibido un dinero que provenía de un hecho ilícito que, por tanto, deberá ser devuelto.

La condena como partícipe a título lucrativo no solo es compatible con la buena fe y por supuesto con la inocencia, sino que presupone esta última. Los terceros partícipes a título lucrativo no son culpables sino solo responsables civiles, lo que implica que si las cantidades recibidas hubieran sido reintegradas antes del juicio, su presencia en el mismo no hubiera sido necesaria, al estar extinguida su obligación civil (ver STS 209/2020, de 21-5).

En definitiva, efectivamente no es dable afirmar que el Partido Popular delinquiera, cuando no ha sido enjuiciado por responsabilidad penal en este proceso; pero en modo alguno resulta reprochable que para configurar el contexto en que los hechos enjuiciados suceden, se mencione el resultado de los diferentes medios de prueba practicados relacionados con el Partido Popular, cuando precisamente es el nexo común que sirve de amalgama al conjunto de episodios y actuaciones recogidos en la declaración de hechos probados.

Razonamiento este último que implica que la parcial estimación del motivo carece de efectos prácticos, al satisfacerse en los muy concretos términos que de la

argumentación resulta y su intrascendencia en el fallo."

371.- El motivo quinto por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 307.1 Ley de Enjuiciamiento Civil, regulador de la negativa a declarar en el proceso civil y por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a un proceso con las garantías de imparcialidad judicial (art. 24.2 CE).

Pues bien, en este extremo sí debemos compartir el criterio del voto particular. Conforme a los referidos artículos la consecuencia a la negativa a declarar no es la automática declaración de confeso a quien adopta tal posición, sino la posibilidad de que así se le tenga, lo que debería haber precisado un razonamiento adicional del tribunal, dadas las razones expuestas en el juicio oral por el letrado de dicha parte en el sentido de la ignorancia de los hechos que desconocía al no haber participado en ellos -lo que constituye la esencia de la participación a título lucrativo- y argumentar hasta donde podía llegar con tal declaración, puesta en relación con las preguntas que se dejaron constancia - que la sentencia no refiere- y o contestó.

Consecuentemente esa declaración de confeso en la forma que se realizó fue, cuando menos, irregular.

No obstante lo anterior, lo esencial será constatar si el pronunciamiento condenatorio del tribunal quedaría ausente de cualquier sustento probatorio, sin esa declaración de confeso, lo que será analizado en los siguientes motivos."

El Pleno de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo en Sentencia núm. 469/2020, de 16 de septiembre - Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas- recuerda que una comunidad de bienes, atendiendo a sus fines (explotación de un activo) y operatividad (conforme a una organización económica), puede actuar en el tráfico jurídico y económico como una sociedad irregular de naturaleza mercantil (sociedad colectiva). Esto puede atribuirle capacidad para ser parte activa (no sólo pasiva) en el proceso civil, a la luz del art. 6 LEC.

En la sentencia recurrida se niega capacidad para ser parte actora a la demandante, al ser una comunidad de bienes, no constituida como persona jurídica (art. 6.2 LEC).

Asimismo se entiende en la sentencia de la Audiencia Provincial que quien representa a la comunidad y otorga el poder para pleitos es el administrador de la comunidad, en el que no concurre la condición de comunero.:

“ Una entidad de estas características, aunque revista la forma de comunidad de bienes, por haberse constituido para desarrollar una actividad claramente mercantil, la explotación en común de unos huertos solares, y actuar en el tráfico como centro de imputación de derechos y obligaciones, merece la consideración de sociedad mercantil, colectiva. Su carácter irregular, por la falta de inscripción registral, no impide que se le pueda reconocer

cierta personalidad jurídica por la mera exteriorización de esta entidad en el tráfico, que constituye una publicidad de hecho. De tal forma que la entidad demandante, aunque no cumpla las exigencias legales para su inscripción en el Registro Mercantil, goza de cierto grado de personalidad jurídica para que se le pueda reconocer capacidad para ser parte activa, de acuerdo con el art. 6 LEC.

La Comunidad de Usuarios demandante es de las llamadas comunidades funcionales que trascienden la mera copropiedad, actuando unificadamente en el tráfico, con estructura, organización, pactos sociales, representación y fines propios.

Se trata de una comunidad de bienes -de las también denominadas doctrinalmente como «dinámicas» o «empresariales»- que presenta las siguientes notas: (i) origen convencional, formalizada en escritura pública; (ii) vinculada funcionalmente a la actividad empresarial de explotación de huertos solares realizada por cada una de las sociedades mercantiles integradas en la comunidad (que para serlo necesariamente han de ostentar la titularidad de uno de

los huertos solares que forman en su conjunto una explotación unitaria); (iii) que presenta características propias de las sociedades irregulares [de tipo colectivo]; (iv) dotada de una organización estable, a través de un órgano de administración regulado en sus estatutos (con atribución de amplias facultades de gestión y representación) y financiero-contable (igualmente regulada en sus estatutos); (v) que actúa en el tráfico como centro de imputación de determinados derechos y obligaciones, entre ellos los de naturaleza tributaria, como sujeto autónomo u obligado tributario (art. 35.2 de la Ley General Tributaria); (vi) además, ostenta legalmente la condición de empresario a efectos laborales (art. 1 del Estatuto de los Trabajadores); (vii) y por ello tiene legalmente reconocido algunos de los efectos propios de la personalidad jurídica; (viii) y entre estos efectos debe incluirse el del reconocimiento de su legitimación y capacidad procesal cuando la acción que ejercite (art. 6.1. LEC) o frente a la que se defienda (art. 6.2 LEC) esté vinculada a alguno de los derechos u obligaciones cuya titularidad ostente, como sucede en este caso.”



Es curioso conocer - de entre las 442 páginas-de la Sentencia N° 13/2020 ,de 29 de septiembre , de la Audiencia Nacional ,Sala de lo Penal , (Sección 4ª) , - Ponente: Excm. Sr.ª. Dª Ángela Murillo Bordallo - del conocido como “caso Bankia”) en detalle respecto de las costas, por qué no se impusieron a las acusaciones particulares:

“Los miembros de los Consejos de Administración de BFA y BANKIA que en el trámite de conclusiones definitivas, apartándose de las formuladas por el Ministerio Público y Acusaciones Públicas, resultaron acusados sólo por la Acusación Particular ejercida por ...

..... resulta imposible averiguar las motivaciones que pudieron tener en cuenta las dos Acusaciones Particulares y Populares tan reiteradas para formular sus peticiones de condena respecto de aquellos acusados expresamente excluidos de tal solicitud por el Ministerio Fiscal y Acusaciones adheridas, postura ésta de difícil comprensión que encuentra su punto álgido en la selección que realizó la Acusación Particular ejercida por D. Raúl Roberto Cachero Mila y otros, antes referida y que ante la absoluta ausencia de la más ínfima explicación acerca de tales distingos parecen responder a un actuar guiado por puro voluntarismo.

..... Más como venimos diciendo, la carencia de descripción fáctica es absoluta, de manera que ese ilícito proceder de los acusados -a los que ni siquiera mencionan, como ya dijimos- que tantos perjuicios ha causado a la economía nacional, y, en particular, a sus representados, queda reducido a simples alegatos frente a los cuales nadie puede ni tiene porque defenderse pues supondría, tarea imposible de ejecutar; y tal circunstancia, unida a la desidia mostrada por estas Acusaciones Particulares y Populares en el

acto del plenario -en multitud de ocasiones ausentes en las sesiones en las que precisamente se debatían las pruebas que afectaban a las personas acusadas definitivamente solo por ellas-, hacen que resulte harto comprensible la unánime petición realizada de forma expresa por los Sres. Letrados que defendían los intereses de los acusados afectados exclusivamente por estas, de condena en costas a ambas por actuar en esta causa con temeridad y mala fe.

Ciertamente no debe perderse de vista que el debido ejercicio de la acción penal frente a determinadas personas hasta el final de la causa conlleva no solo la formulación de los oportunos escritos de conclusiones provisionales con la petición correspondiente de práctica de pruebas, y luego comparecer en las sesiones de juicio oral sin más obligaciones. Muy por el contrario el correcto ejercicio de tal acción presupone que, ultimada la fase probatoria del plenario, y llegado el momento de manifestar in voce las conclusiones definitivas, al hacerlo se ha de explicitar los hechos concretos finalmente acreditados, a la luz de las pruebas practicadas, y a la determinada participación en ellos de los que resulten definitivamente acusados, después de que estos, en el transcurso del plenario, hayan tenido la plena posibilidad de defenderse de hechos específicos objeto de su particular imputada participación.

La constatada actitud

de las dos Acusaciones Particulares y Populares a las que nos estamos refiriendo en este fundamento jurídico es la antítesis de la que debería haber sido. Pero dicho esto, no es menos cierto que ese proceder no ha sido privativo de ellas, ni mucho menos pues en cierto modo ha constituido el común comportamiento de las demás Acusaciones Particulares y Populares, -excepto la ejercida por el FROB- de las que, en puridad de concepto solo se diferenciaron en que, estas, finalmente se adhirieron a las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal en la última fase del procedimiento, lo que hubiera supuesto el abandono del banquillo de los acusados de aquellos acerca de los que el Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas, y las Acusaciones adheridas instaron, la libre absolución, y que fueron las siguientes personas....., pero merced a la insistencia de las Acusaciones ejercida por D. R y otros, y Dª J y otros asistida por A los referidos se vieron abocados a permanecer en el plenario hasta el momento de pronunciarse visto para sentencia.

Sin embargo, el Tribunal no acoge la petición de condena en costas a las dos repetidas Acusaciones pues su descrita conducta no alcanza el grado suficiente como para conceptuarla revestida de temeridad y mala fe, teniendo presente que el real peso de la acusación no fue soportado por estas dos, fue compartido por todas ellas orientadas por la Acusación Pública, representada por el Ministerio Fiscal; razón por la que consideramos desproporcionada la imposición de costas a las dos Acusaciones Particulares y Populares tratadas en este fundamento jurídico, cuando la actuación de las demás no fue precisamente modélica.”



Puesta al día internacional

Breve aproximación a la sentencia inglesa: **Scales v MIB (2020)** de 2 de julio de 2020.

Alberto Pérez Cedillo.
Abogado y Solicitor Limited

El Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), establece como norma general en su artículo 4.1 que, salvo disposición en contrario en el propio Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso será la ley del país donde se haya producido el daño. De acuerdo con este artículo, en aquellos accidentes que han tenido lugar en España y los tribunales de un Estado miembro, como por ejemplo Inglaterra hasta el 31 de diciembre de 2020, tengan jurisdicción para conocer del litigio, estos deberán aplicar ley española, excepto para la prueba y el proceso de conformidad con el artículo 1.3 de Roma II.

De igual forma, cuando sea de aplicación la Directiva 2000/26/CE, de 16 de mayo de 2000, conocida como Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles, cuya transposición en Inglaterra ha hecho que forme parte de su legislación interna. Esto es, por ejemplo, en aquellos casos en los que Inglaterra tiene jurisdicción y la demanda se puede interponer por el perjudicado ante el fondo de compensación de seguros del Estado de su residencia porque el vehículo responsable del accidente no está asegurado, en los que la jurisprudencia inglesa¹ ha determinado que

¹ Supreme Court's decision on the 2003 Regulations in *Moreno v MIB* [2016] UKSC 52 (Paragraphs 29-32)

el demandante tendría derecho a obtener la misma compensación que hubiese obtenido del Consorcio de Compensación de Seguros (CCS) español, ya que de acuerdo con esta normativa, el *Motor Insurance Bureau* (MIB), entidad equiparable al CCS, en el supuesto de ser condenado al pago de una indemnización, deberá reclamar su reembolso al CCS, por lo que es necesario aplicar derecho español a la determinación de la valoración del daño.

Recientemente, se ha dictado en la jurisdicción inglesa la sentencia *Scales v MIB* (2020) de 2 de julio de 2020, tras haberse interpuesto la demanda en Inglaterra por el Señor Scales contra el MIB, por un accidente de tráfico que tuvo lugar en España. El demandante se encontraba circulando en bicicleta cuando fue golpeado por un vehículo que no se encontraba asegurado.

La sentencia que nos ocupa ha sentado precedente en el país anglosajón sobre la aplicación de la ley española, concretamente, del Baremo español “antiguo” en vigor en el momento del accidente, antes de la

modificación producida por la Ley 35/2015, para la cuantificación de los daños derivados del accidente de tráfico acontecido en Almería el 23 de octubre de 2015.

La intención del demandante y los argumentos que presentó ante el juez inglés se dirigían a obtener una sentencia que confirmase que no era necesario aplicar de forma estricta las disposiciones del antiguo Baremo, ya que entendía que existía una flexibilidad en la legislación española para adjudicar una indemnización por aquellos daños no incluidos específicamente en el Baremo en los casos de accidentes de tráfico. La parte demandante argumentó que la flexibilidad del Baremo proviene del principio de *restitutio in integrum* previsto en los artículos 1902² y 1106³ del Código Civil, y todos aquellos gastos que el antiguo

2 “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

3 “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.



Baremo no prevé, por ejemplo, la recuperación de los gastos hospitalarios, farmacéuticos y médicos posteriores a la consolidación de las lesiones y otros gastos que no entren en esa definición deben ser compensados. El demandante invitó al juez inglés a subsanar la “injusticia” del antiguo Baremo y a establecer una compensación por las partidas de pérdidas no contempladas por este.

Sin embargo, el juez inglés rechazó los argumentos del demandante y consideró que las disposiciones del Baremo no permiten esta flexibilidad, ya que sí se limita *de facto* el principio *de restitutio in integrum*, por los límites que contiene para la compensación máxima que se puede otorgar en cada caso. Además, el juzgador estableció como inequívoco el hecho de que el artículo 1.2 del texto refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y seguro en la circulación de vehículos a motor dispusiera que: *“Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los*

daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta ley”.

En este sentido, la sentencia ha declarado que la valoración del daño debe llevarse a cabo utilizando los mismos parámetros que aplicaría un juez español, por lo que el juez inglés debe aplicar la ley española junto con las prácticas, convenciones y pautas que aplicaría un juzgado o tribunal español y la jurisprudencia que la acompaña.

Otro de los puntos relevantes discutido por la sentencia fue la aplicación de los intereses del artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS). El juez inglés valoró la aplicación de los intereses con base en el artículo 20.3⁴ LCS y confirmó que ostenta el poder discrecional que tienen los tribunales

⁴ “Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro”.



ingleses, según la sección 35A del *Senior Courts Act 1981*, para decidir si condenar en intereses y determinar la cuantía de dichos intereses, y, que este margen de discreción, que debe ser en cualquier caso aplicado judicialmente, también incluye el hecho de considerar las previsiones *que la ley extranjera establece en relación con la reclamación de los intereses*.

En este sentido, el juez concluyó en su sentencia que bajo su discreción aplicaría la previsión española relativa a los intereses atendiendo a lo que él considera que hubiese pasado si el procedimiento hubiera tenido lugar en España, ello teniendo en cuenta (i) la manera en la que ha determinado la cuantificación de los daños sufridos, y (ii) que ambas partes han argumentado la aplicación de los intereses referenciando los principios de la ley española.

Una vez establecido que sería de aplicación el artículo 20 LCS, el juez entró a valorar las excepciones a la condena de los intereses punitivos, en aras de determinar si dichos intereses eran aplicables al caso concreto. Se confirma en la sentencia que la excepción a la regla general del pago de intereses conforme al artículo 20, mencionado *ut supra*, es la existencia de un “retraso justificado” del impago del asegurador en concordancia con el artículo 20.8 LCS: *“No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable”*.

En *Scales v MIB*, el juez inglés determinó que no era relevante, ni supuso un retraso de pago justificado, que el MIB:

(I) no esté familiarizado con los principios legales españoles como lo estaría el CCS o una aseguradora española;

(II) esté sujeto al procedimiento inglés, lo que dio lugar a un período de prueba más prolongado.

Asimismo, el juez tampoco consideró relevante para la justificación del retraso el hecho de que:

(III) el derecho procesal inglés tenga su propio sistema para fomentar la resolución de disputas, lo cual retrasa el procedimiento;

(IV) el demandado sea una entidad inglesa;

y

(V) no haya un médico forense designado por el juzgado o tribunal.

De forma que, todos estos hechos, aunque valorados conjuntamente, no fueron considerados razón suficiente para privar al demandante del derecho a recibir los intereses del artículo 20 LCS por el retraso en el pago de la indemnización. Finalmente, el MIB fue condenado a pagar los intereses devengados conforme a la regla establecida en el artículo 20.4 LCS.

La aplicación del interés moratorio español en el caso que nos ocupa, abre la puerta a que se empiece a reclamar la aplicación de los intereses punitivos contenidos en el artículo 20 LCS, en las acciones directas que se ejerciten en Inglaterra en virtud de los artículos 10⁵, 11⁶ y 13.2⁷ del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en concordancia con el artículo 76 LCS, que contempla la acción directa del perjudicado o de sus sucesores contra el asegurador, sin necesidad de ejercitar también dicha acción contra el asegurado.

5 “En materia de seguros, se determinará la competencia con arreglo a las disposiciones de la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 y en el artículo 7, punto 5”.

6 “1. El asegurador domiciliado en un Estado miembro podrá ser demandado:

- a) ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde tenga su domicilio;
- b) en otro Estado miembro, cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde tenga su domicilio el demandante, o
- c) si se trata de un coasegurador, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que conozcan de la acción entablada contra el primer firmante del coaseguro.

2. Cuando el asegurador no esté domiciliado en un Estado miembro, pero tenga sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro se le considerará, para los litigios relativos a su explotación, domiciliado en dicho Estado miembro”.

7 “2. Los artículos 10, 11 y 12 serán aplicables en los casos de acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador cuando la acción directa sea posible”.



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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350



FUNDACIÓN DE
ESTUDIOS Y PRÁCTICAS JURÍDICAS
DE GRANADA



UNIVERSIDAD
DE GRANADA

Máster propio RESPONSABILIDAD CIVIL 8ª Ed.

MODALIDADES
PRESENCIAL
Y AHORA TAMBIÉN
ON LINE



octubre 2020

● mayo 2021

60 créditos
ECTS

Colaboran:



Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE GRANADA



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO



Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

Madrid

Jueves día 12 de noviembre de 2020

13:00 h. ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN

16:00 h. PRIMERA PONENCIA: "Los límites al principio de reparación íntegra"

D. Eugenio Llamas Pombo. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca.

17:00 h. SEGUNDA PONENCIA: ¿Puede ser responsable el empresario también por daños causados por terceros? El artículo 120.3º del Código Penal.

D. Mariano Yzquierdo Tolsada. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.

18:00 h. TERCERA PONENCIA: "Límites a la reparación de los daños materiales en los siniestros automovilísticos"

Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg. Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

19:00 h. CUARTA PONENCIA: "Los contratos de seguro ante la epidemia del COVID-19"

Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres. Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Viernes día 13 de noviembre de 2020

16:00 h. QUINTA PONENCIA: "La responsabilidad del vendedor y del fabricante por el daño moral causado por la falta de conformidad de la cosa vendida. A propósito de la STS de 11 de marzo de 2020 (Dieselgate)"

Ilmo. Sr. D. Miguel Pasquau Liaño. Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

17:00 h. SEXTA PONENCIA: "En las fronteras del perjuicio indemnizable por causa de muerte: allegados, abuelos, nietos ¿y novios? en el nuevo Baremo legal"

Ilmo Sr. D. José Manuel de Paul Velasco. Magistrado de Sala de Apelación Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

18:00 h. SÉPTIMA PONENCIA: "Desenredando la madeja: Imprudencia grave, menos grave, leves y levísima"

Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

19:00 h. OCTAVA PONENCIA: "Las secuelas temporales y su función disolvente del mito valorativo en la estabilización lesional"

D. Mariano Medina Crespo. Presidente de AEAERCS.

12 y 13 de noviembre de 2020 - Virtual

www.asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

ORGANIZAN



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

- **Asistencia en streaming a las ponencias:** Se retransmitirá en formato plató de televisión con los ponentes de forma presencial y la posibilidad de plantear cuestiones a los mismos durante la exposición.

- **Libro de ponencias:** Se remitirá por mensajería a los congresistas. Más de 1.000 páginas de manual (con un PVP para no asistentes al congreso de 85€ euros) que incluye 27 ponencias inéditas, con independencia de las 8 ponencias que se imparten oralmente en el congreso.